

LE PARTICULARISME JURIDIQUE DE LA RÉPRESSION DE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE AU CANADA

Pierre Rainville et Julie Desrosiers*

La criminalité concertée hérite d'un régime juridique atypique : infractions inédites à la morphologie fuyante, consécration exorbitante de la responsabilité du fait d'autrui, suppression de certains moyens de défense ou encore élargissement de la définition d'incriminations classiques. Ce régime juridique différencié est voué à l'amplification de la responsabilité pénale réservée aux organisations délinquantes et à leurs exécutants. À cet accroissement de la responsabilité se greffent des modes d'enquête dérogatoires et un dirigisme pénologique qui traduisent un phénomène d'érosion de la discrétion judiciaire. Le présent article s'emploie à faire ressortir les caractéristiques foncières de ce réaménagement fondamental de la responsabilité pénale. Ces traits singuliers comprennent le devancement considérable du stade de la répression; l'avènement d'une responsabilité devenue principalement collective; l'abandon des notions classiques telles la complicité ou la causalité au profit d'un étiolement des éléments infractionnels; l'accroissement du cercle des personnes visées par ce régime inhabituel. Le droit actuel sanctionne ni plus ni moins une mise en disponibilité au profit d'un crime collectif. Le surenchérissement de la responsabilité pénale en présence d'actions collectives illicites n'est pourtant pas sans borne. Aussi le présent texte dégage-t-il les critères destinés à mieux baliser l'accentuation de la responsabilité des parties prenantes à un dessein désavouable. Prenant appui sur des notions telles « l'insouciance », « le degré de participation » et « le degré de culpabilité morale », les auteurs prônent la recherche d'un parallélisme entre la turpitude morale affichée et la teneur de la condamnation prononcée : la collégialité dans l'action ne saurait suffire à entraîner la collégialité des responsabilités.

Organized crime has inherited an atypical legal framework : unique offences with an elusive morphology, the unorthodox attribution of

* Julie Desrosiers (LL D McGill) et Pierre Rainville (D Phil Oxford) sont tous deux professeurs de la faculté de droit de l'Université Laval à Québec. Ils désirent remercier M^e Sylvain Lebœuf et M^e Christine Santerre pour leur apport précieux à la recherche documentaire préalable à la présente étude. Le présent article paraîtra également en France dans un ouvrage intitulé « La criminalité organisée. Droit français. Droit européen. Droits étrangers » sous la codirection de J Pradel et J Dallest.

vicarious liability, the suppression of certain exculpatory lines of defence and even a broader definition for classic types of incrimination. This differentiated legal framework is dedicated to amplifying the criminal liability reserved for criminal organizations and their henchmen. Added to this expanded liability are exceptional investigative methods and a penological interventionism that are the expression of the phenomenon of eroding judicial discretion. This paper attempts to identify the basic characteristics of this fundamental restructuring of criminal liability. Its remarkable characteristics include the considerable forestalling of the repressive phase; the advent of liability that has become primarily collective; a turning away from classic concepts like complicity and causation in favour of a weakening of the elements of the offences; and a wider net for those this unusual framework is aimed at. Current provisions of the Code actually penalize the mere fact of making oneself available for a potential collective crime. However, the increase in criminal liability in the case of collective illegal acts is not without its limits. This paper also identifies the criteria designed to better circumscribe the increased liability of those involved in a crooked scheme. With the aid of terms such as "recklessness," "degree of involvement" and "degree of moral culpability," the authors recommend that the moral turpitude displayed by the accused mirror the exact nature of the crime for which a conviction is entered : sharing in the deed does not necessarily suffice to incur shared liability.

Introduction

Au fil des siècles, la common law et le législateur canadien auront élaboré, tantôt de connivence, tantôt en parallèle, un faisceau de règles et d'infractions dont l'objet premier est la conception d'un régime juridique désavantageux pour les organisations criminelles et leurs exécutants.

Cet aménagement singulier s'entend de multiples façons. L'accroissement de la responsabilité pénale est souvent visé au premier chef : la conception de crimes particuliers va de pair avec la suppression de certains moyens de défense traditionnels du droit pénal. À ces deux premiers procédés s'ajoute un penchant relatif pour la responsabilité collective, déclinée de diverses manières. L'éclosion inopinée de la responsabilité du fait d'autrui en matière criminelle n'est pas la moindre des singularités du droit canadien relatif au crime organisé. À l'élargissement de la responsabilité pénale s'allient d'autres modes d'intervention à connotation procédurale voire pénologique.

Le présent article entend rendre compte d'un échantillonnage de ces mesures de façon à en faire ressortir la typicité et, parfois, l'incongruité. L'étude de la spécificité de ce régime s'accompagnera de commentaires destinés à traduire son originalité et interroger son à-propos au regard des solutions retenues dans d'autres pays de common law.

La pérennité du particularisme juridique de la répression des organisations criminelles explique d'emblée le plan de la présente étude qui consistera à souligner, dans un premier temps, l'existence de mesures souvent séculaires avant d'analyser, en seconde partie, les interventions les plus contemporaines vouées à l'endiguement de la criminalité concertée.

I. L'aménagement séculaire d'un régime juridique défavorable aux organisations criminelles

L'aversion du droit canadien et du droit anglais pour la criminalité organisée est chose ancienne. La jurisprudence et le législateur ont tous deux contribué à l'accentuation de la répression en présence d'associations malintentionnées au point d'écorner parfois le principe de la légalité¹. Le domaine de la criminalité économique en est l'exemple tout indiqué. Les tribunaux anglais auront, dès le XVIII^e siècle, jugé nécessaire de sévir contre les conspirateurs animés d'un dessein frauduleux. Ainsi naquit une infraction de droit prétorien, le « conspiracy to defraud »². L'action répressive se fondait sur la dangerosité jugée accrue des conspirateurs : la jurisprudence estimait qu'il était difficile de se prémunir contre l'action concertée de fraudeurs, alors que la personne escroquée par un seul aigrefin avait péché par défaut de vigilance...³. Le législateur canadien aura longtemps raisonné ainsi : le premier Code criminel voté en 1892 sanctionnait le complot en vue de frauder autrui, alors que la fraude demeurerait impunie jusqu'en 1948⁴. Cet exemple parmi d'autres est

¹ Le principe de la légalité n'aura été proprement sanctionné au Canada qu'au moment de la révision du Code criminel de 1955 qui se traduit par l'adoption de l'article 9 Ccr. Voir également *Gralewicz c R*, [1980] 2 RCS 493.

² ATH Smith, *Property Offences*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994 aux pp 19-01 à 19-50. La fraude comme telle sera, en revanche, demeurée impunie en Angleterre jusqu'en 2006, hormis certaines formes précises de malhonnêteté interdites par le *Theft Act 1968* (R-U), c 60 et le *Theft Act 1978* (R-U), c 31. Voir, depuis lors, le *Fraud Act 2006* (R-U), c 35; David Ormerod, « The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? » [2007] Crim LR 193.

³ J Douglas Ewart, *Criminal Fraud*, Toronto, Carswell, 1986 aux pp 4-6.

⁴ Jacques Gagné et Pierre Rainville, *Les infractions contre la propriété : le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 aux pp 135-36. Seules certaines formes précises d'escroquerie et de vol étaient prohibées dans la version originelle du code criminel canadien.

porteur de deux enseignements : les infractions de droit prétorien ont souvent prospéré à l'égard des formes concertées de criminalité⁵ et il arrive qu'un comportement ne soit interdit qu'en raison de la multiplicité de délinquants à l'œuvre⁶. Les prochaines pages consisteront à étayer l'origine et l'originalité des modes d'élargissement de la répression qui ont encore et toujours cours en droit canadien à l'égard des membres d'associations délinquantes.

1. Les modes d'élargissement de la responsabilité pénale

1.1 L'incrimination du complot

Le complot constitue l'infraction la plus universelle et la plus ancienne vouée à la répression de la criminalité organisée. Autant cette infraction prévue à l'article 465 Ccr se singularise par son mode d'intervention précoce et sa répression du verbe, autant elle demeure enserrée de balises prétoriennes destinées à enrayer une répression démesurée.

1.1.1 Les manifestations de l'accroissement de la responsabilité

1.1.1.1 Le devancement du stade de la répression

Les membres d'une conspiration voient leur responsabilité engagée sitôt l'entente conclue. Le législateur juge nécessaire de sévir avant même tout acte préparatoire de la part des complices⁷. L'article 465 Ccr devance, de manière exceptionnelle, le moment de la répression⁸. Au surplus, le complot demeure punissable même s'il est abandonné⁹. Au contraire, la personne agissant seule aura droit à l'impunité tant et aussi longtemps qu'elle n'aura pas franchi l'étape du commencement d'exécution du crime projeté.

⁵ La notion de complot aura parfois permis d'investir, en droit anglais, le champ de la moralité par-delà les interventions législatives en la matière. Au sujet de l'évolution du droit anglais depuis lors, voir Don Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5^e éd, Scarborough, Thomson Carswell, 2007 aux pp 686-87 [Stuart, *Treatise*].

⁶ Au même effet : Eric Colvin et Sanjeev Anand, *Principles of Criminal Law*, 3^e éd, Toronto, Thomson Carswell, 2007 aux pp 522-23.

⁷ La culpabilité est acquise alors même que la mise en œuvre du dessein illicite n'a pas encore débuté : *R c Campeau*, [1999] JQ no 5436 (CA) (QL); *R c Chapman and Grange* (1972), 11 CCC (2d) 84 à la p 89 (CA Ont); *États-Unis c Dynar*, [1997] 2 RCS 462 au para 90.

⁸ *R c Déry*, [2006] 2 RCS 669 au para 44; *États-Unis c Dynar*, *ibid* à la p 501 : « Le complot est en fait un crime plus "préliminaire" que la tentative [...] »; Gisèle Côté-Harper, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de Droit pénal canadien*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p 685.

⁹ *R c Pizzardi*, [1994] 3 RCS 1018, faisant siens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario ([1993] OJ no 2338 (QL)); *R c Trudel*, JE 84-327, 12 CCC (3d) 342 (CA).

1.1.1.2 L'aggravation de la sanction

Le complot est puni plus sévèrement que la tentative¹⁰. Le conspirateur s'expose à la même peine que si l'infraction visée avait été commise. L'inexécution du dessein ne lui donne droit à aucun allègement d'office de la peine. À l'inverse, l'auteur d'une tentative profite généralement d'une peine maximale réduite de moitié. Le législateur se méfie donc davantage du conspirateur que de l'auteur d'une tentative. Et pourtant, le complot précède, et de beaucoup, n'importe quel commencement d'exécution.

1.1.1.3 Le cumul des condamnations

Le crime de complot possède une autonomie propre. Partant, une condamnation pour complot peut s'ajouter à une condamnation pour le crime projeté dès lors que ce dernier est perpétré. Pareil cumul des verdicts de culpabilité n'est aucunement interdit par la règle jurisprudentielle proscrivant les condamnations multiples pour des faits et des infractions apparentés¹¹. Une condamnation pour trafic ou pour importation de stupéfiants peut ainsi se conjuguer à une déclaration de culpabilité pour complot¹²; de la même manière, une condamnation pour complot d'importation de drogue peut s'accompagner d'une condamnation pour corruption de fonctionnaire sitôt l'accord mis en œuvre¹³.

1.1.2 Les balises posées à l'accentuation de la responsabilité

La jurisprudence a arrêté plusieurs règles destinées à circonscrire le champ de l'incrimination du complot.

1.1.2.1 L'examen de la teneur de l'accord

Le complot réprime l'orchestration d'un dessein malveillant. De simples paroles peuvent emporter condamnation : aucun geste n'est sanctionné et aucun préjudice n'est requis. Aussi devient-il impératif de s'assurer de la résolution des protagonistes : la tenue de pourparlers axés sur la

¹⁰ Comparer les articles 463 et 465 Ccr.

¹¹ *Lake c Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 RCS 761 au para 44; *R c Gamble*, 2004 SKQB 172; *R c Grewall*, 2003 BCCA 441; *Villeneuve c La Reine*, JE 92-1497 (CA). La jurisprudence se formalise parfois de telles accusations multiples, mais elle n'en interdit pas le principe pour autant : Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 8 aux pp 737-38, et les autorités abordées dans *R c Nagy*, 2007 SKCA 89 et *R c Callocchia*, [2000] RJQ 2841 (CA).

¹² *R c Lee*, 2003 BCSC 2063; *R c Sheppe*, [1980] 2 RCS 22.

¹³ *R c Iuculano*, [1988] 1 RCS 667.

perspective d'une infraction ne saurait caractériser une conspiration¹⁴. Une entente conditionnelle peut valoir complot¹⁵, certes, mais encore faut-il que le dessein des conspirateurs soit bel et bien avéré. À défaut d'entente arrêtée, le ministère public ne saurait se rabattre sur une condamnation pour « tentative de complot » : le droit canadien se refuse à créer de toutes pièces pareille infraction¹⁶. L'intervention du droit pénal est suffisamment précoce sans qu'il faille, par la juxtaposition d'infractions portant sur des desseins inachevés, faire remonter davantage et artificiellement le stade de la répression.

L'examen de la teneur de l'entente est tout aussi primordial. La culpabilité est assurée sitôt le choix de l'infraction effectué par les parties : le droit ne s'embarrasse pas d'attendre qu'elles se soient accordées sur les modalités d'exécution de leur sinistre marché¹⁷. En revanche, une entente un tant soit peu floue quant au risque d'illégalité échappe à la répression. La jurisprudence se montre catégorique et refuse de sanctionner la simple insouciance de l'accusé quant à la possibilité qu'une action illégale survienne dans la foulée de l'accord¹⁸ : la nature illicite du projet doit être arrêtée et comprise de tous. En somme, le complot passe par la preuve de l'intention spécifique des parties, tandis que l'insouciance demeure impunie.

1.1.2.2 L'examen du risque de préjudice occasionné

La culpabilité est acquise même si le complot porte sur un projet irréalisable¹⁹. Ainsi, des délinquants peuvent se voir condamner pour complot de blanchiment d'argent lors même qu'ils se sont fait bernier par un

¹⁴ *R c Root*, 2008 ONCA 869 au para 70; *R c Déry*, *supra* note 8; *R c Sauvageau*, JE 97-24 (CQ); *Aflalo c R*, [1991] RJQ 2131 à la p. 2158 (CA).

¹⁵ *R c Root*, *ibid* au para 70. Qu'il suffise de songer à la décision d'assassiner la victime si elle se trouve à son domicile.

¹⁶ *R c Déry*, *supra* note 8.

¹⁷ Qu'importe que les parties ne sachent pas encore si elles se serviront d'explosifs ou bien d'une arme à feu, dès lors qu'elles sont convenues d'abattre la victime. Par ailleurs, le choix de l'identité précise de la victime n'est pas, à tout coup, obligatoire. Un complot peut exister dès lors que les conspirateurs ont décidé d'éliminer un membre d'une bande rivale, sans que le choix de l'individu ciblé n'ait été encore arrêté : *Duguay c R*, [2009] RJQ 1591, 2009 QCCA 1130 au para 60, autorisation de pourvoi à la CSC refusée.

¹⁸ *Di Rienzo c Canada (PG)*, [2008] RJQ 611 (CA); *R c Alexander* (2005), 206 CCC (3d) 233 au para 54 (CA Ont); *R c Roach* (2004), 192 CCC (3d) 557 (CA Ont); *Lamontagne c R*, JE 99-2308 (CA); *R c Lessard* (1982), 10 CCC (3d) 61 (CA Qc); Colvin et Anand, *supra* note 6 à la p 536 : « It is not enough that an agreement creates a risk that an offence may be committed. »

¹⁹ *États-Unis c Dynar*, *supra* note 7.

agent d'infiltration et que le trafic proposé porte sur des billets imaginaires. La gravité du dessein des accusés suffit au prononcé de la condamnation²⁰.

Il est pourtant un tempérament à cette règle. Une conspiration requiert deux parties réellement vouées au crime. Si l'une d'elles feint son accord, soit par badinerie, soit par ruse, aucune condamnation pour complot ne pourra être prononcée²¹. Une entente véritable suppose la réunion d'au moins deux malfaiteurs. Au contraire du droit américain, le droit canadien répudie la « théorie du complot unilatéral »²². L'informateur qui se contente de conclure un accord avec un seul malfrat ne saurait escompter une condamnation pour complot²³. Il faut d'ailleurs convenir que le soi-disant complot ne présente alors aucun risque particulier, la partie animée d'un dessein illicite étant livrée à elle-même : la répression se fait dès lors moins pressante.

1.1.2.3 L'examen de l'identité des parties à l'entente

La planification concertée d'une infraction rend quelquefois difficile l'identification des membres réellement partie à l'entente. La gestation prolongée ou laborieuse des pourparlers, la présence de délais entre la conclusion de l'entente et sa mise à exécution, le nombre de délinquants potentiels qui gravitent en périphérie de l'action projetée et la possibilité de voir les membres initiaux du complot quitter ou s'adjoindre des renforts sont autant d'éléments rendant souvent malaisée la tâche d'identifier avec une précision digne de la norme pénale²⁴ les membres réels d'une conspiration.

²⁰ *Ibid* aux para 90, 105 et s.

²¹ *R c Déry, supra* note 8; *États-Unis c Dynar, ibid*; *R c O'Brien*, [1954] RCS 666.

²² *R c Déry, ibid* aux para 34-35.

²³ Il en ira différemment si l'agent d'infiltration s'assure de s'associer au moins deux malfaiteurs : *États-Unis c Dynar, supra* note 7 au para 88.

²⁴ Sans remettre officiellement en cause la norme de preuve requise pour établir l'existence d'une conspiration, la jurisprudence canadienne n'en a pas moins élaboré des règles de preuve alambiquées. Voir entre autres Louise Viau, « La preuve pénale » dans *Droit pénal : Procédure et preuve*, Collection de Droit 2009-2010, vol 11, Cowansville (Qc), Montréal ; Yvon Blais, *École du Barreau*, 2009, 105 aux pp 124-28; Lisa Dufraimont, « *R c Mapara* : Preserving the Co-conspirators' Exception to the Hearsay Rule » (2006) 51 *Crim LQ* 169; Richard Bouchard, « L'exception des déclarations extrajudiciaires des co-conspirateurs – *Carter, Starr* et *Mapara* – la notion de fiabilité » (2005) 7 *RCLF* 21; Hamish Stewart, « Hearsay after Starr » 7 *RCDP* 5; Marvin Bloos et Michael Plaxton, « A Co-Conspirators' Exception to the Standing Rule? Keeping out Hearsay in Gang Trials » (2003) *Crim LQ* 286; David Layton, « *R c Pilarinos* : Evaluating the Co-conspirators or Joint Venture Exception to the Hearsay Rule » (2002) 2 *CR* (6th) 293; *Couture c R*, [2007] *RJQ* 2566, 2007 *QCCA* 1609; *R c Mapara*, [2005] 1 *RCS* 358 aux para 29, 34; *R c Carter*, [1982] 1 *RCS* 938.

Différents critères se sont imposés afin de distinguer les membres d'une conspiration et éviter le tourment de la répression aux parties qui ne se sont pas suffisamment commises pour encourir le désaveu du droit pénal.

Le premier critère est d'*ordre cognitif* et porte sur l'ampleur des connaissances requises pour appartenir en propre à un complot. Cette question de droit – qui n'est pas sans rappeler celle, apparentée, que suscitent les infractions liées au terrorisme²⁵ ou aux organisations criminelles²⁶ – est abordée avec souplesse et réalisme par la jurisprudence. Peut être considéré comme s'étant intégré à un complot, l'individu qui n'est pourtant pas au fait de tous les détails de l'entente²⁷ ainsi que celui qui ignore l'identité de certains coconspirateurs ou encore leur rôle exact²⁸ : une connaissance générale des visées du complot suffit.

Le second critère est d'*ordre temporel*. Le complot se forme sitôt l'accord obtenu de la part des conspirateurs. Quel sort réserver, par conséquent, à la complicité qui se situe en amont de la conclusion de l'entente? Et comment qualifier la collaboration offerte postérieurement à la naissance de la conspiration? Ces deux questions intéressent au premier chef les collaborateurs qui se tiennent à distance de l'entente proprement dite. Peut-on déclarer coupable de complot une partie qui ne participa aucunement à l'élaboration de l'entente et qui n'entendait pas davantage s'engager comme telle dans l'exécution du dessein illicite? Voilà qui revient d'ailleurs à se demander s'il est loisible de greffer au complot, infraction singulière s'il en est, la notion de complicité de manière à accroître davantage le domaine d'action de la répression.

La jurisprudence consent à sanctionner certaines formes de complicité intervenues en amont de l'élaboration de l'entente. Le complot et la tentative obéissent ainsi donc aux mêmes règles : l'on peut se rendre complice d'une conspiration tout comme l'on peut se faire complice d'une

²⁵ Ce sujet est abordé dans la partie 1.2 du titre II.

²⁶ Il convient de renvoyer aux règles posées par les articles 467.11(2)(d), 467.12(2) et 467.13(2)(c) Ccr. Selon l'infraction en cause, l'inculpé peut être condamné alors même qu'il ne connaissait pas l'identité des membres de l'organisation criminelle en association avec laquelle l'infraction fut commise (art 467.11 et 467.12 Ccr) ou qu'il ne connaissait pas la totalité des membres de l'organisation (art 467.13 Ccr).

²⁷ La connaissance de la nature générale de l'entente suffit : *Di Rienzo c Canada (PG)*, *supra* note 18 au para 69; *R c Root*, *supra* note 14 au para 68.

²⁸ *Di Rienzo c Canada (PG)*, *ibid.* au para 69; *R c Lachance*, 2008 QCCQ 13267 : « Lorsqu'une personne complotte avec une organisation criminelle composée de plusieurs individus, il n'est pas nécessaire qu'elle connaisse l'identité et le rôle précis joué par tous les participants ».

tentative²⁹. L'individu qui en encourage un autre à ourdir un complot devient lui-même coupable de la conspiration proposée³⁰.

La complicité intervenue en aval pose davantage problème. Deux cas de figure doivent être différenciés. Une partie peut entendre s'intégrer à une conspiration et faire sien le dessein illicite déjà conçu : son adhésion au complot en cours l'expose à une condamnation en vertu de l'article 465 Ccr. La question est plus malaisée si la partie n'entend pas s'engager dans la réalisation de l'infraction projetée. Qu'il suffise de songer à un commerçant qui vend, en toute connaissance de cause, des téléphones portatifs à des personnes qui en feront usage dans le cadre d'un trafic de stupéfiants³¹. La jurisprudence canadienne est divisée quant à la nature de la condamnation qu'il sied de réserver à la partie qui collabore sans s'immiscer comme tel dans l'exécution du complot. Le critère temporel nous paraît revêtir un rôle déterminant. L'entente illicite étant déjà nouée, l'acte de complicité ne porte plus sur la formation de la conspiration et il ne saurait, par conséquent, être punissable du chef de complot³². Il en ira cependant autrement si la collaboration offerte a pour visée de favoriser l'arrivée d'un nouveau membre au sein de la conspiration³³.

Ce critère de distinction obéit à la logique même du *Code criminel*. La conspiration occasionne un danger accru de par le nombre de délinquants à l'oeuvre. Aussi sied-il de condamner, à titre de complice d'un complot, la personne qui s'emploie à favoriser le regroupement de criminels. La question se présente différemment si l'acte de complicité reproché n'a pas cette finalité. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner le sort réservé au geste de complicité qui survient au stade de l'acte préparatoire. L'auteur d'un acte préparatoire échappe à toute sanction puisque l'étape du commencement d'exécution n'a pas débuté³⁴. Le geste de complicité posé à ce stade précoce demeure pareillement impuni. A demande à B de lui

²⁹ La complicité de tentative est sanctionnée en droit canadien : Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 8 aux pp 779-80.

³⁰ Voilà qui suppose que l'entente illicite souhaitée soit bel et bien conclue : *Bérubé c R*, (1999) 139 CCC (3d) 304 (CA Qc); *R c JF*, 2011 ONCA 220, para 20; 269 CCC (3d) 258 (demande d'autorisation de pourvoi déposée à la Cour suprême).

³¹ Voir l'acquiescement prononcé dans l'arrêt *R c Trieu*, (2008) 89 Alta LR (4th) 85, 2008 ABCA 143.

³² Deux courants jurisprudentiels s'affrontent. L'un d'eux, fort récent, s'oppose avec raison à une condamnation pour complot : *R c Trieu*, *ibid*. L'autre tendance, discutable, consiste à déclarer coupable de complot, le complice qui favorise sciemment « la réalisation » de l'entente illicite : *Canada (AG) c Fester*, 2009 BCSC 1331; *R c Vucetic*, 129 CCC (3d) 178, 1998 CanLII 7162 (CA Ont); *R c JF*, *supra* note 30, para 21-27.

³³ Voir l'*obiter dictum* formulé dans l'arrêt *R c Trieu*, *ibid* au para 34.

³⁴ Cette distinction traditionnelle est énoncée à l'article 24 (2) Ccr.

remettre le numéro de téléphone de la victime pressentie. B s'y refuse dans un premier temps, puis se ravise et poste de son propre chef une lettre à A dans laquelle figurent les coordonnées sollicitées. Supposons que A choisisse ensuite d'enterrer son dessein criminel. Le geste de complicité de B échappe à la répression puisqu'aucune infraction ne fut commise ou encore tentée. Les gestes reprochés demeurent embryonnaires et le législateur canadien a fait le choix d'accorder en principe l'impunité à l'acte préparatoire.

Le raisonnement retenu dans un arrêt récent de la Cour d'appel de l'Ontario a pour effet indésirable de contourner le principe de l'impunité de l'acte préparatoire. Toute aide concédée à un conspirateur, lors même que l'infraction ne fut ni commise ni même tentée, se verrait sanctionnée du crime de conspiration³⁵. Le raisonnement épousé dans l'arrêt *JF* présente deux lacunes fondamentales. Il permet tout d'abord de sévir contre un acte de complicité ordinaire, alors que l'infraction envisagée ne fut aucunement commise ou tentée. Et il qualifie de conspirateur celui qui n'a ni adhéré au complot originel, ni favorisé son élargissement à d'autres membres... C'est forcer la notion de conspiration que de sanctionner, sous le couvert de ce crime, des actes de complicité *alors que le législateur subordonne la répression de la complicité à l'exécution du crime envisagé ou à l'accomplissement d'une tentative*. La complicité nécessite une « infraction de rattachement » : le complice ne se rend coupable qu'à l'occasion de la perpétration du crime ou de sa tentative. Sanctionner du chef de conspiration l'acte de complicité ordinaire revient à déjouer l'ordonnement voulu par le législateur. Le châtement réservé au complice d'une infraction qui ne sera nullement mise en oeuvre suscite un inconvénient majeur : il sanctionne, ni plus ni moins, un acte préparatoire *en lui-même*. Cette solution revient également à se montrer plus sévère envers le complice qu'envers l'auteur réel ... L'auteur d'un acte préparatoire a droit à l'impunité en raison du degré d'avancement insuffisant de son dessein illicite. Une sévérité accrue envers le complice ne se comprendrait guère. Aussi le droit canadien³⁶ et de nombreux droits étrangers se gardent-ils de traiter différemment le complice et l'auteur réel : ils refusent de traiter le premier plus sévèrement que le second, dès lors que l'infraction n'a jamais reçu de commencement d'exécution. Comme l'exposent

³⁵ La Cour d'appel évoque elle-même cette hypothèse : « Admittedly, including party liability for aiding or abetting pursuit of the unlawful object blurs the line between the conspiracy and the substantive offence. [...] Thus, [...] the appellant could be guilty of conspiracy if he aided or abetted [les auteurs réels] within the meaning of s. 21 (1) to pursue their unlawful object, even if they ultimately did not carry out the plan [...] » (*JF*, *supra* note 30, au para 27). À cette décision s'oppose un second courant jurisprudentiel mentionné à la note 32, ci-dessus.

³⁶ Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 8 aux pp 779-780.

éloquemment des pénalistes belges : « S'il n'y a réalisation matérielle ni de l'infraction, ni de sa tentative, il ne peut être question de poursuivre de prétendus « participants » [...] L'institution de la participation punissable est nécessairement *accessoire* de l'accomplissement d'un fait délictueux principal. »³⁷

L'appartenance à un complot fait enfin appel à un critère d'*ordre intellectuel*. La volonté d'adhésion au complot initial est indispensable. À ce titre, ni la connaissance de l'existence du complot ni même les bénéfices escomptés de cette entente ne sauraient suffire à en devenir partie prenante. En guise d'exemple, la partie qui a vent d'un complot d'importation de stupéfiants et qui se propose pour écouler la marchandise se rend coupable de complot de trafic et non pas de complot d'importation : l'intérêt éprouvé envers la réalisation du complot originel ne suffit pas, en soi, à en devenir pénalement responsable³⁸.

1.2 L'institutionnalisation de la responsabilité du fait d'autrui entre acolytes

Le législateur canadien favorise l'élargissement de la responsabilité des membres d'associations criminelles. Le sort de cette catégorie de complices se distingue en ce que le *Code criminel* leur réserve un régime de responsabilité atypique et les tient responsables d'infractions auxquelles ils n'ont pas contribué à proprement parler. L'article 21(2) Ccr est voué à la condamnation de l'inculpé qui n'a ni aidé, ni encouragé la perpétration de l'infraction reprochée³⁹ :

Art 21(2). Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

La dangerosité accrue des associations illicites découle du nombre de participants et de la planification de leurs activités criminelles. La volonté d'y faire échec constitue le fondement premier de l'article 21(2) Ccr. En témoigne son libellé : il doit y avoir « deux ou plusieurs personnes », elles

³⁷ C Hennau et J Verhaegen, *Droit pénal général*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 258 (italiques dans l'original).

³⁸ *États-Unis c Tavormina*, JE 96-2276 (CA) : « Adhérer à un complot existant, c'est beaucoup plus qu'en avoir connaissance, en discuter, avoir un intérêt dans sa réalisation ou même y donner son approbation [...] »; R c *Alexander*, *supra* 18 au para 47; *Di Rienzo c Canada (PG)*, *supra* note 18 au para 70.

³⁹ R c *Vachon*, JE 2002-2116 (CA); R c *Simpson*, [1988] 1 RCS 3 aux pp 13, 15.

doivent avoir formé « ensemble » un projet illicite et il leur faut être animées de la volonté de s'entraider. Leur volonté de s'entraider augmente l'efficacité et, partant, la dangerosité de leur dessein. Au surplus, la planification du crime trahit un degré de culpabilité morale accru. En somme, l'individu assujéti à l'article 21(2) Ccr est jugé plus redoutable que le complice ordinaire⁴⁰. L'ampleur du préjudice peut également être plus considérable du seul fait d'une action collective⁴¹. La criminalité de groupe recèle, du reste, des dangers qui lui sont propres : « [...] the criminal law regards offences involving more than one person as particularly serious – sometimes because they suggest planning and determination to offend and make it difficult for an individual to withdraw, and sometimes because group offences against an individual tend to be more frightening. »⁴².

L'on ne saurait dès lors s'étonner que le législateur canadien réserve aux catégories de complices jugées les plus dangereuses, un régime de responsabilité singulier⁴³. L'article 21(2) Ccr incarne éloquemment la méfiance historique qu'entretiennent le droit canadien et la common law envers la criminalité organisée. Les origines historiques de cette disposition semblent d'ailleurs remonter à la jurisprudence anglaise du XVI^e siècle⁴⁴.

L'article 21(2) est l'un des rouages du régime d'exception réservé aux parties animées d'un dessein illicite commun. Cette disposition occupe, en droit canadien, un rôle primordial qui n'est pourtant pas exempt de

⁴⁰ Le complice ordinaire peut se contenter d'encourager l'auteur réel sans entendre l'assister pour autant; il lui arrivera aussi d'agir à l'insu de l'auteur réel. Ces deux catégories de complices n'ont pas droit au régime de responsabilité aggravée de l'article 21(2) Ccr.

⁴¹ *États-Unis c Dynar*, supra note 7 au para 89.

⁴² Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 410.

⁴³ Le législateur fait de même à l'égard de l'instigateur qui hérite d'un régime de responsabilité pénale aggravé en raison de son degré de turpitude morale accru par rapport au complice ordinaire. Ce particularisme juridique est triple. Premièrement, l'instigation correspond au stade de répression le plus précoce de toutes les infractions inchoatives. Deuxièmement, l'instigation est le seul mode de complicité sanctionné lorsque l'infraction n'est ni commise, ni même tentée (art 464 Ccr). Troisièmement, l'instigateur se voit assujéti à la responsabilité du fait d'autrui (art 22(2) Ccr). Voir Pierre Rainville, « Le verbe fait crime : la répression de l'instigation et les avatars de l'arrêt *Hamilton* » (2007) RCDP 177 aux pp 179-81, 200-02.

⁴⁴ Le lien de filiation entre le droit anglais et l'article 21(2) Ccr est retracé dans l'étude de Pierre Rainville, « La responsabilité par appartenance ou les incertitudes conceptuelles et constitutionnelles portant sur l'article 21(2) Ccr » (2008) 12 RCDP 161 aux pp 181 et s [Rainville, « La responsabilité par appartenance »].

critiques, y compris sur le plan constitutionnel. Ce régime de responsabilité élargie possède des caractéristiques inédites : l'article 21(2) Ccr consacre une responsabilité *asymétrique, atypique et collective*.

1.2.1 Les caractéristiques du régime de responsabilité

L'article 21(2) Ccr proclame une *asymétrie* entre l'auteur réel et le complice qui sont jugés sur la foi de critères de responsabilité différents. En présence d'une infraction de *mens rea* (faute morale subjective), la culpabilité de l'auteur réel sera évaluée à l'aune d'une norme subjective, alors que le complice sera condamné au moyen d'un critère de responsabilité objectif⁴⁵. Supposons que trois voleurs s'infiltrèrent dans un établissement et que l'un d'eux se décide spontanément à asséner un violent coup au visage d'un client. Les autres malfaiteurs se rendent ipso facto coupables de vol qualifié dès lors que les voies de fait constituaient une conséquence probable de l'exécution du vol : leur responsabilité sera arrêtée par application d'un critère purement objectif. Cette responsabilité asymétrique n'enfreint pourtant pas les principes de justice fondamentale d'après la Cour suprême du Canada⁴⁶.

L'article 21 (2) Ccr présente un trait saillant encore plus singulier. Il condamne une personne n'ayant ni commis, ni aidé ni même prévu l'infraction supplémentaire commise par l'auteur réel⁴⁷. Cette

⁴⁵ Échappent à ce critère objectif, les rares infractions criminelles soumises à un impératif constitutionnel de *mens rea* en raison de leur gravité très élevée : le volet objectif de l'article 21(2) Ccr devient alors inopérant à l'égard de ces crimes particuliers. La responsabilité élargie reste toutefois opposable à l'accusé qui continue de répondre de l'infraction perpétrée de façon indépendante par son acolyte. Seule la détermination de sa culpabilité change quelque peu : la faute qui lui est reprochée est subjective et non plus objective. Il se rend coupable dès lors qu'il avait anticipé comme probable l'infraction connexe de son acolyte. A et B conviennent de commettre un vol à main armée dans une banque; B descend une caissière lors du vol. A ne pourra être condamné pour meurtre que s'il a lui-même prévu, subjectivement, que B commettrait probablement un meurtre au cours du vol qualifié : *R c Sit*, [1991] 3 RCS 124 aux pp 129-30; *R c Logan*, [1990] 2 RCS 731 aux pp 741, 748. Cette application partielle de l'article 21(2) Ccr ne vise qu'un nombre infime d'infractions criminelles : le meurtre, la tentative de meurtre, les crimes contre l'humanité et le vol font partie des rares infractions identifiées en jurisprudence comme comportant un impératif constitutionnel de *mens rea*. Se pose désormais la question de savoir si les infractions liées au terrorisme commandent pareillement une faute subjective pour des motifs constitutionnels : Kent Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on *R c Khawaja* » (2007) 11 RCDP 271. Les stigmates odieux qu'accompagne pareille condamnation font espérer une réponse affirmative.

⁴⁶ *R c Logan*, *ibid*.

⁴⁷ Il arrivera d'ailleurs parfois que la condamnation porte sur une infraction dont la perpétration était imprévisible pour une personne raisonnable. Un courant jurisprudentiel important (*R c Vang* (1999), 21 CR (5th) 260 (CA Ont); *R c Jackson*,

responsabilité se veut *atypique* à plus d'un titre. Elle suppose tout d'abord une double entorse à la présomption d'innocence. Est réputé partie un individu dont on ne saurait établir ni la complicité à l'égard du crime reproché, ni même la mens rea de l'infraction. A et B se rendent intimider C à son domicile. A n'envisage que des menaces verbales. B se met pourtant à battre C alors qu'il n'en avait jamais été question. A aura beau protester sitôt le premier coup porté, il sera néanmoins coupable si une personne raisonnable aurait prévu le risque de voies de fait⁴⁸.

Supposons maintenant que B sorte subitement un couteau et se mette à poignarder C. A est atterré et figé; il héritera néanmoins d'une condamnation pour « voies de fait graves mettant en péril la vie d'autrui » pour peu qu'une personne raisonnable aurait prévu que B pouvait en venir aux poings et blesser C⁴⁹. Imaginons enfin que la victime décède après s'être fait poignarder. A pourra se voir imputer la perpétration d'un homicide involontaire coupable s'il aurait dû prévoir, objectivement parlant, le risque de lésions corporelles⁵⁰.

L'article 21(2) Ccr rend l'inculpé responsable dès lors que l'infraction supplémentaire commise par l'un des acolytes était prévisible objectivement. Il n'importe guère que la perpétration de cette infraction s'écartât considérablement du plan initial. L'on devine d'autant l'importance de cette règle à l'égard des bandes de délinquants et du crime organisé dans son ensemble. Au surplus, le *Code criminel* n'exige pas de l'infraction supplémentaire qu'elle facilite l'exécution de la fin commune⁵¹. L'accusé peut ainsi se rendre coupable d'une dérive qu'il

[1993] 4 RCS 573) contrevient en effet à la lettre et à l'esprit de l'article 21(2) Ccr en en élargissant encore davantage la portée. Cette dénaturation de l'article 21(2) Ccr est analysée et désavouée dans l'article de Rainville, « La responsabilité par appartenance » *supra* note 44 aux pp 191-94, 212-14.

⁴⁸ Le premier coup ayant été porté avant les protestations du complice, celui-ci ne saurait invoquer la défense de désistement. Le désistement doit survenir avant la perpétration de l'infraction.

⁴⁹ Telle est la conséquence de l'interprétation discutable retenue dans l'arrêt *R c Vang*, *supra* note 47.

⁵⁰ *R c Jackson*, *supra* note 47. Les lésions corporelles s'entendent d'une « blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance » : art 2 Ccr.

⁵¹ Alan W Manning et Morris Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3^e éd, Toronto, Butterworths, 1994 à la p 284 [*Mewett & Manning*] : « the offence does not have to be committed *in order* to effect the common purpose, only *in carrying out* the common purpose » [italiques dans l'original].

n'avait point soupçonnée ou redoutée⁵². Ce faisant, l'article 21(2) Ccr amplifie encore davantage la responsabilité par rapport à la règle qui prévaut désormais en droit anglais. La Chambre des lords excuse l'inculpé lorsque l'infraction supplémentaire commise par l'un des membres du groupe constitue un dépassement ou un détournement de leur projet illicite⁵³. Il n'est rien de tel en droit canadien⁵⁴. Par exemple, l'inculpé se voit forclos d'invoquer le fait qu'un combat à mains nues avait été convenu et que l'emploi d'un couteau par l'un des membres de la bande constitue un dépassement de la fin convenue⁵⁵.

Le mode d'imputation de l'infraction est pareillement source d'étonnement. La nature de la responsabilité visée par l'article 21(2) Ccr participe de la responsabilité du fait d'autrui⁵⁶.

1.2.2 Les fondements du régime de responsabilité

Cette « contagion des responsabilités »⁵⁷ n'est pas sans soulever plusieurs questions fondamentales sur les confins de la responsabilité entre membres d'une organisation criminelle. La culpabilité accrue prévue à l'article 21(2) Ccr repose, au mieux, sur un double fondement. Le comportement de l'accusé a parfois pu jouer un « certain » rôle causal, en ce sens que l'infraction supplémentaire doit survenir dans le cadre de la « réalisation

⁵² Comme le souligne le professeur Stuart au sujet de l'article 21(2) Ccr, « [i]ts express derivative contour seems to be directed at extending responsibility where a common plan has been exceeded. » Stuart, *Treatise, supra* note 5 à la p 643.

⁵³ *R c Powell*, [1997] 4 All ER 545 aux pp 564, 566 (HL) : « [...] a secondary party is criminally liable for acts by the primary offender of a type which the former foresees but does not necessarily intends. [...] [t]he unforeseen use of the knife would take the killing outside the scope of the joint venture [...] » [italiques dans l'original]; *Attorney-General's Reference (No 3 of 2004)*, [2006] Crim LR 63 (CA Eng). Comparer les précisions apportées depuis dans *R c Rahman*, [2008] UKHL 45; *R c Yemoh*, [2009] Crim LR 888 (CA Eng) et le compte rendu du droit anglais actuel dressé par la Law Commission, *Participating in Crime*, Law Com no 305, Londres, 2007 aux pp 217-21 [Law Commission no 305].

⁵⁴ Le libellé de l'article 21(2) Ccr rend inapplicable la jurisprudence actuelle de la Chambre des lords : *R c Vang, supra* note 47 aux pp 267-68 (CA Ont).

⁵⁵ *Ibid*; *R c Ross*, [1998] OJ no 3427 (Div gén Ont) (QL).

⁵⁶ La Haute Cour d'Australie vient de le reconnaître en toutes lettres à propos d'une disposition analogue énoncée dans le code criminel de Queensland : *Darkan c R*, [2006] HCA 34 aux para 74, 159 : « By a legal fiction, it imposes a kind of vicarious criminal responsibility, judged by an objective standard. ». Comparer *R c Kohnke* (1968), 3 CCC 333 à la p 338 (CA BC).

⁵⁷ Ainsi est désignée fort habilement la responsabilité du fait d'autrui en matière criminelle : Édouard Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Bibliothèque des sciences criminelles, t 37, Paris, LGDJ, 2002 aux pp 90-91.

de la fin commune ». En somme, la mise à exécution de la fin illicite commune aura fourni à l'auteur réel « l'occasion » de commettre un crime supplémentaire. Cela étant, le complice inculpé par le truchement de l'article 21(2) Ccr n'a pas contribué comme tel au crime reproché et il n'a pas davantage « causé » la conséquence interdite au sens où l'entend le droit criminel (sans quoi il se serait rendu coauteur du crime en jeu). Deuxièmement, la faute de l'accusé – outre son implication criminelle – consiste à ne pas avoir anticipé et empêché la perpétration de cette infraction supplémentaire. Selon la Cour suprême du Canada, le mode particulier de responsabilité prévu par l'article 21(2) Ccr vise à « décourager les entreprises criminelles communes et [...] inciter les personnes qui participent à ce genre d'entreprises à s'assurer que leurs complices ne commettent pas d'infractions autres que celles qui ont été planifiées. »⁵⁸.

Voilà qui s'apparente à un devoir de surveillance des délinquants entre eux afin d'éviter la perpétration d'infractions additionnelles. L'article 21(2) Ccr ne punit pas les associations illicites, mais bien la négligence ou l'indifférence de leurs membres lorsqu'ils conviennent de commettre une infraction sans s'assurer d'éliminer les risques de débordement. Même la criminalité se doit d'être ordonnée ...

1.2.3 *Les vices constitutionnels du régime de responsabilité*

Le législateur canadien institue la responsabilité du fait d'autrui en droit criminel. Le caractère exorbitant de cette disposition ne saurait être mésestimé. *L'inculpé est appelé à répondre d'un crime qu'il n'a ni convenu ni commis ni même envisagé.* L'article 21(2) Ccr ne sanctionne pas une forme de complicité : il permet, au contraire, de condamner un individu pour une infraction *qui ne lui serait pas autrement imputable.* Cette disposition bafoue frontalement la présomption d'innocence. L'inculpé se voit stigmatiser pour des gestes et des desseins qui ne sont point les siens. Il hérite d'une condamnation pour un crime qu'il n'a ni perpétré, ni favorisé ni même pressenti. Cette responsabilité collective est des plus

⁵⁸ *R c Logan, supra* note 45 à la p 746. Or, cet argument n'emporte pas entièrement l'adhésion. L'article 21(2) Ccr présente un caractère dissuasif mitigé de l'aveu même du ministère de la Justice du Canada : « L'inconvénient [...] est que le critère objectif de prévisibilité a un effet dissuasif restreint du fait que, si une personne n'est pas consciente de la probabilité de la perpétration d'une infraction secondaire, elle ne sera pas dissuadée de poursuivre l'activité criminelle. ». Canada, Ministère de la Justice, *Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada : Document cadre sur la nouvelle partie générale proposée du Code criminel présenté pour examen au Comité permanent de la justice et du solliciteur général*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1990 à la p 132.

singulière : l'inculpé peut être reconnu coupable d'un crime commis entièrement à son insu⁵⁹.

L'entorse à la présomption d'innocence est double. Le ministère public est dispensé de prouver quelque acte de complicité que ce soit eu égard à cette infraction supplémentaire non convenue et il est également dispensé de prouver la mens rea de l'infraction reprochée. En clair, le ministère public se voit relevé de l'obligation de rapporter la preuve de l'élément mental exigé par le texte d'incrimination. L'article 21(2) Ccr lui permet plutôt de prouver la « négligence criminelle [de l'accusé] relativement au comportement de quelqu'un d'autre »⁶⁰. Or, pareille substitution d'un élément essentiel de l'infraction enfreint assurément la présomption d'innocence garantie à l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés. *La participation à une association illicite ne saurait, du reste, justifier la substitution d'un élément de l'infraction par un tout autre*⁶¹. L'article 21(2) Ccr crée, au surplus, une *présomption irréfragable de participation*. L'inculpé est présumé avoir participé à une infraction à laquelle il n'a pourtant pas concouru. L'article 21(2) Ccr le décrète péremptoirement « participant » à cette infraction.

L'érosion de la présomption d'innocence conjuguée à la responsabilité du fait d'autrui constitue une mesure exorbitante en droit criminel. Au contraire du droit canadien, les droits anglais et australien condamnent uniquement le prévenu qui aura appréhendé la perpétration de l'infraction supplémentaire et décidé malgré tout de poursuivre son dessein

⁵⁹ Qu'il suffise de songer à la personne qui fait le guet pendant que son comparse commet à l'intérieur un crime différent de celui convenu. Que le casier judiciaire d'une personne puisse comprendre des crimes commis à son insu suscite de graves réserves. Pareille déclaration de culpabilité semble irréconciliable avec la présomption d'innocence et les principes les plus élémentaires de l'imputation de la responsabilité criminelle. Cette question est fouillée dans l'étude de Pierre Rainville, « La responsabilité par appartenance », *supra* note 44.

⁶⁰ *R c Logan*, *supra* note 45 à la p 747. Prenant le parti inverse, la Commission de réforme du droit du Canada recommande l'abandon de la norme objective prévue à l'article 21(2) Ccr au motif que « la négligence n'a pas sa place dans ce contexte » : Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal, Rapport no 31*, éd révisée et augmentée, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1987 à la p 54. Voir pareillement Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal, *Principes de responsabilité pénale. Propositions de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1992 à la p 187.

⁶¹ Cette question est approfondie dans l'étude de Rainville, « La responsabilité par appartenance » *supra* note 44 aux pp 173-202.

illicite. Dans ces ressorts⁶², la culpabilité se limite à celui qui fait cause commune avec ses acolytes en toute connaissance des risques de perpétration d'une infraction supplémentaire : le complice est condamné à la condition d'avoir anticipé le risque d'infraction supplémentaire *et* d'avoir jugé ce risque non négligeable⁶³. Un double critère subjectif est donc retenu⁶⁴.

Le droit canadien est désormais en parfaite contradiction avec l'évolution fulgurante de la common law en la matière. La responsabilité élargie du complice préconisée par le législateur canadien a été condamnée dans la jurisprudence du Conseil privé, de la Chambre des lords et de la Haute Cour d'Australie⁶⁵.

Cette dissension dans les pays de common law porte, avant toutes choses, sur l'ampleur du particularisme juridique de la répression de la criminalité organisée. *Le désaccord constaté a trait aux confins de la notion de complicité à l'égard des organisations criminelles*. La common law privilégie désormais un critère fondé sur l'insouciance de l'accusé (sa propre appréhension du risque de perpétration d'une infraction supplémentaire accompagnée de son indifférence à l'égard de cette perspective), alors que le droit canadien s'en tient à un critère objectif de prévisibilité.

⁶² Nos commentaires visent le droit anglais et les juridictions australiennes de common law. La jurisprudence de la Haute Cour d'Australie impose le critère subjectif à tous les états australiens assujettis à la common law. Échappent à cette jurisprudence, les états australiens pourvus d'un code criminel comportant une disposition fondée sur une norme objective.

⁶³ *R c Powell*, *supra* note 53 à la p 566; *Chan Wing-siu c R*, [1985] AC 168 (PC).

⁶⁴ Pareille évaluation subjective suppose en outre la prise en compte du degré d'intelligence et de lucidité de l'accusé : *Gillard c R* (2003), 219 CLR 1 à la p 15 (HCA).

⁶⁵ *Clayton c R*, [2006] HCA 58 (HCA); *Gillard c R*, *ibid*; *R c Powell*, *supra* note 53 à la p 566; *McAuliffe c R* (1995), 183 CLR 108 (HCA); *Hui Chi-ming c R*, [1992] 1 AC 34 (PC); *R c Roberts* (1992), 142 NLJ 1503 à la p 1504 (CA Eng); *Chan Wing-siu c R*, *supra* note 63. La common law contemporaine accepte toutefois une certaine atténuation de la mens rea. Le complice est condamné en raison de son insouciance (laquelle renvoie, en common law, à un critère subjectif), lors même que l'infraction supplémentaire exige une intention spécifique. À titre d'exemple, le complice insouciant pourra se faire reprocher le crime de meurtre : *R c Powell*, *ibid*; *R c Rahman*, *supra* note 53. Cette atténuation de la mens rea demeure mesurée : une faute subjective est exigée encore qu'elle soit de moindre intensité. Ce faisant, la common law évacue la responsabilité du fait d'autrui en matière criminelle. Comme l'expose Lord Steyn : « The accessory principle requires proof of a subjective state of mind on the part of a participant in a criminal enterprise, viz foresight that the primary offender might commit a different and more serious offence. [...] It is undoubtedly a lesser form of mens rea. But it is unrealistic to say that the accessory principle as such imposes constructive criminal liability. » *R c Powell*, *ibid* aux pp 550-51.

Contrairement à la norme objective, l'insouciance permet une meilleure *gradation* de la responsabilité en fonction du degré de culpabilité morale⁶⁶ : la corrélation entre l'ampleur de la responsabilité et le degré de culpabilité morale devient assurée par le fait même. L'accusé qui appréhende un crime supplémentaire a le choix de se désister ou de faire cause commune avec ses comparses. Sa décision de faire primer sa quête enhardie d'un objectif criminel mérite une sanction si l'infraction supplémentaire qu'il pressentait se confirme. L'inculpé qui passe outre ses appréhensions fait le choix de l'engrenage, puisqu'il décide de s'investir dans ce qu'il entrevoit être une escalade vraisemblable. Sa culpabilité morale est ainsi acquise. Il existe, au surplus, une corrélation suffisante entre la turpitude morale affichée et l'infraction reprochée.

Cet élargissement mesuré de la responsabilité des membres d'une organisation criminelle se justifie. D'une part, cette responsabilité supplémentaire tient compte de la dangerosité accrue des bandes de malfaiteurs, dangerosité occasionnée tant par le nombre de participants que par la planification de leurs activités. D'autre part, l'imputation aux membres des infractions prévues et prévisibles répond à *la logique et à la dynamique même d'un groupe*. Chaque membre se fait fort de la protection des membres de la bande et du bon succès de l'infraction projetée. Cette collégialité dans l'action se traduit ensuite par une collégialité des responsabilités lorsque l'infraction connexe anticipée se réalise.

La criminalité concertée favorise, il est vrai, l'élargissement des critères de responsabilité pénale. Le droit anglais justifie d'ailleurs, dans ce contexte, un double abaissement des normes habituelles de responsabilité. Le complice peut, tout d'abord, être condamné pour une infraction à laquelle il n'a pas collaboré comme tel; sa responsabilité n'est plus tributaire de la preuve d'un encouragement ou d'une assistance de sa part⁶⁷. D'autre part, l'élément mental requis peut différer quelque peu de celui exigé pour l'auteur de l'infraction : l'insouciance (l'anticipation d'un risque non négligeable de perpétration de l'infraction supplémentaire) suffit lors même que ce crime additionnel suppose une intention spécifique (*dol spécial*)⁶⁸. L'abaissement du degré de faute subjective a notamment

⁶⁶ Ce thème est approfondi dans le texte de Rainville, « La responsabilité par appartenance » *supra* note 44, consacré à l'article 21(2) Ccr.

⁶⁷ La composante matérielle traditionnelle de la complicité (l'aide ou l'encouragement) cesse d'être exigée : « [...] the act of agreeing to participate in a joint criminal venture should suffice to satisfy the conduct element of secondary liability for all offences arising from that venture. » (Law Commission no 305, *supra* note 53 à la p 64).

⁶⁸ Law Commission no 305, *ibid* aux pp 81-91, 95-96. Certains auteurs étrangers estiment toutefois anormal de condamner le complice au moyen d'une *mens rea* atténuée alors que la même *mens rea* ne suffirait pas à faire condamner l'auteur réel : comparer entre autres CMV Clarkson, « Complicity, *Powell and Manslaughter* » [1998] Crim LR

pour cause la protection publique contre les bandes de délinquants. La Chambre des lords invoque « [...] the need to give effective protection to the public against criminals operating in gangs. »⁶⁹. L'asymétrie de la mens rea du complice et de l'auteur réel est ainsi consacrée en common law. Dans son rapport présenté au Parlement anglais, la Law Commission anglaise se rallie à ces arguments et invoque des études empiriques anglaises et américaines axées sur la dangerosité accrue des actions criminelles concertées⁷⁰.

Par conséquent, l'invalidité de l'article 21(2) Ccr ne nous semble que partielle : seul le critère objectif devrait être déclaré inopérant. La responsabilité par appartenance n'est pas contraire *per se* à la Charte canadienne. L'élargissement de la responsabilité devient irréprochable dès lors qu'il se fonde sur l'insouciance de l'accusé. Choisir de demeurer partie à un dessein illicite collectif en toute connaissance des risques d'infractions supplémentaires traduit, de toute évidence, l'acceptation du risque en cause. L'inculpé favorise la recherche d'un bénéfice illicite en dépit de l'accroissement des perspectives de criminalité additionnelle. Ce choix effectué en toute lucidité accuse le degré de turpitude morale du prévenu. L'indifférence ainsi affichée envers la potentialité criminelle des acolytes autorise le calque des responsabilités. La volonté de faire primer la quête d'un intérêt illégal envers et contre tout fonde l'aggravation de la responsabilité criminelle. De plus, il y a parallélisme entre le degré de culpabilité morale et la teneur de la condamnation prononcée : la culpabilité se limite à l'infraction pressentie par l'accusé. La collectivisation du risque pénal devient alors justifiée.

2. Le retrait de certains moyens de défense aux membres d'organisations criminelles

L'exclusion des moyens de défense classiques en matière pénale constitue un procédé juridique redoutable dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée. Le droit canadien se fait fort de réserver un régime d'excuses pénales nettement défavorable aux organisations criminelles et à leurs collaborateurs plus ou moins occasionnels.

556 à la p 557; Nicola Padfield, « The High Price of Participation in Criminal Activities » [1993] CLJ 373.

⁶⁹ *R c Powell*, *supra* note 53.

⁷⁰ « Gang members commit over five times as many offences as non-gang members. [...] There is a strong social science research literature which shows that individuals in groups behave very differently than they do when alone. They take more risks, they feel pressure to conform with the majority, and they feel less personal responsibility. » Extrait du rapport de Ben Marshall, Barry Webb et Nick Tilley, « Rationalisation of Current Research on Guns, Gangs and Other Weapons : Phase 1 (2005) » repris dans Law Commission no 305, *supra* note 53 à la p 88.

2.1 Le moyen de défense de contrainte

Dès le XIX^e siècle, le législateur se sera avisé d'interdire le moyen de défense de contrainte à l'individu qui participe à un complot ou à une association et qui se voit ultérieurement intimé de commettre une infraction sous peine de mort ou de blessures graves. La partie à une conspiration ou à une association de malfaiteurs est ainsi déchue du moyen de défense de contrainte, si elle est par la suite tenue d'exécuter un crime en raison du joug imposé par ses semblables.

Cette forme de déchéance pénale figure à l'article 17 Ccr : cette disposition, d'estimer la jurisprudence, vise uniquement *l'auteur réel* d'une infraction commise sous l'empire de la contrainte. Les tribunaux canadiens n'en ont pas moins façonné une exception analogue à l'égard du *complice*⁷¹. Ni l'auteur réel ni le complice n'a droit à une excuse pénale lorsque l'état de contrainte est la résultante de sa participation antérieure à une entreprise en marge de la légalité.

Pareille suppression du moyen de défense de contrainte n'est pas l'apanage du droit canadien. Prévue en toutes lettres dans le projet de code pénal anglais élaboré en 1879, cette exception défavorable aux organisations criminelles aura essaimé dans de nombreuses juridictions de common law : le droit australien, le droit néo-zélandais et le droit anglais, pour ne citer que ces seuls ressorts, contiennent des exceptions plus ou moins comparables⁷².

2.1.1 Le fondement de l'exclusion

Ce durcissement des conditions d'ouverture du moyen de contrainte répond au vœu – plus ou moins efficace – de nuire aux modes de recrutement des organisations criminelles⁷³. Les tribunaux les plus influents de la common law affichent une double volonté. Primo, l'on ne saurait tolérer la présence d'un système de sanctions parallèlement à celui institué par le droit pénal. Aussi la jurisprudence entend-elle tuer dans l'œuf les menaces proférées par les dirigeants d'organisations criminelles à l'égard de leurs membres. Secundo, la magistrature se refuse résolument

⁷¹ Le moyen de défense de contrainte se présente de façon quelque peu byzantine en droit canadien. L'auteur réel a droit au moyen prévu à l'article 17 Ccr, tandis que le complice peut revendiquer le moyen de défense élaboré par la common law.

⁷² Voir le compte rendu de droit comparé réalisé dans l'arrêt *R c Hasan* (aussi dénommé *R c Z*), [2005] 2 AC 467, [2005] UKHL 22.

⁷³ AP Simester et GR Sullivan, *Criminal Law : Theory and Doctrine*, 3^e éd., Oxford, Hart, 2007 à la p 672 : « This is a salutary principle, an important limitation on the capacity of intrinsically violent organisations to provide its membership with immunity from wrongdoing. »

à définir l'excuse de contrainte de manière à accorder une quelconque immunité aux membres de bandes criminelles⁷⁴.

Cette sévérité est d'autant plus emblématique en droit canadien qu'elle s'inscrit à contre-courant de la constitutionnalisation du moyen de défense de contrainte : la condamnation d'un individu privé de toute réelle liberté d'action au moment de l'infraction est réputée contraire aux préceptes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés⁷⁵. Or, la partie prenante à une conspiration ou à une organisation criminelle se voit refuser un moyen de défense élevé au rang de garantie constitutionnelle.

Il faut voir en cette dérogation à l'universalité de la défense de contrainte l'existence d'une *sanction autonome* réservée aux individus tissant des liens – formalisés ou non⁷⁶ – avec le monde interlope. Cette solution empreinte de gravité est l'œuvre tantôt du législateur⁷⁷, tantôt de la jurisprudence⁷⁸. Autant le droit anglais et le droit canadien affichent une nette convergence en la matière, autant l'exclusion qu'ils auront fondée indépendamment l'un de l'autre laisse subsister des interrogations. Le sens exact de l'article 17 Ccr est source de controverse dans la doctrine canadienne⁷⁹ et le droit anglais est pareillement semé d'incertitudes.

⁷⁴ « Your Lordships should hesitate long lest you may be inscribing a charter for terrorists, gang-leaders and kidnappers. [...] A sane system of criminal justice does not permit a subject to set up a countervailing system of sanctions or by terrorism to confer criminal immunity on his gang. ». Ces propos formulés par Lord Simon of Glaisdale dans l'affaire *Lynch* ([1975] AC 653) revêtent une importance primordiale au dire de la Chambre des lords : *R c Hasan*, *supra* note 72 aux pp 491, 492, 498.

⁷⁵ Une condamnation ne saurait être inscrite contre la personne qui ne disposait d'« aucun choix réaliste » : *R c Ruzic*, [2001] 1 RCS 687 à la p 716.

⁷⁶ L'appartenance à un groupement criminel n'est pas indispensable au rejet de la défense de contrainte : comparer, dans la partie 2.1.2 ci-dessous, notre étude des arrêts *R c Li*, 162 CCC (3d) 360, 2002 Canlii 18077 (CA Ont) et *R c Hasan*, *supra* note 72.

⁷⁷ Qu'il suffise de renvoyer à l'article 17 Ccr et aux dispositions apparentées votées dans de nombreux pays de common law et décrites dans l'arrêt *R c Hasan*, *ibid*.

⁷⁸ La jurisprudence anglaise refuse la défense de contrainte aux membres d'associations de malfaiteurs et la jurisprudence canadienne leur retire parfois la défense de nécessité. Voir notre étude des arrêts *Perka* et *Thiffault* à la partie 2.2 du titre premier, ci-dessous.

⁷⁹ *Mewett & Manning*, *supra* note 51 à la p 485; Stuart, *Treatise*, *supra* note 5 à la p 489; Colvin et Anand, *supra* note 6 aux pp 337-38. Étonnamment, certains auteurs vont jusqu'à douter de la validité constitutionnelle de cette limitation prévue à l'article 17 Ccr : Colvin et Anand, *ibid* à la p 343.

La recevabilité du moyen de contrainte suppose que l'inculpé n'ait participé « à aucun complot ou aucune association par laquelle [il est soumis] à la contrainte »⁸⁰. La simple appartenance à une organisation vouée au crime peut suffire à faire échec au moyen de défense : l'inculpé peut se voir interdire l'excuse de contrainte alors même qu'il n'est partie, au moment où la contrainte s'exerce à son égard, à aucun projet illicite particulier. Il faut y voir l'indice suprême de l'aménagement d'un régime juridique exorbitant : la sanction est décrétée, que l'inculpé s'adonne préalablement ou non au crime⁸¹. La prévisibilité des activités illicites de l'organisation et celle de l'assujettissement à la contrainte en cas de refus de participation suffisent à déchoir l'inculpé.

Le *Code criminel* prévoit deux motifs d'exclusion, le « complot » ou encore « l'association ». Cette double exception n'a pas de quoi surprendre, car elle repose sur des considérations très apparentées. Non seulement le législateur entend-il faire échec aux ambitions illicites des conspirateurs ou des organisations criminelles, mais le motif d'exclusion de la défense de contrainte est identique : l'apparition de la menace pesant sur l'accusé n'avait rien de fortuit ...

Dans le premier cas de figure – le complot –, la parole fut donnée et la conspiration ourdie de façon définitive⁸². L'inculpé doit donc obéissance à ses semblables et un vacillement soudain de sa part est de nature à être maté : l'on ne se défile pas aisément entre conspirateurs. Dans le second cas de figure – l'association de criminels –, l'obéissance devient institutionnelle. En somme, en présence d'un complot, c'est *l'engagement* qui fédère et rend le repentir risqué. En matière d'association, c'est *l'allégeance* qui opère de la même manière. L'appartenance à un complot ou à une association est gage d'obéissance. Qu'une menace serve à étouffer les tergiversations postérieures d'un membre n'a, en général, rien d'étonnant.

2.1.2 La portée de l'exclusion

Il reste pourtant à saisir la portée exacte des deux exceptions prévues à l'article 17 Ccr. Cette interrogation ne se limite pas, du reste, au seul droit canadien : les contours précis de l'exception façonnée à l'égard des conspirateurs et des parties à des organisations criminelles font l'objet

⁸⁰ Art 17 Ccr.

⁸¹ L'exclusion prévue à l'article 17 Ccr est bien antérieure à l'avènement des infractions liées à la participation aux activités d'une organisation criminelle (art 467.11 Ccr) ou terroriste (art 83.03, 83.18, 83.19 et 83.2 Ccr).

⁸² Il n'est point de complot en présence de pourparlers inaboutis : *supra*, partie 1.1.2.1 du titre premier.

d'après débats dans les ressorts de common law. Aussi convient-il d'élaborer un tant soit peu.

Le premier sujet de discorde porte sur la nature des activités visées précisément par cette exception. L'article 17 Ccr s'en tient à la participation à un complot ou une association. Cette exception peut pourtant s'entendre de trois façons :

1. l'accusé se voit refuser l'excuse de la contrainte dès qu'il participe à un complot ou à une association qui entraîne par la suite sa sujétion;
2. l'accusé n'est privé de cette excuse que si la nature du complot ou de l'association rendait l'état de contrainte prévisible objectivement;
3. l'accusé ne perd son droit que s'il avait *lui-même* prévu que sa participation était susceptible de lui valoir des menaces en cas de tentative de désistement de sa part⁸³.

La troisième interprétation nous semble invraisemblable. Elle est désormais répudiée par la Chambre des lords⁸⁴ et ses tenants ne se montrent, du reste, guère convaincants. Les partisans de la thèse subjective s'appuient sur un parallèle discutable. Ils font observer que le législateur canadien retient un critère subjectif quant au sérieux des menaces proférées : il suffit que l'inculpé croie à la mise à exécution prochaine des menaces, que cette perception fût fondée ou non⁸⁵. Aussi estiment-ils que l'excuse de la contrainte ne devrait être refusée que si le prévenu avait *lui-même* pressenti le risque de faire l'objet de menaces en raison de son appartenance à une entreprise illicite⁸⁶.

⁸³ Certains auteurs canadiens semblent préconiser cette hypothèse ou une variante plus ou moins apparentée (Jacques Fortin et Louise Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982 à la p 234 : « la seule présence d'un complot ne rend pas d'emblée cette exclusion applicable : il faut que l'adhésion au complot comporte l'acceptation de la contrainte »; Stuart, *Treatise, supra* note 5 à la p 489), tandis que d'autres s'en réclament ouvertement : Stanley Yeo, « Defining Duress » (2002) 46 Crim LQ 293 à la p 315.

⁸⁴ *R c Hasan, supra* note 72.

⁸⁵ Selon l'article 17 Ccr, la personne agissant sous l'empire de la contrainte sera excusée « si elle croit que les menaces seront mises à exécution ». Le critère employé « demeure entièrement subjectif et n'exige pas que la croyance de l'accusé soit raisonnable » : *R c Ruzic, supra* note 75 à la p 727.

⁸⁶ Cette thèse est prônée par Yeo, *supra* note 83 à la p 315, et fut naguère retenue pour d'autres motifs par la Cour d'appel de l'Angleterre.

Cet argument participe d'une confusion des genres. Il amalgame à tort deux conditions de recevabilité de la défense de contrainte (le sérieux des menaces proférées et la non-appartenance à un complot ou à une association), comme si un seul et même jugement normatif unissait ces deux critères. L'exclusion liée au complot ou à l'association possède sa raison d'être propre : le moyen de contrainte est désavoué, car l'accusé est responsable du dilemme auquel il aura été exposé. Il a choisi de pactiser avec une association de criminels. Ces liens librement convenus sont la cause de son malheur. Le droit pénal s'intéresse légitimement aux *ressorts de la sujétion psychologique* : il est fondé d'évaluer le rapport de cause à effet entre le comportement antérieur de l'inculpé et l'infraction qu'il a dû se résoudre à commettre.

Au demeurant, les membres d'organisations criminelles se voient déjà interdire l'excuse dite de nécessité sur la foi d'un critère objectif : ce moyen de défense est refusé pour peu que les activités au soutien de l'entreprise illicite aient rendu l'état de nécessité prévisible⁸⁷. La parenté des moyens de défense de contrainte et de nécessité⁸⁸ n'autorise guère le fait de retenir un critère tantôt subjectif, tantôt objectif, alors que l'enjeu est en tous points semblable : *l'imprévoyance du membre d'une organisation délinquante ne saurait lui valoir une excuse pénale*.

La deuxième interprétation paraît donc la plus adéquate⁸⁹. Elle peut se réclamer, du reste, d'un *obiter* formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Perka* : « Si l'article 17 [comporte] une notion de "faute contributive", ce n'est pas en soi à cause de la participation de l'accusé à l'activité criminelle ou immorale au moment où il a fait l'objet de menaces, ni à cause d'une simple négligence de sa part, mais plutôt à cause de la nette prévisibilité du fait qu'il serait assujéti à de telles menaces et à une telle emprise [...] »⁹⁰.

Le critère de la « nette prévisibilité » de l'état de contrainte délimite, ce faisant, la portée de l'exclusion : l'interdiction de la défense de contrainte doit dépendre de *la nature* de l'association criminelle ou encore du caractère belliqueux ou non des conspirateurs et de leur projet. Le droit anglais paraît obéir aux mêmes considérations :

⁸⁷ Voir notre analyse des arrêts *Perka* et *Thiffault* à la partie 2.2 du titre premier, ci-dessous.

⁸⁸ La contrainte et la nécessité sont des moyens de défense apparentés (*R c Ruzic*, *supra* note 75 aux pp 723-24; *R c Hibbert*, [1995] 2 RCS 973 aux pp 1012-18) sans être pour autant identiques (Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 8 aux pp 1221-24).

⁸⁹ Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *ibid* aux pp 1245-46; Hugues Parent, *Traité de droit criminel : L'imputabilité*, t 1, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2008 à la p 604 [Parent, *Traité*, t 1].

⁹⁰ *R c Perka*, [1984] 2 RCS 232 à la p 257.

Members of so called paramilitary illegal groups, or gangs of armed robbers, must be taken to anticipate what may happen to them if their nerve fails, and cannot be heard to complain if violence is indeed threatened. Other cases will be more difficult. [...] there are certain kinds of criminal enterprises the joining of which, in the absence of any knowledge of propensity to violence of the part of one member, would not lead another to suspect that a decision to think better of the whole affair might lead him into serious trouble.⁹¹

Le second débat a trait à l'identité des parties visées par l'exclusion. Cette question intéresse le droit anglais comme le droit canadien. Au Canada, le complice d'une infraction se réclame, non pas de l'article 17 Ccr, mais bien du moyen de défense de contrainte dégagé par la common law⁹². Or, la common law paraît prôner depuis peu une exclusion sensiblement élargie. L'exception ne se limite pas aux conspirateurs ou aux membres comme tels d'une organisation criminelle. Fait notable, le moyen de défense est aussi refusé à celui qui transige avec une organisation illégale sans en être membre pour autant. La personne qui s'introduit clandestinement au Canada en s'endettant au profit d'une organisation de passeurs dont elle connaît les activités illicites se verra refuser la défense de contrainte, si l'organisation lui intime de commettre un crime afin de lui accorder quittance de ses dettes⁹³. De la même manière, l'acheteur de stupéfiants héritera d'une condamnation s'il réalise, sous le coup de la contrainte, une infraction afin d'éponger sa dette accumulée⁹⁴. Autant dire que les individus qui s'avisent de côtoyer une nébuleuse criminelle sans y adhérer pour autant ont droit à l'intransigeance des tribunaux supérieurs canadiens et anglais en raison de leurs transactions avec le monde interlope⁹⁵.

Ce resserrement des conditions d'ouverture est plus accentué encore en droit anglais. La Chambre des lords retient un critère de prévisibilité des plus défavorable aux personnes qui frayent avec les milieux criminalisés. L'exclusion paraît désormais viser toute personne qui entretient des fréquentations un tant soit peu assidues avec des délinquants, dès lors qu'il était prévisible que ces fréquentations lui valent un état d'asservissement

⁹¹ *R c Shepherd* (1988), 86 Cr App R 47 à la p 50 (CA Eng).

⁹² *R c Ruzic*, *supra* note 75 aux pp 720-21; *R c Hibbert*, *supra* note 88 aux pp 989, 1009; *Paquette c R*, [1977] 2 RCS 189 à la p 194. Voir nos précisions au texte correspondant à la note 71.

⁹³ *R c Li*, *supra* note 76.

⁹⁴ Voir la jurisprudence anglaise abordée dans l'arrêt *R c Li*, *ibid*, ainsi que Ashworth, *supra* note 42 à la p 223.

⁹⁵ *R c Li*, *ibid* au para 33 : « [...] they freely and without coercion placed themselves in the clutches of their alleged tormentors, it would be a mockery of justice to place the issue of the validity of the duress issue before the jury. We have a matter of policy here. ».

ou de sujétion. La question n'est d'ailleurs pas de savoir si, objectivement parlant, les contacts entretenus par l'inculpé l'exposaient au risque de devoir commettre à contrecœur une infraction quelconque sous les ordres d'un délinquant. Le critère se limite à la question de savoir si l'inculpé risquait de s'exposer à la violence et à la coercition⁹⁶. L'exclusion ne se limite plus aux seules parties à un complot ou aux membres en règle d'une organisation criminelle. Au surplus, le critère de la prévisibilité se trouve modifié. La doctrine anglaise n'a pas manqué de relever la vaste portée de cette nouvelle exclusion⁹⁷. La transposition de cette règle récente n'est pas acquise pour autant en droit canadien. D'une part, le législateur canadien n'entendait exclure la défense de contrainte qu'en présence d'un complot ou d'une « association » donnant lieu à la contrainte. Il est douteux que le terme « association » s'entende de simples fréquentations discutables. Si la défense de contrainte de common law canadienne est très apparentée à celle dégagée en droit anglais⁹⁸, elle ne lui est pas identique non plus⁹⁹. La défense de contrainte élaborée par la common law canadienne a occasionnellement su s'affranchir de façon notable de la jurisprudence anglaise. Qu'il suffise de songer au critère temporel utilisé¹⁰⁰ ou encore aux infractions auxquelles le moyen de contrainte peut être opposé : le complice d'un meurtre ou d'une tentative de meurtre dispose, en droit canadien, de la défense de contrainte¹⁰¹, alors que défense lui est faite de se servir de cette excuse en droit anglais¹⁰². En somme, la portée ainsi que les conditions d'ouverture du moyen de défense de common law diffèrent partiellement en Angleterre et au Canada. L'évolution jurisprudentielle récente du droit anglais qui se veut singulièrement défavorable envers les individus disposant de simples relations avec le monde criminel n'est donc pas forcément transposable en droit canadien. À notre avis, un critère de distinction probant serait de savoir si l'inculpé transigeait ou non avec les

⁹⁶ « There need not be foresight of coercion to commit crimes [...] The policy of the law must be to discourage association with known criminals, and it should be slow to excuse the criminal conduct of those who do so. » : *R c Hasan*, *supra* note 72 aux pp 498-99.

⁹⁷ Simester et Sullivan, *supra* note 73 à la p 672.

⁹⁸ *R c Ruzic*, *supra* note 75 à la p 725.

⁹⁹ *Ibid* aux pp 727-28.

¹⁰⁰ La Cour suprême du Canada se satisfait d'un « lien temporel étroit » entre la formulation des menaces et leur mise à exécution vraisemblable. Il n'est point besoin, au Canada, que la menace se réalise instantanément en cas de désobéissance : *R c Ruzic*, *ibid*. En revanche, le droit anglais exige désormais que la victime de la contrainte ait été assujettie à une menace devant être exécutée sur-le-champ ou, à tout le moins, « quasi-immédiatement » : *R v Hasan*, *supra* note 72 aux pp 494-95, 497.

¹⁰¹ Voir la jurisprudence recensée par Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 8 à la p 1249.

¹⁰² Voir la jurisprudence de la Chambre des lords et du Conseil privé abordée par Simester et Sullivan, *supra* note 73 à la p 670.

criminels auxquels il finira par être assujetti. Il convient de différencier l'acheteur de stupéfiants qui s'endette régulièrement auprès d'un revendeur violent et l'individu, tel l'inculpé dans l'arrêt *Hasan*, qui n'a pas d'activités illicites avec son asservisseur.

Au demeurant, ni une faute *morale* ni une faute *pénale* ne saurait exclure d'emblée le recours à un moyen de défense en droit canadien. La jurisprudence relative à l'état de nécessité l'illustre à point nommé.

2.2 *Le moyen de défense de nécessité*

La faute morale liée à l'appartenance à une entreprise criminelle ne représente pas, à elle seule, un motif de déchéance pénale. Même la perpétration d'une infraction criminelle au profit d'une association illégale ne constitue pas, comme telle, une fin de non-recevoir dans le cadre d'une défense de nécessité. Le plaidoyer de nécessité ne saurait être repoussé au seul motif que les inculpés se livraient à une activité illicite concertée au moment de la survenance de l'événement fortuit. La participation à un trafic de stupéfiants d'envergure internationale ne suffit donc pas à écarter un plaidoyer de nécessité¹⁰³. Au contraire, la perpétration d'une infraction différente de celle convenue sera excusée, si elle a pour objet de surmonter un péril imminent que les activités illégales ne laissaient point présager¹⁰⁴. Il en va ainsi de l'équipage forcé de pénétrer dans les eaux canadiennes et de chercher refuge dans une baie parce que les intempéries et les avaries menaçaient de faire sombrer leur navire et sa cargaison de stupéfiants¹⁰⁵.

C'est admettre sans le dire que l'infortune n'est pas la conséquence obligée de l'illégalité... C'est convenir aussi que *le critère de la « nette prévisibilité » du péril*¹⁰⁶ *supprime en grande partie le jugement moral lié à la participation de l'accusé à une entreprise délinquante*. Le critère de la

¹⁰³ *R c Perka*, *supra* note 90.

¹⁰⁴ Encore faut-il que la perpétration de l'infraction soit la seule façon d'obvier au péril soudain et que le mal occasionné par la violation de la loi ne l'emporte pas en gravité sur celui redouté.

¹⁰⁵ *R c Perka*, *supra* note 90 aux pp 253-57.

¹⁰⁶ *Ibid* à la p 257 :

le même critère [de la nette prévisibilité] s'applique à la nécessité. Si la « faute » de l'accusé consiste en des actes dont les conséquences manifestes étaient la situation qui s'en est véritablement suivie, alors l'accusé n'a pas « réellement » fait face à une situation d'urgence [...]. La simple négligence, cependant, ou le simple fait qu'elle agissait de manière illégale ou immorale lorsque la situation d'urgence s'est présentée n'empêche pas une personne d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité.

faute antérieure de l'inculpé n'a rien de déterminant en droit canadien qui se démarque peut-être, à cet égard, du droit français¹⁰⁷.

La prévisibilité du péril s'apprécie selon un critère objectif¹⁰⁸. La défense de nécessité ne sera rejetée que si un degré de connexité élevé liait les activités illicites du prévenu au péril appréhendé. Force est toutefois d'intégrer les vicissitudes et les aléas propres au choix d'un mode de vie résolument en marge de la légalité. À titre d'exemples, le risque de représailles entre bandes rivales ou le risque de violence au sein de certaines organisations criminelles ne font guère partie de la liste des événements naturellement imprévisibles : le *modus operandi* des organisations criminelles n'est pas de la nature d'un événement fortuit typique d'un état de contrainte ou de nécessité.

L'on comprend d'autant mieux que le membre d'une puissante organisation criminelle ne dispose pas de l'excuse de nécessité s'il se met à craindre pour sa vie durant les représailles meurtrières qui sévissent entre bandes armées rivales. Sa décision de détenir sans permis une arme à feu afin d'assurer la sécurité de sa famille et la sienne propre ne répond pas à un événement proprement imprévisible¹⁰⁹.

II. Les formes contemporaines de défaveur envers les organisations criminelles

La responsabilité par appartenance resurgit et se renouvelle en droit pénal contemporain. Le législateur canadien privilégie cet expédient en matière d'organisations criminelles et terroristes. Ont entre autres été créées des infractions de « participation aux activités d'une organisation criminelle »¹¹⁰ et de « participation aux activités d'un groupe terroriste »¹¹¹. L'association de l'inculpé aux activités d'un groupement dangereux entraîne, à certaines conditions, sa culpabilité. La manifestation d'adhésion à des desseins désavouables devient source de responsabilité pénale, peu importe qu'une infraction ait été ensuite perpétrée ou non¹¹². La responsabilité collective affiche sa spécificité. Alors que la complicité suppose une infraction de rattachement, la responsabilité collective prévue aux articles 83.18, 83.19

¹⁰⁷ Voir la belle étude de droit français sur l'imprévisibilité et la faute antérieure signée par Jean Pradel et André Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7^e éd, Paris, Dalloz, 2009 aux pp 554-67.

¹⁰⁸ *R c Thiffault*, JÉ 2004-1910 (CA) au para 11; *R c Perka*, *supra* note 90 à la p 257.

¹⁰⁹ *R c Thiffault*, *ibid.*

¹¹⁰ Voir les articles 467.1 et 467.11 Ccr.

¹¹¹ Voir l'article 83.18 Ccr abordé à la partie 1.2 du titre second, ci-dessous.

¹¹² Voir les articles 83.18(2)(a), 83.19(2)(c), 467.1(2) et 467.11(2)(a) Ccr abordés ci-dessous.

et 467.11 Ccr s'affranchit de telles contraintes. La participation aux activités d'organisations délinquantes suffit à enfreindre le *Code criminel*.

Si contestées soient-elles, ces formes nouvelles de responsabilité collective ne présentent pourtant pas des travers aussi graves que ceux de l'article 21(2) Ccr¹¹³. Aux termes de cette disposition, l'accusé se voit condamner pour une infraction entièrement différente du comportement qui lui est reproché. Rien de tel en vertu des articles réservés aux individus qui s'inscrivent dans la mouvance d'une organisation criminelle ou terroriste. À titre d'exemple, l'article 467.11(1) Ccr incrimine « quiconque, *sciemment*, par acte ou omission, *participe* à une activité d'une organisation criminelle ou y contribue *dans le but* d'accroître la capacité de l'organisation de faciliter ou de commettre un acte criminel [...] ». S'il est sanctionné en raison de son accointance avec une organisation criminelle, le prévenu continue de répondre de ses propres faits et gestes. Lui est reprochée sa participation à un groupement criminel dans le but d'en accroître la propension illicite. La déclaration de culpabilité demeure axée sur les démarches de l'accusé et la détermination de son dessein.

Le particularisme de la responsabilité pénale des personnes agissant dans le sillon d'une organisation délinquante fera l'objet des prochains développements.

1.1 Les infractions liées aux activités d'une organisation criminelle

Le législateur canadien entend saper le mode de fonctionnement des organisations criminelles au moyen d'un régime infractionnel novateur élaboré en 2001¹¹⁴. Le *Code criminel* renferme trois nouvelles infractions réservées en propre aux adhérents à des associations délinquantes et aux personnes qui gravitent en marge de ces organisations. Ces modifications apportées au droit canadien s'inscrivent dans la foulée de l'adoption de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*. Le Canada se dote de la sorte d'un mode de répression complémentaire – et indéniablement plus vaste encore – que celui assuré par l'incrimination du complot¹¹⁵. Il épouse d'ailleurs à l'article 467.11Ccr¹¹⁶ une nouvelle infraction supposément plus conforme aux canons des pays de droit civil alors qu'il eût pu, selon ses obligations

¹¹³ Cette disposition fut analysée dans la partie 1.2 du titre premier, ci-dessus.

¹¹⁴ Le nouveau régime infractionnel est entré en vigueur le 7 janvier 2002.

¹¹⁵ Le crime de complot est analysé dans la partie 1.1 du titre premier, ci-dessus.

¹¹⁶ Le libellé de ce texte d'incrimination est cité au tout début du titre second, ci-dessus.

internationales, s'en tenir pour l'essentiel à l'interdiction du complot¹¹⁷. Ainsi donc, le *Code criminel* canadien concilierait désormais deux modes de répression, l'un d'inspiration proprement anglo-saxonne, l'autre de sensibilité plutôt civiliste. Pareil panachage infractionnel étend singulièrement le champ de la répression préventive.

1.1.1 La détermination de la culpabilité en fonction du degré de participation aux activités de l'organisation

Le Parlement canadien aura choisi en 2001 de répudier son ancienne infraction sur la participation aux activités d'un « gang »¹¹⁸ à la faveur d'une toute nouvelle définition consacrée à l'« organisation criminelle » assortie désormais d'une trilogie d'infractions. Les trois nouvelles incriminations se gardent bien d'interdire comme tel les groupes voués au crime ou encore l'adhésion à une organisation délinquante¹¹⁹. La modulation de la responsabilité est plutôt conçue *en fonction du degré de participation de l'inculpé aux activités de l'organisation criminelle*. L'infraction la moins sévèrement punie ne suppose d'ailleurs ni l'appartenance à une organisation criminelle ni même la perpétration d'une infraction indépendante : un simple geste de collaboration destiné à favoriser l'accroissement de la capacité délinquante du groupe suffit¹²⁰. Les trois crimes se déclinent comme suit :

1. L'article 467.11 Ccr proscrit la participation ou la contribution à une activité d'une organisation criminelle dans le but d'accroître la capacité de l'organisation de faciliter ou de commettre un acte criminel;
2. L'article 467.12 Ccr interdit la perpétration d'un acte criminel « au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle »;

¹¹⁷ Telle est du moins la thèse prônée par David Freedman, « The New Law of Criminal Organizations in Canada » (2006) 85 R du B can 171 aux pp 196-98, 201.

¹¹⁸ Voir la définition de « gang » qui figurait autrefois à l'article 2 Ccr de pair avec l'infraction de « participation aux activités d'un gang » énoncée à l'ancien article 467.1 Ccr. Adoptée en 1997, cette infraction est remplacée depuis janvier 2002 par les trois crimes énoncés aux articles 467.11-467.13 Ccr actuels.

¹¹⁹ *R v Beauchamp* (2009), 68 CR (6th) 293 à la p 314 (CS Ont); *R v Pereira*, 247 CCC (3d) 311, 2008 BCSC 184 aux para 160, 175, 198, 240, 244; *R v Terezakis*, 51 CR (6th) 165, 2007 BCCA 38 aux para 56, 58, autorisation de pourvoi à la CSC refusée : « Merely being in the group is not illegal. The scheme of the legislation is to undermine mechanisms that support the criminal activities of criminal organizations »; *Ciarniello v HMTQ*, 2006 BCSC 1671 au para 65; *États-Unis c Rizutto* (2005), 209 CCC (3d) 325 aux pp 343-44 (CA Qc), autorisation de pourvoi à la CSC refusée.

¹²⁰ Le crime de l'article 467.11 Ccr est analysé ci-dessous.

3. L'article 467.13 Ccr sanctionne l'individu qui fait partie d'une organisation criminelle et qui, « directement ou indirectement », charge sciemment une personne de commettre une infraction à une loi fédérale « au profit ou sous la direction de l'organisation criminelle, ou en association avec elle ».

La gradation des sanctions est indicatrice de la gravité croissante des infractions en cause. Le crime de participation énoncé à l'article 467.11 Ccr s'accompagne d'un emprisonnement d'au plus cinq ans; la violation de l'article 467.12 Ccr vaut à son auteur une peine maximale de quatorze ans de réclusion, tandis que la contravention à l'article 467.13 Ccr est passible de l'emprisonnement à perpétuité.

La très grande disparité des comportements bannis se doit d'être soulignée. Ces trois dispositions abordent la criminalité de façon très différenciée. Les articles 467.12 et 467.13 Ccr affichent un certain classicisme. De fait, l'article 467.12 Ccr n'innove guère : il se limite à réprimer plus sévèrement la perpétration d'un crime. L'infraction ayant été commise en association avec une organisation criminelle, l'inculpé se voit reprocher un crime particulier qui intègre ce facteur aggravant de culpabilité. L'article 467.13 Ccr ne bouleverse pas davantage l'économie du droit criminel. L'instigation est simplement sanctionnée plus sévèrement. Or, l'incitation au crime est une forme aggravée de complicité à laquelle le législateur canadien réserve – depuis toujours – un régime de responsabilité exorbitant¹²¹. L'article 467.11 Ccr constitue, en revanche, une forme de répression des plus inédite. Il faut y voir *une forme très édulcorée de complicité* puisque le comportement reproché ne porte pas sur l'apport de l'accusé à une infraction précise, mais plutôt sur sa contribution réelle *ou* escomptée à la force de frappe de l'organisation. Au surplus, ce mode inédit de participation criminelle est sanctionné de manière tout à fait dérogoire par rapport au régime de responsabilité réservé au complice. De par sa conception et de par son libellé, l'article 467.11 Ccr situe la répression très en amont de toute tentative de perpétration d'une infraction. Un acte destiné à accroître la propension illicite de l'organisation est sanctionné sans preuve aucune de son efficacité. Il n'importe nullement que la participation de l'accusé accroisse ou non la capacité de l'organisation à faciliter ou à commettre un acte criminel et il n'importe pas davantage que l'organisation criminelle facilite ou commette ensuite une infraction¹²². Seul prime *le dessein* de l'accusé d'accroître la capacité de cette organisation de commettre ou de faciliter la

¹²¹ L'instigateur écope d'un régime de responsabilité aggravé en raison de son degré de turpitude morale plus élevé. Ce régime exorbitant est décrit au texte correspondant à la note 43.

¹²² Voir les articles 467.11(2)(a) et (b) Ccr.

perpétration d'un acte criminel¹²³. L'article 467.11 Ccr sanctionne, au mieux, une forme de complicité *très embryonnaire*¹²⁴. Il n'est que l'importance des ravages de la criminalité collective qui puisse fonder un stade de répression si précoce.

La présence d'une organisation criminelle sert de clef de voûte à cette trilogie d'infractions. En intégrant la criminalité collective en tant que composante de l'infraction, ces trois crimes complètent, à leur manière, l'arsenal des incriminations classiques visant à contrer la criminalité de grande envergure. Le mode d'intervention pénale est pourtant inédit. Des infractions telles la possession de biens obtenus criminellement¹²⁵ ou le recyclage des produits de la criminalité¹²⁶ se soucient plutôt de la provenance des biens sans intégrer en leur sein la preuve d'une action illicite concertée.

Le législateur canadien retient la définition suivante:

« organisation criminelle » Groupe, quel qu'en soit le mode d'organisation :

- a) composé d'au moins trois personnes se trouvant au Canada ou à l'étranger;
- b) dont un des objets principaux ou une des activités principales est de commettre ou de faciliter une ou plusieurs infractions graves qui, si elles étaient commises, pourraient lui procurer – ou procurer à une personne qui en fait partie –, directement ou indirectement, un avantage matériel, notamment financier.

¹²³ Voir l'article 467.11(1) Ccr.

¹²⁴ Cette disposition sévit, ce faisant, contre des comportements exclus jusqu'à présent du droit criminel. Songeons à l'individu qui accepte de faire le guet pendant la réunion des dirigeants d'un groupe de motards criminalisés au cours de laquelle seront envisagées des mesures de rétorsion contre une bande rivale. Son comportement tombe sous le coup de l'article 467.11 Ccr, alors qu'il eut été impuni en vertu des principes généraux du droit pénal canadien. Aucun complot ne pourrait être reproché à la vigie si la rencontre se solde par des pourparlers infructueux et il n'existe pas d'infraction de tentative de complot en droit canadien. L'article 467.11 Ccr vient ainsi combler une faille supposée du droit en sévissant contre un geste délibéré destiné à assurer la capacité criminelle de l'organisation en cause.

¹²⁵ Enfreint l'article 354(1) Ccr, « quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement : a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation; b) soit d'un acte ou d'une omission, en quelque endroit que ce soit, qui aurait constitué, si elle avait eu lieu au Canada, une infraction punissable sur acte d'accusation. »

¹²⁶ L'infraction de recyclage des produits de la criminalité comprend une gamme très vaste d'opérations interdites : voir l'article 462.31 Ccr.

La présente définition ne vise pas le groupe d'individus formés au hasard pour la perpétration immédiate d'une seule infraction.»¹²⁷

Cette définition est des plus ample :

- le mode de structuration du groupe ne revêt pas d'importance¹²⁸;
- la réunion de trois personnes suffit¹²⁹, alors que le code exigeait naguère la présence de cinq individus pour constituer un « gang »¹³⁰;
- la preuve des activités criminelles antérieures des membres était autrefois nécessaire¹³¹. Cette exigence est dorénavant supprimée : la nouvelle disposition met l'accent sur la vocation de l'organisation à qui il suffit de s'employer notamment¹³² à faciliter la perpétration d'infractions graves, sans que la preuve de l'atteinte de cet objectif soit jugée essentielle¹³³;

¹²⁷ Art 467.1(1) Ccr.

¹²⁸ Les organisations pérennes tout comme les structures informelles et souples semblent visées. Comme le précisent *Mewett & Manning, supra* note 51 à la p 282 : « it seems that traditional hierarchical groups as well as looser affiliations will qualify ». La très vaste portée de cette définition ne saurait être mésestimée : « There are no requirements for (a) formally defined roles; (b) continuity of association or; (c) a developed structured. » (*R v Atkins*, 2010 ONCJ 262, au para 25), Cf. toutefois la décision majoritaire rendue dans *Veneri c R*, CA Montréal, 6 oct. 2011.

¹²⁹ Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'inculpé fréquente lui-même trois de ces personnes : *Duguay c R, supra* note 17 au para 64. Encore doit-on se garder de toute arithmétique simpliste : l'accusé instrumentalisé par deux autres individus ne saurait compter comme l'un des trois membres de l'organisation : *R c Cedeno*, JE 2011-118 au para 50 (CA).

¹³⁰ La définition du « gang » aura été remplacée à compter de 2002 par celle d'« organisation criminelle ».

¹³¹ L'ancien article 467.1(1) Ccr supposait que certains membres du groupe aient commis « au cours des cinq dernières années, une série d'actes criminels ».

¹³² Les activités de l'organisation peuvent être partiellement licites, pour peu qu'elle se consacre aussi, parmi ses activités principales, à la perpétration ou à la facilitation d'infractions dites graves : *R v Terezakis, supra* note 119 au para 59. Le législateur préconise donc un garde-fou : la délinquance doit être l'un des objets « principaux » ou l'une des activités « principales » de l'entité (art 467.1(1) Ccr). Comme le souligne à bon escient une décision : « The larger and more amorphous the group, the less likely that one of its main purposes or activities will be as so described. » : *R v Accused no 1*, 2005 BCSC 1727 au para 79. La Cour d'appel infirmera cette décision dans l'arrêt *Terezakis* sans remettre toutefois en cause la justesse de cette observation.

¹³³ L'article 467.1(2) Ccr se veut des plus explicite : « il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait facilitation d'une infraction, que la nature de celle-ci soit connue, ni que l'infraction soit réellement commise ».

- la notion d'« infraction grave » limite modestement la définition de l'organisation criminelle. Un acte criminel est présumé grave dès que le contrevenant s'expose à un emprisonnement maximal de cinq ans ou plus¹³⁴. Or, un crime aussi répandu que les voies de faits simples emporte pareille peine, de même que plusieurs formes de vol sans violence ou de méfait¹³⁵;
- la perpétration de l'infraction grave doit présupposer un avantage matériel¹³⁶ quelconque à l'organisation ou à l'un de ses membres.

1.1.2 La détermination des balises destinées à assurer la validité constitutionnelle du régime infractionnel

La très vaste portée des articles 467.1 et 467.11 Ccr n'a pas manqué d'être relevée et quelquefois décriée¹³⁷. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne se formalise pourtant pas de ce que la définition de l'organisation criminelle arrêtée à l'article 467.1 Ccr soit plus vaste encore que celle retenue dans la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*¹³⁸. Certaines libertés prises par le législateur canadien par rapport aux éléments constitutifs proposés dans la *Convention* sont pourtant susceptibles d'accroître indûment la portée du droit criminel¹³⁹ et donnent lieu à des interprétations jurisprudentielles audacieuses destinées à contrer pareil effet démesuré¹⁴⁰.

¹³⁴ Voir l'article 467.1(1) Ccr. Les articles 467.1(1) et (4) Ccr prévoient que le législateur peut également, par règlement, ajouter des infractions supplémentaires à la liste des infractions dites « graves ».

¹³⁵ La valeur du bien volé ou abîmé détermine la gravité de la peine : art 334 et 430 Ccr.

¹³⁶ Une décision de première instance nous semble déformer le sens de cette expression en ne se fiant qu'à la version anglaise du libellé du texte d'incrimination. Elle estime que l'expression anglaise « material benefit » s'entend de tout avantage « important » : *R v Pereira*, *supra* note 119 au para 162. La version française de l'article nous semble bien plus circonscrite. Un « avantage matériel, notamment financier » nous semble devoir pouvoir être apprécié *matériellement*. Le crime commis sous le coup de l'impulsion, telle la gifle assénée à la suite d'une insulte, ne procure aucun avantage « matériel ». La satisfaction morale ne saurait s'entendre d'un avantage « matériel », quelle que soit l'importance de l'assouvissement du contrevenant.

¹³⁷ D'autres auteurs notent sobrement la très vaste gamme d'organisations susceptibles de tomber sous le coup des nouvelles dispositions : « It is not restricted to violent offending, and could be used to entrap a wide range of gangs and loosely associated groups, especially with the bare requirement of only three group members. » *Mewett & Manning*, *supra* note 51 aux pp 281-82.

¹³⁸ *R v Terezakis*, *supra* note 119 aux para 64-66.

¹³⁹ Freedman, *supra* note 117 aux pp 207-208, 218-19.

¹⁴⁰ Voir par exemple *R v Beauchamp*, *supra* note 119.

Les contestations constitutionnelles formées à l'encontre de ce nouveau régime infractionnel ont toutes avorté¹⁴¹, la jurisprudence préférant se faire garante d'une interprétation téléologique destinée à éviter des condamnations injustifiées. Aussi s'est-elle avisée de resserrer la définition des éléments constitutifs de ces infractions à la faveur d'interprétations axées sur la suffisance de l'élément moral requis¹⁴². La généralité des éléments infractionnels se voit ainsi tempérer par une interprétation *accentuant* les éléments mentaux obligatoires.

Pour chacune des trois infractions, la connaissance personnelle de l'accusé de l'activité criminelle importante de l'organisation est indispensable¹⁴³. L'insouciance est écartée : la simple appréhension par l'inculpé de ce que l'organisation pourrait *peut-être* s'adonner à la criminalité ne suffit point¹⁴⁴. La finalité des gestes de l'accusé importe tout autant. L'article 467.11 Ccr énonce une « intention spécifique

¹⁴¹ Entre autres exemples : *R v Lindsay*, 245 CCC (3d) 301, 2009 ONCA 532, autorisation de pourvoi à la CSC refusée; *R v Beauchamp*, *ibid*; *R v Pereira*, *supra* note 119; *R v Terezakis*, *supra* note 119; *R v Smith*, 280 Sask R 128, 2006 SKQB 132. L'ancienne infraction prévue à l'article 467.1 Ccr avait pareillement été jugée conforme à la Charte canadienne : *Couture c R*, *supra* note 24; *Pronovost c R*, 2006 QCCA 982.

¹⁴² Voir les illustrations données dans l'arrêt *R v Lindsay*, *ibid* aux para 29-32, de même que *R v Beauchamp*, *ibid*. Un arrêt plus récent encore de la Cour d'appel du Québec favorise une interprétation empreinte « de réserve et de prudence » au sujet des dispositions liées aux organisations criminelles, en raison des stigmates et des peines accrues qu'emportent ces infractions singulières : *R c Cedeno*, *supra*, note 129, au para 43. Dès lors qu'elle ne dénature pas le libellé des dispositions en cause, l'interprétation téléologique s'impose, de toute évidence. Mais il est des vérités qu'il vaut mieux dire et l'arrêt *Cedeno* doit être salué pour cette mise en garde interprétative.

¹⁴³ *R v Terezakis*, *supra* note 119 au para 60; *R c Meloche*, JE 2010-1015 (CQ), au para 37; *R c Cedeno*, *ibid*; *R c Châteauneuf-Fleury*, JE 2011-120 (CA). De la même manière, l'inculpé doit savoir que l'organisation se compose d'au moins trois membres et qu'elle vise la recherche d'un « avantage matériel » en s'adonnant à des infractions graves ou en les facilitant : *R v Beauchamp*, *ibid* à la p 300. L'accusé doit pareillement constater que l'organisation à l'oeuvre ne s'est pas formée par hasard et que son activité ne se limite pas à la préparation immédiate d'une seule infraction (*R c Châteauneuf-Fleury*, précité).

¹⁴⁴ *R v Beauchamp*, *ibid* aux pp 310, 322. Reste l'hypothèse de l'aveuglement volontaire de l'accusé qui lui sera forcément opposable (*R c Châteauneuf-Fleury*, *supra* note 143). Comme le laisse entendre l'arrêt *Châteauneuf-Fleury*, l'acquiescement s'imposera toutefois si la naïveté de l'accusé l'empêche de constater que son activité criminelle profite à une organisation criminelle au sens où l'entend le Code criminel. Est-il besoin de rappeler que l'aveuglement volontaire suppose la preuve hors de tout doute raisonnable de ce que l'inculpé se doute de la « probabilité » de l'existence du fait qu'il préfère occulter : *R c Briscoe*, [2011] 1 RCS 411, au para 23.

exigeante »¹⁴⁵ qui sert de contrepoids à l'élasticité des éléments matériels retenus. L'article 467.11 Ccr sanctionne des gestes tout au plus préparatoires : il se garde d'énoncer une infraction de résultat¹⁴⁶ et il s'avise de sévir contre des actes *en soi licites*. La turpitude morale est dès lors indispensable afin de dissiper la nature anodine du geste reproché.

La présence d'une faute morale d'une ampleur suffisante est nécessaire en raison de la généralité quasi excessive des éléments matériels. Non seulement la « participation » ou la « contribution » à l'activité d'une organisation criminelle sont des vocables très larges et perméables – d'autant que l'organisation en cause peut se livrer également à des activités licites¹⁴⁷ –, mais le législateur insiste pour leur donner une signification très étendue. Le *Code criminel* dresse une liste de « facteurs » à partir desquels il est loisible au juge de s'en remettre pour juger de la participation de l'accusé aux activités de l'organisation. En voici des illustrations : i) l'utilisation d'un nom, d'un symbole ou d'une représentation de l'organisation criminelle¹⁴⁸; ii) la fréquentation de « quiconque fait partie de l'organisation criminelle »¹⁴⁹; iii) la réception d'avantages de l'organisation criminelle¹⁵⁰; iv) l'exercice régulier d'activités selon les instructions d'un membre de l'organisation délinquante¹⁵¹.

¹⁴⁵ Annie-Claude Bergeron et Pierre Lapointe, « Les infractions criminelles » dans *Droit pénal : Infractions, moyens de défense et peine*, Collection de droit 2009-2010, vol 12, Cowansville (Qc), Montréal ; Yvon Blais, École du Barreau, 2009, 55 à la p 110. Peu importe, en revanche, que l'accusé connaisse ou non quiconque au sein de l'organisation criminelle ou qu'il ignore la nature exacte de l'acte criminel susceptible d'être facilité en raison de son intervention. Ces éléments cognitifs ne font pas partie de la *mens rea* de l'infraction (art 467.11(2)(c)-(d) Ccr).

¹⁴⁶ Voir les articles 467.11(2)(a) et (b) Ccr.

¹⁴⁷ Selon la définition de l'« organisation criminelle » retenue à l'article 467.1 Ccr, une partie des activités de l'entité peut être parfaitement légale.

¹⁴⁸ Art 467.11(3)(a) Ccr.

¹⁴⁹ Art 467.11(3)(b) Ccr.

¹⁵⁰ Art 467.11(3)(c) Ccr. Un prisonnier peut se voir condamner s'il perçoit, durant sa période de détention, un pécule versé hebdomadairement à même les profits des activités criminelles du groupe de manière à faciliter ses conditions de vie carcérales : *Duguay c R*, *supra* note 17. Si l'obtention d'avantages et la fréquentation de membres de l'organisation s'avèrent des éléments susceptibles d'établir la « participation » de l'inculpé aux activités du groupe, encore faut-il que cette participation ait pour finalité l'accroissement de la capacité du groupe à commettre d'autres infractions. La Cour d'appel ne dit mot de cet élément intentionnel dans l'arrêt *Duguay*.

¹⁵¹ Art 467.11(3)(d) Ccr.

Les facteurs énumérés aux points i), ii) et iii) entacheraient le texte de nullité¹⁵² en l'absence d'un élément véritable de turpitude morale. Du reste, cette liste de « facteurs » possède une utilité extrêmement relative. L'article 467.11(3) Ccr *se garde bien d'énoncer une quelconque présomption* et il ne doit donc pas s'interpréter comme si des fréquentations discutables autorisent forcément une conclusion défavorable à l'inculpé¹⁵³.

Au demeurant, l'élément mental exigé nous semble renvoyer à l'appréciation de la *portée éventuelle* du geste envisagé par l'accusé. L'inculpé doit avoir pour « but d'accroître la *capacité* de l'organisation de faciliter ou de commettre un acte criminel ». Un simple témoignage général d'appui aux membres d'un gang ou un geste de peu de conséquence *en soi* nous semble échapper au texte d'incrimination. Qu'il suffise de songer à la personne qui s'attable et commande une consommation dans un bar qu'elle sait opéré par une organisation criminelle¹⁵⁴. Il y a fort à douter que le buveur entende ou escompte, par ce geste, renforcer la capacité future de l'organisation criminelle à œuvrer en marge de la légalité. *La répression passe par l'étude de la dangerosité du dessein affiché*. S'il est vrai que le geste posé n'a pas à se traduire en définitive par des retombées favorables pour l'organisation¹⁵⁵, encore faut-il qu'il puisse s'y prêter en principe. Le geste accompli par l'inculpé doit être à tout le moins *de nature* à pouvoir contribuer à l'accroissement de la capacité délinquante de l'organisation. Ce critère nous semble fidèle au libellé même de l'article tout en offrant à la répression une portée mesurée.

L'article 467.11 Ccr a pour unique garde-fou véritable, la nature de l'intention spécifique requise (dol spécial). L'article 467.12 Ccr occasionne moins d'inquiétude. Il sanctionne plus sévèrement¹⁵⁶ la

¹⁵² Un texte d'incrimination souffrant de portée excessive contrevient à l'article 7 de la Charte canadienne : *R c Heywood*, [1994] 3 RCS 761.

¹⁵³ Comme le note avec justesse un auteur : « Pris isolément, certains faits énumérés ne sont pas concluants. Ainsi, les membres de la famille immédiate d'un chef de gang fréquentent forcément quelqu'un lié à une organisation criminelle et peuvent recevoir des avantages de celle-ci » (Jean-Claude Hébert, *Droit pénal des affaires*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p 171). Comparer les observations parues dans David Watt et Michelle K Fuerst, *The Annotated Tremear's Criminal Code 2010*, Toronto, Carswell à la p 881 : « The factors listed in ss. (3) inform the decision about participation or contribution, but do not determine it. ».

¹⁵⁴ Notre interprétation s'apparente aux observations formulées dans l'affaire *Beauchamp* sans leur être pour autant identique : *R v Beauchamp*, *supra* note 119.

¹⁵⁵ L'article 467.11 Ccr n'étant pas une infraction de résultat, le poursuivant n'a pas à établir que la participation de l'accusé « a accru la capacité de l'organisation criminelle de faciliter ou de commettre un acte criminel » : art. 467.11(2)(b) Ccr.

¹⁵⁶ Le régime procédural et pénologique est abordé dans la partie trois du titre second.

perpétration d'un acte criminel pour peu que ce dernier présente un lien avec une organisation criminelle. Deux conditions balisent ainsi l'aggravation de la répression. Si l'interdiction ne se limite aucunement aux membres de l'organisation¹⁵⁷, encore doit-il y avoir corrélation entre le crime de l'inculpé et les activités de l'organisation¹⁵⁸. Une infraction commise pour le profit propre de l'accusé, sans lien aucun avec l'organisation criminelle, sera exclue du champ de l'article 467.12 Ccr¹⁵⁹. Au surplus, l'intention spécifique est requise : le poursuivant est tenu de faire ressortir la volonté de l'accusé de perpétrer l'infraction au profit, sous la direction ou en association avec une organisation qu'il sait de surcroît criminelle¹⁶⁰.

Les balises arrêtées à l'article 467.13 Ccr sont d'un autre ordre. Cette disposition bannit l'instigation au crime. Au contraire des dispositions énumérées précédemment, la répression se confine aux membres de l'organisation illicite¹⁶¹. La position du membre au sein de la hiérarchie de l'organisation est toutefois dénuée d'importance : il est donc sans intérêt de savoir si l'organisation lui reconnaît ou lui concède une autorité particulière¹⁶². La forme précise de l'instigation n'importe guère plus : une injonction générale semble suffire. Au surplus, l'ordre donné peut l'être de façon directe ou indirecte¹⁶³ et porter sur la perpétration d'une infraction fédérale *quelconque*¹⁶⁴. Encore l'inculpé doit-il être pertinemment au fait que le délit profitera, directement ou indirectement, à l'organisation ou à l'un de ses membres¹⁶⁵. Cette exigence implicite s'entend parfaitement.

¹⁵⁷ Comme le laisse sous-entendre le libellé de l'article (le crime doit être perpétré « au profit, sous la direction [...] ou en association avec » une organisation criminelle), l'appartenance formelle à l'organisation n'est point requise. *R v Lindsay, supra* note 141 au para 23; *R v Pereira, supra* note 119 au para 171; *R v Smith, supra* note 141 au para 10.

¹⁵⁸ *R v Lindsay, ibid* au para 24; *R v Pereira, ibid* aux para 172, 187.

¹⁵⁹ *R v Lindsay, ibid*.

¹⁶⁰ Cette exigence serait « sous-entendue » dans le texte d'incrimination selon l'interprétation du juge de première instance reprise en appel dans l'arrêt *R v Lindsay, ibid* au para 32.

¹⁶¹ *R v Pereira, supra* note 119 au para 175. L'appartenance ou non de l'accusé à l'organisation criminelle relève d'une question de fait du ressort du juge d'instance ou du jury : *R v Terezakis, supra* note 119 au para 70.

¹⁶² *R v Terezakis, ibid* aux para 71-77.

¹⁶³ L'article 467.13 Ccr fait défense de charger une personne, « directement ou indirectement ».

¹⁶⁴ Autrement dit, l'article 467.13 Ccr ne se limite aucunement aux ordres de perpétration d'« infractions graves » au sens où l'entend l'article 467.1 Ccr. Certains commentateurs ont pu s'étonner de la très grande variété d'infractions ainsi visées.

¹⁶⁵ *R v Terezakis, supra* note 119 au para 62. L'inculpé doit savoir, au surplus, qu'il appartient à l'organisation et connaître le fait que l'une de ses activités principales consiste à commettre ou faciliter la perpétration d'une ou plusieurs infractions graves : *R v Pereira, supra* note 119 au para 183.

Cette infraction est passible d'emprisonnement à perpétuité et ne suppose aucunement la mise à exécution de l'ordre donné¹⁶⁶.

1.2 Les infractions liées au terrorisme

Adoptée à l'automne 2001 dans la foulée des attaques du 11/09, la *Loi antiterroriste*¹⁶⁷ est une loi omnibus complexe qui modifie différents textes législatifs afin de mettre en place un système complet de lutte contre le terrorisme qui comprend, notamment, la création de nouvelles infractions. Bien que le législateur canadien criminalise depuis longtemps certaines modalités d'actions terroristes, par exemple le détournement d'avions ou l'atteinte à la sécurité des aéronefs et des aéroports¹⁶⁸, jamais n'avait-il défini le concept même de terrorisme, ni étendu la répression si largement. Désormais, tout acte direct ou indirect de terrorisme paraît criminalisé, qu'il s'agisse de participation, de financement ou de simples mesures de facilitation, que l'acte soit commis au pays ou à l'étranger¹⁶⁹. Le Canada répond ainsi à ses nombreuses obligations internationales en la matière et plus particulièrement, à la *Résolution 1373 du Conseil de Sécurité des Nations Unies*¹⁷⁰.

Les crimes liés au terrorisme ont été très peu utilisés depuis leur adoption, en 2001. À toutes fins utiles, le paysage jurisprudentiel se résume à quelques poursuites¹⁷¹. D'autres aspects du nouveau régime institué ont donné lieu à un contentieux plus important, par exemple celui entourant l'émission des certificats de sécurité en matière

¹⁶⁶ Voir l'article 467.13(2)(a) Ccr.

¹⁶⁷ *Loi modifiant le Code Criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme*, LC 2001, c 40. Suivant l'article 1, le titre abrégé de cette loi est *Loi antiterroriste*.

¹⁶⁸ Art 76 et 77 Ccr.

¹⁶⁹ Le principe traditionnel de la territorialité des lois est écarté au profit de règles procédurales beaucoup plus souples, tel que prévu par l'article 7(3.73)-(3.75) Ccr.

¹⁷⁰ La *Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies* a été adoptée quelques jours après les attentats terroristes du 11 septembre. Elle contraint les États membres à légiférer pour prévenir et contrer le terrorisme et son financement.

¹⁷¹ Soit essentiellement, en date de l'été 2010, l'affaire *R v Khawaja* (2006), 42 CR (6th) 348 (CS Ont), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2006] SCCA no 505, de même que les procédures entourant le démantèlement d'une cellule terroriste à Toronto, en juin 2006 : *R v Diri*, 2009 CanLII 58598 (CS Ont); *R v Khalid*, 2009 CanLII 44274 (CS Ont); *R v Amara*, [2010] OJ no 76 (CS) (QL); *R v Gaya*, [2010] OJ no 185 (CS) (QL); *R c Jamal*, 2006 CanLII 24454 (CS Ont); *R c NY*, 2008 CanLII51935 (CS Ont). Ajoutons à cette courte liste la seule affaire québécoise liée au terrorisme (planification d'un attentat de type kamikaze), soit *R c Namouh*, [2010] JQ no 1158 (CQ crim & pén) (QL).

d'immigration¹⁷². Mais cette problématique ne sera pas abordée ici. Les prochaines lignes se bornent à expliciter les principales infractions de terrorisme en droit canadien, de même qu'à survoler les nouveaux pouvoirs d'enquête mis en place par le législateur à l'occasion de l'adoption de la *Loi antiterroriste*.

Si les infractions liées au terrorisme n'ont pas fait l'objet de vastes commentaires jurisprudentiels, elles ont toutefois inspiré plusieurs remarques doctrinales. La majorité des auteurs mettent en lumière les risques d'atteintes aux droits constitutionnels consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷³, mais d'autres remarquent la modération du système canadien, comparé à ses vis-à-vis américain ou anglais¹⁷⁴. La réflexion à cet égard est enrichie par les travaux des deux comités parlementaires ayant procédé à l'évaluation de la *Loi antiterroriste*¹⁷⁵.

¹⁷² Voir notamment les arrêts *Charkaoui c Canada*, 2007 CSC 9 et *Charkaoui c Canada*, 2008 CSC 38.

¹⁷³ Voir notamment Ronald J Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, *The Security of Freedom*, Toronto, University of Toronto Press, 2001; David Daubney, dir, *Terrorisme, droit et démocratie : comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?*, Montréal, Thémis, 2002; Don Stuart, « The Anti-terrorism Bill C-36 : An Unnecessary Law and Order Quick Fix that Permanently Stains the Canadian Criminal Justice System » (2002) 14 NJCL 153; Maureen Webb, « Essential Liberty or a Little Temporary Safety? The Review of the Canadian Anti-terrorism Act » (2006) 51 Crim LQ 53; Kent Roach, « The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law » (2008) 24 Windsor Rev Legal Soc Issues 5.

¹⁷⁴ David Jenkins, « In support of Canada's Anti-Terrorism Act : A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003) 66 Sask LR 419.

¹⁷⁵ La loi antiterroriste ayant été adoptée dans l'urgence de l'après 11/09, le législateur avait souhaité qu'elle fasse l'objet d'une évaluation subséquente. L'article 145 de la *Loi antiterroriste* exige qu'un ou des comités du Parlement effectue, dans les trois ans qui suivent la sanction de la loi, un examen approfondi de ses dispositions et de son application. La *Loi antiterroriste* a été sanctionnée le 18 décembre 2001. En décembre 2004, la Chambre des communes a autorisé le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile à procéder à cet examen. Au cours de la même période, le Sénat a lui aussi décidé d'entreprendre pareil examen. D'où les deux rapports suivants : Chambre des communes, Sous-comité sur la revue de la Loi antiterroriste, « Droits, restrictions et sécurité. Un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes : Rapport final » (mars 2007), en ligne : Parlement du Canada <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2798914&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1>>; et Sénat, Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels » (février 2007), en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-f/anti-f/rep-f/rep02feb07-f.htm>>.

1.2.1 Les techniques d'incrimination

1.2.1.1 Les éléments définitionnels

Les infractions à l'étude intègrent toutes par renvoi la définition législative du concept d' « activité terroriste » (par exemple, la facilitation d'une activité terroriste aux termes de l'article 83.19 du *Code criminel*) ou celle de « groupe terroriste » (par exemple, la participation aux activités d'un groupe terroriste aux termes de l'article 83.18 Ccr), de sorte que pour bien saisir l'ampleur de la répression, il convient d'abord de saisir la portée de ces concepts.

La définition d' « activité terroriste » est extrêmement vaste. Elle comporte deux parties. Suivant la première, une activité terroriste est toute infraction visée par l'une des dix conventions internationales contre le terrorisme dont le Canada est signataire, qu'elle soit commise au Canada ou à l'étranger¹⁷⁶. La seconde partie de la définition est de portée plus générale. Elle désigne tout acte commis au Canada ou à l'étranger (y compris le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l'encouragement à la perpétration), qui répond aux trois conditions suivantes. Premièrement, cet acte est motivé par un but, un objectif ou une cause de nature politique, religieuse ou économique¹⁷⁷. Deuxièmement, cet acte est commis en vue d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, que ce soit sur le plan économique ou autre, ou encore, cet acte vise à contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation quelconque, au Canada ou ailleurs, à accomplir un acte ou à s'en abstenir¹⁷⁸. Enfin, troisièmement, cet acte est posé avec l'intention de causer l'une ou l'autre des conséquences suivantes : infliger des blessures graves ou causer la mort d'une personne par l'usage de la violence; mettre en danger la vie d'une personne; compromettre gravement la santé ou la

¹⁷⁶ Art 83.01(1)(a) Ccr. Les conventions internationales visées sont la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, la *Convention internationale contre la prise d'otages*, la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires*, le *Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, le *Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental*, la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* et la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*.

¹⁷⁷ Art 83.01(1)(b)(i)(A) Ccr.

¹⁷⁸ Art 83.01(1)(b)(i)(B) Ccr.

sécurité de tout ou partie de la population; causer des dommages matériels considérables dans des circonstances telles que les conséquences décrites précédemment vont probablement se produire; perturber gravement ou paralyser des services, installations ou systèmes essentiels. À ce dernier égard, le législateur exclut nommément les manifestations ou arrêts de travail¹⁷⁹.

Cette seconde partie de la définition fait l'objet de controverse au Canada. Selon plusieurs, la loi invite au profilage racial, ethnique et religieux en exigeant que l'acte soit motivé par une cause politique, religieuse ou idéologique pour être qualifié de terroriste. Cet argumentaire s'appuie sur la définition jurisprudentielle du terrorisme élaborée par la plus haute instance judiciaire du pays¹⁸⁰ et souligne qu'en droit canadien, le mobile ne fait pas partie de la définition usuelle des crimes. Dans l'affaire *Khawaja*¹⁸¹, l'accusé alléguait que l'exigence d'un motif politique ou religieux contrevenait aux libertés de religion, d'opinion et d'expression garanties par l'article 2 de la *Charte canadienne*. La Cour supérieure lui a donné raison, invalidant cette partie de la définition. À défaut d'un jugement émanant d'un tribunal d'appel, l'affaire *Khawaja* ne lie pas les différentes juridictions du pays et au moins deux d'entre elles ont décidé en sens contraire¹⁸². Notons que le Comité de la Chambre des communes a recommandé le maintien de l'exigence du mobile par souci de ne pas

¹⁷⁹ Art 83.01(1)(ii)(E) Ccr. Certains auteurs continuent néanmoins à questionner l'impact de ces nouvelles dispositions sur des actions revendicatrices plus radicales, telles le blocage d'un pont par des autochtones qui voudraient protéger leurs terres, par exemple. Voir Don Stuart, *Canadian Criminal Law*, Toronto, Carswell, 2007 aux pp 742-43.

¹⁸⁰ Avant la promulgation de la *Loi antiterroriste*, la notion de « terrorisme » se retrouvait déjà dans la *Loi sur l'immigration*, sans toutefois y être définie. Dans l'arrêt *Suresh v Canada*, 2002 CSC 1 [*Suresh*], la Cour suprême du Canada a décidé que cette notion n'était pas vague et imprécise au point de contrevir aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À cette occasion, la Cour s'est appuyée sur une dizaine de traités internationaux pour conclure que le terrorisme désignait tout « acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque » (*Suresh, ibid* au para 96). La définition proposée par la Cour suprême ne renvoie aucunement au mobile poursuivi.

¹⁸¹ *R v Khawaja, supra* note 171.

¹⁸² Dans l'affaire *États-Unies v Nadarajah*, [2009] OJ no 946 aux para 23-31 (SC) (QL), portant sur une demande d'extradition, la Cour supérieure de l'Ontario affirme que la définition du concept de terrorisme ne porte pas atteinte aux libertés fondamentales consacrées par l'article 2 de la *Charte canadienne* (libertés de religion, de croyance et d'opinion et liberté d'expression) puisqu'il se restreint aux activités violentes. L'affaire *R c Namouh, supra* note 171, va dans le même sens.

étendre indûment la définition¹⁸³, mais que le Comité du Sénat a fait la suggestion contraire, affirmant que « le ciblage de personnes en fonction de leur race ou de leur origine ethnique ne contribue pas à la lutte contre le terrorisme »¹⁸⁴. Le gouvernement a indiqué qu'il n'entendait pas modifier la définition en question¹⁸⁵.

Attardons-nous maintenant à la définition de l'expression « groupe terroriste ». Selon la loi criminelle, un groupe terroriste peut être une entité qui se livre à des activités terroristes ou qui les facilite, ou encore, une entité inscrite sur la liste noire établie par le gouvernement¹⁸⁶. En effet, suivant les articles 83.05 à 83.07 du *Code criminel*, le gouvernement peut inscrire une organisation ou un particulier sur une liste des entités terroristes, dans la mesure où il existe des motifs raisonnables de croire que cette entité s'est sciemment livrée à une activité terroriste ou a aidé un groupe terroriste¹⁸⁷. Le fait de figurer sur la liste ne constitue pas en soi une infraction, mais l'entité qui s'y retrouve est automatiquement considérée

¹⁸³ Sous-comité sur la revue de la Loi antiterroriste, *supra* note 175 aux pp 8-10.

¹⁸⁴ Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste, *supra* note 175 à la p 24. Notons que la Commission Arar a également suggéré aux responsables canadiens de se doter de politiques claires contre le profilage racial : Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : analyse et recommandations*, livre 3, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006 aux pp 388-91. Maher Arar, citoyen canadien, a été arrêté à l'aéroport de New York le 26 septembre 2002 alors qu'il revenait au Canada après des vacances en Tunisie. Il a été expulsé en Syrie où il a été torturé et détenu sans accusation pendant plus d'un an. La Commission Arar a blâmé le Canada d'avoir transmis aux autorités américaines certaines informations et de ne pas lui avoir fourni de services consulaires.

¹⁸⁵ Canada, Réponse du gouvernement, *Septième rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, « Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes », en ligne : Parlement du Canada, <http://cmte.parl.gc.ca/Content/HOC/committee/391/secu/govresponse/rp3066235/391_SECU_Rpt07_GR/391_SECU_Rpt07_GR-f.pdf> : « l'exigence qu'une action ou omission ait été commise au nom – exclusivement ou non – d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique a pour effet de restreindre la portée de la définition, ce qui aide à distinguer l'activité terroriste des autres formes plus conventionnelles d'activités criminelles ».

¹⁸⁶ Art 83.01(1) Ccr. Remarquons que le concept d'« entité » est défini dans le même article de loi : « personne, groupe, fiducie, société de personnes ou fonds, ou organisation ou association non dotée de la personnalité morale ». Notons également que la liste canadienne des entités terroristes est disponible en ligne à l'adresse <<http://www.securitepublique.gc.ca/prg/ns/le/cle-fra.aspx>>.

¹⁸⁷ Cette exigence des motifs raisonnables emporte une restriction du principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 11(d) de la *Charte canadienne*, ce qui pourrait soulever certains enjeux constitutionnels.

comme un groupe terroriste pour l'application de la loi criminelle, de sorte que quiconque a des rapports avec elle peut faire l'objet d'accusation.

1.2.1.2 Les éléments infractionnels

Une fois cernés les concepts d'« activité terroriste » et de « groupe terroriste », il est plus aisé de saisir la très vaste portée des infractions étudiées. Tous les actes directs ou indirects de terrorisme sont ciblés au moyen d'une série de dispositions législatives aussi complexes que détaillées¹⁸⁸. Les crimes institués s'intéressent aux actes de financement, de participation, de contribution, de facilitation et de direction du terrorisme, en plus de réprimer spécifiquement l'hébergement d'un terroriste et le fait d'inciter à craindre des activités terroristes. Survolons rapidement ces différentes catégories conceptuelles.

Le financement du terrorisme. Le législateur canadien privilégie une approche en trois volets pour contrer le financement du terrorisme. La création de nouveaux crimes d'aide monétaire, de fourniture de biens ou de services n'est que le premier d'entre eux. S'y ajoutent des dispositions sur le blocage et la confiscation des biens terroristes¹⁸⁹, de même qu'une modification à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, qui devient la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement du terrorisme*¹⁹⁰. Nous nous concentrerons ici sur les nouveaux crimes institués par le législateur dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001.

Le *Code criminel* sanctionne d'une peine maximale de dix ans d'emprisonnement le fait de fournir directement ou indirectement de l'argent, des biens ou des services dans l'intention qu'ils soient utilisés ou sachant qu'ils seront utilisés pour une activité terroriste ou pour faciliter une activité terroriste, ou encore, dans l'intention ou sachant qu'ils seront utilisés par un groupe terroriste ou pour le bénéfice d'un groupe terroriste¹⁹¹.

Le champ d'application de la loi criminelle est ici fort vaste. Comme le note le criminaliste Jean-Claude Hébert, « on pourrait dresser une liste kilométrique de biens et services susceptibles d'entraîner une inculpation criminelle. Sous réserve de la connaissance coupable et de l'intention

¹⁸⁸ Art 83.02-83.04, 83.18-83.25 Ccr.

¹⁸⁹ Art 83.08-83.13 Ccr.

¹⁹⁰ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement du terrorisme*, LC 2000, c 17, telle que modifiée par la *Loi antiterroriste*, LC 2001, c 40, art 48.

¹⁹¹ Art 83.02 et 83.03 Ccr.

requis par les nouveaux textes d'incrimination, d'innombrables objets peuvent être source de responsabilité pénale. Ce peut être une arme de poing, une substance explosive, un téléphone cellulaire, un ordinateur, de faux papiers d'identification, un titre de transport [...] [des] cartes de crédit ou de débit, [des] effets de commerce, [des] comptes bancaires ou toute forme de transferts d'actifs »¹⁹². Les regroupements professionnels d'avocats ont exprimé certaines inquiétudes à l'égard de ces nouvelles dispositions. Couplées à la définition élargie de la « contribution » à l'article 83.18 du *Code criminel*, qui inclut le fait de mettre des compétences ou une expertise à la disposition d'un groupe terroriste ou d'offrir de le faire, les nouvelles dispositions auraient pu menacer la prestation de services juridiques. Les deux comités parlementaires chargés de l'évaluation de la loi ont recommandé au législateur de préciser la portée des incriminations¹⁹³, mais ce dernier a décliné, rappelant que les dispositions comportaient une exigence de faute morale élevée qui restreignait suffisamment leur portée¹⁹⁴.

Enfin, si la fourniture de biens ou de services est criminalisée, le fait de les recevoir l'est au même titre. Suivant l'article 83.04 Ccr, l'utilisateur ou le possesseur de biens est également passible d'une peine d'emprisonnement de dix ans, dans la mesure, évidemment, où il est moralement fautif.

La participation directe ou indirecte Deux infractions s'intéressent à la participation directe ou indirecte à une activité terroriste. Suivant la première, toute infraction criminelle quelle qu'elle soit qui est commise au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec celui-ci, rend son auteur passible d'un emprisonnement à perpétuité¹⁹⁵. Le ministère public peut ainsi jumeler les infractions criminelles usuelles et le régime particulier relatif au terrorisme, ce qui lui procure un double avantage, soit d'une part celui de bénéficier de pouvoirs d'enquête élargis et d'autre part, celui de pouvoir réclamer une peine plus élevée qu'à l'ordinaire. En effet, peu importe la gravité objective du crime commis, le contrevenant est passible de la peine maximale en droit canadien, dès lors que l'acte incriminé s'inscrit dans les modalités de fonctionnement d'un groupe terroriste.

Suivant la deuxième, « est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, sciemment, participe à

¹⁹² Hébert, *supra* note 153 à la p 181.

¹⁹³ Sous-comité sur la revue de la Loi antiterroriste, *supra* note 175 aux pp 13 et s; Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste, *supra* note 175 aux pp 59 et s.

¹⁹⁴ Voir Réponse du gouvernement, *supra* note 185.

¹⁹⁵ Art 83.3 Ccr.

une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter »¹⁹⁶. L'élément moral est double : il s'attache d'abord à la commission de l'*actus reus* du crime (l'accusé doit avoir posé sciemment les gestes reprochés) et exige ensuite la preuve hors de tout doute raisonnable de l'intention spécifique d'aider le groupe terroriste ou de faciliter la commission d'une activité terroriste. Le législateur précise qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé connaisse la nature de l'activité terroriste qu'il aide ou facilite, ni que les actes reprochés aient effectivement aidé ou facilité cette activité terroriste, ni encore que celle-ci soit effectivement menée¹⁹⁷. Suivent des exemples de participation ou de contribution : donner ou acquérir de la formation ou recruter une personne à cette fin; mettre ses compétences ou son expertise au profit d'un groupe terroriste; entrer ou demeurer dans un pays au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, et ainsi de suite¹⁹⁸.

Dans l'affaire *Khawaja*¹⁹⁹, l'accusé faisait face à différentes accusations liées au complot d'un attentat terroriste à la bombe en Angleterre. En défense, il prétendit notamment que la norme de faute requise pour le crime de participation directe ou indirecte à une activité terroriste n'obéissait pas aux exigences posées par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que l'accusé pouvait être condamné même s'il ne savait pas quelle activité terroriste il aidait ou facilitait. Le ministère public répliqua qu'un grand nombre de cellules terroristes opéraient sans que leurs membres ne connaissent les actions qu'ils seraient appelés à poser avant le moment fatidique. Le tribunal se rangea à cet argumentaire et affirma que la norme de faute requise respectait bel et bien les exigences constitutionnelles²⁰⁰.

La facilitation. L'élément moral du crime de facilitation prévu à l'article 83.19 du *Code criminel* a soulevé des questionnements de même nature. Après avoir affirmé que quiconque, sciemment, facilite une activité terroriste est coupable d'une infraction passible de quatorze ans d'emprisonnement, le législateur allège le fardeau de preuve du ministère public en précisant « qu'il n'est pas nécessaire pour faciliter une activité terroriste : a) que l'intéressé sache qu'il se trouve à faciliter une activité terroriste en particulier; b) qu'une activité terroriste en particulier ait été envisagée au moment où elle est facilitée; c) qu'une activité terroriste soit

¹⁹⁶ Art 83.18(1) Ccr.

¹⁹⁷ Art 83.18(2) Ccr.

¹⁹⁸ Art 83.18(3) Ccr.

¹⁹⁹ *R v Khawaja*, *supra* note 171.

²⁰⁰ *Ibid.*

effectivement mise à contribution. »²⁰¹ Est-il possible qu'un accusé facilite sciemment une activité terroriste sans toutefois savoir qu'une activité terroriste en particulier est envisagée? Et dans l'affirmative, cet accusé serait-il suffisamment à blâmer pour qu'on puisse lui apposer l'étiquette de terroriste, lourde de conséquences? Rien ne s'y oppose sur le plan constitutionnel, de répondre la cour dans l'affaire *Khawaja*²⁰² : « il n'y a rien de répréhensible à demander, et même à exiger des citoyens respectueux des lois qu'ils évitent de poser quelque geste que ce soit qui, à leur connaissance, aide, supporte ou facilite une activité terroriste ou un groupe terroriste engagé dans une telle activité »²⁰³. L'important, selon le tribunal, est que l'accusé sache qu'il facilitait une activité terroriste quelconque, fût-elle éventuelle.

La direction. Le fait de charger sciemment une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste ou de se livrer à une activité terroriste est passible de l'emprisonnement à perpétuité²⁰⁴. Par un mécanisme similaire à celui qu'il utilise pour les infractions de participation et de facilitation, le législateur précise que l'accusé n'a pas besoin de charger une personne en particulier ni de connaître la nature exacte de l'activité terroriste projetée pour être trouvé coupable d'une infraction de direction²⁰⁵.

L'hébergement. L'infraction d'hébergement, qui n'a jamais été utilisée à ce jour au Canada, rend passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque héberge ou cache sciemment une personne dont il sait qu'elle s'est livrée à une activité terroriste ou est susceptible de le faire, afin de lui permettre de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter²⁰⁶. La lecture de la disposition révèle une triple exigence de faute; l'accusé doit agir intentionnellement, connaître le profil de la personne qu'il cache ou héberge et agir ainsi dans le but de l'aider à atteindre ses visées terroristes.

À cette panoplie d'infractions liées au terrorisme s'ajoute enfin le crime d'incitation à craindre des activités terroristes²⁰⁷. Passible d'un

²⁰¹ Art 83.19(2) Ccr.

²⁰² *R v Khawaja*, *supra* note 171.

²⁰³ *Ibid* au para 34 [notre traduction].

²⁰⁴ Art 83.21-83.22 Ccr.

²⁰⁵ Art 83.21(2), 83.22(2) Ccr.

²⁰⁶ Art 83.23 Ccr.

²⁰⁷ Art 83.231 Ccr. À notre connaissance, le crime a fait l'objet d'une seule poursuite : *R c Lapoleon*, [2007] BCJ no 2166 (CP) (QL). Pour l'analyse du crime de canular terroriste, voir Pierre Rainville, *Les humeurs du droit pénal au sujet de l'humour et du rire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 aux pp 18-19, 115.

emprisonnement maximal de cinq ans, le crime est aggravé s'il cause des blessures ou la mort. Dans ce dernier cas, l'accusé risque l'emprisonnement à perpétuité.

1.2.2 Les techniques d'enquête

Le législateur canadien a voulu faciliter la poursuite de ces infractions par la mise en place de deux nouveaux outils d'enquête, soit l'investigation judiciaire²⁰⁸ et l'arrestation préventive²⁰⁹. L'investigation judiciaire permet, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme a été ou sera commise, de contraindre une personne à se présenter devant un juge afin de répondre aux questions qui lui seront posées et de remettre toute chose qu'elle a en sa possession ou à sa disposition. À défaut de se conformer à ces exigences, la personne peut faire l'objet d'un mandat d'arrestation²¹⁰. L'investigation judiciaire offre ainsi « un moyen de recueillir des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête portant sur des infractions passées, présentes et futures »²¹¹. Il permet d'obliger les personnes à témoigner avant qu'une poursuite criminelle ne soit intentée, voire avant qu'un crime ne soit commis. La Cour suprême du Canada a affirmé la constitutionnalité de ce nouveau dispositif d'enquête, n'y trouvant ni violation du droit au silence, ni violation du droit à la protection contre l'auto-incrimination²¹². Il est entendu que la preuve obtenue dans le cadre d'une investigation judiciaire ne peut pas être utilisée contre la personne de qui elle émane²¹³.

Quant au mécanisme de l'arrestation préventive, il permet l'arrestation, la mise sous garde et l'imposition d'un engagement assorti de conditions à toute personne soupçonnée de vouloir se livrer à une activité terroriste. Il s'agit ici d'intervenir en amont afin d'éviter la commission d'un mal plus grand. La personne doit être menée devant un tribunal dans un délai maximal de trois jours, afin qu'il soit statué sur la nécessité de lui imposer un engagement assorti de conditions d'une durée maximale de 12 mois. Si la personne refuse de signer pareil engagement, le juge peut ordonner son emprisonnement pour la même période de temps.

²⁰⁸ Art 83.28 Ccr.

²⁰⁹ Art. 83.3 Ccr.

²¹⁰ Art. 83.29 Ccr.

²¹¹ *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42 au para 60.

²¹² *Ibid.*

²¹³ L'article 83.28(10) Ccr limite cette protection aux affaires criminelles, mais la Cour suprême l'a étendue en matière d'extradition ou d'expulsion lorsque les circonstances le justifient, *ibid* au para 79.

L'investigation judiciaire et l'arrestation préventive, deux mesures judiciaires sans précédent en droit canadien, ont suscité plusieurs réserves au cours du processus législatif menant à l'adoption de la *Loi antiterroriste*, en 2001, tant et si bien que le législateur les a assujetties à une clause de temporisation prévoyant qu'elles cesseraient de s'appliquer le 31 décembre 2006, à moins qu'elles soient prorogées par une résolution du Parlement avant la fin de cette journée²¹⁴. Les deux comités chargés de l'évaluation de la *Loi antiterroriste* ont recommandé cette prorogation²¹⁵ et le gouvernement a déposé une résolution en ce sens, mais elle n'a pas été retenue²¹⁶, tant et si bien qu'au moment d'écrire ces lignes, les pouvoirs d'investigation judiciaire et d'arrestation préventive n'existent plus en droit canadien. Un projet de loi vise toutefois leur résurrection²¹⁷.

La *Loi antiterroriste* a également renforcé le pouvoir des policiers en matière d'écoute électronique afin de l'aligner sur le modèle prévalant en matière de criminalité organisée. Ainsi, contrairement aux règles usuelles en la matière, les policiers n'ont pas besoin de démontrer que l'écoute électronique est une mesure de dernier recours afin d'obtenir une autorisation judiciaire à cette fin²¹⁸. De plus, la durée de l'autorisation judiciaire est prolongée, passant de 60 jours à un an²¹⁹. Enfin, l'exigence d'informer la personne qui a été la cible d'une écoute électronique dans les

²¹⁴ Art 83.32 Ccr.

²¹⁵ Chambre des communes, Sous-comité sur la revue de la Loi antiterroriste, « Examen de la Loi antiterroriste, audiences d'investigation et engagements assortis de conditions : Rapport provisoire » (octobre 2006) aux pp 5-6, en ligne : Parlement du Canada <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2422668&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1>> (recommandation de proroger pour une période de 5 ans); Sénat, Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal » (février 2007) à la p 79, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-f/anti-f/rep-f/rep02feb07-f.htm>> (recommandation de proroger pour une période de trois ans).

²¹⁶ Cette résolution a été déposée le 9 février 2007. Elle prévoyait le renouvellement des pouvoirs d'investigation judiciaire et d'arrestation préventive pour une période de trois ans. Elle fut rejetée le 27 février 2007 par un vote de 159 contre 124.

²¹⁷ PL C-17, *Loi modifiant le Code criminel (investigation et engagement assorti de conditions)*, 1^{re} lect, 3^e sess, 40^e parl, 2010.

²¹⁸ La règle usuelle du dernier recours est formulée à l'article 185(1)(h) Ccr et veut que la demande d'écoute électronique indique « si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête. » Cette règle ne prévaut pas dans le cas d'une infraction de terrorisme, comme l'indique l'article 185(1.1) Ccr.

²¹⁹ Art 186.1 Ccr.

90 jours qui suivent peut être différée jusqu'à trois ans²²⁰. En parallèle à ce système d'autorisation judiciaire, le législateur a instauré un mécanisme d'autorisation ministérielle qui transige par le Centre de la sécurité des télécommunications²²¹.

2. *L'élargissement de la définition de crimes graves*

L'élaboration d'infractions inédites conçues en propre pour les organisations criminelles ou terroristes se sera avérée le procédé contemporain d'incrimination le plus ambitieux. À ces inculpations novatrices se sera ajoutée une autre technique législative certes employée plus parcimonieusement. Certaines infractions classiques ont été partiellement redéfinies de manière à accentuer la répression de la criminalité organisée. La révision et l'amplification de ces textes d'incrimination emprunte à trois procédés.

Le premier s'intéresse au statut de la victime : il s'agit alors d'intégrer, comme composante supplémentaire et aggravante de l'infraction, les personnes qui, de par leur rôle institutionnel ou professionnel, sont davantage susceptibles d'être l'objet des attentions des organisations criminelles. Le crime d'intimidation a ainsi été réécrit partiellement en 2001 de façon à viser spécifiquement les actes d'intimidation destinés à nuire à l'administration de la justice pénale²²² ou à effrayer un journaliste en vue de lui nuire dans la diffusion d'information relative à une organisation criminelle²²³. Les formes traditionnelles d'intimidation s'entendent d'une peine de cinq ans d'incarcération, alors que les nouveaux modes d'intimidation dénoncés au code depuis 2001 comportent plutôt une peine maximale de quatorze ans de réclusion²²⁴.

Le deuxième procédé s'intéresse, non pas à la victime, mais plutôt au commanditaire ou au bénéficiaire de l'infraction. Cette méthode consiste à retenir les crimes les plus susceptibles de profiter aux organisations délinquantes et à intégrer, comme circonstance définitionnelle aggravante, le fait de perpétrer cette infraction au profit ou sous la gouverne de cette entité. À titre d'exemple, la fabrication ou la possession de substances explosives sans excuse légitime est dorénavant punissable d'un maximum

²²⁰ Art 196(5) Ccr.

²²¹ *Loi sur la défense nationale*, LRC 1985, c N-5, art 273.65.

²²² Art 423.1(1)(a) Ccr. L'article 423.1(1)(b) Ccr semble posséder une plus vaste portée encore, puisqu'il a trait à la tentative d'entrave à l'exercice des attributions d'une personne « associée au système judiciaire », sans se limiter apparemment à la justice pénale.

²²³ Art 423.1(1)(c) Ccr.

²²⁴ Comparer les art 423 et 423.1 Ccr.

de quatorze années si elle survient « au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle »²²⁵. Cette méthode particularisée d'incrimination revêt, au premier d'abord, peu d'intérêt : selon les principes pénologiques arrêtés en toutes lettres dans le *Code criminel*, la réalisation d'une infraction en lien avec une organisation criminelle fait déjà figure de circonstance aggravante²²⁶. Aussi n'est-il guère utile de rédéfinir l'infraction elle-même, sauf à vouloir marquer la réprobation avec plus de netteté encore et fixer avec précision une nouvelle peine maximale²²⁷.

La troisième méthode s'avère la plus hardie. Elle consiste à requalifier l'infraction en cause *au seul motif* qu'elle a été perpétrée en lien avec une organisation criminelle.

Il convient de raisonner à l'aide du meurtre au premier degré. Le *Code criminel* classifie les homicides intentionnels en deux catégories : le meurtre au premier degré et celui au second degré. Le meurtre au premier degré se limite aux homicides intentionnels « les plus crapuleux »²²⁸ ou les plus « odieux »²²⁹ : le Code leur réserve un emprisonnement minimal de vingt-cinq ans sans possibilité de libération conditionnelle durant cette période, par opposition à la réclusion d'au moins dix ans prévue pour le meurtre au second degré²³⁰.

Le meurtre au premier degré s'entend notamment de l'homicide prémédité commis de propos délibéré ainsi que du meurtre de celui que l'on sait être un policier dans l'exercice de ses fonctions²³¹. À ces formes classiques de meurtre au premier degré se sont récemment ajoutés les homicides intentionnels commis en lien avec le terrorisme ou de concert avec une organisation criminelle. Le Parlement canadien a estimé qu'un meurtre commis à l'occasion d'une infraction de terrorisme ou lors de l'usage criminel d'explosifs en rapport avec une organisation criminelle s'entendait forcément d'un meurtre au premier degré et ce,

²²⁵ Comparer les art 82(1) et 82(2) Ccr.

²²⁶ Voir l'art 718.2(a)(iv) Ccr abordé ci-dessous.

²²⁷ À titre d'exemple, la violation de l'article 82(2) Ccr s'accompagne désormais d'une peine purgée consécutivement à toute autre (art 82.1 Ccr).

²²⁸ *R c Harbottle*, [1993] 3 RCS 306 à la p 314.

²²⁹ *R c Nette*, [2001] 3 RCS 488 au para 62; *R c Harbottle*, *ibid.* Comme l'exprime avec justesse un pénaliste québécois réputé : « À l'analyse de la culpabilité de l'accusé succède alors une analyse de sa nocivité. » : Hugues Parent, *Traité de droit criminel : La culpabilité (actus reus et mens rea)*, t 2, Montréal, Thémis, 2004 à la p 55 [Parent, *Traité*, t 2].

²³⁰ Art 745 Ccr.

²³¹ Art 231(2) et (4) Ccr.

« indépendamment de toute préméditation »²³². Fut alors privilégié l'emploi d'un critère simplement *contextuel et temporel* : il suffit que l'infliction intentionnelle de la mort survienne « au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration » soit d'une infraction liée au terrorisme²³³, soit d'une infraction en matière d'explosifs réalisée « au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle »²³⁴.

Ce remodelage des formes de meurtre au premier degré dévoile un postulat : de par la seule existence de la perpétration d'un crime en lien avec le terrorisme ou avec une organisation criminelle, l'infraction est censée acquérir automatiquement un degré de culpabilité morale supplémentaire *de nature à entraîner la requalification du crime en cause*.

La justesse de ce postulat pose problème. D'une part, la notion d'organisation criminelle est définie très largement en droit criminel canadien²³⁵. D'autre part, *le rôle joué par l'inculpé devient entièrement occulté par un processus de qualification qui ne s'intéresse qu'à l'entité elle-même*. Or, la peine est individuelle – faut-il le rappeler – et la question préalable à la qualification du meurtre au premier degré consiste à se demander « s'il existe des circonstances aggravantes justifiant l'impossibilité de profiter de la libération conditionnelle avant un quart de siècle »²³⁶.

Le *degré* de culpabilité morale affiché par l'inculpé doit forcément se singulariser par rapport à celui lié au meurtre au deuxième degré : le caractère intentionnel de l'homicide ne suffit manifestement pas. Or, l'accentuation du degré de culpabilité morale résiderait, selon le Parlement canadien, dans la participation de l'inculpé à un meurtre survenu au profit ou sous les ordres d'une organisation criminelle ou au cours d'une activité terroriste.

Une modification toute récente au *Code criminel* porte à croire que le législateur convient implicitement de l'imperfection de ce raisonnement et de la portée démesurée des articles 231(6.01) et 231(6.1) Ccr. La retouche apportée au texte de loi est subtile, certes, mais celui-ci ne se satisfait plus

²³² Art 231(6.01) et 231(6.1) Ccr.

²³³ Art 231(6.01) Ccr avant sa révision en date du 2 octobre 2009.

²³⁴ Art 231(6.1) Ccr antérieurement à l'amendement législatif entré en vigueur le 2 octobre 2009.

²³⁵ Voir nos observations de la partie 1.1 du titre second, ci-dessus.

²³⁶ *R c Harbottle*, *supra* note 228 à la p 323. Des facteurs particulièrement graves doivent fonder la stigmatisation et la peine accrue propres au meurtre au premier degré : *R c Nette*, *supra* note 229 aux para 56, 62, 64.

du critère temporel et contextuel mentionné précédemment. Il est désormais requis que la mort soit causée par l'inculpé lui-même. Le tout nouvel article 231(6.01) Ccr se lit comme suit : « Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré *lorsque celle-ci cause la mort* au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration » d'un acte criminel dont la composante matérielle est une activité terroriste. De la même manière, le nouvel article 231(6.1) Ccr se concentre sur le degré d'implication du prévenu par rapport au décès proprement dit : celui-ci doit avoir « causé » la mort au profit, sous la direction ou en association avec une organisation criminelle – quel que soit le moyen utilisé par ailleurs²³⁷.

À notre avis, l'importance du rôle de l'inculpé doit désormais être scrutée avant de pouvoir convenir que le meurtre au profit d'une organisation criminelle justifie la sanction la plus grave prévue au code. En l'absence de toute préméditation, force est d'analyser l'ampleur de la participation de l'inculpé et le degré d'utilité de son apport au meurtre. Il y a lieu de s'inspirer dorénavant de la jurisprudence rendue au sujet de l'article 231(5) Ccr dont le libellé est apparenté²³⁸. Le rôle de l'accusé devra acquérir une importance causale déterminante. Autrement dit, plusieurs formes de complicité au profit d'une organisation criminelle ou terroriste ne suffiront point à transformer l'homicide intentionnel en meurtre au premier degré²³⁹. Les agissements de l'accusé devront désormais représenter une cause « substantielle et essentielle »²⁴⁰ du décès.

²³⁷ Le nouvel article ne se limite donc plus à l'emploi d'explosifs.

²³⁸ Est un meurtre au premier degré, le meurtre *causé* par l'inculpé en commettant ou en tentant de commettre un crime de domination tels l'agression sexuelle, l'enlèvement ou le détournement d'aéronef : art 231(5) Ccr.

²³⁹ La complicité ne suppose, en soi, aucune utilité particulière : il suffit à l'inculpé d'adopter un comportement « en vue d'aider l'auteur réel » (art 21(1)(b) Ccr). Tombe sous le coup de la complicité toute forme d'assistance intentionnelle, utile ou non : Côté-Harper, Rainville et Turgeon, *supra* note 8 aux pp 760-64, 768. L'auxiliaire peut donc se rendre coupable d'une infraction de résultat sans avoir véritablement contribué à sa survenance (*ibid* à la p 747). Qu'il suffise de songer au complice qui fait le guet en vain.

²⁴⁰ Tel est le critère développé au sujet de l'article 231(5) Ccr dont le libellé s'apparente aux nouveaux articles 231(6.01) et (6.1) Ccr : *R c Harbottle*, *supra* note 228 aux pp 323-24; *R c Ménard*, [2005] 1 RCS 24. La complicité devra donc s'avérer déterminante pour tomber sous le coup des nouvelles dispositions. Sera, par exemple, coupable de meurtre au premier degré le complice qui parvient à maîtriser la victime pendant que l'auteur réel l'étrangle. Il en est de même de l'auxiliaire qui enferme la victime dans un placard pendant qu'une autre personne y met le feu, ou de celui qui repousse un tiers venu secourir la victime sur le point d'être abattue par un autre membre de l'organisation. En revanche, toute forme de complicité demeurée en deçà d'une cause substantielle du décès devrait se trouver exclue de la nouvelle définition du meurtre au

Partant, il lui faudra avoir assumé un « rôle très actif »²⁴¹ dans le meurtre²⁴².

Le critère causal met l'accent sur l'ampleur de la culpabilité morale²⁴³ de l'inculpé *par rapport à l'infraction reprochée* et relègue au second plan – sans la nier pour autant – l'importance de son association avec le milieu criminalisé : un « degré substantiel et élevé de culpabilité »²⁴⁴ est désormais requis en sus de celui propre à tout homicide intentionnel *et il ne saurait être suppléé par la preuve de la participation à une organisation criminelle*.

La volte-face du législateur canadien est la reconnaissance implicite de ce que *l'importance du critère de la dissuasion générale connaît des limites inhérentes à la nature des infractions en cause – y compris en matière de criminalité organisée et de terrorisme* –. C'est convenir également que le degré de responsabilité des membres d'une organisation criminelle dans la réalisation d'une infraction n'est pas forcément identique²⁴⁵ et que leur condamnation se doit de refléter cette différence.

premier degré énoncée aux articles 231 (6.01) et (6.1) Ccr. Le complice au rôle plus tenu en est alors quitte pour une condamnation de meurtre au second degré.

²⁴¹ *R c Harbottle, ibid* à la p 324, qui précise que ce rôle sera « habituellement un rôle de nature physique »; *R c Ménard, ibid*; *R c Nette, supra* note 229 aux para 61, 73. Un degré « plus grand » de participation est requis. Ces trois arrêts portent sur l'article 231(5) Ccr.

²⁴² Le libellé antérieur des articles 231(6.01) et (6.1) Ccr ne comportait manifestement pas une telle exigence (pour une opinion contraire, voir Parent, *Traité*, t 2, *supra* note 229 à la p 171). Si certaines autorités ont noté sommairement les différences terminologiques entre ces anciennes dispositions et l'article 231(5) Ccr (*R c Nette, supra* note 229 au para 63; Sanjeev Anand, « Determining Causal Standards for First Degree Murder in the Wake of Nette : When Does the Substantial Cause Test Apply? » (2002) 46 Crim LQ 282 aux pp 286-92; *Mewett & Manning, supra* note 51 à la p 788), aucune hésitation ne saurait être de mise de toute façon. En utilisant l'expression anglaise « while committing or attempting to commit », le législateur canadien veilla à retenir une expression qui, d'après l'arrêt *Harbottle*, ne comportait aucune notion causale! Voir *R c Harbottle, ibid* à la p 317.

²⁴³ Les liens intimes entre la causalité juridique et la culpabilité morale sont mis à juste titre en relief dans l'arrêt *R c Nette, supra* note 229.

²⁴⁴ Voir par analogie *R c Harbottle, supra* note 228 à la p 323.

²⁴⁵ Abstraction faite, bien évidemment, de l'hypothèse du meurtre prémédité. Le membre d'une organisation criminelle qui se sait pertinemment complice d'un meurtre prémédité et commis de propos délibéré hérite – lui aussi – d'une condamnation de meurtre au premier degré au sens de l'article 231(2) Ccr.

3. *L'émergence de règles pénologiques particulières*

Le juge chargé de la détermination de la peine dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire. Le législateur se contente de tracer le cadre à l'intérieur duquel doit s'exercer l'exercice sentenciel, affichant le plus grand respect pour l'exercice judiciaire d'individualisation des peines. Ce respect se manifeste particulièrement à deux égards. D'abord, le texte de loi criminelle se contente usuellement d'indiquer quelle est la peine maximale d'emprisonnement²⁴⁶, ce qui n'exclut aucunement le recours à des sanctions plus clémentes, telles l'amende ou l'ordonnance de travaux communautaires, par exemple. Ensuite, le législateur ne contraint pas le juge à privilégier un objectif pénologique plutôt qu'un autre; dans tous les cas, il décidera en fonction des faits qui lui sont soumis s'il convient d'aborder la sentence dans une optique de dénonciation et de dissuasion (ce qui conduit généralement à un alourdissement de la peine) ou dans une optique de réinsertion sociale du contrevenant (ce qui favorise l'ordonnance de sanctions plus clémentes)²⁴⁷.

Le législateur se fait plus directif en matière de criminalité organisée. Trois stratégies juridiques sont privilégiées. Premièrement, le gangstérisme et le terrorisme sont érigés en facteurs aggravants; deuxièmement, les peines d'emprisonnement doivent être purgées de manière consécutive et troisièmement, la peine maximale est hissée à perpétuité, indépendamment de la gravité objective du crime commis. Explicitons.

Le gangstérisme et le terrorisme présentent un haut niveau de dangerosité et doivent être fortement découragés. Le législateur souhaite que la détermination de la peine poursuive des objectifs de dénonciation et de dissuasion générale et spécifique, exerçant ainsi une pression à la hausse sur la sentence. L'appartenance à une organisation criminelle est une circonstance aggravante expressément prévue par la loi, tout comme le fait de s'associer à des visées terroristes²⁴⁸. Si le gangstérisme est toujours un facteur d'alourdissement de la peine, la jurisprudence est

²⁴⁶ Il existe toutefois quelques exemples de peines minimales en droit canadien, mais elles demeurent l'exception et non la règle. L'exemple le plus connu est le meurtre, passible d'une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité.

²⁴⁷ Art 718 Ccr : « Le prononcé des peines (...) [vise] l'un ou l'autre des objectifs suivants : a) dénoncer le comportement illégal; b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions; c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société; d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants; e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité; f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. »

²⁴⁸ Art 718.2(a)(iv)-(v) Ccr.

empreinte de plusieurs nuances, les tribunaux évaluant l'importance de l'organisation criminelle et la place hiérarchique qu'y occupe l'individu concerné avant de rejeter toute autre considération liée à sa réhabilitation et sa réinsertion sociale²⁴⁹. Celui qui se rend coupable d'une infraction liée au terrorisme rencontre une intransigeance plus marquée. C'est que le terrorisme heurte de plein fouet les valeurs canadiennes d'ouverture multiculturelle et emporte une dénonciation collective sans équivoque²⁵⁰.

Lorsqu'un accusé est trouvé coupable de plusieurs infractions à la fois, les peines infligées pour chacune d'entre elles peuvent être purgées de manière concurrente ou consécutive. Le principe de la concurrence des peines est d'application générale au Canada. Ainsi, à moins d'indication contraire dans un texte de loi, la peine commence à courir au moment où elle est infligée²⁵¹, de sorte que l'imposition de deux termes d'emprisonnement de trois ans n'équivaut pas à six années d'incarcération, mais bien à trois. Comme l'ont répété à plusieurs reprises les tribunaux canadiens, les peines sont concurrentes les unes aux autres dès lors que les infractions présentent un lien étroit, découlent du même incident ou font partie d'une même opération criminelle²⁵².

Le principe de la concurrence des peines n'est pas absolu, toutefois. Le pouvoir des tribunaux d'imposer des peines d'emprisonnement consécutives, issu de la common law²⁵³, est codifié à l'article 718.3(4) du *Code criminel*. Ici, l'arithmétique reprend ses droits; deux termes

²⁴⁹ Voir par exemple *R c Duguay*, [2004] JQ no 14079 (CS) (QL).

²⁵⁰ Voir *R v Khawaja*, [2009] OJ no 4279 aux para 24-26 (CS) (QL) : « In terrorism sentencing cases particular emphasis is placed on the elements of denunciation, deterrence, and protection of the public by separating the offender from it. Moreover, where acts of terrorism are pursued for religious or ideological cause, it may be considered that even personal deterrence may be of less significance than protection of the public (...) Canada values its history of multi-cultural and multi-ethnic tolerance. Canadians are proud that people of many languages, religions and backgrounds can co-exist in a peaceful and orderly society. In a world where in so many, many places, tribalism, generations of hostility and hatred, and religions and ideological differences lead to violence and bloodshed, Canada's albeit short history of relative peaceful co-existence is a beacon of hope for the future. We must jealously guard our individual freedoms, the respect for the worth of every individual, and our peaceful social order. To this end, sentencing in cases of terrorist activity must strongly repudiate activity that undermines our core values. » Au même effet, *R v Sandouga*, [2002] AJ no 1042 aux para 25-28 (CA) (QL).

²⁵¹ Art 719(1) Ccr.

²⁵² *R c Aoun*, 2008 QCCA 440 au para 20, s'appuyant sur *Dubé c R*, 2006 QCCA 699; *R c Pichette*, JE 2003-289 (CA); *R c Gravelle*, [2000] RJQ 2467 (CA).

²⁵³ Sur l'origine et l'évolution du pouvoir des tribunaux d'imposer des peines d'emprisonnement consécutives, voir *Paul c R*, [1982] 1 RCS 621.

d'emprisonnement de trois années équivalent bien à six années d'incarcération. La jurisprudence enseigne qu'il peut être approprié d'imposer des peines consécutives lorsque les infractions commises découlent de transactions criminelles distinctes, ou lorsqu'il existe un facteur aggravant d'importance²⁵⁴. Elle rappelle également que le juge de première instance dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de sa discrétion d'imposer des peines d'emprisonnement concurrentes ou consécutives et que les tribunaux d'appel doivent faire preuve de la plus grande retenue à cet égard²⁵⁵.

Or il appert clairement qu'en matière de criminalité organisée, le législateur n'a pas voulu s'en remettre à la discrétion judiciaire. Une série de dispositions législatives affirment sans ambages qu'une peine infligée à une personne pour une infraction de terrorisme ou de gangstérisme est purgée consécutivement à toute autre peine sanctionnant une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre peine en cours d'exécution²⁵⁶. Le tribunal n'a pas le choix : il doit additionner les peines les unes aux autres.

La troisième stratégie législative utilisée pour favoriser la mise à l'écart durable du contrevenant n'intéresse que le responsable d'infractions de terrorisme. Il s'agit ici, sous réserve d'une notification à l'accusé²⁵⁷, d'augmenter la peine maximale affichée dans les différentes infractions de terrorisme à une peine d'emprisonnement à perpétuité²⁵⁸. Ainsi, tout acte criminel devient passible de la peine la plus sévère qui soit en droit canadien, dès lors que l'acte incriminé constitue également une activité terroriste.

Toutes ces stratégies législatives favorisent, voire commandent l'octroi de peines d'emprisonnement sévères pour répondre à la criminalité organisée. Le but poursuivi ne fait aucun doute : neutraliser les contrevenants en les isolant du reste de la société. Cette volonté imprègne chacune des étapes juridiques menant à l'emprisonnement pour peine. Ainsi, lorsqu'il fait face à une accusation de gangstérisme ou de terrorisme, le prévenu doit être maintenu sous verrous jusqu'à son procès²⁵⁹, ce qui

²⁵⁴ *R c Dubé*, supra note 252; *R c Aoun*, supra note 252; *R c Du-B (DI)*, 2006 QCCA 459; *Lepire c R*, 2006 QCCA 1465; Hugues Parent et Julie Desrosiers (coll), *Traité de droit criminel*, t. 3, *La Peine*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, chap. 7, 3e sous-section.

²⁵⁵ *R c McDonnell*, [1997] 1 RCS 948 aux para 44-46.

²⁵⁶ Art 82.1, 83.26, 467.14 Ccr.

²⁵⁷ Art. 83.27(2) Ccr.

²⁵⁸ Art 83.27(1) Ccr.

²⁵⁹ Art 515(6) Ccr.

peut nécessiter l'écoulement de plusieurs années²⁶⁰. S'il est finalement condamné, il est contraint à purger la moitié de sa sentence, jusqu'à concurrence de dix ans, avant d'être admissible à une libération conditionnelle²⁶¹.

Les préoccupations du législateur à l'égard de la sécurité publique ne s'expriment pas seulement de manière réactive. En effet, l'institution traditionnelle de *common law* du « mandat de paix » a été élargie afin de permettre l'émission d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public lorsqu'il existe des motifs raisonnables de craindre la commission d'une infraction de terrorisme ou de gangstérisme²⁶². Pareil engagement se veut préventif; il n'est pas nécessaire qu'une infraction ait été commise pour en solliciter l'émission. De fait, sur le plan pratique, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public est envisagé lorsqu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve à l'appui d'une inculpation. À cet égard, certaines similitudes existent entre l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et le mécanisme de l'arrestation préventive; dans les deux cas, l'engagement est d'une durée maximale de douze mois et si la personne refuse de le signer, elle peut être emprisonnée pour une période de temps équivalente²⁶³.

En bref, nous dirons que l'émission de règles pénologiques particulières en matière de criminalité organisée s'inscrit dans une optique répressive assumée et poursuit des visées dénonciatrices et dissuasives claires.

Conclusion

Impulsée naguère par la *common law*, l'aggravation du régime de responsabilité réservé aux membres d'une organisation délinquante connaît une accélération et une amplification dans la législation canadienne contemporaine. Deux tendances se dessinent et se renforcent mutuellement. L'on note, tout d'abord, l'accentuation d'un glissement : le mode d'imputation de la responsabilité se déporte de plus en plus de l'« infraction commise » vers l'« infraction redoutée »²⁶⁴. Une logique de

²⁶⁰ Les délais sont particulièrement longs en matière de terrorisme en raison des nombreuses objections constitutionnelles qui marquent les procès.

²⁶¹ Art 743.6(1.1), (1.2), (2) Ccr. Habituellement, le délinquant peut solliciter le bénéfice d'une libération conditionnelle au tiers de sa peine.

²⁶² Art 810.01 Ccr.

²⁶³ Art 810.01 (3), (4).

²⁶⁴ Cette tendance n'est pas proprement canadienne. Comme le note avec justesse un auteur européen au sens accompli de la formule : « La réaction pénale tend ainsi à s'élargir de « l'infraction commise » à « l'infraction redoutée » (Jacques Chevallier, « Épilogue » dans Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Guidicelli, dir, *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, 361 à la p 363).

pure appréhension domine désormais le châtement de la criminalité et commande une répression très en amont de tout préjudice réel. Or, ce phénomène s'intensifie en présence d'une criminalité concertée. La responsabilité individuelle perd de plus en plus ses attributs pour se mouvoir vers diverses variantes de responsabilité plus ou moins collective.

La conjugaison de ces deux mouvements traverse et inspire le droit de la répression contemporain. Il serait pourtant excessif de croire que ces deux phénomènes règnent sans partage et façonnent à eux seuls la matrice du droit pénal. Ils fournissent en réalité des influences prégnantes qui ne sont pas exemptes de nuances. Aussi la nature de la responsabilité des personnes qui œuvrent dans le sillon d'une organisation délinquante est-elle plutôt marquée par l'hybridité. L'existence d'un régime composite de responsabilité est révélée dans quatre thèmes abordés dans le présent article.

Le premier thème est celui de *l'incidence juridique de la faute morale liée à l'appartenance ou à la simple collaboration à une organisation criminelle*. La simple appartenance ou allégeance à un groupement délinquant n'est pas motif de *déchéance pénale*. À titre d'exemple, la partie à une action illicite collective n'est pas déchue d'emblée du moyen de défense de nécessité. Ni la faute morale ni la faute pénale reflétée par la délinquance concertée ne suffisent à lui interdire ce moyen de défense. En revanche, la partie à un complot se verra refuser la défense de nécessité ou celle de contrainte, si son appartenance à un regroupement de criminels rendait prévisible le péril auquel elle fut exposée. En somme, l'imprévoyance du membre d'une organisation délinquante ne saurait lui valoir une excuse pénale²⁶⁵.

La faute morale liée à la présence délibérée au sein d'une organisation illicite ne saurait davantage justifier une *sanction pénale*. Le nouveau crime de participation aux activités d'une organisation criminelle l'illustre à point nommé. L'article 467.11 Ccr ne punit pas un individu sur la foi de son appartenance à un groupe de criminels : il l'expose plutôt à des sanctions dès qu'il s'avise de contribuer sciemment aux activités de l'organisation de manière à en accroître la capacité criminelle. La répression est donc subordonnée à l'examen du degré de participation de l'inculpé aux activités de l'organisation de malfaiteurs. Bref, le droit pénal se tient en réserve : il ne sanctionne pas l'allégeance à une association criminelle, mais il voit dans l'imprévoyance du membre un motif de déchéance, et dans son impénitence, un motif d'infraction²⁶⁶.

²⁶⁵ Voir la partie 2 du titre premier, ci-dessus.

²⁶⁶ Les infractions liées au terrorisme embrassent toutefois des actions si périphériques qu'il existe un risque réel de faire fi de toute exigence au niveau matériel

Le deuxième sujet de réflexion a trait à *l'élargissement du cercle des personnes susceptibles d'être réprimées en raison de leurs liens avec des organisations vouées au crime*. Traditionnellement, le droit réservait ses foudres aux individus qui s'unissaient afin de fomenter un dessein illicite. En l'absence de tentative ou d'instigation, le Code subordonnait donc la répression à l'existence d'un véritable complot. De la même manière, le législateur niait l'excuse de contrainte aux seules parties à une conspiration ou à une association illicite. Or, le droit pénal contemporain prend désormais dans ses rets des personnes en raison de leurs accointances avec des membres notoires du milieu criminel. Cela se vérifie pour les textes d'incrimination comme pour les excuses pénales. Les nouveaux crimes de participation aux activités d'un groupement criminel ou terroriste ne se limitent aucunement aux membres d'une association de malfaiteurs : à certaines conditions, des personnes qui n'ont ni conspiré ni adhéré à l'association ou à ses desseins²⁶⁷ peuvent se rendre coupables. De la même façon, le droit anglais refuse désormais le moyen de défense de contrainte à des individus qui fréquentent certaines catégories de criminels sans avoir pour autant pactisé et conspiré avec eux. S'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une criminalité par association, ces nouvelles règles en empruntent tout de même certains traits. Là encore, le phénomène ne saurait être exagéré : il y a fort à parier, par exemple, que le droit canadien refusera d'emboîter le pas aux tribunaux anglais qui interdisent l'excuse de la contrainte aux personnes qui entretiennent des liens purement informels avec des individus du monde interlope²⁶⁸.

Le troisième sujet de réflexion porte sur *l'accroissement de la répression purement préventive*. Le principe de précaution innerve le droit pénal contemporain et repousse résolument les confins de l'interdit. Plusieurs infractions combattent désormais une forme d'illégalité purement embryonnaire. Ce phénomène touche, au premier chef, les individus dont les actions s'inscrivent dans la mouvance d'une organisation criminelle ou terroriste. Les comportements deviennent sanctionnés sans égard aux formes traditionnelles de complicité²⁶⁹; de

du crime. La « participation indirecte » et la « facilitation » permettraient-elles d'incriminer la simple allégeance à une organisation terroriste? La question demeure ouverte.

²⁶⁷ Voir l'interprétation élargie souhaitée par les juges majoritaires dans l'arrêt *R v Terezakis*, *supra* note 119.

²⁶⁸ Voir la partie 2.1.2 du titre premier, ci-dessus.

²⁶⁹ En revanche, le législateur canadien se sera satisfait des dispositions du Code criminel sur la complicité en ce qui concerne la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Sur la question de savoir si les modes de participation prévus au Code conviennent à l'égard de la nature collective de ces crimes internationaux, voir l'analyse pénétrante de Fannie Lafontaine, « Parties to Offences under the Canadian

plus, le préjudice appréhendé est lointain ou hypothétique et le stade d'intervention de la répression ne saurait être plus précoce. La répression anticipée n'est plus tributaire de la preuve d'un complot.

En clair, le lien de rattachement entre le comportement de l'accusé et une infraction précise est inexistant ou très ténu, tandis que les notions juridiques classiques et éprouvées du droit criminel (complicité, causalité) s'opposent à toute perspective de sanction.

L'intervention législative s'inscrit désormais en faux contre cette impunité et se détourne des outils traditionnels du droit pénal. D'où l'élaboration d'infractions préventives inédites par leur facture et leur portée. Cette volonté réformatrice n'épargne pas l'*actus reus* : la composante matérielle de l'infraction se présente désormais avec dépouillement²⁷⁰.

À cet élargissement du domaine de la répression s'ajoute une forme de dirigisme pénologique : le stade de répression *le plus précoce* est aussi celui qui emporte des peines consécutives obligatoires²⁷¹ pour peu que l'inculpé gravite autour d'une organisation jugée dangereuse. Le particularisme juridique de la répression de la criminalité organisée devient incontestable et impérieux.

Les préceptes fondateurs du droit criminel ne peuvent être occultés pour autant²⁷². Le principe de précaution s'aborde différemment en droit pénal : il lui faut concilier les mesures de prévention et la mesure dans la prévention²⁷³. Le droit actuel sanctionne ni plus ni moins une mise en

Crimes Against Humanity and War Crimes Act : An Analysis of Principal Liability and Complicity » (2009) 50 C de D 967.

²⁷⁰ Les crimes de participation aux activités d'une organisation criminelle ou terroriste n'exigent aucunement la preuve comme quoi : i) la contribution de l'accusé a réellement accru la capacité de l'organisation délinquante; ii) l'organisation en question a commis ou facilité ensuite la réalisation d'un crime. Comparer les articles 83.18(2) et 467.11(1) Ccr.

²⁷¹ Voir la partie trois du titre second, ci-dessus.

²⁷² Sous peine d'invalidité, un texte d'incrimination doit être intelligible et ne pas revêtir de portée excessive. Ces deux exigences répondent à des principes de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

²⁷³ La jurisprudence contemporaine évoque volontiers un principe de « modération » propre au droit criminel et à l'interprétation des dispositions du Code : *R c Legare*, 2009 CSC 56, para 31-35, 41 ; *R v Murdock*, (2003) 176 CCC (3d) 232, 241 (CA Ont).

disponibilité au profit du crime²⁷⁴, une allégeance affichée et affirmée en faveur des groupes criminels, structurés ou non²⁷⁵. Ces serments en faveur de la criminalité collective ne méritent l'opprobre qu'à la faveur d'un réel resserrement de l'élément moral. La jurisprudence encore clairsemée semble en être consciente. Elle cherche, peut-être plus en matière d'organisations criminelles qu'en matière d'organisations terroristes²⁷⁶, à rehausser le degré de faute morale préalable au châtement.

La résolution inébranlable *et* la dangerosité du dessein de l'accusé nous paraissent les deux attributs indispensables au devancement du stade de la répression. Or, l'étude de la dangerosité du dessein renvoie forcément à l'examen du comportement reproché à l'accusé. Il importe de se convaincre de la gravité de sa conduite et de ses visées. À titre d'exemple, le crime de « participation aux activités d'une organisation criminelle » exige la vérification de la gravité de la contribution escomptée par l'accusé. Si l'atteinte du résultat n'importe pas²⁷⁷, encore faut-il s'abstenir de réprimer des gestes à l'innocuité avérée de l'avis de n'importe quel observateur raisonnable²⁷⁸. Le critère de la dangerosité du dessein de l'accusé présente en outre un avantage particulier : il évite une dissociation complète de l'élément moral et de l'élément matériel de l'infraction. Si l'inculpation repose avant tout sur l'existence d'un dessein ignominieux, encore faut-il s'assurer que le geste accompli par l'inculpé soit à tout le moins *de nature* à pouvoir contribuer à l'accroissement de la capacité délinquante de l'organisation²⁷⁹.

L'émancipation du législateur à l'égard des concepts traditionnels du droit criminel (la causalité, la complicité) n'est d'ailleurs pas sans borne. La jurisprudence continue d'avoir recours à des notions classiques afin d'enserrer convenablement la répression préventive. Par exemple, elle refuse de sanctionner l'insouciance en matière de complot ou en présence d'infractions liées aux organisations criminelles²⁸⁰. Elle affiche aussi une

²⁷⁴ L'article 83.18(3)(d) Ccr sanctionne le fait de « demeurer » dans un pays au profit ou sous la direction d'une organisation terroriste, tandis que l'article 83.18(3)(b) Ccr interdit d'« offrir » de mettre ses compétences au service d'un groupe terroriste.

²⁷⁵ Le code criminel vise les groupes de criminels « quel qu'en soit le mode d'organisation » : art 467.1(1) Ccr.

²⁷⁶ Les rares décisions de première instance rendues à propos des organisations terroristes soulèvent d'importantes questions abordées dans la partie 1.2 du titre second, ci-dessus.

²⁷⁷ Voir les dispositions citées à la note 270.

²⁷⁸ Voir notre exemple portant sur la consommation d'une boisson dans un bar opéré par une organisation criminelle, dans la partie 1.1.2 du titre second, ci-dessus.

²⁷⁹ Voir nos remarques relatives à l'affaire *Beauchamp* dans la partie 1.1.2 du titre second, ci-dessus.

²⁸⁰ Voir la partie 1.1.2.1 du titre premier et la partie 1.1.2 du titre second, ci-dessus.

circonspection de très bon aloi en s'interdisant le télescopage de deux infractions préventives, le complot et la tentative : la tentative de complot ne fait pas partie des incriminations du droit canadien²⁸¹.

Un dernier thème illustre cet exercice de modération. *L'accentuation de la responsabilité en présence de criminalité concertée* fait voir des tendances opposées qui tendent quelque peu à s'équilibrer.

La criminalité concertée est, à vrai dire, la terre d'élection de l'aggravation de la responsabilité pénale. Les modes d'imputation de la responsabilité se diversifient et s'amplifient : i) de nouvelles infractions aggravées voient le jour; ii) des moyens de défense sont refusés aux parties à un dessein illicite dangereux; iii) la notion de complicité s'édulcore et donne parfois prise à la responsabilité du fait d'autrui. Dans le pire des cas, les principes juridiques sont abandonnés au profit d'une responsabilité collective : la collusion des acteurs suscite alors l'amalgame des responsabilités. L'article 21(2) Ccr incarne cet élargissement exorbitant : la participation à une association illicite favorise l'élimination de l'élément mental du crime reproché et sa substitution par une preuve d'un tout autre ordre²⁸². Ce procédé très contestable sur le plan constitutionnel heurte, selon toute vraisemblance, la présomption d'innocence²⁸³.

Cela étant, ce mouvement d'amplification de la responsabilité des parties à un dessein collectif illicite n'est aucunement linéaire. De fait, le critère objectif de responsabilité retenu à l'article 21(2) Ccr fait figure d'anachronisme juridique. Il est à rebours de l'évolution fulgurante de la common law en la matière et il est aussi contredit par une tendance toute récente amorcée par le législateur canadien. Qu'il suffise de citer les amendements apportés en 2009 à la définition du meurtre au premier degré. Le législateur convient implicitement que le degré de responsabilité entre acolytes peut varier et que la qualification de l'infraction retenue contre l'inculpé se doit de refléter ces différences²⁸⁴. Cette volte-face législative porte expressément sur les crimes commis de pair avec une organisation criminelle ou terroriste. Ces amendements n'ont donc rien d'anodin : il faut y voir la recherche d'un parallélisme entre la teneur de la condamnation prononcée et le degré de culpabilité morale affiché. La responsabilité collective n'échappe pas au souci de la mesure. Un principe

²⁸¹ Voir l'arrêt *Déry*, *supra* note 8 abordé dans la partie 1.1.2.1 du titre premier, ci-dessus.

²⁸² Le ministère public se voit dispensé de prouver la *mens rea* du crime reproché ainsi qu'un quelconque acte de complicité relatif à ce crime supplémentaire. La négligence de l'accusé tient lieu de substitut : voir la partie 1.2 du titre premier, ci-dessus.

²⁸³ Voir nos explications dans la partie 1.2 du titre premier, ci-dessus.

²⁸⁴ Voir la partie deux du titre second, ci-dessus.

cardinal nous semble prépondérant en cette ère d'élargissement des confins du droit pénal. Le législateur élabore des gammes d'infractions aggravées : des incriminations sont créées en cascades selon un ordre supposément croissant de gravité. Ce surenchérissement de la responsabilité pénale a particulièrement cours en présence d'actions illicites collectives²⁸⁵. Or, la gradation de la responsabilité se doit alors d'être en étroite corrélation avec le degré de culpabilité morale réellement affiché. L'accentuation de la responsabilité est à ce prix.

²⁸⁵ À titre d'exemple, le crime énoncé à l'article 467.11 Ccr sanctionne une forme embryonnaire de complicité que les articles 21 et 465 Ccr laisseraient impunie. Les articles 467.12 et 467.13 Ccr accroissent la responsabilité en présence de facteurs aggravants supplémentaires. Voir la partie 1.1 du titre second, ci-dessus.