

LES EXIGENCES CONSTITUTIONNELLES
EN MATIÈRE DE FAUTE
PÉNALE : UN BILAN CRITIQUE

Anne-Marie Boisvert*
Montréal

Les premiers arrêts de la Cour suprême du Canada relativement aux exigences constitutionnelles en matière de faute pénale laissent entrevoir une discussion sur les fondements de la responsabilité pénale et un raffermissement des normes de faute. Plusieurs ont cru que de nombreuses infractions devraient dorénavant être interprétées comme exigeant une mens rea subjective. Il est maintenant clair que, sauf exception, la négligence suffit à rencontrer les exigences minimales des principes de justice fondamentale. Outre la déception ressentie face à ce résultat, il faut surtout s'interroger sur la pertinence des critères mis de l'avant par le plus haut tribunal du pays pour fonder son analyse. Le critère de la sévérité de la peine se résume dans une large mesure à vérifier si une peine d'emprisonnement est prévue et à relativiser la gravité de l'infraction en cause en la comparant au meurtre. Le critère de la gravité des stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité est encore moins déterminant. L'intuition et l'impressionnisme juridique qui le caractérisent ont entre autre permis de conclure que, moins la norme de faute pour une infraction donnée est élevée, moins cette dernière est stigmatisante. Il apparaît que les critères d'analyse constitutionnelle avancés par la Cour ne se fondent sur aucune vision articulée des principes fondamentaux devant fonder notre système de justice répressive.

Mais il y a plus. Au fil des discussions sur les exigences minimales en matière de faute, on note un effritement considérable des normes élaborées par la common law. Un traitement indifférencié des garanties constitutionnelles et des règles traditionnelles d'interprétation des textes créateurs d'infractions tend à niveler par le bas ces dernières. Ainsi, des infractions de négligence "constitutionnellement suffisantes" ont été découvertes au mépris des règles de l'arrêt Sault Ste-Marie. L'auteure déplore que l'héritage de la common law soit entamé en l'absence de discussion sérieuse sur les principes de politique criminelle en cause.

The Supreme Court of Canada's early decisions on the constitutional requirement of fault seemed to announce a review of the foundations of criminal liability in Canada as well as a strengthening of the fault element. Many observers, therefore, thought that the vast majority of offences would be interpreted as necessitating subjective mens rea. It is however clear that, except

*Professeure, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec.

for exceptional offences, negligence meets the constitutional standard. More than this disappointing result, the analytical tools developed by the Court are questionable. Reduced to a mechanical verification of the possibility of imprisonment, the test of the severity of the penalty is now mainly used as a device to downplay the severity of the offence when compared to murder. The vague benchmark provided by the stigma associated with the offence, which is ultimately used as the basis of the constitutional analysis of fault, is in no way conclusive and offers no worthwhile theoretical tool.

The recent decisions of the Supreme Court exhibit also an irritating tendency to confuse the constitutional “essential minimum” and the traditional common law rules in respect of fault, thereby reducing these concepts to their lowest common denominator. In some decisions, for example, constitutionally sufficient negligence offences have been discovered in defiance of the elementary rules of Sault Ste-Marie. To the author, it seems dangerous to erode the heritage of the common law in relation to the fault element without a serious discussion of the principles and policies of the criminal law.

Introduction

En 1985, la Cour suprême du Canada entreprenait en grande pompe de définir les exigences posées par l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ en matière de faute et de revoir du même coup les fondements de la responsabilité pénale au Canada. Dans les premiers arrêts consacrés à cette question on apprenait que, de l’élément présumé qu’elle était dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*,² la *mens rea* était devenue un élément requis par la Constitution.³ Le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*⁴ posait logiquement ce qui était alors perçu comme le point de départ de l’analyse constitutionnelle, c’est-à-dire l’affirmation voulant que la responsabilité absolue soit contraire aux principes de justice fondamentale, puisqu’elle permet la condamnation d’une personne moralement innocente.

Il semble dorénavant que ce point de départ de l’analyse des exigences constitutionnelles en matière de faute en constitue à peu de choses près, sauf pour les infractions exceptionnellement stigmatisantes que sont le meurtre et le vol,⁵ le point final. Il fallut vite constater en effet que la notion de *mens rea* avait perdu son sens traditionnel, celui lié à la nécessité d’un état d’esprit subjectivement

¹ *Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l’annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, C.11.

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

³ *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 652 (M. le juge Lamer).

⁴ [1985] 2 R.C.S. 486 aux pp. 514-517.

⁵ L’affirmation à l’effet que le vol est particulièrement stigmatisant nous laisse perplexe. Que le vol commande une *mens rea* de malhonnêteté qui traduise la spécificité de cette infraction semble aller de soi. Nous ne croyons pas cependant que la notion de stigmatisme rende particulièrement bien cette idée. A notre connaissance, les ailes de “protection” des institutions carcérales ne sont pas bondées de voleurs et les médias leur

apprécié, pour faire référence à une notion de faute plus large, qui inclut la négligence. Alors que dans l'arrêt *Vaillancourt*⁶ le juge Lamer affirmait, sans il est vrai en décider, qu'il se pourrait bien qu'en règle générale les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* subjective face à l'acte prohibé afin d'éviter de punir la personne moralement innocente, il se contentait, quelques années plus tard, d'énoncer, avec l'aval des autres membres la Cour, que la Constitution ne garantit pas l'idéal, mais un minimum vital.⁷ Sauf rarissime exception, la négligence suffit désormais à fonder la responsabilité pénale sans enfreindre l'article 7 de la *Charte*.

Le bilan à dresser des jugements rendus par la Cour suprême est mince. La responsabilité absolue assortie d'une peine d'emprisonnement et ce qu'il était convenu d'appeler le meurtre par interprétation ont disparu du paysage juridique canadien. Toutefois, et contrairement à ce que la jurisprudence des premières années pouvait laisser entrevoir, notre droit connaît une sévérité accentuée, notamment en matière d'infractions de résultat, devenues à certains égards de responsabilité absolue. À ce sujet, les récents jugements de la Cour dans les arrêts *Creighton*⁸ et *Gosset*,⁹ qui concluent à une interprétation sévère de l'homicide involontaire coupable, n'ont que peu surpris. Après l'arrêt *DeSousa*,¹⁰ rares en effet étaient ceux qui espéraient encore la consécration d'une norme élevée de faute pour quelque infraction que ce soit. Seul prix de consolation, certaines infractions de négligence sont dorénavant interprétées comme exigeant la preuve d'un écart marqué à la norme de prudence raisonnable pour justifier un verdict de culpabilité.

La jurisprudence de la Cour déçoit à plus d'un titre. On peut dorénavant affirmer que près d'une décennie de débats constitutionnels et des milliers de pages de jurisprudence n'ont permis ni le raffermissement annoncé des exigences de notre droit en matière de faute ni, et cela est plus attristant, de discussion sérieuse sur les fondements de la responsabilité pénale au Canada. Les principes généraux avancés dans les arrêts *Martineau*¹¹ et *Vaillancourt*,¹² voulant que la nature de l'infraction et la gravité de la peine doivent être reflétées par la norme

consacrent certainement moins d'attention qu'à ceux qui commettent des attentats contre les enfants, pour ne donner qu'un exemple. Nous reviendrons plus loin sur la fluidité et le peu d'utilité de cette notion de stigmates pour fonder l'analyse constitutionnelle.

⁶ *Supra* note 3 à la p. 653.

⁷ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142 et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 à la p. 186. Il s'agit en fait du critère proposé en dissidence par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, lorsqu'elle affirmait à la p. 650 :

Il ne s'agit pas ici de se demander quel est le "meilleur" critère, mais plutôt quel est le test constitutionnellement valide.

⁸ *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

⁹ *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76.

¹⁰ *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

¹¹ *R. c. Martineau*, *supra* note 7.

¹² *Supra* note 3.

de faute, n'ont en effet pas trouvé de véritable application dans les décisions ultérieures de la Cour. Il en est allé de même de l'idée selon laquelle le mal intentionnellement causé soit réprimé plus sévèrement que le mal non intentionnel et de celle voulant que la responsabilité pénale pour une infraction de résultat ne soit engagée que si l'accusé possédait un état d'esprit blâmable face à ce résultat.¹³ Ces principes, encore affirmés formellement par la Cour dans tous ses jugements, servent de caution à des décisions qui ne s'appuient en fait sur aucune vision cohérente et articulée de ce que devrait être notre système de justice répressive. Le critère de la sévérité de la peine, détourné de sa fonction première, sert désormais à justifier des sanctions importantes, même en l'absence de faute caractérisée. Le vague repère que constituent les stigmates associés à l'infraction, invoqué ultimement pour asseoir l'analyse constitutionnelle de la faute, n'a rien de déterminant et n'offre aucun instrument théorique valable au moment où le législateur entreprend la révision des principes généraux de la responsabilité pénale au Canada. La jurisprudence constitutionnelle de la Cour en matière de faute donne en définitive l'impression d'un rendez-vous manqué.

Les dernières décisions de la Cour suprême marquent de plus une fâcheuse tendance à confondre le "minimum vital" constitutionnel et les règles traditionnelles de common law en matière de faute, nivelant du même coup par le bas ces dernières. Ainsi, dans certains arrêts, des infractions de négligence "constitutionnellement suffisantes" ont été découvertes au mépris des règles élémentaires de l'arrêt *Sault Ste-Marie*.¹⁴ Il nous apparaît dangereux d'éroder l'héritage de la common law relativement à la norme de faute en matière criminelle en l'absence de discussion sérieuse sur les principes de politique criminelle en cause. Que la norme de négligence ait à cette occasion été rehaussée ne change rien à cet état de fait. D'ailleurs, la multiplication des notions liées à la négligence dans les prononcés récents de la Cour suprême inquiète. Malgré les dizaines de pages destinées à cette fin, les contours des différents concepts mis de l'avant demeurent flous et aucune tendance identifiable ne se dégage de l'ensemble des différents motifs présentés par les juges alors que la Cour continue d'éviter soigneusement de trancher le débat qui la divise toujours relativement à la *mens rea* de l'infraction de négligence criminelle.

Le présent texte, le lecteur l'aura compris, se veut un bilan critique de la jurisprudence de ces huit dernières années en matière de faute pénale. Il se propose d'examiner comment notre Cour suprême a renoncé à poursuivre l'objectif qu'elle s'était fixé à l'origine et d'évaluer la mesure dans laquelle les principes de la responsabilité pénale consacrés par l'arrêt *Sault Ste-Marie* ont été affectés par l'exercice.

¹³ *R. c. Martineau*, *supra* note 7 à la p. 645.

¹⁴ *Supra* note 2.

I - Les principes de justice fondamentale et la norme de faute

A- La constitutionnalité de la négligence

Le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*¹⁵ amorçait l'analyse des exigences constitutionnelles en matière de faute en affirmant que la responsabilité absolue est contraire aux principes de justice fondamentale puisqu'elle ne permet pas à la personne accusée de pouvoir invoquer au moins une défense fondée sur sa diligence raisonnable.¹⁶ Peu de temps après, la Cour suprême affirmait dans l'arrêt *Martineau*¹⁷ que, compte tenu de la nature particulière des stigmates entraînés par une déclaration de culpabilité pour meurtre et de la sévérité de la peine pouvant être imposée, un élément spécial concernant la mort, soit sa prévision subjective par l'auteur de l'acte illégal, devait être présent pour fonder une déclaration de culpabilité pour cette infraction. Cette conclusion était présentée comme une application particulière des principes fondamentaux voulant que la peine soit proportionnée à la culpabilité morale du délinquant et que le préjudice intentionnellement causé soit puni plus sévèrement que celui causé involontairement.¹⁸ Certains passages des premières décisions de la Cour, en particulier les propos suivants du juge Lamer dans l'affaire *Vaillancourt*, laissaient donc présager un raffermissement des exigences de notre droit de la faute en matière pénale à la suite de l'adoption du texte constitutionnel.

Il se peut bien qu'en règle générale les principes de justice fondamentale exigent la preuve d'une *mens rea* subjective à l'égard de l'acte prohibé, afin d'éviter de punir 'celui qui est moralement innocent'. [...] De nombreuses dispositions du Code n'exigent que la prévisibilité objective du résultat ou même seulement l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le résultat. Comme je préférerais en l'espèce éviter

¹⁵ *Supra* note 4.

¹⁶ Dans l'arrêt *Vaillancourt*, *supra* note 3 à la p. 652, le juge Lamer résume ainsi la position de la Cour dans le *Renvoi* :

Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, la Cour établit que la responsabilité absolue viole les principes de justice fondamentale, de sorte que la combinaison de la responsabilité absolue et de l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne a pour effet de restreindre les droits conférés par l'art. 7 et viole donc à première vue cet article. En fait, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la privation de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. [...] la négligence est *au moins* requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit *toujours* pouvoir *au moins* invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. (les italiques sont dans l'original).

¹⁷ *Supra* note 7 à la p. 645.

¹⁸ "L'article 213 a pour effet de violer le principe que la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant ou, comme l'a dit le professeur Hart dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 162, le principe fondamental d'un système de droit fondé sur la morale, portant que ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement." *Ibid.*

de mettre en doute la validité de telles dispositions, je vais présumer, mais pour les fins du présent pourvoi seulement, qu'en général un état d'esprit moindre que la prévision subjective du résultat peut parfois suffire pour entraîner la responsabilité criminelle de celui qui a provoqué ce résultat au moyen d'une conduite criminelle intentionnelle.¹⁹

Une fois vidées la question de la validité de la responsabilité absolue et celle de la norme de faute nécessaire à la culpabilité pour meurtre, le débat s'est donc naturellement tourné vers la question de savoir si la négligence pouvait dorénavant valablement fonder la responsabilité pénale.²⁰

Dans l'arrêt *Wholesale*,²¹ mettant en cause l'infraction de publicité fausse ou trompeuse de la loi fédérale sur la concurrence,²² la Cour décidait que, dans le cas d'une infraction réglementaire, les exigences de l'article 7 sont satisfaites dès qu'est ouverte à l'accusé la possibilité de présenter une défense de diligence raisonnable pour éviter une condamnation.²³ Cette conclusion n'était toutefois pas le fruit d'un raisonnement unanime. La Cour s'est en effet profondément divisée sur les critères à appliquer pour fonder l'analyse constitutionnelle.

¹⁹ *R. c. Vaillancourt*, *supra* note 3 à la p. 653.

²⁰ Dans l'arrêt *R. c. Hess et Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, la Cour a déclaré l'ancien article 146 du Code criminel prohibant les relations sexuelles avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans contraire à l'article 7 de la *Charte* au motif qu'en rendant non pertinente la croyance de l'accusé relativement à l'âge de la plaignante, le législateur avait créé une infraction de responsabilité absolue. Cette application pure et simple du *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, *supra* note 4, concluant à une violation de l'article 7 puisqu'une défense fondée sur la diligence raisonnable n'était pas *au moins* prévue laissait toutefois subsister le doute sur la suffisance de la négligence pour fonder la culpabilité. Voir le texte accompagnant les notes 43 à 45.

²¹ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, *supra* note 7.

²² S.R.C. 1970, c. C-23, maintenant S.R.C. 1985, c. C-34, modifié par S.R.C. 1985, 2ième Supp., c. 19.

²³ Les articles 36(1)a) et 37.3(2) de la loi se lisaient ainsi :

- 36(1)** Nul ne doit, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques
- a) donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

[...]

- 37.3(2)** La personne accusée d'avoir commis une infraction tombant sous le coup des articles 36 ou 36.1 ne peut en être déclarée coupable si elle prouve que

- a) l'infraction résulte d'une erreur;
- b) elle a pris les précautions raisonnables et fait preuve de diligence pour prévenir cette erreur;
- c) elle a pris ou fait prendre des mesures raisonnables pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par les indications ou l'attestation; et
- d) les mesures mentionnées à l'alinéa c) ont été prises sans délai après la publication des indications ou de l'attestation, sauf lorsque celles-ci concernent des valeurs mobilières.

Pour le juge Cory, aux motifs duquel souscrit le juge L'Heureux-Dubé, la conclusion suivant laquelle en l'espèce la négligence constituait une faute suffisante au point de vue constitutionnel s'appuyait sur une analyse contextuelle de la *Charte*, largement fondée sur la différence de nature entre les crimes véritables et les infractions réglementaires.²⁴ Selon lui, les crimes et les infractions réglementaires expriment deux concepts de faute différents.²⁵ Alors que les premiers traduisent la réprobation morale associée à une conduite heurtant de front les valeurs fondamentales de notre société, les infractions réglementaires ne sanctionnent que le manquement à une obligation édictée dans un but de protection du public dans le cadre de la réglementation d'une activité légale. Dans ce dernier contexte, où l'infraction n'a pas pour but de réprimer une forme quelconque de turpitude morale mais de protéger le public contre des agissements potentiellement dangereux, la preuve de la négligence satisfait à l'exigence en matière de faute posée par l'article 7 de la *Charte*.

Au contraire, pour les juges McLachlin et Lamer, ce dernier écrivant aussi pour le juge Sopinka, la distinction entre infractions criminelles et réglementaires était sans pertinence au moment d'analyser les exigences constitutionnelles en matière de faute. L'élément central à considérer résidait plutôt dans la possibilité d'un emprisonnement en cas de condamnation.²⁶ Selon le juge Lamer, la jurisprudence antérieure de la Cour - plus particulièrement le *Renvoi* et l'affaire *Vaillancourt* - constituait une "indication que la négligence est le

En l'espèce, la Cour a invalidé la partie de la disposition qui restreignait la défense de diligence raisonnable en ajoutant l'obligation pour l'accusé d'avoir procédé à une rétractation rapide pour pouvoir être acquitté. À cause de cette exigence additionnelle, l'infraction de publicité fausse ou trompeuse a été qualifiée de responsabilité absolue dans la mesure où, en l'absence de rétractation, une personne pouvait être déclarée coupable malgré sa diligence raisonnable.

Outre la question de la constitutionnalité de la norme de faute, était aussi en cause le fardeau de persuasion imposé en responsabilité stricte à l'accusé qui invoque la défense de diligence raisonnable. La Cour s'est aussi profondément divisée sur cette question et n'a reconnu la validité de ce renversement de fardeau que par une majorité de 5 contre 4.

²⁴ *Wholesale*, supra note 7 à la p. 226 indique :

Il est particulièrement approprié en l'espèce d'utiliser la méthode contextuelle afin de tenir compte de la nature réglementaire de l'infraction et de sa présence dans un régime plus global de dispositions législatives visant à assurer le bien-être public. Cette méthode exige qu'on examine les droits revendiqués par l'appelante en tenant compte du cadre réglementaire dans lequel se situe la demande, tout en reconnaissant qu'un droit garanti par la *Charte* peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit.

²⁵ *Ibid.* à la p. 219.

²⁶ "A mon sens, c'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. Je ne saurais accepter que ces principes doivent être interprétés différemment du simple fait que l'infraction peut être qualifiée de "réglementaire"." (*Ibid.* M. le juge Lamer, à la p. 189).

degré *minimum* de faute qui est *conforme* à la l'art. 7 de la *Charte* dans tous les cas où une déclaration de culpabilité peut entraîner l'emprisonnement."²⁷

Dans une opinion distincte, le juge LaForest fit plutôt la remarque suivante:

Quant à moi, je suis disposé à admettre l'exigence de la diligence raisonnable comme étant suffisante aux fins de la *Charte* dans le cas des infractions réglementaires et de certaines infractions criminelles qui reposent de façon importante sur des aspects réglementaires (par ex.: le contrôle des armes à feu, *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443). En ce qui concerne toutefois les infractions criminelles, j'hésiterais à accepter un degré de *mens rea* inférieur à la négligence criminelle.²⁸

Compte tenu de la nature réglementaire de l'infraction en cause dans l'affaire *Wholesale* et des diverses opinions émises, la question de savoir si la négligence constituait une norme de faute suffisante en matière criminelle a continué de se poser.

Dans l'arrêt *DeSousa*,²⁹ une Cour unanime composée de cinq juges³⁰ devait consacrer le courant amorcé par le juge Lamer dans l'arrêt *Wholesale* et sérieusement entamer les espoirs suscités par les premiers arrêts rendus sous l'empire de la *Charte*. On y affirmait qu'en l'absence de stigmates particuliers attachés à une déclaration de culpabilité, toute infraction prévoyant une peine d'emprisonnement, qu'il s'agisse d'un crime ou d'une infraction réglementaire, est constitutionnelle si elle contient un élément de faute personnelle.³¹ Il est indifférent que cet élément de faute soit objectif ou subjectif.³²

²⁷ *Ibid.* (nos italiques).

²⁸ *Ibid.* à la p. 210. Rappelons brièvement que, dans la saga des jugements relatifs aux éléments constitutifs de l'infraction de négligence criminelle, le juge LaForest s'était rangé du côté des partisans d'une appréciation subjective de la faute. Voir *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436 à la p. 1438.

Notons enfin que les motifs du juge Iacobucci, auxquels ont souscrit les juges Stevenson et Gonthier, ne contiennent quant à eux aucun prononcé particulier sur les exigences constitutionnelles en matière de faute, le juge se contentant d'affirmer que la responsabilité absolue assortie d'une peine d'emprisonnement est contraire à l'article 7 de la *Charte*.

²⁹ *R. c. DeSousa*, *supra* note 10.

³⁰ Le juge Sopinka a rédigé les motifs du jugement auxquels ont souscrit les juges Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

³¹ Les propos suivants du juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 à la p. 659 pouvaient laisser entrevoir cette conclusion mais, compte tenu de la nature réglementaire de l'infraction en cause dans cette affaire et du fait que l'extrait des motifs du juge Cory dans l'affaire *Wholesale* sur lesquels ces propos sont fondés, mis dans leur contexte affirment en fait exactement le contraire, les commentateurs n'y ont peut-être pas suffisamment prêté attention.

Il ressort des motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, qu'une exigence minimale en matière de faute relativement à toute infraction pénale ou réglementaire satisfait aux exigences de l'art. 7. Il est précisé, à la p. 238 de cet arrêt :

"Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction."

(nos italiques)

³² *R. c. DeSousa*, *supra* note 10 aux pp. 956-958.

Cette affaire *DeSousa* mettait en cause l'article 269 du Code criminel (anciennement 245.3) incriminant l'infliction illégale de lésions corporelles.³³ La Cour, en plus de se livrer à l'exercice d'interpréter le texte d'incrimination pour découvrir les éléments constitutifs de cette infraction, entreprend d'en déterminer la constitutionnalité. Selon le juge Sopinka, écrivant pour la Cour, l'élément moral de l'infraction prévue à l'article 269 se compose de deux exigences distinctes, soit l'élément moral de l'infraction sous-jacente (l'acte illégal à l'origine des lésions corporelles) et un élément moral face au résultat prohibé, les lésions corporelles. L'infraction sous-jacente doit comprendre un élément de faute personnelle suffisant sur le plan constitutionnel. En clair, on nous explique qu'elle ne peut être de responsabilité absolue.³⁴

Donnant son aval à un courant jurisprudentiel anglais, développé dans le contexte de l'infraction d'homicide involontaire coupable, selon lequel "l'acte illégal [doit être] de telle nature que toute personne raisonnable se rendrait inévitablement compte qu'il fait courir à autrui à tout le moins le risque d'une blessure",³⁵ le juge Sopinka affirme par ailleurs que l'acte illégal dont il est fait mention à l'article 269 du Code doit être objectivement dangereux. Cette exigence relative à la dangerosité objective de l'acte illégal implique que, en ce qui concerne le résultat, l'infraction prévue à l'article 269 du Code en est une de négligence.³⁶ Or, comme l'infliction illégale de lésions corporelles "ne fait pas partie de ces *rare*s infractions qui, en raison des stigmates qui s'y rattachent et de la peine dont elles sont assorties, exigent une faute fondée sur une norme subjective",³⁷ elle est jugée constitutionnellement valide. La négligence "minimale" est bien devenue, sauf rares exceptions, suffisante. L'analyse constitutionnelle fondant la conclusion de la Cour est réduite au strict minimum : une évaluation lapidaire et réductrice de la sévérité de la peine et de la gravité des stigmates consécutifs à une déclaration de culpabilité en comparaison de ce qui attend le meurtrier.³⁸

³³ L'article 269 du Code se lit comme suit : "Quiconque cause illégalement des lésions corporelles à une personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans."

³⁴ R. c. *DeSousa*, *supra* note 10 aux pp. 957-958.

³⁵ *Ibid.* à la p. 961.

³⁶ Cette conclusion s'impose fatalement malgré la phrase maladroite qui suit immédiatement le passage que nous venons de citer à la note précédente et où il est affirmé:

Pour interpréter ce qui constitue un acte objectivement dangereux, les tribunaux doivent s'efforcer d'éviter de frapper de sanctions pénales *la simple inadvertance*.

Il y a lieu de rejeter la prétention selon laquelle il n'est pas nécessaire que l'acte illégal qui constitue un crime soit dangereux. (nos italiques)

Notons par ailleurs que cette conclusion à l'effet que l'infliction illégale de lésions corporelles est une infraction de négligence face au résultat s'accorde mal avec les principes d'interprétation édictés dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, *supra* note 2. Voir le texte accompagnant les notes 132 et suivantes.

³⁷ R. c. *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 962 (nos italiques).

³⁸ Voir le texte accompagnant les notes 73 à 91.

B- La portée réduite de l'article 7 en regard des divers éléments de l'infraction

Bien que dans l'affaire *DeSousa* cette précision ne fut pas nécessaire à la solution du litige, puisque l'acte illégal posé par l'accusé en l'espèce était objectivement dangereux, la Cour ajoute que ni les règles d'interprétation de l'arrêt *Sault Ste-Marie* ni les exigences constitutionnelles ne s'opposent à ce que les conséquences de son acte illégal soient un simple élément aggravant de la conduite de l'auteur.

La Constitution n'exige cependant pas que l'intention, qu'elle soit objective ou subjective, s'étende aux conséquences des actes illégaux en général.³⁹

Ainsi, nous dit le juge Sopinka, les voies de fait et les voies de fait causant des lésions corporelles exigent toutes deux la même *mens rea*, et l'élément qui réside dans le fait de causer des lésions corporelles ne sert qu'à qualifier la première infraction. Selon lui, exiger l'intention relativement aux conséquences des infractions de résultat remettrait en cause l'objectif poursuivi par le législateur de punir plus sévèrement ces infractions et n'est pas commandé par les principes de justice fondamentale. Reconnaisant que ces principes protègent les personnes moralement innocentes contre les condamnations, il affirme toutefois qu'"une personne n'est pas moralement innocente simplement parce qu'elle n'avait pas prévu une conséquence particulière d'un acte illégal".⁴⁰ La Constitution exige la présence d'un élément de faute personnelle à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*, mais il n'est pas nécessaire, selon le juge Sopinka, que la faute s'étende à chacun de ses éléments.⁴¹ Il suffit donc qu'un élément moral suffisant (entendons la négligence) accompagne la commission d'un des éléments matériels de l'infraction.

Après avoir réfuté la position voulant que la *mens rea* s'applique aux conséquences de la conduite au motif qu'elle se fonde sur une généralisation excessive de la jurisprudence antérieure de la Cour,⁴² le juge Sopinka réfère à l'arrêt *Hess*⁴³:

Il existe nombre de dispositions dans lesquelles l'intention n'est pas exigée à l'égard de toutes les conséquences d'une action. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Hess*, précité, il faut un élément de faute personnelle à l'égard d'un aspect coupable de l'*actus reus*, mais pas nécessairement à l'égard de chacun des éléments de l'*actus reus*.⁴⁴

³⁹ R. c. *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 965.

⁴⁰ R. c. *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 967. On pourrait ici répondre au juge Sopinka qu'il est permis de soutenir que la personne qui n'a pas prévu les conséquences de son geste n'est pas moralement innocente dans la mesure où elle aurait pu les prévoir. L'affirmation voulant que la personne qui n'a pas prévu un risque n'est pas moralement innocente ne vide pas la question de savoir si celle qui n'aurait pas pu le prévoir est, elle, moralement innocente.

⁴¹ *Ibid.* à la p. 965.

⁴² Voir plus loin, le texte accompagnant les notes 132 à 142.

⁴³ R. c. *Hess et Nguyen*, *supra* note 20 à la p. 916.

⁴⁴ R. c. *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 965.

Rappelons brièvement que cette affaire *Hess* concernait la validité constitutionnelle de l'ancien article 146 du Code punissant d'un emprisonnement à perpétuité les relations sexuelles avec une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans, que l'accusé ait ou non commis une erreur sur l'âge de la plaignante. Constatant que l'infraction en cause était de responsabilité absolue, le juge Wilson, écrivant pour la majorité, l'avait déclarée contraire aux prescriptions de l'article 7 de la *Charte* au motif qu'elle ne permettait pas *au moins* une défense fondée sur la diligence raisonnable.⁴⁵ Outre le fait que l'affaire *Hess* discutait des prescriptions de la *Charte* et non des règles générales d'interprétation des textes créateurs d'infractions, il faut souligner que l'infraction en cause dans cet arrêt ne faisait référence à aucune conséquence prohibée. Les relations sexuelles prohibées en l'espèce dépendaient entièrement de la présence d'une circonstance particulière, l'âge de la victime. Toute exigence de faute relativement à cette circonstance fondamentale ayant été supprimée, la Cour avait facilement conclu à une violation de la *Charte* en application du *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* Rien dans cet arrêt ne fonde toutefois de manière satisfaisante la conclusion générale, maintenant avancée par le juge Sopinka, suivant laquelle ni les règles de l'arrêt *Sault Ste-Marie*, ni les principes de justice fondamentale ne s'opposent à ce que la survenance d'un résultat prohibé constitue une simple circonstance aggravante de la conduite de l'auteur.⁴⁶

La référence à un commentaire de Blackstone datant de 1823, pour asseoir l'affirmation générale voulant que la *Charte* ne pose aucune exigence particulière quant à la faute dans le cas de toutes les infractions de résultat,⁴⁷ n'est pas plus convaincante. Il faut d'abord remarquer que ce commentaire traitait d'une infraction particulière, l'homicide involontaire coupable. En outre, l'opinion de Blackstone, suivant laquelle que la prévisibilité de la mort ou des lésions corporelles n'est pas nécessaire à la culpabilité pour cette infraction, n'a jamais été unanimement partagée.⁴⁸ Une interprétation de la portée des principes de

⁴⁵ *R. c. Hess et Nguyen*, *supra* note 20 aux pp. 915-916. Les motifs du juge McLachlin, dissidente sur une autre question, sont à cet égard au même effet à la p. 940.

⁴⁶ Au contraire, dans les motifs du juge Wilson, on retrouve de nombreux passages sur l'historique de la théorie de la *mens rea* et sur son importance fondamentale dans notre droit. À la p. 918 de l'arrêt *Hess*, on retrouve entre autres l'affirmation suivante :

Notre respect du principe que ceux qui n'ont pas eu l'intention de causer un préjudice et qui ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de ne pas commettre d'infraction ne devraient pas être emprisonnés découle du sentiment très clair qu'emprisonner une personne "moralement innocente" revient à infliger une grave atteinte à sa dignité et à sa valorisation personnelle.

⁴⁷ *R. c. DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 964.

⁴⁸ Pour un commentaire sur cette référence et une présentation de points de vue opposés, en particulier celui de Stephen, voir Don Stuart, "The Supreme Court Drastically Reduces the Constitutional Requirement of Fault : A Triumph of Pragmatism and Law Enforcement Expediency" (1992) 15 C.R. (4^e) 88 aux pp. 94-95. Cette référence à Blackstone est d'autant plus difficile à accepter qu'en ce qui concerne la *mens rea* de l'homicide involontaire coupable et au caractère de danger devant être présenté par l'acte illégal, le juge Sopinka favorise une position opposée à celle préconisée par Blackstone. Voir ses propos à la p. 960 de l'arrêt *DeSousa*, *supra* note 10.

justice fondamentale enchâssés dans le document constitutionnel de 1982, qui se fonde sur cette opinion ancienne et discutée, ne peut emporter l'adhésion. La pertinence de cet avis de Blackstone, devenu gênant, sera d'ailleurs mise en doute dans l'affaire *Creighton*,⁴⁹ lorsque la Cour en viendra à la conclusion que l'acte illégal sous-jacent de l'homicide involontaire coupable doit être objectivement dangereux pour fonder un verdict de culpabilité.

C- *Le cas particulier de l'homicide involontaire coupable*

Dans cette affaire *Creighton*, la Cour suprême a été amenée à se prononcer sur les éléments constitutifs et sur la constitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable. Cette infraction, passible d'un emprisonnement à perpétuité,⁵⁰ est commise quand la mort d'un être humain découle soit de la commission d'un acte illégal, soit de la négligence criminelle de l'auteur.⁵¹ Il est acquis que la différence fondamentale entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable réside dans l'absence, dans ce dernier cas, d'élément intentionnel face à la mort de la victime. De fait, depuis le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Smithers*,⁵² l'homicide involontaire coupable est interprété comme une infraction de responsabilité absolue face à la conséquence prohibée. Dans cette affaire, le juge Dickson, écrivant pour la Cour, avait en effet cité avec approbation les propos suivants de G. Arthur Martin, pour conclure que la culpabilité pour homicide involontaire coupable n'exige la preuve d'aucune faute particulière face à la conséquence prohibée:

Il existe beaucoup d'actes illégaux qui ne sont pas dangereux en eux-mêmes ni de nature à causer des blessures, mais qui, s'ils causent la mort, rendent leur auteur coupable d'homicide coupable...

Dans le cas des crimes dits intentionnels où la mort est une conséquence inattendue, l'auteur est toujours pour le moins coupable d'homicide involontaire coupable.⁵³

⁴⁹ *Supra* note 8 à la p. 43, le juge McLachlin écrit :

D'après certains vieux textes doctrinaux, la prévisibilité du risque de lésions corporelles n'est pas requise pour qu'il y ait homicide involontaire coupable. Blackstone a en effet écrit que "quand un homicide involontaire arrive par suite d'un acte illégal [...], ce sera seulement un *manslaughter*, si cet acte n'avait seulement pour but qu'une transgression purement civile". Tous n'ont pas partagé cet avis. [...] Plus récemment, l'opinion prédominante est qu'il doit y avoir prévisibilité de lésions corporelles pour qu'il y ait homicide involontaire coupable." (les références ont été omises).

⁵⁰ Art. 236 C.cr. Contrairement à la peine prévue en cas de meurtre, l'emprisonnement à perpétuité ne constitue pas un minimum obligatoire, mais le terme maximum à pouvoir être imposé par le juge.

⁵¹ Para. 222(5) C.cr. Ce paragraphe prévoit aussi d'autres formes d'homicide involontaire coupable, dont celui provoqué par influence sur l'esprit, mais ces formes, déjà presque tombées en désuétude, ne feront pas l'objet de notre propos.

⁵² *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506.

⁵³ "Criminal Law - Voluntary and Involuntary Manslaughter - Lawful and Unlawful Acts" (1943) 21 R. du B. can. 503 aux pp. 504 et 505, cité et traduit dans l'arrêt *Smithers*, *supra* à la p. 519.

Dans l'arrêt *DeSousa*, malgré sa référence malheureuse au commentaire déjà mentionné de Blackstone,⁵⁴ le juge Sopinka, avait toutefois semé le doute sur le bien fondé de cette position. Il y laissait en effet entendre que, pour fonder un verdict d'homicide involontaire coupable, l'acte illégal doit avoir été objectivement dangereux, c'est-à-dire de nature à causer des lésions corporelles. Remettant en question le passage précité il affirmait :

Ce passage semble mettre en doute l'affirmation selon laquelle l'"acte illégal" doit être dangereux pour entraîner la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable. Cette question n'a toutefois pas été étudiée dans l'arrêt *Smithers*, car les voies de fait commises en l'occurrence étaient nettement un acte intentionnel dangereux. [...] Enfin, la *Charte* n'était pas en vigueur quand l'affaire *Smithers* a été débattue. Faute d'exposé plus décisif sur l'état du droit ou d'analyse plus approfondie de la question, j'hésite à tenir le sens du mot "illégal" pour figé [...].⁵⁵

Contrairement aux autres infractions de résultat, l'homicide involontaire serait, selon la nouvelle interprétation suggérée par les propos du juge Sopinka, un crime de négligence face à la conséquence prohibée puisque des lésions corporelles consécutives à la conduite de l'auteur devraient être prévisibles. Or, cette nouvelle manière d'envisager les éléments constitutifs de l'homicide involontaire coupable fut contestée dans l'affaire *Creighton*⁵⁶ comme étant encore trop restrictive. Compte tenu de la sévérité de la peine - la possibilité d'un emprisonnement à perpétuité - et des stigmates se rattachant à une déclaration de culpabilité, l'appelant soutenait que les principes de justice fondamentale exigent plus que la preuve de la prévisibilité de lésions corporelles pour fonder un verdict de culpabilité à une accusation d'homicide. Selon lui, la preuve de la prévisibilité de la mort devait être établie. En d'autres termes, l'acte illégal devrait non seulement être de nature à causer des lésions corporelles, mais aussi de nature à causer la mort.

La Cour suprême, dans l'arrêt *Creighton*, a rejeté par une mince majorité⁵⁷ cette prétention et a confirmé qu'un verdict d'homicide involontaire coupable peut être fondé sur la prévisibilité de lésions corporelles sans que la mort n'ait

⁵⁴ Cette traduction du commentaire est présentée à la p. 964 de l'arrêt *DeSousa*, *supra* note 10 :

...mais s'il a fait quelque chose d'illégal, et qu'il s'ensuive ce qu'il n'avait ni prévu ni voulu, comme la mort d'un homme, etc., il ne suffit pas, pour l'excuser, qu'il n'ait pas prévu ce résultat; car il s'était rendu coupable d'une première offense, en faisant antérieurement une chose illégale en elle-même, et il est responsable criminellement de toutes les conséquences qui peuvent suivre ce premier délit. (nos italiques)

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 960.

⁵⁶ *Supra* note 8.

⁵⁷ Sur cette question, la Cour était divisée à quatre contre quatre. Le juge Lamer, écrivant aussi pour les juges Sopinka, Iacobucci et Major aurait conclu comme le souhaitait l'appelant. Toutefois, dans des termes sibyllins, le juge LaForest s'est résigné à favoriser l'opinion exprimée au nom des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory par le juge McLachlin.

elle-même été prévisible.⁵⁸ D'entrée de jeu, le juge McLachlin, qui écrit pour la majorité, annonce ses couleurs.

Avant d'entamer l'analyse, je crois qu'une mise en garde est indiquée. Nous traitons ici d'une infraction de common law qui existe presque depuis les débuts de notre système de droit criminel. Elle a fait l'objet d'innombrables poursuites dans le monde entier et a été peaufinée et perfectionnée au fil des siècles. Vu son caractère résiduel, il lui manque peut-être la symétrie logique qui caractérise les infractions plus modernes prévues par la loi, mais, sur le plan pratique, elle a su résister au passage du temps. Or, pourrait-il en être ainsi, se demandera-t-on, si elle allait à l'encontre de nos notions fondamentales de justice, qui remontent elles-mêmes loin dans l'histoire de la common law?⁵⁹

Rappelons simplement à cet égard que la Cour suprême, il y a quelques années, n'a pas hésité à répondre affirmativement à cette question dans l'arrêt *Vaillancourt* au sujet d'une autre vieille institution de common law, l'homicide concomitant d'une infraction majeure (*felony-murder rule*). A ce sujet, le juge

⁵⁸ L'avis contraire exprimé à ce sujet par le juge en chef Lamer dans ses motifs séparés se fonde sur une interprétation originale de l'arrêt *DeSousa*. Le juge Lamer propose une lecture de cet arrêt limitant sa portée au fardeau de preuve qui incombe à la poursuite et non à la norme de faute applicable. Le juge Lamer se dit en effet d'accord avec la proposition avancée dans l'arrêt *DeSousa* à l'effet que la Constitution n'impose pas de *prouver* dans chaque cas l'existence d'un élément moral s'étendant aux conséquences d'une conduite illégale, mais son accord est lié à des considérations relatives à la preuve, non à la norme de faute. Il se dit d'avis que, par un mécanisme de substitution, la poursuite peut parfois être dispensée de l'obligation d'établir la preuve de la faute, mais il ressort de son raisonnement qu'une faute objective face à la conséquence prohibée doit toujours à tout le moins fonder la culpabilité. C'est ainsi que nous comprenons les extraits suivants des pp. 21 et 22.

J'estime en effet que si la *Constitution exige d'une manière générale que l'élément moral se rapporte aux conséquences* de l'acte sous-jacent dans un cas où l'infraction est ainsi structurée, l'existence de cet élément moral peut s'établir de l'une de deux façons. Premièrement, lorsqu'une conséquence constitue l'essence d'une infraction, de sorte qu'on puisse dire de celle-ci que, de par son caractère véritable, elle comprend une conséquence particulière, comme la mort dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal et les lésions corporelles dans celui de l'infliction illégale de lésions corporelles, il faut établir un élément de faute relativement à cette conséquence. Deuxièmement, lorsqu'une conséquence fait partie de l'actus reus d'une infraction, mais que l'essence de celle-ci est une conduite qui présente intrinsèquement un risque pour la vie ou un risque de blessure, [...] *une preuve que l'accusé s'est livré à une conduite proscrite dont toute personne raisonnable aurait inévitablement prévu le risque viendra se substituer à la prévision objective, dégageant ainsi la poursuite de produire des éléments de preuve supplémentaires afin d'établir l'existence de cette prévision.* (nos italiques)

Cette interprétation originale de l'arrêt *DeSousa*, auquel le juge Lamer n'avait pas participé, nous apparaît particulièrement habile mais ne pas rendre justice aux propos tenus alors par le juge Sopinka. En affirmant que la Constitution protège les personnes moralement innocentes contre les condamnations et en concluant qu'une personne qui, au moyen d'un acte illégal, a causé un résultat prohibé n'est pas moralement innocente, le juge Sopinka excluait toute norme de faute supplémentaire face au résultat et non seulement l'obligation d'en faire la preuve.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 45 (le juge McLachlin).

Lamer avait en effet affirmé : “Quoique la notion de l’homicide concomitant d’une infraction majeure (felony) existe depuis longtemps en *Common Law*, un bref examen de l’évolution historique de l’art. 213 soulève des doutes sur la légitimité de cette notion.”⁶⁰ Certes il y en eut toujours pour trouver l’infraction d’homicide concomitant d’une infraction majeure très pratique. Cela n’a toutefois pas empêché la Cour suprême en 1987 de privilégier une approche évolutive des principes de justice fondamentale et d’invalider l’article 213 du Code criminel. Dans l’affaire *Creighton*, il semble que la période de l’interprétation évolutive soit révolue, du moins en ce qui concerne les principes de justice fondamentale. Invitée à élever au rang de garantie constitutionnelle la règle générale voulant que la *mens rea* d’une infraction se rapporte à ses éléments matériels, le juge McLachlin s’en dit empêchée au motif que cette règle a traditionnellement comporté des exceptions.⁶¹ Le refus de la Cour de déclarer ces exceptions traditionnelles contraires à l’article 7, en se fondant sur le motif de leur existence même, condamne dorénavant les principes de justice fondamentale à se calquer sur les règles de common law existantes. Il faut par ailleurs déplorer l’absence totale, dans le discours de la Cour suprême, de toute référence à l’article 1 de la *Charte* comme possibilité de maintenir quelques exceptions si d’aventure certaines d’entre elles méritaient d’être retenues.⁶²

L’incongruité et le manque de logique d’une interprétation de l’infraction qui fonde la culpabilité sur la prévisibilité d’un risque, dont l’objet n’est pas lié aux éléments matériels de l’infraction, ne gênent pas la majorité de la Cour dans l’arrêt *Creighton*. La distinction apparente entre la prévisibilité des lésions corporelles et la prévisibilité de la mort s’estomperait quand on adopte la règle selon laquelle l’auteur d’un méfait doit prendre sa victime comme il la trouve.⁶³ Cette règle, dite de la “vulnérabilité de la victime”, est présentée comme le fondement de la conclusion que l’article 7 de la *Charte* ne commande pas que l’accusé ait eu un état d’esprit coupable quelconque face à la mort. Or, cette règle de l’homme au crâne fragile n’est rien d’autre qu’une manière différente d’affirmer que l’accusé doit être responsable de toutes les conséquences de sa conduite, qu’elles aient été prévisibles ou non. L’argument principal fourni au soutien du bien fondé de sa position par le juge McLachlin réside dans l’affirmation pure et simple de cette position. Cette tautologie ne peut à elle seule emporter l’adhésion. En demandant la révision de la règle voulant que l’accusé soit tenu responsable d’un décès qui n’était pas prévisible, l’accusé *Creighton* demandait justement la révision de la règle de l’homme au crâne

⁶⁰ R. c. *Vaillancourt*, *supra* note 3 à la p. 647.

⁶¹ “Il reste cependant que notre droit criminel renferme d’importantes exceptions à cet idéal de correspondance parfaite, exceptions qui, de par leur existence, indiquent que la règle de la correspondance n’est rien de plus ni de moins que cela - une règle- qui comporte certaines exceptions. S’il en est ainsi, on ne saurait élever cette règle au rang d’un principe de justice fondamentale qui, par définition, doit s’appliquer universellement.” *Creighton* c. *La Reine*, *supra* note 8 à la p. 53.

⁶² L’évacuation de la discussion sur l’article 1 est symptomatique de toute la jurisprudence consacrée à la norme de faute constitutionnellement exigée.

⁶³ *Creighton* c. *La Reine*, *supra* note 8 à la p. 52 (Mme le juge McLachlin).

fragile. La réponse apportée par la majorité de la Cour est simple : le principe de vulnérabilité de la victime est bon et utile.⁶⁴ Son utilité résiderait dans le fait qu'il force ceux qui se livrent à des actes illégaux à endosser la responsabilité pour la conséquence qui est survenue.⁶⁵

Retenir la responsabilité pour une conséquence qui n'était ni prévue ni prévisible nous apparaît une application peu orthodoxe des théories de la sanction pénale fondées sur la dissuasion ou la réhabilitation. Dans la mesure où l'infliction de la peine est conçue, suivant le modèle utilitariste, comme un moyen destiné à persuader les citoyens d'accepter et respecter certaines règles par crainte de subir des conséquences désagréables, l'imposition d'une peine pour sanctionner la survenance fortuite d'une conséquence ne rime à rien et risque d'entraîner des effets pervers.⁶⁶ Il est loin d'être évident que les gens se garderont de causer certaines conséquences ou prendront certaines précautions pour les éviter, sachant que, quel qu'effort qu'ils fassent, ils seront punis pour cette conséquence. Pareilles sanctions risquent à la longue de perdre de leur effet dissuasif et d'en entraîner certains à renoncer à adopter des conduites désirables une fois entrés dans le domaine de l'illégalité. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*,⁶⁷ le juge Dickson posait déjà la question : "L'injustice d'une condamnation les conduira-t-elle, elle et les autres, au cynisme et à l'irrespect de la loi?"

Quoi qu'il en soit, selon le juge McLachlin, la position de la Cour de n'exiger que la prévisibilité des lésions corporelles, et non la prévisibilité de la mort, est juste puisque, du moment qu'il y a risque de préjudice corporel, il y a aussi nécessairement risque de mort.

Du moment qu'il y a risque de préjudice corporel, il existe en même temps le risque pratique que certaines victimes ne meurent par suite de ce préjudice. C'est là que se confondent le critère du préjudice et celui de la mort.⁶⁸

On est alors en droit de se demander pourquoi, s'il en est ainsi, il ne serait pas possible d'affirmer que les principes de justice fondamentale exigent la preuve de la prévisibilité de la mort. Ou bien les deux types de risques sont parfaitement équivalents et la discussion est vaine, ou bien les deux types de risques ne sont pas équivalents et l'argument avancé par le juge McLachlin ne tient pas. Ultimement, la juge justifie sa conclusion par des considérations de commodité.

En dernier lieu, le critère traditionnel fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles constitue, à mon sens, un critère pratique qui évite aux juges et aux jurés d'avoir à se préoccuper de la distinction subtile entre la prévisibilité du risque de lésions corporelles et la prévisibilité du risque de mort, distinction qui, comme je l'ai fait valoir précédemment, se ramène à du pur formalisme quand on se place dans

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Voir à cet égard, James J. Gobert, "The Fortuity of Consequences" (1993) 4 Crim. L. F. 1.

⁶⁷ *Supra* note 2 à la p. 1311.

⁶⁸ *Creighton c. La Reine*, *supra* note 8 à la p. 52.

le contexte de la règle de la vulnérabilité de la victime et quand on tient compte du fait que la mort a en réalité été causée par l'acte dangereux de l'accusé.⁶⁹

Le lecteur ne peut qu'en tirer la désagréable impression que la confiance de la Cour suprême dans le bon sens et l'intelligence du juré canadien moyen est à géométrie variable.⁷⁰ Il semble aussi que l'aversion initiale de la Cour pour les arguments fondés sur la commodité, quand il s'agit de déterminer l'étendue des principes de justice fondamentale, perd dramatiquement de sa virulence.⁷¹

En fait, la pauvreté des arguments invoqués par la Cour dans les derniers jugements relatifs à la portée de la garantie offerte par l'article 7 de la *Charte* est désolante. Outre le fait qu'ils reposent sur une logique souvent défailante et sur une manipulation ouvertement utilitaire et peu convaincante des précédents, ils dénotent un manque de rigueur dans l'analyse des critères qui devaient à l'origine fonder l'analyse constitutionnelle. Cette dégradation du discours juridique, en plus de discréditer la Cour et la fonction qu'elle est censée accomplir, trahit une absence de réflexion théorique sérieuse sur ce qu'il est convenu d'appeler la justice.

II- Les critères de l'analyse constitutionnelle

A- La sévérité de la peine

L'approche adoptée par les juges Lamer et McLachlin, qui centrent l'analyse des exigences de l'article 7 sur la protection à accorder aux personnes privées de liberté, est sans doute plus intéressante que celle préconisant une variation de la norme constitutionnelle en fonction de la nature criminelle ou réglementaire de l'infraction en cause. Malheureusement, l'idée avancée à l'origine par le juge Lamer selon laquelle la sévérité de la peine devrait fonder l'analyse est toutefois en grande partie nuancée pas l'affirmation voulant qu'en cas de possibilité d'emprisonnement, la négligence constitue, sauf rares exceptions, une norme de faute *conforme* aux exigences de l'article 7. Cet énoncé constitue une interprétation restrictive plutôt inattendue des arrêts antérieurs, dont le juge Lamer avait lui-même rédigé les motifs, et amorce un changement de cap. D'*au moins requise* qu'elle était dans le *Renvoi : Motor*

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 57.

⁷⁰ Voir, par exemple, les propos du juge Dickson dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120 aux pp. 155-156 :

Ni le système du jury ni l'intégrité de la justice criminelle ne sont bien servis par la perpétration de fictions. [...] Les jurys canadiens, d'après mon expérience, font montre de beaucoup de bon sens et ont une capacité étonnante de distinguer ce qui est vrai de ce qui est spécieux.

Par ailleurs, l'effort demandé aux jurés et aux juges en matière de négligence criminelle depuis la trilogie des arrêts *Tutton*, *supra* note 28; *Waite*, *supra* note 28 et *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, nous apparaît autrement plus digne d'inquiétude. Voir à cet égard les propos du juge Sopinka à la p. 269 de ce dernier arrêt.

⁷¹ Voir à ce sujet les propos fermes du juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, *supra* note 4 aux pp. 517-518.

Vehicle Act de la C.-B. et dans l'arrêt *Vaillancourt*, la négligence devient pour le juge Lamer, sans autre forme d'analyse, *suffisante* dans l'affaire *Wholesale*. Or, c'est une chose de dire qu'une infraction de responsabilité absolue ne faisant référence à *aucune* norme de faute enfreint les principes de justice fondamentale, et c'en est une autre d'affirmer que l'introduction d'une norme de faute, si minime soit-elle, suffit dans presque tous les cas à satisfaire les exigences de la justice fondamentale prescrites par la *Charte*. Rien dans la première proposition n'entraîne inexorablement l'adoption de la seconde. Dans les arrêts *Vaillancourt* et *Martineau*, la conclusion qu'une condamnation pour meurtre commande une prévision subjective de la mort était présentée comme l'application du principe plus large voulant que la *mens rea* d'une infraction doit refléter la gravité de la peine et des stigmates qui s'y rattachent. Les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Wholesale* laissent plutôt dorénavant entendre que la nécessité d'une *mens rea* appréciée subjectivement constitue l'exception au principe général voulant que, quand l'emprisonnement est une peine possible, la négligence constitue une faute suffisante pour fonder la culpabilité. Réduit à une vérification mécanique de la possibilité d'un emprisonnement, le critère de la sévérité de la peine comme fondement de l'analyse constitutionnelle perd de sa substance et préfigure un développement anémique des principes de justice fondamentale.

Les derniers jugements rendus par la Cour suprême marquent son incapacité croissante à appliquer le critère de la sévérité de la peine de manière significative. On aurait pu penser que la gravité de l'infraction s'évaluerait en fonction de la peine maximale prévue par le législateur. Or, la Cour a systématiquement refusé de se livrer à l'exercice, préférant vérifier mécaniquement si une peine d'emprisonnement était prévue, pour alors exclure la responsabilité absolue. L'arrêt *Creighton* consacre cette tendance et avalise en outre l'idée, déjà avancée dans l'arrêt *DeSousa*,⁷² voulant que la sévérité de la peine ne s'évalue pas en fonction de la peine maximale prévue par le législateur mais seulement en fonction d'une possible peine d'emprisonnement. Comme cela avait déjà été fait dans l'arrêt *DeSousa*,⁷³ la Cour, dans l'arrêt *Creighton*, relativise la sévérité de la peine d'emprisonnement à perpétuité prévue pour l'homicide involontaire coupable, en référant à la latitude dont dispose le juge du procès pour adapter la peine aux circonstances particulières de chaque espèce et à la gravité de la turpitude morale démontrée par le condamné.

Ici également, l'infraction d'homicide involontaire coupable diffère nettement de celle du meurtre. Celui-ci entraîne une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité tandis que l'homicide involontaire coupable ne comporte aucune peine minimale. Cela est bien. Puisque l'homicide involontaire coupable peut se commettre dans des circonstances des plus diverses, il doit y avoir souplesse quant aux peines. [...] Tout cela pour dire que la peine peut être adaptée pour tenir compte du degré de faute morale chez le contrevenant, et c'est ce qui se passe dans les faits.⁷⁴

⁷² *Supra* note 10 à la p. 962.

⁷³ *R. c. DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 962.

⁷⁴ *R. c. Creighton*, *supra* note 8 à la p. 48 (Mme le juge McLachlin).

Outre les rares cas où le législateur aurait prévu une peine minimale obligatoire, le critère de la sévérité de la peine ne reçoit donc plus qu'une application purement rhétorique.

Cette manière d'envisager le critère de la sévérité de la peine est lourde de conséquences. Tout d'abord, en négligeant d'apprécier la sévérité de la peine maximale prévue par le législateur et en préférant s'en remettre au jugement du juge du procès, la Cour suprême abandonne son rôle de gardienne des principes de justice fondamentale au profit des juges de première instance. En effet, elle ne ressent plus la nécessité d'adapter la faute à la gravité de la peine prévue pour l'infraction puisque le juge du procès se chargera d'adapter la sévérité de la peine à la gravité de la faute commise. En fait, cette délégation au juge du procès s'accompagne d'un renversement complet de la norme constitutionnelle. Il n'est plus nécessaire de s'encombrer d'une norme de faute quelconque reflétant la gravité de l'infraction; il sera dorénavant suffisant d'adapter, au cas par cas, la peine à la faute. Ensuite, la relativisation de la gravité des peines en fonction de leur caractère souple confine dorénavant l'analyse constitutionnelle aux cas où le législateur aurait prévu une peine minimale obligatoire. Seules ces dernières pourraient, semble-t-il, se mériter le qualificatif de "graves". Or, il semble à première vue étonnant de devoir en venir à la conclusion que l'agression sexuelle⁷⁵ (passible d'un emprisonnement de 10 ans), l'agression sexuelle armée⁷⁶ (passible d'un emprisonnement de 14 ans) et l'agression sexuelle grave⁷⁷ (passible de l'emprisonnement à perpétuité) sont, pour les fins de l'analyse constitutionnelle, d'égale gravité dans la mesure où le juge du procès peut adapter la peine aux circonstances de chaque espèce. C'est pourtant à cette conclusion que mène obligatoirement le raisonnement de la Cour. On peut alors se demander si la protection de l'article 7 conserve une spécificité quelconque qui aille au-delà de la protection minimale déjà offerte contre les peines cruelles et inusitées. Rappelons en effet que l'article 12 de la *Charte* offre une protection contre les peines exagérément disproportionnées compte tenu de la gravité et des circonstances de l'infraction.⁷⁸ Il serait étonnant que la Cour suprême du Canada accepte dorénavant d'entendre des appels sur sentence invoquant les principes de justice fondamentale pour contester une peine qui ne serait pas parfaitement appropriée aux circonstances particulière d'une espèce, mais dont la disproportion n'atteindrait pas le niveau de gravité sanctionné par l'article 12 de la *Charte*.⁷⁹

⁷⁵ Art. 271 C.cr.

⁷⁶ Art. 272 C.cr.

⁷⁷ Art. 273 C.cr.

⁷⁸ R. c. *Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045 aux pp. 1072-1074.

⁷⁹ Dans l'affaire *Smith*, *supra* note précédente, le juge Lamer affirmait à la p. 1072; En imposant une peine d'emprisonnement, le juge se doit d'évaluer les circonstances de l'affaire afin de prononcer une sentence appropriée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'article 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus qu'excessives. *Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine.* (nos italiques)

Il semblerait donc que la possibilité d'une peine d'emprisonnement force à écarter la responsabilité absolue, mais que la sévérité de la peine maximale prévue n'amène pas la conclusion de la nécessité d'une faute morale qui en reflète la gravité. En fait, l'analyse que fait la Cour de la portée de la sévérité de la peine maximale prévue par le législateur prend, dans les arrêts *DeSousa* et *Creighton*, un tour nouveau. Les derniers prononcés de la Cour tendent en effet à pervertir le critère de la sévérité de la peine pour inférer, de la sévérité de la peine maximale prévue par le législateur, non pas la nécessité d'une *mens rea* particulière, mais la nécessité d'un châtement plus sévère, même en l'absence de faute morale caractérisée. Il ne s'agit en effet plus de veiller à ce qu'une personne susceptible de subir une peine sévère ne soit condamnée qu'en cas de turpitude morale importante; il faut dorénavant veiller à punir sévèrement les personnes ayant commis un acte grave. Dans l'arrêt *Creighton*, le juge McLachlin reprend avec approbation l'extrait suivant des motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *DeSousa*, où ce dernier affirme qu'il est approprié de punir plus sévèrement la conséquence de certaines infractions, qu'elle ait été prévisible ou non:

Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. Ce principe s'exprime par la condamnation à des peines maximales plus sévères dans le cas des infractions dont les conséquences sont plus graves.⁸⁰

Si nous suivons bien ce raisonnement, il faudrait alors conclure que, comme le législateur a prévu une peine plus sévère, il est évident qu'aucune *mens rea* additionnelle n'est requise pour fonder un verdict de culpabilité. Au delà de la discutabile conclusion tirée du silence du législateur, nous voilà aux antipodes de l'affirmation initiale de la jurisprudence qu'une *mens rea* particulière devrait refléter la sévérité de la peine.

La décision de punir plus sévèrement la survenance d'une conséquence prohibée, alors qu'aucune faute, ni subjective ni objective, n'est présente face à cette conséquence, relève d'une conception purement justicière de la peine. Cette vision de la justice est explicitée dans les motifs de la majorité dans l'affaire *Creighton* lorsqu'il est conclu que seule la prévisibilité des lésions corporelles, et non la prévisibilité de la mort, est nécessaire pour fonder un verdict de culpabilité pour homicide involontaire coupable, au motif, que la mort de la victime en veut ainsi.

[...] la conscience publique pourrait bien être choquée également si la personne qui a commis un homicide ne se voyait déclarer coupable que de voies de fait graves - conséquence de l'exigence de la prévisibilité de la mort - au seul motif que le risque de mort n'était pas raisonnablement prévisible. *La conséquence affreuse qu'est la mort exige davantage.*⁸¹

Nous serions fort étonnée que la Cour révise cette position et permette une révision constitutionnelle de la justesse des peines par le biais d'un autre article de la Constitution, l'article 7 de la *Charte*.

⁸⁰ *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 967, repris dans les notes du juge McLachlin dans *Creighton*, *supra* note 8 à la p. 55.

⁸¹ *R. c. Creighton*, *supra* note 8 à la p. 48 (Mme le juge McLachlin).

Le juge McLachlin explique donc que le fait de causer la mort d'un être humain est tellement grave qu'il faut punir ce résultat spécial par une peine et une étiquette spéciales, peu importe la faute morale. À la faute morale qu'il s'agissait de sanctionner au départ est substituée une autre faute : la commission même de l'*actus reus*.⁸² Selon la Cour en effet, la peine est "méritée" parce qu'un acte illégal a été commis et qu'une conséquence prohibée en a résulté. Le modèle de justice rétributive proposé par la Cour ne s'embarasse même plus d'assortir la peine "méritée" à la faute que la punition devrait moralement sanctionner. Or, le principe même de la rétribution repose sur la condamnation morale, sur l'idée qu'il est moralement acceptable de punir celui ou celle qui le mérite.⁸³ Cette notion de mérite ne peut que reposer sur le fait que le contrevenant est lui aussi un être moral - doté d'intelligence et de volition - qui a fait le mal. Une approche qui favorise la sanction du résultat en l'absence de toute faute morale face à ce résultat relève d'une conception primaire de la rétribution et risque d'engendrer des effets pervers. Comme le faisait déjà remarquer en 1971 le professeur Paul Weiler:

If to break the criminal law is to do something morally wrong, then the essence of criminal punishment is the expression of the community's moral condemnation - its hatred, fear, and contempt of the conduct engaged in by the offender - and not simply to impose those unpleasant physical consequences or treatment as a result. This conventional or symbolic device serves to dramatize and reinforce the community's moral condemnation and disavowal of the offence and its stigmatization of the offender. To single out, in a systematic way, blameless or irresponsible individuals as the object of this "morality play" is not only parasitic and unfair, but may well be self-defeating. It results in a loss of the aura of moral acceptability and worthiness which is the point of criminal punishment to reinforce. It is important that society not lose sight of the distinction between harmful response by society which carries this condemnatory aura and a perhaps equally harmful societal response which is purely amoral in character.⁸⁴

Une analyse des principes de justice fondamentale qui légitime la punition et la stigmatisation par la colère et, ultimement, la vengeance face à l'ampleur du mal causé nous apparaît mal fondée et dangereuse à une époque où l'insécurité ambiante et la peur du crime en amènent plusieurs à réclamer la prolifération des textes d'incrimination et une sévérité croissante des peines comme panacée à nos problèmes sociaux.

⁸² Il est fort douteux que le test de validité constitutionnelle des substitutions élaboré dans les arrêts *R. c. Vaillancourt*, *supra* note 3 et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, s'applique avec succès dans ce cas-ci. À notre avis, la preuve hors de tout doute raisonnable de la commission de l'*actus reus* n'entraîne pas inexorablement la preuve de la faute morale. Cette question n'est pas abordée dans le jugement.

⁸³ Pour un exposé succinct du fondement moral de la punition dans les théories rétributivistes, voir David Dolinko, "Three Mistakes of Retributivism" (1991-1992) 39 U.C.L.A. Law Rev. 1623 aux pp. 1626-1645. Voir aussi, de façon plus générale, le récent ouvrage de J. Braithwaite et P. Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, (lieu, maison d'édition, 1990).

⁸⁴ Paul Weiler, "The Supreme Court of Canada and the Doctrines of Mens Rea" (1971) 49 R. du B. can. 280 aux pp. 287-288.

B- *La gravité des stigmates*

L'analyse fondée sur la gravité des stigmates attachés à une déclaration de culpabilité n'est pas plus satisfaisante que celle menée en rapport avec la sévérité de la peine. Dans l'affaire *DeSousa*, le juge Sopinka résume ainsi le rôle de l'étude de la gravité des stigmates lors de l'analyse constitutionnelle :

Les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité traduiront généralement le degré de réprobation morale qui est associée à l'infraction sous-jacente. Les stigmates rattachés à l'infraction sous-jacente influenceront en retour sur l'élément moral minimal exigé pour cette infraction.⁸⁵

Cet extrait démontre selon nous le caractère parfaitement rhétorique et non déterminant du critère lié à la gravité des stigmates. Comme le fait remarquer le professeur Stuart, dans la mesure où ce raisonnement permet de conclure du fait même que le législateur ait prévu la négligence comme norme de faute au peu de caractère stigmatisant d'une déclaration de culpabilité, il devient futile de se demander si la négligence traduit adéquatement la gravité de l'infraction.⁸⁶ Ce genre de raisonnement ne mène pas très loin. D'ailleurs, la conclusion avancée en vrac dans l'arrêt *DeSousa*, selon laquelle la Constitution n'exige aucune faute particulière relativement à la conséquence prohibée pour toutes les infractions de résultat du Code criminel pour lesquelles le législateur n'a pas prévu de *mens rea* particulière, démontre l'utilité relative du critère fondé sur la gravité des stigmates. En définitive, il est réduit à ne remplir qu'une fonction, celle de relativiser la gravité de l'infraction considérée, en la comparant avec le vol et le meurtre. Pareille conclusion en a amené certains à penser que seule une dernière infraction pourrait être considérée suffisamment stigmatisante pour mériter la protection constitutionnelle à son auteur : l'homicide involontaire coupable.

Pourtant, le traitement réservé par le juge McLachlin aux stigmates associés à une déclaration de culpabilité pour cette infraction participe de la même logique.

Quand on parle de stigmates dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, ce qui importe le plus ce sont ceux qui ne se rattachent *pas* à cette infraction. En effet, aux termes du *Code criminel*, l'homicide involontaire coupable se limite à l'homicide non intentionnel. Quiconque est déclaré coupable d'homicide involontaire coupable n'est *pas* un meurtrier. Cette personne n'a *pas* eu l'intention de tuer qui que ce soit. Mais le fait même que l'acte soit qualifié d'homicide involontaire coupable révèle que, sur le plan juridique, cet homicide est moins répréhensible que le meurtre. L'homicide en question peut résulter de la négligence ou être la conséquence non intentionnelle d'un acte illégal moins grave. C'est une conduite répréhensible qui doit être sanctionnée, mais les stigmates s'y rattachant demeurent bien en deçà de ceux qu'entraîne le meurtre.⁸⁷

⁸⁵ R. c. *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 962.

⁸⁶ *Supra* note 48 à la p. 93.

⁸⁷ *Creighton c. La Reine*, *supra* note 8 à la p. 47 (les italiques sont dans l'original).

En d'autres termes, puisque l'homicide involontaire n'exige pas de faute spéciale face à la mort, il est moins stigmatisant que le meurtre et, puisqu'il est moins stigmatisant que le meurtre, il n'exige pas la preuve d'une faute quelconque face à la mort. L'idée avancée dans *DeSousa* voulant que la norme de faute influe sur les stigmates qui influent en retour sur la norme de faute trouve ici consécration.⁸⁸ En outre, bien qu'il faille admettre que l'homicide involontaire coupable se distingue par définition du meurtre en ce qu'il ne réfère pas à la prévision subjective de la mort, rien ne convainc qu'en conséquence aucune faute face à la mort n'est nécessaire. À cet égard il apparaît que, tout comme le critère de la sévérité de la peine, celui de la gravité des stigmates est détourné de sa fonction première. À l'origine destiné à faire correspondre au caractère stigmatisant d'une déclaration de culpabilité une faute morale de gravité équivalente, il est dorénavant invoqué pour exclure la nécessité de s'encombrer de prouver une *mens rea* particulière. La conclusion à l'effet que l'homicide involontaire coupable ne nécessite la preuve d'aucune faute particulière face à la mort s'appuie en effet sur la gravité de cette conséquence que constitue la mort d'un être humain. Encore une fois, c'est à la gravité de l'*actus reus* que doit correspondre la gravité des stigmates et non à la gravité de la faute morale du prévenu. C'est à notre avis ce qu'il faut comprendre de l'extrait suivant des propos d'Adrian Briggs, cités avec approbation par le juge McLachlin :

Le contrevenant a commis un homicide et, quand il est loin d'être sans reproche, il ne semble y avoir, sur le plan des principes, rien qui s'oppose à ce qu'il soit reconnu coupable d'une infraction d'homicide. Dans une certaine mesure, cette conclusion doit reposer sur l'intuition, mais il ne semble pas particulièrement difficile de soutenir qu'il convient, dans le cas d'une personne qui a tué quelqu'un et qui sera de toute façon déclarée coupable d'une infraction quelconque, de rendre un verdict de culpabilité d'homicide, car c'est précisément là, après tout, l'infraction qui a été commise.⁸⁹

Comme le dit si bien le juge McLachlin, l'intuition, sinon une bonne dose d'impressionnisme juridique, caractérise en définitive la démarche de la Cour quand il s'agit d'évaluer la gravité des stigmates associés à une déclaration de

⁸⁸ L'approche préconisée dans les motifs séparés du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Creighton*, *supra* note 8 est au même effet. À la p. 19, après avoir expliqué que, dans un premier temps, l'analyse fondée sur les stigmates doit examiner la conduite sanctionnée afin d'en évaluer la gravité objective, il affirme que, dans un deuxième temps, le critère relatif aux stigmates concerne le caractère moralement blâmable de la personne reconnue coupable de l'avoir commise.

"D'une manière générale, les stigmates seront plus grands pour les personnes qui se livrent sciemment à une conduite illicite qu'ils ne le sont dans le cas de celles qui le font par insouciance ou inconsciemment."

Cette approche, similaire à celle empruntée par le juge McLachlin, donne toutefois lieu à un résultat différent. Selon le juge en chef à la p. 14 de ses motifs, les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité d'homicide coupable, même s'il ne s'agit pas d'un meurtre, sont assez graves pour nécessiter, tout au moins, la prévisibilité objective de la mort pour satisfaire les exigences de l'article 7.

⁸⁹ Adrian Briggs, "In Defence of Manslaughter" [1983] Crim. L.R. 764 à la p. 765, cité et traduit aux pp. 47 et 48 de l'arrêt *Creighton*, *supra* note 8.

culpabilité. Sous prétexte de procéder à l'analyse de la validité constitutionnelle de textes créateurs d'infraction, la Cour suprême s'arroge en définitive le rôle du législateur et définit les infractions de manière à satisfaire l'opinion publique telle qu'elle la perçoit.⁹⁰

Pareille situation est en soi critiquable. L'analyse constitutionnelle à laquelle s'est livrée la Cour suprême ces dernières années a par ailleurs entraîné certains développements surprenants en matière de principes généraux de la responsabilité pénale.

III- *Incidences de la jurisprudence constitutionnelle* sur les principes généraux de la responsabilité

A- *La négligence pénale*

Depuis l'arrêt *Hundal*,⁹¹ le "critère objectif modifié" a fait son apparition dans le paysage juridique canadien, rendant quelque peu moins amère la dilution de la protection constitutionnelle apportée par l'article 7 de la *Charte*. Compte tenu des arrêts antérieurs de la Cour on peut toutefois s'interroger sur les fondements et sur la portée de ce nouveau concept.

Dans cette affaire *Hundal*, jugée avant qu'elle ne prononce son jugement dans l'arrêt *DeSousa*, la Cour était invitée à préciser la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse prévue à l'article 249 (à l'époque 233) du Code criminel.⁹² Le juge Cory, écrivant pour la majorité de la Cour, rappelle tout d'abord que, *dans un contexte approprié*, la négligence peut constituer, au regard de l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7 de la *Charte*, un fondement acceptable d'une conclusion de culpabilité.⁹³ Pour la première fois, la Cour explique son choix de considérer la négligence comme une faute suffisamment grave pour mériter la sanction criminelle et satisfaire aux exigences constitutionnelles par des considérations de politique criminelle, en adoptant les propos suivants du professeur Stuart, manifestement fondés sur une vision utilitariste de la sanction pénale :

[...] le défaut d'exercer ses capacités et ses pouvoirs afin de provoquer et de maîtriser une conduite et les risques qu'elle peut entraîner est un défaut coupable, et

⁹⁰ Voir à ce sujet la critique Ted Carlton, "A Principled Approach to the Constitutional Requirement of Fault" (1992) 24 Ottawa L. Rev. 613.

⁹¹ *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

⁹² L'alinéa (1)a) de cet article prévoit:

Commet une infraction quiconque conduit, selon le cas:

a) un véhicule à moteur dans une rue, sur un chemin, une grande route ou dans un autre endroit public d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit;

⁹³ *Ibid.* à la p. 882. Cette conclusion est appuyée par une référence générale à l'arrêt *Wholesale*, *supra* note 7. Or, dans cette affaire, le contexte approprié pour fonder la suffisance de la négligence résidait, selon le juge Cory, dans la nature réglementaire de l'infraction.

suffisamment coupable sur le plan moral pour s'attirer une sanction pénale. Pour ce qui est de la dissuasion, en ce qui concerne cette notion, nous pouvons apprendre, et nous l'apprenons effectivement, à faire attention lorsque nous savons que, si nous ne le faisons pas, nous serons punis.[...] Il y a également une importante question pragmatique et réaliste. L'accent mis traditionnellement sur la conscience subjective ne résiste pas au fait qu'un grand nombre des actes que nous accomplissons dans la vie, comme la conduite d'un véhicule automobile, sont automatiques et réactifs et se produisent sans que nous y pensions consciemment.⁹⁴

En l'espèce, compte tenu de l'obligation de détenir un permis de conduire, de la nature automatique et réactive de la conduite d'un véhicule automobile et du libellé du texte d'incrimination de l'article 249, le juge Cory conclut qu'il ne convient pas d'appliquer un critère subjectif pour déterminer si un accusé s'est rendu coupable de conduite dangereuse.

Le juge Cory entreprend ensuite d'exposer la différence entre la faute objective et la faute subjective. Alors qu'un critère véritablement subjectif vise à déterminer ce que l'accusé avait réellement en tête au moment où il aurait commis l'infraction, la négligence pose un critère objectif, "soit celui d'une *déviaton marquée* par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable"⁹⁵ Il faut souligner ici que cette définition de la négligence comme référant à un écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable est avancée sans explications. Citant les propos des juges McIntyre et Lamer dans les arrêts *Tutton*⁹⁶ et *Waite*,⁹⁷ le juge Cory reconnaît par ailleurs que la sévérité éventuelle du critère objectif peut être atténuée par la prise en compte de certains facteurs personnels à l'accusé.⁹⁸ Suit enfin la conclusion suivante : "La nature des infractions en matière de conduite automobile donne à entendre qu'un critère objectif, ou plus précisément un critère objectif modifié, convient particulièrement à la conduite dangereuse".⁹⁹

Le "critère objectif modifié" proposé par le juge Cory équivaut en tous points, nous dit-il, à la définition de la négligence criminelle donnée par les "objectivistes" dans les arrêts *Tutton* et *Waite*. Selon lui en effet, les propos du juge McIntyre dans l'affaire *Tutton*, voulant que le critère à appliquer en soit un d'écart sensible à la norme en tenant toutefois compte de la perception qu'avait l'accusé des faits entourant sa conduite, bien que tenus dans le contexte de l'infraction de négligence criminelle, s'appliquent parfaitement à la conduite dangereuse.¹⁰⁰ Ce critère objectif modifié serait, compte tenu de la nature de l'infraction de conduite dangereuse, conforme aux prescriptions de l'article 7 de la *Charte*.¹⁰¹ Pareille conclusion est en outre appuyée par une référence

⁹⁴ Don Stuart, "Criminal Negligence: Deadlock and Confusion in the Supreme Court" (1989) 69 C.R. (3^e) 331 à la p. 333.

⁹⁵ R. c. *Hundal*, *supra* note 91 à la p. 883 (nos italiques).

⁹⁶ R. c. *Tutton*, *supra* note 28.

⁹⁷ R. c. *Waite*, *supra* note 28.

⁹⁸ R. c. *Hundal*, *supra* note 91 à la p. 884.

⁹⁹ *Ibid.* aux pp. 883-884.

¹⁰⁰ *Ibid.* aux pp. 887-888.

¹⁰¹ *Ibid.* à la p. 888.

générale à l'arrêt *Wholesale*.¹⁰² Il n'est pas sans intérêt de noter à cet égard que, dans cette dernière affaire, le juge Cory était partisan d'une analyse contextuelle des principes de justice fondamentale tenant compte de la nature criminelle ou réglementaire de l'infraction en cause.

Le juge LaForest, qui souscrit pour l'essentiel aux propos du juge Cory, ajoute toutefois que, comme il l'avait conclu dans l'arrêt *Tutton*, et contrairement à ce que semble affirmer le juge Cory, il est d'avis que l'infraction de négligence criminelle nécessite une *mens rea* subjective. Cependant, comme il juge que, tant par sa formulation que par son objet, l'infraction de conduite dangereuse diffère de la négligence criminelle, il est d'accord pour régler le pourvoi de la manière proposée par le juge Cory, c'est-à-dire en appliquant le "critère objectif modifié", puisque selon lui l'infraction de conduite dangereuse est de nature "quasi-réglementaire".¹⁰³

Le juge McLachlin tient quant à elle à ajouter certaines observations sur la notion de faute et sur le "critère objectif modifié". A son avis, le fait de prendre en compte les circonstances qui sont personnelles à l'accusé, à savoir s'il avait ou non les aptitudes ou les pouvoirs nécessaires pour atteindre le degré de diligence requis, ne devrait pas affecter le caractère objectif de la norme de faute.¹⁰⁴ Elle souligne toutefois que l'expression "critère objectif modifié" ne doit pas faire référence à un amalgame de facteurs objectifs et subjectifs. Cette expression vise plutôt à ce que "les juristes qui appliquent le critère objectif tiennent compte de toutes les circonstances pertinentes dans les événements entourant l'infraction reprochée et donnent à l'accusé la possibilité de faire naître un doute raisonnable au sujet de ce qu'une personne raisonnable aurait pensé dans la situation particulière dans laquelle se trouvait lui-même l'accusé".¹⁰⁵

Le bilan à dresser de ces opinions semble le suivant. Bien que le débat portant sur l'infraction de négligence criminelle ne soit pas réglé, on note qu'à l'unanimité, les juges définissent la négligence dont il est question à l'art. 249 du Code criminel comme faisant référence à un écart marqué à la norme de conduite de la personne raisonnable. La simple négligence civile ne serait donc pas suffisante pour fonder la responsabilité criminelle. C'est ce que laisse entendre le passage suivant des motifs du juge Cory, auquel souscrit l'ensemble de la Cour :

¹⁰² *Ibid.* à la p. 882.

¹⁰³ *Ibid.* à la p. 876.

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 872.

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 874. La discussion qui s'amorce, et qui se poursuivra dans les jugements *Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, *Gosset*, *supra* note 9, *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122 et *Creighton*, *supra* note 8 sur l'étendue des facteurs personnels à être pris en compte lors de l'évaluation de la négligence soulève un important débat qui est loin d'être réglé. Alors que le juge McLachlin limiterait l'analyse aux facteurs mettant en cause la "capacité" de l'accusé à se conformer à la norme (cette notion de capacité n'est pas explicitée), le juge Lamer ferait une part généreuse aux facteurs psycho-sociaux ayant influé sur la conduite de l'acteur. Une étude approfondie de ce débat, qui constitue une nouvelle source de division au sein de la Cour, dépasse largement le cadre du présent texte où nous nous contenterons simplement d'en souligner l'émergence.

La conduite négligente d'un véhicule automobile peut être considérée comme un continuum où l'on va de l'inattention momentanée qui entraîne la responsabilité civile, en passant par la conduite imprudente prévue au code de la route d'une province, jusqu'à la conduite dangereuse sanctionnée par le code criminel.¹⁰⁶

Cet énoncé laisse toutefois planer le doute sur la question de savoir si la négligence sanctionnée par l'infraction provinciale de conduite imprudente et par les infractions réglementaires en général présente en général une turpitude morale inférieure à celle réprimée par le droit criminel. C'est ce que peut laisser supposer la distinction proposée entre l'imprudence sanctionnée par le droit provincial et la négligence dangereuse dont il est question à l'article 249 du Code criminel. Par ailleurs, l'arrêt *Hundal* explique que, dans un contexte approprié, la négligence peut constituer une norme de faute constitutionnellement valide. En l'espèce, il est fait grand cas de la nature particulière de l'infraction de conduite automobile dangereuse et du fait qu'il serait irréaliste d'exiger la preuve d'une *mens rea* subjective dans un contexte où les gestes posés ont un caractère automatique. Il est permis de se demander dans quelle mesure l'arrêt *DeSousa*, rendu postérieurement à l'arrêt *Hundal*, aura éliminé toute référence au contexte pour fonder l'analyse constitutionnelle.¹⁰⁷ Enfin, la question de savoir jusqu'où les facteurs propres à l'accusé interviennent dans l'appréciation de sa conduite demeure confuse compte tenu des tempéraments apportés par le juge McLachlin relativement à la notion de "critère objectif modifié".

Les arrêts récents rendus par la Cour suprême dans les affaires *Finlay*,¹⁰⁸ *Gosset*,¹⁰⁹ *Creighton*¹¹⁰ et *Naglik*¹¹¹ n'apportent pas de réponse à ces interrogations, la seule conclusion semblant faire l'unanimité étant que les infractions de négligence prévues au Code criminel exigent la preuve d'une conduite traduisant un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Cette idée est avancée par le juge Lamer dans les arrêts *Finlay* et *Gosset* portant sur l'évaluation de la faute dans le cadre de l'infraction de manipulation négligente d'une arme à feu prévue au para. 86(2) du Code criminel. Il y affirme que "au paragraphe 86(2), le législateur a traité de la menace que posent l'utilisation et l'entreposage des armes à feu en rendant passibles de responsabilité criminelle et d'une peine d'emprisonnement ceux dont la conduite montre un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente".¹¹² Formulant dans l'affaire *Gosset*¹¹³ les facteurs

¹⁰⁶ R. c. *Hundal*, *supra* note 91 à la p. 885.

¹⁰⁷ Rappelons que dans l'affaire *DeSousa*, *supra* note 10, le juge Sopinka conclut, au nom d'une Cour unanime, que la négligence constitue une faute constitutionnellement suffisante tant pour les crimes que pour les infractions réglementaires, reléguant donc nécessairement aux oubliettes la méthode d'analyse contextuelle proposée par le juge Cory dans l'arrêt *Wholesale*, *supra* note 7.

¹⁰⁸ R. c. *Finlay*, *supra* note 105.

¹⁰⁹ R. c. *Gosset*, *supra* note 9.

¹¹⁰ *Supra* note 8.

¹¹¹ R. c. *Naglik*, *supra* note 105.

¹¹² R. c. *Finlay*, *supra* note 105 à la p. 116 (nos italiques).

¹¹³ R. c. *Gosset*, *supra* note 9.

dont il faudra tenir compte dans l'appréciation de la faute, il reproche aux jugements rendus relativement à l'art. 86(2) d'avoir eu tendance à assimiler le critère utilisé pour déterminer s'il y a eu négligence civile à celui qui existe en matière criminelle.

La négligence en matière criminelle, que j'appellerai "négligence pénale" pour la distinguer des infractions comportant un élément de faute de négligence criminelle en vertu de l'art. 219 du *Code*, rend passibles d'emprisonnement les personnes déclarées coupables. Contrairement à la négligence en matière civile, qui appelle une répartition des pertes, la négligence pénale donne lieu à la punition de la conduite moralement blâmable. En pratique, cette distinction signifie que l'on procédera quelque peu différemment pour rendre un verdict de négligence en vertu du *Code*, quel que soit le degré ou le type de négligence envisagé par l'article constitutif d'infraction, et pour rendre un verdict de négligence en matière civile. [...] c'est l'analyse qu'il faut adopter si l'on veut assurer le respect du principe de justice fondamentale qui interdit de punir une personne moralement innocente.¹¹⁴

Dans l'arrêt *Gosset*, le juge Lamer explique qu'outre son caractère "marqué", cette notion de négligence pénale prendrait en considération les faiblesses particulières de l'accusé, "tenant largement compte des facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son degré d'instruction".¹¹⁵ Il ressort clairement des motifs précités du juge Lamer que cette manière d'envisager la pénale est commandée par les principes de justice fondamentale qui interdisent de punir une personne moralement innocente.¹¹⁶

En profond désaccord avec le juge Lamer sur la place à accorder aux facteurs personnels à l'accusé au moment d'évaluer sa conduite, jugeant que cette méthode personnalise le critère à un point tel qu'il se transforme en critère subjectif,¹¹⁷ le juge McLachlin, prenant entre autres appui sur la décision de la Cour dans l'affaire *Hundal*, se rallie toutefois à l'idée que les *crimes* de négligence doivent s'interpréter de manière à exiger un écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable.

[...] la constitutionnalité des *crimes* de négligence est également soumise à restriction, à savoir que les actes de négligence ordinaire peuvent ne pas suffire pour

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 93.

¹¹⁵ *Ibid.* à la p. 94. Ces propos sont repris des motifs qu'il avait rendus dans l'affaire *Tutton*, *supra* note 28 à la p. 1434.

Par ailleurs, le juge Lamer prend soin de parler de "négligence pénale" pour distinguer cette notion de la notion de négligence criminelle dont il est fait mention à l'article 219 du Code criminel (à la p. 93 de l'arrêt *Gosset*, *supra* note 9). Compte tenu du fait qu'il considère que, comme pour la négligence criminelle, la négligence pénale exige la preuve d'un écart marqué à la norme et du fait que, dans les deux cas il reconnaît la nécessité de faire une large part aux facteurs personnels à l'accusé, on se demande en quoi les deux types de négligence peuvent différer. Peut-être le juge Lamer se réserve-t-il le droit de changer de perspective par rapport à sa position dans l'arrêt *Tutton*, *supra* note 28, et entend-t-il dorénavant interpréter l'infraction de négligence criminelle comme exigeant la preuve d'une faute subjective.

¹¹⁶ Voir aussi ses propos dans l'arrêt *Finlay*, *supra* note 105 à la p. 115.

¹¹⁷ *Creighton c. La Reine*, *supra* note 8 à la p. 59. Voir aussi les pp. 61 à 68.

justifier l'emprisonnement : R. c. *Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; R. c. *Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570. Pour reprendre les formules employées dans l'arrêt *Hundal*, il doit s'agir d'une négligence qui constitue un "écart marqué" à la norme d'une personne raisonnable. En droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel.¹¹⁸

À la lecture de ces extraits, les fondements et la portée de cette nouvelle interprétation de la négligence comme traduisant un écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable, ne sont pas clairs. Il faut en effet rappeler que dans l'affaire *Wholesale*, le juge Lamer, appuyé en cela par le juge McLachlin, avait rejeté les propositions formulées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario. Cette dernière avait suggéré dans un document de travail que la négligence ordinaire, ne traduisant pas un écart marqué et important par rapport à la norme de diligence applicable à une personne raisonnablement prudente dans les circonstances, ne puisse constituer un fondement suffisant de la culpabilité lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue. Selon le juge Lamer à l'époque, la Constitution ne garantissant pas la situation idéale mais un minimum vital, il n'était pas approprié d'exiger, en vertu de l'article 7 de la *Charte*, le degré de faute plus élevé proposé par la Commission. Cette question devait être laissée à l'appréciation du législateur.

Il ne faut pas oublier qu'en formulant ces recommandations, les commissions de réforme du droit conseillaient leurs gouvernements respectifs sur des questions de principe. Par contre, la question soulevée devant notre Cour ne se rapporte pas à la politique la plus appropriée que devrait adopter le gouvernement, mais plutôt à l'exigence en matière de faute qui est requise sur le plan constitutionnel lorsque l'accusé risque l'emprisonnement. [...] Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, les principes de justice fondamentale commandent que la négligence soit le degré de faute minimal quand l'accusé risque d'être condamné à l'emprisonnement, sauf quant à certaines infractions comme le meurtre. Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis que l'art. 7 de la *Charte* n'exige pas le degré de faute plus élevé envisagé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario...¹¹⁹

Par ailleurs, les motifs du juge Cory dans l'arrêt *Hundal*,¹²⁰ maintenant cités au soutien de la conclusion voulant qu'en matière criminelle la négligence soit conçue plus strictement, ont été rendus avant que la Cour, dans l'arrêt *DeSousa*, ne rejette définitivement la méthode d'analyse contextuelle proposée par le juge Cory. Or, cette méthode d'analyse contextuelle sous-tend manifestement le jugement du juge Cory dans l'arrêt *Hundal*.

Quoi qu'il en soit, dans la mesure où la Cour est maintenant d'avis que les principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Charte* commandent une norme de négligence plus sévère, il serait logique de conclure que cette dernière vaut dans tous les cas où le législateur prévoit une peine d'emprisonnement. À cet égard, l'application apparemment limitée de la "négligence pénale" aux seules infractions de négligence prévues au Code criminel étonne. Comme le juge Lamer le faisait remarquer dans l'arrêt *Wholesale*.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 59 (nos italiques).

¹¹⁹ R. c. *Wholesale Travel Group*, *supra* note 7 à la p. 186.

¹²⁰ *Supra* note 91.

La personne privée de sa liberté par l'emprisonnement n'est pas privée de *moins* de liberté parce qu'elle a été punie en raison de la perpétration d'une infraction réglementaire et non d'un crime. L'emprisonnement c'est l'emprisonnement, peu importe la raison. A mon sens, c'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. Je ne saurais accepter que ces principes doivent être interprétés différemment du simple fait que l'infraction peut être qualifiée de "réglementaire".¹²¹

Dans ce contexte, tant les infractions réglementaires que les crimes de négligence devraient s'interpréter comme exigeant la preuve d'un écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable. Manifestement pourtant, cette solution n'a jamais été envisagée dans les affaires traitant des infractions réglementaires, qui ont toujours fait équivaloir négligence et manque de diligence raisonnable sans qu'il ne soit question de degré dans la négligence. Depuis l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la diligence raisonnable est définie comme le fait de prendre toutes les précautions qu'aurait prises une personne raisonnable dans les mêmes circonstances¹²² et il n'a jamais été question de "norme minimale de diligence".¹²³ Il semble évident que la Cour, dans les arrêts *Creighton*, *Finlay* et *Gosset* n'entend pas bouleverser cet état de choses. Les propos du juge McLachlin, où il est question de "crimes de négligence" et d'étiquette "criminelle", sont clairs à cet égard. Ceux du juge Lamer vont dans le même sens. Il limite l'application de la "négligence pénale" aux infractions criminelles prévues dans le Code. La résurrection du critère fondé sur la différence de nature entre les crimes et les infractions réglementaires étonne compte tenu de la jurisprudence consécutive à l'affaire *Wholesale Travel Group*. Par ailleurs, elle est difficilement défendable au plan des principes.

Comme les infractions réglementaires peuvent être assorties de peines d'emprisonnement aussi élevées que les crimes, on voit mal le critère de la sévérité de la peine fonder la distinction générale dorénavant avancée. L'analyse constitutionnelle devrait s'effectuer au cas pas cas, pour tenir compte de la sévérité de la peine effectivement prévue, peu importe la nature de l'infraction. Or, compte tenu de l'application sommaire du critère de la sévérité de la peine par la Cour ces dernières années, seules les infractions assorties d'une peine minimale d'emprisonnement pourraient justifier une norme de faute s'élevant au-delà de la simple négligence. Les crimes considérés en l'espèce ne comportent toutefois pas de peine d'emprisonnement obligatoire alors que le terme maximal d'emprisonnement prévu n'est pas plus élevé que celui prévu pour de nombreuses infractions réglementaires. Il semble donc que ce soit plutôt la gravité des stigmates accompagnant une déclaration de culpabilité pour un crime, par comparaison à ceux accompagnant une déclaration de culpabilité pour une infraction réglementaire, qui ait motivé la décision de la Cour.

¹²¹ *R. c. Wholesale Travel Group*, supra note 7 à la p. 189 (en italiques dans l'original).

¹²² *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, supra note 2 à la p. 1326.

¹²³ Cette expression est employée par le juge McLachlin dans l'arrêt *Creighton*, supra note 8 à la p. 58.

Peut-être en effet cette dernière entend-t-elle dorénavant ajouter à la liste déjà identifiée d'étiquettes stigmatisantes, que constituent la qualification de "voleur" ou de "meurtrier", celle de "criminel". Outre le caractère impressionniste, intuitif et peu satisfaisant sur le plan des principes d'une telle classification, il nous apparaît particulièrement artificiel de considérer de manière générale que les stigmates attachés à une déclaration de culpabilité pour un crime sont nécessairement plus importants qu'en matière réglementaire. Comme le reconnaissait lui-même le juge Cory à l'issue de son analyse contextuelle dans l'arrêt *Wholesale*, "[t]elle est la théorie; mais, comme toutes les théories, elle est difficile à appliquer".¹²⁴ Bien que séduisante intellectuellement, et malgré qu'elle ait en partie servi avec succès au développement de notre droit en matière de faute, la distinction entre infractions criminelles et réglementaires nous apparaît trop largement fondée sur l'histoire et sur une fiction entretenue par notre arrangement fédératif pour asseoir de manière convaincante l'analyse constitutionnelle des principes de justice fondamentale.¹²⁵ Pour donner un exemple, on peut se demander dans quelle mesure un manquement à la réglementation provinciale en matière de sécurité du travail susceptible de provoquer des pertes de vies humaines implique nécessairement une turpitude morale moindre que le fait de dire la bonne aventure¹²⁶ ou d'organiser une loterie sans permis,¹²⁷ deux crimes réprimés par le Code criminel. Il en va de même de la distinction entre le délit de fuite sanctionné par le Code de la sécurité routière du Québec¹²⁸ et celui sanctionné par le Code criminel.¹²⁹ La "constitutionnalisation" des principes de justice fondamentale commande une réflexion globale sur la justice répressive qui ne peut s'embarasser de considérations subtiles relevant du partage des compétences.

En outre, dans les domaines de compétence fédérale, toutes les condamnations, que l'infraction soit qualifiée comme criminelle ou réglementaire, donnent lieu à une inscription au casier judiciaire et le délai de pardon est tributaire de la qualification procédurale de l'infraction, non de sa nature.¹³⁰ Les conditions d'incarcération du condamné - sa détention dans un pénitencier ou dans une prison - seront quant à elles déterminées en fonction de la durée de sa sentence et non en fonction de la nature de l'infraction qu'il aura commise. Enfin, si on applique le raisonnement qui nous a plusieurs fois été servi, le fait de condamner pour un crime une personne n'ayant commis qu'une

¹²⁴ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, supra note 7 à la p. 219.

¹²⁵ Pour une critique de l'approche préconisée par le juge Cory, voir Don Stuart, "Wholesale Travel: Presuming Guilt for Regulatory Offences is Constitutional But Wrong" (1992) 8 C.R. (4^e) 225 aux pp. 232-233. Voir aussi Clayton Ruby & Kenneth Jull, "The Charter and Regulatory Offences: a Wholesale Revision" (1992) 14 C.R. (4^e) 225.

¹²⁶ Para. 365(b) C.cr.

¹²⁷ Permis à être émis par la province. Art. 206 et 207 C. cr.

¹²⁸ L.R.Q., c. C-24.2, art. 170, 178.

¹²⁹ Art. 252 C.cr.

¹³⁰ Voir la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. c. C-47, mod., L.R.C. 1985, c. 1 (4^{ième} suppl.), L.C. 1992, c. 22; à l'art. 4.1.

simple négligence devrait influencer à la baisse sur les stigmates découlant de cette condamnation, et ces stigmates minimes ne pourraient alors fonder une exigence élevée en matière de faute.

Il faut peut-être se réjouir de ce que la Cour se soit ravisée et ait décidé d'interpréter les crimes de négligence comme exigeant la preuve d'un écart marqué à la norme de conduite de la personne raisonnablement prudente. Force est toutefois de constater que rien dans le discours de la Cour ces dernières années ne laissait présager, ni ne permet de fonder au plan des principes, cette nouvelle manière d'envisager la négligence dans le cas des crimes. Par ailleurs, il est maintenant à craindre que la négligence pénale, qui apparaît à première vue comme une amélioration de la situation des personnes accusées de crimes de négligence, n'entraîne quelques effets pervers. Malheureusement en effet, la tendance déjà observée dans l'arrêt *DeSousa* d'ignorer, sinon de détourner, le sens de la jurisprudence traditionnelle, relative aux règles d'interprétation des textes créateurs d'infractions quant à la norme de faute, prend un tour inquiétant.

B- *La fin des règles de Sault Ste-Marie?*

Dans l'arrêt *DeSousa*, le juge Sopinka affirme que les conséquences d'un acte illégal peuvent n'en constituer qu'un facteur aggravant. Ni les règles de *Sault Ste-Marie*, ni les principes de justice fondamentale ne requièrent selon lui la preuve d'un élément fautif supplémentaire pour fonder la culpabilité et la sentence plus lourde pour une infraction de résultat. Au soutien de cette affirmation, il fournit entre autres la liste de toutes les infractions de résultat du Code criminel pour lesquelles le législateur n'a pas spécifié d'exigence particulière de faute.¹³¹ La liste d'infractions fournie en exemple par le juge Sopinka n'a toutefois rien de déterminant. Premièrement, tous les crimes énumérés comportent une infraction sous-jacente objectivement dangereuse. Dans ce contexte, il est hasardeux d'affirmer que le législateur n'entendait qu'aucune faute, ni objective ni subjective, ne soit établie par rapport aux conséquences. En outre, il est extrêmement rare que le législateur, qui délègue le plus souvent implicitement aux tribunaux la tâche de déterminer la *mens rea* des infractions dont il se contente de définir les éléments matériels, prescrive une norme de faute particulière. Inférer du silence du législateur l'intention de ce dernier de supprimer toute exigence relative à la faute tient de la révolution en droit pénal canadien.

¹³¹ Il s'agit de l'homicide involontaire coupable (para. 222(5)), du fait de causer des lésions corporelles par négligence criminelle (art. 221), du fait de causer la mort par négligence criminelle (art. 220), de la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (para. 249(3)), de la conduite dangereuse causant la mort (para. 249(4)), de la conduite en état de facultés affaiblies causant des lésions corporelles (para. 255(2)), de la conduite en état de facultés affaiblies causant la mort (para. 255(3)), de l'agression causant des lésions corporelles (al. 267 (1)b)), des voies de fait graves (art. 268), de l'agression sexuelle causant des lésions corporelles (al. 272c)), de l'agression sexuelle grave (art. 273), du méfait causant un danger réel pour la vie des gens (para. 430 (2)) et de l'incendie criminel causant des lésions corporelles (al. 433 b)).

L'interprétation, avancée dans l'arrêt *DeSousa* de l'article 269 du Code, selon laquelle cette infraction en est une de négligence est déjà discutable en regard de la règle de common law, réitérée dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*,¹³² voulant qu'en l'absence de manifestation contraire de la part du législateur, les crimes s'interprètent comme exigeant une mens rea subjective. Décréter de surcroît que le silence du législateur implique généralement que le résultat ne constitue qu'un facteur aggravant de la conduite, toute faute à cet égard étant nécessairement supprimée, est parfaitement incompatible avec elle. Non seulement le jugement de la Cour consacre-t-il une vision minimaliste de la garantie constitutionnelle offerte par l'article 7 de la *Charte* en matière de faute; il autorise en plus une révision mal fondée la règle de l'arrêt *Sault Ste-Marie*.

Le jugement de la Cour dans l'affaire *DeSousa* a amorcé une tendance discutable, celle de traiter indifféremment des règles constitutionnelles et des règles d'interprétation des textes créateurs d'infractions héritées de la common law. Ce traitement indifférencié des garanties constitutionnelles - ces règles qui ne constituent pas un idéal mais un minimum vital, pour reprendre les termes utilisés par le juge Lamer¹³³ - et des règles d'interprétation classiques, en plus de semer la confusion, tend à opérer un nivellement par le bas de notre droit de la faute.¹³⁴ Peu importe le minimum garanti par la Constitution, peu de choses appuient la conclusion voulant qu'en common law les crimes de résultat ne nécessitent la preuve d'aucune faute par rapport à la survenance de la conséquence prohibée.

Depuis l'arrêt *Sault Ste-Marie*,¹³⁵ il est de jurisprudence constante qu'en cas de silence du législateur les textes créateurs de crimes s'interprètent de manière à exiger la preuve d'une faute subjective. Bien que la question de savoir si un élément de faute subjective doit être présent relativement à tous les éléments matériels, y compris le résultat prohibé, n'a que peu préoccupé les tribunaux et n'a longtemps été abordée que de manière incidente, l'extrait suivant des motifs du juge Dickson dans l'affaire *Pappajohn* est éloquent :

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas "moralement indifférente", il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*.¹³⁶

¹³² *Supra* note 2.

¹³³ *Supra* note 7.

¹³⁴ Cette dilution de la portée des règles de common law est apparente à plusieurs endroits dans le jugement *DeSousa*, *supra* note 10, lorsque ces règles sont présentées comme écartant, sauf indication législative expresse au contraire, la responsabilité absolue en passant toutefois sous silence qu'en matière criminelle la notion de faute personnelle doit s'interpréter comme exigeant une faute subjective. Voir en particulier les propos du juge Sopinka aux pp. 956-958.

¹³⁵ *Supra* note 2.

¹³⁶ *Pappajohn c. La Reine*, *supra* note 70 à la p. 139 (nos italiennes). Le juge Dickson était dissident sur une autre question. Cet extrait classique de l'arrêt *Sault Ste-Marie*, *supra* note 2 à la p. 1309, laisse aussi entendre que tel est le cas.

Pourtant, nous dit le juge Sopinka dans l'arrêt *DeSousa*, la position voulant que, quand le texte d'incrimination prévoit la réalisation d'une conséquence prohibée, la prévision subjective de cette conséquence doit être un élément essentiel de l'infraction, constitue une "généralisation excessive" de la jurisprudence antérieure de la Cour.¹³⁷ Cette jurisprudence antérieure est réinterprétée soit comme ayant employé des termes généraux qui, semble-t-il, ont dépassé la pensée de la Cour,¹³⁸ soit comme ayant été commandée par un texte d'incrimination particulier.¹³⁹ Cette réécriture de la jurisprudence s'accorde toutefois plutôt mal avec certains prononcés récents rendus de façon contemporaine à l'arrêt *DeSousa*. Il faudra certes une bonne dose de retenue au juriste intéressé par les questions liées à la faute pour se garder de tirer des "généralisations excessives" de l'affirmation, faite par la majorité de la Cour dans la récente affaire *Théroux*¹⁴⁰ et réitérée dans le jugement de la majorité dans *Creighton*,¹⁴¹ que "habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l'*actus reus* prohibé". Les incohérences entre les divers prononcés de la Cour dans un domaine aussi fondamental que celui des principes généraux de la responsabilité pénale sont à déplorer. L'analyse constitutionnelle n'est pas seulement déficiente, elle entraîne dans son sillage une dégradation sans précédent du discours juridique, caractérisée par une manipulation maladroite de concepts fondamentaux et de précédents.

Les propos du juge McLachlin, dans l'arrêt *Creighton*,¹⁴² s'appuyant sur les arrêts *Sault Ste-Marie*¹⁴³ et *Sansregret*¹⁴⁴ pour conclure que les actes de négligence ordinaire ne peuvent constitutionnellement suffire pour fonder l'*emprisonnement* dans le cas des crimes, mais qu'ils doivent constituer un écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable, présentent la même

Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence.

¹³⁷ *R. c. DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 964.

¹³⁸ C'est ce que laissent entendre les commentaires du juge Sopinka dans l'arrêt *DeSousa*, *supra* note 10 à la p. 964, notamment au sujet de l'arrêt *Martineau*, *supra* note 7.

¹³⁹ Ce serait le cas des propos suivants du juge Wilson dans l'affaire *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941 à la p. 958 où il est affirmé "Dans le cas d'une infraction exigeant la *mens rea* complète aux termes du *Code criminel*, l'accusé doit avoir l'intention d'accomplir les actes qui constituent l'*actus reus* de l'infraction. Le paragraphe 666(1) ne fait pas exception." Selon le juge Sopinka à la p. 964 de ses motifs dans *DeSousa*, *supra* note 10, dans les circonstances de l'affaire *Docherty*, "la formulation même de l'infraction exigeait une intention relativement à tous les aspects de l'*actus reus*, et cette proposition ne saurait donc être considérée comme l'exposé d'un principe primordial du droit pénal."

¹⁴⁰ *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5 à la p. 17.

¹⁴¹ *Supra* note 8 à la p. 49.

¹⁴² Cités dans le texte accompagnant la note 118.

¹⁴³ *Supra* note 2.

¹⁴⁴ *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570.

lacune. Ils offrent une réinterprétation insolite et dangereuse de l'héritage de la common law en matière d'interprétation des infractions. En matière criminelle, les arrêts *Sault Ste-Marie* et *Sansregret* offrent la formulation classique de la règle d'interprétation favorisant une norme de faute subjective en cas de silence du législateur. Il n'y est nullement fait mention d'une règle subsidiaire privilégiant la négligence "améliorée" pour le cas où on désirerait ne pas conclure à une norme de faute subjective. Par ailleurs, ces règles d'interprétation classiques se fondent sur la nature des infractions en cause et non sur la possibilité d'une peine d'emprisonnement. Ces jugements, rendus dans un contexte antérieur et différent de celui de l'analyse des garanties constitutionnelles, prennent appui sur la nature criminelle de l'infraction pour fonder l'exigence d'une faute subjectivement appréciée lors de l'interprétation des crimes, non sur la nature de la peine envisagée. Cela eut-il été le cas, la Cour aurait alors conclu à la même norme de faute pour les infractions réglementaires sanctionnées par l'emprisonnement. Associer sans discernement les règles d'interprétation classiques et les principes de justice fondamentale - qui, rappelons-le, garantissent le minimum vital en cas de privation de liberté - risque ultimement de déprécier les premières.

Pareil risque de dérapage s'est concrétisé dans l'arrêt *Naglik*¹⁴⁵ rendu le même jour que les arrêts *Creighton*,¹⁴⁶ *Finlay*¹⁴⁷ et *Gosset*.¹⁴⁸ Dans cette affaire, la Cour était entre autres invitée à se prononcer sur les éléments constitutifs et sur la constitutionnalité de l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de 16 ans, sanctionnée par l'article 215 du Code criminel. Il nous apparaît important de reproduire ici les extraits pertinents de cette disposition.

215. (1) Toute personne est légalement tenue

a) en qualité de père ou de mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans; [...]

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si :

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b) : [...]

(ii) ou bien l'obligation de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne; [...]

La question qui nous intéresse en l'espèce consistait à savoir en premier lieu si, en édictant cette infraction, le législateur fédéral entendait punir une faute

¹⁴⁵ R. c. *Naglik*, *supra* note 105.

¹⁴⁶ *Supra* note 8.

¹⁴⁷ *Supra* note 105.

¹⁴⁸ *Supra* note 9.

objective ou une faute subjectivement appréciée. Après avoir rappelé que l'arrêt *Vaillancourt* ne prescrit aucune obligation constitutionnelle de prouver l'existence d'une faute subjective pour toutes les infractions criminelles,¹⁴⁹ et constatant qu'aucun précédent ne le contraint à interpréter le texte de l'article 215 d'une manière ou d'une autre,¹⁵⁰ le juge en chef Lamer, qui écrit pour l'ensemble de la Cour sur ce sujet, préfère examiner "en fonction des principes de base la question du fondement de la responsabilité dans le cas de l'art. 215".¹⁵¹ Malgré l'absence des termes traditionnels par lesquels le législateur indique habituellement son intention de sanctionner la négligence, le juge Lamer conclut qu'en l'espèce c'est bien cette forme de faute qui est sanctionnée.¹⁵² Sa conclusion s'appuie essentiellement sur le fait que l'infraction en est une d'omission.

L'omission de remplir une "obligation" donne à entendre que la conduite de l'accusé dans les circonstances est à apprécier selon une norme objective, c'est-à-dire une norme de la société. La notion d'obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l'égard d'une conduite donnée : comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. La conduite de l'accusé devrait en conséquence s'apprécier en fonction d'une norme de la société afin de donner effet à la notion d'obligation à laquelle a recouru le législateur.¹⁵³

Cette décision est critiquable à de nombreux égards. Premièrement, il faut noter qu'aucune référence n'est faite à l'arrêt *Sault Ste-Marie*. La règle voulant qu'en l'absence d'intention contraire clairement exprimée par le législateur, les crimes s'interprètent comme sanctionnant une norme de faute subjective constitue certainement une "règle de base", mais elle est totalement passée sous silence. L'intention du législateur de sanctionner la négligence est claire, selon

¹⁴⁹ R. c. *Naglik*, *supra* note 105 à la p. 141.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² La Cour d'appel de l'Ontario ((1991), 3 O.R. (3d) 385) en était arrivée à la conclusion inverse. Dans ses motifs aux pp. 402 et 403, le juge Morden, suivi en cela par ses collègues, avait affirmé:

En d'autres termes, l'infraction en cause nécessite la connaissance effective des circonstances qui font de l'omission de s'acquitter de l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction (connaissance qui comprend le cas de l'aveuglement volontaire à l'égard de ces circonstances). Il s'agit d'une infraction que l'on peut commettre volontairement ou par insouciance. Ce n'est pas une infraction de simple négligence, pour laquelle la croyance sincère à l'existence de circonstances qui n'obligent pas à remplir l'obligation doit reposer sur des motifs raisonnables.

¹⁵³ R. c. *Naglik*, *supra* note 105 à la p. 141 des motifs du juge Lamer. Aux pp. 141 et 142, le juge Lamer ajoute:

Voilà une interprétation que viennent appuyer les objectifs d'intérêt public visés par la disposition en cause. L'article 215 a en effet pour but l'établissement d'un niveau *minimal* uniforme de soins à fournir pour les personnes auxquelles il s'applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l'obligation sont tenus de respecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle. (italiques dans l'original)

le juge Lamer, du fait que ce dernier a édicté une norme et sanctionne le défaut de s'y conformer. Nous sommes tentée de faire remarquer à ce sujet que toutes les infractions sanctionnent le défaut de respecter une norme, que cette norme soit définie en termes de diligence ou autrement. La fraude réprimée par l'article 380 du Code criminel peut certainement être qualifiée de manquement à la norme d'honnêteté à laquelle nous nous attendons dans notre société. Cela ne fait pas pour autant du crime de fraude un crime de négligence.¹⁵⁴ Il en va de même de l'agression sexuelle¹⁵⁵ dont on peut dire qu'elle sanctionne le défaut de s'engager dans des relations sexuelles avec le consentement de son partenaire. Pourtant, avant que le législateur n'exprime le contraire,¹⁵⁶ il n'est pas venu à l'idée de la Cour suprême d'interpréter cette infraction comme sanctionnant la négligence.

La décision du législateur d'imposer une norme de conduite en s'exprimant par des termes qui répriment une action ou sanctionnent un défaut d'agir dans certaines circonstances ne peut fonder en principe une variation de la norme de faute. Conclure autrement condamne notre droit pénal à se livrer à d'oiseux débats de sémantique et à sombrer dans l'arbitraire le plus total. On voit mal, par exemple, un tribunal faire varier la norme de faute de l'infraction de désobéissance à une ordonnance légale, sanctionnée par l'article 127 du Code, en fonction de sa définition de la désobéissance comme l'action de désobéir plutôt que comme l'omission d'obéir. Peut-on valablement qualifier la nuisance publique¹⁵⁷ de crime exigeant une *mens rea* subjective lorsqu'elle est commise au moyen d'un acte illégal, mais de crime de négligence lorsque l'accusé a omis de remplir un devoir légal? Et si, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a proposé dans l'affaire *Thornton*,¹⁵⁸ l'accusé peut être déclaré coupable au motif qu'il a omis de s'abstenir d'agir, s'agit-il toujours d'une omission ou sommes-nous entrés dans le domaine de l'action? La solution à ces interrogations se trouve dans les motifs du juge McIntyre dans l'affaire *Tutton*, motifs auxquels avait souscrit le juge Lamer : "Je suis totalement incapable de voir une différence de principe entre les affaires mettant en cause une omission et celles qui mettent en cause un acte concret."¹⁵⁹

Contrairement à ce que soutient le juge en chef, l'interprétation de l'infraction sanctionnée à l'article 215 comme exigeant une *mens rea* subjective n'entraînerait pas inexorablement une variation de la norme de conduite en fonction des priorités personnelles des individus. Il est indispensable de distinguer entre

¹⁵⁴ Voir à cet égard les récents jugements de la Cour dans *R. c. Théroux*, *supra* note 140 et *R. c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29.

¹⁵⁵ Art. 271 C.cr.

¹⁵⁶ Voir le texte de l'art. 273. 2 C.cr.

¹⁵⁷ Art. 180 C.cr.

¹⁵⁸ *R. c. Thornton* (1991), 1 O.R. (3d) 480.

¹⁵⁹ *Supra* note 28 à la p. 1429. En l'espèce, il est vrai, le juge McIntyre concluait que l'infraction de négligence criminelle en cause imposait une norme de faute objective mais l'énoncé général quant à la question de principe vaut, que l'on conclue ultimement à une norme objective ou à une norme subjective comme fondement de la responsabilité pour l'infraction en cause.

l'appréciation subjective que peut faire un individu des circonstances entourant sa conduite et des conséquences susceptibles d'en découler et son appréciation subjective relative à la norme elle-même. Comme l'a fait remarquer la majorité de la Cour suprême dans le contexte de l'infraction de fraude, "...la présente analyse n'a rien à voir avec l'échelle des valeurs de l'accusé. Une personne n'échappe pas à une déclaration de culpabilité pour le motif qu'elle croit qu'elle ne fait rien de mal. Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes et non pas s'il croyait que ses actes ou leurs conséquences étaient moraux."¹⁶⁰ Fonder la culpabilité pour l'infraction prévue à l'article 215 sur la connaissance des faits qui font naître l'obligation de fournir les choses nécessaires à la vie et sur la perception, par l'accusé du risque pour la santé ou la vie du bénéficiaire de cette obligation est conforme aux principes généraux de la responsabilité criminelle sans mettre en péril la norme sociale.¹⁶¹

La décision de la Cour d'évaluer à la baisse la norme de faute nécessaire à la culpabilité en vertu de l'article 215 réside en partie dans l'importance qu'elle accorde à la gravité des conséquences de l'omission de l'accusé.

"L'omission par négligence de remplir l'obligation en question aura des effets aussi graves que le refus intentionnel de le faire".¹⁶²

Bien que nous soyons parfaitement d'accord avec cette affirmation, comme nous avons toujours pensé que l'agression sexuelle commise par négligence a des effets tout aussi ravageurs pour la victime que celle commise intentionnellement ou par insouciance, elle ne doit pas nous entraîner à diminuer automatiquement nos exigences face à la faute. Conclure à la nécessité de punir en fonction uniquement de la gravité des conséquences, nous l'avons mentionné plus haut, relève d'une conception justicière de la sanction pénale. Il nous apparaît primordial d'éviter de se laisser entraîner sur cette pente dangereuse sans s'être préalablement livrés à une réflexion en profondeur sur notre système de justice. Peut-être les règles de l'arrêt *Sault Ste-Marie* méritent-elles d'être abandonnées. Peut-être notre attachement à l'orthodoxie subjectiviste devrait-il être sérieusement questionné. Peut-être. Pour le moment toutefois, il s'agit certainement du meilleur moyen que nous ayons trouvé d'affirmer notre foi en la dignité et la liberté humaines et de notre arme la plus précieuse contre l'arbitraire et contre une utilisation outrancière de la répression.

Le fait que la Cour suprême s'interroge dorénavant sur l'étendue de l'importance à accorder aux facteurs personnels à l'accusé au moment d'évaluer sa faute objective élude la question fondamentale de l'appréciation objective ou

¹⁶⁰ *R. c. Théroux*, *supra* note 140 à la p. 11 (Mme le juge McLachlin).

¹⁶¹ Si nous sommes dans l'erreur à ce sujet, nous voyons mal comment la Cour, en matière d'agression sexuelle, n'a jamais conclu qu'elle permettait aux agresseurs de définir le contenu de l'infraction en fonction de leurs croyances et de leurs priorités personnelles en leur permettant d'invoquer leurs erreurs déraisonnables relativement au consentement de la victime.

¹⁶² *R. c. Naglik*, *supra* note 105 à la p. 142 (le juge Lamer).

subjective de la faute. Le débat, engagé depuis les affaires *Tutton*¹⁶³ et *Waite*,¹⁶⁴ sur la place à accorder aux facteurs personnels à l'accusé dans le contexte de la négligence, n'a contribué qu'à semer la confusion et à rendre certains verdicts parfaitement aléatoires.

Conclusion

Le bilan que nous venons de dresser de la prestation de la Cour suprême dans le domaine de l'analyse de la norme de faute, comme fondement de la responsabilité pénale depuis l'avènement de la *Charte*, n'est pas réjouissant. Il est manifeste que la Cour n'a pas su relever le défi qu'elle s'était initialement lancé d'asseoir en principe les fondements de notre système de justice répressive. Il se dégage de ses arrêts récents que les bases les plus importantes de son analyse résident dans l'intuition et dans une vague perception des aspirations du public en matière de justice. Le critère édulcoré de la gravité de la peine et celui encore moins déterminant de la gravité des stigmates consécutifs à une déclaration de culpabilité ne laissent place à aucune autre conclusion.

Destinée à l'origine à raffermir les exigences de notre droit en matière de faute, l'analyse constitutionnelle s'avère en définitive légitimer un raffermissement de la sanction. Peut-être la désillusion que nous ressentons à cet égard serait-elle moins amère si l'abandon de son projet initial par la Cour ne s'accompagnait pas d'une dégradation générale du discours juridique en matière pénale. Il est devenu impossible de concilier entre eux les multiples prononcés de la Cour et la liberté avec laquelle certains concepts fondamentaux et certains jugements antérieurs sont traités est désarmante. Dans ce contexte, il est à craindre qu'au lieu de rassurer le public sur son système de justice, la Cour ne parvienne qu'à accélérer la désaffection croissante qu'il manifeste envers la justice pénale. L'adhésion du public dans un domaine aussi sensible que celui de la répression est fondamentale et commande un minimum de rigueur et de constance de la part de l'institution chargée d'en assurer la mise en oeuvre.

L'élaboration de la politique en matière pénale et des principes généraux la traduisant a, dans notre système de droit d'inspiration britannique, longtemps été le fief des tribunaux et, ultimement de la Cour suprême du Canada. Devant la tournure des événements, il semble qu'il appartienne dorénavant aux législateurs de prendre le relais. Il nous reste à souhaiter que ces derniers feroient bon usage de l'immense latitude qui leur est donnée.

¹⁶³ *Supra* note 28.

¹⁶⁴ *Ibid.*