

**"Source: Ministère de la Justice Canada,**

***Documents rédigés pour le ministère de la Justice en réponse au livre blanc,***

***"Proposition de modification du Code criminel (Principes généraux)", mars 1994***

**Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics**

**et Services gouvernementaux Canada, 2008."**

*(Ce document est une traduction de la version originale.)*

**Les normes subjectives et objectives applicables - la faute, les  
moyens de défense, l'erreur de fait et le transfert d'intention :  
la proposition du livre blanc**

par

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

**Table des matières**

- A. Le défi qui se pose au ministre de la Justice**
- B. La faute**
  - 1. Les normes applicables en vertu de la Charte
  - 2. Les quatre principales lacunes de la règle de droit en matière de faute
    - a) Le compromis que constitue la norme de la diligence raisonnable en matière d'infraction réglementaire est trop peu sévère
    - b) Il faut limiter davantage les normes objectives actuelles applicables aux infractions prévues au Code criminel
    - c) Il faut préciser les définitions des divers critères en matière de faute et les inscrire dans le Code criminel
    - d) Il faut des lignes directrices sur l'application de l'exigence relative à la faute
- C. Les moyens de défense**
  - 1. L'erreur de fait
  - 2. Le transfert d'intention
  - 3. Les justifications et les excuses

L'étude préparée pour le compte de l'Institut national de la magistrature, complétée le 25 février 1994 et intitulée, «Subjective and Objective Standards for Fault and Defences», dont je suis l'auteur, présente une analyse détaillée et documentée de l'état du droit canadien. Dans la présente étude, j'examinerai principalement les lacunes et les besoins en matière de réforme du droit de même que la réponse qu'apporte à ces questions la Proposition de modification du Code criminel.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, j'aimerais soumettre au ministre quelques conseils sur la responsabilité qui lui incombe dans le processus difficile de l'élaboration d'une nouvelle Partie générale.

#### **A. Le défi qui se pose au ministre de la Justice**

Le ministre devra résister à la tentation de retirer un avantage politique en misant sur des mesures opportunistes axées sur "la loi et l'ordre". En réalité, le ministre devrait agir en conformité avec le point de vue exprimé par le comité Horner<sup>1</sup> :

ce n'est pas en embauchant plus d'agents de police et en construisant des prisons que l'on réussira à éliminer les dangers qui menacent la sécurité des Canadiens.

Le système de justice pénale est un instrument de répression essentiel mais il ne s'agit pas d'une panacée. Depuis la création

---

<sup>1</sup> Douzième rapport du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, *Prévention du crime au Canada : vers une stratégie national*, (février 1993) p. 2.

de la Commission de réforme du droit en 1972, il existe une très abondante recherche sur la Partie générale. L'A.B.C. a publié un rapport important de même qu'un projet de Code<sup>2</sup>. Un sous-comité parlementaire<sup>3</sup> a tenu des audiences et reconnu l'opportunité d'apporter des modifications au Code. Il est temps de prendre les moyens d'assurer à tout accusé un procès et une sentence équitables. Depuis près de 20 ans, c'est la Cour suprême qui a été le principal instigateur des changements dans ce domaine et elle a maintenant transmis le flambeau au Parlement. Il faut se pencher de nouveau sur le point de vue de Sir James Stephen qui prédomine depuis 1892. Peu de votes seront gagnés par l'adoption d'une nouvelle Partie générale. Même les avocats en exercice et les juges, dont plusieurs sont peut-être trop attachés à l'ancien modèle, pourraient résister au changement. Il y a toutefois beaucoup d'améliorations à apporter aux principes fondamentaux en vertu desquels l'accusé subit son procès et, dans certains cas, est incarcéré. Ils sont souvent beaucoup trop complexes, quelquefois contradictoires, injustes et peu compris même par les avocats. Il est temps qu'un ministre de la Justice prenne les mesures qui s'imposent pour assurer une meilleure justice applicable à tous les accusés. Un ministre de la Justice ne devrait pas simplement se

---

<sup>2</sup> A.B.C. groupe de travail, *Principes de responsabilité pénale*, (1992).

<sup>3</sup> *First Principles : Recodifying the General Part of Criminal Code of Canada*, février 1993.

plier aux divers groupes d'intérêt qui exigent qu'un aspect particulier du droit pénal ait un caractère plus répressif.

Nous nous réjouissons de la proposition de modification de la Partie générale du livre blanc mais, dans l'ensemble, j'appuie la position avancée par l'A.B.C. en janvier 1994<sup>4</sup>. Ces propositions ne sont pas suffisamment claires, logiques ou globales pour que l'on puisse procéder à la rédaction d'un projet de loi. À plusieurs égards, le livre blanc donne l'impression d'un document préparé à la hâte et qui prête trop à l'opportunisme. Il ne faudrait pas que le ministre se laisse intimider toutefois par l'opposition de l'A.B.C. et les critiques inévitables des professeurs de droit. **À l'instar de l'A.B.C., je propose la mise sur pied d'un petit groupe de travail à qui serait confié le mandat de produire dans un délai déterminé un avant-projet de loi qui serait présenté au Parlement.** Contrairement à l'A.B.C., je propose, bien entendu(!), que des spécialistes du droit qui ont un point de vue valable et indépendant fassent partie de ce comité. **Surtout, le ministre devrait déclarer qu'une nouvelle Partie générale est pour lui une priorité.** À défaut, le processus sera voué à l'échec et emporté dans le tourbillon de mesures populaires et opportunistes comme le renforcement de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et le maintien des criminels dangereux en incarcération.

---

<sup>4</sup> *Mémoire au ministre de la Justice sur la proposition de modification du Code criminel (principes généraux), janvier 1994.*

## **B. La faute**

### 1. Les normes applicables en vertu de la Charte

Il n'existe aucune distinction satisfaisante entre les infractions «réglementaires» et les actes criminels; pourtant cette distinction est essentielle lorsqu'il s'agit des normes constitutionnelles en matière de faute reconnues par la Cour suprême lorsqu'elle est appelée à interpréter les «principes de justice fondamentale» de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En pratique, toutes les infractions provinciales et fédérales qui ne sont pas prévues au Code criminel et qui n'incorporent pas par renvoi les normes du Code (comme la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi sur les aliments et drogues*) semblent s'inscrire dans le cadre des infractions réglementaires. Pour ces infractions réglementaires, lorsque la liberté de l'individu est menacée, la norme constitutionnelle minimale est celle de la diligence raisonnable assortie d'une inversion de la charge de la preuve. Si la Cour suprême devait décider que la possibilité d'emprisonner une personne qui a omis de payer une amende constitue une atteinte à la liberté de l'individu et met donc en oeuvre la protection de l'article 7, les infractions de responsabilité absolue se feraient extrêmement rares.

Depuis l'arrêt *Creighton* (1993)<sup>5</sup>, les normes constitutionnelles suivantes s'appliquent aux infractions prévues par le Code criminel :

- a) la connaissance subjective dans le cas de quelques actes criminels pour refléter le stigmatisme social qui les entoure et une peine proportionnelle (la liste comprend présentement le meurtre, la tentative de meurtre, la participation à une infraction qui exige, en vertu de la Constitution, l'application d'un critère subjectif, et en outre, le vol);
- b) le comportement volontaire doit être puni plus que la négligence (ce principe est respecté officiellement lorsque l'infraction ne prévoit pas une peine minimale);
- c) les actes criminels objectifs exigent un écart marqué par rapport à la norme; les actes criminels fondés sur les infractions sous-jacentes exigent uniquement une connaissance raisonnable du risque (dans les deux cas, il ne peut être tenu compte des facteurs individuels sauf l'incapacité).

Il n'existe aucune exigence constitutionnelle que l'accusé puisse prévoir la conséquence prohibée quoique ce serait l'idéal. Il peut y avoir des exceptions, comme l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, où le critère applicable est la prévisibilité raisonnable des lésions corporelles plutôt que la mort.

---

<sup>5</sup> (1993) 23 C.R. (4th) 189; [1993] 3 R.C.S. 3.

La Cour suprême a, en fait, empêché le Parlement d'imposer une responsabilité pénale pour des infractions de responsabilité absolue mais elle a nettement reconnu des normes constitutionnelles applicables en matière de faute qui permettent au Parlement d'adopter de nouvelles et plus sévères formes de responsabilité pénale. Souhaitons que le ministre de la Justice qui voit loin et qui a un sens de la mesure résistera à une telle tentation.

## 2. Les quatre principales lacunes de la règle de droit actuel en matière de faute

Le Parlement doit adopter une Partie générale qui réponde aux besoins fondamentaux suivants :

- a) le compromis que constitue la norme de la diligence raisonnable en matière d'infraction réglementaire est trop peu sévère;
- b) il faut restreindre davantage les normes objectives actuelles applicables aux infractions prévues au Code criminel;
- c) il faut préciser les définitions des diverses exigences en matière de faute et les inscrire dans le Code criminel; et
- d) il faut des lignes directrices quant à la norme applicable en matière de faute.

Comme en fait, preuve l'analyse qui suit, la proposition de modification du livre blanc ne répond qu'en partie aux deuxième et troisième besoins.



a) Le compromis que constitue la norme de la diligence raisonnable en matière d'infraction réglementaire est trop peu sévère

La défense de diligence raisonnable décrite par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Ville de Sault Ste-Marie* (1978)<sup>6</sup> constitue un compromis à deux titres : le critère est tout simplement celui de la négligence ordinaire et la charge de la preuve de diligence raisonnable par prépondérance des probabilités incombe à l'accusé. La Cour suprême dans *Wholesale Travel Group Inc.* (1991)<sup>7</sup> a déclaré que c'était le seul critère constitutionnel requis pour les infractions de type réglementaire. Toutefois, la décision d'une faible majorité des juges de la Cour d'entériner l'imposition d'une charge de preuve inversée, malgré la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) qui s'applique à toutes les infractions, reposait en partie sur l'article premier qui s'appliquait puisque, affirme tout simplement la Cour, en cas contraire, la loi serait inefficace. Il faut s'interroger sur le caractère impératif de cette décision puisque la Cour suprême a par la suite rejeté le critère du moyen le moins envahissant et le plus

---

<sup>6</sup> (1978) 3 C.R. (3d) 30; 2 R.C.S. 1299

<sup>7</sup> (1991) 8 C.R. (4th) 145; [1991] 3 R.C.S. 154.

efficace<sup>8</sup> pour appliquer de nouveau le critère du moyen le moins intrusif et le plus raisonnable<sup>9</sup>.

Cette situation devrait entraîner l'adoption du principe de la présomption simple de négligence, c.a.d. en l'absence de preuve contraire, que favorisaient une minorité des juges de la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario et la Commission de réforme du droit de l'Ontario<sup>10</sup>. L'imposition du fardeau de présentation constitue une mesure efficace contre les arguments fondés sur l'efficacité de l'application de la loi. Par contre, cette solution présente l'avantage, dans une affaire limite, que l'accusé ne sera pas déclaré coupable pour la seule raison qu'il ne s'est pas acquitté de sa charge de persuasion. «Probablement coupable» ne justifie pas l'imposition d'une peine par l'État. Compte tenu de la difficulté de préciser les infractions de type «réglementaire», comme l'a souligné la Commission ontarienne en regard des infractions provinciales, il y aurait beaucoup à dire au sujet du critère de l'écart considérable lorsque l'incarcération est possible.

---

<sup>8</sup> *Chaulk* (1990) 2 C.R. (4th) 1; [1990] 3 R.C.S. 1303.

<sup>9</sup> *Ramsden c. Ville de Peterborough* (1993) 23 C.R. (4th) 391 [1993] 2 R.C.S. 1084.

<sup>10</sup> *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). L'auteur était le principal consultant.

Recommandation 1. Au lieu de prendre pour acquis que la défense de diligence raisonnable constitue un compromis valable quant aux infractions réglementaires, le Code criminel devrait contenir une disposition expresse visant les infractions fédérales qui ne sont pas prévues au Code criminel ou qui ne sont pas incorporées par renvoi. Les dispositions proposées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario sont claires et empreintes d'une certaine sagesse en ce qu'elles appliquent un critère normal de négligence assorti d'une charge de présentation de la preuve qui incombe à l'accusé; elles précisent également qu'il faut un manquement manifeste pour qu'il y ait incarcération.

[TRADUCTION]

79a.(1) Sauf si la disposition qui crée l'infraction prévoit que le critère de la connaissance constitue l'un des éléments de l'infraction, le critère de la négligence s'applique à toutes les infractions.

(2) Nul ne commet une infraction susceptible d'entraîner une peine d'emprisonnement si son fait n'est pas volontaire, ou si l'auteur du fait n'a pas commis un manquement manifeste et grave à la norme de diligence raisonnable compte tenu des circonstances et que ce fait a été allégué et prouvé.

79.b(1) La poursuite doit établir chacun des éléments constitutifs de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

(2) Lorsque la poursuite établit l'acte ou l'omission précisée dans une infraction à laquelle la norme applicable en

matière de responsabilité est celle de la négligence, l'accusé est présumé avoir agi avec négligence en l'absence d'une preuve contraire.

(3) Une preuve à l'effet contraire en vertu du par. (2) constitue la preuve d'un acte qui peut être assimilé à la diligence raisonnable.

(4) Lorsqu'une preuve à l'effet contraire a été produite en conformité avec le par. (3), la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi avec négligence.

Les propositions du livre blanc ne répondent pas à ces préoccupations et d'ailleurs, si elles sont adoptées dans leur forme actuelle, elles brouilleraient considérablement les cartes. L'article 12.6 définit la «négligence criminelle» comme un manquement manifeste à la norme objective et l'article 12.7 qualifie, sans invoquer une charge de preuve différente, la «négligence», la «diligence raisonnable» et l'«imprudence» de «manquement à la norme de la diligence raisonnable». Compte tenu de l'arrêt *Creighton*, il est clair que toutes les formes de négligence objective prévues au Code criminel exigent un manquement manifeste à la norme. Il faut une disposition distincte qui établisse les normes d'un manquement minimal pour les infractions qui ne sont pas prévues au Code criminel fédéral semblable à celle proposée par la Commission de réforme du droit de l'Ontario.

b) Il faut limiter davantage les normes objectives actuelles applicables aux infractions prévues au Code criminel.

Il est clair que, dans le cas des infractions prévues au Code criminel, l'arrêt *Creighton* accorde une grande latitude au législateur en matière de création ou de maintien des normes objectives. Contrairement à la position adoptée par l'Association du Barreau canadien, la plupart des juges, des auteurs et des codes modernes reconnaissent que l'individu qui a fait preuve d'un manquement à la norme objective et raisonnable encourt une certaine responsabilité pénale. Il faut toutefois être prudent. L'approche fondée sur la connaissance subjective constitue le fondement le plus équitable pour justifier l'imposition d'une peine par l'État puisqu'elle permet de tenir compte de toutes les différences individuelles et de toutes les circonstances d'une affaire. Malgré l'arrêt *Creighton*, la plupart des infractions prévues au Code criminel exigent toujours une preuve de la connaissance subjective du risque et il n'existe aucune preuve convaincante que cette situation ait entraîné une augmentation du taux de criminalité. Les nombreuses déclarations de culpabilité permettent de croire que les jurys ne sont pas dupes des moyens de défense inventés de toute pièce. Puisque la plupart des actes qui entraînent une accusation criminelle sont tout à fait intentionnels, l'approche visant la connaissance subjective du risque ne devient pertinente que dans les cas limites où elle permet un règlement modéré et équitable. Dans certains cas, en matière de responsabilité pénale, la norme

objective s'impose, comme dans le cas des infractions d'agression sexuelle et d'autres infractions qui entraînent des lésions corporelles graves ou le risque de telles lésions, mais une application systématique de la norme de la diligence raisonnable augmenterait sensiblement le champ d'application de la responsabilité pénale. Aucun tel besoin n'a été démontré.

Dans l'arrêt *Creighton*, même la majorité des juges a reconnu la nécessité d'une certaine modération en déclarant que les actes criminels objectifs exigent normalement la preuve d'un manquement manifeste à la norme. Il s'agit d'un critère normatif qui répond nettement au besoin d'imposer des sanctions de nature pénale avec modération.

Le livre blanc propose diverses définitions de la notion de faute mais n'offre aucune directive aux tribunaux quant à la norme qu'il convient d'appliquer dans une affaire particulière.

**Recommandation 2.** Il faudrait une disposition du Code criminel qui impose la connaissance subjective dans la plupart des cas et un manquement manifeste à la norme lorsque l'infraction prévue par le Code est expressément fondée sur une norme objective.

Cette recommandation pourrait s'appliquer de la manière suivante :

La norme applicable relativement aux infractions criminelles est celle de la connaissance du risque sauf lorsque le Parlement exige expressément l'application d'un manquement manifeste à la norme objective de la négligence criminelle.

Les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Creighton* ont été unanimes à reconnaître la nécessité de distinguer la faute subjective et la faute objective et la nécessité de punir plus sévèrement le comportement délibéré que la négligence. Il s'agirait davantage d'une modification de certaines infractions de même que des peines prévues au Code. Le Parlement a adopté cette approche dernièrement en créant une infraction distincte d'avoir causé un incendie criminel par négligence assortie d'une peine réduite mais il s'en est écarté lorsqu'il a décidé plus tard que la catégorie déjà vaste des infractions d'agression sexuelle devrait s'appliquer à l'individu qui ne prend pas les moyens raisonnables pour s'assurer que la victime consent.

Malheureusement, la majorité des juges dans l'arrêt *Creighton* n'a pas favorisé la modération par la suite lorsqu'elle a déclaré qu'il existait une catégorie d'infractions fondée sur des infractions sous-jacentes, telles que l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, pour laquelle le critère applicable est celui de la prévisibilité objective du risque sans qu'il ne soit limité par une référence au "manquement manifeste à la norme". Il n'appartient pas à l'auteur, dans un mémoire portant sur une nouvelle Partie générale, d'examiner cette décision étonnante qui justifie la responsabilité par imprétation alors que les Codes criminels modernes et les nouveaux codes proposés aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande ont rejeté cette approche.

Il serait toutefois opportun de demander au législateur de rejeter cette partie de la décision rendue par une faible majorité des juges de la Cour suprême dans *Creighton* qui veut qu'en droit pénal, la norme objective ne tienne pas compte des facteurs individuels hormis l'incapacité. La majorité a rejeté l'approche individualisée à la norme objective si bien élaborée par le juge en chef Lamer au nom des quatre juges dissidents. Le refus de la majorité des juges de tenir compte de facteurs tels que l'âge, l'inexpérience, la pauvreté et la culture révèle une absence de compassion et sera probablement écartée par les juges et les jurys des tribunaux de première instance. La Cour suprême elle-même a déjà<sup>11</sup> évité cette approche en déclarant que les facteurs individuels tels que le fait d'avoir été soi-même victime d'agression pourraient être pris en compte dans l'appréciation du critère de la croyance raisonnable comme moyen de défense.

Le livre blanc répond à ces préoccupations dans la définition de la négligence criminelle proposée au par. 12.6(3) :

Pour déterminer s'il y a eu manquement manifeste et grave, le tribunal tient compte du fait que l'auteur était conscient ou non de l'existence des circonstances, qu'elles soient précisées ou non par la disposition.

Cette disposition permettra peut-être l'appréciation de facteurs individuels et l'application du critère de la personne raisonnable compte tenu des circonstances. Il serait peut-être

---

<sup>11</sup> *Petel* (1994) C.R. (4th); [1994] 1 R.C.S. 3.



souhaitable d'affirmer clairement, à l'instar du juge en chef Lamer, que les facteurs individuels doivent être des facteurs que l'accusé ne pouvait ni contrôler ni modifier dans les circonstances et que l'intoxication en est exclue.

**Recommandation 3. La possibilité très réelle que soit commise une injustice dans l'application de l'exclusion de l'arrêt Creighton de tous les facteurs individuels dans l'application des normes objectives exige une intervention rapide du Parlement quels que soient les efforts consacrés à l'élaboration d'une nouvelle Partie générale. Il faut une définition semblable à celle proposée par l'art. 12.6 du livre blanc et par le juge Lamer.**

c) Il faut préciser les définitions des divers critères en matière de faute et les inscrire dans le Code criminel

On distingue principalement, en matière de faute, la connaissance réelle et le fait de prendre le risque et le fait de ne pas se conformer à la norme de la personne raisonnable. Il est maintenant clair que les normes objectives sont quelquefois opportunes et constitutionnelles; il est donc temps que la Partie générale présente une définition claire de la négligence en la manière susmentionnée à b).

Nonobstant la reconnaissance des normes objectives dans l'affaire *Creighton*, la plupart des infractions prévues au Code criminel exigent à l'heure actuelle et, nous l'espérons à l'avenir, une preuve de la connaissance et du fait d'avoir pris le risque. Il faut des définitions générales surtout parce que le Code

criminel canadien n'a jamais adopté une approche cohérente; en effet, on y trouve quelquefois le terme «volontairement» ou «sciemment» ou à l'occasion, «avec insouciance» et quelquefois la disposition ne mentionne aucunement la *mens rea*.

Le livre blanc, aux articles 12.3 à 12.5, propose une définition de la connaissance, de l'intention et de l'insouciance et d'autres définitions de ces termes lorsqu'ils sont reliés aux éléments constitutifs de l'infraction. Cette structure et les définitions elles-mêmes semblent inutilement complexes lorsqu'on les compare à d'autres définitions proposées par les projets de codes canadiens et étrangers. Il est grand temps que les définitions soient claires tant pour les jurys que pour les juristes.

Le livre blanc reprend l'avertissement suivant :

Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale...

Le seul avertissement utile que devrait contenir la Partie générale est le suivant :

Sauf disposition contraire d'une loi fédérale ou d'une norme constitutionnelle minimale...

Une telle approche permettrait l'application de normes particulières en matière de faute applicables au contexte particulier d'une infraction telle que l'agression sexuelle, où le Parlement a récemment imposé une approche particulière en regard de la faute. Pour la plupart des autres actes criminels, les

définitions générales en matière de faute s'appliqueraient de façon satisfaisante et constante.

En général, les définitions de la *mens rea* comprenant l'intention, la connaissance et l'insouciance que propose l'A.B.C. sont très valables : elles sont plus simples et seraient vraisemblablement bien comprises. L'A.B.C. ne s'est pas fondée, avec raison, sur le concept flou de l'aveuglement volontaire et a simplement insisté sur le fait que la connaissance englobe la personne qui est presque certaine. La formulation proposée par le livre blanc à la fin de l'art. 12.3 inclut la personne

consciente du fait qu'il est probable qu'elle [la circonstance] existe et choisit de ne prendre aucune mesure pour s'en assurer;

Cela semble une version mal écrite de la définition proposée par la Law Commission du Royaume-Uni dans le Draft Criminal Code<sup>12</sup> qui précise que la connaissance englobe la conscience d'une circonstance et

[TRADUCTION]

également lorsque la personne évite de prendre les moyens qui lui permettraient de confirmer que la circonstance existe ou pourrait exister.

La formule adoptée par le R.-U. semble une garantie beaucoup plus sûre contre l'adoption irrégulière du critère objectif lorsque l'accusé aurait dû s'assurer que la circonstance existe.

---

<sup>12</sup> Law Com. No. 177, vol. 2, art. 18.

La définition de l'insouciance proposée par le livre blanc à l'art. 12.5 comprend la conscience du fait qu'il y a un risque, qui s'entend d'un risque dont la réalisation est probable ou un risque qu'il est très déraisonnable de prendre. Il s'agit d'une version polie de la notion en deux volets proposée par Glanville Williams qui exige la prévisibilité réelle d'un risque et un comportement objectivement déraisonnable en prenant un tel risque.

Pourquoi ne pas adopter une définition plus simple? L'approche à double volets en matière d'insouciance pourrait éventuellement brouiller et occulter la distinction importante entre le critère de la connaissance subjective et l'approche objective en matière de négligence. Comme l'a proposé feu le professeur Jacques Fortin, la notion de justification pourrait être écartée de la définition de la faute et considérée comme une justification ou une excuse. La définition toute simple proposée par la majorité de la C.R.D. voulant que l'insouciance constitue le fait de prendre volontairement un risque dont la réalisation est probable a, à l'instar de celle du juge McLachlin dans *Theroux* (1993)<sup>13</sup>, une certaine valeur :

L'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées.

Il est heureux que ces formulations et celles du livre blanc relient le critère de la prévisibilité aux circonstances ou à toute conséquence prohibée. Cette approche a été qualifiée d'idéale dans

---

<sup>13</sup> (1993) 19 C.R. (4th) 194; [1993] 2 R.C.S. 5.

l'arrêt *Creighton*, même s'il ne s'agissait pas d'une exigence constitutionnelle. Un critère de faute qui n'est pas relié au contexte n'est pas un véritable critère.

**Recommandation 4. Il faut une définition claire et utile de la faute subjective fondée sur la notion de la conscience ou de la possibilité d'un risque probable ou de l'existence d'une circonstance ou d'une conséquence qui en résultera.**

Le juge McLaughlin a souligné qu'il n'était pas nécessaire de distinguer la connaissance et l'insouciance. L'insouciance suppose la connaissance. Il faudrait écarter le concept flou de l'aveuglement volontaire. La personne qui est consciente d'un risque possible mais qui évite sciemment de se renseigner est subjectivement insouciante quant au risque.

d) Il faut des lignes directrices sur l'application de l'exigence relative à la faute

Nous avons déjà examiné la question de la nécessité d'avoir des lignes directrices sur la faute en matière d'infractions réglementaires et, dans le cas des actes criminels, des lignes directrices qui favoriseraient la conscience subjective du risque et reflèteraient l'obligation imposée par l'arrêt *Creighton* d'exiger, dans la plupart des cas, un écart considérable par rapport à la norme objective pour les infractions prévues au Code criminel.

Dans le cas de la norme de la connaissance subjective du risque, compte tenu de la jurisprudence contradictoire de la Cour

suprême,<sup>14</sup> il ne peut plus être affirmé catégoriquement que lorsque les tribunaux adoptent une approche qui repose sur la *mens rea* ils incluent normalement l'intention et l'insouciance. Toutefois, tant et aussi longtemps qu'il existe une exigence de connaissance subjective du risque, il est justifié, pour la plupart des actes criminels, d'étendre cette exigence à l'insouciance. Et la C.R.D. et l'A.B.C. ont proposé que l'intention constitue l'exigence normale en matière de *mens rea* et qu'il fallait que tout élargissement de cette notion pour inclure la connaissance ou l'insouciance soit précisé. Compte tenu de l'état actuel du droit alors que très peu d'actes criminels sont limités à l'intention, il semble préférable de suivre l'approche adoptée à la fois par la Law Commission du R.-U. et le Model Criminal Code de l'Australie. Ce dernier<sup>15</sup> comporterait la disposition suivante

[TRADUCTION]

Sauf disposition contraire de la loi qui crée l'infraction, pour qu'il ait infraction, l'insouciance constitue la norme minimale requise en matière de faute relativement à chacun des éléments constitutifs de l'infraction.

---

<sup>14</sup> Theroux est contraire à *Docherty* (1989) 72 C.R. (3d) 1 [1989]2 R.C.S. 941.

<sup>15</sup> Criminal Law Officers Committee, *Final Report, General Principles of Criminal Responsibility* (1992), art. 203.5.

**Recommandation 5.** Il faudrait déclarer que l'insouciance constitue la norme minimale requise en matière de faute pour les actes criminels qui ne sont pas limités expressément à l'intention et qui ne sont pas expressément fondés sur des normes objectives.

C. Les moyens de défense

1. L'erreur de fait

La jurisprudence applicable demeure l'arrêt *Pappajohn* (1980)<sup>16</sup>. Une erreur de fait ne constitue pas, à proprement parler, un moyen de défense; il s'agit plutôt d'une absence de preuve d'une exigence relative à la faute requise par l'infraction reprochée. Il s'en suit que, en l'absence d'une disposition contraire de la loi, dans le cas d'une infraction qui exige la connaissance du risque, l'erreur doit simplement être de bonne foi. Le caractère raisonnable ne s'applique qu'à la question de la crédibilité. Dans le cas d'une infraction de négligence, l'erreur doit être à la fois de bonne foi et raisonnable. En vertu du critère de l'écart considérable par rapport à la norme de l'arrêt *Creighton*, il est probable que même une erreur déraisonnable puisse servir d'excuse si elle ne constitue pas un écart important.

Il n'est pas nécessaire, logiquement parlant, qu'une disposition sur l'erreur reflète ces principes généraux. Le livre blanc n'en propose aucune. Une telle disposition pourrait s'avérer nécessaire pour fins de clarification puisque les tribunaux font souvent erreur en appliquant le critère de la bonne foi et du

---

<sup>16</sup> (1980) 14 C.R. (3d) 243; [1980] 2 R.C.S. 120.

caractère raisonnable pour les infractions comportant une faute subjective. D'ailleurs, il est étonnant de constater que les tribunaux<sup>17</sup> et le Parlement<sup>18</sup> ne semblent quelquefois pas comprendre que si l'accusé croyait réellement que la situation A existait, il ne pouvait avoir fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de la situation B.

**Recommandation 6. Il faut une disposition portant que le seul critère relatif à l'erreur de fait est celui de l'erreur de bonne foi dans le cas d'une infraction qui prévoit la conscience du risque mais l'erreur doit aussi être raisonnable dans le cas d'une infraction de négligence.**

## 2. Le transfert d'intention

À l'heure actuelle, la *common law* applicable en matière de transfert d'intention précisée par la majorité dans *Kundeus* (1976)<sup>19</sup> est sévère. Si l'accusée croit à tort qu'elle commet une infraction mais, qu'en fait, elle est en train de commettre l'*actus reus* d'une autre infraction, elle est coupable de la première infraction malgré l'absence de preuve de la commission de l'acte précisé par l'infraction.

Il y aurait beaucoup à dire en faveur de la position minoritaire du juge en chef Laskin dans *Kundeus*. Dans cette

---

<sup>17</sup> Voir, à titre d'exemple, *Sansregret* (1985) 45 C.R. (3d) 193; [1985] 1 R.C.S. 570.

<sup>18</sup> Voir l'art. 273.2 du Code criminel sur la défense d'erreur de fait en matière d'agression sexuelle.

<sup>19</sup> (1976) 32 C.R.N.S. 129 [1976] 2 R.C.S. 272.



affaire, le juge a affirmé que l'accusée devrait, dans l'intérêt de la justice et de l'équité, être déclarée coupable quant aux faits qu'elle croyait exister. Cela entraînerait un verdict de culpabilité à l'égard d'une infraction incluse comme, par exemple la tentative de commettre le crime qu'elle avait l'intention de commettre. L'A.B.C. propose une telle solution mais ne mentionne pas précisément la possibilité d'un verdict de culpabilité pour tentative de commettre une infraction.

**Recommandation 7. Il faut une disposition portant que dans le cas d'une erreur de fait, l'accusée peut être déclarée coupable d'une infraction incluse comme par exemple la tentative de commettre l'infraction visée.**

## 2. Les justifications et les excuses

Depuis l'arrêt *Parka* (1984)<sup>20</sup>, la Cour suprême distingue la justification et l'excuse. La justification porte sur le fait d'avoir posé un geste moralement bon alors que l'excuse disculpe la personne ayant commis un acte illégal, pour des raisons de compassion. Cette distinction s'est avérée très difficile à faire et ses répercussions sont très incertaines. On affirme que cette distinction souligne la nécessité de qualifier d'excuses le plus de grand nombre de moyens de défense possible afin de laisser beaucoup de place aux circonstances individuelles et d'éviter l'application d'un critère rigoureux en regard du choix entre deux maux. Il faudrait se pencher sur cette question en précisant la portée de

---

<sup>20</sup> (1984) 42 C.R. (3d) 113; [1994] 2 R.C.S. 232.

toute nouvelle défense en *common law* ou en préparant un nouveau Code. Il semblerait que plusieurs des justifications ou excuses proposées par le livre blanc soient trop rigides. Par exemple, la règle imposée par l'al. 37(1) c) exige que l'action soit «proportionnée au mal à éviter». La disposition est tout à faire contraire à l'opinion traditionnelle des tribunaux canadiens qui ont déclaré inéquitable le fait de statuer sur le degré précis de force nécessaire pour empêcher la commission d'un acte illégal, après le fait, calmement, en examinant froidement la situation.

Le livre blanc est généreux en ce qu'il permet à l'accusé de faire valoir sa perception subjective à l'égard de la plupart des moyens de défense qu'il peut invoquer à l'encontre de l'infraction qu'on lui reproche. Dans l'état actuel du droit, les moyens de défense exigent habituellement une perception et une réaction raisonnables. La C.R.D. a proposé<sup>21</sup> la solution innovatrice suivante : que le caractère raisonnable des réactions soit jugé en fonction de la perception réelle qu'avait l'accusé pour les infractions qui requièrent la conscience du risque mais en fonction d'une perception raisonnable dans le cas d'une infraction de négligence. L'approche de la C.R.D. semble logique mais elle est compliquée. L'approche proposée par le livre blanc est celle des codes que se proposent d'adopter le Royaume-Uni et l'Australie.

---

<sup>21</sup> Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987) pp.41-42.