

**Je voudrais remercier Don Stuart pour sa
permission de reproduire ce document.**

**François Lareau
14 août 2011**

APPENDICE «CODE-15»

Faculté de droit

Université Queen's
Kingston, Canada
K7L 3N6

le 21 octobre 1992

Monsieur Richard Dupuis
Greffier
Comité permanent de la justice
et du Solliciteur général
Pièce 622, Édifice Wellington
180, rue Wellington
Chambre des communes
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6Objet : Recodification des dispositions générales du Code criminel

Monsieur,

En réponse à la demande formulée par Nancy Hall de votre bureau le 20 courant, je vous fais parvenir, au nom d'un groupe de professeurs de droit pénal chevronnés, un mémoire que pourrait étudier votre comité en novembre. Nous appuyons fortement les mesures visant à codifier les principes généraux de la responsabilité pénale et, malgré quelques réserves, nous vous exhortons à porter une attention particulière au rapport du groupe de travail de l'ABC intitulé Principes de responsabilité pénale (23 août 1992).

Compte tenu des délais impartis au départ au Comité, j'ai rédigé rapidement le mémoire ci-joint et l'ai fait parvenir le 2 septembre à quelques professeurs de droit pénal. Bien que le moment ait été plutôt mal choisi pour nous, à cause du début de l'année scolaire, quinze professeurs de droit pénal ont maintenant donné leur appui à ce mémoire, en tout ou en partie. Les appuis des professeurs dont les noms suivent sont annexés au mémoire :

Bruce Archibald (Dalhousie)
Peter Barton (Western)
Anne-Marie Boisvert (Montréal)
Ronald J. Delisle (Queen's)
Gerry Ferguson (Victoria)
Patrick Healy (McGill)
Winnie Holland (Western)
André Jodouin (Ottawa - droit civil)
Diane Labrèche (Montréal)
Allan Manson (Queen's)
Anne McGillivray (Manitoba)
Tim Quigley (Saskatchewan)
Kent Roach (Toronto)
Anne Stalker (Calgary)

Je vous fais parvenir également les réponses des professeurs Christine Boyle (U.B.C.) et Alan Mewett (Toronto) qui, chacun pour des motifs différents, expriment des réserves face au projet de codification.

(TRADUCTION)

Mises à part ces deux opinions divergentes, un groupe de professeurs de droit pénal de différents régions estiment que le Parlement doit attacher beaucoup d'importance à la codification des dispositions générales. S'il existe certaines réserves, il reste que le consensus est général.

Depuis la rédaction du mémoire, la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans la cause *Desousa*. L'arrêt appuie une proposition étonnante, soit que, sauf dérogation très nette, tout ce qui est requis essentiellement pour toute infraction criminelle ou réglementaire, est le critère de faute subjectif ou objectif, lequel ne se rattache pas nécessairement aux éléments essentiels de l'infraction. Il en ressort que l'urgente réforme du critère de la faute que nous réclamons avec insistance, est la responsabilité du Parlement. Personne d'entre nous n'oserait proposer que la faute soit restreinte à la conscience subjective du risque, mais la majorité estime que, fondamentalement, le Parlement devrait s'en tenir à la norme objective.

Anne Stalker, Gerry Ferguson et moi-même désirons comparaître afin de présenter notre mémoire, si possible peu après le témoignage du Barreau canadien. D'autres collègues pourraient aussi vouloir se joindre à nous, suivant la date proposée.

Veuillez agréer, monsieur, mes salutations distinguées.

Don Stuart
Professeur

2 septembre 1992

MÉMOIRE SUR LA CODIFICATION DES DISPOSITIONS GÉNÉRALES DU CODE CRIMINEL

rédigé par
un groupe de professeurs de droit pénal

Nous sommes des professeurs de droit pénal chevronnés qui, depuis des années, manifestons un intérêt professionnel à l'égard des principes généraux du droit pénal, que nous enseignons à l'université. Certains d'entre nous ont participé aux travaux de la Commission de réforme du droit du Canada, à titre de conseillers divers.

Nécessité de la codification

Nous appuyons fortement les mesures visant à codifier les principes généraux de la responsabilité pénale. Le Code de 1892 a volontairement laissé aux tribunaux le soin de définir les critères fondamentaux de l'acte et de la culpabilité. La jurisprudence canadienne dans ces deux domaines atteint désormais un niveau de complexité et de confusion tel qu'il devient hautement souhaitable et urgent de tenter de la codifier. Dans notre système d'accusation, il est fondamental que les deux parties opposées connaissent assez clairement les critères juridiques. Le Canada traîne désormais de l'arrière par rapport à la tendance internationale vers la codification des principes de l'acte et de la culpabilité. Cette codification existe depuis longtemps dans les codes criminels d'État en vigueur un peu partout aux États-Unis et sa tendance est inexorable chez la plupart des membres du Commonwealth, notamment au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

Il est également grand temps que tous les moyens de défense reconnus (justifications ou excuses) soient clairement énoncés dans le Code criminel. Certains sont codifiés depuis 1892. D'autres, tout particulièrement la

légitime défense, ont toujours été énoncés de façon si complexe qu'ils défient l'entendement des juges et des jurys. Il est également temps d'énoncer aussi clairement que possible dans le Code criminel les divers moyens de défense de *common law* reconnus par les tribunaux, tels que l'état de nécessité et la provocation policière.

Appui au rapport de l'ABC

Le présent mémoire vise principalement à appuyer fortement, avec quelques réserves, le rapport impressionnant du Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien intitulé Principes de responsabilité pénale (23 août 1992). Nous sommes d'avis que l'ABC a entrepris un examen très exhaustif et utile des travaux de la Commission de réforme du droit du Canada et que son rapport devrait constituer l'assise du nouveau projet de loi. Lorsqu'un projet de loi aura été déposé, nous pourrions bien vouloir présenter une analyse plus détaillée article par article.

Principaux avantages des propositions de l'ABC

L'ABC comble deux grandes lacunes des travaux de la Commission de réforme du droit. À une étape très avancée de ses travaux sur les dispositions générales, la Commission a établi une distinction complexe entre les critères de la culpabilité que sont l'acte, les circonstances et les conséquences. Il en serait résulté une complexité inexistante dans les règles actuelles et non souhaitable. L'ABC conçoit avec sagesse un mécanisme simplifié qui se fonde sur une distinction entre l'acte interdit dans des certaines circonstances et celui qui l'est compte tenu de certaines conséquences.

L'autre grande réalisation de l'ébauche de code proposée par l'ABC est que les divers moyens de défense sont définis de manière à tenir compte d'un plus grand nombre de facteurs personnels et à éviter de recourir au critère mécanique du choix entre deux maux qui veut qu'aucun accusé ne peut être acquitté si, au moment du choix, il a causé plus de mal que celui qu'il cherchait à éviter. À bien des égards, la codification des moyens de défense de la Commission de réforme du droit était beaucoup trop restrictive et déphasée par rapport au droit pénal et à la théorie pénale modernes. Dans le Code de la Commission de réforme du droit, il est impossible d'invoquer la contrainte si la personne agissant sous l'emprise de la contrainte porte intentionnellement un préjudice grave à quelqu'un, ni l'état de nécessité lorsque le préjudice aurait pu être évité par un moyen moins grave, ni celle de la légitime défense contre un policier. Les propositions de l'ABC élimineraient toutes ces restrictions arbitraires.

Certains d'entre nous appuieraient la nécessité de moyens de défense plus généreux et plus souples fondés sur une distinction philosophique entre les justifications et les excuses. Les justifications permettent d'acquitter un accusé dont les actes étaient moralement corrects. Les excuses, par contre, permettent de compatir à des actes peut-être répréhensibles. La plupart des moyens de défense entrent à juste titre dans la catégorie des excuses. Les critères du choix entre deux maux et les règles arbitraires empêchent les parties intéressées d'être compatissantes, tempérées et réalistes.

Ceux d'entre nous qui doutent de la validité et de l'utilité de cette distinction partagent néanmoins l'opinion que les moyens de défense ne devraient pas devenir des règles positivistes pour lesquelles les facteurs personnels ne sont pas suffisamment pris en considération et insistent trop, après coup, sur l'acte proprement dit. La question cruciale qui se pose pour la plupart des moyens de défense est de savoir s'il faut punir un choix entre deux maux. Dans le cas de la légitime défense, par exemple, nous devons nous assurer que notre droit est suffisamment généreux pour que le juge des faits puisse exonérer de responsabilité quelqu'un qui, comme dans le fameux arrêt Lavallée, s'attendait à d'autres agressions de la part de son conjoint et l'a délibérément abattu.

Avant de définir les neuf réserves que nous aimerions apporter au rapport de l'ABC, nous aimerions indiquer clairement que si nous nous taisons sur certaines parties du rapport de l'ABC, c'est que nous sommes d'accord. Nous le soulignons en appuyant expressément certaines propositions de l'ABC peut-être un peu plus controversées. Nous convenons que la responsabilité pénale en cas d'omission devrait se limiter au non-respect des obligations juridiques définies dans le Code criminel proprement dit. Nous appuyons la tentative de codification des principes de causalité. Les règles actuelles de la *common law*, qui reposent sur la notion que toute cause contributive suffit, sont trop sévères. La causalité est une question philosophique très compliquée. Toutefois, les trois principes énoncés par l'ABC semblent bien réfléchis et sensés. Nous appuyons une définition élargie des troubles mentaux (plus large que celle que le Parlement a adoptée récemment) et, à l'instar de l'ABC et du juge Wilson dans Chaulk, nous ne voyons aucune raison d'exiger que l'accusé prouve sa défense en fonction de la prépondérance des

probabilités. Nous appuyons le rétablissement de la défense partielle en cas de meurtre selon laquelle la personne qui se défend mais fait un usage excessif de la force pourrait n'être reconnue coupable que d'homicide involontaire. Cette mesure rétablirait la position adoptée par presque toutes les cours d'appel avant la cassation de la Cour suprême. Nous sommes d'accord pour donner au juge des faits le pouvoir de suspendre les procédures pénales insignifiantes (*de minimis*). Enfin, nous appuyons la reformulation et la simplification impressionnantes par l'ABC des règles actuelles relatives à la tentative, au complot et aux parties à l'infraction.

Neuf réserves au sujet du rapport de l'ABC

1. Préambule (p. 15-17) (Proclamation de l'objectif et des principes)

Nous doutons de la sagesse du préambule proposé et avons tendance à partager les craintes de la plupart des membres de la Commission de réforme du droit (exposées également dans le mémoire du Barreau du Québec). Compte tenu des objectifs divers du système de droit pénal, il semble fort peu probable que les buts d'un code criminel puissent être énoncés sans quelques contradictions. C'est certainement le cas de l'énoncé de principes contenu dans la Loi sur les jeunes contrevenants, qui a occasionné des difficultés et des incertitudes. Cette année, un préambule a été ajouté au projet de loi C-49 sur les agressions sexuelles. On peut soutenir que tenter de reconnaître à la fois les droits d'un accusé et les intérêts d'égalité d'une victime suscitera des tensions évidentes dans les tribunaux à l'avenir.

2. La responsabilité pénale ne peut reposer que sur une faute subjective

(p. 13-14) (article 8)

Voilà la plus importante de nos réserves.

Le Groupe de travail de l'ABC conclut que

«la faute subjective est un principe fondamentalement important qui doit être respecté dans chaque disposition du Code criminel. Ce principe fait partie intégrante de la *common law* depuis des siècles, et est maintenant reconnu comme un principe de justice fondamentale visé par l'article 7 de la Charte. Il constitue l'un des traits fondamentaux qui distinguent la responsabilité civile et la responsabilité pénale».

(p. 14)

De fait, la formulation claire d'une distinction fondamentale entre une approche subjective et une approche objective à l'égard de la faute n'est apparue que dans les années 50 au Royaume-Uni, grâce aux travaux du professeur J.W.C. Turner et de Glanville Williams. Bien que la Cour suprême du Canada ait effectivement insisté sur une norme de conscience subjective comme exigence constitutionnelle permettant d'obtenir une condamnation pour meurtre, il n'est pas du tout évident qu'elle le fera pour toutes les autres infractions. La Cour suprême insiste de plus en plus qu'une application stricte de cette exigence ne sera nécessaire que pour quelques rares infractions. Il semble assez clair qu'une forme objective de faute sera considérée constitutionnelle.

Du point de vue de l'accusé, l'approche subjective de la conscience du risque constitue la norme la plus équitable possible étant donné qu'elle tient compte de tous les facteurs personnels. Pour une vaste gamme d'infractions graves, la norme subjective a donné de bons résultats et s'est avérée un frein efficace. Compte tenu de nos taux élevés de condamnation pour de pures infractions de *mens rea*, notamment dans les affaires de drogue, il est clair que l'approche subjective n'a pas entraîné l'anarchie.

Nous ne pouvons cependant pas accepter l'idée que la conscience subjective doit servir à établir la faute pour tous les types d'infractions. Il est difficile de trouver un auteur moderne s'intéressant au droit pénal favorable à une approche entièrement subjectiviste. Certains font valoir qu'il est temps de renoncer à la distinction entre une approche subjective et une approche objective. La plupart des auteurs et la plupart des codes modernes reconnaissent qu'on peut démontrer un certain degré de responsabilité pénale lorsque l'accusé n'atteint pas une norme objective raisonnable. On peut légitimement justifier l'imposition de peines en cas de négligence, surtout si elle est définie comme l'incapacité coupable d'exercer une capacité.

La plupart des auteurs, toutefois, reconnaissent qu'il est dangereux d'adopter une norme objective pour les infractions graves. Si nous condamnons quelqu'un qui ne pensait pas correctement, nous mesurons ses actes par rapport à une norme externe qui n'a pas été atteinte et nous dépassons donc considérablement la portée du droit pénal. La plupart conviendraient qu'un code criminel moderne devrait établir une distinction claire entre la responsabilité pénale de la personne qui choisit délibérément de courir un risque et celle de la personne qui fait tout simplement preuve de négligence, en ce sens qu'une personne raisonnable aurait songé au risque et pris des précautions. C'est cette attitude que le Parlement a adoptée récemment lorsqu'il a prévu une incrimination distincte pour l'incendie due à la négligence criminelle et l'a assortie de sanctions réduites mais pas lorsqu'il a décidé par la suite que la définition de l'agression sexuelle devrait inclure la personne qui ne prend pas les mesures nécessaires pour s'assurer que la victime était consentante.

Il y a des arguments en faveur de la reconnaissance de la responsabilité pénale fondée sur une norme de négligence mais d'autres incitent à la prudence. La responsabilité pénale fondée sur la négligence pourrait bien se limiter aux infractions qui entraînent un préjudice grave comme la mort ou des lésions corporelles graves. De plus, le point de vue de la Commission de réforme du droit qui limiterait davantage la responsabilité pénale aux cas de négligence grave prenant la forme d'un écart marqué par rapport à la norme objective est très fondé. Dans Wholesale Travel, la Cour suprême a statué par une faible majorité que, pour ce qu'on appelle les infractions au règlement, la simple négligence est tout ce qui peut être exigé constitutionnellement pour établir la faute et, en outre, que l'accusé peut constitutionnellement porter le fardeau de la preuve de la diligence raisonnable. Cette norme ne suffit pas à établir la responsabilité pénale, qui devrait exiger de la Couronne qu'elle démontre davantage qu'une simple négligence. Que le Parlement ait rendu récemment une décision fondée sur le simple caractère déraisonnable de la faute lorsqu'il s'agit d'une agression sexuelle ne devrait pas jouer un rôle déterminant dans la question de savoir ce qui constitue le critère convenable de la responsabilité pénale pour d'autres actes criminels.

3. Définition de l'élément moral (p. 47-53) (article 8)

Pour les raisons que nous avons déjà exprimées, nous sommes heureux que le système proposé par l'ABC repose sur la dichotomie selon laquelle certains actes criminels pénalisent l'acte dans certaines circonstances et que d'autres pénalisent l'acte qui entraîne certaines

conséquences. À l'instar de la Commission de réforme du droit, nous ajouterions une définition de la négligence criminelle fondée sur un écart marqué par rapport à la norme.

Les définitions de l'intention, de la connaissance et de la témérité proposées par l'ABC sont claires et pratiques. Nous préférons utiliser le terme courant «intention» préconisé par l'ABC à celui de «dessein» proposé par la Commission. Il semble bon de ne pas employer la métaphore de l'ignorance délibérée, avec les problèmes qui en découlent, et d'insister simplement pour que la connaissance s'applique à quelqu'un qui est pratiquement certain. La définition de la témérité proposée par l'ABC est une variante de la notion double de Glanville Williams exigeant que l'accusé ait prévu un risque et que son comportement soit objectivement déraisonnable du fait qu'il a assumé ce risque. Cette notion présente des avantages, que mentionne l'ABC. Le Groupe de travail ne justifie pas pourquoi la partie objective de ce critère est formulée comme suit : «il est hautement déraisonnable de courir ce risque» plutôt que simplement «il est déraisonnable de courir ce risque», comme c'est le cas habituellement. Il semble ainsi que les dés soient fortement pipés en faveur de l'accusé.

Certains d'entre nous préfèrent un modèle plus simple. L'approche double à l'égard de la témérité présente le danger réel de rendre confuse et obscure la distinction clé entre un critère de conscience subjective et l'approche objective face à la négligence. Selon cette approche (celle du regretté professeur Jacques Fortin), le caractère justifiable du fait de courir le risque ne devrait pas être exprimée dans la définition de la culpabilité mais relever plutôt de la justification ou de l'excuse. À ce sujet, la définition majoritaire de la Commission selon laquelle la témérité consiste à prendre consciemment un risque probable présente de grands avantages.

La Commission et l'ABC prévoient toutes les deux que l'intention est la *mens rea* habituelle et que tout élargissement de cette notion pour y inclure la connaissance ou la témérité devra être précisé. Compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour suprême qui a semé la confusion dans les esprits, on ne peut plus affirmer que lorsque les tribunaux font allusion à un critère moral, ils comprennent l'intention, la connaissance ou la témérité. Toutefois, tant que l'approche de la conscience subjective du risque est adoptée, certains d'entre nous estiment qu'il vaudrait mieux déclarer que la témérité est la norme habituelle applicable aux infractions définies subjectivement. Il incomberait alors au Parlement de déclarer quelles infractions, notamment la tentative de meurtre et le meurtre, doivent se limiter à la preuve de l'intention.

4. Moyens de défense de common law (p. 149) (article 21)

L'ABC recommande le maintien d'une disposition semblable au paragraphe 8(3) du Code criminel portant maintien des recours à des moyens de défense de *common law*. Selon le Groupe de travail :

«Aucun moyen de défense, fait justificatif ou excuse n'est exclu sauf disposition contraire expresse du présent code.» (p. 149)

À notre avis, il n'est plus nécessaire de prévoir une disposition résiduelle permettant d'invoquer à des moyens de défense de *common law*. L'article 7 de la Charte oblige déjà les tribunaux à reconnaître les moyens de défense conformément aux «principes de justice fondamentale». S'il y a lieu

de tenir compte de cette possibilité, il faudrait le faire au moyen d'une disposition précise telle que celle prévoyant que :

«ne peut être déclarée coupable la personne dont la condamnation, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, enfreindrait les principes de justice fondamentale, cette violation ne pouvant être raisonnablement justifiée dans une société libre et démocratique».

Nous doutons qu'une telle disposition soit vraiment nécessaire.

L'ébauche de révision de l'ABC s'inspire trop fortement de la *common law*, d'où le danger d'encourager l'incertitude, comme c'est le cas actuellement pour le moyen de défense de contrainte. En effet, bien que ce moyen soit codifié, les tribunaux ont néanmoins créé un moyen de défense de *common law* pour les parties à l'infraction.

5. Défense des biens ne pouvant être invoquée lorsqu'il y a intention de causer la mort (p. 89) (paragraphe 13(2))

Bien que l'ABC ait la sagesse d'éliminer les règles arbitraires relatives à la légitime défense, elle en imposerait une selon laquelle il ne serait en aucun cas raisonnable, dans la défense des biens, de causer intentionnellement la mort. (p. 89)

À notre avis, même si la question fondamentale du caractère raisonnable de l'acte peut être pondérée différemment dans le cas de la défense des biens, il n'y a pas lieu de déclarer arbitrairement à l'avance qu'en aucun cas il ne sera raisonnable de causer intentionnellement la mort. Cette règle entre en contradiction avec la souplesse dont l'ABC reconnaît l'existence lorsque d'autres moyens de défense sont invoqués.

6. Acte involontaire conscient et automatisme (p. 30-35)

Nous doutons qu'il soit nécessaire d'établir une distinction entre un acte involontaire conscient et inconscient. L'argument véritable quand on permet à quelqu'un d'être acquitté à cause d'un acte involontaire est que l'accusé ne pouvait se maîtriser. Comme le déclare H.L.A. Hart, le défaut est plus grave que le manque de conscience du risque. Nous pensons que les dispositions énoncées aux articles 6 et 7 peuvent être simplifiées. Nous nous inquiétons également que le Code traduise l'opinion majoritaire dans l'arrêt Rabey selon laquelle le moyen de défense d'automatisme nécessite toujours une cause externe et le critère est objectif. La décision récente de la Cour suprême dans Parks a permis une certaine souplesse dont le Code refondu devrait tenir compte.

Nous appuyons l'approche de l'ABC prévoyant que le moyen de défense d'absence de contrôle ne peut être invoqué lorsque l'élément de faute est établi par ailleurs. Nous ajouterions que, dès que certaines infractions pour cause de négligence sont reconnues, il devient une question de principe que l'absence de contrôle ne puisse être invoquée lorsqu'elle résulte de la négligence de l'accusé.

7. Intoxication criminelle (p. 110) (article 16)

Nous appuyons fortement le rejet par la Commission de réforme du droit et l'ABC de la distinction entre les infractions résultant d'une intention générale et d'une intention spécifique, afin que le moyen de défense d'intoxication volontaire ne puisse être invoqué que pour les actes résultant d'une intention spécifique. Les jugements minoritaires dans Leary et Bernard préconisent très fortement l'abolition de cette distinction. Nous nous

inquiétons toutefois de la recommandation de l'ABC (p. 110) selon laquelle, dans le cas des infractions considérées jusqu'ici comme des infractions non spécifiques de l'annexe, la personne jugée innocente pour cause d'intoxication volontaire sera plutôt déclarée coupable de l'infraction incluse d'intoxication criminelle. L'expérience pratique de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, où le moyen de défense d'intoxication volontaire est reconnu pour toutes les infractions démontre que ces moyens de défense aboutissent rarement à un acquittement. Nous doutons réellement de la nécessité de toute infraction résiduelle reliée à l'intoxication. Ces doutes sont encore plus profonds si on reconnaît les infractions de négligence, comme nous le proposons, pour lesquelles l'intoxication volontaire ne peut servir de moyen de défense.

8. Conseils tendant à une infraction qui n'est pas commise (p. 187) (article 24)

Nous recommandons fortement que cette infraction incomplète ne soit pas fusionnée aux règles concernant les parties à l'infraction, comme semble le suggérer l'ABC (p. 187). La personne qui encourage quelqu'un à commettre une infraction est considérée à juste titre comme une partie à l'infraction. Celle qui essaie d'encourager quelqu'un à commettre l'infraction mais n'y parvient pas, puisque l'infraction n'est pas commise, semble faire partie d'une autre catégorie qui devrait demeurer distincte.

9. Cumul de déclarations de culpabilité (p. 189) (article 25)

Dans une analyse très brève, l'ABC recommande une disposition concernant le cumul des déclarations de culpabilité :

«Nul ne peut être déclaré plus d'une fois coupable du même délit.»
(p. 189)

Le droit pénal canadien, que ce soit en *common law* ou en vertu de l'alinéa 11(h) de la Charte, accorde très peu de protection contre le cumul des déclarations de culpabilité. La proposition générale de l'ABC apporterait peu d'éclaircissements ou d'améliorations. Nous proposons que la question soit plutôt traitée en profondeur dans un nouveau code de procédure pénale. Nous recommandons une approche s'inspirant de l'examen détaillé de la question effectué par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail n° 63 Double Jeopardy, Pleas and Verdicts (1991).

Don Stuart
Faculté de droit
Université Queen's
Kingston (Ontario)