

LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES ET L'ELEMENT MORAL DES INFRACTIONS

A. JODOUIN*
Ottawa

Le présent article propose une interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suivant laquelle les termes "principes de justice fondamentale" s'indentifient à l'élément moral des infractions. L'article étudie le modèle américain de contrôle constitutionnel des lois pour conclure à la légitimité, au Canada, d'un contrôle judiciaire des lois pénales confiné à la notion de responsabilité pénale. La constitutionnalisation de l'élément moral apparaît comme le terme d'une évolution du concept de l'infraction.

This article deals with section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The terms "principles of fundamental justice" as they apply to criminal law, are equated to mens rea. The American experience of judicial control is studied; the article concludes that a Canadian model can be developed, with the concept of mens rea as a constitutional norm. Such a result appears to be a logical consequence of the evolution of mens rea.

L'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982¹ et de sa Partie I, la Charte canadienne des droits et libertés a provoqué dans l'univers juridique canadien une inondation de spéculations et d'hypothèses. Le barrage de la souveraineté parlementaire a cédé: aucune des vérités familières n'est à l'abri des eaux. Quand celles-ci se retireront, les paysages si connus du droit ne seront plus les mêmes.

De tous les domaines que touchera sûrement la Charte, nul ne sera plus profondément remué que le droit pénal. Les garanties juridiques,² entres autres, visent particulièrement le droit répressif. Cependant, les garanties spécifiques prévues par ces articles concernent plutôt la procédure que le fond. Seul l'article 12, traitant des "peines et traitements cruels et inusités" a vocation expresse à s'appliquer aux règles de fond.

Cependant, l'article 7, qui proclame le droit de chacun à "la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne", droit auquel il ne peut être porté atteinte "qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale", pourrait bien avoir un effet profond, non seulement sur la procédure criminelle mais aussi sur les principes fondamentaux du droit pénal. Pour

* A. Jodouin, Professeur à la Faculté de droit, section de droit civil, Université d'Ottawa.

¹ Partie I de l'Annexe B, Loi constitutionnelle de 1982, du Canada Act 1982, c. 11 (R.-U.).

² *Ibid.*, arts 7-14.

ma part, j'estime que l'article 7 a pour effet d'ériger en norme constitutionnelle le principe de la *mens rea*.

Pour que cette hypothèse s'avère fondée, il est nécessaire que les tribunaux donnent à l'expression "principes de justice fondamentale" la plénitude de son sens. Ils devront le faire, cependant, en respectant le cadre constitutionnel à l'intérieur duquel ils sont les gardiens des droits consacrés par la Charte. L'interprétation de l'article 7 constituera donc un travail d'interprétation assez délicat.

L'histoire législative de l'article 7 a été marquée à la fois par l'attraction de l'expérience constitutionnelle américaine et la volonté du législateur canadien de créer, pour le contrôle de la constitutionnalité des lois, une structure différente. La première partie de cet article traitera de l'expérience américaine et de son importance pour l'interprétation de l'article 7.

De son côté, le principe de la *mens rea* a évolué dans un contexte où la souveraineté parlementaire était l'*ultima ratio* du droit. La seconde partie de l'article portera sur la *mens rea* dans l'ancienne et la nouvelle structure constitutionnelles.

I. *L'expérience américaine et le "due process"*.

A. *La crainte du "due process"*.

La Déclaration canadienne des droits³ a précédé la Charte dans l'histoire législative des libertés publiques au Canada. Les termes de l'article 7 de la Charte se retrouvent dans les articles 1 et 2 de la Déclaration. Malheureusement, la jurisprudence suscitée par la Déclaration n'aura qu'un intérêt restreint. En effet, les droits que reconnaissait la Déclaration ont subi un certain nombre de transformations, à tel point que ce texte n'est quasiment plus *in pari materia*.

L'article 1 de la Déclaration reconnaît:

- (a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi; . . .⁴

L'article 2(e) de la même loi interdit à un tribunal d'interpréter ou d'appliquer une loi du Canada comme:

- (e) privant une personne du droit à une *audition impartiale* de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations; . . .^{4A}

On voit donc que les termes de l'article 7 se retrouvent dans la Déclaration canadienne des droits, mais dans un contexte différent. D'une part, le droit à la "vie, à la liberté, à la sécurité . . ." est coloré par la clause "de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi";

³ S.C., 1960, c. 44; S.R.C., 1970, App. III.

⁴ Mots mis en italiques par l'auteur.

^{4A} *Ibid.*

d'autre part la référence aux "principes de justice fondamentale" qualifie "une audition impartiale" dans le contexte très général de "la définition de ses droits et obligations".

La première version de la Charte, contenue dans le Bill C-60⁵ présenté en première lecture au Parlement du Canada le 20 juin 1978, reprend certains des termes de la Déclaration. L'article 6 de ce projet de loi déclare:

6. Tout individu jouit, au Canada, des droits et libertés fondamentales suivants: . . .
— droit à la vie, à la liberté et à la sécurité physique et droit de ne pas en être privé sans l'application régulière de la loi; . . .^{5A}

L'article 7 ajoute:

7. Outre les droits et libertés fondamentales reconnus par l'article 6, tout individu jouit, au Canada, des droits suivants: . . .
— droit à une audition juste et impartiale, conforme aux principes fondamentaux de la justice pour la détermination de ses droits et obligations; . . .^{5B}

On constate que le processus de transformation est déjà engagé puisque la première version de la Charte écarte le droit à la jouissance des biens dans son énumération des droits et libertés fondamentales. La dernière version de la Charte, celle qui a été proclamée le 17 avril,⁶ a opéré un changement encore plus radical:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Si les termes vie, liberté et sécurité ainsi que l'expression "principes de justice fondamentale" se retrouvent dans le nouveau texte, leur contexte a changé considérablement. Il n'est plus question dans ce texte d'une audition impartiale pour la définition des droits et obligations, audition impartiale qui doit respecter les principes de justice fondamentale. Le contexte est à la fois plus étroit et plus essentiel: vie, liberté, sécurité. Quant à ces droits fondamentaux, les atteintes qu'on peut légitimement leur porter sont qualifiées par la clause "principes de justice fondamentale" plutôt que par "l'application régulière de la loi". Jusqu'à présent, comme nous le verrons, les tribunaux n'ont jamais eu à s'interroger sur l'effet d'une telle proposition juridique.

Au cours des séances du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes, les principaux conseillers juridiques du gouvernement ont expliqué pourquoi les rédacteurs de la Charte ont apporté cette série de changements.

Ainsi, en ce qui concerne le remplacement de "application régulière de la loi" par "principes de justice fondamentale":

⁵ 3^e sess., 30^e légis.

^{5A} Mots mis en italiques par l'auteur.

^{5B} *Ibid.*

⁶ Proclamation concernant la loi constitutionnelle de 1982, 116 Gaz., Can., Partie I, p. 2927.

Due process would certainly include the concept of procedural fairness that we think is covered by fundamental justice, but we think that "due process" would have the danger of going well beyond procedural fairness and to deal with substantive fairness which raises the possibility of the courts second guessing Parliaments or legislatures on the policy of the law as opposed to the procedure by which rights are to be dealt with. That has been the experience at times in the United States in the interpretation of the term "due process".⁷

Et plus loin:

In the United States "due process" was used from time to time in combination, for example, with a guarantee over property to provide a basis for courts to determine whether expropriation was justified in the circumstances as a matter of policy, whether the compensation was adequate and so forth.⁸

Le ministre de la justice renchérit:⁹

If you write down the words, "due process of law" here, the advice I am receiving is the court could go behind our decision and say that their decision on abortion was not the right one, their decision on capital punishment was not the right one, and it is a danger, according to legal advice I am receiving, that it will very much limit the scope of the power of legislation by the Parliament and we do not want that; and it is why we do not want the words "due process of law". These are the two main examples that we should keep in mind.

You can keep speculating on all the things that have never been touched, but these are two very sensitive areas that we have to cope with as legislators and my view is that Parliament has decided a certain law on abortion and a certain law on capital punishment, and it should prevail and we do not want the courts to say that the judgment of Parliament was wrong in using the constitution.

L'expression "principes de justice fondamentale" veut tout simplement dire "justice naturelle":

The term "fundamental" justice appears to us to be essentially the same as natural justice.¹⁰

C'est-à-dire que:

Fundamental justice or natural justice both involve procedural fairness and that is the content of them.

The requirements of natural justice certainly have been pretty well defined over the years by the courts. The term "fundamental justice" has not been used very much in legislation, although it does appear in the Canadian Bill of Rights. But we have assumed it meant about the same thing. Those two terms can be contrasted to due process.¹¹

Des raisons semblables ont inspiré le retrait de l'expression "audition juste et impartiale":

⁷ Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, fasc. 46, 1^{re} sess, 32^e légis., 27 janvier 1981, pp. 31, 27 témoignage de Me B.L. Strayer.

⁸ *Ibid.*

⁹ Intervention de M. Jean Chrétien, *ibid.*, p. 43.

¹⁰ Témoignage de Me B.L. Strayer, p. 38.

¹¹ P. 39.

So in effect I suppose I am saying, in a nutshell, because of these recent decisions of the Supreme Court, the right to a fair hearing and the scope of its application is in a state of uncertainty at this time and that it would be unwise to constitutionalize and entrench the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice because we might unwittingly be extending that right beyond those areas where the decisions need to be made judicially or quasi-judicially to the area of the administrative decision making process where these principles do not apply now.¹²

Ainsi, la volonté de limiter le contrôle judiciaire à des questions d'application de la loi a fait éliminer l'expression "application régulière de la loi", la crainte d'une extension des garanties procédurales aux instances administratives a sonné le glas de l'expression "audition impartiale". Il en est résulté, du moins sur le plan sémantique, une formule d'une généralité extraordinaire susceptible d'autoriser l'activisme judiciaire le plus énergique.

Un des membres du comité mixte spécial, d'ailleurs, a pressenti la fragilité de l'identification des principes de justice fondamentale aux règles procédurales:

Frankly, I think the concept of fundamental justice will allow the courts some latitude to interpret the provisions, life, liberty, and security of the person, in a way which may be desirable, as the Minister indicated a couple of weeks ago, for example, with respect to the detention of persons who are mentally ill and other persons; that the concept of natural justice is very narrowly defined in Canadian jurisprudence at this point to essentially deal with two points: the right to an unbiased tribunal, and the right to be heard.

There may be other attributions of fundamental justice going beyond that.¹³

La crainte de voir se reproduire au Canada l'expérience judiciaire américaine a donc conduit les rédacteurs de la Charte à préférer l'expression "les principes de justice fondamentale" à celle qu'emploient les cinquième et quatorzième amendements à la constitution américaine, "due process of law". Si la conception des rôles respectifs des législatures et des tribunaux qui préside à cette crainte est on ne peut plus légitime, le danger perçu ne m'apparaît pas réaliste. Si je fais erreur, les moyens choisis pour l'écarter ne suffiraient sans doute pas.¹⁴

B. *Le contrôle constitutionnel au moyen du "due process".*

L'aspect de l'expérience américaine qui inspire les plus grandes craintes est la possibilité pour les tribunaux de légiférer, "to second guess

¹² Témoignage de Me Roger Tassé, p. 50.

¹³ Intervention de M. Robinson, p. 35.

¹⁴ Voir, à ce sujet, E.A. Driedger, *The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftsman's Viewpoint* (1977), 9 *Ottawa L. Rev.* 303. Le succès très relatif des prédictions des rédacteurs de la Déclaration canadienne des droits semble tenir à une sous-évaluation de l'importance du contexte dans lequel cette dernière devrait s'interpréter. La Déclaration canadienne des droits, malgré son statut "quasi-constitutionnel", se heurtait à un principe constitutionnel reconnu, la suprématie législative du Parlement. Compte tenu de cette expérience, il est bien possible que les calculs des rédacteurs de la Charte (tels

Parliament'', selon l'expression utilisée devant le Comité mixte spécial. Les exemples que l'on donne le plus fréquemment de ce processus de législation judiciaire sont la révolte des tribunaux américains devant les lois sociales du début du siècle (et jusqu'aux années trente), la création judiciaire de droits qui entraînerait l'abrogation de dispositions législatives et l'extension "indue" des garanties constitutionnelles.

Si le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois s'est affirmé assez tôt dans l'histoire judiciaire américaine,¹⁵ la question de la légitimité de ce contrôle a été maintes fois contestée. D'une part, la constitution met à l'abri du pouvoir législatif un certain nombre de droits et libertés et en assortit d'autres au "due process of law". L'expérience nous apprend que les législatures ne respectent pas toujours les exigences constitutionnelles, ce qui rend nécessaire en pratique le contrôle judiciaire. D'autre part, en démocratie, le mandat législatif est conféré par le peuple au moyen d'élections. Ne sont légitimement des législateurs que ceux qui détiennent le mandat du peuple.

De plus, aux États-Unis, le contrôle constitutionnel des lois par les tribunaux n'est prévu par aucun texte. Il a été assumé par interprétation, justifié par des arguments historiques et politiques; il se maintient par la conviction que la Cour suprême joue un rôle essentiel dans le système politique américain.¹⁶

La nature paradoxale du contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux conduit à chercher une méthode d'exercice de ce pouvoir qui en assure l'efficacité sans exacerber le problème de sa légitimité. Bien entendu, lorsque la loi contestée viole un commandement précis de la constitution, la question se pose de façon beaucoup moins aigüe. Ainsi en est-il du septième amendement de la Constitution américaine qui garantit le droit à un jury en matière civile lorsque l'enjeu du procès a une valeur supérieure à vingt dollars. Mais lorsque le commandement n'est pas précis, lorsque son interprétation repose sur des considérations qui transcendent nécessairement le texte, les tribunaux font face à un dilemme. C'est exactement le cas avec les cinquième et quatorzième amendements américains.

L'expression "due process of law" a tout d'abord un sens procédural. "Process" signifie, selon le dictionnaire:

The whole series and succession of movements or charges in position of the constituent parts of material objects, or of changes in the character of the substance of which they are composed, which occur in the operations of nature; . . . Mode, method,

que manifestés par les témoignages cités) soient déjoués par la logique d'un nouveau contexte constitutionnel.

¹⁵ *Marbury v. Madison* (1803), 1 Cranch 137. A ce sujet, voir A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), Ch. 1.

¹⁶ A.M. Bickel, *op. cit.*, *ibid.*, pp. 14-15.

according to which, manner in which, a series of deliberate material operations, directed to a given purpose, is carried out. . . .¹⁷

Cependant dans le contexte des cinquième et quatorzième amendements, et surtout dans le contexte créé par le pouvoir des tribunaux d'assurer le respect législatif des garanties constitutionnelles, le sens précis de "process" s'estompe et la formule "due process of law" devient une sorte d'incantation qui résonne au plus profond de la conscience collective américaine. Le professeur L.G. Ratner écrit à ce sujet:¹⁸

Perhaps the most ambiguous statement in the Constitution is the admonition of the fifth and fourteenth amendments that neither federal nor state governments shall "deprive any person of life, liberty or property without due process of law". "Life, liberty, and property" encompass all human activity; "law" encompasses all governmentally enforced community values; and "due process" suggests inchoate restrictions on methods of enforcement.

De nombreux arrêts ont tenté d'illustrer la nature du "due process" en invoquant la réaction sociale que provoquerait une atteinte à cette garantie. Est-elle "repugnant to the conscience of mankind"?¹⁹ Dans le même ordre d'idées on a employé les expressions suivantes: "shocks the conscience", "offends a sense of justice", "offends the community's sense of fair play and decency".²⁰

On a aussi tenté de qualifier l'importance de la valeur sociale à laquelle la loi portait atteinte. Ainsi, au sujet d'une loi interdisant les mariages entre personnes de race différente, la Cour suprême des États-Unis a affirmé:

The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the "basic civil rights of man" fundamental to our very existence and survival.²¹

Ou encore, en droit pénal:

Where one party has at stake an interest of transcending value—as a criminal defendant his liberty—. . .²²

Le professeur L.G. Ratner souligne cet aspect "fondamental" du "due process".²³

A majority of the Court has persistently maintained that many Bill of Rights limitations upon federal authority are also fourteenth amendment due process limitations on state authority not because they are in the Bill of Rights but because they are "principle(s) of justice so rooted in the tradition and conscience of our people as to be ranked as fundamental" and therefore "implicit in the concept of ordered liberty", or

¹⁷ H.C. Wyld & E.H. Partridge, *The Little & Ives Webster Dictionary* (1963).

¹⁸ *The Function of the Due Process Clause* (1968), 116 U. Pa. L. Rev. 1048, à la p. 1049.

¹⁹ *Palko v. State of Connecticut* (1937), 302 U.S. 319.

²⁰ *Rochin v. California* (1952), 342 U.S. 165.

²¹ *Loving et ux. v. Virginia* (1967), 388 U.S. 1, à la p. 12.

²² *Speiser v. Randall* (1958), 357 U.S. 513, aux pp. 525-526.

²³ *Op. cit.*, note 18, à la p. 1055.

are "basic in our system of jurisprudence", the latest formulation being "fundamental to the American scheme of justice . . . necessary to an Anglo-American regime of ordered liberty".

Qu'il s'agisse de "substantive due process" ou de "procedural due process", la valeur à laquelle la loi porte atteinte devra toujours être perçue comme fondamentale. Par contre, ce que l'on considère fondamental est susceptible de varier suivant les époques et les perceptions des interprètes. Même si les mots sont gravés sur la pierre, leur sens évolue.

Ainsi, le terme "liberty" a pu, à une certaine époque, désigner la liberté de contracter;²⁴ à une autre, le respect d'une sorte de territoire personnel où l'État ne devait pas s'immiscer: par exemple la décision d'un couple d'utiliser des contraceptifs²⁵ ou la décision pour une femme de se faire avorter.²⁶

La décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Roe v. Wade*²⁷ a soulevé une controverse considérable dans la doctrine américaine.²⁸ Elle semble avoir influencé les rédacteurs de la Charte canadienne dans leur décision d'écarter les termes "due process of law" en faveur de "principes de justice fondamentale".²⁹

A proprement parler, la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Roe v. Wade*³⁰ ne relève pas exclusivement d'une interprétation des termes "due process of law" du quatorzième amendement, mais de l'effet combiné de ces termes et du "right to privacy". Ce droit au respect de la vie privée n'est pas expressément protégé par la Constitution américaine, mais découle comme une sorte de corollaire des garanties spécifiques:

Since the right to privacy is not specifically mentioned at any place in the Constitution, where does one look in that document to find safeguards for the right? Or perhaps the earlier question is: Why should one assume that the right to privacy is protected by fundamental law? . . . The answer in a few words must be that our system . . . of constitutional government is limited in the powers and in the methods it may use. Powers are withheld from government or, alternatively stated, freedoms or liberties of the citizen are set forth in order to guarantee that the individual, his personality and those things stamped with his personality shall be free from official interference, except where a rational basis for intrusion exists.³¹

²⁴ *Lochner v. New York* (1905), 198 U.S. 45.

²⁵ *Griswold et al. v. Connecticut* (1965), 381 U.S. 479.

²⁶ *Roe et al. v. Wade* (1973), 410 U.S. 113.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir à ce sujet, les références données par M.J. Perry dans *Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process* (1976), 23 U.C.L.A. L. Rev. 689, à la p. 690, note 8.

²⁹ *Supra*, note 9 et texte s'y rapportant.

³⁰ *Supra*, note 26.

³¹ W.M. Beaney, *The Constitutional Right to Privacy in the Supreme Court*, [1962] Sup. Court Rev. 212, à la p. 214.

Il ne suffit pas, cependant, d'affirmer l'importance de la valeur sociale protégée, ni la gravité de l'atteinte qu'on lui porte pour résoudre le dilemme du contrôle judiciaire à partir de textes aussi imprécis que les cinquième et quatorzième amendements. Comment les tribunaux peuvent-ils éviter le reproche qu'ils s'aventurent dans des régions de compétence législative lorsqu'ils découvrent dans des dispositions constitutionnelles des commandements qui ne peuvent, pour ainsi dire, se déceler à l'oeil nu? Comment, par contre, peuvent-ils échapper à un blâme d'incurie s'ils refusent, faute de contenu explicite, de donner effet à la loi suprême du pays?³²

L'analyse classique en matière de "substantive due process" implique de la part du tribunal une évaluation de la légitimité du but d'une loi contestée ainsi que de l'idoinéité des moyens choisis pour atteindre ce but:

State enactments, however, will fall under substantive due process analysis in two situations: first, if the state's purpose (end) is prohibited by a specific section of the Constitution, or, in the cases which have caused the greatest controversy and have traditionally been the only ones denominated substantive due process decisions, a fundamental right inherent in the guarantee of due process, and second, even if the state's purpose (end) is not prohibited by the Constitution, if the state's method (means) of achieving its purpose (end) does not bear a constitutionally permissible relationship to that end. Whichever aspect of substantive due process analysis is applied, an initial determination of legislative purpose must be made by the Court.³³

L'évaluation des buts et des moyens peut cependant s'avérer difficile. Quels critères les tribunaux peuvent-ils appliquer pour les découvrir? Dans l'affaire *Roe v. Wade*, en particulier, la Cour suprême a eu accès à des résultats de sondages d'opinion concernant l'avortement.³⁴

In *Roe* the Supreme Court was presented with the results of several surveys by George Gallup and others (including surveys of Roman Catholics showing a majority in favor of permissive abortion) indicating that up to 64% of the public "now believe that the decision to have an abortion should be left solely to the woman and her doctor".

Comme la question en litige dans cette affaire portait sur la validité de la loi prohibant l'avortement, le procédé ressemble étrangement à une abrogation législative.

Selon certains, la meilleure façon d'assurer un sain équilibre entre la protection des droits garantis par la constitution et le respect des limites du pouvoir judiciaire serait de confiner le contrôle constitutionnel, en matière de "due process" aux domaines qui, fonctionnellement, "appartiennent" aux tribunaux. Le professeur L.G. Ratner signale que la procédure est un de ces domaines:³⁵

³² A.M. Bickel, *op. cit.*, note 15, pp. 69-70.

³³ M. Angel, *Substantive Due Process and the Criminal Law* (1977), 9 *Loyola U. of Chicago L.J.* 61, aux pp. 63-64.

³⁴ M.J. Perry, *op. cit.*, note 28.

³⁵ *Op. cit.*, note 18, aux pp. 1063-1064.

The formulation of conduct-regulating policy is perhaps the most difficult, sensitive, and encompassing of governmental functions. Ultimate formulation of such policy, consistent with constitutional limitations, is entrusted to the legislature. The conduct of litigation, on the other hand, is clearly the special province of the judiciary. While the legislature may participate in the fashioning of litigation policies, for the most part they are a product of judicial experience. Procedural legislation commonly ratifies that experience, or confirms the judicial rulemaking authority. Courts are particularly qualified not only to formulate policies for the efficient conduct of litigation but to perceive the essentials of a fair trial, and the community is likely to accord substantial deference to that judicial expertise.

Tout le domaine de la procédure serait donc "the special province of the judiciary". En se confinant aux impératifs du "fair trial", les tribunaux pourraient donner un contenu concret à la notion de "due process", tout en évitant d'empiéter sur les prérogatives législatives. On en arriverait ainsi à une "théorie des rôles": les tribunaux n'exerceraient leur pouvoir de contrôle constitutionnel sur le fond des lois que lorsque celles-ci mettent en cause une garantie spécifique de la constitution. S'agissant d'une garantie dont le contenu n'est pas spécifique, les tribunaux ne se permettraient pas d'intervenir "au fond"; ils pourraient néanmoins contrôler le régime d'application de la décision législative pour s'assurer qu'il respecte le "due process" (ou "les principes de justice fondamentale"). Ils échapperaient ainsi au reproche formulé par le juge White dans l'affaire *Robinson*.³⁶

If this case involved economic regulation, the present Court's allergy to substantive due process would surely save the statute and prevent the Court from imposing its own philosophical predilections upon state legislatures or Congress. I fail to see why the Court deems it more appropriate to write into the Constitution its own abstract notions of how best to handle the narcotics problem, for it obviously cannot match either the States or Congress in expert understanding.

L'idée suggérée par cette solution, que les organes législatifs sont mieux placés que les tribunaux pour décider des règles de conduite prescrites dans la société, justifie la modération dans le contrôle constitutionnel des lois. Cependant, il n'est pas certain que le respect de la distinction "procédure-fond" constitue le meilleur moyen d'en arriver à un partage idéal des responsabilités.

Le professeur G.V. Dubin critique fortement cette distinction.³⁷

Not only is the substantive-procedural distinction inappropriate; its application to questions of responsibility is also misleading. For example, there is a strong inclination today among leading authorities to consider questions of responsibility as "substantive". As a result, such broad-brush classification tends to leave undifferentiated two vastly different types of "substantive" legislative aims: (1) Those ends pursued and means employed that are entirely independent of any considerations of responsibility, such as protection of the individual's person, his dignity, and cherished social institutions by punishing, for example, murder, racial discrimination, and prostitution. (2) Those ends pursued and means employed that ultimately involve the application of principles of criminal responsibility and which cannot be

³⁶ *Robinson v. California* (1962), 370 U.S. 660, aux pp. 775-776.

³⁷ *Mens Rea Reconsidered: A Plea for a Due Process Concept of Criminal Responsibility* (1966), 18 *Stanford L. Rev.* 322, à la p. 371.

isolated from considerations of just punishment, such as legislative decisions to punish those who had no notice of the facts or of the law, or who could not have conformed their conduct to the requirements of the law. To lump both of legislative aims under a single rubric is to invite very serious conceptual difficulties.

Il est certain que la distinction de la procédure et du fond est théoriquement inexplicable.³⁸ On ne sait guère où situer certaines institutions limittrophes. La notion de "fair notice" qu'un comportement est criminel, notion essentiellement procédurale, exigera qu'une loi soit publiée, que le texte en soit suffisamment clair pour qu'une personne raisonnablement intelligente puisse savoir quels comportements elle vise. Elle exigera aussi la reconnaissance, dans certains cas, de la défense d'ignorance de la loi.³⁹

D'autre part, si on la propose en vue délimiter la zone de "compétence institutionnelle des tribunaux", on se rend vite compte que le "conduct of litigation" n'est pas le seul domaine qui soit "the special province of the judiciary". Il ne faut pas oublier que les règles de la responsabilité criminelle ont été créées par les tribunaux, que les défenses sont en grande partie de source jurisprudentielle, qu'à part quelques précisions législatives concernant certaines infractions, les tribunaux sont en bonne partie responsables de la définition de la *mens rea*. Les raisons selon lesquelles la procédure relève de la compétence particulière des tribunaux sont tout aussi applicables à la responsabilité criminelle.

Toute la question de la *mens rea*, comme les questions de procédure, répond aux critères en vertu desquels la "compétence institutionnelle" des tribunaux peut valablement s'exercer.

D'abord, la reconnaissance des divers régimes de responsabilité pénale est principalement judiciaire. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson, justifiant la création en droit canadien d'une doctrine de la négligence, écrit:⁴⁰

On suggérera que l'introduction d'une défense fondée sur la diligence raisonnable et le renversement de la charge de la preuve devraient être mis en vigueur par une loi. En réponse, il faut rappeler que le concept de responsabilité absolue et la catégorie juridique des infractions contre le bien-être public sont tous deux des créations du pouvoir judiciaire et non du législateur. Ce sont également des juges, au Canada aussi bien qu'en Australie et en Nouvelle-Zélande, qui jusqu'ici, dans les diverses décisions que j'ai citées, ont élaboré cette défense. La présente cause fournit l'occasion de consolider et de clarifier cette thèse.

Le rôle législatif en matière de responsabilité criminelle, a été plutôt modeste. Il n'existe aucune disposition générale portant sur la *mens rea*. Certaines infractions font référence à des états psychologiques, d'autres ne comportent, à cet égard, aucune référence expresse. On peut même

³⁸ Voir J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning* (1964), p. 340, où l'auteur la classe parmi les "categories of meaningless reference".

³⁹ *Lambert v. California* (1957), 355 U.S. 225.

⁴⁰ *R. c. La Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1324-1325.

conclure à une certaine indifférence législative à ce sujet. Le juge Fauteux, dissident dans l'affaire *Beaver*, tire argument du fait que le Parlement ne soit pas intervenu pour corriger l'interprétation judiciaire de l'infraction de possession d'un stupéfiant.⁴¹

The duty of the Courts is to give effect to the language of Parliament. And notwithstanding that the views expressed in *Morelli and Lawrence*, in particular, had been prevailing ever since 1932 and are still prevailing, Parliament has not seen fit to intervene.

Malgré le renversement de cette interprétation par la Cour suprême, l'infraction stricte de possession de stupéfiant ayant été effectivement transformée en infraction exigeant la preuve de la connaissance, le Parlement n'est toujours pas intervenu.

Bien que certains auteurs estiment que la question des régimes de responsabilité devrait relever du Parlement,⁴² d'autres reconnaissent que la création judiciaire dans ce domaine est parfaitement légitime.

Ainsi, le professeur P. Weiler écrit:⁴³

This is one area where the conventional theory recognizes a principle, the *mens rea* doctrine, as the authoritative basis for all of these specific rules. The many legal indicia of this conclusion are confirmed by the statutory provisions about the defences in the Criminal Code. Hence, this would appear to be a classic instance where the court should fulfill its role as a creative developer of the basic policies which support these defences, refashioning the established rules to conform to changing facts and insights, and extending them in directions to which their internal logic points. The legislature seems consciously to have delegated this task to an institution which appears, on almost any standard, to be best qualified for it, if the court would accept it.

C. "Due process" et *mens rea*.

La Cour suprême des États-Unis, malgré la reconnaissance précoce de son pouvoir de contrôle constitutionnel, n'en est jamais arrivée à affirmer clairement le statut constitutionnel de la *mens rea*. Pourtant, bon nombre d'auteurs depuis au moins une cinquantaine d'années ont réclamé la reconnaissance de ce statut. En 1921, les professeurs C.E. Laylin et A.H. Tuttle écrivaient:⁴⁴

Due process of law guarantees to the individual immunity from punishment on account of that which is not a crime: *i.e.* an event not contributed to by the exercise or non-exercise of his will.

⁴¹ *Beaver v. R.*, [1957] R.C.S. 531, à la p. 552.

⁴² L. Arbour, *The Oracle of the Criminal Code* (1975), 13 O.H. L.J. 315.

⁴³ The Supreme Court of Canada and the Doctrine of Mens Rea (1971), 49 R. du B. can. 280, aux pp. 283-284. Il ajoute cependant: "Yet this is not to suggest that a court may legitimately innovate just as it wishes in this area. Even if we are not overly concerned with the absolute restraints of judicial precedent, the court may respect the legislative will when the latter has spoken."

Il n'est pas certain que cette réserve soit toujours valable eu égard à l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

⁴⁴ *Due Process and Punishment* (1921-22), 20 Mich. L. Rev. 614, à la p. 643.

Par contre, même si la logique conduit à identifier "due process" et *mens rea*, la Cour suprême des États-Unis n'a jamais franchi le pas décisif de la reconnaissance constitutionnelle de la notion ce qui a porté le professeur H.M. Hart, Jr. à formuler la critique suivante:⁴⁵

Despite the unmistakable indications that the Constitution means something definite and something serious when it speaks of "crime", the Supreme Court has hardly got to first base in working out what that something is. From beginning to end, there is scarcely a simple opinion by any member of the Court which confronts the question in a fashion which deserves intellectual respect.

Le professeur Hart n'est pas allé jusqu'à affirmer que la *mens rea* devrait être considérée comme une exigence constitutionnelle; néanmoins, son argument conduit logiquement à ce résultat.⁴⁶

Le professeur H.L. Packer affirme que la *mens rea* est une exigence du "due process":⁴⁷

Strict liability in the criminal law is irrational, in the substantive due process sense of that word. *Mens rea* as extended to include negligence as a mode of culpability ought to find its way into constitutional doctrine.

Mais la Cour suprême ne l'a jamais expressément reconnue comme telle. Paraphrasant l'opinion de M. le juge Brennan dans l'arrêt *Dennis v. U.S.*⁴⁸ il écrit:⁴⁹

Mens rea is an important requirement, but it is not a constitutional requirement, except sometimes.

On peut se demander pourquoi la Cour suprême des États-Unis n'en est pas arrivée à la reconnaissance explicite de la *mens rea* comme norme constitutionnelle. Les auteurs américains ont cherché à expliquer cette lacune. Ainsi, le professeur M. Angel écrit:⁵⁰

A variety of reasons combine to explain the Court's historical reluctance to confront the criminal law substantively: the early history of our country in which economic issues and their relationship to property rights overshadowed issues of personal civil rights and liberties; the limited federal jurisdiction over substantive criminal law; the primary emphasis in the Bill of Rights on procedural as opposed to substantive rights in criminal cases; the lack of jurisdiction in the Supreme Court to review even the procedural aspects of state criminal cases until passage of the fourteenth amendment;

⁴⁵ The Aims of the Criminal Law (1958), 23 Law & Contemp. Prob. 401, à la p. 431.

⁴⁶ H.L. Packer, "The Aims of the Criminal Law" Revisited: A Plea for a New Look at "Substantive Due Process" (1971), 44 S. Cal. L. Rev. 490.

⁴⁷ Mens Rea and the Supreme Court, [1962] Sup. Ct. Rev. 107, à la p. 152.

⁴⁸ (1951), 341 U.S. 494.

⁴⁹ H.L. Packer, *op. cit.*, note 47, à la p. 107. Voir aussi, G.V. Dubin, *op. cit.*, note 37, à la p. 326; J.J. Hippard, Sr., The Unconstitutionality of Criminal Liability without Fault: An Argument for a Constitutional Doctrine of Mens Rea (1972-73), 10 Houston L. Rev. 1039; A. Saltzman, Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process (1978), 24 Wayne L. Rev. 1571; C.P. Erlinder, Mens Rea, Due Process, and the Supreme Court: Toward a Constitutional Doctrine of Substantive Criminal Law (1981), 9 Am. J. of Crim. L. 163; M. Angel, *op. cit.*, note 33.

⁵⁰ *Op. cit.*, note 33, aux pp. 74-75.

the coincidence of the beginning of Supreme Court review of state criminal cases with the "demise" of economic substantive due process; the belief that the definition of criminality and the imposition of the criminal sanction lay most clearly with the states' police power, and the difficulty of applying substantive due process of either ends or means-ends variety to the substantive criminal law because of the conflicting purposes ascribed to the application of the criminal sanction. Notwithstanding its recent forays into reviewing the constitutionality of substantive criminal laws, the aforementioned factors still combine to produce trepidation on the part of the Court to admit that its analysis is akin to, if not indistinguishable from, classic substantive due process analysis.

Pour le professeur H.L. Packer, la timidité de la Cour suprême s'attribue à l'absence d'une théorie suffisamment articulée de la *mens rea*.⁵¹

The difficulties in evolving an adequate theory of *mens rea* as a constitutional requisite rest in large part, although not entirely, upon the inadequate framework within which problems of the mental element in criminal offenses have traditionally been analyzed. Somehow the generative powers of the common law dried up in the criminal area, perhaps because of the premature rigidity forced upon the criminal law by the codification movement of the nineteenth century, perhaps also because the proliferation of criminal enactments tended to emphasize the disparity of rules at the expense of the unity of principles. Whatever the explanation, neither courts nor legislatures have exhibited any notable capacity for dealing with the extraordinarily difficult problems of the mental element. Unfortunately, their deficiencies have not been adequately exposed by legal scholarship, at least, not until quite recently. One searches the treatises in vain for any articulation of underlying principles or for the construction of any analytical framework that would serve either to explain or to criticize the development of the law.

Le professeur Packer signale que ce travail de déchiffrement théorique a maintenant été fait par Glanville Williams et Jerome Hall et par l'American Law Institute. Il demeure que les précédents américains, établis à une époque où la doctrine n'avait pas suffisamment élaboré la notion de la *mens rea*, continuent à contrôler le contentieux constitutionnel:

The Supreme Court made a major contribution to establishing an interpretative presumption that *mens rea* is the rule rather than the exception by its decision in *Morissette*. The contribution would have been more substantial if a misplaced deference to stare decisis had not impeded fresh consideration of the *Balint* doctrine in its interpretative aspect.⁵²

Le professeur G. V. Dubin, de son côté insiste sur l'importance de la distinction "procédure—fond" comme facteur expliquant les hésitations de la Cour suprême en matière de *mens rea*:⁵³

It is frequently said to be one of the striking constitutional anomalies of our age that American jurists are more concerned with the administration of criminal justice than with the substance of what is being administered. Such criticism is directed at the apparent elevation to the rank of constitutional doctrine of the distinction traditionally drawn between the "substantive" and "procedural" features of the criminal law. Thus, according to what might be called the orthodox theory, only procedural due

⁵¹ *Op. cit.*, note 49, à la p. 137.

⁵² *Ibid.*, à la p. 149.

⁵³ *Op. cit.*, note 37, à la p. 137.

process is a permissible avenue of judicial inquiry into the constitutional validity of penal legislation under the due process clauses of the fifth and fourteenth amendments, absent reliance upon the more specific guarantees of the Bill of Rights. Substantive due process, on the other hand, has become one of the more ominous hobgoblins in American constitutional law.

Nonobstant ces difficultés, la Cour suprême des États-Unis en est maintenant arrivée à la reconnaissance tout au moins partielle du principe de la *mens rea* comme norme constitutionnelle. Cette reconnaissance a été fragmentaire et imparfaite mais suffisante pour permettre d'affirmer que le principe de la *mens rea* ne relève pas de l'entière discrétion des organes législatifs.

Il demeure que cette reconnaissance partielle n'est pas entièrement satisfaisante et l'on souhaiterait qu'au Canada, les tribunaux en arrivent à une articulation plus cohérente du droit de la responsabilité criminelle.

II. L'article 7 et la *mens rea*.

Si la Cour suprême des États-Unis, malgré sa tradition de création judiciaire de règles, malgré le libellé général des cinquième et quatorzième amendements, n'a jamais complètement surmonté les obstacles à la pleine constitutionnalisation de la *mens rea*, est-il réaliste de penser que les tribunaux canadiens, sitôt après la naissance de la Charte, puissent parvenir à ce résultat?

J'estime qu'il n'est pas du tout illusoire de croire que l'interprétation de l'article 7 conduira à la reconnaissance de la *mens rea* comme norme constitutionnelle. D'une part la structure de la Charte et les principes d'interprétation applicables à l'expression "principes de justice fondamentale" rendent cette conclusion plausible.

D'autre part, la doctrine et la jurisprudence en matière de responsabilité criminelle ont évolué au point où la constitutionnalisation de la *mens rea* apparaît comme un point d'arrivée plutôt que comme un nouveau départ.

Nous traiterons donc en premier lieu de la structure et de l'interprétation de la Charte. Nous verrons ensuite les rapports entre "justice fondamentale" et *mens rea*. Nous étudierons enfin brièvement l'évolution de la *mens rea*.

A. La structure et l'interprétation de la Charte.

Dans l'affaire *Curr c. La Reine*,⁵⁴ l'accusé avait prétendu que les dispositions du Code criminel qui l'obligeaient à fournir un échantillon d'haleine violaient le principe de l'application régulière de la loi que reconnaissait la Déclaration canadienne des droits. La prétention de l'accusé invitait la Cour suprême à se livrer à un contrôle du fond de la loi. Le juge

⁵⁴ [1972] R.C.S. 889.

Laskin, écrivant au nom de la majorité de la Cour suprême (le juge Ritchie, tout en étant d'accord avec le dispositif, a proposé une définition plus restrictive des termes "application régulière de la loi"), n'a pas exclu la possibilité d'un contrôle du fond. Il a cependant exprimé certaines réserves fondées sur le statut légal de la déclaration:⁵⁵

A supposer que grâce à la disposition "ne s'en voir priver que par l'application régulière de la loi", il est possible de contrôler le fond de la législation fédérale—question qui n'a pas directement été soulevée dans l'affaire *Régina c. Drybones*—il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément aux principes du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Les hésitations du juge Laskin sont devenues des certitudes sous la plume du juge Beetz dans l'affaire *Dupond*.⁵⁶ Devant la volonté exprimée de la législature, aucune théorie des droits fondamentaux ne peut résister.

Le rejet de la théorie des droits fondamentaux n'est plus de mise aujourd'hui, depuis la proclamation de la Loi constitutionnelle de 1982. L'article 52 de cette loi se lit comme suit:

52(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada: elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend: a) la loi sur le Canada y compris la présente loi; . . .

En vertu de ce texte, les droits fondamentaux reconnus par la Charte n'ont plus une existence résiduaire—comme la prérogative royale, qui ne s'applique que lorsque la loi ne l'a pas écartée—mais constituent le véritable point de départ d'une analyse des lois.

La souveraineté parlementaire n'est pas pour autant disparue de la théorie constitutionnelle. Elle continue à s'imposer et prend préséance sur certaines dispositions de la Charte, mais à condition qu'elle ait été expressément affirmée. L'article 33 de la Charte dispose à cet égard:

33(1) Le parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte.

Selon le professeur D. Gibson, la possibilité pour les législatures de déroger à la Charte devrait résoudre les doutes des tribunaux quant à leur pouvoir de stériliser les lois portant atteinte à un des droits reconnus par la Charte. L'absence d'une dérogation expresse constituerait donc, même pour les tenants d'un rôle créateur minimal des tribunaux, une indication

⁵⁵ *Ibid.*, aux pp. 899-900.

⁵⁶ *P.G. du Canada c. La Ville de Montréal et le P.G. du Québec; Claire Dupond c. La Ville de Montréal et le P.G. du Québec*, [1978] 2 R.C.S. 770.

que la législature a voulu que ses textes soient subordonnés aux droits fondamentaux.

Ce qu'il faut retenir, c'est qu'à cause de la reconnaissance expresse par la Charte du rôle dévolu au pouvoir législatif, autorisant dans certains cas et non dans d'autres l'intervention législative, les tribunaux n'ont pas à s'occuper de la question de la suprématie législative; la Charte elle-même a déjà réglé la question.⁵⁷

La situation ressemble quelque peu à celle que nous avons connu avec la clause "nonobstant" de la Déclaration canadienne des droits mais elle n'en diffère pas moins de façon considérable. Selon la logique de la clause "nonobstant", les tribunaux avaient à régler des conflits apparents entre des dispositions légales: celles de la loi contestée et celles de la Déclaration canadienne des droits. La tentation était forte de trouver une interprétation qui maintienne en vigueur la disposition contestée, au détriment de la généralité de la Déclaration. Les termes mêmes de la Déclaration, exhortant les tribunaux à "interpréter" ne sont peut-être pas étrangers à ce résultat. De ce point de vue, la structure combinée des articles 52 et 33 ne présentent pas la même équivoque. En l'absence d'une dérogation expresse, le conflit se situe entre une disposition légale contestée et un article de la Charte qui représente la loi suprême du pays.

Reconnaître la préséance des droits fondamentaux ne conduit pas nécessairement à les appliquer dans toutes les circonstances. Tout droit fondamental a des limitations inhérentes, imposées par le respect des droits des autres et par les nécessités de la vie sociale. La reconnaissance par les amendements constitutionnels américains de droits fondamentaux comme la liberté de parole n'a pas empêché les tribunaux américains de maintenir des règles de droit limitant l'exercice des libertés fondamentales.⁵⁸ Dans la Charte canadienne des droits et libertés, ce processus normal de limitation est formalisé par les dispositions de l'article 1:

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Il ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Selon les termes de l'article 1, les droits reconnus par la Charte sont garantis par elle. Le but premier de l'article n'est pas de limiter les droits, mais de les affirmer. Le reste de l'article porte sur l'étendue de la garantie. Ainsi, seule une "règle de droit" peut limiter les droits fondamentaux. Le texte anglais du même article utilise le mot "law" comme analogue de la "règle de droit". Entreraient dans cette catégorie, non seulement les dispositions légales mais aussi les règles jurisprudentielles. Par exemple, la liberté de parole pourrait tout aussi bien être limitée par la common law en matière de diffamation que par les textes législatifs en matière d'obscénité.

⁵⁷ D. Gibson, *Interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés: considérations générales*, paru dans Tarpopolsky et Beaudoin (eds), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), p. 35.

⁵⁸ C. Beckton, *La Liberté d'expression*, *op. cit.*, *ibid.*, p. 105.

Ce qui frappe dans l'article 1, c'est la justification que l'on exige de toute règle de droit attentatoire aux droits fondamentaux. C'est peut-être dans l'article 1 que la Charte révèle son véritable caractère révolutionnaire. L'état du droit avant la Charte, sauf pour la limitation équivoque contenue dans la déclaration canadienne des droits, reconnaissait comme principe premier la sagesse et l'opportunité de toutes les lois des législatures compétentes. En vertu de l'article 1, au contraire, les règles de droit limitant les droits fondamentaux ne sont pas opérantes à moins d'une justification. Présument, c'est à celui qui soutient la validité de la limitation de persuader le tribunal de son bien-fondé.

En ce qui concerne le droit pénal, à supposer que nous puissions conclure que l'article 7 établit la *mens rea* comme norme constitutionnelle, le jeu combiné des articles 52,7 et 1 donnerait suite au scénario suivant: dès l'appréhension que l'incrimination prétend écarter la *mens rea*, ou qu'une règle de droit invoquée dans l'espèce conduit à ce résultat, le ministère public aurait l'obligation de démontrer que cette règle de droit constitue une limitation raisonnable du principe et qu'elle est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il ne suffira plus de justifier la limitation en prétendant qu'elle est conforme à l'intention du législateur.

L'ordre dans lequel on procède dans les contestations constitutionnelles fondées sur l'article 7 aura un effet sur le résultat de la contestation. Dans l'arrêt *Skapinker*, le juge Carruthers a déclaré:⁵⁹

Section 1, in my opinion, provides the extent to which any right or freedom, once defined, may be limited. It does not . . . provide the yardstick to be used for the purpose of defining the rights and freedoms granted by the Charter of Rights.

Deux arrêts portant sur l'application de l'article 7 à des infractions illustrent à quel point il est important de respecter la structure logique de la Charte. Ainsi, dans une affaire *R. v. Rolbin*⁶⁰ la question s'est posée de savoir si l'article 231 (3) de la Loi de l'impôt fédéral sur le revenu violait l'article 7. La défense avait prétendu, selon le juge, que l'article 7 conférait un droit absolu au silence. Après avoir déclaré que l'article 7 ne pouvait avoir d'application rétroactive, le juge a continué, en *obiter*:⁶¹

Mais dans toute cette affaire, il y a beaucoup plus. Je l'ai dit d'ailleurs au tout début de ce jugement. L'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés est, à mon sens l'article le plus important parce qu'il restreint et conditionne l'épanouissement des droits et libertés qui y sont énoncés.

Le juge avait déjà déclaré:⁶²

Il ne faudrait pas perdre de vue que l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés a une importance capitale, cet article jette un éclairage bien particulier sur

⁵⁹ *Re Skapinker and Law Society of Upper Canada* (1982), 137 D.L.R. (3d) 666, à la p. 669.

⁶⁰ (1982), 1 C.R.R. 186.

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 195. Les numéros de pages réfèrent à la traduction anglaise des passages cités.

⁶² *Ibid.*, à la p. 194.

l'ensemble des lois qui nous gouvernent et en particulier sur les autres articles de la Charte des droits et libertés.

Il me semble que cette façon d'aborder la question contient un vice méthodologique fondamental. Selon cette conception la Charte ne créerait pas une théorie des droits mais une théorie des limitations. Pourtant, l'article 1 déclare:

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés.

Aborder la définition des droits individuels par le droit de l'État de les limiter conduit en réalité à déprécier l'effet de la Charte. Il est significatif que l'interprétation de l'article 7 proposé par la défense dans l'affaire *Rolbin* a été presque totalement ignorée par le juge. Cet article crée-t-il un "droit absolu au silence"? L'article 231 (3) de la Loi de l'impôt viole-t-il ce droit? Après avoir déclaré que la Loi de l'impôt établissait "un moyen uniforme de percevoir des impôts de ses citoyens et de ses résidents pour administrer la chose publique" le juge ajoute:⁶³

En agissant ainsi, le législateur a restreint les droits et libertés des individus qui sont garantis par la Charte canadienne des droits et libertés; cependant les restrictions imposées se justifient si l'on tient compte du cadre de la société libre et démocratique dans laquelle nous vivons. L'état a besoin de finances pour s'administrer et pour établir une juste répartition des richesses dans la population.

Ce n'est qu'après avoir affirmé la primauté du dessein législatif que le juge se prononce sur la prétention de la défense:⁶⁴

Il est faux de prétendre qu'un individu s'incrimine en produisant sa déclaration de revenus pour chaque année d'imposition. . . . En agissant ainsi, un citoyen ou un résident ne fait que poser les actes administratifs exigés par la loi.

L'affaire *R. v. Campagna*⁶⁵ respecte beaucoup mieux le caractère individuel du droit créé par l'article 7, ainsi que la méthode d'analyse imposée par son contexte constitutionnel.

Il s'agissait dans cette affaire de décider de la validité d'une disposition du Motor Vehicle Act⁶⁶ de la Colombie Britannique qui punissait d'un emprisonnement minimum le fait de conduire un véhicule malgré la suspension du permis de conduire. Selon le texte même de l'article, l'infraction créée était de responsabilité absolue et s'appliquait même en l'absence de connaissance par l'accusé du fait de la suspension.

Après avoir conclu à la violation de l'article 7 de la Charte par la disposition contestée, le juge s'interroge sur l'effet de l'article 1. Selon lui, l'article 94 (1) (3) ne peut constituer une "limite raisonnable" aux droits reconnus par l'article 7. En particulier, l'atteinte au droit ne peut être considérée "demonstrably justified in this society".

⁶³ *Ibid.*, à la p. 196.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ C.P.C.B., n° 009686, (25-06-82), J. Paradis.

⁶⁶ R.S.B.C., 1979, c. 288.

Cette façon de procéder conduit à mettre en valeur la raison d'être de la Charte: la reconnaissance de la primauté de la personne sur l'État. Seule la nécessité justifie l'État de porter atteinte aux droits de l'individu.

Une Charte des droits et libertés parle le langage des principes, qui est nécessairement général et abstrait. Cette forme de rédaction, ainsi que la nature des droits et libertés qu'entend garantir la Charte appelle une interprétation généreuse, susceptible de donner le plus possible effet aux droits et libertés. Le Conseil Privé, dans une décision récente portant sur la constitution des Bermudes,⁶⁷ a reconnu qu'un texte semblable à bien des égards à la Charte canadienne des droits et libertés devait être interprété de façon généreuse.

L'affaire *Minister of Home Affairs v. Fisher* soulevait une question d'interprétation qui présente des analogies avec celle qui nous occupe, l'interprétation de l'expression "principes de justice fondamentale". Dans cette affaire, il s'agissait de décider si le mot "child" visait toute la progéniture ou seulement les enfants légitimes. En d'autres termes, il fallait décider entre le sens ordinaire, large et non restrictif du mot child et le sens plus technique et étroit qu'attribuaient à ce mot les interprétations judiciaires, dans la tradition de la common law familiale.

L'expression "principes de justice fondamentale" présente le même genre de problème. Faut-il adopter le sens conféré à l'expression par la jurisprudence qui l'a définie (ou son analogue "justice naturelle") dans le contexte du droit administratif et procédural? Faut-il, au contraire, lui donner un sens plus large fondé sur son contenu sémantique?

Dans l'affaire *Fisher*, les Lords du Comité Judiciaire du Conseil Privé, ont déclaré adopter une méthode d'interprétation selon laquelle il faut considérer un texte constitutionnel:⁶⁸

. . . as *sui generis*, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character as already described, without necessary acceptance of all the presumptions that are relevant to legislation of private law. . . .

Ils ont, par conséquent, choisi l'interprétation large du terme. Ayant ainsi rejeté l'acception judiciaire traditionnelle du mot, ils ont ajouté:⁶⁹

This is in no way to say that there are no rules of law which should apply to the interpretation of a constitution. A constitution is a legal instrument giving rise, amongst other things, to individual rights capable of enforcement in a court of law. Respect must be paid to the language which has been used and to the traditions and usages which have given meaning to that language. It is quite consistent with this, and with the recognition that rules of interpretation may apply, to take as a point of departure for the process of interpretation a recognition of the character and origin of the instrument, and to be guided by the principle of giving full recognition and effect to those fundamental rights and freedoms with a statement of which the Constitution

⁶⁷ *Minister of Home Affairs and another v. Fisher and another*, [1979] 3 All E.R. 21.

⁶⁸ *Ibid.*, à la p. 26

⁶⁹ *Ibid.*

commences. In their Lordship's opinion this must mean approaching the question what is meant by "child" with an open mind.

Si on applique ce raisonnement à l'expression "principes de justice fondamentale", force nous est de reconnaître l'existence de "traditions and usages which have given meaning to that language". Par contre, il est permis de se demander si les "traditions et usages" sont toujours vivants et s'ils peuvent avoir comme effet de restreindre le sens de l'expression.

B. Justice fondamentale et mens rea.

Il est assez évident que l'expression "principes de justice fondamentale" n'est susceptible de définition qu'à partir de son contexte. Son élément principal, la "justice" est une notion protéiforme, dont la définition ne peut être que formelle.

Ainsi, selon P. Westen:⁷⁰

The idea of Justice, like the idea of equality, is entirely formal. It requires that persons be given their due but does not itself define what is their "due". To render justice meaningful, one must look beyond the proposition that every person should be given his due to the substantive moral or legal standards that determine what is one's "due".

C. Perelman, de son côté, fait observer que l'on peut donner différents sens au terme justice:⁷¹

It is vain to try to enumerate all the possible meanings of the idea of justice. Let us, however, give a few examples which constitute the most current conceptions of justice, and whose irreconcilable character is at once obvious:

- 1) to each the same thing
- 2) to each according to his merits
- 3) to each according to his work
- 4) to each according to his needs
- 5) to each according to his rank
- 6) to each according to his legal entitlement.

La nature essentiellement contradictoire de la notion formelle de la justice n'a pas empêché la création d'un consensus sur l'application de la justice dans certains domaines particuliers. S'agissant du droit judiciaire, par exemple, la justice "naturelle" exige le respect des deux grands principes *audi alteram partem* et *nemo iudex in re sua*, ainsi que leurs nombreux corollaires.

Lorsqu'on qualifie la justice de "naturelle" ou de "fondamentale", il ne semble pas qu'on lui attribue un sens particulier. Les auteurs semblent estimer que les qualificatifs "naturelle", "fondamentale", "britannique" sont interchangeables.⁷²

⁷⁰ The Empty Idea of Equality (1982), 95 Harv. L. Rev. 537, à la p. 556.

⁷¹ Justice, Law and Argument (1980), p. 2.

⁷² W.S. Tarnopolsky, Charterwatch (1982), 6 Can. Lawyer 19; P. Garant, Libertés fondamentales et justice naturelle, *op. cit.*, note 57, p. 353; P. Jackson, Natural Justice (2^e ed., 1979), pp. 1-8.

Ce qui semble plus contestable, du moins sur le plan sémantique, est l'assimilation de la notion de justice "fondamentale" à la justice procédurale. Ainsi, le professeur W.S. Tarnopolsky écrit, au sujet des interprétations possibles de l'article 7: "One could view it as being synonymous with the principles of 'natural justice' and so confined to basic procedural fairness".⁷³ Le professeur Tarnopolsky fait valoir que l'article 7, à cause de son contexte, pourrait largement déborder le cadre procédural. De même, le professeur Garant, après avoir observé que les termes en question "signifient un rattachement à des valeurs fondamentales de ce système juridique qu'est la common law" poursuit en disant:⁷⁴

Ces règles ont presque toujours été considérées comme des règles de procédure applicables aux juridictions inférieures et, par voie d'extension, aux autorités administratives ayant à statuer sur les droits des administrés.

Selon les témoignages rendus devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes, l'expression "principes de justice fondamentale" a une connotation essentiellement procédurale.⁷⁵

De son côté, le professeur P. Hogg, dans son commentaire sur la Charte, laisse entendre que l'arrêt *Duke* serait une autorité pertinente pour l'interprétation de l'article 7.⁷⁶

Dans l'arrêt *Duke*, le juge Fauteux, au nom d'une Cour suprême unanime, définit de la façon suivante l'expression "principes de justice fondamentale":⁷⁷

Sans entreprendre une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

Cette acception fait de l'expression "principes de justice fondamentale" une expression technique, et la dépouille de sa généralité. Pourtant l'expression analogue "justice naturelle" a été employée dans d'autres contextes que celui de la procédure. Ainsi, dans le domaine qui fait l'objet de cette étude, celui des principes de la responsabilité pénale, on a pu juger: "It is a principle of natural justice and of our law that *actus non facit reum nisi mens sit rea*."⁷⁸

Le fait que l'expression "justice naturelle" ait été utilisée plus fréquemment dans un contexte particulier s'explique par des raisons qui n'ont rien à voir avec la vocation sémantique du terme. En effet, en l'absence de dispositions expresses prescrivant une procédure formelle, les tribunaux supérieurs, dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance sur les juridic-

⁷³ *Op. cit.*, *ibid.*, à la p. 19. Mots mis en italiques par l'auteur.

⁷⁴ *Op. cit.*, note 72, p. 354.

⁷⁵ Voir *supra*, notes 7, 8, 9, 10 et 11.

⁷⁶ Canada Act 1982 Annotated (1982), p. 26.

⁷⁷ *R. v. Duke*, [1972] R.C.S. 917, à la p. 923.

⁷⁸ *Fowler v. Padget* (1798), 7 T.R. 509, à la p. 514.

tions inférieures, ont justifié leurs interventions en invoquant la "justice naturelle". C'était une autre façon de dire qu'une discrétion conférée par une loi devait s'exercer de façon conforme à l'esprit des lois. Bon nombre des arrêts qui ont porté sur la "justice naturelle" ont pour origine des requêtes de "certiorari" et la question en litige est nécessairement procédurale. En d'autres termes, l'expression "principes de justice fondamentale" prend son sens d'après le contexte où il se situe.

Le terme "justice" est souvent employé en rapport avec la responsabilité ou l'imputabilité en droit pénal. Ce qui lui donne son caractère, c'est la notion de blâme qui est propre au droit répressif. Dans le contexte d'un droit qui blâme, la justice exige que l'action blâmable soit volontaire. Aristote, au chapitre 8 du livre V de l'*Éthique de Nicomaque* écrit:⁷⁹

Ayant ainsi défini la justice et l'injustice, disons qu'on n'agit injustement ou justement que quand l'action est volontaire; quand elle est involontaire, on agit ni injustement ni justement, mais selon l'événement, qui donne alors aux actes leur caractère juste ou injuste. Ainsi l'action injuste ou juste est définie par le caractère volontaire ou involontaire. Est-elle volontaire? Elle provoque le blâme; en même temps, elle devient un méfait. En conséquence, elle ne sera qu'une action injuste, mais non encore un méfait, si elle est dépourvue d'intention volontaire. Or je dis qu'est volontaire, comme je l'ai indiqué précédemment, l'action qui dépend de l'agent et que celui-ci accomplit sciemment, c'est-à-dire sans ignorer la personne, les moyens et le but de l'action; par exemple, si l'on sait qui l'on frappe, pour quelle raison et avec quel instrument.

On retrouve cette même préoccupation chez des auteurs contemporains. Ainsi, H.L.A. Hart écrit:⁸⁰

At the conviction stage, if punishment is to be justified at all, the criminal's act must be that of a responsible agent: that is, it must be the act of one who *could have* kept the law which he has broken.

Le philosophe J. Rawls présente une théorie de la justice fondée sur le contrat social. De cette théorie découle un certain nombre de "préceptes" qui découlent nécessairement de la définition de l'ordre juridique comme "system of public rules addressed to rational persons". Le premier d'entre eux stipule que "ought implies can", ce qui correspond à peu près à la maxime "à l'impossible nul n'est tenu". À ce sujet, Rawls écrit:⁸¹

This precept identifies several obvious features of legal systems. First of all, the actions which the rules of law require and forbid should be of a kind which men can reasonably be expected to do and to avoid. A system of rules addressed to rational persons to organize their conduct concerns itself with what they can and cannot do. It must not impose a duty to do what cannot be done. Secondly, the notion that ought implies can conveys the idea that those who enact laws and give orders do so in good faith. Legislators and judges, and other officials of the system, must believe that the laws can be obeyed; and they are to assume that any orders given can be carried out. Moreover, not only must the authorities act in good faith, but their good faith must be recognized by those subject to their enactments. Laws and commands are accepted as

⁷⁹ Traduction J. Voilquin (1965), pp. 139-140.

⁸⁰ Punishment and Responsibility (1968), p. 160.

⁸¹ A Theory of Justice (1971), p. 236.

laws and commands only if it is generally believed that they can be obeyed and executed. If this is in question, the actions of authorities presumably have some other purpose than to organize conduct. Finally, this precept expresses the requirement that a legal system cannot regard the inability to perform as irrelevant. It would be an intolerable burden on liberty if the liability or penalties was not normally limited to actions within our power to do or not to do.

Les exigences de la justice conduisent au même résultat, quelle que soit la perspective selon laquelle on envisage la peine criminelle. Ou bien celle-ci constitue un blâme et la justice exige que le blâme soit mérité, c'est-à-dire dirigé contre un acte dont le caractère reprehensible est assumé par l'acteur, ou bien la peine est dictée par des préoccupations d'utilité publique, et alors l'efficacité elle-même commande qu'on ne l'inflige que si le condamné avait été en mesure de se comporter autrement. La justice exige donc que le processus en vertu duquel la société punit une personne soit rationnel.

Dans le vaste contentieux de la *mens rea*, le thème de la justice revient constamment. Mais ce thème est accompagné en contrepoint par celui de la souveraineté parlementaire. Et celui-ci est tempéré à son tour par la présomption du bon législateur.⁸²

Dès 1778, Lord Kenyon écrivait, dans l'arrêt *Fowler v. Padget*:⁸³

It is a principle of natural justice and of our laws that *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

Dans le même arrêt, il ajoutait le thème de l'interprétation:⁸⁴

The Legislature never could have meant to extend criminality to a person who leaves his house, only for the purpose of transacting his legal concerns. I would adopt any construction of the statute that the words will bear, in order to avoid such monstrous consequences as should manifestly ensue from the construction contended for by the defendant.

Dans l'arrêt *Tolson*, le juge Wills, concernant l'interprétation à donner à un texte créant l'infraction de bigamie sans référence à un état d'esprit, déclare:⁸⁵

I am well aware that the mischiefs which may result from bigamous marriages, however innocently contracted, are great; but I cannot think that the appropriate way of preventing them is to expose to the danger of a cruel injustice persons whose only error may be that of acting upon the same evidence as has appeared perfectly satisfactory to a Court of Probate, . . .

L'arrêt *Tolson* est célèbre pour la règle d'interprétation formulée par le juge Stephen:⁸⁶

The full definition of every crime contains expressly or by implication a proposition as to a state of mind. Therefore, if the mental element of any conduct alleged to be a

⁸² N. Bobbio, *Le bon législateur*, paru dans *Le raisonnement juridique* (éd. H. Hubien, 1971), p. 243.

⁸³ *Supra*, note 78.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 177.

⁸⁶ *Ibid.*, à la p. 187.

crime is proved to have been absent in any given case, the crime so defined is not committed. . . .

Le juge Stephen fait allusion à la souveraineté du Parlement.⁸⁷

Of course, it should be competent to the legislature to define a crime in such a way as to make the existence of any state of mind immaterial.

Cependant, l'intention de la législature peut être dérogée par l'application de la présomption du bon législateur:

It could not be the object of Parliament to treat the marriage of widows as an act to be, if possible, prevented as presumably immoral. The conduct of the women convicted was not in the smallest degree immoral, it was perfectly natural and legitimate. Assuming the fact to be as they supposed, the infliction of more than a nominal punishment on them would have been a scandal. Why, then, should the Legislature be held to have wished to subject them to punishment at all?⁸⁸

Le passage cité introduit des considérations de justice dans l'interprétation. La présomption qu'on invoque est celle du législateur juste; or, le législateur juste ne peut avoir voulu un résultat injuste, la condamnation d'un innocent.

Depuis, une multitude d'arrêts ont réflété le conflit. Certains d'entre eux identifient l'exigence de la *mens rea* avec la justice, ou plutôt la responsabilité absolue avec l'injustice. D'autres posent la question en purs termes d'interprétation.⁸⁹ Cependant, dès que les tribunaux abordent la raison d'être de l'exigence d'un élément moral, ils découvrent invariablement la notion de justice.⁹⁰ L'on voit donc que la *mens rea*, ou la notion de "blâme fondé" s'appuie sur des considérations de justice, ou, tout au moins, sur une présomption d'intention législative orientée vers la justice. Les écarts au principe, de leur côté, n'ont de fondement qu'une interprétation textuelle et leur justification repose sur la primauté de la volonté législative, dont on affirme la toute puissance même à l'encontre de la justice.

Les difficultés théoriques et pratiques qui ont empêché la Cour suprême des États-Unis d'en arriver à une pleine reconnaissance de la *mens rea* ont été en grande partie résolues par la doctrine et la jurisprudence. Ces difficultés étaient de deux ordres, l'un conceptuel, l'autre pratique.

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, les données fondamentales du problème ont changé. On ne peut plus recourir à la toute-puissance législative pour justifier et expliquer les écarts au principe de la *mens rea*. En effet, le thème familier de l'identification entre *mens rea* et justice résonne à l'article 7. Mais le thème concurrent de la souveraineté parlementaire est

⁸⁷ *Ibid.*, à la p. 189.

⁸⁸ *Ibid.*, à la p. 191.

⁸⁹ *Reynolds v. Austin (G.H.) & Sons Ltd*, [1951] K.B. 135, à la p. 149; *Beaver v. R.*, *supra*, note 41, à la p. 554.

⁹⁰ Voir, entre autres, *D.P.P. v. Majewski*, [1976] 1 All E.R. 142, à la p. 168, Lord Edmund-Davies.

muet. Sans doute l'article 33 de la Charte lui permet-il de se faire entendre mais à condition d'un recours exprès à cette disposition.⁹¹

Ce changement fondamental de la problématique de la responsabilité pénale arrive à une époque où bon nombre des difficultés théoriques et pratiques que soulève la *mens rea* ont pu être résolues. Nous avons vu qu'aux États-Unis les tribunaux n'avaient pu établir des rapports de congruence entre *mens rea* et *due process* à cause de certains précédents contraires, en particulier, les arrêts *Balint*⁹² et *Dotterweich*,⁹³ jugés à une époque où le concept de la *mens rea* était insuffisamment articulé. À l'heure actuelle, malgré l'élucidation considérable apportée par la doctrine et par l'America Law Institute dans le code pénal modèle, la Cour suprême américaine semble encore se buter contre des obstacles au développement d'une doctrine générale en matière de *mens rea*.

Les tribunaux canadiens, au contraire, jouissent d'une situation privilégiée à cet égard. D'une part, la jurisprudence pré-constitutionnelle ne les lie pas, du moins en ce qui concerne l'affirmation par cette jurisprudence de la primauté des lois sur les droits. D'autre part, une doctrine relativement abondante, les études systématiques de la Commission de réforme du droit et la jurisprudence récente de la Cour suprême en matière de responsabilité criminelle leur permettrait de procéder avec confiance à la pleine reconnaissance du principe.

Dans l'affaire *Curr*⁹⁴ le juge en chef Laskin, après avoir signalé la nécessité de "*raisons convaincantes . . . pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent. . .*" ajoute:⁹⁵

Ces raisons doivent se rapporter à des *normes objectives et faciles à appliquer*, qui doivent guider les tribunaux, si on veut que l'application régulière dont-il est question à l'alinéa (a) de l'art. 1, permette d'annuler une loi fédérale par ailleurs valide ("*objective and manageable standards*").

Les normes objectives et "*manageable*" dont parlait le juge en chef existent maintenant. On les retrouve dans la doctrine et la jurisprudence, si on émonde cette dernière des contraintes imposées par la doctrine de la souveraineté parlementaire.

Il n'en fut pas toujours ainsi. Dans le passé récent de la *mens rea*, on retrouve des obstacles conceptuels et pratiques à l'extension de la notion, obstacles qui sont en voie d'être résolus par la doctrine et la jurisprudence.

Les obstacles conceptuels provenaient d'une vision essentiellement positiviste de l'élément moral de l'infraction et d'une conception carté-

⁹¹ Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, c. 21.

⁹² *U.S. v. Balint* (1922), 258 U.S. 250.

⁹³ *U.S. v. Dotterweich* (1943), 320 U.S. 277.

⁹⁴ *Supra*, note 54.

⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 900.

sienne de la *mens rea*. Le juge Stephen, dans l'affaire *Tolson*, exprime bien cette façon de concevoir la *mens rea*.⁹⁶

My view of the subject is based upon a particular application of the doctrine usually, though I think not happily, described by the phrase *Non est reus, nisi mens sit rea*. Though this phrase is in common use, I think it most unfortunate, and not only likely to mislead, but actually misleading, on the following grounds: It naturally suggests that, apart from all particular definitions of crimes, such a thing exists as a *mens rea*, or "guilty mind", which is always expressly or by implication involved in every definition. This is obviously not the case, for the mental elements of different crimes differ widely. *Mens rea* means in the case of murder, malice aforethought; in the case of theft, an intention to steal; in the case of rape, an intention to have forcible connection with a woman, without her consent; and in the case of receiving stolen goods, knowledge that the goods were stolen. In some cases it denotes mere inattention. For instance, in the case of manslaughter by negligence it may mean forgetting to notice a signal. It appears confusing to call so many dissimilar states of mind by one name.

Cette quasi-impossibilité de formuler une définition à la fois générale et suffisamment précise de la *mens rea* a peut-être constitué un obstacle dirimant à la reconnaissance constitutionnelle de ce principe par la Cour suprême des États-Unis.

Pourtant, au cours des trois dernières décennies, des progrès importants ont été accomplis dans la formulation d'une théorie cohérente de la *mens rea*. La reconnaissance du fait que la *mens rea* peut s'exprimer à la fois comme élément de l'infraction, comme fondement d'une ou plusieurs défenses et même, sur le plan normatif, par un état d'esprit de négligence permet aux tribunaux un degré de souplesse suffisant pour affirmer l'universalité du principe. De même, la réalisation par la doctrine et la jurisprudence que l'*actus* de l'infraction ne peut souvent se concevoir qu'en rapport avec une certaine intentionnalité, a rendu la notion d'élément moral beaucoup plus universelle.

La jurisprudence a déjà tracé la voie à cette conception nuancée et générale de la *mens rea*. L'arrêt *Sault Ste-Marie* a eu, à cet égard, un effet libérateur. La reconnaissance d'une catégorie d'infractions située entre celles qui exigent la preuve de la *mens rea* par la Couronne et celles où la *mens rea* n'est pertinente ni comme élément de l'infraction ni comme fondement d'une défense, permet d'accommoder les besoins d'une répression efficace et les exigences de la morale:

Les infractions criminelles dans le vrai sens du mot tombent dans la première catégorie. Les infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie. Elles ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite. *En revanche, le principe selon lequel une peine ne doit pas être infligée à ceux qui n'ont commis aucune faute est applicable.* Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la

⁹⁶ *Supra*, note 85, à la p. 185.

législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie.⁹⁷

Si la négligence ne répond pas à la définition classique de la *mens rea*, elle constitue quand même une faute, un état d'esprit blâmable. En ce sens, elle rejoint la définition de la *mens rea* normative, le blâme s'attachant à l'attitude d'irrespect à l'égard de la loi.

La difficulté pratique que soulève la pleine reconnaissance de la *mens rea* a été très bien identifiée par D.A. Stroud:⁹⁸

In all such cases the justification of the arbitrary interference with liberty is precisely similar to the justification of all the common law presumptions above referred to, [les présomptions que toute personne est saine d'esprit, qu'elle connaît la loi, qu'elle désire les conséquences naturelles de ses actes etc.] viz. the difficulty which would ensue, or which it has been thought would ensue, in enforcing the statutory provisions in question, if the existence or absence of culpable intentionality were inquired into.

Dans toute poursuite pénale, il incombe à la Couronne de faire la preuve de chaque élément de l'infraction; cette preuve doit convaincre le juge hors de tout doute raisonnable. Si l'on ne peut concevoir la *mens rea* que comme élément constitutif d'une infraction, il incomberait toujours à la Couronne d'en faire la preuve. C'est cette dimension du procès pénal, les deux corollaires de la présomption d'innocence, que l'exclusion de la *mens rea* cherche à contourner.

La difficulté est exacerbée par le caractère quasi-sacré de la présomption d'innocence en droit pénal anglo-canadien. Dans l'arrêt *Woolmington*,⁹⁹ Lord Sankey a trouvé des mots éloquents pour décrire l'importance de la présomption d'innocence dans le système répressif:¹⁰⁰

Throughout the web of the English criminal law one golden thread is always to be seen—that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

Le principe établi avec tant de force dans l'arrêt *Woolmington* a constitué un obstacle à l'acceptation par certains Lords dans l'affaire *Sweet v. Parsley*¹⁰¹ du compromis australien en matière d'infractions strictes. Ainsi, Lord Pearce déclare:¹⁰²

⁹⁷ *Supra*, note 40, à la p. 1326, mots mis en italiques par l'auteur.

⁹⁸ *Mens Rea* (1914), pp. 12-13.

⁹⁹ *Woolmington v. The Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462.

¹⁰⁰ *Ibid.*, à la p. 481.

¹⁰¹ [1969] 1 All E.R. 347.

¹⁰² *Ibid.*, à la p. 357.

If it were possible in some so-called absolute offences to take this sensible half-way house, I think that the courts should do so. This has been referred to in *Warner's* case. I see no difficulty in it apart from the opinion of Lord Sankey, L.C., in *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*. But so long as the full width of that opinion is maintained, I see difficulty. There are many cases where the width of that opinion has caused awkward problems. But before reducing that width, your Lordships would obviously have to consider all the aspects of so far-reaching a problem.

Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* la solution retenue a été précisément de reconnaître un compromis selon lequel la Couronne n'avait qu'à prouver la présence des éléments matériels de l'infraction, l'accusé devant établir l'absence de négligence.¹⁰³

Selon cette thèse, il n'incombe pas à la poursuite de prouver la négligence. Par contre, il est loisible au défendeur de prouver qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Cela incombe au défendeur, car généralement lui seul aura les moyens de preuve. Ceci ne semble pas injuste, vu que l'alternative est la responsabilité absolue qui refuse à l'accusé toute défense. Alors que la poursuite doit prouver au-delà de tout doute raisonnable que le défendeur a commis l'acte prohibé, le défendeur doit seulement établir, selon la prépondérance des probabilités, la défense de diligence raisonnable.

L'arrêt *Woolmington* a pu être distingué de la façon suivante:

Dans l'affaire *Woolmington*, la question était de savoir si le juge de première instance avait eu raison de déclarer au jury que l'accusé avait l'obligation de prouver son innocence. Le vicomte Sankey, lord chancelier, a rappelé la force de la présomption d'innocence en droit criminel et a ensuite fait cette déclaration universellement acceptée dans ce pays: il n'incombe pas à un prisonnier de prouver son innocence, il lui suffit de soulever un doute quant à sa culpabilité. A mon avis, cet arrêt ne signifie rien de plus. Il y a lieu de noter qu'il porte sur des infractions criminelles au sens propre du mot; il ne traite pas d'infractions contre le bien-être public. Ironiquement, l'arrêt *Woolmington* qui formule un principe favorable à l'accusé, est utilisé pour justifier le rejet d'une défense fondée sur la diligence raisonnable en matière d'infractions contre le bien-être public et l'application de la responsabilité absolue qui ne permet aucune défense à l'accusé. Selon moi, rien dans l'arrêt *Woolmington* ne s'oppose à la réception, en matière d'infractions réglementaires, d'une défense fondée sur la diligence raisonnable que l'accusé aura à prouver pour établir sa défense selon la prépondérance des probabilités.¹⁰⁴

Le principe de *Woolmington* n'aurait d'application qu'aux infractions "véritablement criminelles"; par contre, dans ces infractions, nul doute que l'article 11 (d) de la Charte fait du principe une norme constitutionnelle.

Même si la jurisprudence a considérablement clarifié la question du régime de responsabilité, on n'en est pas arrivé encore à des normes complètement objectives. Dans un article sur l'élaboration par la Cour suprême des règles de la responsabilité pénale,¹⁰⁵ les professeurs J. Fortin

¹⁰³ *Supra*, note 40, à la p. 1325.

¹⁰⁴ *Ibid.*, à la p. 1316.

¹⁰⁵ La réforme de la responsabilité pénale par la Cour suprême du Canada (1979), 39 R. du B. 526.

et L. Viau critiquent les critères proposés pour qualifier les infractions. L'arrêt *Pierce Fisheries*¹⁰⁶ par exemple:

. . . a marqué un recul par rapport aux solutions retenues par les arrêts *Beaver* et *King* qui déterminent l'intention du législateur, non pas à partir d'une invérifiable intuition, mais bien d'après des critères objectifs—qualification procédurale et peine—indiqués par le texte d'incrimination.¹⁰⁷

Les auteurs formulent le même reproche à l'arrêt *Sault Ste-Marie* tout en se réjouissant de l'objectivité des critères proposés par la Cour suprême dans les arrêts *Prue* et *Baril*.¹⁰⁸

L'article 7, de son côté, fournirait un critère aussi objectif qu'universel: la *mens rea* serait un principe pertinent dès qu'une loi porte atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité. L'article 7 créerait donc une présomption constitutionnelle de *mens rea*, s'appliquant à toutes les infractions et réfragable seulement aux conditions prévues par l'article 1 de la Charte.

En ce sens, l'article 7 pourrait bien s'analyser de façon à résumer entièrement la question de la *mens rea*. La portée du principe est définie par les conditions d'application de l'article: toute atteinte à la vie, la liberté, la sécurité de la personne. Ces termes désigneraient naturellement la sanction des infractions; l'article s'appliquerait dès la mise en danger.

La nature de la *mens rea* serait dictée, dans les cas d'interprétation, par la gravité de la sanction. S'agissant d'une infraction sanctionnée par un emprisonnement, la *mens rea* impliquerait de la part de l'acteur la connaissance et l'intention de commettre l'acte prohibé. S'agissant au contraire d'une infraction punissable par une amende (modérée, bien sûr), la simple négligence suffirait. De cette façon, on respecterait les exigences de la justice, le précepte "ought implies can" trouvant une application constante, dans le respect de la proportionnalité.

Conclusion

Quelles seraient les conséquences pour le droit pénal de la "constitutionnalisation" de l'élément moral des infractions?

En premier lieu, l'élément moral ne pourrait plus être considéré comme une simple manifestation de la volonté présumée du législateur, susceptible d'être écarté par l'interprétation judiciaire. L'infraction comporterait obligatoirement une dimension morale. Que cette dimension morale découle de la définition de l'infraction, soit par référence expresse à des éléments psychologiques moralement significatifs, soit par interprétation des termes décrivant le comportement prohibé, ou qu'elle désigne

¹⁰⁶ *R. v. Pierce Fisheries*, [1971] R.C.S. 5.

¹⁰⁷ J. Fortin et L. Viau, *op. cit.*, note 105, à la p. 532.

¹⁰⁸ *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547. Pour une excellente étude des difficultés d'interprétation du régime de responsabilité, voir J. Fortin et L. Viau, *Droit pénal général* (1982).

l'absence de justification ou d'excuse, elle serait nécessairement reliée à la notion même de blâme.

A partir de la réalisation que l'élément moral fait obligatoirement partie d'une infraction, la notion de responsabilité absolue disparaîtrait du droit. Rien n'empêcherait cependant les tribunaux de convertir par interprétation les exclusions explicites de l'élément moral en présomptions réfragables. Même en matière traditionnellement criminelle, telle l'infraction de rapports sexuels avec une personne de moins que quatorze ans,¹⁰⁹ la connaissance par l'accusé de l'âge de la victime pourrait être présumée: quitte pour lui de s'expliquer au jury dans les cas exceptionnels.

Les écarts au principe pourraient-ils être couverts par l'application de la deuxième partie de l'article 1? Dans l'affaire *Campagna*,¹¹⁰ le tribunal a jugé assez péremptoirement que la responsabilité absolue n'était pas raisonnable dans le cadre de notre société. La question sera sûrement soulevée et il n'est pas mauvais qu'elle le soit, ni que les tribunaux soient chargés de la résoudre. Le contexte judiciaire du débat permettra peut-être un test concret des arguments qui, jusqu'à présent, sont restés très théoriques. A cet égard, les études de la Commission de réforme du droit sur la responsabilité stricte seront appelées à jouer un rôle important.

Au chapitre des défenses, l'exclusion globale de l'ignorance de la loi risque d'être tempérée par l'acceptation de la théorie de l'erreur invincible. C'est d'ailleurs le sens d'une proposition de la Commission de la réforme du droit, concernant la défense d'erreur. Cette position plus nuancée répond mieux à la conception que l'on se fait généralement de la justice.

Au delà des incidences pratiques sur la définition des infractions et la portée des défenses, la "constitutionnalisation" de l'élément moral aurait un effet exemplaire très important pour le droit répressif. La reconnaissance que l'État a des obligations de justice et que l'utilisation de la peine comporte des responsabilités à l'endroit des justiciables conduira peut-être à une conception humaniste du droit pénal, conception selon laquelle la paix sociale reposera véritablement sur des valeurs universelles.

¹⁰⁹ Code cr., S.R.C. 1970, c. C-38, art. 146(1).

¹¹⁰ *Supra*, note 65.