

**"Source: Department of Justice Canada,
*Papers Prepared for the Department of Justice in Response to the White Paper
"Proposals to Amend the Criminal Code (General Principles)"*, March 1994.
Reproduced with the permission of the Minister of Public
Works and Government Services Canada, 2008."**

Le livre blanc et la faute

par Anne Stalker

Table des matières

1. **Les exigences générales en matière de faute**
2. **L'intention**
 - a) Le fait - acte ou omission - al. 12.4(2)a)
 - b) Les circonstances - al. 12.4(2)b), art. 12.3
 - c) Le résultat - al. 12.4(2)c)
 - d) L'ensemble de l'infraction - art. 12.3
3. **L'insouciance**
 - a) L'acte ou l'omission - al. 12.5(2)a)
 - b) Les circonstances - al. 12.5(2)b); par. 12.5(3)
 - c) Le résultat - al. 12.5(2)c); par. 12.5(3)
 - d) L'ensemble de l'infraction - art. 12.3; par. 12.5(3)
4. **La négligence criminelle - art. 12.6**
5. **La négligence**
6. **L'exigence générale en matière de faute**
7. **Conclusion**

Le livre blanc et la faute

Le présent document examine et critique les dispositions relatives à la faute prévues à l'article 12 (art. 6 du projet de loi) de la Proposition de modification du Code criminel (principes généraux) rendue publique par le ministre de la Justice le 28 juin 1993¹. J'ai subdivisé ces propositions en un certain nombre de sujets. Pour chaque sujet, je vais d'abord énoncer la proposition et l'objet qu'elle vise. Je vais ensuite examiner l'opportunité de la proposition en fonction de l'objet visé, compte tenu notamment des documents mis à ma disposition, notamment les rapports de la Commission de réforme du droit du Canada², de l'Association du Barreau canadien³ et du Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général⁴.

¹ Ci-après le «livre blanc».

² Rapport 31 - *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1987). Ci-après, le rapport de la CRD.

³ *Principes de responsabilité pénale : Proposition de nouvelles dispositions générales du Code criminel du Canada* (Ottawa : Groupe de travail sur la nouvelle codification du droit pénal de l'Association du Barreau canadien, 1992). Ci-après, le rapport de l'ABC.

De plus, le mémoire de l'Association du Barreau canadien adressé au ministre de la Justice concernant la Proposition de modification du Code criminel (principes généraux), appelé le mémoire de l'ABC, sera aussi cité.

⁴ *Principes de base : Recodification de la Partie générale du Code criminel du Canada*, Rapport du Sous-comité sur la recodification de la Partie générale du Code Criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1993). Ci-après, rapport du sous-comité.

J'examinerai également, dans le cadre de cette étude, la question de savoir si la proposition codifie ou modifie l'état du droit ou crée un droit nouveau. J'examinerai ensuite si les termes de la disposition proposée reflètent réellement la politique visée. Enfin, je vais proposer des modifications en fonction de l'analyse faite.

1. Les exigences générales en matière de faute

Le livre blanc indique d'abord quand une personne commet une infraction. Il prévoit une exigence : une personne commet une infraction lorsqu'elle agit dans «l'état d'esprit précisé par la disposition la créant ou par toute autre règle de droit» (art. 12.1). Cette disposition est mal conçue et ce, à deux titres. Premièrement, l'expression «Il y a infraction» comporte une certaine ambiguïté; il est clair que l'on veut inclure tous les éléments de l'*actus reus* et de la *mens rea* mais non les moyens de défense. Toutefois, il faut une lecture très attentive pour dégager ce sens de l'article. Un énoncé plus général indiquant qu'«une personne peut être reconnue coupable d'une infraction lorsque... et qu'aucun moyen de défense ne s'applique» serait peut-être préférable. Deuxièmement, l'expression «état d'esprit» peut porter à confusion. La négligence n'est pas vraiment un état d'esprit. L'énoncé serait plus clair s'il était formulé ainsi : «dans l'état d'esprit précisé... ou lorsque le critère de faute s'applique...»

Le livre blanc propose quatre éléments de faute possibles en matière d'infractions criminelles -- l'intention, l'insouciance, la négligence criminelle et la négligence. Il définit ensuite chacun de ces éléments de faute de deux façons - premièrement, quant à l'ensemble de l'infraction puis quant au fait, aux circonstances et au résultat de l'infraction. En ce qui concerne la négligence criminelle et la négligence, les deux parties de la définition sont confondues.

Selon le mémoire de l'ABC, cette approche serait trop compliquée et manquerait de clarté. En fait, cette approche présente certains avantages. Tout d'abord, elle reconnaît que le législateur ou les tribunaux peuvent exiger un niveau de faute différent pour chacun des éléments constitutifs d'une même infraction. Le livre blanc propose une application uniforme, mais il fournit des définitions qui précisent toutes les possibilités. Le rapport de l'ABC, par contre, semble vouloir inscrire dans la loi l'application d'un élément moral qui n'est peut-être pas celui que souhaitait le législateur; il exige que cet élément moral s'applique à tous les aspects «sauf indication contraire ressortant du contexte». Si tel est le but visé, l'approche proposée par l'ABC est plus efficace. On pourrait soutenir toutefois que le livre blanc se veut plus sensible à d'autres possibilités, et ce but est plus facilement atteint par les détails précis qu'il contient. Bien entendu, ces positions contradictoires reposent sur une question de fond, celle de savoir quel est vraiment l'élément moral en matière d'infractions

criminelles. Je reviendrai donc à cette question à la fin de l'analyse des éléments moraux proposés par le livre blanc.

Deuxièmement, même si les notions qui sous-tendent les exigences en matière de faute sont les mêmes, l'usage de termes différents pour exprimer l'élément moral applicable aux divers éléments constitutifs de l'infraction pourrait, dans certains cas, en clarifier le sens. Par exemple, le livre blanc utilise le terme «intention» en regard de la commission du fait et du résultat qu'il entraîne, mais le terme «savoir» relativement aux circonstances. L'intention et la connaissance sont des termes équivalents, mais sont employés pour apporter certaines distinctions; le livre blanc reconnaît et respecte cette distinction. Le rapport de l'ABC ne fait pas cette distinction, mais il n'est pas plus valable pour autant.

Le régime susmentionné proposé par le livre blanc pourrait toutefois entraîner certaines difficultés. Il repose en grande partie sur l'analyse des infractions en termes du fait - acte ou omission, des circonstances et du résultat. Cette division pourrait faciliter l'analyse dans la plupart des cas, mais je ne suis pas convaincue qu'elle soit suffisamment universelle pour constituer le seul fondement de la définition des éléments moraux applicables à toutes les infractions. Il serait sans doute possible de modifier l'ensemble des infractions du Code de sorte que ce régime s'y applique, mais, à mon avis, le livre blanc doit respecter le cadre du Code actuel; ces divergences sont donc pertinentes. À titre d'exemples, dans l'infraction d'homicide

coupable qui comprend le meurtre, l'infanticide et l'homicide involontaire coupable, l'acte reproché est celui d'avoir «causé la mort». Quel est «le fait - acte ou omission - précisé par la disposition qui crée l'infraction»? Dans l'infraction prévue à l'art. 173, «avoir volontairement commis une action indécente», l'indécence est-elle une circonstance ou un élément du fait? Le «tapage» dont il est question dans l'infraction de «troubler la paix » (art. 175) fait-il partie de l'acte ou de l'omission ou est-ce un résultat?

Ces questions pourraient trouver réponse; néanmoins, il faudra se poser maintes fois la question pour diviser chacune des infractions en ces trois parties distinctes. Il peut s'avérer très difficile d'imaginer l'application de ces étiquettes à certaines infractions du Code actuel et, par conséquent, le livre blanc exigerait des tribunaux qu'ils examinent des questions de forme qui ne contribuent pas réellement à l'application de la loi.

Le mémoire de l'ABC soulève une deuxième question générale à la page 7, soit celle de savoir si, par les mentions de «par toute autre règle de droit» et «sauf disposition contraire», le livre blanc est suffisamment clair quant à l'élément moral. Les dispositions du livre blanc qui contiennent l'expression «sauf disposition contraire» ne soulèvent aucune difficulté puisqu'invariablement, dans ces cas, la disposition renvoie au Code lui-même («de la présente loi») ou à une autre loi fédérale («de toute autre loi fédérale»). Ces renvois permettent

simplement au législateur de choisir un élément moral différent lorsqu'il est opportun de le faire. Cela n'est pas moins clair pour autant; la disposition permet tout simplement au législateur de s'écarter du régime d'application générale. Il n'y a rien de répréhensible à cela à moins que le régime d'application générale ne soit le seul équitable. Je reviendrai à cette question lors de l'analyse des divers éléments moraux.

Par contre, l'expression «par toute autre règle de droit» semble renvoyer aux règles de la *common law* et les incorporer dans le régime établi par la loi. Si l'on veut simplement permettre l'adoption des principes généraux sans qu'il faille examiner toutes les infractions pour vérifier leur conformité avec le régime, l'initiative a du mérite. Il est beaucoup plus probable que le législateur sera en mesure de régler la question de la partie générale et qu'il le fera plus rapidement s'il n'est pas obligé d'attendre que toutes les infractions aient fait l'objet d'un examen. Toutefois, le livre blanc n'encourage en rien la codification de ces éléments moraux ni ne décourage l'élaboration de nouvelles «descriptions» en vertu de la *common law*, de sorte que d'autres règles tirées de la *common law* tendront à prendre de l'importance. Cela est d'autant plus vrai qu'il n'existe aucune disposition générale applicable par défaut. Si la disposition qui crée l'infraction passe cet aspect sous silence, le livre blanc n'offre aucune solution. Le tribunal dispose d'une définition de l'élément moral lorsque la disposition le prévoit mais, dans le cas contraire, le livre

blanc n'indique pas où il faut trouver cette définition. Il s'agit d'une lacune de taille si le livre blanc se fonde sur les dispositions de fond du Code actuel; il faut y remédier si le Code doit fournir à la fois tous les renseignements et le degré de certitude nécessaires qu'il semble viser.

2. L'intention

a) Le fait, acte ou omission – al. 12.4(2)a)

L'intention est, en ce qui a trait à un acte ou une omission, ce que l'auteur «veu[t] [...] accomplir». Il s'agit d'une définition valable, conforme à l'analyse que fournit actuellement la jurisprudence et qui s'inscrit bien dans le cadre de la notion d'intention.

b) Les circonstances – al. 12.4 (2)b); art. 12.3

Eu égard aux circonstances, le critère d'intention s'applique lorsque la personne «sait qu'une circonstance existe». La notion de «savoir» est synonyme de celle d'«intention» dans la plupart des cas. En fait, même si l'intention exige quelque chose de plus, notamment une fin, nous avons l'habitude de restreindre la portée du terme de sorte que savoir (c'est-à-dire être presque certain) suffit. Par conséquent, définir le critère d'intention tel qu'il s'applique aux circonstances comme le fait

de savoir que la circonstance existe ne soulève aucune difficulté. On pourrait s'interroger toutefois sur la pertinence de la disposition. Cette disposition traite du sens du terme intention lorsqu'il s'applique à des circonstances. Cependant, en règle générale, le Code n'exige pas l'application du critère d'intention à l'égard des circonstances. Il exige toutefois la connaissance. Dans presque tous les cas, donc, le sens du terme intention tel qu'appliqué aux circonstances ne sera pas pertinent; ce qui le sera, par contre, c'est le sens du terme «savoir» tel qu'il s'applique aux circonstances.

Une personne «sait» qu'une circonstance existe si elle est consciente du fait que la circonstance existe; ou si elle est consciente du fait qu'il est probable que la circonstance existe et choisit de ne prendre aucune mesure pour s'en assurer».

[Noter que la définition s'applique à toutes les circonstances qu'il s'agisse ou non d'un élément constitutif de l'infraction; il est difficile, compte tenu de l'agencement des dispositions de l'art. 12, de savoir dans quelles circonstances il faut que l'accusé «sache» qu'une circonstance existe lorsque celle-ci n'est pas précisée dans l'infraction.]

La définition de «savoir» soulève quelques questions. Premièrement, l'expression «est consciente du fait que la circonstance existe» ne précise aucunement le sens du terme «savoir» et pourrait même le rendre plus obscur en laissant entendre qu'une quasi-certitude suffirait. Le terme «savoir» est suffisamment clair; contrairement à bien d'autres termes que nous

utilisons, son sens juridique est fondamentalement le même que son sens courant. Par conséquent, la disposition pourrait être ainsi rédigée : «est presque tout à fait certaine qu'une circonstance existe».

La seconde partie de la définition ajoute, bien entendu, la notion de l'aveuglement volontaire. Deux questions se posent : la première est celle de savoir si la norme applicable devrait toujours être celle de la probabilité. Cette notion qu'il faut distinguer de l'insouciance recoupe, quant à son application, le même champ que la «connaissance»; elle exigerait donc logiquement un plus haut niveau de conscience. La deuxième est celle de savoir si l'expression «ne prend[] aucune mesure pour s'en assurer» établit une norme suffisamment élevée. Les termes les plus utiles seraient «ne prend aucune» dont le sens peut être assez large; il exigerait, par exemple, une omission intentionnelle réfléchie. Toutefois, en l'absence de toute autre indication des motifs de l'omission, il existe un certain danger que cette expression englobe l'insouciance. Cela correspondrait donc à la notion traditionnelle de l'aveuglement volontaire et serait moins susceptible de faire l'objet d'autres interprétations, comme dans les affaires telles que *Sansregret*⁵, si elle précisait au moins que le but de l'omission devait être de «ne pas savoir».

⁵ *Sansregret c. La Reine* [1985] 1 R.C.S. 570, 45 C.R. (d) 193, 18 C.C.C. (3d) 223.

c) Le résultat - al. 12.4(2)c)

Selon le livre blanc, pour que l'accusé ait l'intention de produire un résultat, il faut qu'il veuille produire le résultat ou qu'il soit conscient du fait que le résultat sera atteint dans le cours normal des choses. À mon avis, on veut refléter la notion traditionnelle de l'intention telle qu'exprimée dans l'arrêt *Buzzanga and Durocher*⁶. Elle pourrait toutefois être mal interprétée puisqu'elle est fondée sur l'énoncé «se produira dans le cours normal des choses» pour exprimer le degré de certitude voulu. Il vaudrait peut-être mieux retenir l'expression «presque certain» plutôt que de s'en tenir à l'interprétation de «se produira», c'est-à-dire : «sait qu'il est presque certain que le résultat se produira dans le cours normal des choses».

d) L'ensemble de l'infraction - art. 12.3

Lorsque l'intention est précisée à l'égard de l'infraction plutôt qu'à l'égard d'une partie d'une infraction, le livre blanc précise que le critère de l'intention, à l'égard du fait en cause - acte ou omission - de même que le critère applicable quant au fait d'être conscient que la circonstance existe (définis plus haut) s'appliquent. Il s'agit essentiellement de conclusions

⁶ *R. v. Buzzanga and Durocher*, (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.) p. 383 à 385.

logiques et non controversées. Toutefois, eu égard au résultat, le livre blanc n'applique pas le sens du terme intention au résultat prévu à l'al. 12.4(2)c); il s'appuie plutôt sur l'élément moral quant au résultat «créé ou précisé par une règle de droit».

Cette approche s'inspire sans doute de l'arrêt *DeSousa*⁷, dans lequel la Cour suprême du Canada a indiqué que ni la Constitution ni la *common law* n'exigent que l'élément moral s'applique au résultat en matière d'actes criminels. Cette décision a, bien entendu, été suivie par l'arrêt *Creighton*⁸ dans lequel la Cour suprême a appliqué le critère de la prévisibilité objective de lésions corporelles pour l'infraction d'homicide volontaire coupable résultant d'un acte illégal; la Cour a donc permis le recours à un critère objectif qu'il faut relier à un acte autre que le résultat précisé dans l'infraction.

Ces décisions appellent plusieurs commentaires.

Premièrement, dans l'affaire *DeSousa*, la Cour n'a pas cherché à s'inspirer de l'analyse traditionnelle de l'élément moral en droit pénal tirée de la *common law*. Les juges ont conclu que l'expression «causer des lésions corporelles» ne prévoyait pas l'élément moral sauf quant au caractère dangereux objectif de l'infraction sous-jacente, sans même examiner (du moins à cette étape de l'analyse) s'il fallait comprendre des arrêts *Sault Ste-*

⁷ R. c. *DeSousa* (1992), 15 C.R. (4th) 66; [1992] 2 R.C.S. 944.

⁸ R. c. *Creighton* (1993), 23 C.R. (4th) 189; 3 R.C.S. 3.

*Marie*⁹ et *Pappajohn*¹⁰ que la *mens rea* s'applique au résultat. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la Cour suprême du Canada a, dans un jugement unanime, affirmé que les infractions criminelles véritables comportaient une présomption de *mens rea* subjective. L'actuelle Cour suprême a totalement écarté cette interprétation. Les juges semblent prendre pour acquis que, puisque la disposition qui crée l'infraction ne mentionne nullement que la *mens rea* s'applique au résultat des lésions corporelles, la *mens rea* n'était pas requise.

La Cour n'a justifié son approche qu'au moment de l'analyse de la prévisibilité objective du résultat. Pour l'essentiel, elle a conclu qu'aux termes de la Constitution, il fallait une faute, n'importe laquelle, uniquement à l'égard de certains éléments constitutifs de l'infraction, et en particulier uniquement à l'égard des éléments de l'infraction qui permettaient de distinguer les personnes «mentalement, et moralement innocentes» des coupables¹¹. Une fois que l'accusé a entrepris son activité dangereuse, il est coupable et le résultat de son geste n'est pertinent que quant à la gravité de l'infraction commise. Selon la Cour, «..aucun principe de justice fondamentale n'empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que

⁹ *R. c. Sault Ste-Marie* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353; [1978] 2 R.C.S. 1299.

¹⁰ *Pappajohn c. La Reine* (1980), 52 C.C.C. (2d) 481; [1980] 2 R.C.S. 120.

¹¹ *DeSousa*, précité, p. 85.

les crimes qui n'en entraînent pas...Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent...Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé...Les tribunaux et le législateur reconnaissent le préjudice effectivement causé en concluant que pour des cas égaux par ailleurs, une conséquence plus grave commande une réaction plus sérieuse¹²». Un problème est que cette analyse est fondée sur une hypothèse quant au sens que le «législateur» a pu donner à la faute, sens qui est contraire à l'interprétation traditionnelle de la loi en droit pénal. Autrement dit, il est possible que le législateur, en étant muet sur ce point, n'ait pas eu l'intention de ne pas exiger la commission d'une faute. Par conséquent, le législateur peut certainement régler dès maintenant cette question en précisant les modalités d'application de la faute. La norme constitutionnelle est très peu sévère, certains diraient même qu'elle frise la responsabilité absolue (quoique l'on puisse difficilement expliquer que l'arrêt *DeSousa* ait exigé au moins la prévisibilité objective du préjudice dans l'infraction sous-jacente, si une telle prévisibilité n'était pas nécessaire pour l'infraction principale). De plus, la Cour suprême semble hésiter à appliquer le critère de la faute au résultat d'une

¹² *DeSousa*, précité, p. 85 et 86.

infraction en l'absence d'une disposition claire. Mais le législateur est libre d'établir une norme plus sévère s'il le souhaite. Reste à savoir quelle devrait être cette norme.

Il importe de reconnaître que l'argument susmentionné, à titre de justification de la position adoptée par la Cour suprême, n'a à peu près rien à voir avec la faute. L'argument est fondé presque entièrement sur l'acte. Il est tout à fait opportun que l'acte criminel qui entraîne un préjudice soit plus grave. Il est normal qu'il y ait une progression entre, par exemple, les voies de fait, les voies de fait causant des lésions corporelles, les voies de fait graves et l'homicide involontaire coupable. Mais il n'est pas normal de ne pas tenir compte de la faute dans l'établissement d'une telle progression. Si, tel que déclare le juge Sopinka dans *DeSousa*, la responsabilité pénale s'applique aux actes également répréhensibles, pourquoi alors les distinguer? L'infraction devient plus grave (et entraîne une peine plus sévère) parce que ses éléments constitutifs sont plus graves. Mais si la responsabilité pénale demeure la même, alors la Cour punit essentiellement une personne qui est moralement innocente à l'égard de l'infraction précise pour laquelle elle est condamnée. Voilà le problème. Il serait tout aussi répréhensible de condamner une personne pour voies de fait si celle-ci ignorait totalement que son geste pouvait causer des lésions corporelles à autrui que de condamner une personne pour voies de fait causant des lésions corporelles si celle-ci ne savait pas que le degré de force utilisé pouvait causer du tort à

la victime. Si le préjudice causé compte pour beaucoup, il en est de même pour l'attitude de l'accusé à cet égard.

D'aucuns soutiennent depuis longtemps que le critère de causalité n'est pas assez souple puisqu'il ne permet pas de tenir compte du caractère fortuit du résultat. En fait, cet argument ne s'applique pas à la causalité elle-même mais à la responsabilité, à la culpabilité. La Cour suprême a écarté de l'analyse judiciaire le dernier élément permettant d'examiner la responsabilité de l'accusé à l'égard du résultat. Il est bien entendu possible de justifier les éléments objectifs de la faute au motif qu'ils sont équitables, mais cela ne saurait se faire quand la société condamne et punit l'accusé en fonction de sa conscience du risque. La Cour suprême n'a tout simplement ni reconnu ni examiné ce problème. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le législateur doive s'engager dans la même voie.

L'art. 12.3 proposé, en conjonction avec l'arrêt *DeSousa*, veut dire qu'à moins que la disposition qui crée une infraction d'intention ne précise la faute, le droit n'en prévoira aucune; tout au plus, il prévoira la prévisibilité objective du préjudice (peut-être à un niveau qui se rapprocherait du manquement manifeste). Ce n'est pas l'approche qui convient pour une infraction d'intention. Il n'y a aucune raison, dans le cas d'une infraction d'intention, de ne pas exiger l'application du critère d'intention établi par l'art. 2.4 à chacun de ses éléments; une application moins rigoureuse serait contradictoire.

Cela permettrait de laisser le débat là où il convient qu'il se trouve, soit sur la question de savoir si l'exigence, en matière d'intention, s'applique à l'ensemble de l'infraction ou uniquement à une partie de celle-ci.

3. L'insouciance

a) L'acte ou l'omission - al. 12.5(2)a)

Quant au fait en cause, l'exigence est la même qu'en matière d'intention, c'est-à-dire qu'il faut que l'accusé «veuille l'accomplir». La raison n'en est pas très claire. Dans la plupart des cas, l'exigence du caractère volontaire entraînera un effet semblable mais, pour certaines infractions, l'acte peut s'avérer suffisamment complexe qu'il pourrait être commis avec insouciance (c'est-à-dire que l'accusé est conscient du risque grave que l'acte ou l'omission se produise). Il s'agit en réalité d'une préoccupation reliée à quelques autres susmentionnées, par exemple, la pertinence de circonstances non précisées (à la page) et la difficulté de définir clairement les infractions en fonction du fait, des circonstances et du résultat (à la page 8). Le livre blanc semble reconnaître de façon sporadique la complexité possible de la description des infractions. J'aurais préféré une rédaction plus rigoureuse. De plus, cette disposition paraît superflue si elle se veut identique à la disposition sur l'intention (sauf peut-être pour

quelques rares infractions). Le législateur devrait prendre soin de préciser l'intention relativement à l'acte ou à l'omission dans tous les cas et éviter d'appliquer le critère de l'insouciance à leur égard; l'énoncé serait plus clair et moins susceptible d'interprétation.

b) Les circonstances – al. 12.5(2)b), par. 12.5(3)

Selon le livre blanc, il y a insouciance quant à une circonstance lorsque l'accusé est «conscient du fait qu'il y a un risque qu'elle existe». Le terme «risque» s'entend d'un risque dont la réalisation est probable, soit un risque qu'il est très déraisonnable de prendre, que sa réalisation soit probable ou non. Essentiellement, cette définition paraît correspondre au sens actuel de l'insouciance proposé par les arrêts *Buzzanga* et *Sansregret*. Il faut toutefois signaler que la définition du «risque» est inutilement compliquée, puisque le risque qu'il est très déraisonnable de prendre est mentionné à deux reprises, aux alinéas a) et b). En fait, j'estime que même le risque dont la réalisation est probable ne constituerait de l'insouciance que s'il était déraisonnable de le prendre. Par exemple, la chirurgie peut comporter un risque dont la réalisation est probable; néanmoins, si tel risque est raisonnable, il est acceptable de le prendre. Il est difficile de trouver un exemple semblable relativement aux circonstances, mais cela veut uniquement dire qu'il est déraisonnable de prendre tous les

risques dont la réalisation est probable. Quoi qu'il en soit, j'estime que la première définition est inutile, pourrait éventuellement être injuste et devrait être supprimée.

c) Le résultat – al. 12.5(2)c); par. 12.5(3)

L'auteur du fait est insouciant à l'égard du résultat s'il est «conscient du fait qu'il y a un risque qu'il se produise». Si la définition du risque est modifiée de la façon proposée ci-dessus, cette disposition reflète l'état du droit et paraît équitable et applicable.

d) L'ensemble de l'infraction – par. 12.5(1); par. 12.5(3)

Lorsque l'insouciance est un des critères qui s'appliquent à l'ensemble de l'infraction, la faute requise est la même que lorsque la personne a fait preuve d'insouciance à l'égard de chacun des éléments du fait en cause, acte ou omission, et des circonstances, mais comme pour le critère d'intention, la disposition exige que l'accusé se trouve, «quand au résultat éventuellement mentionné dans la disposition, dans l'état d'esprit précisé par celle-ci ou la règle de droit». À l'instar des infractions d'intention, ce dernier élément semble un effort inutile de suivre l'interprétation proposée par la Cour suprême dans des arrêts récents; elle est également inéquitable en ce qu'elle n'exige pas l'application du critère d'insouciance comme

élément important à l'égard du résultat. Il est toujours loisible au législateur de modifier cette exigence en fixant un critère moins sévère à l'égard d'une infraction en particulier, mais la disposition générale devrait exiger l'application du critère de l'insouciance pour chacun des éléments constitutifs d'une infraction d'insouciance.

4. La négligence criminelle – art. 12.6

Cette disposition traite en même temps de chacun des éléments constitutifs de l'infraction et de l'ensemble de l'infraction, parce que la négligence criminelle a la même signification dans tous les cas. La disposition énonce que, pour qu'il y ait infraction, il faut que «la personne en cause, soit en faisant quelque chose, soit en omettant de faire quelque chose qu'il était de son devoir d'accomplir, ait commis un manquement manifeste et grave à la norme de la diligence raisonnable». Aux termes du par. (2) «devoir» s'entend d'une obligation imposée par la loi.

Avant d'examiner l'expression «manquement manifeste et grave», il convient d'examiner d'abord l'économie fondamentale de cette disposition. Elle est clairement fondée sur l'art. 219 du Code actuel qui porte sur la négligence criminelle. Toutefois, l'art. 219 ne propose aucune définition d'un «état d'esprit» ou d'un élément de faute : il définit une infraction. L'infraction décrite constitue l'équivalent fonctionnel du délit de

négligence. Le législateur reconnaît qu'il est impossible de prévoir toutes les formes de comportement dangereux et par conséquent de les préciser dans les diverses infractions du Code. Pour pallier cette difficulté, il établit une norme applicable à l'évaluation d'autres omissions ou actes dangereux qui en font des actes criminels. J'estime personnellement qu'il s'agit d'une technique nécessaire et utile : il faut que le Code comporte une telle disposition. Toutefois, le législateur ne définit pas un élément de faute mais une infraction. Il n'est donc pas nécessaire, aux fins de la définition de l'élément de faute de la négligence criminelle, de la répéter intégralement. L'art. 12.6 serait beaucoup plus clair si une partie du par. (1) et l'ensemble du par. (2) étaient supprimés. Le paragraphe (2), qui propose une définition du terme «devoir», devrait se trouver ailleurs et constituer une règle d'application générale. Il n'est pas particulièrement pertinent à l'élément de faute de la négligence criminelle, mais il s'agit d'une disposition d'application générale importante.

L'exigence d'un manquement manifeste et grave reflète le droit actuel en ce que l'on a interprété l'infraction de négligence criminelle comme exigeant au moins cela comme élément de faute. C'est ce que la Cour suprême du Canada, par le quatuor *Creighton*, semble exiger au plan constitutionnel pour tous les critères objectifs applicables en droit pénal. En fait, contrairement à d'autres, j'estime que l'arrêt *Creighton* exige ce niveau de faute même pour les infractions sous-jacentes; je

reconnais toutefois que lorsque la Cour applique effectivement le critère, elle ne tient pas compte des termes «manifeste et grave». Il s'agit sans doute d'un simple oubli ou encore d'un manque de rigueur dans l'application du critère plutôt que d'une affirmation claire de la Cour quant au critère applicable.

La principale question que soulève l'application de ce critère a été, bien entendu, l'importance qu'il faut accorder aux caractéristiques individuelles de l'accusé. La majorité des juges n'en tient compte que lorsque telles caractéristiques influent sur la capacité pénale de l'accusé; une minorité des juges en tient compte dans tous les cas où l'accusé n'exerce aucun contrôle sur ces caractéristiques. La majorité des juges ne permettrait donc jamais que les caractéristiques propres à l'accusé entrent en compte pour exiger plus de l'accusé qu'on n'exigerait d'une personne raisonnable, mais la minorité accepterait de le faire. En règle générale, la majorité, contrairement à la minorité, ne permettrait pas non plus que l'âge, l'éducation et l'expérience de l'accusé constituent des facteurs qui influent sur sa capacité d'agir de manière raisonnable. (Toutefois, la majorité permettrait de tenir compte de ces facteurs s'ils influent sur la faculté de l'accusé d'apprécier le risque qu'entraînerait l'acte. La distinction entre l'opinion de la majorité et celle de la minorité ne serait donc pas aussi grande qu'il le paraît, et une interprétation large du terme «incapacité» permettrait, en fait, de rapprocher ces deux points de vue.)

Pour la majorité des juges, la négligence criminelle constituerait une simple exigence relativement à l'*actus reus* plutôt qu'une exigence relative à la faute. Leur insistance sur l'uniformité vise bien davantage l'établissement d'une norme de comportement qu'une évaluation du niveau de conscience de l'accusé. Quoi qu'il en soit, le critère de faute qui tient compte de ce qu'il est raisonnable pour une personne (telle que l'accusé) de saisir du caractère dangereux (ou un autre critère) de son geste a une certaine valeur. Il demeure vrai que si une personne raisonnable ayant le même niveau de connaissance et d'expérience que l'accusé ne commettrait pas l'acte reproché, l'accusé qui le commet ne peut invoquer son ignorance à titre d'excuse. Ce principe ne semble présenter aucun inconvénient et est parfaitement équitable à l'égard de l'accusé. De plus, tel que susmentionné, cette position n'est pas tout à fait contraire à celle de la majorité des juges de la Cour suprême sauf peut-être si les caractéristiques individuelles de l'accusé avaient pour effet de rendre la norme de la diligence plus sévère. La difficulté, à mon avis, réside dans la formulation de l'obligation.

D'aucuns soutiennent que le par. 12.6(3) est utile à cet égard. La disposition exige du tribunal, lorsqu'il détermine si l'acte d'une personne constitue un manquement grave et manifeste à la norme de la diligence raisonnable, de tenir compte de l'idée que se fait la personne des circonstances, que celles-ci soient ou non précisées. Cela ne voudrait pas dire qu'il faille juger

la personne en fonction de ce dont elle avait conscience, que cette perception soit ou non raisonnable (on pourrait toutefois l'interpréter ainsi). Il s'agirait plutôt d'une codification du critère proposé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Tutton*; autrement dit, selon ce critère, le tribunal doit évaluer la situation du point de vue de l'accusé si ce point de vue est raisonnable. Si, en fait, l'article va plus loin et ne comporte aucune exigence en matière de diligence raisonnable, il mine l'ensemble de la norme de négligence criminelle puisque la personne a pu faire preuve d'un écart important par rapport à celle-ci en devenant consciente. Naturellement, la question qui se pose est la suivante : s'il faut que la perception soit raisonnable, comment tenir compte des caractéristiques individuelles puisque la personne raisonnable n'a pas ces caractéristiques? La disposition ne résoudrait donc pas le problème déjà soulevé, mais elle serait tout de même utile. Quoi qu'il en soit, le par. 12.6(3) semble manifestement ambigu. Il le serait moins s'il était ainsi rédigé «le tribunal tient compte du fait que l'auteur était conscient...si le degré de conscience était raisonnable».

Le principal problème tient à ce que, dans sa formulation actuelle, l'art. 12.6 ne permet pas au tribunal d'examiner même l'aptitude de l'accusé à satisfaire à la norme de la diligence raisonnable. Il faudrait tenter de définir «la norme de la diligence raisonnable» de sorte que l'expression permette au moins l'examen de l'aptitude de l'accusé, voire même davantage.

Cela pourrait s'avérer très difficile même si tous s'entendent sur le bien-fondé d'une telle modification. Voici quelques formulations possibles :

«...manquement manifeste et grave à la norme de la diligence raisonnable que cette personne est en mesure de respecter.»

«raisonnable» s'entend du caractère raisonnable d'un acte eu égard à l'âge, au niveau d'intelligence, à l'instruction, à l'expérience et aux autres caractéristiques de la personne.»

«raisonnable» s'entend d'une norme de caractère raisonnable que la personne peut respecter.»

5. La négligence

Il est probable qu'en matière d'infractions criminelles, un élément de faute qui repose sur le critère de la négligence soit inconstitutionnel. C'est pourquoi je m'interroge sur l'utilité de cette disposition. Doit-elle s'appliquer uniquement aux infractions fédérales qui ne sont pas prévues au Code?

Ceci étant dit, la disposition reprend les termes de l'article sur la négligence criminelle et, dans l'ensemble, les mêmes commentaires s'appliquent. Il faudrait supprimer une

partie du par. (1) et l'ensemble du par. (2). Si cette disposition ne s'applique qu'aux infractions réglementaires il n'est probablement pas nécessaire de prêter à la personne responsable les facultés de l'accusé puisque la notion d'infraction réglementaire exige que l'accusé soit informé des exigences et des obligations qui lui incombent. Si, toutefois, cette disposition devait s'appliquer aux infractions purement criminelles, la notion de personne raisonnable doit être assez souple, comme il est indiqué dans la partie précédente.

6. L'exigence générale en matière de faute

L'une des différences les plus fondamentales entre les principes généraux relatifs à la faute proposés par le livre blanc et ceux que proposent les rapports de la CRD et de l'ABC tient à ce que ces dispositions ne font que définir l'élément de faute précisé pour l'infraction par un autre moyen - soit par la description de l'infraction (c'est-à-dire par le législateur), soit par l'analyse judiciaire. Il ne s'agit même pas d'une disposition «applicable par défaut» qui indique l'élément de faute applicable en l'absence d'une disposition expresse. Les propositions de la CRD et de l'ABC s'arrêtent à une norme plus sévère - l'intention ou l'objet visé - lorsque la disposition qui crée l'infraction ne précise pas le niveau de faute applicable.

Le livre blanc peut éviter ce degré de précision puisqu'il doit tirer des éléments de la *common law* et non la remplacer.

Par conséquent, il y aura toujours un élément de faute pertinent, qu'il soit établi par le législateur ou par les tribunaux. La difficulté, c'est que l'expérience récente nous démontre qu'il ne faut pas exiger des tribunaux qu'ils fixent des règles constantes et les respectent. Tant et aussi longtemps que les tribunaux pourront décider de l'élément de faute, cet élément continuera de se transformer, probablement parce qu'il semble si important de bien l'établir et de l'adapter aux circonstances particulières à chaque cas. L'objectif est valable, mais il entraîne certaines difficultés, notamment celle de la certitude et de la fiabilité de la règle de droit.

S'il est plus équitable d'appliquer les principes généraux pour établir la norme fondamentale de faute en matière d'infractions criminelles, j'estime que l'intention n'est pas le critère approprié. L'intention s'est toujours avérée un critère trop strict pour la plupart des infractions; c'est la raison pour laquelle le critère de l'insouciance a été élaboré. Inutile donc d'en faire un critère applicable par défaut. Au contraire, l'élément fondamental en regard de la faute devrait être celui qui constitue le fondement de la *mens rea* en droit pénal, c'est-à-dire l'insouciance.

Une dernière question qui se pose est celle de la place que devrait occuper la négligence criminelle en droit pénal. Au cours de la dernière année et demie, la négligence criminelle est devenue le critère fondamental en matière de faute applicable à la plupart des résultats, et la Cour suprême a indiqué que cela

permet de tenir compte équitablement à la fois des intérêts de l'accusé et de ceux de la société. J'ai déjà indiqué qu'il m'apparaît inopportun que les résultats en général soient traités différemment des autres éléments de l'infraction puisqu'ils contribuent tous à la gravité de l'acte criminel. Toutefois, il ne faudrait pas prétendre par là qu'à mon avis, la négligence criminelle n'a pas sa place en droit pénal. D'ailleurs, et particulièrement si les termes utilisés peuvent concorder avec les facultés réelles de l'accusé, il s'agit du seul moyen pour la société d'exiger que chacun assume la responsabilité de ses actes.

En règle générale, le meilleur système est celui qui comporterait une hiérarchie d'infractions fondées sur un seul fait comprenant divers éléments. Ainsi, si une personne pose le geste X (commettant ainsi le fait précisé par l'infraction criminelle), l'infraction la plus grave commise exigerait l'intention à l'égard de tous les éléments, l'infraction de gravité moyenne exigerait l'insouciance à l'égard de tous les éléments et l'infraction la moins grave exigerait la négligence criminelle à l'égard de tous les éléments. Cela conserverait l'intégrité de l'élément de faute tout en permettant une souplesse maximale à l'égard des actes dangereux et préjudiciables.

Les dispositions générales en matière de faute proposées par le livre blanc ne permettent pas vraiment l'application d'un tel système. Toutefois, et particulièrement si les définitions sont

modifiées comme je l'ai proposé, le livre blanc pourrait atteindre ce résultat par la modification graduelle des infractions de sorte qu'elles correspondent à ces définitions et à la structure hiérarchique en matière de faute établie ci-dessus. À de nombreux égards et notamment à des fins de clarté et de lisibilité, il vaut mieux inscrire ce système dans l'infraction elle-même. Je propose donc instamment au gouvernement de continuer ce travail et d'effectuer ces changements.

Enfin, dans leurs rapports respectifs, la CRD et l'ABC ont recommandé l'adoption de dispositions qui énoncent précisément que la faute moins grave englobe la faute plus grave, de sorte que si l'infraction exige l'insouciance et que l'accusé a agi volontairement, il sera coupable. Le livre blanc ne contient aucune disposition en ce sens. Une disposition de ce genre serait peut-être moins utile puisque la *common law*, qui prévoit cette règle, vient compléter les propositions. Néanmoins, les définitions des éléments de faute sont codifiées et ne comprennent pas cette règle. Peut-être aussi que les définitions prévoient déjà l'application du niveau plus élevé de l'élément de faute. En fait, je n'ai pas pu imaginer une situation semblable qui ne serait pas prévue par les définitions. Une telle disposition serait peut-être inutile, particulièrement si la plupart des juges seraient disposés à appliquer la règle, qu'elle soit ou non précisée.

7. Conclusion

Le cadre général et l'approche adoptés par le livre blanc en matière de faute m'apparaissent valables. Si la distinction entre le fait, acte et omission, les circonstances et les résultats est applicable, l'approche rend le document très accessible. Il l'est moins cependant lorsqu'il se fonde sur la *common law*. Il pourrait toutefois s'avérer utile, voire même nécessaire, pour qu'un changement soit amorcé. Il est possible d'améliorer le contenu des définitions proposées dans certains cas, tant quant aux termes utilisés qu'à l'analyse présentée. Ces définitions permettront toutefois d'amorcer une discussion des principes en cause et d'élaborer de nouvelles dispositions.