

Je voudrais remercier Alexander Kurke pour sa permission de reproduire sa partie du mémoire.

François Lareau

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

Alex Kurke

Dans son Rapport n° 31 intitulé Pour une nouvelle codification du droit pénal (le "Rapport n° 31"), la Commission de réforme du droit du Canada (la "CRDC") indique que les quatre objectifs qu'elle vise dans un nouveau Code sont l'exhaustivité, la simplicité, la systématisation et l'énonciation des principes.²⁸ Le résultat réussit à résoudre de nombreuses difficultés soulevées par le *Code criminel* actuel. Malheureusement, dans de nombreux cas, de nouveaux problèmes sont créés, qui vicient le Projet de Code actuel de la CRDC. Évidemment, l'élément psychologique est une composante fondamentale du produit fini. Cependant, bien que la CRDC ait atteint un certain niveau d'exhaustivité dans ses dispositions relatives à l'élément psychologique, il semble qu'elle ait été fréquemment trop lapidaire et qu'elle ait trop fréquemment sacrifié la simplicité à la systématisation.

La disposition d'application

La CRDC a essayé de remplacer le principe de droit selon lequel l'utilisation de termes qui indiquent la *mens rea* dans une disposition créatrice d'une infraction s'applique à tous les éléments de l'infraction. Cependant, la proposition de la CRDC ne nous fait guère avancer, en ne modifiant ce principe que dans une mesure limitée et au détriment de la simplicité, de l'élégance et de quelque certitude.

À l'alinéa 2(4)a) de son Projet de Code, la CRDC énonce les conditions générales relatives au niveau de culpabilité qui s'appliquent à la définition des infractions particulières. Trois niveaux sont définis : i) les crimes qui exigent la poursuite d'un dessein; ii) les crimes qui exigent la témérité; iii) les crimes qui exigent la négligence. Chaque niveau de culpabilité est à nouveau subdivisé en énonçant les niveaux de culpabilité relatifs à la conduite, aux conséquences et aux circonstances, qui sont par

²⁸ *Supra*, note 20, à la p. 9.

conséquent définis comme les éléments matériels de l'élément psychologique. Les dispositions de l'alinéa 2(4)a) s'appuient sur les définitions du "dessein", de la "témérité" et de la "négligence" qui se trouvent à l'alinéa 2(4)b). Ces définitions sont également libellées en termes de conduite, de conséquences et de circonstances.

Le processus d'interprétation du Code mettrait donc en oeuvre a) une étude d'un acte criminel dans la *Partie spéciale* et du niveau de culpabilité qu'exige celui-ci; b) un renvoi à l'alinéa 2(4)a) et aux éléments que celui-ci exige à l'égard de la conduite, des conséquences et des circonstances; et c) la consultation des définitions qui figurent à l'alinéa 2(4)b) pour chacun des éléments qui figurent à l'alinéa 2(4)a).

Même une brève étude de ce mécanisme révèle sa lourdeur. Loin de simplifier et de clarifier le droit, l'alinéa 2(4)a) ajoute un problème exégétique entre la définition de l'infraction et l'élément psychologique nécessaire.

Les avantages de la "disposition d'application" de l'alinéa 2(4)a) semblent être la facilité et la clarté de la définition, étant donné que les définitions qui s'opposent au sens commun sont placées plus loin de la définition de l'infraction dont il est question. Ces avantages n'ont-ils aucune contrepartie? Anne Stalker critique certaines particularités et certaines innovations de libellé que la CRDC a apportées dans sa disposition d'application en ce qui concerne les crimes de "dessein", notamment la simple obligation de témérité en ce qui concerne les circonstances dans un acte criminel de dessein.³⁹ Si des définitions aussi complexes pouvaient être évitées, alors on peut croire que le caractère pratique de la définition ne souleverait plus de problème. De plus, la complexité indésirable de la pensée et de l'expression dans ces dispositions d'application ne facilite guère la compréhension du droit criminel par les gens ordinaires.

³⁹ Anne Stalker, "The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique" (1989), 14 *Queen's L.J.* 119, aux pp. 123 et 124.

Existe-t-il des moyens alternatifs, pratiques et clairs, d'énoncer l'élément psychologique? Le plan du Code pénal modèle de l'ALI est supérieur. L'article 2.02 du Code pénal modèle énonce les éléments généraux de la culpabilité. Le paragraphe 2.02(1) énonce :

«Les éléments minimaux de la culpabilité. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2.05, nul n'est coupable d'une infraction à moins d'avoir agi à dessein, sciemment, avec témérité ou de façon négligente, selon la loi, à l'égard de chaque élément matériel de l'infraction. »⁴⁰

Le Code pénal modèle définit ensuite chaque état d'esprit selon ses éléments psychologiques : la conduite, le résultat et les circonstances. Lorsque les éléments d'une infraction exigent des états d'esprit particuliers, ceux-ci sont énoncés directement dans la définition de chaque infraction.

L'utilisation, au Canada, d'un plan semblable à celui du Code pénal modèle permettrait non seulement d'utiliser les niveaux de culpabilité définis dans la *Partie générale* avec beaucoup plus de particularité dans les définitions d'infractions qui figurent dans la *Partie spéciale*, mais aussi de définir et de mettre en oeuvre, si nécessaire, de nouveaux niveaux de culpabilité sans qu'il soit nécessaire de retravailler l'encombrante *disposition d'application*.

Le dessein et la connaissance

Voici le commentaire de la CRDC dans son document de travail n° 29 sur le rôle de la connaissance dans la responsabilité criminelle :

La connaissance ... est la condition nécessaire de la responsabilité pénale. Dans plusieurs cas, cependant, elle n'est pas suffisante. Premièrement, il se peut qu'en vertu de la définition de l'infraction, la perpétration de celle-ci exige de la part de l'accusé un dessein particulier. Deuxièmement, il est possible que l'infraction en question ne puisse être commise que pour un mobile lié à la valeur mise en péril par la perpétration de cette infraction (par exemple, "sans excuse légitime", "frauduleusement", "par corruption", etc.). Troisièmement, bien qu'il ait agi sciemment, un

⁴⁰ *Supra*, note 23.

accusé peut tout de même ne pas être responsable, s'il bénéficie d'un moyen de défense général comme la contrainte morale, la nécessité ou la légitime défense. Il n'en demeure pas moins que dans tous les cas susmentionnés, si la seule connaissance n'entraîne pas la responsabilité de l'accusé, l'absence de connaissance écarte sa culpabilité. La connaissance reste donc une condition *sine qua non* de la responsabilité en cas de crimes. ⁴¹

Le Code présenté dans le Rapport 31 est conforme à cette philosophie. La disposition d'application, c'est-à-dire l'alinéa 2(4)a), énonce les conditions psychologiques du dessein, de la témérité et de la négligence, mais non pas de la connaissance. La connaissance est plutôt invoquée pour les crimes de dessein, dans la section 2(4)a)(i)(C). Par conséquent, il est très regrettable que l'alinéa 2(4)b) n'offre aucune définition du terme "sciemment", alors qu'il énonce les définitions des termes "dessein", "témérité" et "négligence". Nous avons déjà dit que la disposition d'application est inutile et trop compliquée. Si elle est abandonnée, une définition de la connaissance devrait être ajoutée parmi les autres définitions. Cependant, même si le plan de la disposition d'application est conservé, il est évident qu'une définition de la connaissance devrait être ajoutée à l'alinéa 2(4)b).

Fréquemment, le dessein et la connaissance sont différents. La CRDC a beaucoup fait pour tenir compte de ces situations dans son plan. On ne peut nier que la CRDC offre des solutions à de nombreux problèmes. Cependant, dans des dispositions aussi fondamentales pour le droit criminel et la réception de celui-ci dans le public, que celles qui portent sur l'élément psychologique, la simplicité devrait être la principale préoccupation lorsqu'elle peut être atteinte.

Pour commencer, étudions la situation dans laquelle un acteur souhaite atteindre un résultat, qui ne peut être atteint sans qu'un autre résultat - non souhaité - soit atteint en même temps. La

⁴¹ CRDC, Droit pénal - Partie générale - Responsabilité et moyens de défense (document de travail 29), Ottawa, Commission de réforme du droit, 1982, à la p. 27.

CRDC a prévu cette situation dans la définition de "dessein" de l'alinéa 2(4)b)(ii), qui précise qu'on présume le dessein à l'égard d'une conséquence si l'auteur réalise une conséquence dont il sait qu'elle entraînera une conséquence désirée. Voici le commentaire de la CRDC sur cette disposition :

Sur le plan des conséquences, le terme "dessein" vise non seulement le résultat recherché par l'accusé, mais aussi le résultat dont l'accusé sait qu'il est la conséquence du but qu'il poursuit ... Par exemple, si A détruit un aéronef en vol, tuant ainsi le pilote V, en vue de toucher le produit d'une police d'assurance sur l'aéronef, A est coupable d'avoir tué V à dessein, même si, de fait, cela n'était pas le but qu'il poursuivait.
⁴²

Bien que cette disposition semble atteindre l'objectif visé, il serait souhaitable de la libeller au moyen de l'adverbe "sciemment" et d'ajouter une définition à l'alinéa 2(4)b). À quoi cela sert-il de confondre les questions en litige et d'induire sémantiquement que l'auteur souhaitait tuer le pilote? S'il suffit que l'auteur sache que le pilote mourrait, pourquoi ne pas le dire tout simplement?

Que doit-il se passer dans une situation comme celle de l'arrêt Steane, alors que le prévenu avait fait des émissions de radio pour le compte de l'ennemi, au cours de la Deuxième Guerre mondiale, pour protéger sa famille contre des mesures de représailles des Allemands tout en sachant - présumément - que les Allemands seraient aidés par ses activités? ⁴³ Lors du procès, Steane a été déclaré coupable d'avoir accompli des actes susceptibles d'assister l'ennemi «avec l'intention d'aider l'ennemi», mais la Cour d'appel criminelle a effectivement appliqué la loi comme si celle-ci avait énoncé «dans le but d'aider

⁴² *Supra*, note 20, à la p. 24.

⁴³ R. v. Steane, [1947] 1 K.B. 997 (C.App.Cr.). Le sort de Steane pourrait être régi par les dispositions du nouveau Code sur la contrainte, mais il faut noter que celles-ci ne protègent pas ceux qui se sentent contraints d'agir en sachant que leur acte aura une conséquence prohibée, lorsque la contrainte n'a pas le niveau suffisant pour donner lieu à une défense de contrainte.

l'ennemi». De la même manière, dans l'arrêt Morris ⁴⁴, relatif à une déclaration de culpabilité de meurtre, une question de preuve portait sur la complicité après le fait du témoin d'un meurtre, Taylor. Ce dernier avait assisté aux attaques de Morris contre la victime et appelé la police au téléphone. Toutefois, lorsque la police était arrivée, Taylor lui avait dit «elle va bien, elle ne fait que dormir». En fait, la victime était morte. Le paragraphe 23(1) du *Code criminel* désigne comme complice après le fait celui qui, «sachant qu'une personne a participé à l'infraction, la reçoit, l'aide ou assiste (sic) en vue de lui permettre de s'échapper». Dans un plaidoyer qui faisait songer à celui de l'arrêt Steane, Taylor a prétendu qu'il avait dit cela parce qu'il avait peur de Morris et d'être accusé lui-même de la mort de la victime. Au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, M. le juge Ritchie a été d'avis que ces mots ne visaient pas à permettre à Morris de s'échapper. Par contre, M. le juge Spence, pour la minorité, a été d'avis que les craintes de Taylor n'avaient aucune pertinence. De toute manière, tout comme dans l'arrêt Steane, il semble qu'il existe une différence fondamentale entre le fait de désirer une conséquence et celui de savoir simplement que celle-ci se produira. La législation peut indiquer cette distinction, effectivement ou présument, si elle indique qu'un autre dessein fait partie d'une activité, au-delà de la simple connaissance du fait qu'une conséquence suivra. Il n'est pas nécessaire simplement "d'attraper" des individus comme Taylor ou Steane, qui peuvent de toute manière invoquer la défense de contrainte, mais plutôt de comprendre - en principe - que la connaissance du fait qu'un résultat suivra pourrait également provoquer la responsabilité. Un auteur qui sait qu'une conséquence prohibée découlera de ses actes devrait probablement être puni, mais il ne faut pas présumer qu'il désire cette conséquence. ⁴⁵

⁴⁴ Morris c. R., [1979] 2 R.C.S. 1041.

⁴⁵ Il s'agit là peut-être d'une critique qui peut viser d'une manière générale le choix, par la CRDC, du terme "dessein" pour dénoter l'intention. Bien que celui-ci n'emporte pas le bagage sémantique (sic) de la controverse sur l'intention générale et l'intention particulière qui se trouve, par exemple, dans l'arrêt R. c. George, [1960] R.C.S. 871, le terme "dessein" peut prêter à confusion s'il est défini de manière à comprendre la simple connaissance.

Certaines infractions sont définies pratiquement par la connaissance de l'accusé. Par exemple, la possession de biens obtenus au moyen d'un acte criminel exige que l'accusé sache que «tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement de la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation». ⁴⁶ La CRDC met l'accent sur l'activité plutôt que sur la nature des biens. Étant donné que la connaissance des circonstances fait partie des infractions de dessein, on peut prétendre que la possession demeure un crime, mais qu'elle est devenue un crime de dessein. Par conséquent, le paragraphe 18(6) du Projet de Code, sur la «possession de choses obtenues par la perpétration d'un crime» énonce :

Commet un crime quiconque a en sa possession un bien ou une chose ou les produits d'un bien ou d'une chose, obtenus par la perpétration d'un crime au Canada ou ailleurs, si l'acte en question constitue un crime au Canada.

Selon le nouveau Code, il s'agirait d'un crime de "dessein" par l'intermédiaire de la règle générale de l'alinéa 2(4)d).

Bien qu'il faille reconnaître que l'approche adoptée par la CRDC fonctionne dans ce cas, on peut se demander s'il ne serait pas préférable de définir la plupart des infractions en terme de connaissance et de conserver la catégorie du "dessein" pour les infractions qui nécessitent un niveau de culpabilité plus élevé que la simple connaissance. La protection d'une distinction entre la connaissance et le dessein clarifierait la réflexion et éviterait de définir bizarrement le dessein comme englobant la connaissance.

De plus, le Code criminel n'est pas le seul instrument criminel dans l'arsenal fédéral. Il existe d'autres lois qui définissent d'autres infractions selon les définitions du Code

⁴⁶ Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, al. 354(1)a).

criminel. Par exemple, l'article 2 de la *Loi sur les stupéfiants*⁴⁷ définit la "possession" - un concept fondamental de cette loi - comme «la possession au sens du Code criminel». Cette définition comporterait-elle maintenant l'inclusion dans la *Loi sur les stupéfiants* de la totalité des dispositions d'application du nouveau Code, y compris l'inclusion de la connaissance dans le dessein?

Enfin, dans toute la mesure du possible, pour qu'une loi soit efficace, elle doit être libellée au moyen de termes et de concepts familiers et clairs pour ceux qu'elle sert. Nous prétendons que le caractère lapidaire ne peut remplacer la clarté et que les formes indirectes de pensée, comme définir la simple connaissance comme le dessein, peuvent rendre inintelligible aux Canadiens le nouveau Code, qui est destiné à être l'une des lois fédérales les plus importantes.

La connaissance et l'aveuglement volontaire

Le concept d'aveuglement volontaire est intimement lié à celui de la connaissance. Au sens classique, l'aveuglement volontaire se trouve à mi-chemin entre l'intention et la témérité. Alors que la témérité implique une connaissance réelle d'un risque, mais la décision de garder la même conduite malgré tout, l'aveuglement volontaire implique la connaissance du fait qu'il faudrait s'enquérir à propos d'un risque et la décision de continuer sans procéder à cette enquête, pour éviter d'avoir la connaissance. La CRDC n'a pas abordé directement la question de l'aveuglement volontaire.

Fondamentalement, la notion d'aveuglement volontaire sert à transformer la témérité en connaissance réelle. " Voici ce qu'en dit la Commission de réforme du droit britannique :

8.10 "Sciemment" : la connaissance et l'"aveuglement volontaire" ... Le droit criminel anglais traite habituellement une personne comme si celle-ci savait quelque chose, lorsqu'elle a délibérément évité de

⁴⁷ L.R.C (1985), chap. N-1.

⁴⁸ Colvin, *supra*, note 25, à la p. 125.

se servir d'un moyen disponible d'obtenir "une connaissance réelle" alors qu'elle est assez certaine que c'est effectivement le cas. C'est l'état d'esprit qui, à notre avis, doit être rendu en peu de mots. L'alinéa 18a) traite donc une personne comme si celle-ci agissait "sciemment" à l'égard d'une circonstance «non seulement lorsque [l'auteur] sait que celle-ci existe ou existera, mais aussi lorsque [l'auteur] évite de prendre des mesures qui pourraient confirmer sa conviction que cette circonstance [existe ou existera].»⁴⁹

Nous pensons que ce raisonnement est également valable dans le contexte canadien. Une définition de la "connaissance" devrait être ajoutée à la Partie générale du *Code criminel* et définie de manière à englober l'aveuglement volontaire.

La témérité

L'alinéa 2(4)b) de la CRDC offre une alternative à propos de la définition de la témérité :

"Témérité". Une personne fait preuve de témérité à l'égard d'une conséquence ou des circonstances si, en agissant comme elle le fait, elle est consciente que cette conséquence ou ces circonstances se réaliseront probablement.

[Autre possibilité

"Témérité". Une personne fait preuve de témérité à l'égard d'une conséquence ou des circonstances si, en agissant comme elle le fait, elle prend consciemment le risque que cette conséquence ou ces circonstances se réalisent, sachant que dans les circonstances, il est hautement déraisonnable de prendre ce risque.]

La CRDC a préféré la première formulation et noté :

Dans le premier cas, la témérité est conçue en fonction de la conscience des probabilités. Il n'est pas nécessaire que l'accusé recherche les conséquences visées. Il lui suffit de savoir qu'elles sont probables; il doit avoir prévu la probabilité de leur réalisation. De même, il n'est pas essentiel qu'il ait connu les circonstances énumérées dans la définition de l'infraction, la conscience de leur existence probable

⁴⁹ *Supra*, note 24, aux pp. 191 et 192.

étant suffisante. Autrement dit, l'accusé doit avoir eu conscience de la probabilité de leur existence.⁵⁰

Cette formule rend bien l'idée qu'il est question de la probabilité de réalisation d'une conséquence ou d'existence d'une circonstance. Le concept fondamental établit une relation directe entre l'insouciance et la quasi-certitude nécessaire pour la connaissance ou le dessein, et définit la témérité de manière à englober des niveaux moins élevés de certitude de la part de l'auteur.

Pendant, la définition omet un élément fondamental. Il s'agit de l'analyse objective du risque qui fait partie de la conduite. Il ne faut pas concevoir le risque uniquement en terme de connaissance subjective de la probabilité de réalisation d'un événement, mais également comme un calcul supplémentaire et objectif de la justification du risque dans les circonstances. La CRDC donne des exemples du fonctionnement de la définition alternative :

Dans l'autre possibilité, la témérité est définie en fonction de deux facteurs : (1) la prise consciente du risque et (2) le caractère objectivement déraisonnable de la prise du risque dans les circonstances connues de l'accusé. Un risque peut être tout à fait déraisonnable - et la prise de celui-ci constituer une conduite téméraire - même si les chances de sa réalisation sont inférieures à 50 pour cent : par exemple, on tiendra généralement pour téméraire le fait pour A de pointer un pistolet chargé vers V, même si les risques d'un coup de feu sont inférieurs à 50 pour cent. D'un autre côté, la probabilité de réalisation d'une conséquence peut être très élevée sans que cela constitue pour autant de la témérité, si la prise du risque n'est pas déraisonnable dans les circonstances : ne fait pas nécessairement preuve de témérité le médecin qui pratique une opération bien que les chances de survie du patient soient très faibles si, par exemple, le patient y consent pour conserver la vue, l'ouïe ou une autre faculté.⁵¹

Un critère composite, objectif et subjectif, offre davantage de certitude pour évaluer si la conduite est déplorable ou défendable, mais il requiert l'intervention d'un juge des faits pour décider si

⁵⁰ *Supra*, note 20, à la p. 24.

⁵¹ *Ibid.*

le risque était injustifiable. Au Canada, selon la définition alternative de la CRDC, le juge des faits devrait décider si le risque était "hautement déraisonnable".

La jurisprudence contient d'autres sources à l'appui de cette définition. M. le juge associé Martin a défini l'insouciance de la manière suivante :

«Le terme "témérité" dénote ici l'état d'esprit subjectif d'un individu qui prévoit que sa conduite pourrait causer le résultat prohibé mais qui, malgré cela, prend délibérément le risque injustifié de le provoquer.»⁵²

Bien que les énoncés judiciaires ne doivent pas limiter la réforme du droit, la justice et l'exactitude favorisent également la définition reconnue de la témérité. Pour les motifs qui précèdent, la définition alternative de la témérité proposée par la CRDC constitue le meilleur choix pour une nouvelle codification du droit criminel.

La règle générale

L'alinéa 2(4)d) du Projet de Code de la CRDC énonce :

Règle générale. Lorsque la définition d'un crime n'énonce pas de conditions spécifiques quant à l'élément moral, elle est interprétée comme exigeant la poursuite d'un dessein.

La seule note de la CRDC sur cette disposition précise que celle-ci évitera la répétition des éléments de la faute dans les crimes de dessein qui figurent dans la *Partie spéciale* mais, bien entendu, les niveaux de culpabilité doivent toujours être précisés dans les définitions d'infraction par "témérité" et par "négligence".

Dans la mesure où la plupart des définitions qui figurent dans la *Partie spéciale* n'exigent pas explicitement un niveau de culpabilité particulier, on peut en déduire que la CRDC souhaite que la plupart des crimes exigent un dessein, lequel, comme nous l'avons déjà vu, comprend également la connaissance. Mais s'agit-il là du niveau de culpabilité "général" convenable? Pendant notre

⁵² R. v. Buzzanga and Durocher (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A.Ont.), à la p. 379.

étude de cette question, nous devons nous rappeler que la seule différence fonctionnelle qui se trouve actuellement dans la "disposition d'application" de la CRDC entre les crimes de dessein et les crimes de témérité porte sur les conséquences des actes de quelqu'un (voir les sections 2(4)a)(i)(B) et 2(4)a)(ii)(B).

En l'absence d'une indication du niveau de culpabilité, le droit actuel étend la culpabilité jusqu'à la témérité. Voici ce qu'écrit M. le juge associé Martin :

«En l'absence d'une indication de l'élément psychologique dans la définition d'un crime, la *mens rea* générale nécessaire et suffisante pour la plupart des crimes est, ou bien la réalisation intentionnelle, ou bien la réalisation téméraire, des résultats que la loi cherche à prévenir en créant l'infraction [.]»⁵³

Sans doute, l'application de cette règle provoquera la déclaration de culpabilité d'un plus grand nombre de personnes que si un dessein était exigé. Cependant, la réponse à cette inquiétude consisterait à étendre la portée de la règle générale à la témérité, mais à punir cette dernière d'une manière moins sévère que le dessein ou la connaissance. Comme le note Mme Stalker :

«Pour la plupart des infractions, le fait de prendre un risque est, aux yeux de la plupart des Canadiens, aussi coupable que le dessein, et il devrait donner lieu au moins à une déclaration de culpabilité, même si la sentence est moins sévère.»⁵⁴

Une telle règle aurait également l'avantage de rendre nécessaire une énonciation plus explicite des niveaux de culpabilité plus élevés, lorsque ceux-ci sont obligatoires pour une infraction.

Conclusion

Il faut féliciter la CRDC d'être partie du bon pied sur la voie de la recodification, dans son rapport n° 31. Toutefois, ce n'est pas simplement parce que le document est publié sous une forme finie qu'il faut croire qu'il ne donne lieu à aucune controverse. Il reste beaucoup de travail à faire, notamment dans les dispositions fondamentales relatives à l'élément psychologique.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 381. Voir aussi Pappajohn c. R., [1980] 2 R.C.S. 120; M. le juge Dickson, à la p. 146.

⁵⁴ *Supra*, note 39, à la p. 129.