

**Discours sur les origines et les
fondements de la responsabilité morale
en droit pénal**

Édition révisée et corrigée

Hugues Parent

**Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal, édition révisée
et corrigée**

En raison de problèmes importants d'édition, ce livre contient une version révisée et corrigée du livre intitulé: *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, paru en 2001. Cette version électronique correspond à l'édition finale qui aurait dû paraître à l'époque de sa publication. Comme la version électronique fut rendue possible grâce à l'utilisation d'un scanner, il est possible que des coquilles se retrouvent dans le texte. Merci de votre compréhension.

Si tu veux, tu garderas les commandements, - et la fidélité sera le fait de ta bonne volonté.

Livre de l'Ecclésiastique, 15 : 15

L'étude des principes régissant la responsabilité pénale en droit anglo-saxon est une science à la fois ancienne et nouvelle. Elle fut – et continue d'être – le théâtre de ces grands bouleversements, de ces changements profonds, qui ont su marquer à leur manière le visage de la pratique judiciaire. À travers cette transformation ontologique de la faute, deux approches se sont rencontrées. D'abord, l'avènement de l'acte volontaire en droit pénal. D'après les principaux tenants de cette approche tels Coke¹, Hawkins² et Blackstone³, la responsabilité pénale repose sur la présence d'un acte volontaire, sur la conjonction des deux facultés propres à l'homme que sont la raison et la liberté de choix. Matthew Hale est, de tous les théoriciens classiques, celui qui a poussé le plus loin l'analyse des « fondements éthiques et spirituels » de la faute⁴. D'après le célèbre magistrat, l'homme est responsable de ses actes, car il est doué de raison et de volonté et, partant, capable d'obéir aux enseignements de la loi pénale. Sera cause d'involontaire, par conséquent, tout ce qui détruit la raison ou la liberté d'agir⁵.

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, une nouvelle façon de concevoir la responsabilité pénale fait son apparition. D'une approche fondée sur la volonté et la capacité criminelle, nous passons à une vision positive et descriptive de la *mens rea*. Le chef de file du mouvement positiviste en Angleterre est Sir James Fitzjames Stephen⁶. Dans son ouvrage *A*

¹Edward COKE, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, New York & London, Garland Publishing, 1979.

² William HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1, New York & London, Garland Publishing, 1978.

³ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, New York & London, Garland Publishing, 1978.

⁴ Sur les «fondements éthiques et spirituels» de la responsabilité pénale, voir Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, LGDJ, 1982.

⁵ Matthew HALE, *The History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, New York & London, Garland Publishing, 1978, p. 14 et 15.

⁶ James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2, New York, Burt Franklin, 1883.

History of the Criminal Law of England, l'auteur coupe tout lien avec l'approche philosophique. D'après lui, la responsabilité n'est rien d'autre que la prédisposition à la condamnation pénale, encore qu'il soit commun d'envisager la responsabilité comme si la loi dépendait du résultat de discussions sur « le libre arbitre, sur les origines de distinctions morales et sur la nature de la conscience ». De tels facteurs, précise Stephen, ne peuvent être occultés entièrement. Or, s'ils doivent être notés en matière légale, c'est pour montrer une fois pour toutes que l'application de la loi ne dépend pas réellement d'eux⁷.

Ce livre a pour objet l'étude des principes régissant la responsabilité morale en droit criminel anglo-saxon et plus précisément l'analyse des structures fondamentales sur lesquelles s'articule la justice pénale. En étudiant la responsabilité pénale sous l'angle de la philosophie morale, nous souhaitons nous attaquer au cœur même de la fonction punitive. Il n'est pas question ici d'exposer les principes fondamentaux applicables au droit pénal général, car plusieurs l'ont fait avant nous et avec beaucoup de sagesse et d'habileté⁸. Il s'agit plutôt de jeter les bases d'une approche théorique de la responsabilité qui, nous l'espérons, sera susceptible de constituer éventuellement la trame d'une réflexion riche et nouvelle sur la responsabilité pénale.

⁷ *Id.*, p. 96. [traduction libre]

⁸ Mentionnons notamment le magnifique ouvrage de Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998. Voir également Allan W. MEWETT et Morris MANNING, *Mewett and Manning on Criminal Law*, 3^e éd., Toronto, Vancouver, Butterworths, 1994; John Cyril SMITH et Brian HOGAN, *Criminal Law*, 6^e éd., London, Butterworths, 1988; Don STUART, *Canadian Criminal Law, A Treatise*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1987; Jacques FORTIN et Louise VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982; Éric COLVIN, *Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1991.

Première partie : L'exposé du cadre d'analyse

Première section : L'aspect théorique

Depuis quelques années, nous assistons à une véritable renaissance de la théorie criminelle⁹, à un renouvellement important de la pensée pénale¹⁰. Pareil mouvement n'est pas sans rappeler la vaste réflexion initiée il y a plus de trente ans par Herbert Lionel Adolphus Hart¹¹, Herbert Morris¹², Richard Wasserstrom¹³, Herbert Fingarette¹⁴, Joel Feinberg¹⁵, Robert Nozick¹⁶

⁹ Pour une définition du concept de théorie criminelle, voir notamment Nicola LACEY, « Philosophy, History and Criminal Law Theory », (1998) 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 295, 300 : « The briefest survey of scholarship announcing itself as “criminal law theory” or as “philosophy of the criminal law” suffices to reveal the broad range of work encompassed within these labels. Criminal law theory stretches from relatively technical discussion of the fundamental tenets of and issues within criminal law doctrine, through more abstract attempts to conceptualize the general framework within which that doctrine operates, to historical analyses of the development of criminal justice ideologies and practices and normative arguments about the proper or ideal shape of that conceptual framework in a liberal, socialist or other form of polity. It includes not only work focused on the structure of criminal law doctrine but also work addressed to the broader questions of criminalization and penalty; the actual or proper subject matter of criminal law and its classification; the role of the state in drawing on its power to criminalize; and the justification for state punishment in general or in its particular forms. [...] Criminal law theory encompasses the work of practicing lawyers, of legal academics in both criminal law and jurisprudence, and of moral and political philosophers, linguistic philosophers and philosophers of mind. As I shall argue, the work of criminologists, historians, psychologists and sociologists also has an important bearing on criminal law theory. »

¹⁰ Voir George P. FLETCHER, « The Fall and Rise of Criminal Theory », (1998) 1 *Buff. Crim. L. Rev.* 275 : « These are good times - at least for the theory of criminal law. This special issue of *Buffalo Criminal Law Review* testifies to a remarkable surge of interest among younger scholars in perennial questions: Why should we punish offenders? Do we require a human act as a precondition for liability and what is its structure? What does it mean for someone to be guilty or culpable for committing an offense? How do we avoid contradictions in structuring the criteria of liability? The time has come for renewed intensity in pondering and discussing these basic issues. »

¹¹ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, 1968.

¹² Herbert MORRIS, *On Guilt and Innocence : Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Berkeley, University of California Press, 1976.

¹³ Richard WASSERSTROM, « Strict Liability in the Criminal Law », (1960) 12 *Stan. L. Rev.* 731.

¹⁴ Herbert FINGARETTE et Ann F. HASSE, *Mental Disabilities and Criminal Responsibility*, Berkeley, University of California Press, 1979; Herbert FINGARETTE, *The Meaning of Criminal Insanity*, Berkeley, University of California Press, 1972.

¹⁵ Joel FEINBERG, *Doing and Deserving : Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.

¹⁶ Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Harper and Row, 1974; *Philosophical Explanations*, Oxford, Clarendon Press, 1981.

et Judith Jarvis Thomson¹⁷. Si cette réflexion sur les fondements philosophiques de la responsabilité pénale aux États-Unis fut par la suite graduellement abandonnée au cours des années 1980, c'est avec enthousiasme que l'on observe aujourd'hui une recrudescence de la théorie criminelle¹⁸. Ainsi, comme le souligne le célèbre auteur américain George P. Fletcher dans le numéro spécial du *Buffalo Criminal Law Review* consacré à la théorie pénale, « [t]he field of criminal theory, all too ignored not long ago, is now coming center stage in the thinking of those concerned about justice in the legal system »¹⁹. Malgré l'accroissement significatif des travaux portant sur les fondations philosophiques de la responsabilité criminelle aux États-Unis, en Israël, en Angleterre et en Allemagne²⁰, il est malheureux de constater le faible intérêt de la doctrine canadienne en semblable matière²¹. Cette situation est étonnante compte tenu des récents développements qui ont marqué le droit pénal depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle l'est d'autant plus que la formulation d'une approche exhaustive et cohérente de la responsabilité qui tiendrait compte à la fois des principes séculaires de la responsabilité morale et de l'héritage juridique anglo-saxon s'impose avec plus d'insistance.

¹⁷ Judith JARVIS THOMSON, *The Realm of Rights*, cité dans G. FLETCHER, *loc. cit.*, note 10, 277.

¹⁸ Voir Anne M. COUGHLIN, « Excusing Women », (1994) 82 *Cal. L. Rev.* 1; Kyron HUIGENS, « Virtue and Inculcation », (1995) 108 *Harv. L. Rev.* 1423; Dan M. KAHAN et Martha C. NUSSBAUM, « Two Conceptions of Emotion in Criminal Law », (1996) 96 *Colum. L. Rev.* 269; Russel CHRISTOPHER, « Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defence », (1995) 15 *Oxford J. Legal Stud.* 229; Anthony DILLOF, « Punishing Bias : An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes », (1997) 91 *Nw. U. L. Rev.* 1015. Voir aussi, plus généralement, « The Morality of Criminal Law : A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish », (2000) 88 *Cal. L. Rev.* (no : 3).

¹⁹ G. FLETCHER, *loc. cit.*, note 10, 294.

²⁰ Voir les commentaires de G. FLETCHER, *id.*, 276 : « We are not alone in the revival of philosophical interest in the criminal law. We see a similar pattern among younger scholars in Israel and England and a searching for issues of theoretical interest in Germany. »

²¹ À cet égard, il convient toutefois de mentionner les travaux suivants : Anne-Marie BOISVERT, « La constitutionnalisation de la *mens rea* et l'émergence d'une nouvelle théorie de la responsabilité pénale », (1998) 77 *R. du B. can.* 126; J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 8, p. 376-382; Antoine MANGANAS, *La défense d'erreur de droit et son application en droit pénal canadien*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1982. Discutant de la lente redéfinition de la théorie pénale concernant les fondements de la culpabilité, la professeure Anne-Marie Boisvert fait, à la p. 139 de son article, les commentaires suivants : « Quoiqu'il en soit, une certaine renaissance de la théorie pénale est amorcée. Si le gros œuvre commence à prendre forme, il reste encore beaucoup de travail à accomplir. Notre droit pénal se trouve, en quelque sorte, en période de transition. Il est dès lors impérieux d'orienter notre réflexion de manière à favoriser l'établissement d'une théorie pénale cohérente. Les pages qui suivent proposent certains éléments de réflexion qui, à mon avis, méritent d'être explorés. »

Cela étant, comment pouvons-nous parler de théorie dans un domaine régi par la singularité des phénomènes sociaux et la relativité des idéologies à la base du droit criminel ? Même s'il faut reconnaître l'inexistence d'explications scientifiques en matière de responsabilité pénale²², il serait tout à fait faux de croire que le droit criminel peut se passer pour autant d'une véritable théorie pénale. En effet, quels sont les fondements de l'imputabilité ? Quelles sont les caractéristiques de la culpabilité ? Dans quelle mesure l'élément moral se rattachant à la définition du crime se distingue-t-il de l'élément moral se rattachant à son auteur ? Voilà des questions essentielles sur lesquelles nous allons nous interroger tout au long de cet ouvrage. Malgré ses assises juridiques, cette recherche ne prétend à aucune forme de vérité. Il ne s'agit pas d'un ouvrage à caractère prescriptif, mais bien d'une tentative visant à repérer, dans l'épaisseur du discours juridique, les structures de la responsabilité morale. Sur ce point, nous nous accordons avec Jacques Huntzinger pour affirmer « [qu']on ne peut pas prouver la vérité d'une théorie, [qu']on ne peut rejeter une théorie qu'au nom d'une autre théorie »²³. La production du discours juridique sur la responsabilité pénale n'est donc pas un « discours linéaire et cohérent, mais un dialogique entre des paradigmes contradictoires poursuivi depuis des siècles et qui se poursuivra longtemps encore »²⁴.

²² Sur ce point, nous sommes d'accord avec Jerome Hall pour affirmer qu'il est possible de développer une théorie cohérente de la responsabilité pénale fondée sur la logique et la rationalité. Malheureusement, nous ne partageons pas son point de vue lorsqu'il prétend pouvoir tenir un discours scientifique sur le droit pénal. Voir Jerome HALL, « Les théories de M. Jerome Hall sur les principes généraux du droit pénal et sur le problème des délits involontaires », (1963) 18 *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* 323, 324 : « M. Hall [...] emploie le terme "théorie" [...] dans un sens scientifique, celui des sciences physiques ou naturelles. Ainsi, il entend par ce mot un ensemble organisé de propositions faisant ressortir les interrelations des concepts de base, la corrélation logique des idées. M. Hall a expliqué qu'il emploie une manière active de raisonnement pour démontrer le développement logique des lois. D'après M. Hall, les théories actuelles du droit pénal ne se fondent pas sur une conception scientifique ou logique, mais sont orientées plutôt vers la pratique et les besoins quotidiens, et vers la procédure, afin de répondre aux besoins des juges, des avocats. M. Hall se réfère à une théorie scientifique générale du droit pénal qui peut s'appliquer au corps entier du droit pénal, sans être limitée au seul droit anglo-américain et qui pourra ainsi corriger, expliquer et régler les pratiques actuelles dans le domaine du droit pénal, mais sans s'efforcer d'écarter le droit pénal existant. En même temps, M. Hall souligne que sa théorie n'a pas pour but de réfuter ni de remplacer les théories antérieures. Au contraire, sa théorie pourrait contribuer à les améliorer et à leur donner une plus grande portée. »

²³ Jacques HUNTZINGER, *Introduction aux relations internationales*, Paris, Seuil, 1987, p. 107.

²⁴ *Id.*

Deuxième section : L'aspect historique

L'apparition des premières formes de justice pénale en droit anglo-saxon est un sujet bien connu des historiens du droit²⁵. Malgré cette situation – ou en raison d'elle –, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur l'aspect dogmatique des explications fournies quant à leur généalogie. Dans un domaine marqué par la rareté des informations et la nature fragmentaire des textes, voilà un élément qui étonne. C'est que derrière les formules toutes faites, derrière le caractère linéaire de l'évolution de la justice pénale, se cache peut-être une autre vérité qui, une fois enchevêtrée à la première, serait en mesure d'offrir un tableau plus juste et plus représentatif des premières formes de justice pénale. Ainsi, contrairement à ce que l'on croit généralement, le droit pénal n'aurait pas émergé d'un fond purement objectif. En effet, comment un phénomène aussi extraordinaire que le passage d'une responsabilité objective, dominée par la simple causalité, à une responsabilité subjective, fondée sur la souveraineté de la volonté, aurait-il pu si facilement se produire si l'intention n'existait pas à l'intérieur de pratiques déjà connues et pleinement ressenties ? Sur ce point, nous sommes d'accord avec Raymond Saleilles pour dire que :

[L]es systèmes ne sont que la surface de l'histoire, la fin ou le commencement d'une époque [...]. En dehors de cela, les systèmes n'ont de valeur que comme conceptions individuelles, et ce sont les conceptions populaires qui font l'histoire sociale. Or, celles-ci se manifestent par des faits plus que par des doctrines. Elles sont vagues, flottantes et confuses ; et cependant, si inconscientes qu'elles soient, elles restent agissantes. Ce sont des forces en formation, mais en même temps des forces en marche ; c'est au moment où leur influence est la plus pénétrante qu'elles sont le moins saisissables. Lorsqu'on commence à en concevoir la formule, c'est souvent une transformation qui vient de s'achever. C'est là ce qui rend si difficile toute histoire des doctrines ou des idées en général.²⁶

Comme l'indique ce passage emprunté au célèbre ouvrage *L'individualisation de la peine*, il faut se méfier des systèmes bien charpentés, de ces formules qui, tout en étant séduisantes de par leur simplicité et leur esthétisme, ont malheureusement tendance à présenter les choses un peu

²⁵ Voir William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 2, London, Methuen & Co et Sweet & Maxwell, 1936; Frederick POLLOCK et Frederic W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2^e éd., vol. 2, Washington, Lawyers' Literary Club, 1959; Jacques FORTIN, *Le mens rea en droit pénal canadien*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1971.

²⁶ Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 3^e éd., Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, p. 22.

trop rapidement, de façon à aplanir les écharpes de l'histoire et à occulter la présence d'explications alternatives. Il n'est pas question ici de réécrire l'histoire, mais bien de proposer de nouvelles pistes, d'apporter une interprétation qui, sans constituer la seule explication possible, ne peut définitivement plus être écartée. S'il faut admettre que l'origine de la responsabilité pénale repose, en certaines occasions, sur une vision purement objective de la responsabilité, on doit également reconnaître la présence, à l'époque, d'une véritable responsabilité fondée sur l'intention et l'impression qu'une faute a été commise.

Troisième section : L'aspect philosophique

Avant d'identifier les principes qui gouvernent la responsabilité, avant de disserter plus longuement sur les composantes de l'infraction, il convient de nous interroger sur l'objet même de la responsabilité pénale: l'homme. Comme nous le savons, l'être humain est l'unique titulaire de la responsabilité pénale, le seul détenteur du privilège de la sanction criminelle. Ainsi, selon l'auteur français Albert Normand :

L'homme seul est pénalement responsable de ses actes, parce qu'il est un être intelligent et libre. Ainsi, le fondement de la responsabilité pénale ou de l'imputabilité, sa raison d'être et sa justification, c'est la constatation chez l'agent de l'usage de sa raison et de sa liberté.

On ne peut déclarer responsable et ne punir qu'un être intelligent et libre, qui en accomplissant un acte, a compris et voulu ce qu'il faisait. [...]

Les autres êtres de la création n'obéissent qu'à des instincts; étant soumis à des lois aveugles et fatales, il n'y a pas lieu pour eux à l'imputabilité et à la responsabilité. Voilà pourquoi on ne fait plus comme autrefois le procès aux bêtes ou aux choses inanimées.²⁷

²⁷ Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, A. Pedone, 1896, p. 74.

Comme l'indique Albert Normand et avec lui toute la doctrine française²⁸ et anglo-saxonne²⁹, l'homme est le support « éthique et spirituel » de l'infraction. « Sans raison, sans liberté de choix, il ne peut y avoir de faute. Mieux encore, il n'y a pas de responsabilité du tout ». ³⁰ C'est dans cette perspective qu'il faut envisager le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale, dans un contexte dominé par la supériorité de la volonté humaine. Créé à l'image de Dieu, l'homme est le monarque de la création et l'héritier d'un pouvoir à la fois immense et terrifiant : la responsabilité.

Voilà un récit fort éloquent des règles qui gouvernent, depuis des siècles, le rapport entre la condition humaine et la responsabilité pénale. S'il faut reconnaître la valeur symbolique et la pérennité historique des liens qui opposent traditionnellement l'homme – *animal raisonnable* – à la bête – *animal non raisonnable* –, nous sommes en droit de remettre en question la valeur scientifique et philosophique de ce postulat. L'homme est-il véritablement le seul être capable de former une intention ou de diriger librement son action ? Est-ce que l'image traditionnelle de l'animal en tant qu'automate déterminé par les lois de la nature est fidèle à la réalité ? Existe-t-il des formes parallèles de responsabilité et de sanction chez les enfants, les aliénés et les animaux ? Autant de questions qui méritent d'être développées, et qui ne peuvent plus être occultées au profit d'une vision autocratique de l'homme et de la volonté humaine. Sur ce point, nous croyons que l'homme et l'animal, malgré leurs différences notables, participent d'une nature commune : chacun, à sa manière, recherche le bien-être. Hommes et animaux sont mus par une force secrète

²⁸ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 18 : « L'infraction est, à sa base, une action humaine qui, au cœur de la "problématique" du droit pénal, constitue ce qui désolidarise l'homme de la société. Cette coupure entre l'homme et la société prend naissance et se cristallise dans la notion d'infraction. Celle-ci est donc le point de rupture de l'équilibre entretenu entre l'homme et la société. Pour la consommation de cette rupture, sur l'*action humaine*, sans laquelle il ne saurait y avoir de droit pénal, deux appréciations doivent être portées, chacune correspondant à l'un des volets de la "problématique" répressive. Il faut tout d'abord que cette action soit rattachée à l'*homme* qui l'a réalisée, il faut ensuite qu'elle le soit à la *société* qui s'en plaint. Rattachée à l'*homme*, l'infraction ne peut être saisie dans sa substance profonde, sans que soit analysé ce qui chez l'*homme* le différencie des autres sources possibles du dommage social. Or, ce qui fait de l'*homme* un être à part, le seul à pouvoir commettre une infraction, c'est qu'il peut rendre compte de ce qu'il fait et qu'on peut lui demander de le faire. Ce qui fait de l'*homme* ce qu'il est, c'est cette possibilité qu'il a de projeter sur les événements l'ombre de sa réflexion et de pouvoir, de la sorte, rendre compte de la tournure qu'il leur donne. Du côté de l'homme, l'infraction au sens spirituel est donc une *action humaine*, dont on peut rendre compte : elle est une *action humaine imputable*. »

²⁹ Sur la doctrine anglo-saxonne, voir Hugues PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux - Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.

³⁰ Monette VACQUIN (dir.), *La responsabilité*, Paris, Autrement, 1995.

qui les pousse implacablement vers cette finalité. Qui peut dire avec certitude si ces êtres vivants sont libres ou déterminés ? Personne. Une chose semble certaine toutefois : l'homme et l'animal font tendre leurs actions vers le bien-être et évitent, en s'abstenant d'agir, les situations qui les éloignent de cet objectif.

Quatrième section : L'aspect comparé

On ne peut aborder le rapport entre la responsabilité morale et la justice pénale sans chercher à traverser les frontières géographiques dans lesquelles se cantonnent depuis des siècles les composantes juridiques de la responsabilité pénale. Parler de la responsabilité, en effet, c'est tenir compte des ressemblances et des différences qui caractérisent les nombreux systèmes juridiques ; c'est embrasser différentes cultures, différentes idéologies et différents horizons. S'il fallait établir le lieu, la scène ou le théâtre de notre travail, nous le situerions à l'intersection des mondes anglo-saxon et francophone, au carrefour des droits américain, anglais, canadien et français. En ouvrant le champ de la responsabilité pénale à l'analyse comparée³¹, nous entendons étudier la responsabilité dans une optique qui vise à la fois à briser les barrières qui séparent, depuis de nombreuses années, les droits nationaux, ainsi qu'à éviter le refoulement traditionnel qui guette les analyses purement domestiques³². C'est qu'il faut comprendre que le phénomène pénal ne peut être saisi complètement sans analyse comparée, sans ce va-et-vient indispensable entre l'Amérique

³¹ Sur l'aspect comparé du droit pénal, voir Hugues PARENT, « A Comparative Study of the Principles Governing Criminal Responsibility in England, Canada, the United States and in France », (2001) 71 *International Review of Penal Law* 1.

³² Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 1995, p. 9 : « Le vrai, sinon le seul facteur ayant freiné le développement du droit pénal comparé est celui-ci : la fonction du droit comparé étant de dégager un corps de principes communs à tous les droits, ou pour le moins communs à un grand nombre, il n'y a pas lieu de faire du droit pénal comparé, dit-on parfois, puisque chaque droit spécial est conditionné irrévocablement par des éléments d'ordre philosophique, moral, social, économique, politique, qui varient d'un pays à l'autre. Cette idée a été développée très longtemps. Pendant des siècles, on a considéré que le but d'unification du droit criminel étant impossible, on ne peut gagner que peu de choses à faire du droit pénal comparé. Et c'est pourquoi il n'y a pas si longtemps, un grand comparatiste comme Gutteridge faisait tout un développement dans son *Droit comparé, Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit* pour justifier les études comparatives ayant pour domaine le droit pénal. Et encore adoptait-il une opinion nuancée, étant "prêt à considérer que l'unification du droit criminel est impossible ou que, même si elle est possible, elle est indésirable". Néanmoins, le même auteur ajoutait que "les peuples de la terre ont beaucoup à apprendre les uns des autres dans les questions de droit pénal et de procédure pénale aussi bien que dans les autres domaines du droit". C'était montrer les intérêts du droit pénal comparé et déjà évoquer implicitement les facteurs poussant à son développement. »

du Nord (Canada, États-Unis) et l'Europe de l'Ouest (Angleterre, France). Voilà pourquoi nous proposons ici un examen des rouages sur lesquels s'articule le droit étranger en matière de responsabilité pénale. À cet égard, nous désirons souligner l'importance qu'auront eues sur cette étude certains auteurs classiques, tels Edward Coke, Matthew Hale, William Hawkins et William Blackstone pour l'Angleterre ; Olivier W. Holmes, Jerome Hall et Francis B. Sayre pour les États-Unis ; Jousse et Muyart de Vouglans pour la France. En plus des auteurs anciens, nous tenons à rappeler la contribution exceptionnelle des auteurs contemporains que sont Glanville Williams, George P. Fletcher, Adrien-Charles Dana, Jean Pradel et, plus près de nous, Jacques Fortin, Anne-Marie Boisvert, Louise Viau, Pierre Rainville, Hélène Dumont, Antoine Manganas, Gisèle Côté-Harper et André Jodoin.

Deuxième partie : La responsabilité : Caractère et définition

Depuis des siècles, philosophes, juristes et médecins s'interrogent sur la responsabilité³³. Le sujet n'est pas simple. Il est de ceux qui repoussent même les plus audacieux. Mais qu'est-ce que la responsabilité ? D'où vient-elle ? Comment fonctionne-t-elle ? Malgré de nombreuses tentatives de réponse, ces questions demeurent difficiles. Si la responsabilité résiste à toute catégorisation, si elle semble à la fois si simple et si complexe, si proche et si lointaine, c'est qu'elle « n'est pas liée au monde et à ses formes souterraines »³⁴, mais à l'homme, et plus largement à tout organisme vivant. Si la responsabilité ne peut être saisie entièrement à travers l'analyse philosophique ou psychologique, c'est qu'elle présuppose un choix stratégique, une option méthodologique qui, tout en diminuant son champ de référence, permet une délimitation plus précise et plus objective de la responsabilité. Voilà pourquoi il est nécessaire, avant d'aller plus loin, de circonscrire ce champ de référence.

³³ Voir M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 16 : « [A]lors que tant de mots, aujourd'hui usés parce que non honorés, ne ressemblent plus qu'à des enveloppes vides, celui de responsabilité continue de nous toucher, de nous interpeller. Son caractère fondamental, la force des échos qu'il suscite – lien, réponse, autrui, protection, limite –, la situation extrême dans laquelle il nous est adressé sont de nature à susciter cet appel dont Claude Birman écrit [...] qu'il est la première manifestation de la responsabilité, son premier frémissement. »

³⁴ Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 35.

Tout d'abord, voyons ce que l'étymologie, « avec son opération millénaire de décantation du sens », nous apprend³⁵. Le mot « responsabilité » vient du verbe latin *respondere* qui signifie « promettre », « s'engager », « se porter garant »³⁶. Une telle origine ne trompe pas : « la responsabilité consiste dans l'acte de répondre »³⁷. Mais répondre de quoi ? De nos actions face aux autres ? Peut-être. Mais surtout de nos actions face à nous-mêmes. En effet, qu'arriverait-il si la responsabilité, maintes fois reliée à la présence de l'Autre³⁸, à cette altérité qui engage l'individu dans une relation complexe mais réciproque avec la communauté, n'était en vérité que le lien de l'homme avec lui-même ? Dès lors, elle apparaîtrait, dans sa nudité abstraite, comme la simple réponse de l'environnement à notre conduite. Dès sa naissance, l'individu accède à une réalité complexe qui ne cesse d'interagir avec lui. C'est le début de la responsabilité. Tout ce qu'il fera ensuite, il en sera redevable. S'il ne s'alimente pas adéquatement, il périra. S'il n'est pas capable de chasser, il sera abandonné à son propre sort, etc. Là où il y a la vie, il y a la responsabilité. À l'équation traditionnelle société = responsabilité, nous préférons désormais l'équation organisme vivant = responsabilité.

Envisagée dans cette perspective, la responsabilité n'est donc pas un phénomène unique à l'homme, mais commun à tous les êtres vivants. Comme l'homme, l'animal est responsable d'assurer son bien-être et de s'adapter à son environnement. C'est dans cet esprit que nous allons remonter les sentiers de la responsabilité. Mais de quelle responsabilité traiterons-nous ? De la responsabilité pénale, cela va de soi, mais aussi et surtout de cette responsabilité morale qui semble dorénavant condamnée à s'effacer des ouvrages de doctrine. Comme si le droit pouvait enfin, en ce début de millénaire, se permettre d'oublier ses origines et d'éradiquer les fondements qui assurent la structure même de sa rationalité. Compte tenu des rapports étroits entre la responsabilité

³⁵ M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30.

³⁶ *Id.*, p. 10.

³⁷ Claude BIRMAN, « La loi, le peuple et la terre », dans M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 20.

³⁸ M. VACQUIN (dir.), *id.*, p. 10 : « La responsabilité n'est pas une question ou si elle en est une, elle est de celles qui souffrent fort peu de réponses, d'où son poids. La responsabilité, c'est la réponse. *Sponsio, spondere*, se porter garant, promettre, s'engager. Pour l'Autre, et devant la Loi, c'est-à-dire la communauté des Autres. C'est répondre présent, répondre de l'Autre par ma présence, d'une présence vivante – donc mortelle, concrète – donc imparfaite, et qui n'éternise pas le présent, n'exacerbe pas "mon dur désir de durer". Le premier contenu de la responsabilité, c'est cette présence, à soi et à autrui, qui ignore pourquoi et de quoi elle doit répondre.»

morale et la culpabilité pénale, il convient de nous interroger quelques instants sur le contenu des deux grands paradigmes qui ont historiquement dominé la responsabilité morale, soit le libre arbitre et le déterminisme.

Première section : La responsabilité morale

La responsabilité morale des actes humains est une question importante sur laquelle les plus grands philosophes se sont interrogés. Deux grands courants de pensée ont émergé de l'ambiguïté entourant le rapport entre la liberté et la responsabilité. D'abord, une approche volontariste suivant laquelle la responsabilité morale repose sur la présence du libre arbitre et, plus largement, sur le pouvoir qu'a l'homme de diriger intelligemment et librement ses actions. Ensuite, aux antipodes, le déterminisme, une ligne de pensée selon laquelle l'homme, instrument manipulé par son environnement et par ses propriétés physique et psychiques, n'est pas en mesure d'orienter librement sa conduite. Véritable négation de la capacité de l'homme à se gouverner librement, le déterminisme s'oppose à toute forme de responsabilité morale, à toute tentative de relier directement la sanction pénale à la présence d'une volonté libre et réfléchie. Voyons de manière plus précise en quoi consistent ces deux principales théories.

Première sous-section : La théorie du libre arbitre

Malgré son caractère spéculatif, la théorie du libre arbitre domine la pensée humaine depuis des siècles. Aristote est l'un des premiers philosophes à proposer une véritable réflexion sur les structures qui abritent la responsabilité morale des actes humains. Contrairement à Platon qui retient une approche déterministe de l'agir humain, Aristote reconnaît le pouvoir de la volonté et la puissance du libre arbitre. Dans son ouvrage *Éthique de Nicomaque*³⁹, il récuse toute forme de déterminisme et coupe tout lien avec son prédécesseur. Pour lui, l'homme est maître de ses actes. Là où il peut dire non, il peut également dire oui. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter l'adage *nul n'est méchant volontairement et nul n'est heureux contre son gré*, car s'il est vrai,

³⁹ ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Paris, GF-Flammarion, 1965.

affirme le Philosophe, que nul n'est heureux involontairement, il demeure que le vice, contrairement à ce que prétend le fondateur de l'Académie, ne va pas sans participation de la volonté⁴⁰. C'est pourquoi, « on loue et blâme ce qui émane de notre volonté tandis qu'on ne refuse pas son pardon et parfois même sa pitié à ce qui est accompli sans volonté de choix »⁴¹. En énonçant les conditions de la responsabilité, Aristote déborde largement du cadre traditionnel du droit pénal ; il s'élève à un degré supérieur d'analyse, au niveau de l'évaluation de la valeur morale de la conduite humaine. En somme, il établit les fondements du jugement appréciatif nécessaire à l'évaluation morale, sociale et pénale de l'agent :

[O]n n'agit injustement ou justement que quand l'action est volontaire ; quand elle est involontaire, on n'agit ni injustement ni justement, mais selon l'événement, qui donne alors aux actes leurs caractères juste ou injuste. Ainsi l'action injuste ou juste est définie par le caractère volontaire ou involontaire. Est-elle volontaire ? Elle provoque le blâme ; en même temps, elle devient un méfait. En conséquence, elle ne sera qu'une action injuste, mais non encore un méfait, si elle est dépourvue d'intention volontaire. Or je dis qu'est volontaire, comme je l'ai indiqué précédemment, l'action qui dépend de l'agent et que celui-ci accomplit sciemment, c'est-à-dire sans ignorer la personne, les moyens et le but de l'action ; par exemple, si l'on sait qui l'on frappe, pour quelle raison et avec quel instrument. Ajoutons que sur tous ces points, il ne doit pas y avoir hasard ou violence, ce qui serait le cas si une personne, prenant la main de quelqu'un, en frappait un autre personnage ; l'agent, alors, ne fait pas acte de volonté ; son action n'est pas en son pouvoir.⁴²

La volonté est donc une faculté rationnelle dont l'essence s'exprime à travers le choix. En effet, l'acte éminent du libre arbitre, écrit le Philosophe, est le choix, or le choix est «le désir des choses qui sont en notre pouvoir», le résultat de l'union de la délibération et de l'appétit⁴³. Dans la mesure où sa volonté lui permet de diriger ses actions, d'orienter sa conduite à travers «l'écheveau de la contingence»⁴⁴, l'homme est maître de ses actes et capable d'en répondre moralement.

⁴⁰ *Id.*, p. 84 et 85.

⁴¹ *Id.*, p. 73.

⁴² *Id.*, p. 154 et 155.

⁴³ Cité dans saint Thomas D'AQUIN, *La somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1984, tome 1, quest. 83, art. 3, p. 723.

⁴⁴ Monette VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30.

Cette vaste réflexion inédite sur la responsabilité morale sera reprise et développée par plusieurs auteurs dont saint Thomas d'Aquin. Convaincu de la nécessité d'unifier la philosophie classique et la pensée de l'Église⁴⁵, saint Thomas propose une vision qui allie le passé avec l'avenir, la tradition avec l'innovation. En somme, saint Thomas d'Aquin, c'est Aristote plus saint Augustin. Du premier, il retient l'intuition et la finesse d'esprit, du second, la sagesse et la conviction. Ce qui apparaît fondamental à l'auteur, c'est la capacité de l'homme de se déterminer librement. Sur ce point, saint Thomas d'Aquin est catégorique : « L'homme possède le libre arbitre, ou alors les conseils, les exhortations, les préceptes, les interdictions, les récompenses et châtements seraient vains. »⁴⁶ À la suite du Philosophe, saint Thomas d'Aquin élabore son analyse de la responsabilité morale sur les bases de l'acte volontaire⁴⁷. En effet, d'après le Docteur angélique, seuls les actes volontaires méritent blâme ou louange. Celui qui agit dans l'ignorance de sa condition et des circonstances en vertu desquelles il oriente son action « agit mal sans le savoir » et, par conséquent, sans le vouloir⁴⁸. Pour le Dominicain, il n'y a ni volonté, ni responsabilité sans connaissance et sans liberté. Les êtres dépourvus des attributs humains que sont l'intelligence et la volonté, tels les fous et les animaux, sont ainsi exclus du champ de la responsabilité. En résumé, « [c]'est parce qu'il délibère sur ses actes que l'homme est le maître ; le pouvoir de peser le pour et le contre permet à la volonté de choisir. On ne peut en dire autant des animaux »⁴⁹.

⁴⁵ *Le Thomisme*, Vrin, 1986, p. 34, cité dans saint Thomas D'AQUIN, *Somme contre les Gentils I, Dieu*, Flammarion, Paris, 1999, p. 43 : « Tout le secret du thomisme est là, dans cet immense effort d'honnêteté intellectuelle pour reconstruire la philosophie sur un plan tel [l'*agenda* du théologien] que son accord de fait avec la théologie apparaisse comme la conséquence des exigences de la raison elle-même [la discipline] et non comme le résultat accidentel d'un simple désir de conciliation. »

⁴⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 83, art. 1, p. 721.

⁴⁷ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 45, p. 44 : « C'est Aristote, traduit et encadré des nombreux commentaires de la tradition néoplatonicienne tardo-antique puis arabe, que Thomas demande en premier lieu des outils conceptuels pour son exposé de la foi catholique, prolongeant ainsi, à la suite de son maître Albert, et amplifiant même la promotion du Philosophe dans l'enseignement de la théologie. Aristote apparaît ni plus ni moins comme la voix de la raison, ou, comme nous le disions, une incarnation de la raison, à laquelle le théologien est bien en droit de demander les compléments naturels au contenu révélé qu'il doit élucider. »

⁴⁸ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43.

⁴⁹ THOMAS D'AQUIN, *La somme théologique – Les actes humains*, Paris, Desclée, 1926, quest. 6, art. 2, p. 19.

Cette approche de l'homme et de la liberté n'est pas unique aux théologiens. De grands philosophes comme Rousseau, Descartes et Kant poursuivirent, à leur façon, l'héritage légué par Aristote et saint Thomas D'Aquin. D'après Rousseau, la liberté est inaliénable et participe de la nature même de l'homme. Il est donc inconcevable de le priver de sa liberté car, ce faisant, on déroberait toute moralité à ses actions⁵⁰. Même discours chez Descartes. Dans une lettre adressée à la reine Christine, le grand philosophe reconnaît que la volonté est la source des recommandations et du blâme moral⁵¹. Pour lui, il n'y a « en nous qu'une seule chose qui puisse nous donner juste raison de nous estimer, à savoir l'usage de notre libre arbitre et l'empire que nous avons sur nos volontés ; car il n'y a que les seules actions qui dépendent de ce libre arbitre pour lesquelles nous puissions avec raison être loués ou blâmés »⁵². C'est donc dans la mesure où l'homme possède le libre arbitre qu'il est tenu d'en répondre devant Dieu et les hommes. En effet, l'imputabilité distingue l'homme des autres créatures et le définit à l'égard de ses actes. Ainsi, selon Kant, « une personne est ce sujet dont les actions sont susceptibles d'imputation »⁵³. Si l'on ne peut ignorer complètement l'influence qu'exerce le milieu sur l'individu, il est faux de croire que celui-ci est déterminé. Au contraire, l'homme possède la capacité d'aller au-delà des circonstances qui composent son univers ; il a la possibilité d'orienter sa conduite au gré de sa volonté et de ses convictions. En effet, la volonté, affirme Kant, est « une sorte de causalité des êtres vivants en tant qu'ils sont raisonnables, et la liberté serait la propriété qu'aurait cette causalité de pouvoir agir indépendamment des causes étrangères qui la déterminent ; de même que la nécessité naturelle est la propriété qu'a la causalité de tous les êtres dépourvus de raison d'être déterminée à agir par l'influence de causes étrangères »⁵⁴.

⁵⁰ André SÉNIK, « Déterminisme et liberté : l'interminable débat ? », dans M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 34, aux pages 34 et 35.

⁵¹ *Id.*, p. 34 : « [i]l n'y a que ce qui dépend de la volonté qu'on ait sujet de récompenser et de punir. »

⁵² *Id.*, p. 47.

⁵³ *Id.*, p. 46.

⁵⁴ *Id.*, p. 41.

Deuxième sous-section : Le déterminisme

Bien que la théorie du libre arbitre soit profondément ancrée dans la philosophie classique, certains auteurs se montrent très critiques à son égard⁵⁵. Spinoza, par exemple, dans ses travaux sur la responsabilité, écarte l'existence du libre arbitre au profit d'une approche objective et plus fataliste de l'homme⁵⁶. En dépit de l'originalité des analyses contemporaines, l'idée du déterminisme n'est pas nouvelle. N'est-ce pas Dieu lui-même qui, dans l'Évangile selon saint Matthieu, déclara « qu'un arbre bon ne saurait porter des fruits mauvais, comme un arbre mauvais ne saurait porter de bons fruits »⁵⁷ ? Cette approche déterministe de l'homme s'épanouira dans la seconde moitié du XIX^e siècle en Europe, pour se concrétiser dans les travaux de l'école italienne fondée par Lombroso, Garofalo et Ferri.

Le maître à penser du mouvement positiviste italien est Enrico Ferri. Dans son ouvrage intitulé *La sociologie criminelle*⁵⁸, Ferri proclame la mort du libre arbitre. D'après le célèbre sociologue, la liberté humaine est une « illusion » dont la macabre existence n'est plus concevable au point de vue scientifique. En effet, selon Ferri, « la physio-psychologie positive a complètement anéanti cette croyance au libre arbitre ou liberté morale, dans lequel elle prouve que nous devons voir une pure illusion de l'observation psychologique subjective »⁵⁹. Par cette affirmation, Ferri vient clouer au pilori la thèse du libre arbitre et de la responsabilité morale. Une question demeure

⁵⁵ *Id.*, p. 49 : « On sait que la haine de la culpabilisation conduit Nietzsche à dénoncer dans le libre arbitre "le tour de force le plus mal famé qu'il y ait, pour rendre l'humanité 'responsable' à la façon des théologiens, ce qui veut dire : pour rendre l'humanité dépendante des théologiens. Les hommes ont été considérés comme 'libres' pour pouvoir être jugés et punis, pour pouvoir être coupables". »

⁵⁶ *Id.*, p. 35.

⁵⁷ ÉVANGILE SELON SAINT MATTHIEU, 7 : 18 et 12 : 33. Voir aussi ÉVANGILE SELON SAINT LUC, 6 : 43, cité dans R. SALEILLES, *op. cit.*, note 28, p. 36 : « On sait en effet combien, dès le début du christianisme, cette question du libre arbitre avait soulevé de difficultés. Ce n'est pas sur le terrain pénal qu'elle se posait, mais sur le terrain théologique et religieux, dans son conflit avec le dogme chrétien de la grâce, avec l'idée d'élection et de prédestination. Là-dessus tout était contradictoire. L'Évangile lui-même contient des passages qui ne s'expriment pas autrement que nous ne ferions aujourd'hui en sociologie. Il y a surtout ce verset, si souvent cité, portant qu'un mauvais arbre ne produira jamais que de mauvais fruits, et que le bon au contraire en donnera toujours de bons. »

⁵⁸ Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, Félix Alcan, 1905.

⁵⁹ *Id.*, p. 319.

toutefois. Si l'homme n'est pas libre, s'il n'est pas maître de ses actes, comment peut-on expliquer les altérités du comportement humain ? L'homme a sa propre manière de répondre aux influences extérieures, déclare Ferri, mais cette réponse n'est pas libre comme le prétendent les tenants du libre arbitre. Elle est déterminée par les conditions du milieu et par la composition physio-psychologique de l'organisme. Ainsi, pour reprendre une image chère à Ferri :

[L] *'homme est une machine, mais [...] il n'est pas fait à la machine.* Il est une machine, en ce sens qu'il ne fournit rien de plus dans ses actes que ce qu'il reçoit du milieu tant physique que moral où il vit ; il n'est, comme tout autre être vivant, qu'une machine de transformation des forces, sujette à la loi universelle de causalité, en vertu de laquelle, étant donnée, à tel moment, telle combinaison de causes physiologiques et psychiques, il ne peut que réagir de telle manière déterminée. Mais il n'est pas fait à la machine, c'est-à-dire qu'il n'est pas un mécanisme inorganique, précisément parce qu'il est un organisme vivant qui a sa manière propre et spéciale de répondre aux causes extérieures, réponse déterminée nécessairement, dans chaque cas, par les causes physiques et physio-psychologiques qui l'ont précédée, mais réponse variable, et par suite souvent impossible à prévoir d'un individu à l'autre, d'un moment à l'autre, précisément par suite des combinaisons diverses de ces causes déterminantes multiples.⁶⁰

⁶⁰ *Id.*, p. 334. Voir aussi p. 332 : « Supposons que nous ayons ici deux machines à coudre d'un système donné : une fois mises en mouvement elles répondent et réagissent toujours en fournissant un travail égal pour coudre l'étoffe d'une façon spéciale. La cause motrice extérieure obtient toujours de ces machines une réaction identique, en toute circonstance de temps et de lieu. Si au contraire nous prenons deux plantes, de la même espèce et de la même variété, et que nous les mettions dans le même champ, sous la même température, avec les mêmes engrais, nous n'obtiendrons pas d'elles deux réactions identiques. L'une poussera droit, l'autre de travers; l'une se développera vigoureusement, l'autre s'étiolera, et ainsi de suite. Et pourquoi cela ? Parce que, dans les machines inorganiques, la réaction ultime dépend uniquement des causes extérieures, ou du moins dépend surtout de ces causes; car chacune d'elles, comme le remarque Spencer, a sa physionomie et sa constitution propres, même quand la construction en est identique; tandis que chez les êtres organisés de l'ordre végétal, à l'action des causes externes s'ajoute celle des causes internes et physiologiques; et par suite ces deux séries d'éléments, en se combinant de différentes manières, peuvent donner et donnent des réactions différentes, même quand les causes extérieures restent identiques. Si maintenant nous passons du monde végétal au monde animal, et si nous prenons, par exemple, deux chiens, tous deux de la même race et du même âge, nous verrons que, stimulés par une même cause extérieure, ainsi par la vue d'un homme, ils répondent de manières très différentes : l'un prend la fuite ou aboie; l'autre caresse ou mord, et ainsi de suite. Et le même chien, à des moments différents, répond ou réagit de manières différentes à une cause extérieure identique. Ici, en effet, les différences dans la réaction ultime pouvaient être plus grandes encore que dans le cas précédent, parce que, si dans le cas des machines organiques il n'y avait que les causes extérieures, et pour les organismes végétaux les causes extérieures plus les causes internes physiologiques, dans les organismes animaux viennent se joindre aux précédentes les causes internes psychologiques. Il est donc naturel que, la série des éléments augmentant, le nombre de leurs combinaisons possibles augmente aussi, et que par suite les réactions ultimes produites par une même cause externe soient plus variées. Plus, en partant du règne végétal, nous nous élèverons sur l'échelle zoologique, et plus se multiplieront les différences, pour les différents individus et les différents moments de la vie d'un même individu, dans la manière de répondre aux influences extérieures, parce que les éléments physiologiques et psychologiques sont plus développés. C'est pourquoi, si l'on prend deux hommes dans le même moment ou un même homme à des moments différents, nous verrons qu'il y aura de très grandes différences dans leurs réactions à une même cause extérieure; non pas qu'il soit né dans l'homme quelque élément nouveau de liberté morale, mais uniquement parce que chez lui les facteurs psychiques de l'action sont plus développés et plus compliqués. Donc tout être, et, par conséquent, tout homme, a sa manière propre et spéciale de répondre aux influences extérieures, qui dépend, d'une

À l'image des éléments physiques qui composent notre univers, le comportement de l'homme est soumis aux lois naturelles, à l'action combinée du milieu et de ses attributs physiopsychologiques. En reconnaissant l'influence despotique du milieu et des attributs physiopsychologiques de l'individu sur son comportement, la sociologie criminelle rompt délibérément avec les principes généraux de la philosophie morale et pénale, afin de proposer la mise en place d'un système de sanctions fondé sur la dangerosité et la défense sociale⁶¹. À la voie moraliste et philosophique initiée par Aristote et saint Thomas, on préfère désormais la voie du positivisme, plus technique et plus objective.

Troisième partie : Les hypothèses et la méthodologie

Maintenant que nous avons établi le cadre de notre analyse et que nous avons défini les deux grands paradigmes à la base de la responsabilité morale, il convient d'énoncer les principales hypothèses de cette recherche. Sur ce point, nous avons formulé six hypothèses qui correspondent chacune à un chapitre précis de cette recherche.

Première section : L'histoire du droit

Le premier chapitre de cet ouvrage sera consacré à l'histoire des principes régissant la responsabilité pénale et, de façon plus spécifique, aux origines de la fonction punitive. Il ne s'agit pas ici d'établir une description formelle et systématique des premières formes de justice pénale, mais plutôt de proposer une analyse de leur sous-sol, de livrer une réflexion sur ce qui se cache derrière les manifestations infantiles de la loi pénale. À cet égard, nous suggérons une

façon nécessaire, à chaque moment de sa vie, de ces mêmes conditions extérieures combinées avec l'état physiopsychologique de l'organisme. »

⁶¹ *Id.*, p. 352 : « Il s'agit maintenant d'inaugurer et de réaliser la phase *sociale*, où, grâce aux données nouvelles de l'anthropologie et de la statistique criminelles sur la genèse du délit, la peine ne sera plus la rétribution d'une faute morale par un châtement proportionné (phase éthico-juridique), mais un ensemble de mesures sociales préventives et répressives, qui, répondant à la nature et à la genèse du délit d'une façon plus efficace et en même temps plus humaine, en préserveront la société. Le pas que nous voulons faire faire à la science et à la législation du droit pénal constitue donc un nouveau progrès qui, en procédant des degrés antérieurs, vient compléter le cycle évolutif, en rendant à ce ministère punitif ce caractère naturel et spontané de pure fonction sociale, qu'il avait à son point de départ, et qui seul, ne l'oublions pas, est vraiment compris par la conscience populaire. »

interprétation historique diamétralement différente de celles retenues généralement. Parmi les mythes auxquels nous nous attaquerons, mentionnons notamment la croyance voulant que les droits romain et canonique soient directement à l'origine de la faute morale en droit pénal, à la source de l'apparition de l'intention en droit anglo-saxon. En effet, est-il juste de soutenir encore aujourd'hui que les premières manifestations du droit criminel obéissaient à un schéma purement objectif, qu'elles étaient complètement indifférentes aux notions de faute et de blâme moral ? Nous répondons par la négative. En vérité, l'apparition de l'élément intentionnel tel que nous le connaissons aujourd'hui n'est pas le résultat d'un processus linéaire de sédimentation du sens opéré à travers les siècles, mais bien d'un phénomène de décantation du sens, d'une purification graduelle et successive de ses couches les plus profondes et les plus instinctives.

Deuxième section : Les fondements de l'imputabilité

Première sous-section : La remise en question des fondements philosophiques de l'imputabilité

À l'étude des fondements historiques de la responsabilité pénale en Angleterre, succédera une étude des structures qui abritent, depuis des siècles, le concept d'imputabilité en droit pénal. Dans le second chapitre, nous procéderons tout d'abord à une analyse descriptive et critique des principales théories sur lesquelles repose la notion d'imputabilité. Après avoir démontré les difficultés entourant l'exclusion des animaux, des enfants et des personnes souffrant de troubles mentaux de la sphère pénale, nous tenterons de proposer une nouvelle manière d'envisager la notion d'imputabilité qui tient compte à la fois de l'évolution des causes de non-responsabilité pénale et du progrès des connaissances scientifiques en matière de comportement humain et animal. Formulée positivement, notre hypothèse est la suivante : l'homme est l'unique titulaire de la responsabilité pénale, non parce qu'il est, contrairement aux animaux, aux enfants et aux personnes souffrant de troubles mentaux, le seul capable d'agir avec intention et volonté, mais bien parce qu'il est le seul organisme vivant ici-bas capable de connaître les enseignements de la loi pénale et d'orienter sa conduite en fonction des prescriptions légales.

Deuxième sous-section : La connaissance de la loi

Le troisième chapitre de cet ouvrage sera consacré à la connaissance de la loi en droit pénal et particulièrement au célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi*. En soulignant l'importance qu'occupe la connaissance dans la genèse de l'acte volontaire, nous désirons montrer les liens étroits qui existent depuis des siècles entre la responsabilité morale et la responsabilité pénale. Après avoir reconstitué le parcours historique emprunté par l'exclusion de l'ignorance de la loi en droit pénal, nous terminerons en proposant un adoucissement de la règle *nul n'est censé ignorer la loi*. Cet assouplissement se fonde notamment sur les difficultés morales et légales qui résultent de l'application rigide de ce principe et, plus précisément, sur le décalage de plus en plus important entre la connaissance présumée de la loi et sa connaissance réelle.

Troisième sous-section : La notion de libre arbitre

Si la connaissance de la loi (présumée ou non), de ses prescriptions légales et de ses prohibitions est nécessaire à la formation de l'acte criminel, elle n'est pas suffisante à elle seule pour déclencher les mécanismes de la responsabilité morale. Encore faut-il que l'accusé soit capable de diriger intelligemment et librement sa conduite ; bref, qu'il soit doué de libre arbitre. Mais de quel arbitre s'agit-il ? De ce libre arbitre vague et imprécis dont le contenu fuyant empêche une saisie véritable de ses paramètres juridiques. Nous ne le croyons pas. La capacité d'orienter son action en fonction de la loi pénale est un concept juridique qui exige un renouvellement périodique du libre arbitre au regard de l'évolution judiciaire et des particularités géographiques et sociales propres à chaque pays. D'une vision essentiellement philosophique du libre arbitre, nous passons à une vision juridique fondée sur le concept séculaire de la capacité criminelle et de l'aptitude à supporter la sanction pénale (*capacity to commit crimes*).

Troisième section : Les principes de la culpabilité

Si le phénomène de l'imputabilité occupe la première partie de cette recherche, la seconde partie est consacrée à la notion de culpabilité et, plus précisément, à l'« élément moral se rattachant

à la définition du crime »⁶². En plus de retracer les grandes étapes à l'origine de la formation historique du concept de la *mens rea* en droit criminel, ce chapitre vise à mettre en place une théorie à la fois cohérente et originale de la culpabilité dont les fondements s'enracinent dans les profondeurs de la pensée classique et notamment du phénomène de l'intention et de la volonté. En inscrivant notre étude de la culpabilité dans une analyse qui tient compte des principes régissant la responsabilité morale, nous avons pour projet de retracer les fondations théoriques qui supportent l'édifice pénal en matière d'intention, d'insouciance et de négligence pénale. En somme, ce que nous voulons, c'est assurer l'arrimage entre les fondements théoriques de la responsabilité morale et les composantes actuelles de la culpabilité criminelle.

Quatrième section : Le phénomène d'agression

Avec le sixième et dernier chapitre, nous quittons le domaine de l'imputabilité et de la culpabilité pour entrer dans les régions plus sombres et plus obscures du comportement humain. En nous interrogeant sur le meurtre, la guerre et le génocide, nous souhaitons jeter les bases d'une responsabilité nouvelle, d'une éthique de l'avenir fondée sur le respect des droits de l'homme, sur la valorisation de sa dignité ainsi que sur l'élimination de sa souffrance. S'il n'existe aucune définition universelle du bien et du mal, du juste et de l'injustice, alors sur quel fondement doit reposer cette éthique ? Sur ce qui est commun à tous, répondons-nous ! Sur cette capacité que possède l'homme de se transposer, de se projeter dans l'Autre. C'est dans cette optique que nous allons envisager la responsabilité des individus en matière d'agression, d'homicide et de génocide, dans une optique marquée par l'humanisme et la foi en l'avenir.

Enfin, mentionnons que cette recherche ne prétend à aucune forme de prescriptivité. Elle ne vise pas à indiquer ce qui *est* ou ce qui *doit être*, mais plutôt à fournir des pistes de réflexion, des avenues possibles. Si certaines des propositions mises de l'avant dans cet ouvrage peuvent surprendre, elles offrent à tout de moins l'avantage de diversifier les chemins menant à la connaissance du rapport qui existe entre la responsabilité morale et la responsabilité pénale. Comme le dit si bien Jacques Huntzinger dans son volume consacré aux relations internationales,

⁶² Voir sur ce point A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4.

« [t]rop de sens commun interdit de comprendre la réalité ; à l'inverse trop d'*a priori* scientifique ou rationnel déforme à l'excès cette réalité »⁶³. La compréhension du phénomène de la responsabilité pénale exige, à tout le moins, la présence de « théories instinctives »⁶⁴.

⁶³ J. HUNTZINGER, *op. cit.*, note 23, p. 18.

⁶⁴ *Id.*

Première partie

L'introduction de la faute morale en droit pénal

Chapitre premier

L'analyse sociologique et historique de la faute morale en droit pénal

De Coke à Williams, en passant par Hale, Hawkins, Blackstone et Stephen, tout a été dit ou presque sur l'aspect répressif de la responsabilité pénale. Malgré l'importance des mécanismes punitifs en droit criminel, nous croyons que l'évolution de la responsabilité en Occident s'inscrit dans une perspective beaucoup plus large de la justice pénale, dans une analyse qui tient compte non seulement de son caractère « négatif », mais aussi et surtout de ses effets « positifs », de sa fonction sociale et de son utilité politique. La fonction répressive n'est donc pas une réalité ontologique propre à l'homme, mais plutôt à l'union des hommes⁶⁵. Il s'agit d'un phénomène construit par l'homme pour l'homme ; son objet est de régir les comportements sociaux et d'imprimer dans la conscience collective les bases d'une éthique à la fois morale et juridique.

L'objet de ce chapitre est d'étudier l'évolution des principes régissant la responsabilité pénale en droit criminel ; l'étudier afin de voir comment différentes cultures organisent et construisent leur discours en regard de la peine et de la responsabilité. En considérant la métamorphose des règles de la responsabilité pénale au cours des siècles, nous désirons jeter un éclairage nouveau sur les rapports qui unissent, en droit criminel, l'évolution des composantes de la responsabilité et les changements qui affectent l'organisation des différentes sociétés humaines. En somme, il s'agit ici de retracer la trajectoire du champ d'expérience de la responsabilité pénale à travers le prisme de son rattachement socioculturel.

⁶⁵ Ernst VON GLASERFELD, « Introduction à un constructivisme radical », dans Paul WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité - Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?*, Paris, Éditions du Seuil, 1985, p. 33 : « [D]ans le système de Vico, il n'existe pas de principes immuablement ancrés dans l'organisme qui déterminent nos manières de faire des expériences, de penser et de construire. Au contraire, les contraintes que l'on rencontre résultent de l'histoire de notre construction, car, à chaque moment, ce qui a déjà été fait limite ce qui peut encore l'être maintenant. »

Cette recherche se divise en trois sections. La première sera consacrée à l'élaboration des premières formes de sanction, aux origines de la peine ; bref, à la naissance de la fonction punitive. À cet égard, nous allons tenter de démontrer qu'il existe, derrière le caractère apparemment objectif de la justice primitive, des formes connexes de responsabilité, des mécanismes complémentaires de sanction en filigrane desquels transparaît l'exigence d'un certain niveau de subjectivité, d'un « quelque chose de plus » que la simple causalité de l'acte dommageable⁶⁶. La deuxième section traitera de l'apparition et de l'évolution de la faute morale en droit pénal. Il s'agit ici d'expliquer de quelle manière l'introduction de la responsabilité subjective en Angleterre a initié une véritable transformation de la sanction étatique, un nouveau découpage de l'espace infractionnel où s'enchevêtrent les notions de libre arbitre et d'intention. La troisième et dernière section sera consacrée à la situation actuelle de la responsabilité pénale au Canada et en Angleterre, à la multiplication des infractions de type réglementaire ainsi qu'à la reconnaissance de la responsabilité objective en droit criminel.

Première section : Les origines de la responsabilité pénale et de la peine en Angleterre

Première sous-section : La vengeance privée

A. L'analyse des principales structures de la vengeance privée

À l'origine, l'idée d'État n'existait pas. L'organisation sociale était fragmentée en clans familiaux, c'est-à-dire en groupes, plus ou moins nombreux, formés d'un certain nombre de familles⁶⁷. Malgré sa structure relativement modeste, le clan familial constituait à l'époque une véritable société. D'après Vinogradoff, auteur d'un ouvrage sur la question, le clan familial possédait une véritable identité collective. Bien plus qu'un regroupement de parents, il s'agissait d'un ensemble de personnes partageant entre elles des besoins et des objectifs communs (*common*

⁶⁶ L'expression est empruntée à Arlette LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris, P.U.F., 1967, p. 58.

⁶⁷ R. SALEILLES, *op. cit.*, note 26, p. 25.

aim and will)⁶⁸. Ce type d'organisation humaine était caractéristique de la plupart des peuples primitifs, principalement de ceux d'origine germanique tels les Anglo-Saxons et les Germains. Socialement, l'importance du lien parental se reflétait sur la distribution hiérarchique du groupe. En effet, l'individu qui possédait le nombre le plus élevé de parents était en règle générale le détenteur du rang le plus élevé⁶⁹. Véritable exemple de solidarité familiale, le clan joua un rôle important dans l'apparition et le fonctionnement des premiers modèles de justice pénale.

Comme nous l'avons déjà expliqué, le droit criminel appartient au domaine de l'existence sociale. Il n'est donc pas étonnant de constater qu'en dépit de la rudesse et de la brutalité des mœurs barbares, ces peuples éprouvèrent, très tôt, le besoin de sanctionner l'auteur de certaines conduites répréhensibles. Ce besoin se matérialisa, à l'époque, dans la mise en œuvre des premières méthodes punitives et, plus largement, dans l'émergence d'une dialectique, d'une logique propre au droit criminel qui privilégia à l'origine le recours à l'*exclusion* ou à la *destruction* pure et simple de l'ennemi interne. Afin d'atteindre ces objectifs, les peuples barbares employaient généralement deux techniques différentes, à savoir le bannissement et la vengeance privée ou *vendetta*.

L'une des plus anciennes méthodes punitives utilisées à l'époque barbare est le recours au bannissement, c'est-à-dire à l'expulsion définitive de l'offenseur. Le principe en semblable matière est simple et bien arrêté : celui qui se dresse contre la loi s'attaque à la communauté toute

⁶⁸ VINOGRADOFF, *Manor*, p. 137 et 139, cité dans W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 36 : « It was a recognised association for social purposes of all kinds, and not an indefinite number of relatives, like our modern Smiths and Browns. »

⁶⁹ W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 36 : « It is probable that the ranks of the people were in the earliest time based upon this primitive organization. The man who has a large number of kindred is the man entitled to the highest rank. The descendants of others – strangers or manumitted slaves – do not attain to the highest rank till they have attained the full member of kindred. Thus in the Norse laws the highest rank is the "odaller," who inherits land from his grandfather's grandfather, i.e. he must go back four degrees. On the other hand, a "leysing," or manumitted slave, though free, was still under obligations to his former owner. It was not till the ninth generation that his descendants lost all connection with his former master; but, with the growth of a kindred, they gradually rose in social rank and got a higher wergild. In the earliest Anglo-Saxon laws we see a clear division of free men into two classes, Twelfhynde and Twyhynde – *gesithcund* and *ceorl*; and in the treaty made between Alfred and Guthrum these two classes were, in respect of wergild, put on a level with the Norse odal and leysing. It is therefore probable that some of the tribal conceptions are at the back of these divisions. Perhaps in the three classes of læts mentioned in Æthelbert's laws we may see the gradual rise in social status of the manumitted slave. It is clear that in the northern parts of England either the growth of a kindred or the possession of land was a condition precedent to higher rank; and that for hereditary rank the growth of a kindred was essential. Just as in the continental laws, so under Anglo-Saxon law, the strangers in blood were only paid for by half *wergild*. »

entière. Par conséquent, il doit être exclu du groupe, refoulé en dehors des limites du clan et dépouillé de ses droits. En effet, « [h]e who breaks the law has gone to war with the community; the community goes to war with him. »⁷⁰ Une fois banni, l'offenseur acquiert un nouveau statut, un nouveau visage : il constitue désormais un ennemi du clan, un animal qu'il faut traquer et éliminer. Sur ce point, nous nous sommes d'accord avec les auteurs Pollock et Maitland pour dire qu'il est du droit et du devoir de chacun « to hunt him down like a wild beast and slay him ; for a wild beast he is ; not merely is he a “friendless man”, he is a wolf »⁷¹.

De tous les types de sanction rencontrés à l'époque barbare, la vengeance privée est sans aucun doute la méthode punitive la plus employée et la plus efficace. Son fonctionnement est simple et répond à des besoins instinctifs qui s'enracinent dans les profondeurs subconscientes de la nature humaine. Dans sa forme absolue, la vengeance privée ou *vendetta* vise la destruction de l'ennemi et le soulagement moral de la victime ou de ses proches par la punition de l'offenseur. Malgré la violence que véhicule fréquemment la soif de vengeance, la *vendetta* n'est pas uniquement rattachée à la personne de l'offenseur, mais s'étend également aux biens de l'ennemi. Comme l'indiquent les auteurs Pollock et Maitland « The slaughter of a member of one by a member of another kin has been the sign for a blood-feud. The injured kin would avenge its wrong not merely on the person of the slayer, but on his belongings. »⁷² Quoique la vengeance privée en droit criminel demeure, encore aujourd'hui, un segment obscur de l'histoire des méthodes punitives⁷³, son importance est à notre avis incontestable dans la mesure où elle représente l'enfance de la responsabilité pénale.

⁷⁰ F. POLLOCK et F.W. MAITLAND, *op. cit.*, note 25, p. 449.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, p. 450.

⁷³ Certains textes anciens réglementent de manière très stricte le recours à la vengeance privée. Voir par exemple les Lois du roi Alfred dans Benjamin THORPE, *Ancient Laws and Institutes of England comprising Laws enacted under the Anglo-Saxon Kings from Æthelbirth to Cnut*, London, Commissioners of the Public Records of the Kingdom, 1840, p. 91 : « We also command : that the man who knows his foe to be home-sitting fight not before he demand justice of him. If he have such power that he can beset his foe, and besiege him within, let him keep within for VII. Days, and attack him not, if he will remain within. And then, after VII. Days, if he will surrender, and deliver up his weapons, let him be kept safe for XXX. Days, and let notice of him be given to his kinsmen and his friends [...]. In like manner also, if a man come upon his foe, and he did not know him before to be home-staying, if he be willing to deliver up his weapons, let him be kept for XXX. Days, and let notice of him be given to his friends; if he will not deliver up his weapons, then he may attack him. »

B. Les principes régissant la responsabilité pénale

Une croyance relativement bien établie en droit criminel veut que les premiers modèles de justice pénale soient essentiellement objectifs, c'est-à-dire dominés par le principe de la causalité et l'absence d'intention⁷⁴. Sans nier totalement l'opinion soutenue par la plupart des historiens du droit, nous croyons que cette formule est un peu excessive dans la mesure où elle passe sous silence certains faits, certaines réalités propres à la nature même de la vengeance ainsi qu'aux habitudes de vie des barbares. Nous nous expliquons.

La vengeance privée, en tant que phénomène purement spontané et instinctif, tire son origine d'un sentiment d'injustice, de l'impression subjective qu'une faute a été commise. Il existe donc une différence psychologique essentielle entre le sentiment de vengeance et le désir d'être compensé pour le dommage subi. Alors que l'un provient de la douleur tenace que l'on garde d'une offense, d'un préjudice, l'autre découle de la volonté de rétablir un équilibre brisé, de répartir le dommage occasionné. En raison de la nature instinctive de la vengeance privée, il est difficile de croire que les barbares aient ignoré complètement l'intention du belligérant, ou son absence totale de faute. D'ailleurs, selon le juge Oliver W. Holmes, « [v]engeance imports a feeling of blame and an opinion, however distorted by passion, that a wrong has been done. It can hardly go very far beyond the case of a harm intentionally inflicted; even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked... The early English appeals for personal violence seem to have been confined to intentional wrongs.»⁷⁵

⁷⁴ W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 51. Avant d'aller plus loin dans notre analyse des premières formes de justice pénale, il convient d'introduire deux précisions importantes. Tout d'abord, il est essentiel de bien distinguer la faute en tant que mécanisme visant à initier le processus de sanction et la responsabilité collective. Au point de vue juridique, la faute se situe en amont de la fonction punitive; c'est elle qui permet l'intervention des autorités publiques. Une fois l'acte commis, une fois la faute (au sens large) présumée, la société peut intervenir en punissant l'offenseur ou toute sa famille si elle le désire. Autre distinction importante : la faute et les procès par ordalie. On a tendance à penser que la présence de procès par ordalie exclut nécessairement l'idée de faute. Or il n'en est rien. La faute est directement à la source de la sanction, à la base de la responsabilité, alors que le procès par ordalie n'est qu'un système de preuve archaïque dont la pertinence intervient uniquement après que l'on ait relevé la commission d'une infraction. En conséquence, nous croyons qu'il est erroné de croire que la responsabilité collective et les procès par ordalie s'opposent à l'idée d'une responsabilité subjective fondée sur l'impression fruste et sauvage qu'une faute a été commise, qu'un mal a été accompli.

Les habitudes de vie des peuples barbares constituent un second facteur militant à l'encontre du caractère purement objectif de la responsabilité pénale. C'est que les actions que nous commettons traduisent habituellement notre intention, notre volonté. Nous retrouvons cette inférence à toutes les époques, ainsi que dans toutes les cultures. En général, la concordance entre le comportement et l'intention est plus forte, plus serrée chez les peuples primitifs que dans les sociétés dont l'organisation est plus développée. Chez les animaux, par exemple, les actions reflètent directement la volonté. La bête, dit-on, agit rarement par accident ou par erreur. Le même principe s'applique en grande partie chez les peuples primitifs, dont le mode de vie est relativement simple et dénué d'artifices. En effet, « we may fairly remember in our ancestors' favour, that in their day the inference that he who kills has meant to kill, or at least to wound, was much sounder than it would be now when, the blood-feud having been suppressed and murders being rare, we have surrounded ourselves with lethal engines, so that one careless act may slay its thousands. »⁷⁶ Contrairement à ce que l'on croit généralement, les premiers modèles de justice pénale ne sont donc pas issus d'un fond purement objectif, mais bien d'une société gouvernée par l'impression relativement frustrée mais réelle que les actions trahissent toujours l'intention de leur auteur. Or l'intention n'est pas prise ici dans son sens technique et contemporain, mais en tant que désir se rapportant directement au résultat (« je désire la mort de tel homme »), ou simplement à l'action entraînant le résultat (« je désire l'action qui a entraîné, soit par négligence ou par accident, la mort de la victime »). Il s'agit donc d'une intention extrêmement large, qui recouvre à peu près toutes les actions qu'un homme peut commettre. Cette présomption devait être renforcée à l'époque par la difficulté de prouver l'absence totale de volonté, l'inexistence de faute. Ainsi, à moins d'actes ouvertement irréprochables, l'auteur du dommage et, par ricochet, ses parents immédiats devaient être tenus responsables du dommage qu'il commettait. En résumé, l'application rigide de la présomption d'intention et la responsabilité objective sont des concepts fort proches dans la mesure où ils ignorent les événements accidentels, les dommages involontaires, pour ne retenir ultimement que le dommage subi par la victime et sa famille immédiate.

⁷⁵ Olivier Wendell HOLMES, *The Common Law*, 1881, p. 3, cité dans Francis B. SAYRE, « Mens rea », (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 974, 975.

⁷⁶ F. POLLOCK et F.W. MAITLAND, *op. cit.*, note 25, p. 475.

Des commentaires qui précèdent, nous pouvons tirer les conclusions suivantes. La vengeance privée, loin d'être un système sauvage, est un mécanisme punitif lié à l'organisation des sociétés primitives et à la violence des mœurs barbares. À une époque où l'organisation sociale était fondée essentiellement sur la filiation parentale, où la partialité et les intérêts de chaque clan dictaient les règles du jeu, la vengeance était encore « la forme la plus sûre de justice », le moyen le plus efficace d'exprimer sa rancune, son ressentiment.

Deuxième sous-section : Le système de compensation monétaire

A. L'analyse des principales structures de la compensation monétaire

Avec la métamorphose des structures sociales, le développement de l'autorité publique et l'éclosion du pouvoir ecclésiastique en Angleterre, la vengeance privée se retire progressivement des régions de la peine au profit d'un système basé sur la valeur économique du fait dommageable⁷⁷. Au début, le recours à la compensation est facultatif. En effet, « [i]f the injured man did not choose to accept the compensation (*bot*), if the relatives of the deceased did not choose to accept the *wer* of their slain relative, the feud would be pursued. »⁷⁸ Ce n'est que plus tard, avec la consolidation du pouvoir public et l'émergence de l'idée de paix sociale, que la composition devient obligatoire. Le retrait de la vengeance privée n'anéantit pas pour autant le recours à la force. Son ombre rôde toujours au-dessus de la peine, comme une alternative dans les cas où la

⁷⁷ W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 44; F. POLLOCK et F.W. MAITLAND, *op. cit.*, note 25, p. 451 : « A deed of homicide is thus a deed that can be paid for by money. Outlawry and blood-feud alike have been retiring before a system of pecuniary compositions, of *bót* : that is, of betterment. From the very beginning, if such a phrase be permissible, some small offences could be paid for; they were "emendable". The offender could buy back the peace that he had broken. To do this he had to settle not only with the injured person but also with the king : he must make *bót* to the injured and pay for a *wíte* to the king. A complicated tariff was elaborated. Every kind of blow or wound given to every kind of person had its price, and much of the jurisprudence of the time must have consisted of a knowledge of these pre-appointed prices. Gradually more and more offences became emendable; outlawry remained for those who would not or could not pay. Homicide, unless of specially aggravated kind, was emendable; the *bót* for homicide was the *wergild* of the slain. »

⁷⁸ W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 44 et 45.

composition n'est pas honorée⁷⁹. En effet, d'après les Lois d'Edmund, « [i]f any one henceforth slay any man, that he himself bear the *faehthe*; unless, with the aid of his friends, and within twelve months, he compensates it with the full *wer*, be he born as he may be »⁸⁰.

Historiquement, l'introduction du système de compensation monétaire en droit pénal est directement liée au développement de l'autorité publique et, plus précisément, à l'émergence du pouvoir temporel et spirituel en Angleterre. L'objet de la compensation monétaire, à l'origine, consiste à assurer un minimum d'ordre et de stabilité dans le royaume ainsi qu'à « améliorer les âmes et [à] faire prévaloir la vertu »⁸¹. La dualité de la peine à l'époque de la compensation monétaire apparaît avec éclat dans le passage introductif des Lois édictées par le roi Ine : « I, Ine, by God's grace, king of the West-Saxons, with the counsel and with the teaching of Cenred my father, and of Hedde, my Bishop, and of Eorcenwold, my Bishop, [...] and also with a large assembly of God's servants, have been considering of the *health of our soul*, and of the *stability of our realm*; so that just law and just kindly dooms might be settled and established throughout our fold; so that none of the "ealdormen", nor our subjects, should hereafter pervert these dooms.»⁸² C'est dans ce contexte dominé par l'idéalisme moral, l'enseignement de l'Église⁸³ et le

⁷⁹ *Id.*, p. 45 : « Throughout the Anglo-Saxon laws we meet with these tariffs. The bot and the wer dominate the code. We cannot understand either the amount of the wergild or the method of its payment unless we remember that it took place of the feud, and that the feud was always in the background to be resorted to if the money was not paid. "Buy off the spear or bear it," ran the English proverb. »

⁸⁰ B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 249.

⁸¹ Fustel de COULANGES, *Les transformations des royautés*, p. 533, cité dans W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 50.

⁸² B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 103. Voir au même sujet les Lois d'Edmund, à la p. 247 : « Edmund king makes known to all people, both old and young, that are in his dominion, that which I have deliberated with the council of my "*witan*", both ecclesiastic and secular. First, how I might most promote Christianity. Then seemed it to us, first, most needful that we should most firmly preserve our peacefulness and harmony among ourselves, throughout all my dominion. To me and to us all are exceedingly offensive the unrighteous and manifold fightings that are among ourselves; we have therefore ordained [...]. »

⁸³ Voir sur ce point les Lois d'Alfred dans B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 59 : « After this, then happened it that many nations received the faith of Christ; then were many synods assembled throughout all the earth, and also among the English race, after they had received the faith of Christ, of holy bishops, and also of other exalted "*witan*". They then ordained, out of that mercy which Christ had taught, that secular lords, with their leave, might, without sin, take for almost every misdeed, for the first offence, the money – *bot* – which they then ordained; except in cases of treason against a lord, to which they dared not assign any mercy, because God Almighty adjudged none to them who despised him, nor did Christ the son of God adjudge any to him who sold him to death : and he commanded that a lord should be loved as one's self. They then in many synods ordained a – *bot* – for many human misdeeds; and in many synod books they wrote, at one place one doom, at another another. »

développement continu de l'organisation étatique, que surgit l'étude de la compensation monétaire à l'époque des peuples anglo-saxons.

Comme nous l'avons déjà expliqué, la compensation monétaire est un système punitif dont la fonction essentielle consiste à réparer, au moyen de l'imposition d'une amende, d'une peine pécuniaire, le dommage que subit la victime. L'une des plus importantes innovations introduites par le système de compensation monétaire est l'idée voulant que le tort causé à un membre de la communauté puisse rejaillir indirectement sur la personne du roi, ou sur tout autre individu investi de l'autorité en cause. Suivant cette approche novatrice de la peine, l'offenseur doit non seulement payer la somme due à la victime ou à ses proches parents (*bot*), mais aussi s'acquitter d'une indemnité supplémentaire afin de rétablir la paix brisée avec le responsable des lieux où le délit a été commis (*wite*). « If a freeman steal from a freeman, déclarent les Lois d'Æthelbert, let him make threefold *bot*; and let the king have the *wite* and all the chattels. »⁸⁴ Bien que les lois anglo-saxonnes ne distinguent pas explicitement les différents types de composition, nous croyons qu'il existe, en pratique, une fragmentation implicite mais réelle de la compensation monétaire en deux catégories distinctes, l'indemnité pécuniaire et la sanction criminelle.

L'indemnité pécuniaire est l'amende qui se rapproche le plus de la simple compensation monétaire dans la mesure où elle vise essentiellement à dédommager la victime pour le tort subi. La cause du dommage est alors indifférente. On l'ignore au profit du résultat, de la blessure subie par la victime. Les Lois d'Alfred, sous la rubrique « Of a man's eye-wound and of various other limb » illustrent bien l'application de ce régime compensatoire : « If a man strike off another's nose, let him make *bot* with ix. shillings; if a man strike out another's tooth in the front of his head, let him make *bot* for it with viii. shillings; if it be the canine tooth, let iv. shillings be paid as *bot*. A man's grinder is worth xv. shillings; if the thumb be struck off for that shall be xxx. shillings as *bot*, and so on. »⁸⁵ La sanction criminelle est, quant à elle, une branche de la compensation monétaire qui s'intéresse aussi bien aux dommages infligés à la victime, qu'à la nature particulière

⁸⁴ Voir les lois d'Æthelbert dans B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 7.

⁸⁵ B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 95. Voir aussi les Lois d'Æthelbert, p. 15 : « If an ear be struck off, let "*bot*" be made with xxv. Shillings. If the mouth or an eye be injured, let "*bot*" be made with xii shillings. If the nose be pierced, let "*bot*" be made with ix. shillings, etc. »

de l'action attentatoire. Son objet vise à réglementer les conduites qui contreviennent à la morale, à l'Église et, plus largement, à s'attaquer aux crimes qui, de par leur nature malveillante, s'opposent à Dieu et au roi.

En dépit de l'importance du système de compensation monétaire, la peine corporelle n'est pas totalement exclue de la sphère pénale. Au contraire, son ascension dans le paysage juridique anglo-saxon obéit à un schéma qui, sans être parfaitement linéaire, tend à montrer l'accentuation du caractère répressif de la peine en Angleterre. Résumons brièvement en quoi consiste cette évolution. À l'origine, la peine corporelle s'adressait uniquement aux conduites dont la nature portait atteinte au sentiment religieux ainsi qu'à la sécurité de la tribu⁸⁶. Tacite nous apprend, par exemple, que les Germains du IIe siècle « pendaient aux arbres les traîtres et les transfuges », alors que ceux qui n'allaient pas à la guerre par lâcheté étaient traînés dans un marais, puis noyés dans la boue⁸⁷. Peu à peu, grâce à l'action combinée des autorités séculières et ecclésiastiques, le champ de la peine s'accentua graduellement ; son rayon s'élargit à de nouvelles conduites qui, en raison de la violence et de la malhonnêteté qu'elles véhiculaient, quittèrent progressivement le domaine de la compensation monétaire au profit des régions de la peine. Parmi les crimes capitaux reconnus à l'époque, mentionnons notamment l'incendie volontaire, le viol, le vol, certains types d'agression et d'homicide, etc. Même si le recours à la peine corporelle augmenta rapidement en Angleterre, la frontière qui partageait le domaine des crimes pouvant faire l'objet ou non d'un rachat variait considérablement d'une période à l'autre, d'un district à l'autre. Dans le comté de Berkshire, par exemple, « he who slew a man having the king's peace forfeited his body and all his substance to the king; he who broke into a city by night paid 100 shillings to the king. In Oxfordshire he who by homicide broke the king's peace given under his hand or seal forfeited his life and members to the king; [...] *hamsocn* with intent to kill or to wound or to assault brought 100 shillings to the king, while to slay a man in his own house or court caused a forfeiture of life and property to the king, with a saving for the dower of the criminal's wife. »⁸⁸

⁸⁶ TACITUS, *Germania*, c. 12, cité dans W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 25, p. 48 : « *Distinctio pœnarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt; ignavos et imbelles et corpore infames cœno et pallude, injecta insuper crate mergunt.* »

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ F. POLLOCK et F.W. MAITLAND, *op. cit.*, note 25, p. 457.

B. Les principes régissant la responsabilité pénale

On a longtemps cru en doctrine que la responsabilité pénale à l'époque des rois anglo-saxons était essentiellement objective, c'est-à-dire assujettie au principe de la causalité et à l'absence d'intention. Le droit primitif, écrit Raymond Saleilles dans son célèbre ouvrage consacré à l'individualisation de la peine, se voulait un « droit exclusif de l'idée de faute »⁸⁹. Bien que la plupart des auteurs partagent toujours cette opinion, il est faux de penser que la responsabilité pénale à l'époque de la compensation monétaire était uniquement objective. En vérité, nous estimons plutôt que la responsabilité pénale, malgré l'importance considérable qu'elle accordait au dédommagement, se trouvait en grande partie dominée par le sentiment de culpabilité et l'idée de faute morale. Cette hypothèse, qui peut sembler à première vue étonnante, n'est pas sans fondement ; elle s'appuie sur une analyse détaillée de la nature des crimes de l'époque, ainsi que sur un examen fouillé des principes régissant l'introduction des circonstances atténuantes à l'intérieur des codes anglo-saxons.

1. *La nature des crimes*

Comme nous l'avons déjà souligné, il existait en Angleterre une relation extrêmement étroite entre l'autorité séculière et le pouvoir ecclésiastique. Cette relation apparaît avec éclat dans la rédaction des lois criminelles et, plus spécifiquement, dans la formulation des infractions en vigueur à l'époque. En effet, la plupart des crimes énumérés dans les anciens codes anglo-saxons s'inspirent des Saintes Écritures ; ils s'enracinent au cœur de l'Ancien Testament et fleurissent à

⁸⁹ R. SALEILLES, *op. cit.*, note 26, p. 33. Voir aussi, aux pages 31 à 33, le passage suivant : « Il n'est pas douteux que ce droit pénal primitif n'ait été purement objectif. On ne tient compte que du fait réalisé. La personnalité de l'agent est indifférente, on l'ignore. C'est qu'avant tout, c'est le dommage subi qui est pris en considération. [...] Non seulement, on ne tient pas compte de ce que nous appellerions aujourd'hui les circonstances atténuantes, mais on n'exige même pas que la volonté soit coupable, c'est-à-dire qu'il y ait une faute au sens moral du mot. On ne s'attache qu'au résultat. Un dommage individuel ou social a été réalisé, il faut une réparation, il faut une sanction, que l'agent moralement soit ou non coupable, peu importe. Il y a un mal matériel, il faut une victime. [...] Être l'auteur matériel d'un fait signifie être coupable, et moralement coupable, du fait. En ce qui touche le système du wergeld, tout ceci est à peu près admis par tout le monde. Le système du wergeld est, sans qu'il puisse y avoir d'hésitation à cet égard, un système exclusif de toute idée de responsabilité. Pour ce qui est des peines publiques, peut-être pourrait-on croire, à l'impression de certains textes, que l'on tînt compte davantage de l'intention du coupable. [...] Le droit pénal primitif, ce n'est pas douteux, était un droit pénal exclusif de l'idée de faute. L'idée de responsabilité au sens moderne du mot lui restait étrangère. »

travers l'élaboration d'une criminalité gouvernée par l'idéalisme moral⁹⁰. Ainsi, d'après les Lois d'Alfred, « [t]he Lord spake these words to Moses, and thus said : I am the Lord thy God. I led thee out of the land of the Egyptians, and of their bondage : *Slay thou not; Commit thou not adultery; Steal thou not; Say thou not false witness; Covet thou not thy neighbor's goods unjustly* »⁹¹, etc. L'influence de la doctrine chrétienne sur la composition et la nature des infractions criminelles à l'époque était donc remarquable. Le rapport entre le péché et le crime, entre le blâme et la culpabilité était omniprésent. Il surplombait l'exercice de la peine, investissait le jugement pénal et déterminait la probité de l'offenseur. « Bénissez le juste, écrit Isaïe, car il se nourrira du fruit de ses œuvres ; maudissez l'impie, car il sera traité selon l'œuvre de ses mains. »⁹² Suivant cette approche moraliste de la peine, la bonté ou la malveillance de l'homme apparaît à travers ses actions⁹³. Il est maître de ses actes, détenteur du pouvoir de respecter ou non les enseignements de Dieu. Pour s'en convaincre citons ce passage des Lois de Cnut :

⁹⁰ La ressemblance entre les infractions prévues dans l'Ancien Testament et celles que l'on retrouve dans les lois séculaires en Angleterre est frappante. Malgré l'existence de certaines infractions à première vue objectives dans l'Ancien Testament, il ne fait aucun doute, à notre avis, que ce type d'infractions reposait sur la présence d'un minimum d'intention. Par exemple, sur l'homicide, voir l'EXODE, 20 : 13 : « Tu ne tueras point. » ; 23 : 7 : « Tu dois te tenir à l'écart d'une cause mensongère et ne pas faire mourir celui qui est innocent et dans son droit ; car je n'absoudrai pas le coupable. » ; 21 : 12 : « Celui qui frappe un homme qui en meurt, devra être puni de mort. Mais s'il ne l'a pas fait intentionnellement, Dieu l'ayant fait tomber sous sa main, je te fixerai un lieu où il pourra trouver refuge. Si toutefois quelqu'un se rend coupable du crime de tuer son prochain par ruse, tu devras l'arracher même de mon autel pour le faire mourir. Celui qui frappe son père ou sa mère doit être puni de mort. Celui qui vole un homme doit être puni de mort, soit qu'il l'ait déjà vendu, soit qu'il se trouve encore entre ses mains. Celui qui maudit son père ou sa mère devra être puni de mort. » ; LE LÉVITÈQUE, 24 : 17 : « Si quelqu'un frappe à mort n'importe quel homme, il sera mis à mort. » Sur le vol, voir l'EXODE, 21 : 15 : « Tu ne voleras pas. » ; 22 : 1 : « Si quelqu'un vole un bœuf ou un mouton qu'il égorge ou le vende, il devra restituer cinq bœufs pour le bœuf et quatre moutons pour le mouton. Si le voleur est surpris durant l'effraction nocturne, qu'il soit frappé et meure, on n'est pas responsable de son sang. » Sur le viol, voir LE DEUTÉRONOME, 22 : 25 : « Mais si c'est dans la campagne que l'homme a rencontré la jeune fille fiancée et qu'il lui a fait violence et a eu commerce avec elle, alors l'homme qui a eu commerce avec elle mourra seul ; à la jeune fille tu ne devras rien faire, elle n'a rien fait qui mérite la mort, c'est comme si un homme se jetait sur un autre et le tuait, la chose s'est passée de même. C'est en effet dans la campagne qu'il s'est rencontré avec elle, la jeune fille fiancée aura pu crier au secours, mais il n'y avait personne là pour lui venir en aide. »

⁹¹ B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 49.

⁹² Passage cité dans T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 21, art. 3, p. 166.

⁹³ C'est dans ce contexte qu'il faut envisager un adage tel *le fait juge l'homme*. En effet, l'acte matériel occupe depuis toujours une place extrêmement importante dans l'évaluation de l'intention de l'offenseur. Voir également le LIVRE DES PSAUMES, 28 : 2 à 5 : « Entends ma voix suppliante, – au moment où je crie vers toi. À l'heure où j'élève mes mains – vers le saint des saints, ton sanctuaire ! Ne me fais pas périr avec les méchants, – avec les artisans d'iniquité. Qui adressent à leurs amis des paroles de paix, – tandis que l'injustice est au fond de leur cœur ! Ceux-là, traite-les selon leurs œuvres, – et suivant la malice de leurs actions ! Selon l'œuvre de leurs mains rétribue-les, – paie-leur leur juste salaire ! Puisqu'ils ne veulent pas comprendre les œuvres de Yahweh, – ni l'ouvrage de ses mains ; Qu'il les détruise, – pour ne plus jamais les laisser se relever ! » Voir aussi le LIVRE DE L'ECCLÉSIASTIQUE, 16 : 11 à 23 :

Now I earnestly beseech and in God's name command every man, that he with inward heart bow to his Lord, and many times and oft meditate very earnestly what is for him to do and what to forego. It is very needful to us all, that we love God, and follow God's law, and diligently attend to our divine teachers; because they shall lead us forth at the doom, when God will deem to every man according to his former works. And happy will be the pastor who then can joyfully lead his flock into God's kingdom and to heavenly bliss, for their former deeds. And well for that flock which followeth the pastor, who weaneth them from devils and gaineth them to God. Let us all then, with unity of heart, diligently please our Lord, as is right, and ever henceforth diligently shield ourselves against the hot burning which seetheth in hell. And let our instructions and divine preachers now also do as it is right and needful for all men, by announcing frequently the divine benefits; and every one who has discretion diligently listen to them; and let every one hold the divine doctrine very fast in his thought, for his own advantage; and let every man, in honour of his Lord, ever gladly do what good he may, both by word and deed; then shall God's mercy be the readier to us. Ever let God's name be eternally blessed, and praise be to him, and glory and honour for ever and ever... So be it. Amen.⁹⁴

L'acte humain, en tant qu'il est bon ou mauvais, occupe une place fort importante au point de vue spirituel. Mais cette matérialité de l'acte a un tout autre sens que ce que nous entendons aujourd'hui. Ce n'est pas de la matérialité purement physique qu'on tient compte ici, mais plutôt de sa capacité inhérente à révéler (*revelare*, « découvrir » et *velum*, « voile ») l'intention qui se cache derrière les faits⁹⁵. Le jugement de Dieu et, par ricochet, celui de l'homme impliquent donc la notion de choix, qui suppose elle-même l'idée de blâme, d'intention et de culpabilité⁹⁶. L'impression de faute qui se dégage de la matérialité des actes humains au cours de cette période

« Car miséricorde et colère viennent de Lui, – Prince des pardons et répandant la colère. Autant est grande sa miséricorde, autant est grande sa réprobation. – Il jugera l'homme selon ses œuvres. Le pécheur avec ses rapines, ne lui échappera pas, – et il ne retardera pas l'attente de l'homme pieux. À toute œuvre de miséricorde, Il fera une place ; – chacun, selon ses œuvres, trouvera une récompense. Ne dis pas : "Je me cacherai du Seigneur ; – et de là-haut qui songera à moi ? En pleine foule je ne serai pas connu, – car qu'est-ce que mon âme, dans l'immense création ?" Vois : Le ciel et le ciel du ciel, – l'abîme et la terre sont ébranlés lors de sa visite [...]. »

⁹⁴ B. THORPE, *op. cit.*, note 75, p. 425.

⁹⁵ LES NOMBRES, 15 : 30 : « Mais si quelqu'un pèche de propos délibéré, qu'il soit né dans le pays ou étranger, il outrage Yahweh ; cet homme sera retranché du milieu de son peuple, car il a méprisé la parole de Dieu et violé son commandement ; un tel homme doit être retranché, que son péché retombe sur lui. »

⁹⁶ LIVRE DE JOB, 31 : 6 : « Qu'il me pèse dans la balance de justice, – et qu'Eloah sache ma perfection ! » ; EVANGILE SELON SAINT JEAN, 7 : 51 : « Notre Loi condamne-t-elle un homme avant de l'avoir entendu et de savoir ce qu'il a fait ? » ; R. SALEILLES, *op. cit.*, note 28, p. 35 : « L'idée de la faute voulue et imputable à l'individu est le fondement même de ce qui, dans le christianisme, forme le point de départ et la base de toute la doctrine qui en est issue, c'est-à-dire la notion de péché. Par suite, la notion de responsabilité morale allait non seulement se répandre dans le monde, les philosophes grecs et romains l'avaient connue bien avant le christianisme, mais s'imprégner dans les âmes et spiritualiser en quelque sorte l'idée de délit. »

est renforcée par la nature des infractions prévues aux codes anglo-saxons. Sur ce point, nous nous accordons avec Francis B. Sayre pour dire que la commission des crimes les plus graves et les plus odieux à l'époque, soit le vol⁹⁷, le viol, l'entrée par effraction et l'incendie volontaire, présuppose généralement un certain degré de malice chez son auteur, une certaine nocivité qui, loin d'être indifférente, est à la base même de l'action attentatoire et de son traitement par l'autorité publique⁹⁸. Aux dires de Sayre, « [t]he very nature of the majority of the early offenses rendered them impossible of commission without a criminal intent. Waylaying and robbery are impossible without it; so is rape; and the same is roughly true of housebreaking. Houseburning, the ancient *bærnet*, might be the result of intent or negligence, but it is significant that from the earliest times of which we have any record the felony of arson depended upon proof of an intent to burn. »⁹⁹

2. *L'introduction des circonstances atténuantes*

En raison de son caractère intuitif, la présomption d'intention n'est pas infaillible. Conscientes de cette situation, les autorités judiciaires ressentirent très tôt le besoin d'inclure les notions d'intention et d'accident dans la législation pénale. Ainsi, selon les Lois d'Henry I^{er} : « There are also various kinds of misfortunes taking place by accident rather than by design, and to

⁹⁷ Malgré l'apparence de faute, les Lois d'Edward permettent au voleur de se justifier : « If any one be accused of theft, then let those take him in *borh* who before commended him to his lord, that he may justify himself thereof; or let other friends, if he have any, do the same » (citées dans B. THORPE, *op. cit.*, note 75, p. 163). En principe, le vol exige davantage que la simple possession matérielle de l'objet en cause. Ainsi, d'après les Lois d'Henry I^{er} (57, 4) : « If any stolen article, in respect of which a person has been accused, is found in his possession, the matter must be dealt with judicially at the place of discovery, and there he shall be either cleared of the charge or found guilty. » (*Si cum aliquo inuentum sit unde culpatus sit, ibi necesse est causam tractari et ibi purgetur uel ibi sordidetur.*) À moins d'indications contraires, tous les extraits des Lois d'Henry I^{er} cités dans ce chapitre ont été puisés dans le volume de L.J. DOWNER, *Leges Henrici Primi*, Oxford, Clarendon Press, 1972.

⁹⁸ Voir par exemple, à l'époque des Lois d'Henry I^{er}, la définition du crime connu alors sous le nom d'*hamsocn*. Malgré ses origines lointaines, ce crime contient un élément intentionnel qui se dégage assez facilement des conditions régissant sa réalisation. En effet, d'après les Lois d'Henry I^{er} (80, 10) : « *Hamsocn*, which in Latin means attack on a house, occurs in several ways, as the result of both external and internal circumstances. *Hamsocn* occurs if anyone assaults another in his own house or the house of someone else with a band of men or pursues him so that he hits the door or the house with arrows or stones or produces a perceptible blow from any source. » ; (80, 11a) : « *Hamsocn* or *hamfare* is committed if anyone goes with premeditation to a house where he knows his enemy to be and attacks him there, whether he does this by day or by night. » ; (80, 11b) : « If anyone pursues a person fleeing into a mill or sheepfold, this is judges to be *hamsocn*. » (80, 11c) : « If in a court or house dissension has arisen and fighting follows as well, and someone pursues another person fleeing into another house, it shall be considered to be *hamsocn* if there are two roofs there. »

⁹⁹ F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 981.

be treated with mercy rather than strict justice; for the law is *qui inscienter peccat scienter emended*... in these and similar cases, where a man intends one thing and another things happens, where the act is blameworthy and not the intent, the judges should rather decree a less severe punishment by way of honorarium in proportion to the injury. »¹⁰⁰ De toute évidence, le crime intentionnel à l'époque n'est pas traité de la même manière que le crime non intentionnel. Certes, l'individu demeure responsable des conséquences de ses actes dans la mesure où il doit réparer le préjudice que subit la victime en s'acquittant du *wer*, mais le droit tient désormais compte de son innocence morale, de son absence d'intention en le déchargeant du *wite* dans les cas de crimes rachetables¹⁰¹, ou en lui épargnant la vie en matière de peine capitale. « Let the man who slayeth another wilfully perish by death », stipulent les Lois d'Alfred. « Let him who slayeth another of necessity or unwillingly, or unwilfully, as God may have sent him into his hands, and for whom he has not lain in wait, be worthy of his life and of lawful *bot* if he seek an asylum. »¹⁰² Les Lois d'Æthelbert adoptent le même principe :

And if it happens that a man commits a misdeed involuntary, or unintentionally, the case is different from that of one who offends of his own free will, voluntary and intentionally; and likewise he who is an involuntary agent of his misdeeds should always be entitled to clemency and better terms owing to the fact that he acted as an involuntary agent.

Careful discrimination shall be made in judging every deed, and the judgement shall be ordered with justice, according to the nature of the deed... in affairs both religious and secular; and through the fear of God, mercy and leniency and some measure of forbearance shall be shown towards those who have need of them. For all us have need that our Lord grant us his mercy frequently and often. Amen.¹⁰³

¹⁰⁰ Lois d'Henry I^{er} (88, 11), citées dans F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 978 et 979.

¹⁰¹ Voir sur ce point les Lois d'Alfred dans B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 85 : « If a man have a spear over his shoulder, and any man stake himself upon it, that he pay the *wer* without the *wite*. If he stake himself before his face, let him pay the *wer*. If he be accused of wilfulness in the deed, let him clear himself according to the *wite*; and with that let the *wite* abate. » Voir également les Lois d'Henry I^{er} (88, 3) : « If anyone carries a spear on his shoulder, and someone is killed by it, compensation to the extent of his *wergeld* shall be paid, without imposition of the *wite*. » (*Si quis lanceam ferat super humerum et inde quis occidatur, reddatur pretio natiuitatis eius, sine wita.*)

¹⁰² B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 47.

¹⁰³ VI Æthelbert, c. 52, no. 1, cité dans Nigel WALKER, *Crime and Insanity in England*, vol. 1 (The Historical Perspective), Edinburgh, Edinburgh University Press, 1968, p. 16.

En inscrivant l'élément intentionnel au cœur même de l'infraction, c'est tout le rapport entre le crime et son auteur qui se transforme. Dorénavant, la loi doit tenir compte des variables individuelles, des circonstances susceptibles de briser la chaîne de causalité qui relie inconsciemment la commission matérielle du crime à l'intention de son auteur. Comme l'indiquent les Lois de Cnut : « We must make due allowance and carefully distinguish between age and youth, wealth and poverty, freeman and slaves, the sound and the sick. And discrimination with regard to the circumstances must be shown both in judgement ecclesiastic and in secular judgement. And if anyone does anything unintentionally, the case is entirely different from that of one who acts deliberately. »¹⁰⁴

Conclusion : L'apparition de l'élément intentionnel dans le paysage juridique anglo-saxon est un phénomène bien connu des historiens du droit. Pendant longtemps, il a été vu, de manière générale, comme un phénomène spontané, comme une rupture entre le passé et l'avenir, entre la présence d'un droit dominé par la causalité et l'avènement d'une subjectivité nouvelle¹⁰⁵. Et pourtant, un fait qui ne peut être ignoré subsiste. La responsabilité pénale à l'époque des rois anglo-saxons a toujours été sensible à l'intention, à cette impression de faute qui se dégageait de la commission d'actes moralement répréhensibles. Autrement, comment l'intention et la volonté auraient-elles pu si facilement être acceptées, si elles n'avaient pas correspondu à des idées, à des pratiques déjà connues, déjà pleinement ressenties ? Sans doute la peine primitive, dans son aspect purement compensatoire, était-elle dominée par l'objectivité, par la causalité, mais il demeure que

¹⁰⁴ Cnut, c. 68, no. 3, cité dans N. WALKER, *op. cit.*, note 103, p. 16 et 17.

¹⁰⁵ Voir les commentaires du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, 73 et 74 : « À l'origine, on considérait le crime comme la perpétration d'un acte matériel expressément prohibé par la loi. C'est l'acte en lui-même qui était le seul élément constitutif du crime. Dès lors qu'on établissait que l'accusé avait commis l'acte, ce dernier était déclaré coupable. Dès le XII^e siècle toutefois, et ce, en grande partie sous l'influence du droit canon, on a reconnu qu'il devait aussi y avoir un élément moral en plus de l'acte prohibé pour qu'il y ait un crime. Cela signifie que l'accusé devait avoir eu la *volonté* ou l'intention de commettre l'acte prohibé. L'acte matériel et l'élément moral qui, pris ensemble, constituent un crime furent désignés sous les appellations *actus reus* pour l'acte et *mens rea* pour l'élément moral. » Voir, en France, J.A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, 2^e éd., vol. 1, Paris, 1927, p. 27 : « C'est un principe certain que, d'après le droit positif, il n'y a pas de responsabilité pénale sans l'existence d'une faute. [...] La peine serait une iniquité, si elle était prononcée contre un individu exempt de faute. Quelque naturelle que paraisse aujourd'hui cette idée, elle n'a été cependant acquise que difficilement et lentement. Dans le droit franc, comme d'ailleurs dans les législations primitives, le droit pénal était construit sur une responsabilité purement matérielle ; il suffisait d'être l'auteur d'un fait défendu par la loi pour être puni [...]. Depuis longtemps, grâce à l'influence du droit canonique fortifiée par l'action du droit romain, la conception de la responsabilité pénale, liée à l'idée de faute, avait pénétré dans le droit criminel. Dans le délit, l'intention devenait essentielle. »

la responsabilité pénale était empreinte d'une certaine coloration morale, d'un sentiment de faute que l'on peut difficilement ignorer. Cette faute, en se développant à travers la pratique judiciaire, quitta graduellement les régions de la subconscience pour se loger définitivement dans le contenu des lois anglo-saxonnes.

Deuxième section : L'évolution de l'élément intentionnel en droit criminel anglais

Tout au long des X^e et XI^e siècles, dans la rédaction des lois comme dans l'application quotidienne des allègements prévus en matière d'accident¹⁰⁶, de nécessité¹⁰⁷, de démence¹⁰⁸ et de minorité¹⁰⁹, on assiste à l'émergence d'une nouvelle approche de la justice pénale, à un réaménagement de la fonction punitive selon des modalités susceptibles d'assurer une appréciation

¹⁰⁶ Sur les crimes involontaires, voir les Lois d'Alfred dans B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 51 : « If a thief break into a man's house by night, and he be there slain; the slayer shall not be guilty of manslaughter. But if he do this after sunrise, he shall die, unless he were an unwilling agent. »

¹⁰⁷ Voir sur ce point les Lois d'Henry I^{er} (88, 19) : « In the case of a person compelled by necessity to commit a slaying the *wite* will with justice remain repayable, which is equally true of a person who commits a revenge-slaying in a feud. » (*De coacto ad homicidium wita iuste remanebit, de eo partier qui se uindicabit.*) Voir également, en matière de parjure et de contrainte, (5, 28a) : « If anyone is compelled by coercion to deny on oath what he has peacefully held to for many years, perjury will be attributable not to the person swearing the oath but to the person exercising compulsion. » (*Nam si quis per coactionem abiurare cogatur quod per multos annos quiete tenuerit non [in] cogente periurium erit.*)

¹⁰⁸ Voir les Lois d'Alfred, sous la rubrique *Of dumb men's deeds* : « If a man be born dumb or deaf, so that he cannot acknowledge or confess his offences, let the father make *bot* for his misdeeds. » (B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 71) À remarquer ici l'absence de dédommagement (*wite*) normalement accordé au roi. On retrouve également cette règle, quelques années plus tard, dans les lois d'Henry I^{er} (78, 6) : « If anyone is deaf and dumb from birth, so that he cannot confess to the charges laid against him or against anyone else, his father shall pay compensation for his misdeeds. » (*Si quis a natiuitate surdus et mutus sit ut sua uel alterius nequeat irrogata confiteri, emended pater eius forisfacta sua.*)

¹⁰⁹ Voir les Lois D'Æthelstan, fils d'Edward, qui monta sur le trône à la suite du décès de son père en l'an 924. Ces Lois prévoient : « That no thief be spared over xii. pence, and no person over xii. years, whom we learn according to folk-right that he is guilty, and can make no denial; that we slay him, and take all that he has. » (B. THORPE, *op. cit.*, note 75, p. 299) Ce principe est repris dans les mêmes lois sous la rubrique *Of Thieves* (p. 199) : « First: that no thief be spared, who may be taken *hand-aebbende*, above xii. years, and above eight pence. » Voir également les Lois d'Henry I^{er} (59, 20) : « It shall be fitting that individual persons above all observe true justice and exercise mercy in respect of evil-doers in such a way that they do not leave unpunished an outlaw or a thief caught in the act, whether French or English, where the miscreant is more than twelve years old and the value of the property concerned is more than eight pence. » (*Singulos conueniet ut ueram per omnia iustitiam teneant, et sic in malefacientibus misericordiam sentiant ne forisbannitum aut furem handhabbendam Francigenam uel Anglicum ultra duodecimum etatis annum et viii denarius ualens impunitum transeant.*)

plus efficace, plus jute et plus régulière de l'élément intentionnel. En inscrivant l'intention au cœur même de la loi, en intégrant les caractéristiques individuelles de l'offenseur au centre de l'analyse juridique, les autorités judiciaires initient une véritable transformation de l'économie de la peine, un nouveau découpage de l'espace infractionnel. Cette transformation se précipite au cours des années qui suivent, avec le retrait progressif de la compensation monétaire et la multiplication des infractions de nature criminelle. Dans cette transformation de la justice pénale, deux courants se rencontrent. Sans avoir la même origine ni la même nature, ils participent, d'une manière décisive, à la transfiguration de la pratique judiciaire, à l'aube du XII^e siècle. Il s'agit du droit romain et du droit canonique¹¹⁰.

Première sous-section : L'influence du droit romain

Après avoir été enfoui pendant des siècles dans l'obscurité quasi totale, le droit romain réapparaît, au cours des XI^e et XII^e siècles, comme une pointe d'écueil à la surface du droit anglo-saxon. Son impact est immédiat. L'organisation intellectuelle et méthodique des principes régissant le droit romain comble un vide jusqu'alors fortement ressenti en droit pénal. Pourtant, il serait erroné de penser que le droit romain est apparu subitement comme une révélation, comme un bouleversement radical de l'ordre juridique en Angleterre. Sa contribution, il la doit plutôt à sa formidable capacité de conceptualiser des principes, des pratiques qui, pour la plupart, se trouvaient déjà inscrits dans les lois anglo-saxonnes. Le droit romain, à travers sa méthode et ses formules, a donc permis une réécriture esthétique de la responsabilité pénale. En somme, il a agi comme un catalyseur dans la transformation des principes régissant la pratique judiciaire de l'époque.

¹¹⁰ Voir F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 982 et 983 : « By the end of the twelfth century two influences were making themselves strongly felt. One was the roman law which, resuscitated in the universities in the eleventh and twelfth centuries, was sweeping over Europe with new power. Scholars and legal writers were kindled with burning enthusiasm for old Roman law texts. The Roman notions of *dolus* and *culpa* were taken up with fresh interest, and in some cases the attempt was made to graft these onto English law. Here and there we find Bracton borrowing ideas and legal terms and maxims directly from the Code and Digest. This comparative study of law necessitated fresh examination of underlying legal concepts; and the Roman law conceptions of *dolus* and *culpa* required careful consideration of the mental element in crime. A second influence, even more powerful, was the canon law, whose insistence upon moral guilt emphasized still further the mental element in crime. In the determination of sin the mental element must be scrutinized quite as closely as the physical act. "Whosoever looketh on a woman to lust after her hath committed adultery with her already in his heart," said Christ; and following this teaching the penitential books naturally made the measure of penance for various sins very largely dependent upon the state of mind. »

En ce qui touche les fondements de la responsabilité pénale, le droit romain est catégorique : il n'y a pas de responsabilité sans volonté¹¹¹. L'exigence de l'intention criminelle à laquelle renvoie la notion de dol est omniprésente ; elle colore l'acte dommageable, détermine la nocivité de son auteur et conditionne le jugement pénal. Dans leur analyse de l'intention, les anciens criminalistes s'inspirent abondamment des fragments relatifs au droit pénal ainsi qu'au droit privé. Parmi les textes exigeant la présence de l'intention criminelle, mentionnons notamment le rescrit de l'empereur Hadrien, cité par Callistrate au livre VI du *cognitionibus* et rapporté au Digeste : « *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit ; in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.* »¹¹² Cette maxime, reprise par Hadrien dans un célèbre rescrit conservé par Ulpien, est magnifiquement résumée par Jean Gaudement dans un article sur la responsabilité pénale dans l'Antiquité : « [C]elui qui voulait tuer mais qui n'a pas réussi à donner la mort, doit être condamné pour homicide. Tel est le principe qui doit guider le juge dans l'examen de la cause sur laquelle Hadrien avait été consulté. On recherchera si l'esclave Epaphrodite a tué et comment il l'a fait, car c'est de l'examen des faits que l'on déduira s'il y a eu ou non intention homicide. »¹¹³ Au même titre, il convient également de citer le fragment D. 48, 19, 11, 2 dans lequel Marcien distingue les actes criminels selon qu'ils ont été commis volontairement, sous l'empire de la colère, ou de manière involontaire : « *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu* »¹¹⁴, ainsi que D. 47, 2, 54 : « *Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit* »¹¹⁵. Enfin, la liste des sources empruntées au droit romain ne serait pas complète sans la présence de trois rescrits empruntés au Code Grégorien et rapportés au titre « *ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis* ». En général, le contenu de ces textes peut être résumé de la manière suivante : si le meurtre a été commis sans intention (« *non occidenti animo* »), ou s'il a été provoqué par accident (« *non*

¹¹¹ Voir Hugues PARENT, « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien », (2000) 45 *R.D. McGill*. 975.

¹¹² D. 48, 8, 14. « L'empereur Hadrien a fait un rescrit en ces termes : "Dans les délits on regarde la volonté et non l'événement." » [traduction libre]

¹¹³ Jean GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité », dans Jacques LÉAUTÉ (dir.), *La responsabilité pénale – Travaux du colloque de philosophie pénale*, 12-21 janvier 1959, Paris, 1961, p. 51, à la page 70.

¹¹⁴ « Les actes criminels diffèrent selon qu'ils ont été commis volontairement (avec dessein), sous l'effet de la colère (empotement) ou accidentellement. » [traduction libre]

¹¹⁵ « La volonté criminelle et l'intention (dessein, but) délictueuse distinguent. » [traduction libre]

voluntate sed casu fortuito »), l'auteur échappe à la sanction (« *crimen quippe ita contrahitur si et voluntas occidenti intercedat* »)¹¹⁶.

Deuxième sous-section : L'influence du droit canonique

En raison des liens extrêmement étroits qui existaient entre les autorités séculières et le pouvoir ecclésiastique, le droit canonique exerçait à l'origine une influence remarquable sur la constitution et l'application des lois criminelles en Angleterre¹¹⁷. Cette influence apparaît de plus en plus clairement, au cours des XII^e et XIII^e siècles, avec les transformations majeures que subit le droit de l'Église. C'est que l'analyse traditionnelle, autrefois dominée par le péché, la Chute de l'homme et l'avènement du jugement dernier¹¹⁸, commence à faire place à un ensemble de

¹¹⁶ J. GAUDEMET, *loc. cit.*, note 113, 70.

¹¹⁷ Voir l'influence qu'exerça l'Église sur la définition de l'homicide citée dans les Lois d'Henry I^{er} (72, 1) : « Homicide is committed in many ways, and within its definition there are great differences depending on the circumstances of the case and the persons involved. (72, 1a) It is committed sometimes through greed or quarrels over worldly matters, it is committed also as the result of drunkenness or on someone else's command. (72, 1b) It is also committed in self-defence or in a just cause, and the blessed Augustine in his "On the Lord's Sermon on the Mount" refers to these things in the following way: (72, 1c) If homicide is killing a man, it can sometimes happen without committing a sin; for a soldier who kills his enemy, and a judge a criminal, and a person from whose hand a spear flies perhaps involuntary or accidentally, or do not seem to me commit a sin when they kill a man. (72, 1d) The blessed Jerome says: "Punishing murderers and those who commit sacrilege is not a shedding of blood, but the due application of the laws." (72, 1e) The Law itself says: "If you let escape a man worthy of death, your life shall stand in place of his life." (72, 2) Homicide is committed by accident or by design. »

¹¹⁸ Voir à ce sujet le LIVRE DES PSAUMES, 34 : 15 à 23 : « Fuis le mal et fais le bien, – recherche, poursuis la paix ! Car la face de Yahweh est contre ceux qui font le mal – pour effacer de la terre jusqu'à leur mémoire. Mais ses yeux sont tournés vers les justes – et ses oreilles sont attentives à leur supplication. Dès qu'ils crient, Yahweh écoute, – il les délivre de toutes leurs afflictions. [...] Les maux du juste sont en grand nombre, – mais Yahweh finit toujours par l'en délivrer. Il veille sur chacun de ses os : – pas un seul ne sera brisé. Mais le mal tuera le méchant, – les ennemis du juste seront châtiés. Yahweh délivre l'âme de ses serviteurs, – et le châtiment n'atteindra pas ceux qui cherchent en lui leur refuge ! » ; LIVRE DES PROVERBES, 3 : 29, 31, 33 : « Ne machine pas le mal contre le prochain, – alors qu'il demeure en confiance avec toi. [...] Ne porte pas envie aux hommes de violence, – et ne choisis aucune de leurs voies ; [...] La malédiction de Yahweh est sur la maison du méchant, – mais le toit du juste, il le bénit. » ; LIVRE DES PROVERBES, 11 : 19 et 21 : « Celui qui s'attache à la justice, c'est à la vie, – mais celui qui poursuit le mal, court à la mort. [...] Certainement le méchant ne restera pas impuni, – et la postérité des justes sera sauvée. » ; LIVRE DES PSAUMES, 125 : 4 et 5 : « O Yahweh, traite donc avec bonté ceux qui sont bons – et qui ont le cœur droit ; Mais pour ceux qui sont chancelants dans leurs voies tortueuses, – que Yahweh les fasse disparaître avec ceux qui font le mal ! » ; LIVRE DES PSAUMES, 1 : 1 à 6 : « Bienheureux l'homme qui ne va pas au conseil des méchants, – qui ne se tient pas dans la voie des pécheurs, – qui ne s'assied pas sur le siège des railleurs ; Mais dont tout le plaisir est dans la loi de Yahweh, – qui donne son fruit en son temps. Dont le feuillage ne se flétrit jamais ; – car tout ce qu'il fait prospère ! Il n'en va pas ainsi des méchants : – mais ils sont comme la paille qu'emporte le vent : Aussi les impies ne se dressent-ils pas au jugement, – ni les pécheurs dans l'assemblée des justes : Car tandis que Yahweh veille sur la voie des justes, – la voie des méchants mène à la perdition. » ; LIVRE DES PSAUMES, 5 : 5 à 7 : « Car tu n'es point

jugements appréciatifs et d'analyses fondées sur les notions d'intention et de volonté. Désormais, les canonistes explorent de nouvelles régions, de nouveaux territoires qui, sans être totalement inconnus, étaient demeurés pendant longtemps relativement sauvages. Un vent d'enthousiasme souffle sur le domaine du droit canonique, balayant sur son passage une bonne partie de l'espace juridique. Il faut comprendre effectivement que le droit criminel n'est pas insensible aux bouleversements qui secouent le droit canonique. Au contraire, il intègre dans la sphère pénale des principes qui, sans être parfaitement nouveaux, viennent enrichir et préciser le contenu traditionnel de la loi en matière d'intention criminelle.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, les canonistes du XII^e siècle sont unanimes : la volonté est nécessaire à la consécration de l'infraction. Sans intention, sans volonté, il n'y a pas de crime ni de responsabilité. Le fondement de ce principe est attribué à saint Augustin. En effet, d'après l'évêque d'Hippone, il n'y a pas d'acte peccamineux sans volonté ; l'absence de volonté détruit la faute (« *Usque adeo peccatum voluntarium malum est, ut nullo modo peccatum sit, si non sit voluntarium.* »¹¹⁹). Au même effet, voir les textes empruntés à Ambroise : « *nemo nostrum tenetur ad culpam, nisi voluntate propria deflexerit* »¹²⁰ ; à Rufin : « *quomodo autem non imputetur ipsi; cum voluntarie non fit... sufficienter... directure* »¹²¹ ; ainsi qu'à Jean de Faëenza : « *nota... quod verba vel opere sine voluntate non habent reatum* »¹²². Avant de terminer cette

un Dieu ami de l'injustice, – le méchant ne trouve point asile auprès de toi : Les insensés ne se dressent pas devant tes yeux, – tu hais tous ceux qui font le mal. Tu fais périr tous les artisans de mensonge, – l'homme de sang et de ruse est en abomination à Yahweh. » ; LIVRE DES PROVERBES, 4 : 11 à 19 : « Je t'enseigne la voie de la sagesse, – je te conduis dans les sentiers de la droiture. Dans ta marche, tes pas ne seront pas à l'étroit, – si tu cours, tu ne trébucheras pas. Retiens l'instruction, ne l'abandonne pas, – et n'avance pas dans la voie des hommes mauvais. Évite-là, n'y chemine point, – détourne-toi et passe. Car ils n'ont point de repos qu'ils ne fassent le mal, – et leur sommeil s'évanouit, s'ils ne font tomber personne. Car ils mangent le pain du crime, – ils boivent le vin de la violence. La voie des méchants est comme les ténèbres, – ils n'aperçoivent pas ce qui les fera tomber. La voie des justes est comme la lumière de l'aurore – dont l'éclat va croissant jusqu'au plein rayonnement du jour. »

¹¹⁹ Le passage est cité dans l'article de René METZ, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », dans J. LÉAUTÉ (dir.), *op. cit.*, note 113, p. 83, à la p. 91.

¹²⁰ « Personne n'est tenu responsable à moins que la volonté ne s'écarte du droit chemin » [traduction libre] ; ce passage est cité dans R. METZ, *id.*, 93.

¹²¹ *Id.* : « On n'accuse pas la personne qui n'est pas en mesure de diriger sa volonté. » [traduction libre]

¹²² *Id.* : « Ce qui possède la caractéristique d'être fait sans volonté [*sine voluntate*] n'entraîne point le reproche, l'imputation [*reatum*]. » [traduction libre]. Sur la volonté et la capacité de choix, voir le LIVRE DE L'ECCLÉSIASTIQUE, 15 : 11 à 20 : « Ne dis pas : "C'est par la faute du Seigneur que j'ai fait défection", – car ce

analyse consacrée à l'influence du droit canonique sur le développement de la responsabilité pénale en Angleterre aux XII^e et XIII^e siècles, il est important de reproduire un extrait de la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin. Ce passage est intéressant dans la mesure où il peint un tableau relativement précis de la doctrine sur laquelle repose tout l'édifice de la responsabilité morale et pénale de l'époque :

L'homme possède le libre arbitre, ou alors les conseils, les exhortations, les préceptes, les interdictions, les récompenses et les châtiments seraient vains. Pour établir la preuve de la liberté, considérons d'abord que certains êtres agissent sans aucun jugement, comme la pierre qui tombe vers le bas, et tous les êtres qui n'ont pas la connaissance. D'autres êtres agissent d'après un certain jugement, mais qui n'est pas libre. Ainsi les animaux, telle la brebis qui, voyant le loup, juge qu'il faut le fuir; c'est un jugement naturel, non pas libre, car elle ne juge pas en rassemblant des données, mais par un instinct naturel. Et il en va de même pour tous les jugements des animaux. – Mais l'homme agit d'après un jugement ; car, par sa faculté de connaissance, il juge qu'il faut fuir quelque chose ou le poursuivre. Cependant ce jugement n'est pas l'effet d'un instinct naturel s'appliquant à une action particulière, mais d'un rapprochement de données opéré par la raison ; c'est pourquoi l'homme agit selon un jugement libre, car il a la faculté de se porter à divers objets.¹²³

Troisième sous-section : L'analyse des principaux développements en matière de responsabilité pénale

En inscrivant la volonté et l'intention dans le discours juridique, les droits romain et canonique précipitent la métamorphose des principes régissant la responsabilité pénale en Angleterre. Parmi les auteurs qui s'intéressent au développement du droit criminel, Bracton est probablement celui dont la contribution est la plus remarquable. À l'instar des anciens criminalistes français, il puise abondamment dans les sources du droit romain et canonique. Dans

qu'il déteste, tu ne dois pas le faire. Ne dis pas : "C'est lui qui m'a égaré", – Car il n'a pas besoin d'un homme pécheur. Toute abomination, le Seigneur la déteste, – et elle ne peut être aimée de ceux qui le craignent. Lui-même, au commencement, a fait l'homme, – et il l'a laissé aller dans la main de son conseil. Si tu veux, tu garderas les commandements, – et la fidélité sera le fait de ta bonne volonté. Il a placé près de toi du feu et de l'eau, – là où tu veux, tu étendras la main. Devant les hommes sont la vie et la mort, – et ce qu'il aura jugé bon lui sera donné. Car grande est la sagesse du Seigneur, – robuste en puissance, et voyant toutes choses. Et ses yeux sont sur ceux qui le craignent, – et lui-même connaît toutes les œuvres de l'homme. Il n'a commandé à personne d'être impie, – et il n'a donné à personne la permission de pécher. »

¹²³ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 83, art. 1, p. 721.

son traité *De legibus et consuetudinibus angliae*¹²⁴, le célèbre auteur mélange, de manière sobre mais efficace, divers textes, formules et rescrits empruntés tantôt au *Digeste*, tantôt à certains canonistes, tantôt directement à la pratique judiciaire. L'intérêt de sa pensée réside dans sa formidable capacité à réconcilier la rudesse du système punitif anglais de l'époque avec la finesse de la pensée romaine et chrétienne, bref, dans son habileté à couler dans les moules de la *common law* anglaise les idées issues de la tradition classique. Discutant de la place qu'occupe l'intention dans la genèse de l'acte criminel, Bracton est explicite : « We must consider with what mind (*animo*) or with what intent (*voluntate*) a thing is done, in fact or in judgment, in order that it may be determined accordingly what action should follow and what punishment. For take away the will and every act will be indifferent, because your state of mind gives meaning to your act, and a crime is not committed unless the intent to injure (*nocendi voluntas*) intervene, nor is a theft committed except with the intent to steal. »¹²⁵

L'émergence d'une véritable théorie de la volonté et de l'intention entraîne, au point de vue pratique, une reformulation en profondeur de certains principes, exceptions et excuses qui, malgré leur préexistence, n'avaient jamais véritablement été exprimés dans un langage théorique. L'indulgence autrefois accordée en matière d'accident, d'erreur, d'ignorance, de minorité et de démence est désormais conceptualisée, organisée, synthétisée, à travers l'énonciation de formules empruntées aux droits romain et canonique. En effet, d'après Bracton, « [h]e who kills by misadventure but without an intent to kill ought to be acquitted, because a crime is not committed unless the intent to injure (*voluntas nocendi*) intervene; and the desire and purpose distinguish evil-doing, and no theft is committed without an intent to steal. And this is in accordance with what might be said of the infant or the madman, since the innocence of design protects the one and the lack of reason in committing the act excuses the other. But in evil-doing it is the intent (*voluntas*) which is regarded and not the event, and it makes no difference who does the actual killing or furnishes the cause of death. »¹²⁶

¹²⁴ BRACTON, *De legibus et consuetudinibus angliae*, vol. 2, Cambridge, Harvard University Press, 1968. En ce qui concerne les extraits utilisés dans ce chapitre, nous nous référons à la traduction retenue par F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75.

¹²⁵ BRACTON, *op. cit.*, note 124, (101 b), cité dans F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 985.

¹²⁶ BRACTON, *op. cit.*, note 124 (136 b), cité dans F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 985 et 986.

Malgré le raffinement de plus en plus important de l'intention criminelle et des principales causes de non-responsabilité pénale à l'époque, l'infraction demeure, en grande partie, sous l'autorité du roi¹²⁷. C'est qu'il faut comprendre que le crime, en attaquant physiquement ou matériellement le citoyen, rejaillit sur la personne du souverain. « Son but est moins de rétablir un équilibre que de faire jouer, jusqu'à son point extrême, la dissymétrie entre le sujet qui a osé violer la loi, et le souverain tout-puissant qui fait valoir sa force »¹²⁸. L'exercice du pardon royal au XIII^e siècle reflète donc le déchirement entre une subjectivité de plus en plus visible et l'affirmation de la puissance du souverain en matière criminelle. Dans son ouvrage *De legibus et consuetudinibus angliae*, Bracton réaffirme l'importance de cette prérogative : « [I]t appertains to the lord the king and his crown to take cognizance of... the crime of homicide, whether by misadventure or by design, although these do not entail the same punishment, because in the one case rigor obtains and in the other mercy. »¹²⁹

Au-delà de sa signification symbolique importante, la prérogative royale entraîne une certaine confusion entre la détermination de la responsabilité pénale et l'exercice de la fonction punitive. Cette ambiguïté découle, en grande partie, des limites du pouvoir judiciaire et de la nécessité de recourir à la mansuétude du souverain dans les cas de crimes commis par accident, par erreur, par contrainte, etc.¹³⁰ Par son caractère obligatoire, la prérogative royale amène un

¹²⁷ L'autorité du souverain en matière criminelle est fort ancienne. À titre d'exemple, voir les dispositions de la *Judicia Civitatis Lundoniae* (5) : « Whoever will avenge a thief, and commits an assault, or makes an attack on the highway; let him be liable in cxx. shillings to the king. But if he slay any one in his revenge, let him be liable in his life, and in all that he has, unless the king is willing to be merciful to him. », cité dans B. THORPE, *op. cit.*, note 73, p. 231. Sur le rapport entre le droit criminel et le roi, voir également W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, p. 2 : « First, as to the general nature of crimes and their punishment: the discussion and admeasurement of which forms in every country the code of criminal law; or, as it is more usually denominated with us in England, the doctrine of the *pleas of the crown*: so called, because the king, in whom centers the majesty of the whole community, is supposed by the law to be the person injured by every infraction of the public rights belonging to that community, and is therefore in all cases the proper prosecutor for every public offence. »

¹²⁸ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 108, p. 60.

¹²⁹ BRACTON, *op. cit.*, note 127 (104 b), cité dans F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 77, 986.

¹³⁰ Voir sur ce point F. POLLOCK et F.W. MAITLAND, *op. cit.*, note 27, p. 480 : « On the patent rolls of Henry III. pardons for those who have committed homicide by misadventure, in self-defence, or while or unsound mind, are common. Their form is the following: – Whereas we have learnt by an inquest taken by so and so (sometimes it is taken by the sheriff in full county court) – or Whereas our justices in their eyre in such a county have informed us

chevauchement de la responsabilité pénale et de la peine, de la justice civile et de l'autorité souveraine. Dans leur ouvrage consacré à l'histoire du droit anglais, Pollock et Maitland soulignent le morcellement du pouvoir judiciaire en matière de responsabilité pénale :

The man who commits homicide by misadventure or in self-defence deserves but needs a pardon. Bracton can not conceal this from us, and it is plain from multitudinous records of Henry III's reign. If the justices have before them a man who, as a verdict declares, has done a deed of this kind, they do not acquit him, nor can they pardon him, they bid him hope for the king's mercy. In a precedent book of Edward I's time a justice is supposed to address the following speech to one whose plea of self-defence has been endorsed by the verdict of a jury : "Thomas, these good folk testify upon their oath to all that you have said. Therefore by way of judgment we say that what you did was done in self-defence; but we can not deliver you from your imprisonment without the special command of our lord the king; therefore we will report your condition to the king's court and will procure for you his special grace."¹³¹

Le pouvoir judiciaire et l'autorité royale, au XIII^e siècle, «marchent donc ensemble comme les deux actions complémentaires d'un même processus»¹³². Le pouvoir judiciaire assure la constatation des faits, leur qualification au regard de la loi pénale et la condamnation dans l'hypothèse où l'accusé a agi avec intention et discernement tandis que l'autorité royale se charge de prononcer le pardon en matière d'infractions commises sans volonté criminelle.

Bien qu'il soit difficile de départager à l'époque les domaines respectifs de la responsabilité et de la peine, le rapport entre la responsabilité et l'irresponsabilité de l'agent s'organise. Le geste

after an inquest taken before them – that Nicholas of Frackenhams slew Roger of Mepham by misadventure and not by felony or malice aforethought – or that William King killed Ralph de le Grave in self-defence and not of malice aforethought, for that the said Ralph ran upon a lance that William was holding – or that Walter Banastre, intending to chastise his son Geoffrey, wounded him by misadventure and not by felony in the arm so that he died – or that Maud who is in prison for slaying her two sons killed them in a fit of madness and not by felony or malice aforethought – or that Alexander of Garthurst aged twelve killed Helowise daughter of John le Hey aged less than eleven by misadventure and not by felony or malice aforethought – or that Alan Blount imprisoned by our bailiffs or Lincoln for suspicion of robbery died from the severity of the imprisonment and not by the act of Adam Williamson – now we have pardoned to him the suit which pertains to us for the said death (or, in appropriate cases, the outlawry promulgated against him), and have granted him our firm peace, but so that he shall stand to right in our court if any one (or, if any of the kinsfolk of the slain) desires to complain against him. »

¹³¹ *Id.*, p. 479.

¹³² Expression empruntée à M. FOUCAULT, *Surveiller et punir - Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 114.

qui vise à tracer les limites de la responsabilité est à l'origine relativement simple. Il est dominé par la dualité qui oppose, traditionnellement, la raison et la démence ; la liberté et la contrainte ; la connaissance et l'ignorance ; l'intention et l'accident, etc. Comme l'indiquent les composantes essentielles de la responsabilité pénale au cours de ces années, la justice criminelle fonctionne sur un mode binaire (positif/négatif). Elle opère dans un langage à peine codé, à la manière d'un miroir qui reflète l'image opposée d'un même objet. Ainsi, nous avons, d'un côté, les personnes responsables, capables de crimes, et de l'autre, les personnes irresponsables, incapables de faute. C'est dans cet esprit qu'il faut envisager le développement des causes de non-responsabilité pénale au XIII^e siècle. Dans un esprit de contraste où chaque objet, chaque terme s'oppose à l'autre. Discutant de la responsabilité pénale en matière de vol, Britton précise que les enfants, les idiots, les furieux et toute autre personne incapable de *felonies* échappent à l'application régulière de la loi pénale (« *forpris enfauntz de eynz age ... et forpris fous nastres et arragez et autres, qi ne sevent nule felonie fere* »¹³³).

Au cours des siècles qui suivent l'époque de Bracton, la responsabilité civile hérite de la fonction séculaire de la compensation qu'elle assume en dehors de toute référence à l'élément intentionnel. En effet, d'après William Holdsworth : « The general rule is that a man is liable for the harm which he has inflicted upon another by his acts, if what he has done comes within some of the forms of action provided by the law, whether that harm has been inflicted intentionally, negligently or accidentally. In adjudicating upon questions of civil liability the law makes no attempt to try the intent of a man, and the conception of negligence has as yet hardly arisen. A man

¹³³ Francis M. NICHOLS, *Britton, The French Text carefully revised with an English Translation, Introduction and Notes*, vol. 1, Florida, Gaunt & Sons, 1983, p. 42. Voir aussi les commentaires de Britton sur l'accident, à la page 39 : « An accident is that which occasions the death of a man without felony, as where people die suddenly by any sickness, or fall into the fire or into the water, and there lie until they are quite dead. A mischance is where a man is killed by a fall from a tree, ship, boat, cart, horse, or mill, or in the like cases, where no felony is committed and in which there is no need of raising the hue and cry, or making any presentment by the kindred of the deceased or by the township at the next county court, but the coroner's inquest is sufficient. » [texte original] « *Aventure est chose qe avent de mort de homme sauntz felonie, sicum des gentz qe sodeynement murgent par akune sodeyne maladie, ou se lesent cheer en le feu ou en ewe, et la demurent jekes autaunt qe il soint mortz esteyntz. Et mesaventure est sicum des gentz mortz par cheyer des arbres, des nefz, ou des batz, des charettes, ou des chivaus, ou de molins, ou en tels cas semblables, ou nule felonie de homme ne avera esté fete; en les quels ne ad mie mester qe hue ne cri soit levé.* »

acts at his peril. »¹³⁴ Quant à la responsabilité pénale, elle recueille la fonction punitive dont elle se décharge en marquant l'accusé du « signe négatif et univoque de la condamnation »¹³⁵.

Même si la notion d'intention criminelle apparaît de plus en plus clairement à l'époque, l'organisation conceptuelle et méthodique des principes régissant la responsabilité pénale demeure relativement obscure. Cette situation s'améliore toutefois avec la parution, au cours des XVII^e, XVIII^e et XIX^e siècles, des grands traités consacrés au droit criminel anglais. De Coke¹³⁶ à Blackstone¹³⁷, en passant par Hale¹³⁸ et Hawkins¹³⁹, l'apport est significatif. On assiste à l'émergence d'une véritable théorie de la responsabilité pénale, d'une nouvelle économie de la faute dont les prémisses reposent essentiellement sur les notions de mérite et de démérite ainsi que sur le rapport qui unit le volontaire et l'involontaire.

Les notions de mérite et de démérite : D'après Matthew Hale, l'homme en tant que détenteur du libre arbitre, mérite ou démérite selon qu'il dispose de sa volonté au bien ou au mal. Sur ce point, aucun doute ne subsiste : « The consent of the will is that, which renders human actions either commendable or culpable; as where there is no law, there is no transgression, so regularly, where there is no will to commit an offense, there can be no transgression, or just reason to incur the penalty or sanction of that law instituted for the punishment of crimes or offenses. »¹⁴⁰ Dans son

¹³⁴ Passage cité dans F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 990.

¹³⁵ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 16. F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 900 et 991 : « We begin to find in the Year Books generalizations revealing the accepted law of the time about the necessity of an evil intent to prove felony. [...] In a Reporter's Note of 1498 the generalization concerning evil intent was extended to cover a case of mayhem. "Hussey said that a question had been put to him, which was this: A clerk of a church being in a chamber struck another with the keys of the church; which with the force of the blow flew out of his hand and through a window, and put out the eye of a woman. The question was, whether it should be called mayhem or not. And it seems that it was, because he had a bad intent at the beginning...." A few years later Rede, J., adopting the argument of Fairfax in the case of forty years before, says that in trespass "the intent cannot be construed, but in felony it shall be. As when a man is shooting at the butts, and kills a man, it is not felony; and this will be so, as he had no intent to kill him; and thus of a tiler on a house, who unwittingly with a stone kills a man, it is not felony." »

¹³⁶ E. COKE, *op. cit.*, note 1.

¹³⁷ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3.

¹³⁸ M. HALE, *op. cit.*, note 5.

¹³⁹ W. HAWKINS, *op. cit.*, note 2.

¹⁴⁰ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 14 et 15.

ouvrage *Commentaries on the Laws of England*, Blackstone se livre à une interprétation similaire: « An involuntary act, as it has no claim to merit, so neither can it induce any guilt : the concurrence of the will, when it has it's choice either to do or to avoid the fact in question, being the only thing that renders human actions either praiseworthy or culpable. »¹⁴¹ De toute évidence, les notions de mérite et de démérite occupent une place fort importante dans la genèse de l'acte criminel. Ainsi, d'après saint Thomas d'Aquin :

Le mérite et le démérite sont relatifs à une rétribution conforme à la justice. Une pareille rétribution n'a lieu que lorsque quelqu'un favorise ou lèse les droits d'autrui. Pour comprendre cela, il faut considérer que tout homme vivant dans une société est, dans une certaine mesure, partie et membre de toute la société. Par suite, quiconque fait du bien ou du mal à un individu vivant dans une société, fait du bien ou du mal à cette société elle-même ; de même que celui qui blesse la main d'un homme, blesse l'homme lui-même.¹⁴²

En droit criminel, la convergence entre les notions de blâme et de culpabilité, de faute et de responsabilité est essentielle dans la mesure où elle se situe à la base même du jugement qui conditionne l'intervention du pouvoir judiciaire. L'origine de ce principe est antique. On en retrouve notamment la trace dans la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin : « Un acte est dit coupable ou louable du fait qu'il est imputé à l'agent ; car louer ou blâmer n'est rien d'autre qu'imputer à quelqu'un la bonté ou la malice de son acte. Car l'acte est imputé à l'agent lorsqu'il est en son pouvoir de telle sorte qu'il le maîtrise. C'est le cas dans tous les actes volontaires, parce que la volonté confère à l'homme la maîtrise de ses actes, [...] »¹⁴³ Formulé positivement, ce passage signifie que la responsabilité pénale repose sur la notion d'imputabilité et, plus largement, sur l'exercice des deux facultés propres à l'homme que sont l'intelligence et la volonté. Discutant des conditions à la base de la responsabilité pénale en Angleterre, William Hawkins souligne l'importance de la raison et de la liberté en matière d'imputabilité : « The guilt of offending against any Law whatsoever, necessarily supposing a wilful disobedience thereof, can never justly be

¹⁴¹ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, p. 20 et 21.

¹⁴² T. D'ACQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 21, art. 3, p. 166.

¹⁴³ *Id.*, tome 2, quest. 21, art. 2, p. 165.

imputed to those who are either incapable of understanding it, or of conforming themselves to it.»¹⁴⁴

C'est un lieu commun de dire que la responsabilité pénale est liée à la notion d'imputabilité. Mais en insistant sur les deux attributs propres à l'homme que sont l'intelligence et la volonté, le droit criminel emprisonne ce dernier à l'intérieur d'une vision hiérarchique de la création, vision au sein de laquelle l'homme s'affirme en monarque absolu. Créé à l'image de Dieu, l'être humain règne sur un monde végétal et animal avec lequel il partage certains attributs, certaines affinités, mais dont il se distingue par sa capacité à diriger librement et intelligemment ses actions¹⁴⁵. La suprématie de l'homme à l'égard des végétaux et des animaux¹⁴⁶ est magnifiquement illustrée par William Blackstone :

The whole progress of plants, from the seed to the root, and from thence to seed again;— the method of animal nutrition, digestion, secretion, and all other branches of vital oeconomy; — are not left to chance, or the will of the creature itself, but are performed in a wondrous involuntary manner, and guided by unerring rules laid down by the great creator. This then is the general signification of law, a rule of action dictated by some superior being : and, in those creatures that have neither the power to think, nor to will, such laws must be invariably obeyed, so long as the creature itself subsists, for it's existence depends on that obedience. But laws, in their more confined sense, and in which it is our present business to consider them, denote the rules, not of action in general, but of human action

¹⁴⁴ W. HAWKINS, *op. cit.*, note 2, p. 1.

¹⁴⁵ Pour les origines de cette approche, voir T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 78, art. 1, p. 688 : « Quant aux différents modes de vie, on les distingue d'après la hiérarchie des vivants. Chez certains vivants, il n'y a que la puissance végétative, comme chez les plantes. Il en est d'autres qui, en plus de la puissance végétative, possèdent la sensibilité, mais non la locomotion : ce sont les animaux immobiles, comme les huîtres. D'autres encore ont en plus le mouvement local ; ainsi les animaux parfaits, qui ont besoin de beaucoup de choses pour vivre, et donc doivent se mouvoir pour chercher au loin le nécessaire. Il est enfin d'autres vivants qui ont en plus la puissance intellectuelle, ce sont les hommes. — Quant à la puissance appétitive, elle ne constitue pas de degré dans la hiérarchie des vivants ; car "en tout être où il y a puissance sensible, il y a appétit", selon Aristote. »

¹⁴⁶ GENÈSE, 1 : 24 à 28 : « Alors Dieu dit : Que la terre fasse sortir des êtres vivants selon leur espèce, du bétail, des reptiles et des bêtes sauvages selon leur espèce, et le bétail selon son espèce, et cela fut ainsi. Et Dieu fit les bêtes sauvages selon leur espèce, et le bétail selon son espèce, et tout ce qui rampe sur la terre selon son espèce. Et Dieu vit que cela était bon. Alors Dieu dit : Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer et sur les oiseaux du ciel et sur toutes les bêtes sauvages, et sur tous les reptiles qui rampent sur la terre. Et Dieu créa l'homme à son image ; il le créa à l'image de Dieu ; homme et femme il les créa. Et Dieu les bénit, disant : Soyez féconds et multipliez-vous, remplissez la terre et soumettez-là ; et dominez sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, sur tout le bétail, sur toutes les bêtes sauvages et sur tous les reptiles qui rampent sur la terre. » Voir aussi GENÈSE 5 : 1 et 2 : « Voici le livre des générations d'Adam : Lorsque Dieu créa l'homme il le fit à la ressemblance de Dieu. Il les créa homme et femme ; il les bénit et leur donna le nom d'hommes, au jour où ils furent créés. »

or conduct : that is, the precepts by which man, the noblest of all sublunary beings, a creature endowed with both reason and freewill, is commanded to make use of those faculties in the general regulation of his behaviour.¹⁴⁷

Le point d'application de la responsabilité pénale n'est pas l'intention, mais l'homme. Certes l'intention demeure toujours importante, voire essentielle à l'attribution de la responsabilité, mais elle reste soumise à la présence des deux composantes essentielles de l'imputabilité que sont l'intelligence et la volonté.

Conclusion : L'histoire de la responsabilité pénale dans l'ancien droit, c'est l'histoire de la détermination progressive des éléments constitutifs de la notion d'intention. À l'image d'une sculpture qui, à chaque heure du jour, sous les coups répétés du ciseau et du marteau, s'approche de son apparence définitive, l'intention se précise. Ainsi, contrairement à ce que l'on croit généralement, la signification de l'intention, à l'aube du XIX^e siècle, ne résulte pas d'un processus de sédimentation, mais bien d'un phénomène de décantation du sens opéré à travers la lente évolution du droit pénal. L'intention, rappelons-nous, était à l'origine un concept relativement brut, relativement sauvage et ce n'est que par la suite, sous l'impulsion de la pratique judiciaire et des travaux de Bracton, Coke, Hale et Blackstone, que l'on put véritablement voir se profiler l'intention criminelle, telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Troisième section : L'époque contemporaine

Malgré la place prédominante qu'occupent la volonté et l'intention dans le paysage juridique anglo-saxon, on assiste à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle à l'émergence d'une nouvelle forme de responsabilité, d'un nouveau type de sanction, qu'est l'infraction de nature réglementaire¹⁴⁸. Connues sous différentes expressions – infractions contre le bien-être public,

¹⁴⁷ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 1, p. 38 et 39.

¹⁴⁸ F.B. SAYRE, «Public Welfare Offenses», (1933) 33 *Columbia L. R.* 55, 56 : « The growth of a distinct group of offenses punishable without regard to any mental element dates from about the middle of the nineteenth century. Before this, convictions for crime without proof of a *mens rea* are to be found only occasionally, chiefly among the nuisance cases. In the early days newspaper proprietors might also be punished in England for libel without proof of

infractions statutaires, infractions de responsabilité absolue, infractions de responsabilité stricte -, les infractions de nature réglementaire se distinguent des infractions traditionnelles dans la mesure où elles privilégient la protection des intérêts publics et sociaux au détriment de l'affirmation des intérêts individuels¹⁴⁹.

Infractions criminelles, infractions réglementaires. Voilà donc deux régimes de responsabilité totalement distincts. Ils ne sanctionnent pas les mêmes actions, ni les mêmes individus, mais participent, à leur manière, à une nouvelle distribution de la fonction punitive, à une réorganisation de l'économie de la peine. Au-delà de l'émergence d'un système parallèle de responsabilité pénale, il convient de souligner la reconnaissance, au cours des dernières années, de la négligence pénale en droit criminel. Ce phénomène, une fois combiné à la multiplication des infractions de nature réglementaire, démontre, s'il en était besoin, l'invasion de plus en plus importante de l'État dans la vie des citoyens.

L'objet de cette section est d'étudier l'évolution des infractions de nature réglementaire en Angleterre et au Canada, ainsi que l'apparition de la négligence pénale comme norme de faute suffisante en droit criminel.

Première sous-section : Les infractions de nature réglementaire

L'introduction et le développement rapide des infractions de nature réglementaire, au cours du XIX^e siècle, en Angleterre, au Canada et aux États-Unis est un phénomène bien connu des historiens du droit. Malgré sa nature réglementaire, l'apparition des infractions contre le bien-être public en Occident déborde largement du cadre purement administratif. Elle fait partie d'un phénomène complexe, où figurent le développement de l'industrialisation, l'émergence de

mens rea for in libel prosecutions criminal knowledge on the part of the owners as to make proof well-nigh impossible. Yet to treat as criminal newspaper owners who were altogether innocent of any criminal intent seemed so harsh and unjust a doctrine and so out of accord with established legal principles that in 1836 an act of Parliament was passed to make this no longer possible. But apart from exceptional isolated cases criminal liability dependent upon proof of a criminal intent; and this was true of common nuisances as well as other crimes. The offense of selling adulterated or impure food, which today is the typical example of a crime not requiring *mens rea*, was held by English courts before the middle of the nineteenth century, like other crimes, not punishable without proof of a guilty intent. »

¹⁴⁹ *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1312.

nouveaux rapports économiques et le besoin d'un contrôle plus serré des échanges monétaires. Le but de cette rubrique est de retracer l'itinéraire de la responsabilité stricte en droit anglo-saxon et de situer le développement des infractions contre le bien-être public dans une analyse qui se préoccupe non seulement de sa valeur répressive, mais aussi et surtout de sa fonction sociale et politique.

A. L'histoire de l'introduction des infractions réglementaires en Angleterre, aux États-Unis et au Canada

L'infraction de nature réglementaire est une création judiciaire propre à la seconde moitié du XIX^e siècle. Son ascension fulgurante dans le paysage juridique anglo-saxon débuta en 1846, date à laquelle fut rendue la célèbre décision *Regina c. Woodrow*¹⁵⁰. Dans cette affaire, la Cour de l'Échiquier condamna un marchand de tabac pour avoir eu en sa possession une certaine quantité de marchandise altérée. Cette condamnation, il importe de le préciser, fut maintenue en dépit de la bonne volonté du marchand et de son absence de connaissance de la nature exacte du produit en cause. « It is very true, écrivait alors Baron Parke, that it may produce mischief because an innocent man may suffer from his want of care in not examining the tobacco he has received, and not taking a warranty; but the public inconvenience would be much greater, if in every case the officers were obliged to prove knowledge. They would be very seldom able to do so. »¹⁵¹ Les principes énoncés dans cette décision furent repris et développés quelques années plus tard dans l'arrêt *Regina c. Stephens*¹⁵². Au point de vue historique, cette décision est extrêmement importante dans la mesure où elle confirme le bien-fondé des infractions contre le bien-être public. Devant trancher sur la responsabilité d'un chef d'entreprise dont les employés avaient obstrué le cours d'une rivière avoisinante, le tribunal a retenu la culpabilité de l'accusé en dépit du fait que ses employés avaient agi « without his knowledge and against his general orders »¹⁵³.

¹⁵⁰ *R. c. Woodrow*, (1846) 15 M. & W. 404 (Exch. 1846).

¹⁵¹ *Id.*, 417.

¹⁵² *R. c. Stephens*, [1866] L.R. 1, Q.B. 702.

Quoique les infractions de nature réglementaire étaient à l'origine réservées presque uniquement aux secteurs d'activités commerciales et aux contraventions policières, elles se répandirent rapidement à d'autres champs d'activités. En raison de leur souplesse et de leur efficacité administrative, les infractions de nature réglementaire se propagèrent tout au long du XX^e siècle. Elles gagnèrent de nouvelles régions, de nouveaux secteurs d'activités qui étaient autrefois laissés entièrement entre les mains de l'entreprise privée ; bref, elles pénétrèrent au plus profond du corps social, jusqu'au cœur des échanges à caractère individuel. Résultat : l'inventaire des infractions contre le bien-être public augmenta à un rythme effréné. Parmi les nombreuses lois provinciales de nature réglementaire que nous retrouvons aujourd'hui, il convient de citer la *Loi sur la conservation de la faune*¹⁵⁴ ; le *Code de sécurité routière*¹⁵⁵ ; le *Code des professions*¹⁵⁶ ; la *Loi sur les décrets de convention collective*¹⁵⁷ ; la *Loi concernant l'impôt sur le tabac*¹⁵⁸ ; la *Loi sur le ministère du Revenu*¹⁵⁹ ; la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁶⁰ ; la *Loi sur les relations de travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*¹⁶¹ ; la *Loi sur les transports*¹⁶². Au fédéral, les infractions réglementaires occupent

¹⁵³ *Id.* Voir aussi *Hobbs c. Winchester Corporation*, [1910] 2 K.B. 471 ; *Provincial Motor Cab Co. c. Dunning*, [1922] 2 K.B. 599 : « Art. 11 of the Motor Car (Registration and Licensing) Order, 1903, [...] was for the protection of the public. A breach of that regulation is not to be regarded as a criminal offence in the full sense of the word; that is to say, there may be a breach of the regulation without a criminal intent or *mens rea* [...] The doctrine that there must be a criminal intent does not apply to criminal offences of that particular class which arise only from the breach of a statutory regulation. » Aux États-Unis, voir les décisions suivantes : *Myers v. State*, (1849) 19 Conn. 398 ; *State v. Presnell*, (1851) 34 N.C. 103 ; *Commonwealth v. Boynton*, (1861) 2 Allen 160 (Mass.) ; *Commonwealth v. Farren*, (1864) 9 Allen 489 (Mass.). Au Canada, voir les décisions suivantes : *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5 ; *R. c. Brydon*, (1975) 21 C.C.C. (2d) 513 (C.A. Man.) ; *Service d'inspection du Travail c. Marine Industries ltée.*, [1976] C.S.P. 1061 ; *R. c. Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121.

¹⁵⁴ *Loi sur la conservation de la faune*, L.R.Q., c. C-16.

¹⁵⁵ *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2.

¹⁵⁶ *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26.

¹⁵⁷ *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c. D-2.

¹⁵⁸ *Loi concernant l'impôt sur le tabac*, L.R.Q., c. I-2.

¹⁵⁹ *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31.

¹⁶⁰ *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2.

¹⁶¹ *Loi sur les relations de travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20.

¹⁶² *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12.

aussi une place significative, notamment dans les lois suivantes : *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹⁶³ ; *Loi sur les pêches*¹⁶⁴ ; *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁶⁵ ; *Loi sur la marine marchande du Canada*¹⁶⁶, etc.

B. Les objectifs poursuivis par les infractions de nature réglementaire

Historiquement, l'apparition et l'évolution des infractions de nature réglementaire en Angleterre, au Canada et aux États-Unis partagent une chronologie qui n'est pas l'effet du hasard, mais bien le produit des nombreuses transformations qui marquèrent le développement des sociétés contemporaines aux XIX^e et XX^e siècles. Ainsi que Francis B. Sayre l'a fait remarquer dans son article consacré aux infractions contre le bien-être public, « [t]he interesting fact that the same development took place in both England and the United States at about the same time strongly indicates that the movement has been not merely an historical accident but the result of the changing conditions and beliefs of the day »¹⁶⁷. L'introduction des infractions de nature réglementaire en droit pénal, loin d'être un fait purement juridique, est donc un processus lié à l'évolution des sociétés modernes, au développement de l'industrialisation et à la prolifération des échanges commerciaux. Parmi les nombreux facteurs qui ont contribué à l'émergence ainsi qu'à la multiplication des infractions de nature réglementaire au cours des dernières années, nous avons identifié les trois éléments suivants : la prédominance de l'intérêt public par rapport aux intérêts

¹⁶³ *Loi Canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C., c. C-15.3

¹⁶⁴ *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), c. F-14.

¹⁶⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e suppl.).

¹⁶⁶ *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), c. S-9. Voir sur ce point COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Étude sur la responsabilité stricte*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 10 : « À l'heure actuelle quelle est, au Canada, l'importance de ce problème ? Combien y a-t-il d'infractions de responsabilité stricte et combien de poursuites en découlent ? Nous avons fait les constatations suivantes. Premièrement, la législation fédérale contient à peu près 20,000 [sic] infractions réglementaires et la législation provinciale en comporte en moyenne 20,000 [sic] par province. Quatre-vingt-dix pour cent de l'ensemble de ces infractions sont de responsabilité stricte. Deuxièmement, chaque année, à peu près 1,400,000 [sic] condamnations sont prononcées contre 850,000 [sic] personnes pour des infractions de responsabilité stricte, soit une moyenne annuelle d'une condamnation pour vingt-cinq citoyens. Au plan quantitatif, le problème est donc énorme. » Plus de 25 ans plus tard, il y a fort à parier que ces chiffres ont augmenté.

¹⁶⁷ F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 148, 67.

individuels (1), la finalité politique de la réglementation statutaire (2) et finalement le pouvoir dissuasif qu'exerce le droit pénal (3).

1. *La prédominance de l'intérêt public par rapport aux intérêts individuels*

Depuis longtemps, le droit criminel est partagé entre la protection du public et la sauvegarde des droits individuels¹⁶⁸. « Les infractions contre le bien-être public, écrit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, mettant manifestement en jeu des valeurs contradictoires. Il est essentiel que la société maintienne, par un contrôle efficace, un haut niveau d'hygiène et de sécurité publique. Il faut sérieusement prendre en considération les victimes potentielles de ceux qui exercent des activités comportant un danger latent. En revanche on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent. »¹⁶⁹ En inscrivant les infractions de nature réglementaire dans la sphère pénale, le droit criminel s'adresse davantage à la coloration sociale de la conduite de l'accusé qu'à son état mental¹⁷⁰. En effet, l'objet des infractions « statutaires » est simple et bien arrêté : elles visent à protéger l'intérêt public, à prémunir les

¹⁶⁸ Pour un aperçu du contexte socio-juridique à l'origine de l'apparition des infractions réglementaires aux États-Unis, voir l'excellente analyse de F.B. SAYRE, *id.*, 68 : « All criminal law is a compromise between two fundamentally conflicting interests, – that of the public which demands restraint of all who injure or menace the social well-being and that of the individual which demands maximum liberty and freedom from interference. The history of criminal law shows a constant swinging of the pendulum so as to favor now the one, now the other, of these opposing interests. During the nineteenth century it was the individual interest which held the stage; the criminal law machinery was overburdened with innumerable checks to prevent possible injustice to individual defendants. The scales were weighted in his favor, and, as we have found to our sorrow, the public welfare often suffered. In the twentieth century came reaction. We are thinking today more of the protection of social and public interests; and coincident with the swinging of the pendulum in the field of legal administration in this direction modern criminologists are teaching that the objective underlying correctional treatment should change from the barren aim of punishing human beings to the fruitful one of protecting social interests. As a direct result of this new emphasis upon public and social, as contrasted with individual interests, courts have naturally tended to concentrate more upon the injurious conduct of the defendant than upon the problem of his individual guilt. In the case of true crimes, however, although the emphasis may shift, courts can never abandon insistence upon the evil intent as a prerequisite to criminality, partly because individual interests can never be lost sight of and partly because the real menace to social interests is the intentional, not the innocent, doer of harm. But the new emphasis being laid upon the protection of social interests fostered the growth of a specialized type of regulatory offense involving a social injury so direct and widespread and a penalty so light that in such exceptional cases courts could safely override the interests of innocent individual defendants and punish without proof of any guilty intent. »

¹⁶⁹ *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, précité, note 149, 1310.

¹⁷⁰ *Id.*, 1312.

individus contre les dangers inhérents à la pratique de certaines activités et à inciter les membres de la collectivité à se conformer à certaines règles de conduite.

2. *Le contrôle politique derrière le régime des infractions réglementaires*

À cause de la complexité grandissante de la société moderne, le nombre des infractions de nature réglementaire a augmenté considérablement au cours des cinquante dernières années. « The crowded conditions of life, écrit l'auteur américain Francis B. Sayre, require social regulation to a degree never before attempted. The invention and extensive use of high powered automobiles require new forms of traffic regulation; the increased social evils from drink due to the more crowded and complex conditions of modern life require new forms of liquor regulation; the development of modern medical science and the congested living accommodations of modern cities require new forms of sanitary and health regulation; the growth of modern factories requires new forms of labour regulation; the development of modern building construction and the growth of skyscrapers require new forms of building regulation. »¹⁷¹ Ce qui se dessine derrière la prolifération récente des infractions de nature réglementaire, ce n'est pas tellement un nouveau *pouvoir de punir*, mais un nouveau *pouvoir de contrôle* dont les modalités et l'aménagement sont dévolus entièrement à l'État. Sous l'aspect technique des infractions réglementaires, c'est toute une volonté qui est à l'œuvre ; une volonté visant à rétablir l'équilibre contractuel, à faciliter les échanges, à partager les richesses, bref à quadriller de manière plus serrée tout un segment de la vie organisée. Compte tenu de leur grande valeur politique et de leur flexibilité remarquable, les infractions de nature réglementaire se sont propagées à tout le tissu social. Elles occupent désormais une grande partie de l'espace économique dans la mesure où elles s'adressent aussi bien aux secteurs d'activités commerciales qu'aux relations de droit privé.

3. *Le pouvoir dissuasif du droit pénal*

Le troisième et dernier facteur ayant contribué sensiblement à l'accroissement fulgurant des infractions de nature réglementaire au cours des dernières années est l'efficacité de la sanction

¹⁷¹ F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 148, 68 et 69.

pénale comparativement à la sanction civile ou purement administrative. Cette efficacité, qui s'appuie principalement sur le caractère répressif de la justice pénale, est particulièrement visible en matière de protection du consommateur où le commerçant préfère généralement être poursuivi par quelques-uns de ses clients qu'abandonner certaines pratiques lucratives. Devant l'inefficacité de la sanction civile, la sanction pénale comble une lacune et permet de rétablir un minimum d'équilibre contractuel, un juste milieu entre le consommateur et les entreprises commerciales. En résumé, les infractions contre l'ordre public constituent probablement l'un des moyens les plus efficaces d'assurer l'implantation de nouveaux standards et de nouvelles normes de conduite visant à réglementer la vie en société.

Deuxième sous-section : La reconnaissance de la négligence pénale en matière criminelle

Si le XX^e siècle a été caractérisé par la multiplication des infractions à caractère réglementaire, les dernières années furent marquées par la consolidation progressive de la négligence pénale en matière criminelle. Cette transformation du paysage juridique anglo-saxon a entraîné une pénétration de plus en plus importante de la justice pénale dans la vie des citoyens. L'objet de cette section est d'étudier les mécanismes qui régissent la négligence pénale au Canada. L'examen de l'aspect historique de celle-ci sera suivi d'une analyse de sa finalité politique.

A. L'introduction de la négligence pénale en droit criminel

Depuis quelques années, le domaine des infractions pénales au Canada est éclaté en trois catégories distinctes, à savoir les infractions de *mens rea*, de responsabilité stricte et de responsabilité absolue. Cette fragmentation du champ de la responsabilité pénale fut retenue par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*¹⁷². D'après le magistrat, l'inventaire des infractions au Canada comprend les trois éléments suivants : « (1) les infractions dans lesquelles la *mens rea*, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la

¹⁷² R. c. *Sault Ste-Marie (Ville)*, précité, note 149.

connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite ; (2) les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea* ; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires¹⁷³ ; (3) les infractions de responsabilité absolue où il n'est pas loisible à l'accusé de se disculper en démontrant qu'il n'a commis aucune faute. »¹⁷⁴

Traditionnellement associé à la *mens rea* subjective, les tribunaux reconnaissent désormais la négligence comme norme de faute suffisante en droit criminel. Le virage est important. Discutant du nouveau partage entre la responsabilité subjective et la responsabilité objective, la juge McLachlin, dans l'arrêt *Hundal*¹⁷⁵, affirme que la faute dans les infractions criminelles peut être évaluée grâce à une norme subjective ou objective, le cas échéant :

Une infraction peut exiger la preuve d'un état d'esprit positif, tel que l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Si c'est le cas, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'état d'esprit requis. Il s'agit d'un critère subjectif, fondé sur ce qui s'est vraiment passé dans l'esprit de l'accusé. Par ailleurs, la faute peut résider dans la négligence ou l'inconscience de l'accusé. Dans ce cas, c'est un critère objectif qui s'applique ; la question ne porte pas sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé mais sur l'absence d'un état mental de diligence. Ce manque de diligence raisonnable se déduit de la conduite de l'accusé. Si cette conduite manifeste un manque de diligence jugé selon la norme d'une personne raisonnable dans des circonstances analogues, on a prouvé l'existence de la faute nécessaire. Les circonstances pertinentes

¹⁷³ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 526 et 527 : « Dans l'affaire *Sault Ste-Marie*, la classification des infractions par le juge Dickson ne pouvait évidemment tenir compte des développements ultérieurs portant sur la faute, plus spécifiquement les infractions de négligence ou de faute objective. Dans la catégorie d'infractions de responsabilité stricte, le juge Dickson se réfère au concept de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances pour déterminer s'il y a diligence raisonnable ou non. Il en découle que si une personne raisonnable avait agi comme l'accusé, celle-ci aurait été considérée comme n'ayant commis aucune faute. La négligence constitue le degré minimal de faute requis par la Constitution dans le cas d'une infraction réglementaire ou visant le bien-être public lorsque l'infraction est assortie d'une peine d'emprisonnement. »

¹⁷⁴ *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, précité, note 149, 1325 et 1326. Voir également aux pages 1309 et 1310 les commentaires suivants : « La distinction entre l'infraction criminelle réelle et l'infraction contre le bien-être public est de première importance. Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître. »

¹⁷⁵ *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

peuvent comprendre des circonstances qui sont personnelles à l'accusé, à savoir s'il avait ou non les aptitudes [la capacité] nécessaires pour atteindre l'état mental de diligence requis.¹⁷⁶

En exigeant la présence d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances, la Cour suprême confirme l'altérité du champ de la responsabilité criminelle par rapport au droit civil. Sur ce point, les auteurs Gisèle Côté-Harper, Pierre Rainville et Jean Turgeon sont unanimes, « il ne s'agit pas d'un simple écart de comportement qui permettrait d'obtenir réparation en droit civil. Il faut, au contraire, un écart marqué, c'est-à-dire important, notable et appréciable. »¹⁷⁷

B. Les objectifs poursuivis par les infractions de négligence pénale en matière criminelle

Au point de vue historique, l'introduction de la négligence pénale en matière criminelle doit être lue comme la volonté de contrôler certaines conduites dangereuses¹⁷⁸. En fixant des normes de diligence¹⁷⁹, la justice criminelle favorise l'encadrement du citoyen et son orientation vers l'adoption de comportements plus « sécuritaires ». Dans l'arrêt *R. c. Creighton*¹⁸⁰, la juge McLachlin confirme la vocation qu'embrasse la négligence pénale en matière criminelle :

C'est la préoccupation qu'a la société d'encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif. Le droit criminel se soucie, entre

¹⁷⁶ *Id.*, 882 et 883.

¹⁷⁷ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 539.

¹⁷⁸ *Id.* : « Dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Hundal*, on distinguait entre la négligence consciente ou inadvertance en matière criminelle, par opposition à la négligence inconsciente ou inadvertance en droit privé. Seule la négligence consciente pouvait conduire à une condamnation en droit criminel. La jurisprudence récente ne se réfère plus à la négligence consciente mais à la "négligence pénale" dont le critère de distinction avec le droit privé porte sur l'écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'aurait eue une personne raisonnable dans les mêmes circonstances que l'accusé. Il ne s'agit pas d'un simple écart de comportement qui permettrait d'obtenir réparation en droit civil. Il faut, au contraire, un écart marqué, c'est-à-dire "important", prononcé, notable et appréciable. »

¹⁷⁹ *Id.*, p. 537 : « Quiconque se livre à des activités dangereuses qui comportent des risques ou qui s'engage dans des situations qui exigent le respect d'obligations légales et sociales, se voit soumis à une norme minimale de diligence établie en fonction de la conduite d'une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. »

¹⁸⁰ *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

autres choses, de fixer des normes au comportement humain. Nous cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d'actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable.¹⁸¹

Conclusion

L'histoire de la responsabilité pénale n'est pas un phénomène purement linéaire, mais un processus irrégulier dont le développement est ponctué par l'apparition et la disparition de certains types de responsabilité ainsi que par la filiation qui recoupe, depuis des siècles, les critères objectif et subjectif en droit pénal. En imposant des normes de comportement aux citoyens, le droit pénal envahit de nouveaux secteurs, de nouveaux domaines d'activités, qui étaient autrefois étrangers au droit pénal. En somme, il propose un « système d'interdits et d'obligations »¹⁸² dont la fonction est de protéger la société par la punition des personnes qui ne sont pas moralement innocentes.

¹⁸¹ *Id.*, 64. *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, 324 et 325.

¹⁸² M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 143.

Deuxième partie

L'imputabilité

Chapitre deuxième

L'imputabilité pénale

Mort d'un mythe, naissance d'une réalité

Dans l'usage commun du langage, le verbe « imputer » vient du mot latin *putare* qui signifie « couper », « tailler », « émonder » et du verbe *imputare* qui désigne « le fait de mettre quelque chose au compte de quelqu'un »¹⁸³. En droit, le mot « imputabilité » signifie, au sens figuré, qu'un compte nous est ouvert et que les conséquences juridiques de nos actions peuvent être portées à notre débit. Comme nous le savons, l'homme est actuellement, en droit criminel, l'unique titulaire de la responsabilité pénale, le seul détenteur du privilège de la sanction étatique¹⁸⁴. En dépit de son importance, l'imputabilité n'est pas une « pièce de musée ». Au contraire, il s'agit d'un concept dynamique dont les composantes doivent « s'enrichir des alluvions et des correctifs »¹⁸⁵ que lui apporte périodiquement l'avancement des sciences humaines et appliquées.

L'objet de ce chapitre est d'étudier les fondements régissant la notion d'imputabilité en droit pénal ; les étudier afin de voir comment les autorités judiciaires établissent et échafaudent les structures qui abritent ce concept. La première partie de cette recherche sera consacrée aux conditions qui gouvernent la notion d'imputabilité en droit pénal. Nous essaierons, par exemple,

¹⁸³ Joseph ORTOLAN, *Éléments de droit pénal, pénalité, juridictions, procédure*, 5^e éd., vol. 1, Paris, Librairie Plon, 1886, p. 101.

¹⁸⁴ Sur le rapport qui existe entre la responsabilité pénale et les attributs propres à l'être humain, voir J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 8, p. 71 et 72 : « La rationalisation de la responsabilité pénale par la théorie du libre arbitre fait qu'il ne peut y avoir de responsabilité pénale que dans la mesure où existe une responsabilité morale. C'est la doctrine classique du droit pénal prévalant encore aujourd'hui, doctrine qui repose sur un certain nombre de postulats familiers aux philosophes du XVIII^e siècle. Ces postulats sont les suivants : 1) *l'homme* est composé de deux entités distinctes : l'âme et le corps ; 2) l'âme est composée de deux facultés fondamentales, l'intelligence et la volonté, et douée du libre arbitre, c'est-à-dire de la faculté d'agir bien ou mal. Si l'homme agit mal, alors qu'il pouvait discerner le bien du mal et exercer un choix, il doit répondre des conséquences de son acte en subissant la peine prévue. »

¹⁸⁵ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1967, p. 13.

d'identifier les principales théories sur lesquelles repose ce concept, de déterminer leurs points d'ancrage et d'exposer leurs limites. Ensuite, nous proposerons, dans une seconde partie, une nouvelle manière d'envisager la notion d'imputabilité, un nouveau paradigme de la responsabilité pénale. Cette façon d'aborder le monopole de l'homme en droit criminel s'inscrit dans une analyse qui transcende les limites traditionnelles de l'imputabilité et, plus largement, dans un examen qui tient compte des tendances qui orientent le comportement humain ainsi que de l'évolution des moyens de défense en droit criminel. Enfin, la troisième et dernière partie du chapitre sera consacrée à l'étude des formes secondaires et parallèles de responsabilité que l'on retrouve notamment chez les animaux, les aliénés et les enfants.

Première section : L'analyse critique des fondements gouvernant la notion d'imputabilité en droit pénal

Première sous-section : L'homme détient le monopole de la responsabilité pénale dans la mesure où il est le seul capable de former une intention

Sous sa forme actuelle, le mot « intention » provient du latin *intendere*, qui signifie «tendre vers». Comme l'indiquent ses origines étymologiques, l'intention réfère à un concept dynamique, à une réalité métaphysique qui engage, à l'intérieur d'une relation complexe mais réciproque, la volonté et l'objet du désir. En effet, d'après saint Thomas d'Aquin, l'intention « est la volonté en mouvement vers la fin »¹⁸⁶ ; c'est l'action du moteur et le mouvement du mobile. En raison de son contenu psychologique, l'intention est sans contredit l'élément mental ou l'élément de faute le plus important en droit criminel. En fait, ce concept est si fondamental à l'heure actuelle que l'on fonde, dans certains milieux, le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale uniquement sur sa capacité de former une intention. Cette prétention, qui découle en grande partie de la montée irrésistible du positivisme juridique en droit anglo-saxon, est très répandue au Canada et en

¹⁸⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 12, art. 1, p. 98.

Angleterre. Elle repose sur des prémisses qui, en dépit de leur caractère relativement ancien, soulèvent quelques difficultés. Parmi les interrogations qui apparaissent à l'esprit, mentionnons les plus importantes. Quelle est la signification de l'intention en droit pénal ? Est-ce que l'homme est véritablement le seul être ici-bas capable de former une intention ? Existe-t-il une certaine forme d'intentionnalité chez les animaux, les aliénés et les enfants ? Si oui, en quoi consiste-t-elle ?

L'intention en droit pénal : D'après la Cour suprême du Canada, «une personne vise intentionnellement un événement si elle a pour but conscient de causer les faits à l'origine du crime»¹⁸⁷. En d'autres termes, un acte est intentionnel dans la mesure où il n'est pas le résultat d'un accident ou d'une erreur¹⁸⁸. L'accusé sait ce qu'il fait et tend sa volonté vers l'accomplissement de l'acte en question. En Angleterre, l'intention, comme le nom même l'indique, est synonyme de but et de désir. En effet, d'après Glanville Williams, auteur d'une étude sur la question, « a consequence is said to be intended when the actor desires that it shall follow from his conduct »¹⁸⁹. Toujours selon Williams, l'intention agit à un double niveau dans la mesure

¹⁸⁷ *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, 889 suiv. Voir également Glanville WILLIAMS, « Intents and Alternative », (1991) 50 *Cambridge L. J.* 120.

¹⁸⁸ *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, 890. Voir aussi *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, 863 : « L'infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. L'intention minimale d'avoir recours à la force qui doit exister dans le cas de l'infraction de voies de faits en est un exemple. »

¹⁸⁹ Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., London, Stevens & Sons, 1983, p. 74. Voir également Glanville WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, London, Stevens & Sons, 1961, p. 35-38 : « It may be observed that every physical movement involved in an act requires by definition an exercise of volition, and is therefore desired and intended. However, to say that a given act is "intentional" in the abstract may be misleading; for if the law includes certain consequences in the definition of the crime, an act is intentional only as regards consequences that are foreseen and desired. If any consequence comes about that was not desired, the act is not intentional as to that consequence. For instance, a motorist presses the accelerator of his car. He wishes to go faster, and his act is then intentional as to going faster. But if it should happen that through going faster he hits a pedestrian, it obviously cannot be deduced that his act is intentional as to this consequence. It is so only if he desired to hit the pedestrian. Otherwise, his act is unintentional or accidental as to the impact. Thus the same physical act may be both intentional and unintentional according to the result that is spoken of. A consequence may, of course, be desired not as an end in itself but as a means to the satisfaction of another desire. Extreme cases sometimes make this use of the concept of intention somewhat forced. Thus one (non-legal) writer remarks that "to class as suicide the altruistic self-sacrifice of people like Captain Oates, who gave his life while on a polar expedition, in order that his comrades might be able to make their stock of rations last until relief came, would be as uncharitable as it would be untrue." For legal purposes, however, it is better to class such an act as suicide, while admitting the fullest moral – and perhaps legal – justification for it. It would throw legal terminology into confusion to assert that an act done from a good motive is not done intentionally. A consequence may also be desired although it is not expected as probable. D takes a "long shot" at P; the consequence of hitting P is intended even though not thought likely. On the other hand the mere fact that a consequence is expected as probable does not make it an intended consequence, unless it was desired. The

où elle se rapporte autant à la fin (*intention non pertinente en matière de culpabilité*) qu'aux moyens utilisés afin d'atteindre celle-ci (*intention pertinente aux fins de la culpabilité*) :

I have many desires. Some I recognise to be too visionary; some I lack the energy to implement. But if I decide to try to achieve my desire and start to act to that end, the desire becomes the intention with which I act. The end aimed at may be a desire only in the sense that it is the lesser of two evils. When I am sitting in the dentist's chair, the last thing I "really" want to do is to open my mouth to have my tooth filled, yet I "really" want to do so, because I wish to avoid toothache in the future. The desire need not to be an end in itself (certainly having a tooth filled is not that) but may be a medial desire – a step on the way to something else (freedom from future toothache). The desire may be conceived on the instant, not premeditated. It need not be formulated in "interior language." Judges sometimes reject a definition of intention in terms of desire, but one reason may be that they overlook these explanations of the meaning of "desire."¹⁹⁰

En France, l'intention, ou dol général, est une notion fondamentale dont le rôle est aujourd'hui consacré aux termes de la loi pénale. Aussi, d'après l'article 121-3 du *Nouveau Code Pénal*, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Quoiqu'il n'existe pas de définition précise de l'intention ou du dol général dans le *Nouveau Code Pénal*, on s'entend généralement pour dire que ces concepts correspondent à « la volonté de l'agent de commettre le délit », à la « conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales »¹⁹¹. Joseph Ortolan, par exemple, dans son traité consacré au droit pénal français, définit l'intention comme

difference between intention and desire in this respect is merely that there may be a passive desire, not related to actual or proposed conduct, which we would not call intention. If D desires P's death but has not decided to take any step to bring it about we should not say that D intends P's death. Intention is that species of desire on the part of a person that is coupled with his own actual or proposed conduct to achieve satisfaction. [...] There is one situation where a consequence is deemed to be intended though it is not desired. This is where it is foreseen as substantially certain. »

¹⁹⁰ G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 74. Voir aussi Glanville WILLIAMS, *The Mental Element in Crime*, Jerusalem, The Hebrew University, 1965, p. 14 : « The consequence need not be desired as an end in itself; it may be desired as a means to another end. [...] There may be a series of ends, each a link in a chain of purpose. Every link in the chain, when it happens, is an intended consequence of the original act. Suppose that a burglar is arrested when breaking into premises. It would obviously be no defence for him to say that his sole intention was to provide a nurse for his sick daughter, and for that purpose to take money from the premises, but that he had no desire or intention to deprive anyone of anything. Such an argument would be fatuous. He intended (1) to steal money (2) in order to help his daughter. These are two intentions, and the one does not displace the other. English lawyers call the first an intent and the second a motive; this is because the first (the intent to steal) enters into the definition of burglary and is legally relevant, while the second (the motive to helping the daughter) is legally irrelevant, except perhaps in relation to sentence. Although the verbal distinction between intention and motive is convenient, it must be realised that the remoter intention called motive is still an intention. »

¹⁹¹ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, 1^{re} éd., Paris, Sirey, 1901, art. 1, no 77. Sur la notion d'intention en droit pénal français, voir notamment les ouvrages cités par A.C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 453.

le fait d'avoir dirigé, tendu son action ou son inaction vers la production du résultat préjudiciable constitutif du délit¹⁹². Aux États-Unis, l'intention est également un concept de premier plan. Malgré cette situation, l'American Law Institute, dans son *Projet de Code Pénal* (MPC), remplace le mot *intention* par celui de *purpose*. Ainsi, d'après l'article 2 du MPC, « a person acts purposely with respect to a material element of an offense when : if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result »¹⁹³. Tout en reconnaissant, au point de vue sémantique, une légère distinction entre les mots *intention* et *purpose*, nous croyons que les deux expressions recouvrent, aux fins du droit criminel américain, le même domaine. C'est qu'il faut comprendre effectivement que la recherche d'un but suppose naturellement la présence d'une intention. À cet égard, Glanville Williams est catégorique : « [A]n act is intentional as to a consequence if it is done with the wish, desire, purpose or aim (all synonymous in this context) of producing the result in question. »¹⁹⁴

Les fondements philosophiques du comportement intentionnel : L'importance accordée à la théorie de l'intention en droit criminel découle, en grande partie, de la place prédominante qu'occupe le comportement intentionnel dans la vie quotidienne. L'observation globale de l'agir humain révèle en effet l'influence déterminante qu'exercent les tendances et les désirs dans le processus décisionnel menant à l'accomplissement de l'acte. L'homme agit en fonction d'un désir, d'un appétit, et s'abstient d'agir, en contrepartie, si une crainte ou une inquiétude le lui commande. Au point de vue psychologique, l'intention porte autant sur la fin (soulager une douleur, assouvir son

¹⁹² J. ORTOLAN, *op. cit.*, note 183, vol. 1, p. 110 et 111.

¹⁹³ (Art. 2, section 2.02. (2) (a)); AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Commentaries)*, ch. 4. 10, 1985.

¹⁹⁴ Glanville WILLIAMS, « Oblique Intention », (1987) 46 *Cambridge L.J.* 417, 418 : « The first proposition is disputed by some writers, particularly [...] two philosophers [...] who have taken an interest in the English Criminal law. Their principal argument is that one can intend to do various unpleasant things, e.g. visiting the dentist: therefore intention need not involve desire. I would have thought that the error in this is too obvious to need stating. The premise is true, but the conclusion does not follow. Obviously, people go to the dentist in order to get certain benefits (relief from pain or the preservation of the teeth). To get these benefits the possibility of pain or discomfort is accepted. It is accepted not as an end in itself but as a part of the package, and the package as a whole is desired – otherwise one would not go to the dentist. The pain taken by itself is not desired, but the proposition was not that the patient intends the pain but that he intends to visit (intentionally visits) the dentist. The writers who deny the relevance of desire replace it with the word purpose. But does not purpose imply desire? One can have an undeclared purpose, but not an undesired purpose. Undesired purpose is a contradiction in terms. »

appétit) que sur les moyens utilisés pour la satisfaire (aller à l'hôpital, se rendre à l'épicerie)¹⁹⁵. Prenons les exemples suivants : une personne qui a soif se lève et se dirige vers l'endroit où elle sait qu'elle pourra boire de l'eau (*fin*) ; un individu qui a mal aux dents se rend chez le dentiste (*moyen*), non pas parce qu'il désire souffrir, mais parce qu'il recherche le bienfait ultérieur que procureront les soins qui lui seront prodigués (*fin*). L'influence des désirs et des tendances sur le comportement humain est omniprésente. Ils accompagnent aussi bien les actions les plus simples et les plus concrètes que les comportements les plus compliqués et les plus abstraits. Le grand philosophe anglais Thomas Hobbes reconnaît que l'intention joue un rôle primordial dans l'agir quotidien. En effet :

Ou les actions suivent immédiatement la première appétence ou désir, ou bien à notre premier désir succède quelque conception du mal qui peut résulter pour nous d'une telle action, ce qui est une crainte qui nous retient ou nous empêche d'agir. À cette crainte peut succéder une nouvelle appétence ou désir, et à cette appétence une nouvelle crainte qui nous ballote alternativement, ce qui continue jusqu'à ce que l'action se fasse ou devienne impossible par quelque accident qui survient. [...] L'on nomme délibération ces désirs et ces craintes qui se succèdent les uns aux autres. [...] Dans la délibération le dernier désir, ainsi que la dernière crainte, se nomment volonté. [...] Comme vouloir faire est désir, et vouloir ne pas faire est crainte, la cause du désir ou de la crainte est aussi la cause de notre volonté.¹⁹⁶

Comme l'indique ce passage emprunté au traité *De la nature humaine*, Hobbes propose une théorie de l'agir humain qui repose sur une polarisation de l'action fondée sur les désirs et les craintes. L'homme, écrit le philosophe, est constamment tiraillé entre ces deux pôles d'attraction. Ses tendances et ses désirs le poussent à agir tandis que ses craintes et ses appréhensions l'incitent à l'inaction¹⁹⁷. C'est dans ce contexte qu'il faut envisager le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale. Dans un contexte qui confère à l'homme le privilège de la responsabilité

¹⁹⁵ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 12, art. 4, p. 146 : « [L]e moyen est à la fin ce qu'est le milieu d'un mouvement à son terme. Or, dans les choses naturelles, c'est le même mouvement qui passe par le milieu pour aboutir au terme. Ainsi en va-t-il dans le domaine de la volonté qui, du même élan, veut la fin et les moyens. »

¹⁹⁶ Thomas HOBBS, *De la nature humaine*, c. 12, cité dans Paul JANET et Gabriel SÉAILLES, *Histoire de la philosophie : les problèmes et les écoles*, Paris, Delagrave, 1921, p. 338. Voir également les commentaires de John Locke rapportés dans le même ouvrage à la p. 340 : « Le motif qui nous porte à demeurer dans le même état ou à continuer la même action, c'est uniquement la satisfaction présente que nous y trouvons. Au contraire, le motif qui incite à changer, c'est toujours quelque inquiétude (uneasiness). »

¹⁹⁷ Voir T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 20, art. 4, p. 373. « [t]out être qui agit a l'intention de réaliser un bien ou d'éviter un mal. »

pénale sur la base de sa capacité à former une intention. Contrairement aux animaux, aux aliénés et aux enfants, l'homme serait la seule créature capable de former une intention, d'entretenir un désir. Nous croyons que cette prétention, généralement admise par la jurisprudence et la doctrine, mérite un examen approfondi qui dépasse amplement le cadre des analyses traditionnelles que nous rencontrons habituellement dans ce domaine.

L'analyse du comportement intentionnel chez les animaux : Depuis des siècles, la culture occidentale refoule l'analyse du comportement animal à l'intérieur d'une vision purement mécanique de l'instinct animal¹⁹⁸. Suivant le mode de pensée dominant en Occident, l'animal est un automate, incapable d'intention. Saint Jean Damascène, par exemple, dans son ouvrage *De Fide Orthodoxa*, affirme que les bêtes n'ont aucune maîtrise de leurs actes. « [E]lles sont agies plutôt qu'elles n'agissent [...]. »¹⁹⁹ Cette appréciation assez grossière du comportement animal est dépourvue, à notre avis, de tout fondement scientifique. C'est qu'il faut comprendre que la bête, à l'instar de l'être humain, est l'objet de désirs et de craintes. Comme lui, elle éprouve le besoin de se nourrir, de s'abriter, de protéger ses petits, etc. Une fois pleinement ressentis, de tels besoins amorcent une série d'actions qui mèneront à leur assouvissement²⁰⁰. Dans son traité intitulé *Animal behaviour*, David McFarland affirme que l'on peut s'attendre, en général, à ce que les animaux choisissent les situations qui mènent à l'accroissement de leurs aptitudes tout en évitant, au contraire, celles qui peuvent nuire à leur conservation²⁰¹. En d'autres termes, les animaux orientent

¹⁹⁸ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 12, art. 5, p. 102 : « Les bêtes se meuvent vers une fin sans envisager qu'elles peuvent l'atteindre par leur mouvement, ce qui est le propre de l'intention ; mais en la convoitant par un instinct naturel, comme si elles étaient mues par un autre, à la manière de tous les êtres qui sont mus par la nature. » Voir également T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 51, quest. 12, art. 5, p. 150 : « L'intention implique un ordre entre un moyen et une fin, qui relève de la raison ; mais du moment que les animaux sont privés de raison, ils ne peuvent vouloir leur fin avec intention. »

¹⁹⁹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 6, art. 2, p. 67.

²⁰⁰ E. VON GLASERFELD, *loc. cit.*, note 65, 35 : « Les buts dont il s'agit ici n'ont d'autre raison d'être que la suivante : un organisme cognitif évalue les expériences qu'il fait, et, par là, tend à en répéter certaines et à en éviter d'autres. De ce fait, les produits d'une activité cognitive consciente ont toujours un but, et, au moins à l'origine, sont évalués en fonction de la façon dont ils contribuent à atteindre ce but. Mais cette notion d'efficacité dans la manière d'atteindre un but présuppose cependant d'affirmer qu'il est possible d'établir des régularités dans le monde empirique. À cet égard, la position de Hume décrit parfaitement la situation : "Toutes les conclusions tirées de l'expérience supposent, comme fondement, que le futur ressemblera au passé (...) S'il y a quelque doute que le cours de la nature puisse changer et que le passé ne puisse être la règle pour l'avenir, toutes les expériences deviennent inutiles et ne peuvent engendrer d'inférences ou de conclusions." Cette croyance est inhérente à tous les êtres que nous appelons vivants. »

leurs actions en fonction des désirs et des craintes qu'ils éprouvent. Que la réponse à leurs besoins soit dictée par la nature ou commandée à la suite d'un certain processus d'apprentissage importe peu dans la mesure où le comportement animal est, dans son principe, pleinement désiré et intentionnel. L'argument de la réaction purement instinctive doit donc ici être rejeté. Prenons l'exemple d'une personne agressée dans la rue. En règle générale, on s'attend à ce que la victime réagisse de deux manières possibles ; ou bien elle se défend, ou bien elle prend la fuite. Dans les deux hypothèses, il ne fait aucun doute que son comportement résulte d'une réaction à la fois spontanée et impulsive. Et pourtant, qui oserait questionner le fait qu'il s'agit bel et bien d'un acte intentionnel, c'est-à-dire accompli en fonction d'un but ou d'un objet précis.

L'analyse du comportement intentionnel chez les personnes souffrant de troubles mentaux : Le rapport entre la folie et l'animalité est un lieu commun dans l'histoire du droit pénal. En effet, l'aliéné, selon les anciens criminalistes, est une créature à mi-chemin entre l'homme et l'animal. « Descendu du haut rang qui le place à la tête de la création, dépouillé de ses privilèges, privé de son noble caractère, l'aliéné est réduit à la condition des plus viles et stupides créatures. »²⁰² L'animalité qui fait rage dans la folie, croit Michel Foucault, « dépossède l'homme de ce qu'il peut y avoir d'humain en lui [...] pour l'établir au degré zéro de sa propre nature. Il est devenu sa folie, sans rapport à rien d'autre qu'à elle-même : sa folie à l'état de la nature »²⁰³.

À la fin du XVIII^e siècle, grâce au progrès de la médecine mentale en Europe, le thème du « fou animal » en droit criminel fait graduellement place à une approche scientifique de la maladie mentale. Cette transformation épistémologique entraîne une modification profonde de l'image de l'aliéné. Désormais, la folie n'est plus le signe d'une humanité déchue, mais l'indice d'une maladie,

²⁰¹ David MCFARLAND, *Animal Behaviour : Psychobiology, Ethology and Evolution*, 2^e éd., Essex, Longman Scientific & Technical, 1993, chap. 24 et 25.

²⁰² Jean-Étienne ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, New York, Arno Press, 1976, p. 4. Voir également en matière judiciaire les commentaires de BRACTON, dans N. WALKER, *op. cit.*, note 107, p. 26. Parlant des aliénés, l'auteur affirme que : « Such are not very different from animals who lack understanding, and no transaction is valid that is entered into with them while their madness lasts. For some of them sometimes enjoy lucid intervals, other suffer from continuous madness. » Voir aussi M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 31.

²⁰³ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 166.

« d'un trouble du corps et de l'âme, d'un phénomène de la nature qui se développe à la fois dans la nature et contre elle »²⁰⁴. En introduisant la folie dans l'univers abstrait de la pathologie, la médecine envisage les conduites perturbées à l'intérieur d'un espace symptomatique dont les contours sont tracés par l'opposition des concepts de santé et de maladie mentale²⁰⁵. À l'image de la médecine, le droit tient compte des affections et des troubles dont souffre l'aliéné²⁰⁶. En effet, depuis des siècles, les autorités judiciaires reconnaissent l'irresponsabilité des personnes souffrant de troubles mentaux et plus précisément de troubles psychotiques. Impossible donc, écrit Foucault, « de déclarer quelqu'un à la fois coupable et fou ; le diagnostic de folie s'il est posé ne peut s'intégrer au jugement ; il interrompt la procédure et dénoue la prise de la justice sur l'auteur »²⁰⁷. Bien que cette approche soit parfaitement justifiée en principe, il convient à notre avis d'apporter ici certaines réserves quant à la validité des fondements sur lesquels repose l'exemption de responsabilité accordée en matière de troubles mentaux. Nous nous expliquons.

En médecine, le terme « psychotique » désigne un trouble dont la principale caractéristique est la présence, au premier plan du tableau clinique, d'idées délirantes et d'hallucinations²⁰⁸. En

²⁰⁴ *Id.*, p. 193. Sur ce point, voir la définition des troubles mentaux proposée par l'ASSOCIATION AMÉRICAINE DE PSYCHIATRIE, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 3^e éd. Ré., Paris, Masson, 1989, p. XXV : « Dans le DSM, chaque trouble mental est conçu comme un syndrome ou un ensemble cliniquement significatif, comportemental ou psychologique, survenant chez un individu et associé à un désarroi actuel (symptôme de souffrance), à une incapacité (handicap dans un ou plusieurs secteurs de fonctionnement) ou à une augmentation du risque d'exposition : soit à la mort, soit à la douleur, soit à une invalidité ou à une perte importante de liberté. [...] Quelle que soit la cause, le trouble mental doit être habituellement considéré comme la manifestation d'un dysfonctionnement comportemental, psychologique ou biologique du sujet. »

²⁰⁵ Voir H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 12.

²⁰⁶ À cet égard, il convient de souligner que la définition de la maladie mentale et, plus récemment, de trouble mental en droit criminel est une question de droit qui appartient au juge. *R. c. Simpson*, 16 O.R. (2d) 129, 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), 77 D.L.R. (3d) 507 ; *R. c. Kemp*, [1956] ALL E.R. 249, 403 ; *Bratty c. Procureur général de l'Irlande du Nord*, [1963] A.C. 386, 412 ; *R. c. Kottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, 1028-29 ; *R. c. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288, 292-93 (C.A. N.-B.), 56 D.L.R. (2d) 65, 69.

²⁰⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 27.

²⁰⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 4^e éd., Washington, American Psychiatric Association, 1994, p. 273 : « The term *psychotic* has historically received a number of different definitions, none of which has achieved universal acceptance. The narrowest definition of *psychotic* is restricted to delusions or prominent hallucinations, with the hallucinations occurring in the absence of insight into their pathological nature. A slightly less restrictive definition would also include prominent hallucinations that the individual realizes are hallucinatory experiences. Broader still is a definition that also includes other positive symptoms of Schizophrenia (i.e., disorganized speech, grossly disorganized or catatonic behavior). Unlike these

droit criminel, la schizophrénie et, plus spécifiquement, la schizophrénie de type paranoïde constitue, en raison de son potentiel destructif, l'une des catégories d'affections les plus dangereuses. Le diagnostic de cette pathologie repose normalement sur la prévalence, d'une part, d'idées délirantes de persécutions, de références, de naissances de rang élevé, de missions spéciales, de modifications corporelles, de jalousie, et, d'autre part, sur la présence d'hallucinations auditives ou visuelles²⁰⁹.

En raison du contenu de leurs idées délirantes, les personnes souffrant de troubles psychotiques échappent, en général, à la responsabilité pénale. Au Canada, l'exclusion de l'aliéné de la sphère pénale repose, d'après les motifs du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Chaulk*²¹⁰, sur son incapacité de former une intention criminelle au moment du crime²¹¹. Pourtant, l'aliéné qui

definitions based on symptoms, the definition used in earlier classifications was probably far too inclusive and focussed on the severity of functional impairment, so that a mental disorder was termed *psychotic* if it resulted in "impairment that grossly interferes with the capacity to meet ordinary demands of life." Finally, the term has been defined conceptually as a loss of ego boundaries or a gross impairment in reality testing. »

²⁰⁹ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Classification Internationale des Troubles Mentaux et des Troubles du Comportements. Descriptions Cliniques et Directives pour le Diagnostic*, Genève, Masson, 1993, p. 78. Voir sur ce point AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, note 216, p. 285 et 286 : « Diagnostic criteria for Schizophrenia : A. *Characteristic symptoms*: Two (or more) of the following, each present for a significant portion of time during 1 month period (or less if successfully treated): (1) delusions, (2) hallucinations, (3) disorganized speech (e.g., frequent derailment or incoherence), (4) grossly disorganized or catatonic behaviour, (5) negative symptoms, i.e., affective flattening, alogia, or avolition. Note: Only one Criterion A symptom is required if delusions are bizarre or hallucinations consist of a voice keeping up a running commentary on the person's behaviour or thoughts, or two or more voices conversing with each other. »

²¹⁰ R. c. *Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1321.

²¹¹ *Id.*, 1321 et 1322 : « Il ressort à mon avis de l'examen qui précède que les dispositions relatives à l'aliénation mentale agissent, au niveau le plus fondamental, comme une *exemption* de responsabilité pénale fondée sur l'*incapacité de former une intention criminelle*. Dans chaque cas toutefois, cette incapacité fondamentale se traduira de diverses façons suivant les prétentions de l'accusé. La défense d'aliénation mentale, que sous-tend l'allégation d'incapacité pénale peut, dans un cas particulier, donner lieu à une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*. Ainsi, l'accusé pourrait prétendre que sa condition mentale était telle qu'il n'agissait pas consciemment au moment où il a perpétré le crime reproché. Cette allégation s'apparente à celle d'automatisme démentiel, laquelle nie l'élément essentiel du caractère volontaire de l'*actus reus* en raison d'une cause interne – la maladie mentale de l'accusé. L'accusé pourrait aussi faire valoir que sa condition mentale était telle que, tout en agissant consciemment et volontairement, il n'avait pas la *mens rea* requise. Une personne inculpée de meurtre pourrait, par exemple, prétendre qu'au moment où consciemment et volontairement elle faisait l'acte de trancher, elle croyait qu'elle tranchait un pain en deux alors qu'en fait, elle tranchait la tête de la victime. En pareil cas, la défense d'aliénation mentale se traduit par une négation de la *mens rea*, l'accusé n'ayant eu aucune intention de causer la mort. Ou encore, une personne inculpée de meurtre pourrait soutenir que même si, consciemment et volontairement elle a posé l'acte de tuer et qu'elle désirait causer la mort de la victime, c'est que sa condition mentale l'avait portée à croire sincèrement que la victime était l'incarnation du mal et qu'elle détruirait la terre entière si elle ne la tuait pas. Dans ce cas, la défense d'aliénation mentale se traduit non pas par une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*, mais plutôt par un moyen de la nature

commet un crime à la suite d'un accès psychotique agit de manière intentionnelle au point de vue « psychologique » dans la mesure où, malgré l'intensité de son délire et la profondeur de sa folie, il sait normalement ce qu'il fait et a le désir d'accomplir l'acte à l'origine du crime²¹². Prenons par exemple le cas d'un individu qui commet un meurtre en raison des idées délirantes qui le poussaient à croire, au moment du crime, qu'il était la cible d'un complot visant à l'éliminer²¹³. Tous reconnaissent, en général, la profondeur de son délire, mais qui peut véritablement mettre en doute le fait qu'au moment du crime, l'individu avait le désir, le but d'échapper à ce prétendu complot ? C'est que malgré l'irrationalité de son geste, l'accusé poursuivait un objectif bien précis : assurer sa sécurité personnelle en se débarrassant de ses ennemis potentiels. En somme, l'aliéné est, contrairement à ce que l'on soutient généralement en droit criminel, capable de former une intention au point de vue psychologique. Son comportement n'est pas inconscient, mais plutôt orienté par une gamme de désirs dont les modalités sont ancrées à l'intérieur d'un cadre référentiel erroné ou irréel.

L'analyse du comportement intentionnel chez les enfants : Bien qu'on ne puisse assimiler complètement les enfants aux aliénés, il existe un rapprochement inévitable entre ces deux catégories d'individus²¹⁴. Michel Foucault est par exemple d'avis que « la folie est une sorte

d'une excuse ou d'une justification fondée sur le fait que la condition mentale de l'accusé l'avait rendu incapable de savoir que son acte était mauvais. »

²¹² Voir l'analyse historique de N. WALKER, *op. cit.*, note 103, p. 40 : « The maxim *actus non facit reum nisi mens sit rea* is so often repeated when the exemption of the insane is under discussion that its applicability to the insane is never questioned. It is simply assumed that the madman has no guilty intention. But if we consider the sort of crimes which Coke and Hale were concerned – which were usually homicides – it is at once obvious that this assumption needs refining. In all but the exceptional case the madman obviously does mean to kill or at least seriously injure his victim [...]. »

²¹³ Sur la schizophrénie paranoïde, voir AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, note 208, p. 287 : « Diagnostic criteria for paranoid type: A type of Schizophrenia in which the following criteria are met: A. Preoccupation with one or more delusions or frequent auditory hallucinations. B. None of the following is prominent: disorganized speech, disorganized or catatonic behaviour, or flat or inappropriate affect. »

²¹⁴ R. c. *Chaulk*, précité, note 210, 1320 : « Bien qu'on ne puisse assimiler l'état d'aliéné à celui d'enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu'elles font ressortir que l'individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel : savoir que l'accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d'un acte et de distinguer le bien du mal. Pour ce qui est de l'enfance, ces postulats fondamentaux sont mis en doute par l'immaturation de l'individu, celui-ci n'ayant pas encore acquis la capacité minimale exigée par la justice et l'équité pour être jugé au regard des normes du droit criminel. »

d'enfance chronologique et sociale, psychologique et organique de l'homme »²¹⁵. En droit criminel, le lien entre les deux conditions est si étroit que Matthew Hale, dans son célèbre traité *Historiae Placitorum Coronae*, établit la frontière qui partage les domaines respectifs de l'aliénation partielle et totale sur la base du discernement juvénile : « [T]he best measure that I can think of is this; such a person as labouring under melancholy distempers hath ordinarily as great understanding, as ordinarily a child of fourteen years hath, is such a person as may be guilty of treason or felony. »²¹⁶ À la suite du droit romain²¹⁷, les anciens criminalistes anglais et français assimilaient fréquemment la condition intellectuelle de l'enfant à celle de l'aliéné. Pour Muyart De Vouglans, « la loi assimile, aux fins du droit pénal, les insensés et les furieux, tantôt aux enfants, tantôt à des personnes absentes »²¹⁸. En dépit de son utilité pratique, ce rapprochement est beaucoup plus symbolique que réel puisque, contrairement à celui de l'aliéné, le discernement intellectuel et moral de l'enfant n'est pas diminué ou altéré, mais plutôt larvé.

Au point de vue psychologique, l'innocence morale de l'enfant découle de son immaturité intellectuelle et morale. Tout comme l'épanouissement de ses propriétés corporelles, l'éclosion de ses facultés morales et intellectuelles est un lent processus soumis aux lois naturelles régissant le développement humain. Ainsi, d'après les auteurs français Chauveau et Hélie, « la raison de l'homme ne s'éveille pas douée tout à coup de toute sa puissance. Elle participe de la longue faiblesse du corps ; elle en suit pas à pas les progrès et les développements. [...] La conscience où se développe le sens moral, se forme avec la même lenteur, mûrit son jugement avec la même peine, et parcourt les mêmes degrés. Ce n'est, enfin, qu'après de longs essais et d'inhabiles efforts que l'intelligence parvient à savoir la portée et les suites d'une action, la conscience à en poser la

²¹⁵ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 538. « Le fou dévoile la vérité élémentaire de l'homme : elle le réduit à ses désirs primitifs, à ses mécanismes simples, aux déterminations les plus pressantes de son corps. »

²¹⁶ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 30.

²¹⁷ Sur le rapport entre l'enfant et le fou délinquant en droit romain, voir H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 81 : « La deuxième conception annoncée par Pégasus et développée principalement par Ulpian repose non pas sur la pitié qu'inspire la condition de l'aliéné, mais plutôt sur l'absence d'intention criminelle proprement dite (*cum suae mentis non sit*). Dans son commentaire sur la *lex Cornelia*, Ulpian écarte la responsabilité de l'aliéné et de l'enfant. Toutefois, contrairement à Modestin, Ulpian assimile la situation du fou et de l'enfant à l'intérieur d'une argumentation purement juridique de l'infraction pénale. »

²¹⁸ Muyart DE VOUGLANS, *Les Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, Crapart et Benoît Morin, 1780, p. 27.

valeur morale. »²¹⁹ Même si l'immaturation intellectuelle et morale de l'enfant ne fait aucun doute, son comportement est empreint d'une intentionnalité quasi permanente. En effet, le jeune enfant qui bouscule ses camarades, fait de la bicyclette ou récite ses leçons agit de manière intentionnelle. Son comportement n'est pas le produit du hasard, ni d'un déterminisme juvénile, mais le résultat d'un désir visant à satisfaire un besoin qui peut être, en certaines occasions, aussi incompréhensible que mal fondé.

Deuxième sous-section : L'homme détient le monopole de la responsabilité pénale dans la mesure où il est le seul capable d'agir volontairement et de choisir sa conduite

À la suite des théologiens de la seconde partie du XIII^e siècle, la plupart des criminalistes échafaudent les fondements de la responsabilité pénale sur la base d'un acte volontaire, c'est-à-dire sur la capacité d'un individu de choisir sa conduite au moment de la commission du crime²²⁰. Au plan psychologique, est volontaire l'action qui procède des deux facultés propres à l'homme

²¹⁹ Adolphe CHAUVEAU et Faustin HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 4^e éd., 1^{er} vol. 1861, p. 478, no. 223, cité dans A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 74.

²²⁰ Pour une application de ce principe au Canada, voir *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, 34 : « Le principe selon lequel un tribunal ne devrait conclure à la culpabilité d'une personne en droit criminel que si elle était mal intentionnée existe dans tous les systèmes de droit pénal civilisés. Il repose sur le respect de la personne et la notion de libre arbitre. Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable, contraire au droit criminel, il doit accepter les peines qu'impose la loi pour le décourager de tels comportements. La justice n'exige rien de moins. » Aux États-Unis, voir *Parsons v. State*, (1887) 81 Ala. 577, 585 : « No one can deny that there must be two constituent elements of legal responsibility in the commission of every crime, and no rule can be just and reasonable which fails to recognize either of them: (1) Capacity of intellectual discrimination; and (2) freedom of will. »; *United States v. Currens*, (1961) 290 F.2d 751, 773 (3rd Circ.): « The concept of *mens rea*, guilty mind, is based on the assumption that a person has a capacity to control his behaviour and to choose between alternative courses of conduct. [...] It is only through this assumption that society has found it possible to impose duties and create liabilities designed to safeguard persons and property. [...] Essentially these duties and liabilities are intended to operate upon the human capacity for choice and control of conduct so as to inhibit and deter socially harmful conduct. When a person possessing capacity for choice and control, nevertheless breaches a duty of this type he is subjected to the sanctions of the criminal law. » En France, voir Georges VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (droit pénal général-procédure générale)*, 9^e éd., (J. Magnol), Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1947, p. 170 : « La culpabilité pénale ne peut exister chez l'auteur d'un délit qu'à la double condition : 1° qu'il ait l'intelligence et le discernement de ses actes ; 2° qu'il jouisse de la liberté de volonté, de son libre arbitre, c'est-à-dire de la faculté de choisir entre les divers motifs de conduite qui se présentent à son esprit et de se déterminer par la puissance de sa volonté, liberté dont l'existence nous est affirmée par notre conscience, par le sentiment de notre mérite et de notre démérite et par la croyance universelle. À cette condition seule le délinquant peut être déclaré en faute d'avoir commis le délit, parce qu'il l'a librement voulu et aurait pu et dû s'en abstenir. »

que sont l'intelligence et la volonté. Que l'infraction doive résulter d'une volonté libre et réfléchie pour obliger son auteur, Matthew Hale l'affirme hautement :

(1) Man is naturally endowed with these two great faculties, understanding and liberty of the will, and therefore is a subject properly capable of a law properly so called, and consequently obnoxious to guilt and punishment for the violation of that law, which in respect of these two great faculties he hath capacity to obey : (2) The consent of the will is that, which renders human actions either commendable or culpable; as where there is no law, there is no transgression, so regularly, where there is no will to commit an offense, there can be no transgression, or just reason to incur the penalty or sanction of that law instituted for the punishment of crimes and offenses. (3) And because the liberty or choice of the will presupposeth an act of the understanding to know the thing or action chosen by the will, it follows that, where there is a total defect of the understanding, there is no free act of the will in the choice of things or actions.²²¹

C'est dans la mesure où l'acte est volontaire que l'homme est moralement et pénalement responsable de sa conduite. L'exigence d'un acte volontaire en matière de responsabilité est antique. On la retrouve autant chez saint Thomas d'Aquin (« tout acte bon ou mauvais est louable ou blâmable selon qu'il est au pouvoir de la bonne volonté »²²²), chez Augustin (« c'est par la volonté que l'on pêche, et que l'on vit honnêtement »²²³), chez saint Jean Damascène (« les actes volontaires entraînent la louange ou le blâme »²²⁴), que chez Aristote (« on loue et blâme ce qui émane de notre volonté, tandis qu'on ne refuse pas son pardon et parfois même sa pitié à ce qui est accompli sans volonté de choix »²²⁵). Volonté de choix, c'est exactement de cela qu'il s'agit. L'homme est responsable, contrairement aux animaux, proclame saint Thomas d'Aquin à la question 6, article 2, parce qu'il délibère sur ses actes et dirige librement sa conduite²²⁶. Cette

²²¹ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 14 et 15.

²²² T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 21, art. 3, p. 166.

²²³ SAINT AUGUSTIN, *Retract.* I, 9. PL 32, 596. BA 12, 319, cité dans T. D'AQUIN, *id.*, tome 2, quest. 20, art. 1, p. 158.

²²⁴ SAINT JEAN DAMASCÈNE, *De Fide Orth.* 14, PG 94, 1037, cité dans T. D'AQUIN, *id.*, tome 2, quest. 6, art. 2, p. 67.

²²⁵ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 73.

²²⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 6, art. 2, p. 68 : « C'est parce qu'il délibère sur ses actes que l'homme en est le maître ; en effet le pouvoir de juger des opposés permet à la volonté de choisir entre eux. En ce sens il n'y a pas de volontaire chez les animaux. » Un peu plus loin saint Thomas réitère à nouveau son argument : « Louange et blâme ne conviennent qu'aux actes parfaitement volontaires, tels qu'on n'en trouve pas chez les animaux. »

manière de concevoir la responsabilité morale et pénale a traversé les siècles et les régions, si bien qu'on la retrouve maintenant dans la plupart des pays occidentaux, notamment en France, comme en fait foi le *Traité élémentaire de droit criminel* d'Albert Normand :

L'homme seul est pénalement responsable de ses actes, parce qu'il est un être intelligent et libre. Ainsi, le fondement de la responsabilité pénale ou l'imputabilité, sa raison d'être et sa justification, c'est la constatation chez l'agent de l'usage de la raison et de sa liberté. On ne peut déclarer responsable et punir qu'un être intelligent et libre, qui en accomplissant un acte, a compris et voulu ce qu'il faisait [...] Les autres êtres de la création n'obéissent qu'à des instincts ; étant soumis à des lois aveugles et fatales, il n'y a pas lieu pour eux à imputabilité et à responsabilité. Voilà pourquoi on ne fait plus comme autrefois le procès aux bêtes ou aux choses inanimées.²²⁷

L'acte volontaire s'inscrit, au plan psychologique, au sein d'une structure relativement précise et détaillée de l'agir humain. Son schéma comprend normalement les cinq étapes suivantes : (1) la connaissance par laquelle nous concevons les motifs et les mobiles qui entourent la commission de l'acte²²⁸ ; (2) la délibération qui permet de comparer et de peser les raisons qui poussent à agir dans un sens ou dans un autre²²⁹ ; (3) le jugement qui vient clore le processus de délibération²³⁰ ; (4) le choix par lequel l'individu se décide à agir ou, au contraire, à s'abstenir d'agir²³¹ et (5) l'exécution matérielle de l'acte en question.

²²⁷ A. NORMAND, *op. cit.*, note 27, p. 74.

²²⁸ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 83, art. 4, p. 724 : « Faire acte d'intelligence implique la simple saisie de quelque chose. C'est pourquoi l'on dit justement que les principes sont saisis par l'intelligence lorsqu'ils sont connus par eux-mêmes, sans inférence. Raisonner, c'est passer d'une connaissance à une autre. Aussi, à proprement parler, nous raisonnons à propos des conclusions, qui se font connaître à partir des principes. Il en va de même dans l'appétit : vouloir implique le simple appétit de quelque chose. »

²²⁹ *Id.*, tome 2, quest. 14, art. 1, p. 109 : « Dans l'ordre de l'action, nous l'avons vu, le choix fait suite à un jugement de la raison. Mais dans l'ordre de l'action règne une grande incertitude, car nos actions ont rapport aux singuliers contingents qui, en raison de leur variabilité, sont incertains. Or, en matière douteuse et incertaine, la raison ne prononce pas de jugement sans délibération et enquête préalable. C'est pourquoi une enquête de la raison est nécessaire avant le jugement sur ce qu'il faudra choisir, et cette enquête est appelée conseil ou délibération. C'est pourquoi le Philosophe dit que "le choix est le désir de ce dont on a d'abord délibéré". »

²³⁰ Voir T. D'AQUIN, *id.*, tome 1, quest. 83, art. 3, p. 723 : « Le jugement est pour ainsi dire la conclusion à laquelle se détermine la délibération. Or celle-ci est déterminée d'abord par le jugement de la raison et ensuite par l'acceptation de l'appétit. Ce qui fait dire à Aristote : "Ayant formé notre jugement par la délibération, nous désirons selon celle-ci." Et de cette façon le choix lui-même est regardé comme un certain jugement d'après lequel on nomme le libre arbitre. »

²³¹ Voir T. D'AQUIN, *id.*, tome 2, quest. 13, art. 6, p. 108 : « L'homme ne choisit pas de façon nécessaire. Et cela parce que, quand il est possible qu'une chose ne soit pas, son existence n'est pas nécessaire. Or, qu'il soit possible de

L'agencement des étapes dans un ordre précis ne fait pas obstacle au fait que les différentes composantes de l'acte volontaire doivent être envisagées à l'intérieur d'une structure autonome et dynamique. L'exécution matérielle de l'acte n'est donc pas indépendante des autres opérations mentales. Au contraire, le choix implique la décision de faire ou de ne pas faire. Or, on ne choisit de faire qu'au moment où l'on se met effectivement à agir. Compte tenu de l'importance du schéma classique de l'acte volontaire et de son incidence sur le reste de notre étude, nous croyons qu'il est nécessaire d'exposer ici le schéma adopté par Stephen dans son livre *A History of the Criminal Law of England* :

[A] voluntary action is a motion or a group of motions accompanied or preceded by volition and directed towards some object. Every such action, comprises the following elements – knowledge, motive, choice, volition, intention; and thoughts, feelings, and motions, adapted to execute the intention. These elements occur in the order in which I have enumerated them. Suppose a person about to act. His knowledge of the world in which he lives and of his own powers assures him that he can if he likes do any one or more of a certain number of things, each of which will affect him in a certain definite way, desirable or undesirable. He can speak or be silent. He can sit or stand. He can read or write. He can keep quiet or change his position to a greater or less extent and by a variety of different means. The reasons for and against these various courses are the motives. They are taken into consideration and compared together in the act of choice, which means no more than the comparison of motives. Choice leads to determination issues in a volition, a kind of crisis of which every one is conscious, but which it is impossible to describe otherwise than by naming it, and as to the precise nature and origin of which many views have been entertained which I need not here discuss. The direction of conduct towards the object chosen is called the intention or aim. Finally there take place a series of bodily motions and trains of thought and feeling fitted to the execution of the intention.²³²

La connaissance est donc la pierre de touche de l'acte volontaire et la clef du processus décisionnel. Sans la connaissance, il n'y a ni choix, ni décision²³³. L'homme serait en quelque

choisir ou de ne pas choisir, cela se trouve expliqué par le double pouvoir que possède l'homme. Il peut en effet vouloir et ne pas vouloir, agir et ne pas agir ; et il peut également vouloir ceci ou cela, faire une chose ou une autre. Cela tient au pouvoir même de la raison. Tout ce que celle-ci peut appréhender comme bon, la volonté peut y tendre. Or la raison peut appréhender comme bon non seulement de vouloir ou d'agir, mais encore de ne pas vouloir ou de ne pas agir. Au surplus, dans tous les biens particuliers, elle peut considérer ce qui leur vaut d'être bon ou ce qui leur manque de bien, ce qui a raison de mal ; à ce point de vue elle peut appréhender chacun de ces biens ou comme digne de choix, ou comme appelant la fuite. »

²³² F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6, p. 100.

sorte plongé dans un déterminisme aveugle et sans fin. En quoi consiste la connaissance ? Quelle est son contenu ? Sur ce point, les opinions divergent. Nous croyons, à l'instar de Stephen, que la connaissance est un concept relativement simple qui gravite principalement autour des deux pôles que sont la connaissance du milieu dans lequel le sujet se situe et celle de ses capacités personnelles. L'individu qui souhaite étancher sa soif, par exemple, se lève et se dirige vers l'endroit où il sait qu'il peut se procurer de l'eau ou une boisson quelconque. En dépit de son caractère relativement simple, cette action n'en est pas moins le résultat d'un choix conscient. La connaissance des lieux et de ses propriétés physiques permet à l'individu de satisfaire ses besoins en orientant son action. Il possède la connaissance par laquelle il dirige sa conduite, et la volonté qui lui permet d'agir. En somme, c'est dans la mesure où ses actes sont dictés par un besoin quelconque et orientés par sa connaissance des relations de cause à effet que l'homme est dit « maître de ses actions ». Il peut donc en assumer la responsabilité morale et pénale.

L'analyse du volontaire chez l'animal : Les animaux, avons-nous dit précédemment, ont longtemps été perçus comme des « automates », comme des objets entièrement déterminés par les lois de la nature²³⁴. Saint Thomas d'Aquin, par exemple, à la question 13, article 2 de la *Somme théologique*, affirme que « l'animal préfère une chose à une autre parce que son appétit se trouve déterminé à son égard par la nature. De là, sitôt que les sens ou l'imagination lui présentent un bien vers lequel il est incliné naturellement, il s'y porte sans avoir à choisir, à la manière du feu, qui sans faire aucun choix, monte et ne descend pas. »²³⁵ Comme nous le savons, la distinction entre l'homme, être doué de raison et capable de choix, et l'animal, créature sans raison qui suit fatalement l'impulsion de ses passions, est classique. Si nous acceptons en partie la dichotomie qui surplombe, depuis des siècles, le rapport entre l'homme et l'animal, nous sommes d'avis qu'elle

²³³ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 83, art. 3, p. 723 : « L'acte éminent du libre arbitre est le choix. Or le choix est de l'ordre de la connaissance, car il implique la comparaison d'une chose avec une autre, ce qui est le propre de la faculté de connaître. Donc le libre arbitre est une puissance cognitive. »

²³⁴ Voir A. SÉNIK, *loc. cit.*, note 50, 35 : « Faute de ce libre arbitre, faute d'une volonté autonome, ni les choses ni les animaux ne peuvent être tenus pour moralement responsables des faits dont ils sont seulement les causes prochaines. On ne les jugera pas, on ne les blâmera pas et on ne les louera pas, car avant d'être des causes ils ont été des effets, le long d'une chaîne que l'on pourrait remonter à l'infini, sans rencontrer jamais de cause première qui doive répondre de ses libres décisions. »

²³⁵ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 13, art. 2, p. 105.

s'appuie sur des principes qui méritent certaines corrections. Celles-ci s'articulent autour des trois postulats que sont (A) le caractère subit et non-délibéré du comportement animal, (B) l'absence d'alternative qui gouverne le passage à l'acte et, enfin, (C) l'aspect purement instinctif des connaissances animales.

A. Le caractère subit et non délibéré du comportement animal

D'après la philosophie classique, la connaissance parfaite engendre le volontaire parfait, dans la mesure où l'individu, grâce à la connaissance de son milieu et des moyens de réaliser sa fin, peut décider de se porter ou non vers elle²³⁶. En sens contraire, l'absence d'alternative dans le champ des connaissances entraîne l'effacement du volontaire au profit de l'apparition d'un déterminisme aveugle²³⁷. Tel est le cas, selon saint Thomas d'Aquin, « des animaux qui, après avoir aperçu une fin, se portent vers elle d'une façon subite et sans délibérer »²³⁸. En philosophie, le caractère impulsif et spontané du comportement animal est un argument relativement important dont les fondements sont de plus en plus contestés aujourd'hui. En effet, la nature nous offre plusieurs exemples démontrant, d'une manière convaincante, que les animaux ne suivent pas aveuglement l'impulsion de leurs passions. Prenons, à titre d'illustration, le cas d'une lionne tenaillée par la faim. Si cet animal était dirigé fatalement par ses passions, il se précipiterait sans tarder vers la première bête qu'il apercevrait. Or, comme nous l'enseigne l'étude du comportement animal, il n'en est rien. Au contraire, la lionne en tant que prédatrice possède une gamme de connaissances, à la fois innées et acquises, qui lui permet d'orienter et de diriger son agir en fonction des circonstances. Elle sait, par exemple, qu'il est difficile de chasser en plein jour, qu'il est plus profitable d'attendre la tombée de la nuit. Elle sait également qu'elle doit attaquer telle ou telle proie, en adoptant telle ou telle technique de chasse. Son comportement n'est donc pas subit, mais plutôt le résultat d'une « tactique » lui permettant de modeler ses actions en fonction de ses

²³⁶ *Id.*, tome 2.

²³⁷ *Id.*, tome 2, quest. 6, art. 2, p. 68.

²³⁸ *Id.*

besoins et de son environnement²³⁹. Autrement dit, l'animal qui obéirait fatalement à l'impulsion de ses passions serait absolument incapable de rivaliser avec les autres espèces.

B. L'absence d'alternative du comportement animal

L'un des arguments les plus souvent avancés en philosophie afin de nier aux animaux la capacité de poser des actes volontaires est la prétention selon laquelle les bêtes n'ont pas la faculté de se porter à divers objets, de choisir entre différentes alternatives²⁴⁰. Qui possède le libre arbitre, écrit saint Thomas d'Aquin, « peut vouloir et ne pas vouloir, agir et ne pas agir ». En ce sens, « on ne donne pas le nom de choix à n'importe quel désir d'un moyen en vue d'une fin, mais à celui qui comporte un certain discernement des moyens ; or celui-ci ne peut exister que là où l'appétit peut se porter vers plusieurs choses »²⁴¹. Dans la mesure où les animaux sont déterminés à une seule chose, à une seule ligne de conduite, il n'existe pas de choix chez les bêtes, affirme le théologien. Bien que cette vision soit profondément ancrée dans la pensée classique, nous croyons que l'agir animal est beaucoup plus complexe et, de manière générale, beaucoup plus sophistiqué que ne semblent l'indiquer les tenants de cette approche. En effet, la vie sauvage oblige les animaux à faire des choix. L'observation de la nature révèle d'ailleurs que les animaux d'une même espèce réagissent souvent de manière tout à fait différente à une même situation. Prenons l'exemple des loups en période d'accouplement. Comme nous le savons, seul l'*alpha* mâle a le privilège de se reproduire. Par conséquent, la compétition entre les membres de la meute est féroce et la sanction

²³⁹ Georges B. SCHALLER, *The Serengeti Lion – A Study of Predator-Prey Relations*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1972, p. 251 : « Many factors influence the success or failure of a hunt. Some of these are environmental, including time of day, brightness of moon, and wind direction, others relate directly to the lions, among them the age and sex of the hunters, the method of hunting used and the number of lions involved. » Voir également p. 253 : « Generally, hunts at night are more successful than those in the day, which is not surprising, for darkness permits lions to stalk across terrain where they would be spotted immediately in daytime. »

²⁴⁰ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 13, art. 2, p. 104 : « Puisque le choix consiste à préférer une chose à une autre, il ne peut s'exercer qu'à l'égard de plusieurs réalités susceptibles d'être choisies. C'est pourquoi il n'y a pas de choix possible chez les êtres entièrement déterminés à une seule chose. D'après ce que nous avons établi, il y a cette différence, entre l'appétit sensible et la volonté, que le premier tend de manière déterminée vers un bien particulier, conformément à l'ordre de la nature, tandis que la volonté, tout en étant elle aussi déterminée selon l'ordre de la nature vis-à-vis d'un seul objet commun, le bien, demeure cependant indéterminée par rapport aux biens particuliers. En conséquence, c'est proprement à la volonté qu'il appartient de choisir, et non à l'appétit sensible, le seul qui existe chez les bêtes. Celles-ci sont donc incapables de choix. »

²⁴¹ *Id.*, tome 2, quest. 13, art. 2, p. 105.

qui attend tous ceux osant défier l'autorité du mâle dominant est terrible. Certains font toutefois fi de ce danger et contestent le statut du loup dominant. Ainsi, tout en connaissant les conséquences de leur comportement, ils décident, à la lumière de leur connaissance de la force de l'adversaire et de leurs propres capacités physiques, d'attaquer ou non, de riposter ou de fuir. Cette décision n'est pas purement l'effet d'un instinct naturel puisque tous les mâles, arrivés à un certain âge, feraient de même, mais bien d'un rapprochement de données préalablement acquises de façon innée ou à la suite d'un certain apprentissage²⁴². En somme, l'animal a la faculté de se porter ou non à l'attaque, d'agir ou de ne pas agir : il est maître de son action²⁴³.

C. La connaissance des animaux est purement instinctive

On a longtemps cru, et on croit encore d'ailleurs dans certains milieux, que les connaissances à la base du comportement animal sont d'ordre purement instinctif. L'animal naît avec un bagage cognitif qui oriente, de façon naturellement instinctive, les fondements de son agir. Tout en reconnaissant que la nature exerce une part importante dans la transmission des connaissances d'une génération à l'autre à l'intérieur d'une même espèce, il convient de souligner que les connaissances animales participent également de l'apprentissage²⁴⁴. En effet, la plupart des

²⁴² Voir sur ce point I. D. CHASE, « Models of Hierarchy Formation in Animal Societies », (1974) 19 *Behav. Sci.* 374, 382.

²⁴³ R. LOCKWOOD, « Dominance in Wolves: Useful Construct or Bad Habit? », dans E. KLINGHAMMER (dir.), *The Behaviour and Ecology of Wolves*, New York & London, Garland, 1979, p. 240 : « Even though we can arrive at certain generalisations regarding wolf social behaviour, we must remember that each wolf, like each human being, is an intelligent and flexible individual and is in many ways, unique. »

²⁴⁴ Judith GOODENOUGH, Betty MCGUIRE et Robert A. WALLACE, *Perspectives on Animal Behaviour*, New York, John Wiley & Sons, 1993, p. 145 : « Although learning does not always fit into distinct categories and the learning that occurs in nature may not fit into a pigeon hole, it is sometimes helpful to emphasize the unique characteristics of certain ways in which learning occurs by categorising it. Some common classes are: (1) *Classical conditioning*. The animal learns to give a response normally elicited by one stimulus (the unconditioned stimulus) to a new stimulus (the conditioned stimulus) because the two are repeatedly paired. The conditioned stimulus must precede the unconditioned stimulus. If the CS is presented many times without the US, the response to the new stimulus will be gradually lost. This is called extinction. (2) *Latent learning*. Latent learning occurs without obvious reinforcement and it is not obvious until sometime later in life. The information gained through exploration is an example. (3) *Insight learning*. This type of learning occurs rapidly and without any obvious trial-and-error responses. The animal seems to draw on information gained in previous similar situations to arrive at a solution to the problem. (4) *Learning sets*. During the formation of a learning set, the subject learns how to solve problems more quickly because it has an idea of the principle of the problem as a result of experience with other similar tasks. (5) *Social learning*. The animal learns from others. Social learning may occur by watching the behaviour of another, but it may

animaux acquièrent en bas âge un ensemble d'informations qui ne sont pas transmises génétiquement, mais plutôt par la voie de l'imitation (*imprinting*)²⁴⁵ et de l'association²⁴⁶. Il est vrai que l'on ne peut comparer les connaissances de l'homme avec les connaissances ou les informations que possèdent la plupart des animaux. Toutefois, à notre avis, leur disparité tient davantage d'une différence de degré que de nature. En somme, il faut envisager les connaissances humaines et animales à l'intérieur d'un continuum, d'un axe cognitif le long duquel se situent les connaissances relativement « simples » du monde animal, les connaissances « archaïques » des peuples primitifs ainsi que les connaissances plus « développées » des sociétés dites civilisées.

Comme nous l'avons démontré un peu plus haut, c'est la connaissance, en tant que «phénomène biologique général d'assimilation et d'adaptation»²⁴⁷, qui oriente et éclaire nos actions. Que cette connaissance soit innée ou acquise, abstraite ou pratique, importe peu. Ce qui compte est que l'information à partir de laquelle un individu agit soit adaptée au milieu dans lequel il évolue. Nous appelons ce principe l'*adaptabilité des connaissances*. D'après celui-ci, le degré et la nature des connaissances varient d'une société à l'autre, d'une espèce à l'autre, sans pour autant influencer sur la qualité de l'agir²⁴⁸. À titre d'illustration, prenons le cas des peuples « primitifs

also occur by simpler means. Some customs spread rapidly throughout populations of animals by social learning, but some traditions may arise through individual learning. (6) *Play*. Play is expressed in a variety of ways: mock fighting and chasing, exercise, and manipulation of toys. Hypotheses for the function of play include that it improves physical condition, is important in developing social skills and bonds, and helps animals learn or perfect specific skills. »

²⁴⁵ D. MCFARLAND, *op. cit.*, note 201, p. 400 : « Lorenz believed that *imprinting* was fundamentally different from other forms of learning, but this is not a popular view today. *Imprinting* involves a narrowing of pre-existing preferences, a process that has much in common with other forms of perceptual learning. »

²⁴⁶ *Id.*, p. 377 et 378 : « In summary, we have seen that animals can learn to associate two events if the relationship between them conforms to what we normally call a causal relationship. Thus animals can learn that one event (the cause) predicts another event (the effect) or that one event predicts that another event (non-effect) will not occur. They also can learn that certain *stimuli* predict no consequences in a given situation or that a class of *stimuli* (including the animal's own behaviour) is causally irrelevant. The conditions under which these types of associative learning occur are those that we would expect on the hypothesis that animals are designed to acquire knowledge about the causal relationship in their environment. Thus the animal must be able to distinguish potential causes from contextual cues, and for this to occur there must be some surprising occurrence that draws the animal's attention to particular events, or the events must be (innately) relevant to particular consequences. If these conditions are not fulfilled, contextual cues may overshadow potential causal events, or learning may be blocked by prior associations with a now irrelevant cue. Thus the conditions under which associative learning occurs are consistent with our common sense views about the nature of causality. *They are not consistent with the traditional view that animal learning is an automaton-like association of stimulus and response.* »

²⁴⁷ QUILLET et GROLIER, *Dictionnaire encyclopédique Quillet-Grolier*, Montréal, Grolier, 1972, p. 1470.

»²⁴⁹ dont le mode de vie est relativement rudimentaire. Malgré le degré peu élevé de connaissances scientifiques qu'ils possèdent, les peuples primitifs ont un agir tout aussi volontaire que celui des sociétés dites civilisées, dans la mesure où leur niveau de connaissances est parfaitement adapté aux conditions internes et externes de leur milieu. On retrouve le même phénomène chez les animaux. C'est pourquoi, il s'avère inutile de comparer d'une manière qualitative le registre des connaissances animales avec celui de l'homme. Si l'on ne peut préjuger du *degré* de connaissances ou d'informations que possèdent ces organismes cognitifs, il est possible de cerner et de comparer la *nature* des connaissances qui gouverne chaque espèce. C'est là la seule question qui mérite, à nos yeux, une analyse d'ordre scientifique. Nous savons, par exemple, que l'homme dirige son agir moral en fonction de certaines règles d'éthique, que la lionne chasse à partir de stratégies et de tactiques modelées selon les caractéristiques de son environnement²⁵⁰, etc. En résumé, la volonté (et par conséquent l'acte volontaire), qu'elle soit animale ou humaine, se définit comme

²⁴⁸ E. VON GLASERFELD, *loc cit.*, note 65, 23 et 24 : "C'est précisément en ce sens que le mot *fit* (apte) est employé dans les théories darwiniennes et néodarwiniennes de l'évolution. Malheureusement, Darwin lui-même a employé l'expression "persistance du plus apte", ouvrant ainsi le chemin à la conception insensée selon laquelle on pourrait considérer certains organismes comme plus aptes que d'autres, et parmi ces derniers en trouver même un qui soit le plus apte. Mais, dans le cadre d'une théorie pour laquelle la persistance est le seul critère de sélection des espèces, il n'y a que deux possibilités : ou bien une espèce est adaptée (ou convient) à son environnement (comprenant les autres espèces), ou bien elle ne l'est pas ; autrement dit, elle survit ou elle disparaît. Seul un observateur extérieur qui introduit d'autres critères (par exemple, l'économie, la simplicité ou l'élégance de la manière dont un organisme persiste), et pose donc délibérément des valeurs autres que la persistance, seul cet observateur pourrait avancer des jugements comparatifs sur la persistance plus ou moins "bonne" de ces organismes. »

²⁴⁹ QUILLET et GROLIER, *op. cit.*, note 247, p. 5474 : « Malgré toutes ses imperfections, et en dépit de critiques méritées, il semble bien que faute d'un meilleur terme, celui de "primitif" ait définitivement pris place dans le vocabulaire ethnologique et sociologique contemporain. Nous étudions donc des sociétés "primitives". [Claude Lévi-Strauss] »

²⁵⁰ Sur le processus d'apprentissage des techniques de chasse chez le lion, voir G.B. SCHALLER, *op. cit.*, note 239, p. 263 : « Cubs have few opportunities to stalk and kill prey. Gazelle are not captured by cubs less than 15 months old, and large animals such as zebra are usually attacked by adults rather than the youngsters in a group. At the age of two years most cubs have probably never hunted large prey successfully on their own, although they may have participated in the stalking and killing. Some female cats promote the learning of skills connected with hunting in their young by creating situations where these can be practised. Cheetah, for example, may bring a gazelle fawn to their young and release it, and a tigress may pull down a buffalo and let her cubs kill it. Such behaviour was extremely rare in lions; only one female was seen to carry a living gazelle fawn to her cubs. However, young lions have the opportunity to learn stalking techniques and killing methods by observing adults. They trail along on hunts when only a few months old, and on one occasion, when a lioness captured a zebra in a stream bed, 13 cubs lined up along the bank and watched her strangle it. [...] Thus cubs may have learned the hunting techniques before they have had much experience. Errors in the actual performance are not critical to the survival of cubs, for their association with adults continues until they are at least 2 1/2 years old, longer than any other cat. The role of the lioness is largely one of providing the correct situation for evoking *the developing repertoire of responses* of the young who are thus enabled to educate themselves. »

le « résultat d'une interaction nécessaire entre l'intelligence consciente et l'environnement »²⁵¹, entre la connaissance et l'expérience.

Des commentaires qui précèdent, il s'ensuit que l'animal et l'homme n'ont pas le même niveau d'intelligence, ni probablement la même manière de se lancer dans l'action. Pourtant il ne faut pas se tromper. L'animal, en raison de sa capacité de passer d'une connaissance à l'autre, peut orienter ses actions et diriger sa conduite²⁵². Le choix étant, d'après Aristote, « le désir des choses qui sont en notre pouvoir »²⁵³, nous croyons que l'animal, malgré le fait que la plupart de ses actions découlent d'une connaissance innée, est en mesure de diriger pleinement son agir. Il n'est pas question ici d'associer directement la volonté humaine avec la volonté animale, loin de là, mais bien de souligner le caractère générique de la notion de libre arbitre et la nécessité d'élaborer ce concept à la lumière de l'objet auquel il se rapporte.

L'analyse du comportement volontaire chez les aliénés : L'acte éminent du libre arbitre, écrit saint Thomas d'Aquin à la question 83, article 3 de la *Somme théologique*, est le «choix»²⁵⁴. Or le choix, d'après le disciple d'Albert le Grand, est de l'ordre de la connaissance, « car il implique la comparaison d'une chose avec une autre, ce qui est le propre de la faculté de connaître »²⁵⁵. Comme nous l'avons déjà souligné, ce n'est pas le contenu ou la nature même des informations à partir desquelles nous agissons qui déterminent la volonté d'un acte, mais bien l'utilisation de cette connaissance dans la direction de l'agir. C'est dans cette perspective qu'il faut envisager le caractère volontaire du comportement des aliénés en général, et des schizophrènes en particulier.

²⁵¹ E. VON GLASERFELD, *loc. cit.*, note 65, 27.

²⁵² Paul FOULQUIÉ, *La volonté*, Paris, P.U.F., 1972, p. 14 : « Le caractère essentiel de l'animal est l'affectivité, ou plus exactement – le mot "affectivité" ne s'appliquant guère qu'aux formes supérieures du psychisme – la faculté de sentir, c'est-à-dire d'éprouver plaisir et douleur. Cette capacité de sentir va transformer radicalement la conduite de l'animal dont l'activité sera stimulée *par l'attrait de ce qui lui est agréable et par le désir d'écarter ce qui le fait souffrir*. Mais la sensation fait aussi connaître les objets qui la provoquent. Grâce à elle, l'animal a des perceptions dont le souvenir est conservé. Ces représentations lui permettent de diriger son action ; il se propose un but à atteindre ; s'il tâtonne d'abord dans ses démarches vers lui, ses tâtonnements se pénètrent peu à peu de savoir et d'intelligence ; il en vient enfin à *choisir* d'emblée le moyen qui conditionne l'obtention de ce qu'il désire. »

²⁵³ Cité dans T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 13, art. 1, p. 103.

²⁵⁴ *Id.*, tome 1 quest 83 art. 3, p. 723.

²⁵⁵ *Id.*, tome 1, quest. 83, art. 3, p. 723.

Comme nous le savons maintenant, la schizophrénie entraîne habituellement chez le sujet l'apparition d'idées délirantes, c'est-à-dire de croyances erronées découlant d'une distorsion de la vérité et du monde extérieur. Bien qu'il soit difficile, encore aujourd'hui, de mesurer avec exactitude l'emprise des troubles psychotiques sur le mode de pensée des personnes souffrant de cette maladie²⁵⁶, nous pouvons affirmer que les sujets aux prises avec des idées délirantes agissent en fonction d'informations erronées, c'est-à-dire à partir de connaissances qui n'ont pas d'ancrage dans la réalité. Malgré le caractère chimérique des renseignements à partir desquels ils orientent leurs actions, les aliénés se comportent volontairement dans la mesure où ils dirigent et sélectionnent leurs conduites selon les mêmes procédures et les mêmes critères d'évaluation que les personnes saines d'esprit. Nous nous expliquons.

Un acte est volontaire, aux termes de la philosophie classique, dans la mesure où il recouvre les éléments suivants : *connaissance, motif, choix, volition, intention* et, enfin, *exécution*. Comme nous l'avons déjà expliqué, la nature et la validité des *connaissances* en fonction desquelles une personne agit peut affecter la valeur morale d'un acte, mais n'a aucune incidence sur son caractère volontaire. Si, par exemple, un père décide d'immoler son fils sur un bûcher « pour obéir à la voix d'un ange qui lui ordonne d'imiter le sacrifice d'Abraham »²⁵⁷, il commet un acte ignoble et tragique, qui reste néanmoins volontaire dans la mesure où le sujet applique ses connaissances dans le cadre d'un processus visant à déterminer sa conduite. En fait, le père est mû par des informations qui proviennent, d'une part, de sa connaissance du monde qui l'entoure et, d'autre part, de ses idées délirantes. Il est déchiré entre l'amour qu'il a pour son fils et la volonté d'obéir au commandement céleste. Même si son choix est fondé, en grande partie, sur une connaissance inadéquate de la réalité, son action demeure le résultat d'un processus de *délibération* qui implique à la fois une comparaison des *motifs et une prise de décision*²⁵⁸.

²⁵⁶ Voir à ce sujet AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, note 208, p. 279 : « Although basic intellectual functions are classically considered to be intact in Schizophrenia, some indications of cognitive dysfunction are often present. The individual may be confused or disoriented or may have memory impairment during a period of exacerbation of active symptoms or in the presence of very severe negative symptoms. Lack of insight is common and may be one of the best predictors of poor outcome, perhaps because it predisposes the individual to noncompliance with treatment. Depersonalization, derealization, and somatic concerns may occur and sometimes reach delusional proportions. »

²⁵⁷ J.-É. ESQUIROL, *op. cit.*, note 202, p. 100 et 101.

Il est intéressant de comparer, au point de vue psychologique, la conduite des personnes souffrant d'idées délirantes et les actes perpétrés par certains membres de sectes religieuses. L'individu qui, guidé par les commandements de sa religion, refuse à son fils une transfusion sanguine nécessaire à sa survie n'agit-il par en fonction de croyances erronées, c'est-à-dire à partir d'informations sans fondements dans la réalité ? Et pourtant, qui oserait mettre en doute le caractère volontaire de son acte ? Ce que nous voulons démontrer ici, ce n'est pas que les personnes souffrant de troubles mentaux doivent être tenues responsables de leurs actes. C'est plutôt que l'exclusion des aliénés de la sphère pénale doit reposer non pas sur le caractère involontaire de leurs actes ou sur l'aspect irréel des connaissances à partir desquelles ils orientent et sélectionnent leurs conduites, mais sur des fondements qui tiennent compte de leur incapacité à obéir à la loi pénale.

L'analyse du comportement volontaire chez les enfants : Contrairement aux aliénés, les enfants possèdent une vision relativement juste de leur environnement. Le choix, estime le Docteur angélique, consiste à préférer une chose à une autre²⁵⁹. Or, les enfants sont capables de juger des opposés. Ils sont donc capables de choix. Comme l'indique ce syllogisme, l'exemption de responsabilité pénale accordée aux enfants en droit criminel ne repose pas sur l'absence de volonté, ni d'ailleurs sur le manque de connaissance du bien et du mal, mais plutôt sur leur incapacité d'appliquer cette connaissance à une situation pratique. En effet, si les enfants d'un certain âge connaissent les interdits moraux de la société, leur immaturité intellectuelle et morale les empêche de saisir toutes les implications des actes qu'ils posent. En somme, contrairement à l'aliéné qui agit à partir d'idées délirantes, de connaissances erronées, l'enfant est guidé par des connaissances réelles mais imparfaites du monde qui l'entoure. Il est donc incapable de saisir toute la signification morale de ses actes ainsi que les conséquences de ses gestes.

²⁵⁸ *Id.*, p. 421 et 422. Cette caractéristique n'échappait pas aux aliénistes des XVIII^e et XIX^e siècles. À cet égard, voir, par exemple, les commentaires d'Esquirol sur la lypémanie : « Les lypémaniques ne sont jamais déraisonnables, même dans la sphère des idées qui caractérisent leur délire. Ils partent d'une idée fausse, de principes faux, mais tous leurs raisonnements, toutes leurs déductions sont conformes à la plus sévère logique. Pour ce qui est étranger à leur délire, ils sont comme tout le monde, appréciant les choses, jugeant très bien des personnes et des faits, raisonnant tout aussi juste qu'avant d'être malades, mais le caractère, les affections, les habitudes, la manière de vivre du mélancolique ont changé, comme il arrive toujours dans le délire, parce que le délire altère les rapports naturels entre le moi et le monde extérieur. »

²⁵⁹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 13, art. 2, p. 104.

Conclusion : Il n'est pas philosophiquement établi, même si la tradition classique échafaude le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale sur la présence d'un acte volontaire et sur sa capacité de choix, que cette faculté appartienne exclusivement à l'homme. D'ailleurs, il n'est pas certain non plus que celui-ci soit lui-même doué du libre arbitre²⁶⁰ puisque, selon Aristote, « est libre ce qui est cause de soi et n'est pas libre ce qui reçoit son mouvement d'un autre »²⁶¹. Or, d'après le Livre des Proverbes (21 : 1), « Dieu met en mouvement la volonté de l'homme ». En effet, « [l]e cœur du roi est dans la main du Seigneur qui le tourne dans le sens qu'il veut. »²⁶² Les commentaires de saint Paul révèlent eux aussi l'importance de la Providence dans la manifestation de la volonté humaine : « C'est Dieu qui opère en nous le vouloir et l'agir. L'homme n'a donc pas le libre arbitre. »²⁶³ Cette vision déterministe de l'homme fut reprise et développée à la fin du XIX^e siècle par l'école positiviste italienne. Contrairement à la théorie classique et à la philosophie traditionnelle dont les prémisses reposent sur la notion de libre arbitre, l'École positiviste rejette complètement l'idée de faute morale et de liberté individuelle, au profit d'une approche déterministe et fataliste de l'*homo delinquis*. Ainsi, pour Enrico Ferri, « l'homme est une machine, en ce sens qu'il ne fournit rien de plus dans ses actes que ce qu'il reçoit du milieu tant physique que moral où il vit »²⁶⁴.

²⁶⁰ Sur le déterminisme humain, voir la liste des objections auxquelles est confronté le Docteur angélique dans saint Thomas D'AQUIN, *La somme théologique – L'âme humaine*, Paris, Desclée, 1949, quest. 13, art. 1, p. 316-318 : « (1) Il semble que l'homme ne soit pas libre. Celui qui est libre, fait ce qu'il veut. Or l'homme ne fait pas ce qu'il veut. Saint Paul dit en effet : "Je ne fais pas le bien que je veux, et je fais le mal que je ne veux pas". L'homme n'a donc pas le libre arbitre. (2) Qui possède le libre arbitre, peut vouloir et ne pas vouloir, agir et ne pas agir, Mais cela n'appartient pas à l'homme. Selon le mot de saint Paul, ni le vouloir n'appartient à celui qui veut, ni la course à celui qui court. L'homme n'a donc pas le libre arbitre. (3) Quiconque est libre, est maître de ses actes. Mais l'homme ne l'est pas. Il est écrit en Jérémie : "Ce n'est pas à l'homme qu'appartient sa voie, ce n'est pas à l'homme de diriger ses pas". L'homme n'est donc pas libre. (4) "Tel est un être, telle lui paraît la fin". Mais il n'est pas en notre pouvoir d'être de telle ou telle façon : cela nous est donnée par la nature. Il nous est donc naturel de suivre une fin déterminée. Nous ne l'atteignons donc pas librement. »

²⁶¹ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39.

²⁶² T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 83, art. 1, p. 317.

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ E. FERRI, *op. cit.*, note 58, p. 334. Voir également à la p. 230 : « Le niveau de criminalité est, chaque année, déterminé, par les différentes conditions du milieu physique et social combinées avec les tendances congénitales et avec les impulsions occasionnelles des individus, selon une loi que, par analogie avec ce qu'on observe en chimie, j'ai appelée loi de *saturation criminelle*. Comme dans un volume d'eau donné, à une température donnée, se dissout une quantité déterminée d'une substance chimique, pas un atome de plus et pas un de moins, de même dans un milieu social donné, avec des conditions individuelles et physiques données, il se commet un nombre déterminé de délits, pas un de plus, pas un de moins. »

Qui peut dire avec exactitude si l'animal et l'homme sont déterminés ou doués de libre arbitre ? Personne. Une chose semble certaine toutefois : ils agissent, tous deux, en vue d'assurer leur bien-être. Peu importe que les connaissances sur lesquelles ils fondent leurs actions soient innées ou acquises, simples ou complexes, leur appétit est naturellement attiré ou repoussé par une chose en fonction de leur connaissance. En somme, s'il existe un déterminisme, il s'inscrit dans une mécanique naturelle, dans une volonté de bien-être. Telle la gravité sur les corps physiques, une force invisible, centrifuge attire l'homme²⁶⁵ et l'animal vers leur bien-être. Le succès ou le malheur de leur existence repose dès lors sur l'habileté avec laquelle ils arrivent à contourner les écueils et les obstacles qui se dressent sur le chemin du bien-être.

Troisième sous-section : L'homme détient le monopole de la responsabilité pénale dans la mesure où il est le seul capable de connaître le bien et le mal

L'attribution du monopole de la responsabilité pénale en droit criminel en fonction de la capacité de l'homme de discerner le bien du mal, le bon du mauvais est un phénomène bien connu de la plupart des juristes. En fait, l'idée de la connaissance du bien et du mal est antique ; elle plonge ses racines au cœur des anciennes Écritures et plus précisément dans le texte de la Genèse :

And out of the ground the Lord God made to grow every tree that is pleasant to the sight and good for food, the tree of life also in the midst of the garden, the tree of the *knowledge of good and evil*. And the Lord God commanded the man, saying, "You may freely eat of every tree of the garden; but of the tree of the *knowledge of good and evil* you shall not eat, for in the day that you eat of it you shall die."

But the serpent said to the woman, "You will not die. For God knows that when you eat of it your eyes will be opened, and you will be like God, *knowing good and evil*."

Then the Lord God said, "Behold, the man has become like one of us, *knowing good and evil*; and now, lest he put forth his hand and take also of the tree of life, and eat, and live

²⁶⁵ P. FOULQUIÉ, *op. cit.*, note 252, p. 22. « Le souvenir des douleurs particulièrement cuisantes ou de jouissances procurant une satisfaction profonde reste là, repoussant ou attirant, et nous porte comme d'instinct à empêcher que se réalisent les conditions dans lesquelles nous nous heurterions à la même souffrance ou, au contraire, à réaliser celles qui occasionneraient le même plaisir. »

for ever” – therefore the Lord God sent him forth from the garden of Eden, to till the ground from which he was taken.²⁶⁶

À travers la notion de péché et l’idée de la Chute morale, la personnalité de l’homme se précise en ce sens que l’homme, à cause de sa désobéissance originelle, participe désormais d’une humanité déchue, mais d’une humanité qui emprunte à Dieu la capacité de connaître et de discerner le bien du mal²⁶⁷. L’homme de péché, sous l’effet d’un étrange glissement de pouvoir, acquiert une nouvelle nature, une nouvelle figure qui lui permet, grâce à sa capacité de discerner le bien du mal, d’assurer la place qu’il occupe dans l’ordre de la création.

L’idée voulant que l’homme possède la capacité naturelle de discerner le bien du mal, le bon du mauvais est extrêmement séduisante au point de vue philosophique. Malheureusement, il s’agit d’une affirmation dépourvue de tout fondement scientifique. L’homme, à la naissance, ne possède aucune idée de ce qu’il doit ou ne doit pas faire. En effet, l’observation empirique démontre assez clairement l’inexistence d’une définition universelle et intemporelle du bien et du

²⁶⁶ GENÈSE, 2 : 8 ; 3 : 21 à 24. Cité dans Anthony PLATT et Bernard L. DIAMOND, « The Origins of the Right and Wrong test of Criminal Responsibility and its Subsequent Development in the United States: An Historical Survey », (1966) 54 *Cal. L. Rev.* 1227, 1227 et 1228. Selon ces deux auteurs : « There are, as far as we can ascertain, only six other places in the Old and New Testaments where the phrase, "knowledge of good and evil," or a synonym, can be found. The meaning of this phrase, as it is used in the Bible and the criminal law, is not at all clear and has traditionally been subjected to ambiguous interpretations. In its original idiomatic sense it meant the "knowledge of all things, both good and evil", and was not intended to depict a man's capacity for moral choice. One Biblical commentator has observed that the ordinary explanation of the phrase "good and evil" in the literal sense, assumes that God would for any reason withhold from man the ability to discern between what is morally right and wrong – a view which contradicts the spirit of the scripture. This interpretation is supported by the fact that Adam's decision to eat from the tree was in itself a morally significant act. Although "good and evil", as originally used, signified perfect wisdom, the phrase as subsequently used does refer more specifically to moral capacity. Thus Solomon asked God to grant him *an understanding mind to govern thy people, that I may discern between good and evil...* »

²⁶⁷ Voir également W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 1, p. 40, où une toute autre explication de la capacité que possède l’homme de juger le bien et le mal est proposée : « Considering the creator only as being of infinite *power*, he was able unquestionably to have prescribed whatever laws he pleased to his creature, man, however unjust or severe. But as he is also a being of infinite *wisdom*, he has laid down only such laws as were founded in those relations of justice, that existed in the nature of things antecedent to any positive precept. These are the eternal, immutable laws of good and evil, to which the creator himself in all his dispensations conforms; and which he has enabled human reason to discover, so far as they are necessary for the conduct of human actions. Such among others are these principles: that we should live honestly, should hurt nobody, and should render to every one his due; to which three general precepts Justinian has reduced the whole doctrine of law. » Voir aussi, vol. 1, à la p. 125 : « The absolute rights of man, considered as a free agent, endowed with discernment to know good from evil, and with power of choosing those measures which appear to him to be most desirable, are usually summed up in one general appellation, and denominated the natural liberty of mankind. This natural liberty consists properly in a power of acting as one thinks fit, without any restraint or control, unless by the laws of nature; being a right inherent in us by birth, and one of the gifts of God to man at his creation. »

mal. Si ces concepts ne correspondent à aucune réalité précise, à aucun point de référence universel, nous sommes en droit de nous demander : « Qu'est-ce que le bien et le mal ? » et surtout, « Qu'est-ce que discerner le bien du mal ? » Pour nous, le bien et le mal sont des notions relatives élaborées par différentes cultures afin d'assurer un minimum d'ordre et de stabilité dans la communauté²⁶⁸.

L'homme, comme nous l'avons dit, naît sans aucune idée du bien et du mal. Ce n'est que par la suite, sous l'influence des enseignements de la société, qu'il acquiert la connaissance morale nécessaire pour orienter et contrôler ses actions. L'enfant échoué sur une île lointaine, à qui l'on apprend pendant de nombreuses années que tuer est bon moralement, peut assassiner, sans aucun remord, la première personne qu'il apercevra à son retour sur le continent. Faut-il conclure pour autant qu'il a une vision fautive du bien et du mal, ou qu'il est incapable de distinguer entre ces deux extrêmes? Nous ne croyons pas. Le rapport entre le bien et le mal est un concept dont le contenu peut varier grandement d'une société à l'autre, d'une époque à l'autre, dans la mesure où il est parfaitement modelé à son mode de fonctionnement. En somme, l'Homme est incapable de discerner naturellement le bien du mal, car il n'existe aucune notion préformée de ces concepts. Il peut toutefois obéir aux enseignements véhiculés par la société à laquelle il appartient, car il possède les facultés cognitives lui permettant de comprendre et d'assimiler ces principes.

Deuxième section : L'établissement d'un nouveau paradigme en matière d'imputabilité pénale

Maintenant que nous avons cerné les principales théories en matière d'imputabilité pénale et démontré en quoi elles étaient toutes, d'une manière ou d'une autre, fondées sur des prémisses philosophiques intéressantes mais difficilement vérifiables, nous allons tenter d'inscrire les conditions essentielles de l'imputabilité dans un système qui tient véritablement compte de la nature de l'homme et des caractéristiques qui déterminent sa conduite au point de vue pénal. Tout d'abord, en quoi consiste la responsabilité pénale ? Quelle est sa nature première, son mode

²⁶⁸ Voir les commentaires d'A. SÉNIK, *loc. cit.*, note 50, 45 : « L'homme est devenu libre, responsable et punissable, parce qu'il s'est donné le moyen et l'obligation, non seulement de choisir entre le mal et le bien, mais de décider lui-même ce qui est bien ou mal. Tel est l'effet de l'accès au langage symbolique. »

d'application ? La responsabilité pénale, nous l'avons dit, se veut un système de responsabilité et de sanction créé par l'homme, pour l'homme ; son objet est de quadriller l'espace social d'une communauté, d'assurer une certaine « normalisation » des relations entre ses membres et de jeter les bases d'un système visant à orienter et contrôler leur conduite. En s'adressant à l'homme, la responsabilité pénale doit rechercher en lui ce qui le différencie des animaux, des aliénés et des enfants ; elle doit en somme établir son champ d'action sur la base de ce qui appartient à l'homme et uniquement à lui²⁶⁹. Or, ce qui distingue l'homme des «autres sources possibles de dommages sociaux»²⁷⁰, c'est la nature de la connaissance à partir de laquelle il dirige ses actions. Si l'homme est l'unique titulaire de la responsabilité pénale, c'est tout simplement parce qu'il est l'objet des enseignements pénaux ; c'est vers lui et en fonction de lui que sont dirigés les commandements de la loi. En d'autres termes, bien que les animaux, les aliénés et les enfants orientent leurs conduites en fonction de connaissances spécifiques, seul l'individu sain d'esprit et d'un certain âge est *capable* (1) de connaître ce qui est légal ou illégal et (2) d'orienter son agir de cette connaissance (*Capable of understanding it [the law] and of conforming himself to it*). En intégrant le monopole de la responsabilité pénale à l'intérieur d'une approche cognitive de la loi pénale, nous entendons situer la notion d'imputabilité dans son contexte naturel et, plus largement, dans un environnement qui tient compte à la fois des connaissances modernes du comportement humain et de l'évolution des principaux moyens de défense en droit criminel.

Première sous-section : La capacité de connaître les commandements de la loi pénale

Comme nous l'avons déjà expliqué, la responsabilité pénale, au sens moderne du terme, n'est pas un phénomène naturel. Il s'agit plutôt d'un phénomène construit et déterminé par la société, en fonction de ses intérêts propres. De façon pratique, la responsabilité pénale occupe une fonction sociale complexe ; son objet est de sanctionner les actes qui contreviennent aux enseignements de la loi et de punir les personnes qui désobéissent aux commandements du droit criminel. Contrairement à la responsabilité morale qui repose en grande partie sur des modes de

²⁶⁹ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 18.

²⁷⁰ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 18.

comportements abstraits et sur des usages qui peuvent varier d'un milieu à l'autre, la responsabilité pénale s'appuie sur des principes explicites gravés dans la loi. Ces principes, une fois fixés, déterminent le contrôle, l'assujettissement et la disqualification de l'individu au regard de la responsabilité pénale ; autrement dit, ce sont les enseignements de la loi qui caractérisent la sanction pénale par rapport aux autres types de sanction. L'importance des commandements de la loi en matière de responsabilité pénale rejaillit bien entendu sur le concept d'imputabilité. En effet, comme nous l'avons énoncé précédemment, la connaissance est la cause motrice de la volonté et du libre arbitre. Sans elle, il n'y a ni choix, ni volonté. L'acte éminent du libre arbitre, observe saint Thomas d'Aquin, est le «choix»²⁷¹. Or le choix est de l'ordre de la connaissance, car il implique une compréhension de ce qui est possible. En d'autres termes, la connaissance oriente nos actions et détermine, en grande partie, la valeur morale de notre conduite. Le droit criminel, pour être efficace, exige donc une connaissance des commandements de la loi pénale qui constitue la clé de l'acte criminel, dans la mesure où elle conditionne le blâme moral à la source du jugement appréciatif.

La différence entre la responsabilité morale et pénale : En droit criminel, il existe, à l'heure actuelle, une certaine confusion entre les concepts de responsabilité morale et de responsabilité pénale. Cette équivoque découle, en majeure partie, de la place importante qu'occupe la faute morale et matière de responsabilité pénale²⁷². D'après le célèbre juriste français Joseph Ortolan, « toute force animée ou inanimée, qui agit sans être en état de connaître le bien ou le mal moral de son action, ne saurait avoir du mérite ou du démérite dans cette action, ne saurait être tenue en bien

²⁷¹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 83, art. 3, p. 723.

²⁷² Sur le rapport entre l'innocence morale et le caractère involontaire au sens moral et pénal, voir *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, par. 41 : « L'assimilation du caractère involontaire au sens moral et l'innocence morale représenterait une dérogation importante au raisonnement suivi dans les arrêts *Perka* et *Hibbert*. Cela irait à l'encontre de la conceptualisation, par notre Cour, de la contrainte en tant qu'excuse. La conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi. Une fois les éléments d'une infraction établis, l'accusé ne peut plus être considéré comme étant sans reproche. Notre cour n'a jamais utilisé le concept du caractère irréprochable de l'acte pour d'autres fins que la conclusion initiale de culpabilité, et elle ne devrait pas le faire non plus en l'espèce. Parce que le concept du caractère irréprochable au sens moral reste indéfinissable et qu'il risque d'avoir une grande portée, nous ne pouvons pas reconnaître que, dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*, il demeure pertinent à d'autres fins que la conclusion initiale de culpabilité. Une conclusion contraire introduirait une incertitude inacceptable dans le droit. Cette conclusion violerait notre obligation de ne classer que les concepts circonscrits et susceptibles d'être définis de façon raisonnablement précise parmi les "principes de justice fondamentale". »

ou en mal d'en répondre »²⁷³. Bien que nous partagions entièrement ce point de vue, il apparaît important d'introduire une distinction quant à la nature même de la responsabilité en jeu. En effet, contrairement à la situation qui prévaut en matière de responsabilité morale, le regard de la justice, en matière de responsabilité pénale, ne doit pas se poser sur la connaissance du bien et du mal, du juste et de l'injuste, mais bien sur la connaissance de l'illégalité de l'acte. Changement de responsabilité, changement d'objet. En substituant la responsabilité pénale à la responsabilité morale, l'État doit s'assurer que le citoyen possède, au moment de la commission du crime, un minimum de connaissance quant à la coloration pénale de l'acte en question.

L'existence d'une présomption juridique de connaissance de la loi : Comme nous le savons, la capacité de connaître les enseignements de la loi pénale est établie, de nos jours, à l'aide d'une présomption de connaissance de la loi, qui s'appuie sur le célèbre adage latin *nemo censetur ignorare legem*²⁷⁴. Au plan juridique, cette maxime repose sur une nécessité pratique et, de façon plus directe, sur l'impossibilité de connaître toutes les prescriptions pénales. Bien que la capacité de connaître la loi pénale soit régie par une présomption juridique, par une pure fiction de la loi, il reste que la connaissance de la législation pénale, qu'elle soit imputée ou réelle, est la pierre de touche de la responsabilité pénale. En effet, la connaissance de la loi est antérieure à la question du libre arbitre. Autrement dit, la désobéissance aux règles du droit pénal nécessite une

²⁷³ J. ORTOLAN, *op. cit.*, note 183, p. 102.

²⁷⁴ "Nul n'est censé ignorer la loi." Pour une application de ce principe au Canada, voir G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 1071 et 1072 : « L'erreur de droit ne peut en principe avoir aucune incidence sur la *mens rea* d'un individu. Cette règle se retrouve à l'article 19 du *Code criminel*, voulant que l'ignorance de la loi ne puisse constituer ni une excuse ni une justification pour la perpétration d'une infraction criminelle : Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé. Certes, on peut s'interroger sur la rigidité et la pertinence même de cette disposition si on considère qu'il est admis de nos jours que le principe "nulle peine sans faute" est fondamental en droit pénal. Comment en effet peut-on justifier la punition d'une personne qui se trouvait dans l'impossibilité absolue de connaître une nouvelle loi ou qui s'est basée sur une fausse interprétation de la loi existante soumise par des autorités compétentes, ou encore qui s'est retrouvée devant deux ou trois interprétations différentes faites par des savants juristes ? » Pour une critique de cette règle en France, voir notamment R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 185, p. 430 : « Cette présomption de connaissance de la loi ne paraît pas toujours très réaliste ni très juste. Elle fonctionnerait sur merveilles dans une minuscule nation dont les sages dirigeants légiféreraient peu, et dont le peuple assemblé entier sur la place publique serait périodiquement informé avec une extrême minutie des prescriptions légales. Elle fonctionnerait aussi sans inconvénient dans un État, si important soit-il, dont la législation pénale n'incriminerait que les infractions à la loi naturelle (défense de tuer, de voler, etc.) dont chacun perçoit, par les seules indications de sa conscience, le caractère répréhensible. Mais de nos jours, qui peut se vanter d'être au courant de toutes les défenses et prescriptions pénales qui se multiplient, s'artificialisent de plus en plus (en matière économique notamment), et qui débordent largement les limites étroites du Code pénal. »

compréhension intelligente des commandements de la loi, compréhension dont la difficulté en pratique intensifie l'importance de la capacité que possède l'individu à obéir aux prescriptions légales.

Deuxième sous-section : La capacité d'orienter sa conduite en fonction des exigences de la loi pénale (capacité d'obéir à la loi)

Au point de vue psychologique, la capacité d'orienter sa conduite en fonction des enseignements de la loi pénale est synonyme de libre arbitre. Or, il ne s'agit pas de n'importe quel libre arbitre, mais d'un libre arbitre actualisé en fonction de la nature et des exigences de la loi pénale. Ainsi, contrairement à la vision classique du libre arbitre qui envisage cette faculté d'un point de vue essentiellement abstrait (*capacité de choisir, présence de la raison et de la liberté chez l'agent*), la capacité de se conformer aux enseignements de la loi pénale exige une détermination concrète des deux composantes du libre arbitre que sont l'intelligence et la volonté. Nous nous expliquons. Comme nous l'avons déjà démontré, le libre arbitre, en tant que capacité de se déterminer, n'est pas une faculté propre à l'homme dans la mesure où nous retrouvons chez l'aliéné, l'enfant et peut-être même chez l'animal, une certaine forme de libre choix. Malgré tout, le droit exclut toujours ces catégories de la sphère pénale. Pour quelles raisons en est-il ainsi ? Si ce n'est pas au libre arbitre, dans son acceptation abstraite, que s'adresse la responsabilité pénale, sur quoi établit-elle ses prises ? La réponse est simple : la responsabilité pénale repose sur la capacité de l'individu d'orienter sa conduite en fonction des commandements de la loi. L'individu ne doit pas être seulement doué d'intelligence, il doit également être capable de juger de la nature et de la qualité de ses actes et d'évaluer le caractère moral de sa conduite. En d'autres mots, la capacité d'obéir aux prescriptions légales exige un libre arbitre dont le contenu est taillé, modelé, façonné par une actualisation constante des différents moyens de défense centrés sur l'état d'esprit de l'accusé au moment de la commission du crime.

Le caractère abstrait de la notion de libre arbitre et les difficultés inhérentes à l'utilisation d'un concept essentiellement philosophique en droit criminel est un phénomène qui pose, encore de nos jours, de nombreuses difficultés à la communauté juridique. Afin de contourner ces écueils, les doctrines anglaise et française proposent, en général, deux solutions distinctes. La première,

que l'on retrouve aussi bien en Angleterre qu'en France, consiste essentiellement à définir la notion de libre arbitre à travers les causes qui contreviennent à son exercice. Discutant de la détermination des composantes de l'imputabilité, Adrien-Charles Dana affirme, dans son ouvrage consacré au domaine de l'infraction, qu'en règle générale, « une notion juridique est examinée d'une manière positive, de sorte qu'on puisse savoir ce qu'elle est et en quoi elle consiste »²⁷⁵. Malgré cet usage, « l'imputabilité présente la particularité d'être étudiée d'une manière négative, ou plus précisément, à travers les hypothèses qui en excluent l'existence »²⁷⁶. Au même effet, il convient de se référer aux commentaires de Sir Matthew Hale dans son célèbre traité *History of the Pleas of the Crown*. Après avoir décrit les principales composantes de l'imputabilité, cet auteur souligne l'imprécision de la notion de libre arbitre en droit criminel et la nécessité d'apporter certains tempéraments au principe voulant que la responsabilité pénale repose sur la présence du libre choix. En effet, d'après Hale, « general notions or rules are too extravagant and underterminate, and cannot be safely in their latitude applied to all civil actions; and therefore it hath been always the wisdom of states and law-givers to prescribe limits and bounds to these general notions, and to define what persons and actions are exempt from the severity of the general punishments of penal laws in respect of their incapacity or defect of the will »²⁷⁷.

La seconde approche, issue du positivisme juridique anglais, écarte le concept d'imputabilité au profit de l'énonciation des causes de la responsabilité²⁷⁸. Dans son ouvrage *A*

²⁷⁵ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 72.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 15.

²⁷⁸ Voir sur ce point l'excellente analyse de J. FORTIN, *op. cit.*, note 25, p. 64 et 65 : « Stephen, pour sa part, va encore plus loin dans cette direction en affirmant que son but est d'expliquer le droit anglais et non d'exposer une théorie générale. Il situe ainsi le problème de la responsabilité pénale dans une optique purement légale dépouillée de tout contexte philosophique et dissocie même d'une façon complète, morale et droit. Stephen a lui-même été critiqué par Stroud, notamment, pour s'être livré à une dissection de la notion d'imputabilité. En effet, Stephen a tenté d'énoncer positivement les conditions selon lesquelles un acte pouvait être criminel en vertu du droit anglais. Ces conditions sont les suivantes : pour être criminel, selon la loi anglaise, un acte doit être volontaire et intentionnel, posé par une personne d'un certain âge, avec la connaissance requise par la nature de l'infraction et parfois avec malice, fraude ou négligence. Toutes ces conditions, sauf celle relative à l'âge, peuvent être affectées, selon Stephen, par l'aliénation mentale du prévenu. Or, pour Stroud, cet énoncé n'est qu'une vaine tentative de dissection de la notion d'imputabilité. Le fait est que la doctrine anglaise explique les conditions de la responsabilité en se plaçant sur un plan négatif, c'est-à-dire en énonçant les diverses causes d'exonération. Les auteurs considèrent cette façon de procéder comme la seule qui puisse véritablement donner quelque résultat, et cette analyse du problème de la responsabilité est

History of the Criminal Law of England, Stephen est catégorique : « I understand by responsibility nothing more than actual liability to legal punishment. It is common to discuss this subject as if the law itself depended upon the result of discussions as to the freedom of the will, the origin of moral distinctions, and the nature of conscience. Such discussions cannot be altogether avoided, but in legal inquiries they ought to be noticed principally in order to show that the law does not really depend upon them. »²⁷⁹ Considérant les difficultés entourant la qualification de la notion de libre arbitre en droit criminel, la nécessité de tracer les limites de l'imputabilité à travers l'évolution périodique des moyens de défense, ainsi que l'incertitude entourant la présence d'une certaine forme de libre arbitre chez les aliénés et les enfants, nous croyons qu'il est important d'insérer désormais la notion d'imputabilité dans un concept purement juridique qui tient compte aussi bien de la relativité des fondements de l'imputabilité, que de la variabilité de son contenu d'une société à l'autre, d'une époque à l'autre²⁸⁰. Véritable métamorphose de la notion

à peu près constante en droit anglais. On la retrouve chez Turner qui étudie les conditions de la responsabilité à travers les défenses ou les causes d'exonération qu'il désigne par l'expression "variations of criminal responsibility" de même que chez Williams. Hart constate, pour sa part, que les conditions de la responsabilité pénale ne peuvent être définies utilement que comme étant une "collection of excuses" ou de "rules of defeasibility". »

²⁷⁹ F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6, p. 96.

²⁸⁰ Sur les modulations qui affectent la notion de libre arbitre à travers les différents pays et les différentes époques, il est intéressant de comparer l'évolution jurisprudentielle du contenu de la défense d'aliénation mentale au Canada et aux États-Unis. Voir sur ce point, H. PARENT, *loc. cit.*, note 31, 13 et 14 : « In contrast to the laws in England and in Canada, which have historically confined the defense of insanity within the rules set forth in *M'Naghten*, some American states have supplemented the traditional test with an additional defense, namely that of the irresistible impulse. The crux of the inquiry, is whether the accused lacked the capacity to refrain from doing the act; hence, to determine if he had a real choice to commit the act or not. In practice, the inability to resist some impulses may result from different mental disorders, but it must be to such an extent that the accused did not have any control over his actions. In sum, he must have been totally deprived of the liberty of the will at the time of the commission of the crime. In order to resolve some of the difficulties relating to the evaluation of the accused's mental state, the American Law Institute proposes in its MPC the adoption of a new test concerning the responsibility of the people coping with mental disorders. Thus, section 4.01 of the Code provides, that "a person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or effect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirement of the law." Notwithstanding the reluctance demonstrated by some courts during the 1960's and 1970's, the MPC approach had been adopted by numerous states and by all but one of the federal circuit courts of appeal. This trend toward the standardisation of the rules governing the defense of insanity in the United States was abruptly interrupted following the controversial acquittal of John Hinckley. The widespread expression of concerns was then so immense, that many jurisdictions simply decided to reinstate the *M'Naghten's rules* or even adopt a stricter test. » Sur le contenu de la notion de libre arbitre selon les époques voir l'évolution jurisprudentielle au Canada du mot "mauvais" figurant à l'article 16 du *Code criminel*. En effet, d'après H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 324. « Aux termes de l'article 16 du *Code criminel*, la responsabilité pénale d'une personne n'est pas engagée, si au moment de la perpétration du crime, elle souffrait d'une maladie, d'un trouble ou d'un désordre mental qui l'empêchaient de savoir que ce qu'elle faisait était "mauvais". En quoi consiste ce second critère d'incapacité ? Vise-t-il simplement la connaissance de l'illégalité de l'acte au sens de la loi ? Ou vise-t-il au contraire à évaluer la capacité de l'individu de faire un choix moral ? Sur ce point, il existe au

d'imputabilité, cela ne fait aucun doute. Dorénavant, l'imputabilité doit se départir de ses attaches philosophiques, de son vieil héritage spéculatif afin de devenir, une fois pour toutes, « un objet défini dans un champ de connaissance »²⁸¹. À travers cette transformation, l'imputabilité conserve son importance, mais son fonctionnement n'est plus le même.

Troisième section : L'analyse des formes secondaires de responsabilité chez les animaux, les aliénés et les enfants

L'étude de l'imputabilité et des fondements qui abritent ce concept en Occident, nous a montré combien cette dernière est importante en droit criminel. Malgré son monopole en matière de responsabilité pénale, l'homme n'est pas le seul à supporter les affres de la sanction. Il existe en dehors de l'appareil judiciaire, toute une gamme de sanctions, de punitions, de réprimandes qui, sans se rattacher au domaine pénal, viennent se superposer, de l'extérieur, afin d'assurer un contrôle coercitif des comportements traditionnellement exclus de la sphère criminelle. Cette rubrique a pour objet l'étude des formes secondaires de responsabilité chez les animaux, les aliénés et les enfants.

L'étude de la responsabilité chez les animaux : Les animaux, comme nous le savons, possèdent un certain niveau de compréhension et de connaissance à partir desquelles ils orientent et dirigent pleinement leurs actions. Que ces connaissances soient innées ou acquises, simples ou complexes, peu importe, tout ce qui compte, c'est que les informations à la base de leur comportement soient

Canada deux approches soutenues historiquement par les tribunaux. La première, qui était jusqu'à récemment très populaire, limitait l'examen du processus mental de l'accusé au simple aspect cognitif de l'acte. En effet, d'après le juge Martland dans l'arrêt *Schwartz* : "Le critère prévu au par. 16 (2) n'est pas de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale, pouvait ou ne pouvait pas réfléchir calmement sur la question de savoir si le crime qu'il commettait était ou non moralement mauvais. On ne doit pas le considérer comme aliéné au sens du par. 16 (2), s'il savait ce qu'il faisait et savait aussi qu'il commettait un acte criminel". La seconde approche, qui est celle retenue à l'heure actuelle, a pour effet d'envisager la capacité de l'accusé au regard de son aptitude à discerner le bien du mal. Ainsi, d'après l'opinion de la juge McLachlin dans l'arrêt *Oommen* : "Il s'agit essentiellement de déterminer si l'accusé a la capacité de décider rationnellement si l'acte est bon ou mauvais et donc de faire un choix rationnel de l'accomplir ou non. L'incapacité de faire un choix rationnel peut découler de toute une gamme de troubles mentaux ; comme l'indiquent les passages qui suivent, ces troubles comprennent tout au moins les états d'esprit décrits par les psychiatres qui ont témoigné en l'espèce – les idées délirantes qui font que l'accusé perçoit un acte mauvais comme s'il était bon ou justifiable – est un état d'esprit troublé qui prive l'accusé de la capacité d'apprécier rationnellement ce qu'il fait". »

²⁸¹ Expression empruntée à M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 121.

adaptées aux exigences de leur environnement. Contrairement à ce que l'on croit généralement, il existe chez les animaux une certaine forme de responsabilité dont les mécanismes d'application ne sont pas purement aveugles. En effet, les animaux, grâce à leur connaissance du milieu, de la capacité physique de leurs adversaires et de leur propre valeur, agissent en fonction de règles précises. Ces informations, une fois colligées, leur permettent d'éviter l'exclusion du groupe, l'agression physique ou, pire encore, la mort pure et simple. L'adaptabilité des connaissances aux conditions du milieu physique dans lequel l'animal évolue est un phénomène fréquemment rencontré chez les animaux domestiques. C'est qu'en intégrant l'animal au milieu humain, l'homme exige de la bête l'apprentissage de nouvelles connaissances et l'adoption de nouveaux modèles de comportements. Cette domestication entraîne, en retour, la formation de nouvelles exigences et l'application de certains types de sanction modelés en fonction du nouvel environnement.

La responsabilité des personnes souffrant de troubles mentaux : D'après la vision classique du droit criminel, l'aliénation mentale s'oppose à la responsabilité pénale dans la même mesure et sous le même rapport que la folie s'oppose au libre arbitre. « Impossible donc de déclarer quelqu'un à la fois responsable et fou ; l'assignation de l'état de folie au procès, en déchargeant l'individu de sa responsabilité, exclut automatiquement l'aliéné de la sphère pénale. »²⁸² Une fois l'accusé déclaré irresponsable, le tribunal ou la commission chargée de l'évaluation du malade rend habituellement une décision prévoyant son internement dans un hôpital spécialisé²⁸³. Dès

²⁸² *Id.*, p. 27.

²⁸³ Avant l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le *Code criminel* prévoyait l'internement automatique de l'aliéné dans une institution spécialisée pour une durée indéterminée. Ainsi, l'article 614 (2) C.cr. prévoyait la mesure suivante : « S'il est constaté que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise, le tribunal, le juge ou le juge de la cour provinciale devant qui le procès s'instruit ordonne que l'accusé soit tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière que le tribunal, le juge ou le juge de la cour provinciale ordonne, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu. » Depuis 1991, la détention du malade est facultative. En effet, d'après l'article 672.54 C.cr. : « Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public ;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées ;

lors, comment un délinquant, traité dans une institution psychiatrique parce que reconnu irresponsable, peut-il être sanctionné s'il commet une infraction à l'intérieur de l'hôpital ? En d'autres mots, si l'état mental de l'accusé a entraîné son irresponsabilité pénale, ne doit-il pas inexorablement en être de même à l'égard de tous les autres types de sanctions ?²⁸⁴ Nous ne croyons pas. Comme nous le savons, la responsabilité pénale et son corolaire immédiat, l'imputabilité, recouvrent seulement une parcelle de la vie sociale de l'individu. Par conséquent, l'accusé qui est déclaré irresponsable au point de vue pénal ne l'est point en raison de son incapacité à faire un choix en général, ni de son absence totale de libre arbitre, mais bien en raison de son incapacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte en cause ou du caractère mauvais de son acte.

Dans sa forme absolue, l'état mental auquel correspond l'irresponsabilité pénale en matière de troubles psychiques ne suppose pas nécessairement une absence complète de libre arbitre chez le malade. Au contraire, comme nous l'avons déjà expliqué, il subsiste, en règle générale, chez l'aliéné un fond de libre arbitre qui semble suffisant pour engager sa responsabilité au point de vue institutionnel²⁸⁵. Aux dires du psychiatre français Minkowski : « la vie des malades dans les

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées. »

À cet égard, voir les décisions suivantes : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, J.E. 99-1277 (C.S.C.) ; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, J.E. 99-1274 (C.S.C.) ; *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, J.E. 99-1275 (C.S.C.) ; *R. c. Lepage*, J.E. 99-1276 (C.S.C.) ; *R. c. Beaugard*, J.E. 2000-839 (C.A.) ; *Lajoie c. Commission québécoise d'examen*, [1994] R.J.Q. 607 (C.A.).

²⁸⁴ Voir sur ce point les commentaires du Dr UEBERSCHLAG cités dans l'article de L.M. RAYMONDIS, « Quelques aperçus sur le problème de la subsistance de l'aptitude à la sanction chez le malade mental interné », (1963) 18 *R.S.C.* 331, 332 : « Même si l'état de démence (au sens légal) a entraîné l'irresponsabilité au moment de l'acte, pourquoi s'ensuivrait-il qu'il en soit ainsi pour tous les actes ? Alors même si ce dément mange, boit, dort, tous ces actes seraient démentiels et n'auraient aucune signification ? Enfin, quand un malade quitte l'hôpital, guéri, sa responsabilité une seconde auparavant aurait été nulle, pour être la grille franchie, immédiatement entière. » Voir aussi à la p. 339 : « La question ainsi posée paraît neuve, en vérité. Il était possible de s'en douter dès le départ, car on ne peut ni créer, ni recréer une société, fût-elle de déficitaires mentaux, sans imaginer la nécessité d'un pouvoir judiciaire. Et ce pouvoir le médecin doit l'exercer, même si rien jusqu'à présent ne l'y a préparé ; car c'est enfoncer davantage un malade dans son aliénation, que de le considérer *a priori*, comme irresponsable quand il a frappé un camarade, volé un paquet de cigarettes... ».

²⁸⁵ L.M. RAYMONDIS, *loc. cit.*, note 284, 336 : « Le paradoxe est grand de constater que nous nous contentons, le plus souvent, d'une définition pour rayer de la liste des hommes normaux un homme qui deviendra désormais un malade, et, qu'au contraire, à l'intérieur d'un hôpital psychiatrique, pour une décision d'une portée infiniment moins grave, on procède à une étude autrement sérieuse du cas. Tout cela exprime combien la détermination de la sanction suppose une connaissance de l'individu qui est seulement susceptible de s'acquérir par l'observation globale de celui-

établissements hospitaliers s'organise de plus en plus, et cherche ainsi à se placer sous le signe d'une collectivité. Toute organisation de cet ordre repose sur des règles qui doivent être respectées par chacun : une infraction à ces règles ne saurait être acceptée et comporte sinon une punition, du moins une sanction. »²⁸⁶ Suivant cette approche, le malade qui vole un paquet de cigarettes, qui frappe un de ses confrères doit être sanctionné, non pas d'un point de vue pénal bien sûr, mais d'un point de vue disciplinaire, c'est-à-dire dans le cadre des activités du milieu dans lequel il vit. En d'autres mots, la folie, en détruisant la capacité de l'individu de juger de la nature et de la qualité de l'acte, ou de savoir que l'acte est mauvais, dérobe sa capacité de répondre pénalement de ses actes, mais n'épuise pas sa capacité à assumer certaines formes parallèles de responsabilité. Voilà pourquoi il est essentiel, écrivent les auteurs Vouin et Léauté, « d'inspirer aux hommes le sens de leur responsabilité »²⁸⁷. Mais à tous les hommes, précise L.M. Raymondis dans son article consacré à la subsistance de l'aptitude à la sanction chez les aliénés, « même à ceux que l'on croyait trop facilement n'en être plus »²⁸⁸.

La responsabilité des mineurs : Depuis des siècles, les tribunaux ont toujours été sensibles à la condition particulière des enfants. Au Canada, par exemple, l'article 13 du *Code criminel* prévoit que « nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans ». Traditionnellement, l'irresponsabilité accordée aux mineurs en droit criminel repose sur leur immaturité intellectuelle et morale au moment de l'infraction. Malgré l'influence qu'elle exerce sur l'état mental de l'accusé, la minorité n'abolit pas l'ensemble des facultés intellectuelles et morales de l'individu. Au contraire, celui-ci est toujours capable d'orienter et de diriger sa conduite. C'est donc une erreur de penser qu'à l'instant où la minorité empêche la constatation de la responsabilité pénale, elle écarte de fait le « problème moral ». En réalité, l'enfant est confronté, tout au long de sa croissance, à des formes intermédiaires de responsabilité dont la charge est attribuée, selon les usages et les coutumes, à différents individus, à différentes institutions. En effet, parents, professeurs, éducateurs

ci au cours d'une période d'une certaine longueur. Et de plus, c'est un des points les plus importants, à condition que cette observation se déroule dans un milieu tendant par lui-même à restituer à l'individu le sens social. »

²⁸⁶ Dr MINKOWSKI, cité dans L.M. RAYMONDIS, *loc. cit.*, note 284, 341.

²⁸⁷ Cité dans L.M. RAYMONDIS, *loc. cit.*, note 284, 341.

²⁸⁸ *Id.*

morcellent, d'une manière ou d'une autre, le pouvoir de punir. Tous opèrent selon des règles et des principes qui leur sont propres, mais s'entendent généralement pour dire que l'enfant est capable, à l'intérieur de certaines limites, d'orienter sa conduite et d'être responsable de ses actes. Ainsi, l'enfant possède un libre arbitre taillé en fonction du mode de responsabilité dont il est redevable. Certes, il échappe à la responsabilité pénale en raison des exigences de la loi en matière d'imputabilité, mais il se qualifie en regard des autres formes de responsabilité.

Conclusion

Pendant des siècles, le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale fut enfermé dans le rapport traditionnel qui opposait l'homme, *animal raisonnable*, à la bête, *animal dépourvu de raison*. Aux yeux des anciens criminalistes, l'imputabilité était une question à trancher en termes de tout ou rien. Entre la démence et la raison, la liberté et la contrainte, la connaissance et l'ignorance, il n'y avait aucun espace admissible. À travers cette polarisation des principes régissant la responsabilité pénale en droit criminel, le statut juridique de l'enfant et de l'aliéné se précisa graduellement ; son profil se dessina à travers l'élaboration d'une étrange complicité avec l'animal. En examinant le rapprochement conceptuel entre le fou et l'animal en droit pénal français, Serpillon note que les fous « sont comparés aux muets et sourds, même aux animaux ; ils sont regardés comme incapables de dol, fraude, et malice. Ils sont comme les animaux privés de la faculté de penser. »²⁸⁹ Au même effet, citons les commentaires de Coke dans l'arrêt *Beverley* : « [T]he punishment of a man who is deprived of reason and understanding cannot be an example to others. No felony or murder can be committed without a felonious intent or purpose : [...] but *furiosus non intelligit quid agit, et animo et ratione caret, et non multum distat a brutis.* »²⁹⁰ Si l'homme détient le privilège de la sanction étatique, le monopole de l'imputabilité pénale, c'est parce qu'il représente, pour les anciens criminalistes, le seul être ici-bas capable de diriger intelligemment et librement ses actions.

²⁸⁹ SERPILLON, *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 2^e vol., Lyon, 1767, p. 903, cité dans André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 189.

²⁹⁰ *Beverley's Case*, (1603) 4 Co. Rep. [123 b], nouvelle référence dans E.R. vol. LXXVI, (King's Bench Div.) V, 1118, 1121.

Cette manière d'envisager le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale démontra rapidement ses limites. La raison a ses degrés et ses nuances que la justice ne pouvait plus ignorer. Entre la folie totale et la raison parfaite, se trouvent des états intermédiaires, des folies partielles, des plages de lucidité ; bref, des affections qui, sans entraîner une destruction totale de l'intelligence, obscurcissent considérablement la capacité mentale de la personne qui en est atteinte. Consciente de cette situation, la communauté juridique éprouva très tôt le besoin de moduler les conditions régissant l'imputabilité en fonction de l'élaboration progressive des différents moyens de défense. Le libre arbitre en tant que fondement de l'imputabilité avait atteint ses limites. La justice pénale n'avait plus le choix. Il fallait intégrer ce concept philosophique à l'intérieur du champ juridique de la responsabilité pénale ou bien, comme le proposa Stephen par la suite, le délaisser simplement au profit de l'énonciation des conditions générales régissant la responsabilité pénale.

Aujourd'hui, grâce aux progrès de la science et aux raffinements de l'observation psychologique, plusieurs remettent en question l'idée selon laquelle la capacité de choix est l'apanage de l'homme. En effet, de plus en plus d'études tendent à démontrer l'importance de la volonté chez les aliénés, les enfants et les animaux. Si la capacité de choix n'est plus exclusive à l'homme, alors sur quoi repose l'imputabilité pénale ? La réponse, à notre avis, se trouve à la fois dans la nature même du comportement humain et dans l'objet spécifique de la responsabilité pénale. En effet, si l'homme est l'unique détenteur de la sanction pénale, ce n'est pas parce qu'il est doué, au point de vue philosophique, d'un libre arbitre, mais parce qu'il jouit, au plan juridique, de la *capacité* de connaître les enseignements de la loi ainsi que de l'*aptitude* à modeler son agir en fonction de celle-ci (*capacité d'obéir, de se conformer aux prescriptions légales*).

Chapitre troisième

La connaissance de la loi en droit pénal

La connaissance, comme son origine étymologique l'indique (*cognoscere, noscere*), désigne l'action de connaître²⁹¹. C'est l'acquisition d'une idée, d'une réalité, d'un concept dans son fonctionnement et dans ses plus petits détails. En droit, la connaissance de la loi est un concept de premier plan. Son application est régie par le jeu d'une présomption juridique et plus largement par une fiction de la loi dont l'essence s'exprime à travers le célèbre adage *nemo censetur ignorare legem*. En dépit de ses origines lointaines – son apparition dans le paysage juridique anglo-saxon remonte au XVI^e siècle²⁹² –, la connaissance de la loi demeure, encore aujourd'hui, une notion chargée d'ambiguïté. Cette situation découle en grande partie de la confusion qui entoure à l'heure actuelle sa classification en droit pénal. Sur ce point, en effet, les opinions divergent. Certains, par exemple, classent la connaissance de la loi parmi les différents éléments constitutifs de la *mens rea* normative. D'autres, tels les principaux tenants de la doctrine classique en France, subsument la connaissance de la loi sous la rubrique de l'intention, au chapitre du dol général. En effet, « il ne suffit pas, d'après cette approche, que l'agent ait compris les faits de la même manière que le législateur. Il faudrait encore, pour consommer sa culpabilité, qu'il ait connu l'incrimination légale et qu'il en ait parfaitement saisi la portée. »²⁹³ Beaucoup, enfin, délaissent entièrement cette question au profit d'une approche « éclatée » des moyens de défense et de l'erreur de droit en matière criminelle.

Bien que la connaissance de la loi renvoie à une notion positive, à une réalité psychologique objectivement vérifiable, ce concept est généralement défini de manière négative, à travers

²⁹¹ QUILLET et GROLIER, *op. cit.*, note 247, vol. 4, p. 1471.

²⁹² Voir Hélène DUMONT, *Ignorantia Juris neminem excusat*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1972, p. 18.

²⁹³ Voir les commentaires de R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 185, n° 436, p. 429.

l'ignorance de la loi. En droit pénal canadien, l'erreur de droit n'est pas prise en considération, car son effet est paralysé par la règle *nul n'est censé ignorer la loi*²⁹⁴. Ce principe, qui se trouve enchâssé dans l'article 19 du *Code criminel*, est également consacré en jurisprudence²⁹⁵. En effet, d'après la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Forster* : « Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé. »²⁹⁶

Malgré sa reconnaissance en droit pénal canadien, la règle *nemo censetur ignorare legem* n'est pas à l'abri des critiques et des assauts répétés de la doctrine²⁹⁷. Ces attaques, convient-il de le préciser, n'ont pas su ébranler les remparts qui abritent, depuis des siècles, l'exclusion de l'ignorance de la loi en matière criminelle. Cette situation fait ressortir, à notre avis, l'importance d'un changement de « stratégie » et d'un renouvellement de « tactique » car, s'il est vrai que l'erreur de droit, en influant sur la connaissance de la loi, entrave la réalisation de la *mens rea*, l'exclusion de cette erreur en matière criminelle agit à un niveau encore plus fondamental en détruisant les assises mêmes de l'imputabilité et, plus largement, en éclipsant la capacité de l'individu de respecter les prescriptions de la loi pénale (*capacity to obey the law*)²⁹⁸. Le virage est important. D'une approche fondée sur la culpabilité, nous passons à une approche centrée sur la notion d'imputabilité.

²⁹⁴ Voir sur ce point les textes suivants : A. MANGANAS, *op. cit.*, note 21 ; D. HUSAK et A. VON HIRSH, « Culpability and Mistake of Law », dans SHUTE, GARDNER et HORDER (dir.), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, 1993 ; A.T.H. SMITH, « Error and Mistake of Law in Anglo-American Law », (1984) 14 *Anglo-American L. R.* 3 ; E. EDINGER, « Criminal Law – Defences – Mistake of Law », (1976) 10 *U.B.C.L.R.* 320 ; A.J. ASHWORTH, « Excusable Mistake of Law », [1974] *Crim. L. Rev.* 652.

²⁹⁵ Voir sur ce point G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 1071 et suiv. ; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, 345 ; *R. c. Jones*, [1991] 3 R.C.S. 110, 118 ; *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, 960 ; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 63 ; *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356 ; *R. c. Gunn*, (1981) 113 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Alb.) ; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

²⁹⁶ *R. c. Forster*, précité, note 295.

²⁹⁷ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 1072.

²⁹⁸ Expression utilisée par M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 14.

L'objet du présent chapitre est d'étudier les principes régissant la connaissance de la loi en droit criminel. Il ne s'agit pas ici de récuser définitivement le célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi*, mais bien de secouer la quiétude avec laquelle on accepte si facilement cette formule. En ouvrant le champ de l'imputabilité à l'étude de la connaissance de la loi, nous entendons souligner le rôle important que joue cette dernière dans l'orientation et la direction du comportement criminel. Ce que nous voulons, en fait, c'est montrer, une fois pour toutes, que l'exclusion de l'ignorance de la loi en matière criminelle est parfois inacceptable dans la mesure où elle détruit l'adhésion morale de l'accusé à l'acte illégal. Cette situation, croyons-nous, va à l'encontre de la constitutionnalisation récente de l'élément moral se rattachant à l'individu en droit pénal et des principes reconnus en matière d'imputabilité.

Ce chapitre est divisé en trois sections distinctes. La première est consacrée à l'étude des fondements de la connaissance en philosophie et en psychologie. La deuxième s'intéresse au volet historique de l'ignorance de la loi, à ses origines en droit romain, canonique et anglais. Enfin, la troisième section est destinée à l'établissement d'un nouveau paradigme en matière d'erreur de droit. En intégrant notre étude de la connaissance de la loi dans une analyse générale des principes régissant la notion d'imputabilité, nous souhaitons jeter les bases d'une nouvelle approche de l'ignorance légale en matière criminelle qui met l'accent sur le rapport qui unit la connaissance de la loi et la faute morale.

Première section : Les fondements de la connaissance en philosophie et son incidence sur le caractère volontaire de l'acte

En imprégnant l'acte humain de sa substance éthique et spirituelle, la connaissance occupe une place de premier plan dans la genèse de l'acte volontaire. L'importance qui lui est accordée en philosophie explique que « les plumes les plus autorisées se soient exercées à l'examiner »²⁹⁹. Ainsi, d'Aristote à Hobbes, en passant par saint Thomas d'Aquin et Kant, tout a été dit ou presque sur le rôle de la connaissance en matière de responsabilité morale. Conscient de cette situation, nous avons tenu à prendre nos distances face à l'analyse traditionnelle de la question en proposant

²⁹⁹ Expression empruntée à A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 1.

une conception de l'agir humain qui privilégie une diminution considérable du rôle des tendances au profit de l'accentuation de la place occupée par la connaissance. Voyons, de façon concise, en quoi consiste cette conception au point de vue philosophique.

Première sous-section : La responsabilité morale des actes humains

Il est souhaitable, au moment d'aborder l'étude d'un sujet aussi complexe que la responsabilité des actes humains, de commencer par le problème des origines. À ce sujet, les auteurs classiques sont catégoriques : la responsabilité morale repose sur le libre arbitre (*liberio arbitrio*), sur la capacité que possède l'individu d'orienter et de diriger librement son action³⁰⁰. Le libre arbitre, comme nous l'avons dit, a des origines antiques ; il plonge ses racines dans la nuit des temps. L'Écclésiastique nous le rappelle : « Dieu a créé l'homme au commencement, et il l'a laissé dans la main de son conseil, c'est-à-dire de son libre arbitre. »³⁰¹ Entre le déterminisme aveugle et le libre arbitre éclairé, la philosophie occidentale incline en faveur de la volonté du sujet. L'homme, observe saint Thomas d'Aquin, « possède le libre arbitre, ou alors les conseils, les exhortations, les préceptes, les défenses, les récompenses et les châtiments seraient vains »³⁰². En quoi consiste le libre arbitre ? Quelle est sa véritable nature ? À cet égard, les théologiens du XIII^e siècle sont unanimes : « L'acte éminent du libre arbitre est le choix. Car nous sommes libres en tant que nous acceptons une chose, et en rejetons une autre ; ce qui est choisir. »³⁰³

³⁰⁰ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 83, art. 1, p. 319 : « L'homme agit d'après un jugement : car par sa faculté de connaissance, il juge qu'il faut fuir quelque chose ou le poursuivre. Mais comme ce jugement n'est pas l'effet d'un instinct naturel s'appliquant à une action particulière, mais d'une certaine synthèse rationnelle, en conséquence l'homme agit selon un jugement libre, car il a la faculté de se porter à divers objets. » Voir également A. SÉNIK, *loc. cit.*, note 50, 35 : « L'expression "libre arbitre" doit être précisé : il ne suffit, pour qu'une action engage la responsabilité morale de son auteur, que ce dernier ait été libre d'agir suivant sa propre volonté. Préalablement, et plus profondément encore, il faut que sa volonté ait été libre de se déterminer par elle-même, qu'elle ait été une cause première. La responsabilité morale d'une personne dépend donc de ce que les philosophes ont coutume de nommer son libre arbitre. Arbitre ne signifie rien de plus que volonté, mais ce terme conserve avantageusement l'idée de l'arbitrage, du jugement et du choix ouvert entre de multiples décisions possibles. »

³⁰¹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 83, art. 1, p. 318.

³⁰² *Id.*

³⁰³ *Id.*, quest. 83, art. 3, p. 329.

Maintenant que nous avons établi les fondations philosophiques sur lesquelles repose l'analyse du comportement humain, il convient, à notre avis, de nous arrêter quelques instants sur le schéma anatomochronologique gouvernant le passage à l'acte.

Deuxième sous-section : Le schéma anatomochronologique gouvernant le passage à l'acte

À l'image d'un écorché de médecine qui, en soulevant les couches superficielles de la peau, dévoile les structures fondamentales de l'épiderme, l'agir humain se décompose en différentes étapes, en plusieurs segments. Le schéma anatomochronologique du comportement humain comporte en général les étapes suivantes : la connaissance, la délibération, le choix et l'exécution. Le but de la présente section est d'étudier les principaux moments du processus décisionnel et de souligner le rôle important que joue la connaissance aux différents stades du comportement humain.

La connaissance

À la racine de nos actions, à la source de notre activité intellectuelle et morale, se trouve la connaissance. Au point de vue psychologique, la connaissance est un phénomène mystérieux dont le profil demeure encore aujourd'hui relativement incertain. Si nous avons tous, d'une manière ou d'une autre, une idée instinctive de la connaissance, personne ne peut circonscrire avec exactitude ce concept. Malgré cette difficulté, on s'entend généralement pour dire que la connaissance résulte de la conjonction de l'expérience et de la raison, de l'empirisme et du rationnel. Dans son ouvrage consacré aux formes de la connaissance, l'auteur français Paul Foulquié souligne la dualité des mécanismes qui gouvernent le processus d'apprentissage chez l'être humain. Pour lui, « l'expérience, soit sensorielle, soit physique, est la condition nécessaire de la formation des idées. [...] Mais suivant une phrase célèbre de Kant, *si toute notre connaissance débute avec l'expérience, cela ne prouve pas qu'elle dérive toute de l'expérience.* »³⁰⁴ Autrement dit, selon Foulquié, l'expérience n'est pas la condition suffisante de la formation des idées. Encore faut-il

³⁰⁴ Paul FOULQUIÉ, *op. cit.*, note 252, p. 166. (nous avons ajouté l'italique)

que la raison intervienne en « discernant les caractères spécifiques »³⁰⁵, c'est-à-dire propres à chaque chose et à chaque espèce.

En philosophique, la connaissance est la clé du comportement humain et le « nœud » de toutes les difficultés entourant l'appréciation du jugement moral³⁰⁶. Sans la connaissance, sans l'information qu'elle procure, il n'y a ni choix ni liberté. En effet, d'après saint Thomas d'Aquin, « il n'y a pas de volonté sans connaissance, donc rien de volontaire sans un acte de connaissance »³⁰⁷. Au même effet, nous renvoyons le lecteur aux commentaires d'Aristote dans son ouvrage *Éthique de Nicomaque*. Selon le Philosophe, les actes accomplis sous l'empire de l'ignorance sont involontaires, car celui « qui agit mal sans le savoir » agit mal sans le vouloir³⁰⁸. En dévoilant le domaine de la contingence, en signifiant un répertoire de possibilités, la connaissance permet à l'individu d'établir ses repères et de façonner librement son action. En somme, elle constitue le terreau dans lequel vient germer la conduite humaine. C'est dans ce contexte qu'il faut envisager l'impact de l'ignorance sur le comportement individuel. L'ignorance, note saint Thomas d'Aquin à la question 6, article 8 de la *Somme théologique*, éclipse la volonté à la source des actes de l'homme dans la mesure où elle « prive [celui-ci] de la connaissance requise pour qu'ils soient volontaires »³⁰⁹. En détruisant la connaissance à la base de l'acte volontaire, l'ignorance empêche l'attribution de la faute morale et l'application du jugement appréciatif. De là la justesse du mot d'Aristote : « Parmi les fautes involontaires, les unes sont pardonnables, les autres, non. Toutes celles que nous commettons, je ne dis pas seulement dans notre ignorance, mais par suite de notre ignorance, sont susceptibles de pardon. »³¹⁰

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ Il est important de préciser que cette affirmation est vraie de la tradition philosophique thomiste, mais certes pas de toute philosophie.

³⁰⁷ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, p. 289 et suiv.

³⁰⁸ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 76.

³⁰⁹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 8, p. 40.

³¹⁰ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 156 et 157.

La délibération

Si la connaissance est l'*a priori* psychologique, la toile de fond sur laquelle se déploie l'ensemble de nos actions, la délibération (*librare*, peser) représente la phase médiane du processus décisionnel permettant aux individus de modeler leurs conduites. C'est parce qu'il délibère sur ses actes que l'homme en est le maître, écrit le Dominicain. « Le pouvoir de peser le pour et le contre permet à la volonté de choisir. »³¹¹ Envisagée d'un point de vue philosophique, la délibération suppose l'examen des motifs favorables ou opposés à l'acte. Sa mise en œuvre repose donc sur l'intervention de la raison et sur la comparaison des données fournies préalablement par la connaissance.

Bien qu'il soit difficile de déterminer avec exactitude les processus subconscients à l'origine de la délibération, nous croyons que cette faculté opère généralement de manière déductive, c'est-à-dire à travers l'élaboration d'un syllogisme pratique. En effet, celui qui délibère « pousse ses recherches et ses analyses, comme on résout un problème de géométrie »³¹², écrit Aristote. Ce principe a été repris et développé par la suite par saint Thomas d'Aquin dans la *Somme théologique* : « [C]elui qui raisonne sur ce qu'il y a à faire se sert d'un syllogisme dont la conclusion est un jugement aboutissant à un choix et finalement à une action. »³¹³ La nature de la délibération définie, nous allons maintenant chercher en quoi consiste le raisonnement déductif. Quelle est la définition d'un tel système logique ? Quel est son mode de fonctionnement ? Un syllogisme est un raisonnement déductif qui consiste essentiellement à adopter une proposition générale comme prémisse (majeure) et à la confronter à une situation factuelle connexe (mineure) pour en tirer une conséquence (conclusion). En pratique, l'objet du raisonnement déductif est simple et bien arrêté : il a pour but de repérer les conduites que le sujet perçoit comme étant conformes à ses désirs et d'éviter celles qui lui sont opposées.

³¹¹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 2, p. 19.

³¹² ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 81.

³¹³ T. D'AQUIN, *La Somme théologique – Le péché*, Paris, Desclée, 1930, quest. 76, art. 1, p. 202.

En effet, « tout ce qui agit le fait en vue d'une fin qui a valeur de bien »³¹⁴. En quoi consiste ce bien ? Voilà la question. S'agit-il d'un bien moral, immanent et universel ou, au contraire, d'un bien individuel taillé en fonction de la personnalité de chacun ? La seconde hypothèse nous paraît plus plausible. L'idée du bien diffère selon les gens et il arrive parfois qu'elle soit contraire à ce qui aura été imaginé³¹⁵. Prenons l'exemple de l'ivrogne qui néglige sa famille. Pour lui, le bien peut consister à étancher sa soif. Il connaît le goût de l'alcool, le plaisir qu'il procure, mais aussi les désagréments que son habitude emporte au point de vue familial. Il doit donc choisir entre la sobriété et l'assouvissement de ses passions. La délibération qui mène au choix consiste alors à peser le pour et le contre, à considérer les avantages et les désavantages que lui présente l'analyse de ses connaissances. Cette délibération, nous l'avons dit, ne se fait pas dans un vide factuel. Au contraire, l'inclination naturelle que possède l'homme à rechercher le bien et à éviter le mal détermine son choix. Comme une boussole qui, en indiquant la direction de l'induction magnétique terrestre, guide les pas de l'aventurier, les tendances orientent, par un sourd travail intérieur, le comportement de l'individu à travers les méandres de l'existence.

Le choix

Sur le plan chronologique, le choix est la conclusion de la délibération, et le point de départ du processus menant à l'accomplissement de l'acte. Malgré la distinction qui caractérise, depuis des siècles, le rapport entre le choix et la délibération, il existe un lien manifestement étroit entre ces deux concepts. En effet, d'après Aristote, « l'objet de la délibération est identique à celui du choix, sauf que l'objet de notre libre choix est préalablement défini, car le jugement qui découle de la délibération constitue le choix »³¹⁶. En somme, le choix est synonyme de décision. C'est l'acceptation de la conclusion à laquelle arrive la délibération et la résolution ferme et définitive de procéder à son exécution.

³¹⁴ T. D'AQUIN, *Som. Th.*, Ia-IIae, quest. 94, art. 2, cité dans Alain SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1993, p. 47 et 48.

³¹⁵ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 13, art. 5, p. 170 : « Il faut juger de l'objet de la volonté d'après la façon dont il est perçu, puisque la perception de l'objet par l'intelligence est une condition du vouloir. De même donc quelqu'un peut prendre pour bonne une chose mauvaise, pareillement il peut choisir comme réalisable un moyen qui ne l'est pas. » ; ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 83.

³¹⁶ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 82.

L'exécution

Avec l'exécution se termine l'ordre de la réflexion et commence la phase matérielle menant à l'accomplissement de l'acte. L'exécution, en somme, est la révélation de notre volonté, le déchirement absolu sur lequel débouche le processus décisionnel. En s'ouvrant au monde extérieur, notre volonté s'actualise dans le mouvement physique des membres du corps. Étudiant le rapport entre le commandement et l'exécution, saint Augustin écrit que « l'âme commande à la main de se mouvoir, ce qu'elle fait avec tant de facilité qu'on distingue à peine l'obéissance du commandement »³¹⁷. On a longtemps soutenu, en philosophie comme en théologie, que l'exécution matérielle de l'acte était indépendante de la volonté. Cette conception de l'exécution est, à notre avis, erronée dans la mesure où la volonté exerce une influence importante à tous les stades de l'acte volontaire. Nous nous accordons avec Paul Foulquié :

Vouloir c'est agir ; aussi tant qu'on n'est pas passé à l'action on en reste au stade de la représentation ; on s'imagine agir, et cette imagination cache d'autant plus le vide de l'action qu'elle est plus vive. D'ailleurs, avant l'exécution, la décision la plus ferme reste toujours plus ou moins conditionnelle. J'ai décidé, par exemple, d'écrire, aussitôt rentré chez moi, une lettre importante ; mais je sous-entends implicitement d'innombrables conditions : pourvu qu'il n'y ait pas quelque empêchement imprévu, comme une visite que je ne puis éviter, un accident [...] un malaise, etc. Parfois, il suffit d'un rien pour qu'une décision prise ne soit pas exécutée : Je vais déchirer cette lettre mais le papier résiste – et dans le temps de la résistance je change d'avis, je la classe.³¹⁸

À la lecture de ce passage, nous tirons les conclusions suivantes. L'exécution matérielle n'est pas un segment indépendant de l'acte volontaire. Au contraire, même si nous avons séparé les différentes étapes de l'acte volontaire aux fins de la démonstration, il reste que son schéma anatomochronologique n'est pas un dispositif qui opère en séquences, mais plutôt un ordre dynamique qui s'appuie sur une synchronisation temporelle de ses principales composantes.

Ces considérations étant admises, il nous semble à propos de nous interroger sur la valeur morale des actes volontaires. À ce sujet, Aristote est catégorique : « Dans les circonstances où

³¹⁷ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 79, art. 12, p. 257 et 258.

³¹⁸ P. FOULQUIÉ, *op. cit.*, note 252, p. 34.

nous pouvons agir, nous pouvons aussi nous abstenir ; là où nous disons non, nous sommes maître aussi de dire oui. Ainsi donc, si l'exécution d'une belle action dépend de nous, il dépendra aussi de nous de ne pas exécuter un acte honteux ; et si nous pouvons nous abstenir d'une bonne action, l'accomplissement d'un acte honteux dépend encore de nous. »³¹⁹ Il faut par ailleurs introduire la même distinction en ce qui concerne la responsabilité des actes commis par ignorance. D'après le Stagirite, « [e]n raison de l'ignorance où l'on est de toutes les conditions de l'action, l'homme qui en méconnaît quelques-unes semble agir contre son gré, surtout dans le cas des plus importantes. Or les plus importantes sont celles dans lesquelles et en vue desquelles s'exécute l'action. »³²⁰

Deuxième section : Les fondements historiques de l'exclusion de l'ignorance de la loi en droit pénal

Première sous-section : Le droit romain

L'applicabilité de la règle *nul n'est censé ignorer la loi* en droit pénal romain est une question encore chaudement discutée en doctrine³²¹. Cette controverse qui repose en grande partie sur des raisons d'ordre sémantique, a donné lieu, au cours des dernières années, à l'émergence de deux grands courants de pensée chez les romanistes³²². D'un côté, il y a ceux qui s'opposent à l'application de la célèbre maxime en droit criminel. Ainsi, d'après le chef de file de ce mouvement, K. Binding, le terme *nocet* (du latin *nocere* : causer un dommage, nuire) n'appartient pas au vocabulaire juridique employé en matière pénale. Selon Binding, l'emploi du mot *jus* à la place de *lex* renvoie à l'ensemble des droits plutôt qu'aux lois. Cette prétention d'ordre purement linguistique est complétée par un second argument voulant que l'ignorance de la loi soit limitée à

³¹⁹ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 84.

³²⁰ *Id.*, p. 77.

³²¹ Voir Vera BOLGAR, « The Present Function of the Maxim *Ignorantia juris neminem excusat* – A Comparative Study », (1967) 52 *Iowa L. R.* 626 ; Paul K. RYU et Helen SILVING, « Error juris: A Comparative Study », (1956-57) 24 *U. Chic. L. R.* 421.

³²² Voir H. DUMONT, *op. cit.*, note 292, p. 7.

des situations particulières impliquant essentiellement des droits de nature privée³²³. De l'autre côté, il y a les romanistes qui, contrairement aux tenants de la première approche, relèvent le caractère général de la règle et militent en faveur de son application en matière aussi bien pénale que civile. D'après ces derniers, la position de Binding est inacceptable. En effet, la distinction entre les mots *jus* et *lex*, proposée par l'auteur, n'est pas justifiable au point de vue historique dans la mesure où elle n'existait plus à l'époque du Bas-Empire.

Que faut-il conclure de cette controverse? Qu'il est impossible de rejeter complètement l'emploi de la maxime en droit pénal? Peut-être, mais surtout qu'il est dangereux d'appliquer sans restrictions au domaine pénal les exemples tirés du répertoire civil. Afin de contourner l'incertitude qui surplombe l'application des dispositions du Digeste consacrées à l'ignorance de la loi, nous estimons important d'asseoir notre analyse sur des fondations plus solides. S'il existe un moyen d'éclaircir cette question, d'y apporter certains éléments de réponse, ce n'est pas du côté sémantique qu'il faut chercher, mais bien du côté des principes gouvernant la responsabilité pénale en droit romain. Sur ce point, les jurisconsultes sont unanimes : la responsabilité pénale repose sur la présence d'une mauvaise intention ou dol. L'auteur doit avoir agi volontairement en ayant conscience d'enfreindre les prescriptions pénales. Dans la mesure où les romains considéraient la connaissance de la loi comme une composante essentielle de l'intention (*dolus malus*) et de la négligence grossière (*culpa lata*), il convient de s'arrêter brièvement sur la nature même de la loi romaine³²⁴.

Historiquement, le droit romain distingue les crimes qui s'opposent au droit naturel de ceux qui sont contraires au droit positif. Ulpian, par exemple, dans l'un de ses nombreux rescrits affirme ceci :

Les termes *probrum* et *opprobrium* signifient la même chose, c'est-à-dire opprobre. Il y a des opprobres qui le sont de leur nature et d'autres qui ne le sont que suivant le droit civil de chaque nation : par exemple le vol, l'adultère sont de leur nature des opprobres. Néanmoins être condamné à gérer une tutelle n'est pas un opprobre selon la nature, il ne

³²³ P. K. RYU et H. SILVING, *loc. cit.*, note 321, 425.

³²⁴ *Id.*

l'est que selon les mœurs du pays : car on ne peut pour ce fait être noté d'infamie, puisque cela peut arriver même à un homme très estimable.³²⁵

À cause de sa forte coloration morale, l'ignorance de la loi ne pouvait être soulevée à l'époque à l'encontre d'une infraction fondée sur un principe de droit naturel, comme le meurtre, le vol, le viol, etc. C'est qu'à moins d'être fou, nul ne saurait ignorer de tels principes, car il suffit simplement de consulter sa raison pour en connaître les interdictions. C'est sur ce fondement que repose, en matière d'inceste, la distinction traditionnelle entre, d'une part, les relations sexuelles entre proches parents condamnées par la loi morale et, d'autre part, celles qui sont interdites uniquement pas l'État. Ainsi, d'après le rescrit de Pompinus, « [u]n homme de la condition des affranchis ne peut épouser ni sa mère ni sa sœur qui sont de la même condition que lui, parce que ces mariages sont défendus par le consentement unanime des nations, et non par une loi purement civile »³²⁶. Le principe est repris un peu plus loin par Paul :

On se rend coupable d'inceste, suivant le droit des gens, lorsqu'on épouse un de ses parents en ligne directe. Quant à celui qui épouse une parente en collatérale contre la prohibition expresse de la loi, ou même une alliée avec laquelle le mariage lui est interdit, il est puni, si le mariage a été contracté publiquement, d'une peine moins considérable, et s'il l'a contracté clandestinement, d'une peine plus considérable. La raison de cette différence, relativement aux mariages contractés en collatérale contre la prohibition des lois, vient de ceux qui contreviennent publiquement à la loi méritent moins d'être punis, à cause de l'ignorance où on les suppose.³²⁷

Le principe semble donc bien établi. L'ignorance de la loi en matière de droit naturel, de crime contre la loi morale n'est pas recevable. Car celui qui ignore les lois de la nature s'ignore

³²⁵ ULPIEN, *D*, 50, 16, 42, cité dans JUSTINIEN, *Corpus juris civilis, les douze livres du Code de l'empereur Justinien*, 2^e éd., Metz, 1807-1810, p. 603 : « *Probrum et opprobrium, idem est. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter, et quasi more civitatis : utputa furtum, adulterium, natura turpe est. Enimvero tutelae damnari, hoc non natura probrum est, sed more civitatis : nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* »

³²⁶ POMPINUS, *D*, 23, 2, 8, cité dans JUSTINIEN, *id.*, p. 273 : « *Libertinus libertinam matrem, aut sororem, uxorem ducere non potest : quia hoc jus moribus, non legibus, introductum est.* »

³²⁷ PAUL, *D*, 23, 2, 68, cité dans JUSTINIEN, *id.*, p. 293 : « *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium, vel descendantium uxorem duxerit. Qui vero ex latere eam duxerit, quam vetatur, vel adfinem quam impeditur : si quidem palam fecerit levius ; si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. Cujus diversitatis illa ratio est circa matrimonium quod ex latere non bene contrahitur : palam delinquentes, ut errantes majore poena excusantur : clam committentes, ut contumaces plectuntur.* »

lui-même. Quant à l'ignorance en matière de délit contre les lois civiles, la question mérite une réflexion plus approfondie.

En droit romain, la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait réside dans le caractère fixe et relativement stable de la législation. L'ignorance du droit, écrit Paul au livre XXII, titre VI, ne « doit point être regardée en tout comme la simple ignorance de fait : car le droit peut et doit être fixé ; au lieu que les plus sages s'égarent dans les conjectures et dans les interprétations dont les points de fait sont susceptibles »³²⁸. Malgré les disparités qui caractérisent le rapport traditionnel entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, nous croyons que la différence entre ces deux concepts se situe davantage au plan de l'admissibilité générale de l'erreur que dans la nature même de l'ignorance. En effet, si la méconnaissance de la loi naturelle s'apparente à une ignorance grossière, il est possible de s'interroger toutefois sur le cas de l'individu qui, malgré sa bonne foi, ne pouvait connaître certaines règles prescrites par l'État ou le droit positif. Dans cette hypothèse, nous croyons que le principe dégagé par Paul en matière d'ignorance factuelle devait tout naturellement s'appliquer. La connaissance qui est exigée, écrit le jurisconsulte, « doit tenir un juste milieu entre une négligence grossière ou une indifférence excessive, et une curiosité qui ne conviendrait qu'à un espion et à un délateur »³²⁹. Cette observation doit être lue conjointement avec cet autre fragment emprunté au même auteur : « Quand on dit que l'ignorance de droit ne peut servir à personne, cela doit s'entendre [...] d'un homme qui peut prendre conseil d'un jurisconsulte, ou qui a lui-même des lumières suffisantes ; en sorte que celui qui n'a pu s'instruire souffre de l'ignorance de droit : ce qui est rare. »³³⁰

³²⁸ *Id.*, D, 22, 6, 4, 2, cité dans JUSTINIEN, *id.*, p. 266 : « *In omni parte error in jure non oedem loco, quo facti ignorantia, haberi debet : cum jus finitum et possit esse, et debeat : facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* »

³²⁹ *Id.*, D, 22, 6, 4, 6 : « *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisito exigenda : scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.* »

³³⁰ *Id.*, D, 22, 6, 9, 3 : « *Sed juris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia : quod raro accipiendum est.* »

Force est donc de constater que le droit romain condamne l'ignorance de la loi en matière de droit naturel, «mais ne refuse pas son pardon ni parfois même sa pitié»³³¹ à celui qui, malgré sa bonne volonté, ne connaissait pas les interdictions de la loi positive. Dans ce dernier cas, le crime, à notre avis, demeurerait intact, mais la peine qui s'y rattachait pouvait être diminuée en fonction de la bonne foi démontrée par l'offenseur. Malgré le bien-fondé de cette hypothèse au point de vue logique, il est permis de douter de son applicabilité compte tenu de l'idéalisme moral qui gouvernait à l'époque le champ des infractions pénales.

Deuxième sous-section : Le droit canonique

À l'image du droit romain, le droit canonique repose sur la dichotomie traditionnelle qui surplombe, depuis des siècles, le rapport entre le droit naturel et le droit positif. Saint Augustin par exemple, dans son traité sur le libre arbitre distingue deux sortes de loi : l'une, éternelle et l'autre, temporelle. En ce qui concerne la première, l'évêque d'Hippone est catégorique : la connaissance de la loi éternelle est imprimée dans notre esprit et «gravée dans notre cœur»³³². C'est dans cette optique qu'il faut interpréter les paroles de saint Augustin. « Le vol, écrit le canoniste, est

³³¹ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39.

³³² T. D'AQUIN, *La Somme théologique*, vol. 6, Paris, Vivès, 1869-1874, traduite en français et annotée par François LACHAT, quest. 93, art. 2, p. 323. Voir sur ce point les commentaires du dominicain à la p. 341 de la *Somme théologique* : « Les préceptes de la loi naturelle sont multiples ; mais ils peuvent tous se ramener à ce premier précepte, qu'il faut faire le bien et éviter le mal. » Sur l'importance de la loi divine voir les Éloges de la loi contenues dans le LIVRE DES PSAUMES, 119 : « Heureux ceux qui sont parfaits en leurs voies, – qui suivent la loi de Yahweh ; Heureux ceux qui gardent ses commandements, – qui le cherchent dans leur cœur. Qui ne commettent assurément aucune iniquité, – qui marchent dans ses sentiers ! Car tu as donné tes commandements – pour qu'on les gardât avec fidélité : Puissent donc mes pas demeurer inébranlables – dans l'accomplissements de tes lois ; Alors je n'aurai pas à rougir – quand je jetterai les yeux sur tous les préceptes : Je te louerai dans la droiture de mon cœur, – instruit que je serai de tes arrêts équitables ; J'observerai ta Loi, – ne m'abandonne pas à tout jamais ! [...] Je porte ta parole cachée au fond de mon cœur – pour ne point pécher contre toi. Ô Yahweh, sois béni, – enseigne-moi tes lois ; Mes lèvres énumèrent – tous les commandements de ta bouche. [...] Tu menaces les superbes, ces maudits – qui s'égarèrent loin de tes commandements. [...] Oui, tes enseignements font mes délices, – ce sont eux que je prends pour conseil. [...] J'ai exposé devant toi ma conduite pour que tu m'exauces : – instruis-moi de tes volontés. [...] Je m'attache à tes enseignements, – Ô Yahweh, fais que je ne sois pas confondu [...] Ouvre mon intelligence, pour garder ta Loi, – je l'observerai de tout cœur. Conduis-moi par le sentier de tes commandements, – c'est là que je trouve mes délices. Incline mon cœur vers tes volontés, – non pas vers les gains injustes. [...] Éloigne de moi l'opprobre, que je redoute le péché, – car rien n'est bon comme tes lois. [...] Je garderai ta Loi à jamais – dans les siècles et les siècles. [...] Mes mains se portent vers l'exécution de tes volontés, qui me sont chères – et de tes lois je fais ma méditation. [...] Ô Yahweh, toi dont la bonté remplit toute la terre, – enseigne-moi tes lois ! [...] Ô Yahweh, à tout jamais – ta parole subsiste dans les cieux. [...] Car ta justice est la justice éternelle – et ta Loi est la vérité. » Voir aussi le LIVRE DES PROVERBES, 2 : 1 à 22 ; LIVRE DE L'ECCLÉSIASTIQUE, 32 : 14 à 24 ; 15 : 20 à 27.

condamné par votre loi, Seigneur, même par cette loi que vous avez gravée dans le cœur de l'homme et que toute sa corruption ne peut effacer. »³³³ Malgré le mystère qui entoure la volonté de Dieu, la loi naturelle éclaire l'esprit de l'homme et guide ses pas vers le bonheur. Ainsi, d'après saint Thomas d'Aquin, « nul ne peut connaître la loi éternelle telle qu'elle est en elle-même, si ce n'est Dieu seul et les bienheureux qui voient son essence ; mais tous la connaissent plus ou moins dans le rayonnement de sa lumière, selon qu'ils ont une connaissance plus ou moins étendue de la vérité »³³⁴. En résumé, les enseignements de Dieu sont gravés dans le cœur de l'être humain³³⁵. Celui-ci étant une créature raisonnable, doué d'intelligence et de volonté, il est en mesure de repérer les principales composantes de la loi naturelle et de diriger sa conduite en conformité avec l'intention de Dieu³³⁶.

En ce qui concerne la loi humaine, il convient ici d'introduire une distinction importante entre le droit romain et le droit de l'Église. Contrairement aux juristes romains qui

³³³ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 91, art. 2, p. 299. Au même effet, voir à la même page les commentaires de la Glose : « Les Gentils n'ont pas la loi écrite ; mais ils ont la loi naturelle qui leur fait connaître et sentir ce qui est bon et ce qui est mauvais. De là les paroles de saint Paul : Lorsque les païens qui n'ont pas la loi font naturellement ce qui est selon la loi, n'ayant pas la loi, ils sont à eux-mêmes la loi, en montrant l'œuvre de la loi écrite en leurs cœurs, leur conscience leur rendant témoignage, et leurs pensées s'accusant et se défendant l'une et l'autre. Le psalmiste compare la loi du Seigneur au soleil qui part d'une extrémité du ciel et va jusqu'à l'autre ; pure et sans tache, convertissant les âmes, elle donne la sagesse aux petits ; les justices du Seigneur sont droites, elles font naître la joie dans les cœurs ; le précepte du Seigneur est tout rempli de lumière, et il éclaire les yeux. Et cette splendeur ineffable, il la répand non seulement parmi les peuples où brillent les rayons de la révélation divine, mais encore au milieu des nations qui gémissent dans les ombres de la mort : Interrogez qui vous voudrez parmi les étrangers, dit Job, et vous verrez qu'il sait que le méchant est réservé pour le moment où il doit périr, et que Dieu le conduira jusqu'au jour de sa colère. C'est que Dieu a répandu dans tous les hommes sa céleste lumière : Il leur a donné, selon l'Écclésiastique, le discernement, une langue, des yeux, des oreilles, un esprit pour penser ; il leur a rempli des rayons de l'intelligence ; il a créé dans eux la science de l'esprit ; il a rempli leur cœur de sens, et leur a fait voir les biens et les maux. »

³³⁴ *Id.*, quest. 92, art. 2, p. 324.

³³⁵ Voir sur ce point LE DEUTÉRONOME, 6 : 6-9 : « Et ces commandements que je te donne aujourd'hui demeureront en ton cœur. Tu les inculqueras à tes enfants et tu en parleras, que tu sois en voyage, que tu te couches ou tu te lèves. Tu les attacheras sur ta main comme un signe et ils seront comme un frontal entre tes yeux. Tu les écriras sur les poteaux de ta maison et sur les portes. »

³³⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 92, art. 2, p. 324 : « Tous les hommes connaissent la vérité dans le cercle des principes généraux de la loi naturelle ; puis au-delà de ces limites ils la connaissent les uns plus, les autres moins, et cette connaissance de la vérité mesure leur connaissance de la loi éternelle. » Voir aussi quest. 90, art. 4, p. 294 : « La loi naturelle est promulguée par cela même que Dieu la grave dans les cœurs, et l'intime par les lumières de la raison. » Voir aussi quest. 91, art. 2, p. 300 : « La lumière de votre visage est empreinte sur nous, Seigneur ; indiquant ainsi que la lumière de la raison, par laquelle nous discernons le bien et le mal (fonction propre à la loi naturelle), n'est autre chose que l'impression de la lumière divine dans notre âme. On le voit donc, la loi naturelle est la participation de la loi éternelle dans la créature raisonnable. »

n'établissaient pas de relations directes entre le droit naturel et le droit positif, les canonistes, à la suite de saint Thomas d'Aquin, admettent un lien étroit entre la loi de Dieu et la loi humaine. Ce lien est noué d'une manière si serrée qu'il semble exclure toute opposition entre les deux types de lois. Soulignant le rapport entre la loi naturelle et la loi humaine, saint Thomas d'Aquin affirme ceci : « Puisque, d'une part, toute loi n'est loi que parce qu'elle est juste et qu'elle ne peut être juste que par sa conformité avec la raison ; puisque, d'une autre part, la loi naturelle forme la première règle de la raison, il s'ensuit que toute loi humaine dérive nécessairement de la loi naturelle. »³³⁷ C'est dans cette perspective qu'il faut interpréter les paroles du Dominicain lorsqu'il dit que « la volonté humaine peut, en vertu d'une convention commune, faire qu'une chose soit juste parmi celles qui d'elles-mêmes n'impliquent aucune répugnance avec la justice naturelle. Et c'est là qu'il y a place pour le droit positif [...]. Par contre une chose qui de soi répugne au droit naturel ne peut devenir juste par la volonté humaine, par exemple décréter qu'il est permis de voler ou de commettre l'adultère. »³³⁸ À l'opposé de la loi naturelle qui est gravée dans l'esprit de chacun, la loi humaine exige une promulgation³³⁹ qui vient fixer et déterminer son contenu³⁴⁰. Une fois écrite, la loi s'offre à l'individu qui doit s'ouvrir à elle et s'imprégner de toute sa sagesse.

Après avoir défini les contours des lois naturelle et humaine, nous constatons qu'une question demeure : quelle est l'incidence de l'ignorance de la loi sur la volonté et la responsabilité de l'auteur de l'acte ? Est-elle cause d'involontaire ou de péché ? Pour répondre à cette question,

³³⁷ *Id.*, quest. 95, art. 2, p. 361.

³³⁸ A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 314, p. 62. Voir à la même page, les commentaires de saint Thomas d'Aquin : « La loi écrite ne donne pas au droit naturel son autorité et par conséquent ne peut ni la diminuer ni la supprimer, car la volonté de l'homme ne peut pas changer la nature. C'est pourquoi si la loi écrite contient quelque prescription contraire au droit naturel, elle est injuste et ne peut obliger : il n'y a place en effet pour le droit positif que là où il est indifférent devant le droit naturel qu'il en soit ainsi ou autrement. De tels écrits ne peuvent être appelés des lois, mais plutôt des corruptions de la loi : on ne peut donc pas, pour porter un jugement, se régler sur elles. »

³³⁹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 90, art. 4, p. 294 : « Nous avons assigné jusqu'ici quatre conditions, quatre propriétés, quatre attributs, quatre caractéristiques à la loi ; si nous les rassemblons sous le même coup d'œil, nous aurons cette définition : La loi est une prescription de la raison, se rapportant au bien général, faite par celui qui gouverne la communauté et promulguée. » Voir, à la même page, les notes de F. Lachat : « Que la promulgation soit nécessaire pour que la loi puisse obliger la conscience, tous les théoriciens l'enseignent d'une voix unanime ; ils disent : À l'impossible nul n'est tenu ; or on ne peut observer la loi, quand elle n'est pas publiée, notifiée, connue. »

³⁴⁰ *Id.*, quest. 91, art. 3, p. 302 : « La raison pratique tire des préceptes de la loi naturelle, comme de principes universels et indémontrables, des prescriptions moins générales qui s'appliquent aux cas particuliers. Et bien, ces prescriptions formulées, déterminées, trouvées par la raison, s'appellent lois humaines, quand elles réunissent d'ailleurs les conditions que réclame la notion de loi. »

saint Thomas d'Aquin distingue trois sortes d'ignorance : *concomitante*, *conséquente* et *antérieure*³⁴¹. L'ignorance *concomitante* désigne l'ignorance des circonstances qui, même si elles avaient été connues, n'auraient pas modifié l'acte proposé. C'est le cas, par exemple, du meurtrier qui désire tuer son ennemi mais qui le tue par erreur « en croyant tuer un cerf ». Une telle ignorance, explique le Dominicain, n'est pas cause d'involontaire à proprement parler dans la mesure où l'offenseur n'agit pas contre son gré. L'ignorance *conséquente*, quant à elle, désigne l'ignorance volontaire. Celle-ci peut être en cause de deux manières, selon le mode de volonté manifesté par l'auteur de l'acte. D'une part, elle peut découler directement de la volonté même du sujet, comme c'est le cas lorsqu'une personne veut ignorer afin d'avoir une excuse. D'autre part, l'ignorance conséquente peut résulter du manque de diligence de l'individu, comme c'est le cas lorsqu'une personne « peut et doit savoir ». Cette ignorance, précise saint Thomas d'Aquin, « est dite volontaire comme provenant de la négligence »³⁴². Enfin, l'ignorance peut être *antérieure* à la volonté du sujet, dans la mesure où celui-ci ignore une circonstance qui, si elle avait été connue, aurait empêché la réalisation de l'acte. C'est le cas notamment de l'individu qui, malgré sa diligence raisonnable, commet un acte qu'il ne désire point. Ce type d'ignorance détruit l'adhésion psychologique de son auteur et, par conséquent, sa responsabilité morale. Aristote le rappelle en déclarant que « l'acte exécuté contre notre gré est affligeant et suivi de regret »³⁴³.

Comme en témoigne l'inventaire des causes d'ignorance chez saint Thomas d'Aquin, ce n'est pas n'importe quel type d'ignorance qui empêche l'attribution d'une faute morale à son auteur. Cette situation découle, en grande partie, du chevauchement qui existe entre la loi naturelle et la loi humaine. C'est qu'il faut comprendre que si les principes de la loi positive sont repérables par la raison ou par la promulgation du texte de loi, l'ignorance de celle-ci traduit une négligence de la part de l'offenseur³⁴⁴. Ainsi, mis à part les enfants et les fous, nul ne peut ignorer les grands préceptes de la loi, car ceux-ci participent de la nature même de l'être humain en tant qu'animal

³⁴¹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 8, p. 40-42.

³⁴² *Id.*, p. 41 et 42.

³⁴³ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 75.

³⁴⁴ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 76, art. 2, p. 208. Voir également à la p. 215 les commentaires suivants : « Dans la mesure où il y a quelque chose de volontaire dans le cas de l'ignorant, il reste aussi à son péché quelque chose d'intentionnel et par conséquent le péché ne sera pas accidentel ».

raisonnable³⁴⁵. À cet égard, il convient de citer ce passage d'une grande richesse de par sa clarté et sa concision :

L'ignorance implique une privation de science, qui a lieu lorsqu'on ne sait pas des choses qu'on est tenu de savoir. Or parmi ces choses il y en a qu'on est tenu de savoir, celles sans la connaissance desquelles on ne peut faire correctement son devoir : ainsi tout le monde est tenu de savoir en général les vérités de la foi et les *grands préceptes de la loi* [...]. Évidemment quiconque néglige d'avoir ou de faire ce qu'il est tenu d'avoir ou de faire, pèche par omission. À cause donc d'une négligence de cette sorte, l'ignorance des choses qu'on est tenu de savoir est un péché. Mais on ne peut dire qu'il y a négligence à ne pas savoir ce qu'on ne peut savoir : aussi dans ce cas-là l'ignorance est dite invincible parce qu'aucune étude ne peut la surmonter, et comme une telle ignorance n'est pas volontaire puisqu'il n'est pas en notre pouvoir de la chasser, elle n'est pas un péché.³⁴⁶

Un élément nouveau apparaît ici : l'absence de faute dans les cas d'erreur invincible. Même s'il faut douter de l'application de ce principe en matière d'erreur de droit à l'époque de saint Thomas d'Aquin, une brèche est ouverte. Une brèche qui permettra, au cours de la Renaissance, l'introduction de l'ignorance invincible en matière de foi et de mœurs³⁴⁷.

³⁴⁵ *Id.*, quest. 76, art. 4, p. 216 : « Si l'ignorance était telle qu'elle vînt à exclure totalement l'usage de la raison, elle excuserait tout à fait la faute, comme on le voit chez les idiots et les fous. Mais l'ignorance cause du péché n'est pas toujours telle et c'est pourquoi elle n'excuse pas toujours complètement ». Voir également T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 2, quest. 6, art. 8, p. 73 et 74 : « D'une autre façon, on appelle ignorance volontaire celle de quelqu'un qui peut et doit savoir ; c'est ainsi, nous l'avons dit plus haut, que "ne pas agir" et "ne pas vouloir agir" sont appelés du volontaire. Cette ignorance-là peut se produire, soit qu'on ne considère pas en acte ce qu'on peut et doit considérer, et c'est une ignorance de mauvais choix, qui a sa source dans la passion ou l'habitude ; soit qu'on ne se soucie pas d'acquérir la connaissance qu'on peut et doit savoir ; c'est de cette manière que l'ignorance des propositions universelles du droit, que l'on est tenu de connaître, est appelée volontaire comme provenant de la négligence. »

³⁴⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 76, art. 2, p. 207.

³⁴⁷ Philippe DELHAYE, « L'*ignorantia juris* et la situation morale de l'hérétique dans l'Église ancienne et médiévale », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, tome 2, Paris, Sirey, 1965, p. 1131, à la p. 1141 : « À la Renaissance, cependant, des idées très proches de celles d'Abélard finirent par s'imposer. Les casuistes qui s'occupaient fort peu des principes et qui, en général, étaient anti-augustiniens, reprirent la question pour elle-même. On voit alors les Salmanticenses affirmer : l'ignorance invincible est une question de fait. Si on n'a pas pensé à une question, sans malice, on ne peut être accusé de péché. Pour commettre une faute, il faut une mauvaise volonté qui n'existe pas nécessairement en pareil cas. Les jansénistes contre-attaquent au nom de l'autorité de Saint Augustin mais ils essuient une grave défaite lorsque le Saint office, en date du 7 décembre 1690, condamne la thèse d'un professeur de Louvain affirmant que l'ignorance invincible n'excuse pas. Désormais la trouée que Saint Thomas avait tentée au XIII^e siècle est faite : on reconnaît qu'en matière de foi et de mœurs il peut y avoir une ignorance invincible et que dès lors il n'y a pas de péché formel. Il est vrai que les inquisiteurs ne se laisseront pas désarçonner pour autant. Les uns distingueront le for interne où l'excuse de l'ignorance invincible vaut et le for externe où elle n'est pas un élément de la cause. D'autres déclareront que l'ignorance ne se présume pas et qu'en raison de la difficulté qu'il y a à la prouver, cette excuse ne peut servir. On voudrait être sûr qu'un tel état d'esprit est totalement révolu. »

En ce qui concerne, finalement, les règles de pur droit positif, c'est-à-dire celles qui, sans être opposées à la loi naturelle, lui sont toutefois indifférentes, il est difficile de se prononcer catégoriquement. En effet, ces règles ne sont pas justes en raison de leur nature propre mais à cause de leur adoption par le législateur. À ce sujet, saint Thomas est explicite : « [L]e droit légal est posé, en ce sens qu'au début, c'est-à-dire avant que le législateur statue par sa loi, il importe peu que l'on fasse ainsi ou autrement ; mais une fois posé, c'est-à-dire après que le législateur ait statué par sa loi, alors cela importe, car suivre la loi est juste, l'enfreindre c'est aller contre le droit. Ainsi, dans certaines cités est-il statué que le prisonnier sera racheté à un certain prix et qu'une chèvre sera sacrifiée plutôt que deux brebis. »³⁴⁸ Ces règles étant promulguées, leur ignorance ne peut être soulevée en défense. Malgré la rigidité de ce principe, il est permis de s'interroger sur la responsabilité morale de celui qui, malgré sa bonne foi et sa diligence, n'était pas en mesure de repérer certaines règles de pur droit positif. Il semble, en effet, que l'on soit redevable uniquement de ce que l'on doit et *peut* savoir.

Troisième sous-section : La *common law*

L'un des plus anciens textes que nous possédons sur l'ignorance de la loi en *common law* se trouve dans le recueil intitulé *Doctor and Student Dialogues*³⁴⁹. La règle qui y est énoncée est simple et bien arrêtée : « Ignorance of the law (though it be invincible) doth not excuse as to the law but in a few cases; for every man is bound at his peril to take knowledge of what the law is; [...] but ignorance of the deed, which may be called ignorance of the truth of the deed, may excuse in many cases. »³⁵⁰ Cette règle, d'une rigidité quasi absolue, connaît peu de temperaments. Ainsi, la *common law*, contrastant avec le droit canonique qui admettait certains adoucissements en matière de minorité et de folie, demeure inflexible : toute personne doit connaître les enseignements de la loi et de la coutume, quitte à supporter éventuellement les contrecoups de son

³⁴⁸ Cité dans A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 314, p. 60. Voir également, à la même page, les propos d'Aristote : « Quant au droit qui est fondé sur la loi positive, avant d'être posé, il n'importait pas qu'il en fût ainsi ou autrement, mais une fois posé, cela importe. »

³⁴⁹ Dial. II, c. 46, cité dans H. DUMONT, *op. cit.*, note 292, p. 18.

³⁵⁰ *Id.*

ignorance. C'est dans ce contexte, dominé par le formalisme juridique et la rigueur du droit, qu'il faut envisager l'ignorance de la loi en *common law*.

Malgré le développement progressif des moyens de défense en Angleterre et le raffinement graduel de l'élément intentionnel au cours des XVI^e et XVII^e siècles, l'ignorance de la loi demeure inadmissible en matière criminelle. Discutant de la responsabilité des personnes qui agissent dans l'ignorance de l'illégalité de leurs actes, Matthew Hale, dans son célèbre traité *Historia Placitorum Coronae*, affirme ce qui suit : « Ignorance of the municipal law of the kingdom, or of the penalty thereby inflicted upon offenders, doth not excuse any, that is of the age of discretion and *compos mentis* [saint d'esprit], from the penalty of the breach of it, because every person of the age of discretion and *compos mentis* is bound to know the law, and presumed to do so : *Ignorantia eorum, quod quis scire tenetur, non excusat.* »³⁵¹ Comme l'indique ce passage, les enfants et les fous ne sont pas soumis à la présomption légale. L'influence de la doctrine chrétienne sur la pensée de l'auteur est bien vivante. À la suite de saint Thomas d'Aquin, Matthew Hale limite le rayon d'action de la maxime aux personnes douées d'un certain discernement et, plus précisément, aux personnes capables d'obéir aux prescriptions de la loi.

La règle *ignorantia eorum, quod quis scire tenetur, non excusat* fut reprise et développée par la suite sous la plume de William Blackstone. La définition qu'il donne de l'ignorance de la loi doit tout à Hale. Dans son traité *Commentaries on the Laws of England*, Blackstone reprend la pensée de Hale : « A mistake in point of law, which every person of discretion not only may, but is bound and presumed to know, is in criminal cases no sort of defence. »³⁵² Bien que son manque d'originalité lui soit fréquemment reproché, Blackstone formule le premier véritable exposé des fondements philosophiques sur lesquels s'appuie l'édifice de la *common law* en matière d'ignorance de la loi. À ce sujet, l'auteur distingue les lois humaines selon qu'elles participent ou non de la nature des choses. En ce qui concerne les premières, c'est-à-dire celles qui découlent directement du droit naturel, Blackstone est explicite : le créateur est un être d'un pouvoir infini, il possède la capacité de faire les lois qu'il désire, qu'elles soient bonnes ou mauvaises. Or, étant

³⁵¹ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 42.

³⁵² W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 27.

d'une sagesse incommensurable, il a adopté seulement celles qui renvoient à un idéal de justice. C'est pourquoi il faut rechercher le bien et éviter le mal. Voilà le premier principe de la loi éternelle³⁵³. C'est sur cet axiome que reposent « tous les autres préceptes de la loi humaine »³⁵⁴. Ces préceptes, seul l'être humain peut, grâce aux conseils de la raison, les repérer. La loi humaine, en participant de la nature des choses, ne peut aller à l'encontre de la loi naturelle ou, pour reprendre les mots de Blackstone, transgresser l'ordre immuable et immanent de la nature. Une loi qui s'opposerait aux prescriptions de Dieu serait à la fois injuste et illégale³⁵⁵. Tout le vocabulaire est thomiste : Blackstone construit les principes de l'ignorance de la loi à partir des enseignements classiques, notamment sur la doctrine de saint Thomas d'Aquin.

Quant à la seconde catégorie d'infractions, c'est-à-dire les crimes qui, sans s'opposer aux lois naturelles, lui sont toutefois indifférents, Blackstone en établit la légitimité sur les bases du contrat social³⁵⁶. D'après l'éminent juriste, les délits *male prohibita* reposent, contrairement aux

³⁵³ *Id.*, vol. 1, p. 40 : « Considering the creator only as a being of infinite power, he was able unquestionably to have prescribed whatever laws he pleased to his creature, man, however unjust or severe. But as he is also a being of infinite wisdom, he has laid down only such laws as were founded in those relations of justice, that existed in the nature of things antecedent to any positive precept. These are the eternal, immutable laws of good and evil, to which the creator himself in all his dispensations conforms; and which he has enabled human reason to discover, so far as they are necessary for the conduct of human actions. »

³⁵⁴ *Id.*, p. 42 : « Upon these two foundations, the law of nature and the law of revelation, depend all human laws; that is to say, no human laws should be suffered to contradict these. »

³⁵⁵ *Id.*, p. 43 : « If any human law should allow or injoin us to commit it (murder), we are bound to transgress that human law, or else we must offend both the natural and the divine. »

³⁵⁶ Voir John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, GF-Flammarion, 1984, p. 251 et 252 : « Car lorsqu'un certain nombre d'hommes ont, par le consentement de chaque individu, formé une communauté, ils ont par là fait de cette communauté, un corps qui a le pouvoir d'agir comme un corps doit faire, c'est-à-dire, de suivre la volonté et la détermination du plus grand nombre ; ainsi une société est bien formée par le consentement de chaque individu ; mais cette société étant alors un corps, il faut que ce corps se meuve de quelque manière : or, il est nécessaire qu'il se meuve du côté où le pousse et l'entraîne la plus grande force, qui est le consentement du plus grand nombre ; autrement il serait absolument impossible qu'il agît ou continuât à être un corps et une société, comme le consentement de chaque particulier, qui s'y est joint et uni, a voulu qu'il fût : chacun donc est obligé, par ce consentement-là, de se conformer à ce que le plus grand nombre conclut et résout. Aussi voyons-nous que dans les assemblées qui ont été autorisées par des lois positives, et qui ont reçu de ces lois le pouvoir d'agir, quoiqu'il arrive que le nombre ne soit pas déterminé pour conclure un point, ce que fait et conclut le plus grand nombre, est considéré comme étant fait et conclu par tous ; les lois de la nature et de la raison dictant que la chose doit se pratiquer et être regardée de la sorte. Ainsi, chaque particulier convenant avec les autres de faire un corps politique, sous un certain gouvernement, s'oblige envers chaque membre de cette société, de se soumettre à ce qui aura été déterminé par le plus grand nombre, et d'y consentir : autrement cet accord original, par lequel il s'est incorporé avec d'autres dans une société, ne signifierait rien ; et il n'y aurait plus de convention, s'il demeurait toujours libre, et n'avait pas des engagements différents de ceux qu'il avait auparavant, dans l'état de nature. »

crimes *mala in se*, sur l'assentiment des individus qui, en se regroupant sous la direction de la volonté générale, ont investi le souverain de la capacité de faire des lois et de les appliquer³⁵⁷. La légalité de punir les criminels qui contreviennent à ce type de sanction est par conséquent fondée sur le principe voulant que les lois qu'ils subissent ont été adoptées suivant leur consentement. Elles ont été édictées et mises de l'avant pour assurer leur propre sécurité ainsi que celle de la collectivité en général. Malgré leur caractère particulier, les lois édictées en vertu de l'ordre public n'en sont pas moins obligatoires. C'est pourquoi il est du devoir de chacun de les connaître :

The infirmities of the best among us, the vices, and ungovernable passions of others, the instability of all human affairs, and the numberless unforeseen events, which the compass of a day may bring forth, will teach us (upon a moment's reflection) that to know with precision what the laws of our country have forbidden, and the deplorable consequences to which a wilful disobedience may expose us, is a matter of universal concern.³⁵⁸

En raison de leur autorité, les règles élaborées par Hale et Blackstone n'ont jamais été contestées. Stephen, par exemple, malgré son aversion affichée pour le « conservatisme philosophique » de Blackstone, reprend la formule sans y apporter de changement. Dans son ouvrage *A History of the Criminal Law of England*, Stephen insiste sur la rigidité de la règle en droit anglais. En effet, d'après lui « ignorance of the law is no excuse for breaking it ». L'autorité de la maxime est telle qu'elle forme « a statement which is to my mind resembles a forged release to a forged bond »³⁵⁹. Le principe est désormais solidement ancré dans la pensée juridique anglo-saxonne : l'ignorance de la loi n'est pas opposable à une accusation de nature criminelle.

C'est dans cet esprit que s'articulent les dispositions du *Code criminel* en matière d'ignorance de la loi. Tout au long de la procédure pénale et de l'application de la fonction

³⁵⁷ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 8 : « As to offences merely against the laws of society, which are only *mala prohibita* and not *mala in se*; the temporal magistrate is also empowered to inflict coercive penalties for such transgressions: and this by the consent of individuals; who, in forming societies, did either tacitly or expressly invest the sovereign power with a right of making laws, and of enforcing obedience to them when made, by exercising, upon their non-observance, severities adequate to the evil. The lawfulness therefore of punishing such criminals is founded upon this principle, that the law by which they suffer was made by their own consent; it is a part of the original contract into which they entered, when first they engaged in society; it was calculated for, and has long contributed to, their own security. »

³⁵⁸ *Id.*, p. 2.

³⁵⁹ J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6, p. 114.

punitive, court le célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi*. Une fois pour toutes, le principe est établi. Le libellé de l'article 19 du *Code criminel* ne laisse place à aucune ambiguïté : l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration du crime. Dans l'arrêt *Kennedy c. Couillard*, le juge Archambeault reprend l'essence de ce principe : « Every one is supposed to know the law; if I knowingly do an act forbidden by a law, I must suffer all the consequences of such an act. »³⁶⁰ C'est dans ce contexte qu'il faut envisager l'ignorance de la loi en droit pénal canadien, dans un contexte gouverné par l'absolutisme légal et le caractère autocratique de la loi³⁶¹.

Troisième section : L'analyse des intérêts divergents touchés dans le traitement de l'ignorance de la loi en droit pénal

Après avoir défini les règles gouvernant la formation et l'évolution du discours juridique sur la connaissance de la loi en droit pénal, il convient de s'arrêter sur les principes et les intérêts qui sous-tendent son application. Sur ce point, notre ambition est double. Tout d'abord, nous entendons examiner les fonctions à l'origine de l'exclusion traditionnelle de l'ignorance de la loi en droit pénal. Ensuite, nous allons nous pencher sur les développements récents en matière de responsabilité pénale, développements qui, sans entraîner l'affaiblissement de ce principe, militent néanmoins en faveur de son adoucissement.

Première sous-section : Les principes en faveur de son exclusion

La règle *ignorantia juris non excusat* possède une fonction qui sort du cadre du droit pénal. Elle fait partie d'un étrange complexe juridico-politique où figurent les notions de contrôle

³⁶⁰ *Kennedy c. Couillard*, [1911] 17 C.C.C. 239, 247 (B.R.Q.).

³⁶¹ Voir sur ce point *Young c. Smith*, (1880) 4 R.C.S. 494, 504 : « Here the unquestionably unlawful act was done, and his only justification or excuse to denude it of its wilful character is, I did not know it was illegal. But it is very clear, in my opinion, that such a pretence will not deprive the act of its wilful character. If a man voluntarily breaks the law, this, in the eye of the law, is a wilful act, because the act done is a wrongful act without just cause or excuse. To deprive an unlawful act of wilfulness, there must be an ignorance or mistake of fact, not ignorance or error on point of law. »

judiciaire, de discipline sociale et de punition cognitive. Voyons brièvement en quoi consistent ces éléments.

La finalité juridique

Au Canada, la maxime *nul n'est censé ignorer la loi* doit être lue comme une « tactique » en vue de « sauvegarder le bon fonctionnement de l'ordre juridique »³⁶². En écartant l'ignorance de la loi, les autorités judiciaires fondent la responsabilité criminelle sur une connaissance « objective » de la loi et, plus largement, sur une compréhension « artificielle » de ses prescriptions légales. Véritable prolongement de la règle *nullum crimen sine lege*, la présomption de la connaissance de la loi assure l'engrenage entre les différents rouages de l'infraction que sont les enseignements de la loi et les règles de la responsabilité criminelle. Le caractère autocratique de la loi eu égard à la sauvegarde des intérêts individuels est bien illustré par Oliver W. Holmes dans son ouvrage *The Common Law*. D'après l'ancien juge de la Cour suprême des États-Unis, « [p]ublic policy sacrifices the individual to the general good. To admit the excuse at all would be to encourage ignorance where the law-maker has determined to make men know and obey, and justice to the individual is rightly out-weighted by the larger interests on the other side of the scale. »³⁶³ En ce qui touche maintenant le fonctionnement interne de la présomption, l'ignorance de la

³⁶² G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 1075. Voir en France R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 185, p. 430; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1996, p. 576 et 577 : « Cette présomption se fonde d'abord sur d'impérieuses raisons de discipline sociale car la possibilité pour l'individu d'alléguer son ignorance de la loi entraînerait les pires désordres. La présomption apparaît ainsi comme fiction indispensable à l'exercice de la justice répressive. À cela, on peut ajouter, dans une perspective centrée sur l'idée de contrat social, que cette règle est la contrepartie du principe légaliste. Si en effet chaque citoyen possède un droit à la tranquillité dès lors que ses agissements ne tombent pas sous le coup d'une loi pénale, il a en contrepartie le devoir de s'informer de son contenu, et en s'en abstenant, il commet une faute envers la société : l'erreur de droit est donc compatible avec la culpabilité. Ces arguments ne sont pas totalement convaincants. D'une part, la présomption de connaissance est dangereuse pour certaines personnes, comme les étrangers. D'autre part, les lois sont aujourd'hui si nombreuses et si complexes qu'il devient difficile d'en exiger une connaissance parfaite chez le citoyen. Peut-on vraiment exiger de lui une lecture quotidienne du Journal officiel ? Le législateur lui-même l'a senti. Un vieux décret du 5 novembre 1870, toujours en vigueur, dispose dans son article 4 : Les tribunaux pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation. En outre, certaines infractions en matière de législation sociale ne peuvent être poursuivies qu'après une mise en demeure restée sans effet. N'oublions pas, enfin, que parfois le Ministère de la Justice rappelle, par voie de circulaire, la promulgation d'une loi à des magistrats professionnels ! Certains Codes étrangers permettent au juge d'accorder en cas d'erreur de droit excusable une atténuation de peine, voire une exemption (art. 20, C.P. suisse ; nouveau C.P. allemand de 1975, R.S.C., 1976, p. 654). »

³⁶³ O.W. HOLMES, *op. cit.*, note 75, p. 48.

loi, écrivent les auteurs français Roger Merle et André Vitu, implique une faute de négligence dans « l'exercice du devoir d'information juridique qui pèse sur tous les citoyens. Et cette négligence exclut la bonne foi. »³⁶⁴

La finalité politique

Au point de vue politique, la présomption régissant la connaissance de la loi en droit pénal s'inscrit aisément dans la théorie du contrat social. Elle a son point d'enracinement dans l'union des hommes, dans cette substitution implicite de la volonté collective à la volonté individuelle. Ainsi, à l'image de la nature qui donne à chacun le contrôle de ses membres, le pacte social accorde au corps politique le contrôle des siens. Ce contrôle, il va de soi, n'est pas absolu puisque l'État reconnaît aux citoyens certains droits, certains privilèges, qui viennent limiter en retour l'étendue du pouvoir souverain. Parmi ces privilèges, mentionnons notamment le principe voulant que l'État ne punisse pas les citoyens sans les informer au préalable des limites qui partagent les domaines du légal et de l'illégal. Cette concession, une fois admise, oblige en contrepartie le citoyen à se renseigner sur l'existence et le contenu des prescriptions de la loi qui, une fois transgressées, dévoilent au grand jour l'absence de respect que manifeste l'accusé eu égard à la législation pénale.

La finalité pédagogique

La fonction pédagogique de la règle *ignorantia juris non excusat* est rarement évoquée lorsqu'il s'agit de dresser l'inventaire des facteurs à l'origine de l'exclusion de l'ignorance de la loi en droit pénal. Pourtant, il ne faut pas s'y tromper : l'application rigide du vieil adage a non seulement une valeur répressive, mais aussi et surtout un but utilitaire dont la nécessité résulte, en grande partie, des difficultés entourant l'accomplissement du devoir d'information qui échoit à l'État en matière de législation pénale. Afin de remédier à cette situation, les autorités judiciaires accordent à la règle *nul n'est censé ignorer la loi* une fonction pédagogique dont elles se déchargent parfois au détriment des personnes moralement innocentes. Le véritable objet de la règle n'est donc pas de punir, mais bien d'informer par la punition. Il s'agit, en somme, de créer

³⁶⁴ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, note 185, p. 431.

une onde de choc qui, après avoir rejailli sur toute la population, imprimera dans l'esprit de l'accusé et dans la conscience collective l'existence de certains règlements. À ce sujet, Jeremy Bentham nous dit :

The subject is not bound by any laws other than those to which he has virtually consented. If we looked at the enacted law, it is obvious that few subjects have any vote for members of parliament; and the common law is made by the judges on the same principles as a man makes laws for his dog – he waits till the dog has done something he does not like and then punishes him for it. Consequently it is wholly false to say that all men have the means of knowing the law.³⁶⁵

Ce principe a été récupéré plusieurs années plus tard par Glanville Williams dans son traité *Criminal Law : The General Part*. Faisant référence à la valeur pédagogique de la maxime et à la nécessité de sacrifier, au nom de la stabilité juridique, certaines personnes moralement innocentes, Williams affirme que: « the rule is a useful weapon where the legislature intends to change the social *mores*, for the most effective way of bringing the new rule to the public is by convictions reported by the Press. »³⁶⁶

Deuxième sous-section : Les principes en faveur de l'adoucissement de l'exclusion de l'ignorance de la loi en droit pénal

Si l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* au début des années 1980 n'a pas entraîné les conséquences escomptées quant à la constitutionnalisation de la *mens rea*³⁶⁷, il en va autrement de la faute morale. En effet, la dernière décennie a été le théâtre d'un mouvement important en droit criminel, mouvement en vue de reconnaître la présence de plus en plus visible de l'élément moral se rattachant à l'individu (capacité de choix). En quoi consiste cet élément ? Quelle est sa nature première ? L'élément moral se rattachant à l'individu désigne le «

³⁶⁵ Passage cité dans W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 8, Londres, Sweet & Maxwell, 1927, p. 74 et 75.

³⁶⁶ G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 289.

³⁶⁷ Voir A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 21.

rattachement éthique et spirituel » de l'infraction à son auteur³⁶⁸. Fidèle aux enseignements de la doctrine classique élaborés par Hale et Blackstone, l'élément moral se rattachant à l'individu exige de l'accusé un minimum d'intelligence et de liberté au moment de la commission du crime. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicule Act de la Colombie-Britannique*, le juge en chef Lamer observe que, « [d]epuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité humaine et la primauté du droit. »³⁶⁹ Quelques années plus tard, le juge en chef reviendra à la charge dans l'arrêt *Finlay*, en déclarant qu'il est « un des préceptes de base de la justice fondamentale que l'État ne puisse pas punir les personnes moralement innocentes ni porter atteinte à leur liberté »³⁷⁰.

En soulignant le caractère « sacré » de la faute morale en droit criminel, la Cour suprême reconnaît implicitement le fondement constitutionnel des moyens de défense se rapportant à l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime. Formulée positivement, l'exigence relative à l'élément moral se rattachant à l'individu suppose essentiellement que le comportement de celui-ci doit être volontaire³⁷¹. L'analyse contemporaine de la Cour suprême en matière de causes de non-responsabilité est dominée par cette exigence. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le registre des décisions récentes en matière de troubles mentaux, de nécessité et de contrainte. Discutant des effets de la nécessité sur le caractère volontaire de l'acte criminel, le juge en chef Dickson, dans

³⁶⁸ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4.

³⁶⁹ *Renvoi : Motor Vehicule Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, 492. Sur ce point, il est toutefois erroné de croire que le critère de l'innocence morale en droit criminel fut élaboré en vertu de l'article 7 de la *Charte*. En effet, la responsabilité pénale repose depuis des siècles sur les principes de la responsabilité morale exigeant la présence d'une faute morale. Tous les auteurs classiques, que ce soit Coke, Blackstone, Hale ou Hawkins, reconnaissent l'effet exonératoire de l'innocence morale découlant de l'absence de volonté chez l'accusé au moment de la commission du crime.

³⁷⁰ *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, 115.

³⁷¹ *Leary c. La Reine*, précité, note 220, 34 : « Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable il doit accepter les peines qu'impose la loi. » ; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, 138 : « Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu'un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime découle d'un acte volontaire. » ; *R. c. Ruzic*, précité, note 272, par. 46 : « Il est injuste de punir une personne dont les actes sont involontaires au sens physique, car cela contredit le postulat du droit criminel selon lequel les individus sont des acteurs autonomes choisissant librement. De la même façon, il est injuste de pénaliser une personne qui a agi d'une manière moralement involontaire. En effet, les actes qu'elle a accomplis ne peuvent pas, de façon réaliste, lui être imputés puisqu'une force extérieure inhibait sa volonté. »

l'arrêt *Perka c. La Reine*³⁷², emprunte au juriste américain George P. Fletcher les commentaires suivants :

Cette définition fait ressortir le lien conceptuel qui existe entre la nécessité en tant qu'excuse et l'exigence bien connue en droit criminel que pour qu'il y ait responsabilité criminelle, les actes qui constituent l'*actus reus* d'une infraction doivent être volontaires. Littéralement, cette exigence du caractère volontaire signifie simplement que les actes matériels interdits doivent être accomplis sous le contrôle conscient de son auteur. Sans ce contrôle, il n'y a pas d'acte pour les fins du droit criminel. L'excuse de nécessité ne vise pas le caractère volontaire dans ce sens. L'alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s'introduit par effraction dans un chalet de montage isolé n'agit pas littéralement de façon volontaire. Il a le contrôle de ses actes au point d'être physiquement capable de s'abstenir d'agir. En réalité toutefois son acte n'est pas volontaire. Le choix qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable ; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain. Ce caractère involontaire est souvent décrit comme le caractère involontaire dit moral ou normatif.³⁷³

Ce principe a été souligné à nouveau, quelques années plus tard, par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Langlois*³⁷⁴. Saisi d'une demande visant à examiner la constitutionnalité des restrictions contenues à l'article 17 du *Code criminel*, le juge Fish a déclaré ce qui suit :

My conclusion, for the moment put briefly, is that s. 17 of the *Criminal Code* violates the principle of fundamental justice that a person should not be found guilty of a crime if he or she is morally blameless. In my view, a person is morally blameless if he or she commits a wrongful act that is normatively involuntary within the meaning of *Perka*. An accused whose offence is normatively involuntary cannot, in a criminal law context, be said to be personally at fault and as the Supreme Court of Canada has recently again recognised, it is axiomatic that in criminal law there should be no responsibility without personal fault.³⁷⁵

En somme, l'exigence quant à la capacité de choisir intelligemment et librement sa conduite constitue un axiome fondamental du système de justice pénale au Canada³⁷⁶. Elle

³⁷² *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

³⁷³ *Id.*, 249.

³⁷⁴ *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 (C.A.).

³⁷⁵ *Id.*, 687.

³⁷⁶ *R. c. Ruzic*, précité, note 272, par. 47 : « Bien que le caractère involontaire au sens moral n'annule ni l'*actus reus* ni la *mens rea* d'une infraction, il s'agit d'un principe qui, à l'instar du caractère involontaire au sens physique, mérite d'être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire – le

surplombe l'attribution de la faute morale et conditionne l'intervention des autorités judiciaires. Sans cette *capacité* de choix, sans cette possibilité d'orienter sa conduite, il n'y a ni faute, ni crime. Plus encore, il n'y a pas de responsabilité pénale.

Conclusion : Malgré sa rigidité, la règle *ignorantia juris non excusat* n'est pas à l'abri des changements. En effet, l'introduction de la *Charte canadienne des droits et libertés* au cours des dernières années a entraîné une modification significative du partage traditionnel entre les intérêts collectifs et individuels. Dans un domaine marqué par le poids écrasant de la majorité, la *Charte* oblige désormais le législateur à tenir compte des nouvelles exigences en matière de responsabilité pénale. À l'intérêt collectif, l'État doit maintenant ajouter la prise en compte des droits individuels. Quel sera le partage entre ces deux éléments ? Il est difficile de se prononcer catégoriquement. Toutefois, un point semble certain : l'exclusion de l'ignorance de la loi de la sphère pénale, telle que nous la connaissons aujourd'hui avec sa vision quasi liturgique de la législation, semble désormais condamnée à subir certaines restrictions qui, en raison de leur caractère fondamental, ne peuvent plus éternellement être écartées. En effet, si l'on reconnaît l'*innocence morale* de la personne qui, au moment du crime, s'était intoxiquée au point d'être inconsciente de ses actes³⁷⁷, comment est-il possible de refuser le pardon à celui qui, en dépit de sa bonne foi et de sa diligence raisonnable, ignorait l'existence d'une prescription légale ? L'un, semble-t-il, ne va pas sans l'autre...

comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure – entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. Priver un accusé de sa liberté et le marquer du stigmate de la responsabilité criminelle contreviendrait aux principes de justice fondamentale dans le cas où aucun choix réaliste ne s'offrirait à lui. La privation de liberté et la stigmatisation qui s'ensuivraient contreviendraient aux préceptes de justice fondamentale et, partant, à l'art. 7 de la *Charte*. » Voir aussi le paragraphe 45 de cet arrêt : « La responsabilité criminelle dépend également de la capacité de choisir – la capacité de distinguer le bien du mal. » Enfin, le paragraphe 34 de la décision se lit comme suit : « Même avant l'avènement de la *Charte*, le souci de n'imputer une responsabilité criminelle que pour les actes résultant d'un choix libre et réfléchi était devenu fondamental en droit criminel. En d'autres termes, seules les personnes qui agissaient en connaissance de cause et librement voyaient leur responsabilité criminelle engagée et faisaient l'objet de la stigmatisation qui s'y rattachait. »

³⁷⁷ R. c. *Daviault*, précité, note 105.

Quatrième section : L'émergence d'un nouveau paradigme en matière d'ignorance de la loi en droit pénal

Première sous-section : Les fondements théoriques

Depuis quelques années, on assiste à une certaine reconfiguration des paramètres gouvernant l'ignorance de la loi en droit pénal. Ce renouvellement théorique, qui se fonde notamment sur l'attention de plus en plus importante accordée à l'erreur invincible, est à l'origine de l'apparition de trois approches différentes de l'ignorance de la loi en droit pénal. La première, qui associe la connaissance de la loi à une composante essentielle de la *mens rea* normative, milite en faveur de l'adoucissement de la maxime en raison de son incidence sur la signification morale de la conduite de l'accusé³⁷⁸. Suivant cette approche, l'erreur invincible se distingue de l'ignorance normale dans la mesure où elle démontre l'absence de faute de son auteur et le caractère « irréprochable » de sa conduite. La deuxième approche, qui est plus traditionnelle, envisage la connaissance de la loi à l'intérieur d'une conception descriptive et technique de la *mens rea*. Ainsi, d'après les tenants de cette approche, l'ignorance de la loi détruit la conscience coupable de l'individu et empêche la formation de l'intention criminelle nécessaire à la consommation du crime. La troisième approche, étroitement associée à la deuxième, considère l'ignorance invincible de la loi comme une excuse qui, tout en reconnaissant la commission d'une infraction, chercherait à écarter la responsabilité de son auteur. Ce moyen de défense ne jouerait que s'il a été établi au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a commis un crime, c'est-à-dire qu'il est coupable d'un acte criminel assorti de l'intention nécessaire à la perpétration de l'infraction.

Malgré la qualité de ces analyses, celles-ci ne peuvent être admises sans critiques. Les défauts qu'elles présentent ne résultent pas de leur agencement, mais des prémisses sur lesquelles elles s'appuient. Il est vrai que l'ignorance de la loi peut se traduire de différentes façons, qu'elle peut entraîner la destruction de la faute personnelle, comme la disparition de l'intention ou de la culpabilité. Mais il demeure que l'ignorance de la loi agit à un autre niveau. C'est qu'en détruisant

³⁷⁸ Sur la signification de la *mens rea* normative au Canada, voir A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 21, 134.

la connaissance qui sous-tend la notion d'imputabilité, l'ignorance de la loi opère au stade le plus fondamental de l'acte criminel. Elle prend sa source en amont de l'évaluation de la responsabilité de l'individu, dans cet espace souterrain qui conditionne la formation de l'acte humain. Ainsi, si nous estimons que l'ignorance de la loi écarte la culpabilité, « la vérité est qu'elle le fait non pas en détruisant l'une de ses composantes mais en interdisant, d'une manière radicale, d'en examiner la réalisation »³⁷⁹. À l'image de la folie ou de la contrainte, l'ignorance invincible de la loi écarte les fondements « éthiques et spirituels » de l'infraction en éclipsant la connaissance nécessaire à la formation de tout jugement appréciatif. En détruisant l'adhésion morale de l'agent vis-à-vis de la commission de l'acte illégal, l'ignorance de la loi plonge dans un abîme cognitif qui s'oppose à tout jugement moral. Elle attaque le cœur même de l'acte criminel et pénètre le tissu de l'acte matériel pour occulter toute trace de volonté.

Deuxième sous-section : L'ignorance invincible

Maintenant que nous avons circonscrit les caractéristiques fondamentales gouvernant la notion de la connaissance en philosophie et que nous avons dégagé, tour à tour, les grands moments de l'histoire de l'ignorance de la loi en droit pénal et la nature juridique de ce moyen de défense, il convient de préciser les circonstances qui, à notre avis, donnent lieu à l'ouverture d'un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi. Ces circonstances, qui se présentent en matière d'ignorance invincible, exposent au grand jour l'innocence morale de l'individu au moment de la commission du crime. Au point de vue juridique, l'ignorance invincible repose sur son caractère à la fois *imprévisible* et *irrésistible*.

Le caractère imprévisible et irrésistible de l'ignorance de la loi : Comme nous l'avons déjà expliqué, la culpabilité morale est un élément essentiel en droit pénal canadien. Cet élément, en fait, est si fondamental qu'il détermine à lui seul l'ensemble des analyses sur la question. Fidèle aux développements récents de la Cour suprême du Canada en matière de responsabilité morale, nous croyons qu'il est nécessaire d'élaborer notre analyse du caractère imprévisible et irrésistible de l'ignorance de la loi sur des bases qui permettent de distinguer les situations qui traduisent une

³⁷⁹ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 192.

négligence, une indifférence de l'accusé à l'égard des valeurs sociales, de celles qui, au contraire, soulignent son innocence morale.

La raison pour laquelle l'ignorance rend certains actes involontaires vient de ce qu'elle prive l'accusé de la connaissance nécessaire à la formation de tout jugement moral. À cet égard, l'analyse philosophique nous oblige à constater la fragmentation implicite de l'ignorance en trois segments distincts : l'ignorance *concomitante*, *conséquente* et *antécédente*. Bien qu'elle soit intéressante au point de vue moral, l'ignorance *concomitante* n'entraîne pas de conséquences sur le plan pénal. C'est pourquoi, nous allons porter notre regard sur les deux autres catégories. Comme nous l'avons déjà mentionné dans le cadre de notre analyse philosophique de la connaissance, l'ignorance *conséquente* désigne l'ignorance volontaire. Soit que la volonté porte directement sur l'ignorance elle-même, comme lorsque quelqu'un veut ignorer pour avoir une excuse, soit que la volonté ne s'est pas exercée conformément à son objet, comme lorsque quelqu'un ignore ce qu'il peut et doit savoir. Dans les deux cas, l'ignorance, en raison de sa nature particulière, entraîne la condamnation morale de l'agent. En ce qui concerne finalement l'ignorance *antécédente*, elle est, contrairement aux deux précédentes, de nature involontaire. Il y a ignorance antécédente, écrit saint Thomas d'Aquin, lorsque l'absence de connaissance quant à un sujet « incline à vouloir ce qu'autrement on ne voudrait pas »³⁸⁰. C'est dans ce contexte qu'il faut examiner l'exclusion de l'ignorance de la loi en droit pénal, dans un contexte dominé par la faute morale et l'innocence de l'accusé.

Comme nous l'avons déjà expliqué, l'action de l'ignorance de la loi en droit pénal est paralysée par la règle *nul n'est censé ignorer la loi*. Malgré l'utilité manifeste de la maxime, son application est aujourd'hui sérieusement menacée par la multiplication des infractions à caractère réglementaire. Ce «recours effréné à l'arme répressive»³⁸¹ a entraîné une fêlure, une rupture entre la connaissance réelle des citoyens et leur connaissance « artificielle » des prescriptions de la loi³⁸².

³⁸⁰ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 8, p. 42.

³⁸¹ Expression empruntée à A.-M. BOISVERT, « Le droit pénal de l'environnement : contexte, paradoxes et dangers », cité dans Ejan MACKAAY et Hélène TRUDEAU (dir.), *L'environnement – À quel prix ?*, Montréal, Thémis, 1995, p. 223, à la p. 225.

Devant cette situation, il est normal de s'interroger sur le caractère absolu de la règle. L'homme, en effet, est responsable, note saint Thomas d'Aquin, de l'ignorance des choses « qu'il *peut* et doit savoir »³⁸³. Quelle est l'étendue de cette exigence ? Entraîne-t-elle une obligation absolue de telle sorte que tous et chacun, peu importe les circonstances, sont présumés connaître ces choses ? A-t-elle au contraire pour objet, à l'image du droit romain, l'adoption d'un juste milieu, d'un équilibre entre une « indifférence excessive et une curiosité qui ne conviendrait qu'à un espion » ?³⁸⁴ La réponse est simple, presque évidente. Elle semble inscrite dans la nature même de l'être humain. L'individu qui agit dans l'ignorance d'une disposition qu'il n'était pas en mesure de connaître, malgré sa diligence raisonnable et sa bonne foi, agit mal sans le savoir et, conséquemment, sans le vouloir³⁸⁵. Aucune responsabilité ne peut donc lui être imputée.

Pour être alléguée avec succès, l'ignorance doit être à la fois *imprévisible* et *irrésistible*, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être reliée, d'une manière ou d'une autre, à l'activité de l'agent, de sorte que le pêcheur professionnel, accusé d'avoir en sa possession une quantité de homards immatures, ne pourra soulever en défense son ignorance de l'existence de la prescription légale. À l'inverse, sera relaxé l'individu qui capture une espèce de poissons réservée exclusivement aux autochtones. C'est que, à moins d'indications contraires (panneaux d'information, dépliants, etc.), l'accusé n'est généralement pas en mesure de connaître, malgré sa bonne foi et sa diligence

³⁸² Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970, p. 270 : « Il est admis en principe qu'elle ne peut pas plus supprimer l'infraction intentionnelle que l'infraction non intentionnelle. La loi pénale ne remplirait pas son rôle s'il suffisait, pour y échapper, de ne pas la connaître. C'est le cas d'appliquer la maxime sévère : Personne n'est censé ignorer la loi, *Nemo jus ignorare censetur*. Ce principe est critiqué à notre époque où l'abus des réglementations administratives ne cesse de s'aggraver, et où le dirigisme érige le droit pénal en droit sanctionnateur de l'organisation économique et sociale. On dit que c'est une pure fiction que de punir un individu pour un fait dont il ne connaissait pas l'incrimination et qui n'était pas l'objet d'une répression universelle, mais se manifestait seulement comme ce type d'infraction que l'on appelle souvent : infraction artificielle ou de pur droit positif. »

³⁸³ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 8, p. 41.

³⁸⁴ ULPIEN, *D.*, 22, 6, 6, cité dans JUSTINIEN, *op. cit.*, note 325, p. 266.

³⁸⁵ Anne-Marie BOISVERT, « Innocence morale, diligence raisonnable et erreur de droit », (1995) 41 *C.R.* (4th) 243, 247 : « On peut certes dorénavant se demander si, compte tenu du fouillis législatif dans lequel nous vivons, il est toujours juste de vivre avec la fiction d'une personne raisonnable au courant de la loi. En matière réglementaire, surtout, la question mérite qu'on s'y attarde. Peut-être en arriverions-nous à la conclusion qu'il est contraire aux principes de justice fondamentale de condamner des citoyens pour n'avoir pas respecté une norme que même la personne raisonnable n'est pas en mesure d'atteindre. »

raisonnable, l'existence ou le contenu de ces interdictions qui, en se multipliant, altèrent constamment le visage de la législation pénale. Au même effet, mentionnons également la personne qui, sans être au courant de la législation pertinente, récolte ou détruit des fleurs formellement protégées par la *Loi* et le *Règlement sur les espèces floristiques menacées ou vulnérables*³⁸⁶. Dans cette hypothèse, nous croyons qu'il est de la responsabilité du parc ou du gouvernement visé de prendre les moyens appropriés afin d'informer la population quant à l'existence d'une telle réglementation. Le fait de considérer, finalement, que la punition est un moyen efficace pour renseigner l'individu et l'ensemble de la population sur la nature et le contenu de cette réglementation obscure est une erreur qu'il ne faut plus tolérer aujourd'hui en droit pénal.

En nous situant dans la perspective qui vient d'être esquissée, nous pouvons tirer les conclusions suivantes. Tout d'abord, en ce qui a trait aux fondements moraux entourant la reconnaissance de l'ignorance invincible de la loi, il ne fait aucun doute que cette exception s'inscrit directement au cœur de la doctrine enseignée par Aristote et saint Thomas d'Aquin. Comme nous l'avons dit plus haut, il existe un principe fondamental en matière de responsabilité morale selon lequel les actes accomplis sous l'empire de l'ignorance sont involontaires. Celui qui «agit mal sans le savoir, agit mal sans le vouloir»³⁸⁷. En éclipsant la connaissance nécessaire à une action libre et réfléchie, l'ignorance invincible de la loi détruit l'adhésion psychologique du sujet à l'illégalité de l'acte ainsi que le caractère volontaire essentiel à la constatation de la faute morale.

Si la situation semble relativement évidente en matière de responsabilité morale, il est impossible d'en dire autant des fondements constitutionnels de l'ignorance invincible. La difficulté provient de l'incertitude qui entoure à l'heure actuelle l'application de la *Charte* et plus

³⁸⁶ *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*, L.R.Q., c. E-12.01, art. 16 : « Nul ne peut, à l'égard d'une espèce floristique menacée ou vulnérable, posséder hors de son milieu naturel, récolter, exploiter, mutiler, détruire, acquérir, céder, offrir de céder ou manipuler génétiquement tout spécimen de cette espèce ou l'une de ses parties, y compris celle provenant de la reproduction. » DISPOSITIONS PÉNALES : art. 40 : « Quiconque contrevient à une disposition de l'un ou des articles 16 ou 17 [...] commet une infraction et est passible : 1. Dans le cas d'une personne physique, d'une amende d'au moins 500\$ et d'au plus 20 000\$ s'il s'agit d'une première infraction et d'une amende d'au moins 1000\$ et d'au plus 40 000\$ pour toute récidive dans les trois ans. » Exemples d'espèces floristiques menacées : 1. L'aplectrelle d'hiver (*Aplectrum Hyemale*) ; 2. L'arisème dragon (*Arisaema dracontium*) ; 3. L'arnica de Griscom (*Arnica griscomii*) *Règlement sur les espèces floristiques menacées ou vulnérables et leurs habitats*, (1998) 130 G.O. II, 2152.

³⁸⁷ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39.

précisément de l'article 7 aux infractions réglementaires qui ne prévoient pas explicitement de peine d'emprisonnement. Or la plupart des méprises interviennent justement en matière d'infractions réglementaires. À ce sujet, les tribunaux demeurent relativement divisés, même si la tendance semble vouloir indiquer une certaine tendance en faveur de l'application de la *Charte*³⁸⁸. Selon le juge Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan :

It follows from the foregoing analysis that given the wording of s. 249 (1), a conviction under s. 253 does indeed have a potential for imprisonment. That potential is not in the same place on the continuum as the potential which Lamer J. considered in *Re B.C. Motor Vehicle Act* but none the less it exists and is real. It is true that for the potential to become an actuality two things need to happen : First, the judge needs to pronounce a sentence of imprisonment as an alternative to the non-payment of a fine. Secondly, the defendant needs to default in payment of the fine. These are, however, extraneous factors which speak not to the existence of the potential but to its place on the continuum. So long as s. 249 provides for imprisonment as an alternative to non-payment of a fine, the potential for imprisonment for a conviction under s. 253 is real. On the basis, then, of *Re B. C. Motor Vehicle Act*, s. 253 must be found to deprive a person of the right described in the first branch of s. 7.³⁸⁹

À la lecture de ce passage emprunté à l'arrêt *Burt*, il est permis de penser que l'application stricte de la règle *nul n'est censé ignorer la loi* en matière d'infractions réglementaires peut, dans certaines circonstances, enfreindre l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁹⁰. Comme le souligne le juge en chef Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicule Act*, il existe un principe fondamental en droit criminel selon lequel un « innocent ne doit pas être puni »³⁹¹. À notre avis, le fait de nier qu'un élément de connaissance, même très minime, soit requis pour une

³⁸⁸ Voir à l'effet contraire *Schnaiberg c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8990*, [1993] R.J.Q. 55, 59 (C.A.).

³⁸⁹ *R. c. Burt*, (1988) 38 C.C.C. (3d) 299, 304 (C.A. Sask.). Voir également les commentaires du juge Bayda à la p. 304 : « Before leaving this branch of the issue, in passing I note as a matter of interest only, the availability of relatively recent studies that show that imprisonment for default in payment of a fine is by no means a rarity. In an article published in 28 *Crim. L. Q.* (1985-86), p. 251, Professor Keith Jobson and Mr. Andrew Atkins assert: "Such imprisonment accounts for the largest group of prisoners admitted to local prisons, ranging from 14% in British Columbia in 1983 to 32% in Ontario and 48% in Quebec". The authors cite as authority for that statement *Sentencing Practices and Trends in Canada*, a summary of statistical information provided by the Department of Justice Ottawa, 1983, p. 23. The annual provincial correctional center statistics for the fiscal year 1986-87 issued by the Saskatchewan Department of Justice present a similar picture: 44.07% of the female admissions and 32.30% of the male admissions to the provincial correctional centres were of persons who defaulted in payment of their fines. If these figures are accurate, then the frequency with which the potential develops into actuality can hardly be described as a matter of but trivial concern. »

³⁹⁰ Voir également l'arrêt *R. c. Joe*, (1994) 87 C.C.C. (3d) 234 (C.A. Man.).

³⁹¹ *Renvoi : Motor Vehicule Act de la C.-B.*, précité, note 369.

infraction pénale enfreint la *Charte* d'une manière tellement draconienne qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier. Aussi, dans la mesure où les restrictions apportées à la présomption de connaissance de la loi demeurent relativement mineures, la brèche créée par l'adoucissement de la règle *nul n'est censé ignorer la loi* offre l'avantage de ne pas menacer l'étanchéité de la présomption relativement aux autres types d'infractions. Voilà un fait sur lequel il est impératif d'insister compte tenu de la place importante qu'occupe la présomption de connaissance de la loi dans le fonctionnement de la mécanique judiciaire.

L'inventaire des arguments constitutionnels militant en faveur de l'assouplissement de la connaissance présumée de la loi au Canada ne serait pas complet sans mentionner le principe de la « primauté du droit ». Il est intéressant d'établir un parallèle entre l'ignorance invincible de la loi et les fondements de la théorie de l'imprécision. Comme nous le savons, cette dernière repose, en grande partie, sur l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens quant à l'existence d'une conduite prohibée. D'après le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, « il faut donner aux principes de justice fondamentale, telle la théorie de l'imprécision, une acceptation qui vise le fond autant que la forme. En fait l'idée de donner un avertissement raisonnable aux citoyens serait plutôt dénuée de sens s'il suffisait simplement d'attirer l'attention sur le texte de loi, surtout si la connaissance est présumée en droit. La question de l'avertissement raisonnable porte aussi sur le fond : cet avertissement peut être défini comme un avis ou la conscience qu'une conduite est répréhensible en droit. »³⁹² En soulignant l'importance d'un

³⁹² Cité par le juge Gonthier dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 633. Sur la notion d'avertissement raisonnable en droit, voir l'excellent exposé du juge Gonthier aux pages 633 à 635 : « La question de l'avertissement raisonnable porte aussi sur le fond : cet avertissement peut être défini comme un avis ou la conscience qu'une conduite est répréhensible en droit. Prenons l'exemple de l'homicide. Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide sont nombreuses [...]. Quand on ajoute aux textes du Code la jurisprudence, tant sur les règles de fond que sur la constitutionnalité, on se retrouve avec un ensemble de règles assez complexe. En dépit de l'avis formel, on peut difficilement s'attendre à ce que le citoyen moyen connaisse en détail le droit régissant l'homicide. Et pourtant, personne ne saurait affirmer sérieusement qu'aucun avertissement raisonnable quant au fond n'a été donné ou que le droit en matière d'homicide est imprécis. On peut facilement comprendre les raisons. Premièrement, chacun a une connaissance innée que de tuer un être humain est blâmable. L'homicide est fermement perçu comme intolérable, que ce soit du point de vue moral, religieux ou sociologique. Par conséquent, on s'attend à ce que l'homicide soit puni par l'État. Deuxièmement, l'homicide est en effet puni par l'État et les médias se font abondamment l'écho des procès pour homicide ainsi que des peines infligées. J'ai cité l'exemple de l'homicide parce qu'il représente une infraction à ce point fondamentale dans notre droit pénal et dans le système des valeurs que nous partageons, qu'il est facile de démontrer l'existence de l'avertissement quant au fond. On pourrait en faire aussi la démonstration, plus approfondie, à l'égard d'autres dispositions législatives. Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte

avertissement raisonnable quant à l'existence d'une conduite illégale, la Cour suprême reconnaît implicitement le rôle de la connaissance dans la formation d'un comportement criminel. Cela étant, comment peut-on, encore aujourd'hui, refuser d'admettre en défense l'ignorance des dispositions de portée limitée qui reflètent peu la société dans son ensemble et dont la faiblesse ou l'absence d'avertissement quant au fond n'a pas été compensée par les efforts des autorités compétentes pour attirer l'attention du public sur l'existence et le libellé de la loi. Dans la mesure où l'on reconnaît aujourd'hui le caractère exonératoire des dispositions qui, en raison de leur nature imprécise et de leur « absence de rattachement à certaines valeurs partagées par la société »³⁹³, ne permettent pas aux citoyens « de prendre facilement connaissance de [leur] fond »³⁹⁴, on peut s'interroger sur la rigueur excessive de la maxime. D'après nous, l'application automatique et sans réserve de la règle *nul n'est censé ignorer la loi* contredit le principe de la primauté du droit dans les cas où (1) le comportement visé par la disposition législative n'est pas perçu comme étant « nuisible au point de vue moral, religieux ou sociologique »³⁹⁵ et (2) n'a pas fait l'objet d'une publicité particulière. En empêchant la connaissance effective de l'existence d'un comportement interdit, l'ignorance invincible de la loi contrevient à l'obligation de donner aux citoyens un avertissement raisonnable qu'une conduite est prohibée. Dans ces conditions, nous croyons que l'avertissement formel de la loi n'est pas suffisant. Un avertissement sur le fond s'avère également nécessaire. L'individu doit avoir conscience qu'une conduite est répréhensible au point de vue légal³⁹⁶.

d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société. Je ne veux pas dire que l'État ne peut intervenir par le moyen d'une loi que si le fondement de son intervention comporte un aspect non juridique. Bon nombre de textes de loi ont une portée assez limitée et reflètent peu la société dans son ensemble ; c'est le cas de nombreux textes réglementaires. La faiblesse ou l'absence de l'avertissement quant au fond avant l'adoption du texte législatif peut être compensé en attirant l'attention du public sur le libellé de la loi, de sorte qu'il y aura avertissement quant au fond. Les lois portant attribution de points d'inaptitude et révocation de permis de conduire en sont d'excellents exemples ; grâce à la publicité et aux avis publiés, la société a digéré ces lois. On peut constater dans ce cas un certain lien entre le fond et la forme de l'avertissement raisonnable. Il se peut qu'il n'y ait pas d'avertissement raisonnable si la loi est couchée dans des termes assez généraux, de sorte qu'elle ne permet pas aux citoyens de prendre facilement connaissance de son fond, lorsqu'elle ne peut être rattachée à aucun élément du substrat de valeurs partagées par la société. Ce n'est pas par coïncidence que de telles lois sont souvent jugées imprécises. »

³⁹³ *Id.*, 635.

³⁹⁴ *Id.*

³⁹⁵ *Id.*, 634.

³⁹⁶ Sur la publicité de la loi, voir G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 88 : « Une caractéristique reliée au principe de la légalité réside dans la nécessité que la loi fasse l'objet de publicité. Le fait que le Canada se range parmi les pays qui appliquent le principe "nul n'est censé ignorer la loi" comporte en contrepartie

Pour conclure sur l'analyse de l'ignorance invincible en droit pénal, il convient de mentionner qu'en dépit des difficultés et de l'incertitude entourant actuellement les fondements constitutionnels de ce moyen de défense, il demeure inacceptable de « punir » une personne moralement innocente. En effet, l'interdiction de soulever l'ignorance invincible dans l'éventualité où ce moyen de défense ne vaudrait que pour les infractions assorties d'une peine d'emprisonnement peut conduire à de graves injustices. C'est pourquoi, nous sommes d'accord avec le juge Richard, dans l'affaire *Ville de Longueuil c. Bhola*, pour affirmer qu'une infraction de nature pénale, qu'elle soit de responsabilité absolue ou non, « suppose – pour ne pas dire présuppose – la liberté d'action, la capacité de discernement, la conscience. Souvent, l'on semble oublier que la faute ne peut être le fait que d'une personne normale... en possession de ses moyens dans une situation où elle a le *choix*... et la possibilité d'agir et agissant contrairement à la loi... Du reste, [...] le juge Dickson n'indique pas son intention d'écarter la jurisprudence existante qui, déjà, acceptait ces moyens généraux de défense à l'encontre d'infractions n'exigeant pas le *mens rea*.»³⁹⁷

En punissant un individu qui, malgré sa bonne foi et sa diligence raisonnable, n'était pas en mesure de connaître une interdiction pénale, le tribunal condamne une personne qui ne savait pas qu'elle commettait une infraction et qui, par conséquent, n'était pas « capable » de diriger efficacement sa conduite au point de vue moral et pénal. En détruisant les repères légaux de l'individu au moment de la commission du crime, l'ignorance *imprévisible et irrésistible* supprime

une obligation de la part du législateur de donner une certaine publicité à la loi. La publicité est de deux sortes : l'une est formelle et l'autre est effective. La publicité formelle correspond à la publicité officielle. Une loi est publique lorsqu'elle passe le stade des trois lectures et entre en vigueur. La publicité effective, pour sa part, est la publicité réelle. Parfois la publicité formelle ne suffit pas pour que la loi soit connue des justiciables. Ceci est dû principalement à l'inflation législative ainsi qu'au caractère souvent technique de la législation. Il devient ainsi choquant, surtout au niveau des règlements, de punir un individu pour le non-respect d'un règlement pour lequel une certaine publicité formelle a été respectée, mais n'a eu aucune publicité effective. »

³⁹⁷ *Longueuil (Ville de) c. Bhola*, J.E. 96-1610 (C.M.), p. 11 du jugement. Voir aussi le résumé de cette décision contenu dans les recueils de J.E. à la p. 786 : « Le stationnement devant une borne-fontaine est une infraction de responsabilité absolue, ce qui exclut la faute. Toutefois, même en matière de responsabilité absolue, l'ignorance totale dans laquelle se trouve un défendeur devant une infraction telle que celle qui est en cause ici constitue une défense qui, historiquement, a toujours été acceptée par les tribunaux. En ce qui concerne les bornes-fontaines, il faut à tout le moins que la municipalité respecte sa propre réglementation. Une personne raisonnable s'attend à ce qu'une borne-fontaine soit installée près du trottoir ou en bordure de la chaussée. Les bornes-fontaines situées ailleurs devraient être clairement indiquées afin d'aviser les automobilistes qu'ils ne peuvent se garer à un endroit précis en raison de cette situation particulière. Le défendeur ne saurait être reconnu coupable d'une infraction alors qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour ne pas la perpétrer et que la poursuivante elle-même ne respecte pas sa propre réglementation à la date de l'infraction. »

l'imputabilité et, plus largement, la capacité nécessaire à la constitution de toute infraction, qu'elle soit de nature réglementaire ou proprement criminelle³⁹⁸. Dans la mesure où l'exclusion de l'ignorance invincible de la sphère pénale s'oppose directement aux principes séculaires de la responsabilité morale voulant qu'une personne innocente ne soit pas punie, il est malheureux, à notre avis, de subordonner la disponibilité de ce moyen de défense uniquement à l'établissement préalable d'une atteinte injustifiée aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité.

En résumé, l'ignorance de la loi touche directement au cœur de l'infraction. Comme la minorité et la folie qui entraînent la disqualification de l'individu en minant la capacité de celui-ci d'obéir à la loi pénale, l'ignorance invincible écarte l'«adhésion morale» de son auteur à l'acte illégal. Que l'infraction soit de responsabilité absolue ou non, l'ignorance invincible intervient à la source même de l'infraction en éradiquant la capacité criminelle antérieure à la constatation de la culpabilité et de la *mens rea*³⁹⁹. Comme l'expriment si justement les auteurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon dans leur *Traité de droit pénal canadien*, « [u]n tribunal ne doit pas présumer qu'une peine doive être imposée en l'absence de faute puisqu'il demeure du ressort du tribunal de décider si un innocent, une personne qui n'est pas négligente ou qui n'a pas commis d'erreur selon la perspective d'une personne raisonnable, doit être châtié. [...] L'ignorance totale ou absolue d'une personne qui ne sait pas qu'elle commet une infraction doit être acceptée comme moyen de défense car il s'agit d'une impossibilité de se conformer à la loi. »⁴⁰⁰ Voilà un élément nouveau

³⁹⁸ En effet, comme nous l'avons expliqué dans H. PARENT, *op. cit.*, note 29, nous sommes d'avis que toute infraction, qu'elle soit de nature réglementaire ou criminelle, présuppose un minimum de capacité. Cette capacité exige notamment la présence d'un certain degré d'intelligence, de connaissance et de liberté chez l'accusé au moment du crime. Ainsi, il ne fait aucun doute, pour notre part, qu'une personne souffrant de troubles mentaux n'est pas pénalement responsable de ses actes même en matière d'infractions de responsabilité absolue. L'absence totale de connaissance ou de liberté au moment du crime entraîne également l'irresponsabilité de l'auteur de l'acte dommageable. Ainsi, pour reprendre un exemple emprunté aux auteurs G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 629 : « Il est en effet inacceptable de condamner une personne qui brûle un feu rouge sous la menace d'un bandit ou d'un terroriste qui lui braque un revolver sur la tempe ou qui viole une réglementation municipale non clairement indiquée. »

³⁹⁹ Voir les commentaires de l'auteur français, A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 192. Discutant de l'erreur invincible en droit pénal français, l'auteur précise : « Lorsqu'on estime que l'erreur invincible écarte la culpabilité, la vérité est qu'elle le fait non pas en détruisant l'une de ses composantes mais en interdisant, d'une manière plus radicale, d'en examiner la réalisation. Que l'erreur invincible rende impossible la constatation d'une faute, nul ne pourrait le contester. Mais elle le fait exactement au même titre que la démence ou la contrainte sous sa forme classique et reconnue, parce qu'elle écarte l'imputabilité pénale, condition préalable à l'examen de la culpabilité. »

⁴⁰⁰ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 630.

qui est rarement invoqué lorsqu'il s'agit de présenter l'inventaire des fondements juridiques en faveur de la reconnaissance de l'ignorance invincible en droit pénal.

Conclusion

Pendant des siècles, l'application de la fonction punitive s'est organisée autour des axiomes fondamentaux que sont la connaissance de la loi et l'exclusion systématique de son ignorance. Tout au long de la procédure pénale, court le célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi*. Malgré son utilité évidente en droit pénal, cette maxime n'est pas à l'abri des critiques. L'inflation des infractions à caractère réglementaire ébranle la certitude qui existait en la matière en permettant la condamnation de personnes moralement innocentes dans les cas d'erreur invincible.

Au-delà de la prolifération des infractions de nature réglementaire, l'apparition de la *Charte canadienne des droits et libertés* constitue un second élément allant à l'encontre de la rigidité traditionnelle de la règle *nul n'est censé ignorer la loi*. Bien que l'incidence de la *Charte* sur le célèbre adage tarde à se manifester, il demeure que son introduction dans le paysage juridique canadien emporte une redéfinition des paramètres régissant la question de la connaissance de la loi en droit pénal. Désormais, grâce à l'émergence de la faute morale en matière constitutionnelle, la connaissance de la loi n'est plus le seul élément à considérer. Le discours essentiellement linéaire dominé par l'intérêt public, se métamorphose lentement mais graduellement en un dialogue entre des intérêts divergents. C'est dans ce contexte qu'il faut envisager l'évolution de la connaissance présumée de la loi en droit pénal, dans un contexte dominé par l'utilité évidente de la présomption et l'émergence d'une sensibilité de plus en plus accrue à l'égard de la faute morale en droit criminel.

Chapitre quatrième

Responsabilité pénale et libre arbitre

Analyse comparée et historique de la capacité criminelle en droit pénal français, anglais, canadien et américain

L'importance que revêt la notion de libre arbitre en droit pénal met en lumière le caractère antinomique de l'analyse de la faute morale en droit criminel⁴⁰¹. Alors que nous célébrons la constitutionnalisation de la faute morale en droit pénal, que soulignons la reconnaissance institutionnelle des principaux moyens de défense, nous continuons toujours à soutenir une vision purement philosophique du libre arbitre et à élaborer les principes de la responsabilité *pénale* à partir d'un concept emprunté à la responsabilité *morale*. À travers cette délégation de pouvoir, ce glissement épistémologique, le droit concède son autorité à une discipline qui, en dépit de son importance, excède de part en part les limites du domaine juridique. Il est vrai que le droit criminel relève difficilement de plus d'un siècle de positivisme juridique, qu'il fut pendant longtemps confiné dans une vision essentiellement « descriptive » de la *mens rea*. Mais doit-on pour autant se rabattre sur un concept de facture purement philosophique ? Entre une vision positiviste de la responsabilité et une approche exclusivement philosophique de l'imputabilité, il y a une place, semble-t-il, pour un juste milieu, pour une approche qui, tout en admettant les assises philosophiques de la responsabilité pénale, reconnaît également sa spécificité juridique.

Le présent chapitre consiste à établir les fondements de cette approche et, plus précisément, à identifier les éléments juridiques qui se cachent derrière la raison et la volonté, les deux composantes du libre arbitre. Qu'est-ce que le libre arbitre ? Quelle est sa nature véritable ? Est-il possible de réconcilier la conception philosophique du libre arbitre avec la pratique judiciaire ? Voilà autant de questions dont nous allons traiter. Sur ce point, notre hypothèse est la suivante : la

⁴⁰¹ Voir *R. c. Finlay*, précité, note 370, 105 : « C'est un des préceptes de base de la justice fondamentale que l'État ne puisse pas punir les personnes moralement innocentes ni porter atteinte à leur liberté. »

construction du discours juridique sur la responsabilité pénale et sur la notion de libre arbitre n'est pas un processus aléatoire, mais un phénomène à la fois orienté et contrôlé par les objectifs que poursuit le droit criminel. Comme l'indique Michel Foucault dans l'un de ses nombreux ouvrages, la production du discours – qu'il soit de nature philosophique, juridique, scientifique, ou autre – est un phénomène qui se trouve à la fois « contrôlé, sélectionné, organisé et redistribué par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité »⁴⁰². Ces procédures, ces mécanismes de contrôle correspondent, à notre avis, à la finalité que poursuivent les différentes disciplines. C'est donc dire qu'il existe autant de discours sur le libre arbitre qu'il y a de disciplines qui s'y intéressent. Ainsi, de la philosophie au droit, de la littérature à la théologie, chaque discipline tient un discours sur le libre arbitre dont les accents fluctuent au gré des objectifs qui composent son champ d'étude.

Au point de vue méthodologique, cette recherche s'appuie sur une étude à la fois comparée et historique du libre arbitre en droit pénal. Cette fragmentation s'avère nécessaire puisqu'elle permet d'obtenir une vue panoramique des principaux fondements gouvernant les différents moyens de défense en Angleterre, au Canada, aux États-Unis et en France. Quant au volet historique, sa réalisation exige le recours à plusieurs textes anciens dont le récit est nécessaire à la compréhension globale des phénomènes entourant la formation et la construction du discours juridique sur le libre arbitre. Cet intérêt pour le caractère comparé et historique de la notion de libre arbitre se reflète bien entendu dans la présentation de cette recherche. Alors que la première section sera consacrée au volet strictement philosophique, la seconde sera destinée à l'étude de la notion de libre arbitre et, plus particulièrement, à la relativité de ce concept en droit pénal.

Première section : La notion de libre arbitre en philosophie

Depuis des siècles, le libre arbitre occupe une place fort importante en philosophie⁴⁰³. En effet, l'homme est-il libre ou déterminé? Pour saint Thomas d'Aquin, et la pensée classique, la

⁴⁰² Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 10 et 11.

solution ne laisse aucun doute : le libre arbitre est synonyme de choix, il désigne la capacité d'orienter intelligemment et librement son action⁴⁰⁴. Comme l'indique ce passage emprunté à la *Somme théologique*, le libre arbitre repose sur les deux facultés propres à l'homme que sont l'intelligence et la liberté. Sans connaissance, sans volonté, il n'y a pas de libre arbitre, ni de responsabilité morale. Malgré ses origines lointaines, le profil du libre arbitre en philosophie demeure encore relativement stable. C'est qu'il faut comprendre qu'il n'est pas du rôle de la philosophie de retracer les structures physiologiques à l'origine du libre arbitre, ni de repérer les mécanismes chimiques ou biologiques impliqués dans le fonctionnement du cerveau. Au contraire, la philosophie repose sur une réflexion méthodique, systématique et rationnelle de l'homme. Sa méthode n'est pas scientifique, mais métaphysique. Entre le discours philosophique centré sur l'âme et le discours psychologique fondé sur le corps, s'ouvre une brèche qui ne peut être comblée entièrement. En somme, la partition de ces deux disciplines est une sorte de « convention admise, même si elle est parfois violée »⁴⁰⁵ qui reflète l'altérité des objectifs de la philosophie et de la médecine.

⁴⁰³ M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 12 et 13 : « Ainsi l'interminable débat sur la question du déterminisme et de la liberté dans l'histoire de la philosophie. Ai-je un libre arbitre qui fait de moi un être libre, donc responsable ? Ou suis-je déterminé, contraint par des forces naturelles compulsives et plus fortes que moi, et donc exonéré de mes actes et de leurs conséquences dans lesquels au fond je ne serais pas ? Vingt-trois siècles que les philosophes se repassent le ballon, le cadeau empoisonné, "la question la plus épineuse de la métaphysique", comme la nommait David Hume. Il est vrai que le débat est sournois, plein de non-dits et de sous-entendus ontologiques, et lourd de conséquences au fond toujours entrevues. Si j'ai un libre arbitre, d'où vient-il, qui me l'a donné ? Est-ce Dieu et s'agit-il de l'âme ? Et si je suis responsable, devant qui et au nom de quoi ? Et s'il faut qu'il y ait de la limite – perspective déjà éminemment désagréable – qui, ou qu'est-ce qui, la fonde ? On voit comment le matérialisme athée trame une intrigue douteuse avec l'irresponsabilité, tandis que le spiritualisme en trame une autre, non moins douteuse, avec le renoncement à la raison. En psychanalyse, on parlerait d'évitement ou de ruse, à croire que le débat ne s'éternise que pour masquer la pénible évidence que chacun connaît dans son for intérieur et dont la gravité et les incalculables conséquences légitiment bien quelques sentiments contradictoires. Car chacun, dans chaque lien, fait l'expérience d'une responsabilité "incalculable et sans répit" du joug de la condition humaine qui fait de tout acte humain un affrontement de l'un et de l'autre sur la scène de la toute-puissance et de la limite. Rien d'étonnant alors à ce que, pour chaque sujet, la question de la responsabilité soit au cœur de positions fondamentalement ambivalentes ; ni que chacun soit écartelé entre la grandeur de ce qui m'oblige, me parle de solidarité, de réciprocité, fait que mon acte compte et l'horreur de ce qui m'oblige, entre en contradiction avec l'ordre des plaisirs, m'invite à la fuite, à me dérober à ce rendre compte qui soustrait la liberté humaine à l'ordre de l'illimité, et fait obstacle au désir de légèreté. »

⁴⁰⁴ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 83, art. 4, p. 724. Voir aussi p. 722 : « Bien que le libre arbitre, selon la véritable signification de ce terme, désigne un acte, cependant nous appelons couramment libre arbitre le principe même de cet acte, le principe par lequel l'homme juge librement. »

⁴⁰⁵ Jackie PIGEAUD, *Folie et cures de la folie chez les médecins de l'Antiquité Gréco-Romaine, La manie*, Paris, Les Belles Lettres, 1987, p. 5.

Contrairement au discours psychologique sur le libre arbitre qui aspire à une certaine forme de « vérité scientifique », le modèle philosophique se fonde sur une approche essentiellement « spéculative » de la liberté humaine. Il ne peut y avoir d'obligation morale, enseignent les philosophes, sans le pouvoir de faire ou de ne pas faire certains actes. La liberté, qui repose sur la conjonction de l'intelligence et de la volonté, suppose donc la contingence. Là où on peut agir, on peut également s'abstenir d'agir, écrit Aristote⁴⁰⁶. Cette vision rationnelle de l'homme, cette conceptualisation de la liberté, présente toutefois certaines limites dans la mesure où elle n'est pas nécessairement applicable à la science, à la psychologie ou au droit. En effet, chaque discipline poursuit des objectifs qui procurent une teinte particulière à son analyse du libre arbitre. Il est donc hasardeux de transplanter directement à l'intérieur d'une discipline une vision issue d'un autre champ d'activité.

Deuxième section : La notion de libre arbitre en droit pénal

Contrairement à la philosophie qui tient un discours métaphysique sur la liberté, le système juridique tient un discours normatif sur le libre arbitre. Il n'est plus question de s'interroger sur la conscience du sujet, ni sur la signification éthique de ses actes, mais bien de déterminer les frontières qui partagent le champ de la responsabilité pénale. D'une approche fondée sur l'âme, nous passons à une vision purement juridique du libre arbitre. Le contrôle qu'exerce le champ disciplinaire sur la production de l'activité discursive explique la différence importante qui existe actuellement entre les responsabilités civile et pénale. Derrière l'apparente similitude qui surplombe la notion de libre arbitre en droit pénal et civil (raison = liberté), se cache une différence importante qui opère sur le plan de l'évaluation de l'intelligence du sujet, et plus précisément sur la détermination du seuil exigé afin d'actionner les mécanismes gouvernant l'application de la responsabilité.

Pour s'en convaincre, il suffit de comparer le régime applicable en matière de minorité. Aux termes de l'article 13 du *Code criminel*, « [n]ul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans. » La

⁴⁰⁶ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 84.

rigidité de cette règle n'est pas reprise en droit civil⁴⁰⁷. La jurisprudence québécoise, affirment les civilistes Patrice Deslauriers et Jean-Louis Baudouin, a refusé d'adopter le critère du droit pénal qui édicte une irresponsabilité totale jusqu'à l'âge de douze ans⁴⁰⁸. « Elle a préféré un régime plus souple et laisse donc au juge le soin d'évaluer, en tenant compte des circonstances de l'espèce, l'aptitude de l'enfant à commettre une faute civile. On peut observer cependant que, dans l'ensemble, c'est vers l'âge de sept ans que les tribunaux civils situent celle-ci, ce chiffre n'ayant cependant rien d'absolu. »⁴⁰⁹

Cette distance relevée entre le discours pénal et le discours civil en matière de capacité apparaît également dans le domaine de la responsabilité des personnes souffrant de troubles mentaux. Si la situation juridique au Canada semble relativement la même en droit civil et pénal (absence de raison = absence de responsabilité), il en va autrement de la position française, laquelle retient la responsabilité du malade. L'absence de privilège accordé à l'aliéné en droit civil français⁴¹⁰ est consacrée à l'article 489-2 du *Code civil* : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. »⁴¹¹ Autre

⁴⁰⁷ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.-63, art. 1457 : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait des biens qu'elle a sous sa garde. »

⁴⁰⁸ Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 45. À l'appui de leurs propos, les auteurs citent notamment les décisions suivantes : *Delage c. Delisle*, (1901) 10 B.R. 481 ; *Bernier c. Généreux*, (1903) B.R. 24 ; *Parker c. Corp. du canton de Hatley*, (1908) 33 C.S. 520 ; *Champagne c. Co. des chars urbains de Montréal*, (1909) 35 C.S. 507 ; *Normand c. Hull Electric Co.* (1909) 35 C.S. 329 ; *Lemieux c. Ruel*, (1914) 45 C.S. 390 ; *Desroches c. St-Jean*, (1928) 44 B.R. 562 ; *Burke c. Provencher*, (1929) 67 C.S. 500 ; *Morin c. Lacasse*, (1931) 69 C.S. 280 ; *Bouvier c. Fee*, [1932] R.C.S. 118 ; *Nichol c. Auclair*, (1933) 39 R.L.n.s. 211 ; *Moisan c. Rossini*, (1935) 41 R.L.n.s. 300 ; *Hoodelman c. Numeroff*, (1936) 74 C.S. 498 ; *Harnois c. Sansregret*, (1938) 44 R. de J. 19 ; *Figiel c. Hoolahan*, (1940) 78 C.S. 178 ; *Boucher c. Henderson*, [1965] B.R. 681 ; *Éthier c. Lelarge Co. Ltée.*, [1968] C.S. 136 ; *Ginn c. Sisson*, [1969] C.S. 585 ; *Lacharité c. Blodgett*, [1971] C.S. 170 ; *Boyer c. Hydro Québec*, [1985] R.L. 129 (C.S.).

⁴⁰⁹ *Id.*

⁴¹⁰ Voir Philippe LETOURNEAU et Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz 1996, p. 179.

⁴¹¹ *Id.*, p. 180 : « Rien de plus imprécis que les termes de trouble mental, utilisés par la loi de 1968 ; ils sont, parmi tous ceux qui figurent dans notre langue pour désigner cet état, les plus vagues et les plus littéraires qui se puissent rencontrer. L'interprète est conduit à penser que c'est à dessein que ce choix a été effectué. L'expression adoptée est plus large que celle de démence mais aussi que celle d'insanité d'esprit (art. 489 et 901). Elle permet de retenir aussi bien les altérations mentales de courte durée que celles de longue durée, aussi bien les individus qui ont fait l'objet de mesures de protection que ceux qui n'en n'ont pas bénéficié. » Voir aussi *Civ.* 2, 21 avr. 1981, *GP* 82, 2, pan., 333, obs. Chabas.

type de responsabilité, autre régime de capacité ; le libre arbitre est un phénomène obscur dont le profil se dessine au gré des objectifs et des valeurs qui dominent les différents champs disciplinaires. Notre étude de la notion de libre arbitre doit ainsi tenir compte de la spécificité et de la nature particulière de la responsabilité pénale. Alors que la première section s'intéresse aux objectifs que poursuit le droit criminel ainsi qu'aux intérêts divergents qui gouvernent sa production, la seconde nous offre une étude comparée et historique des moyens de défense fondée sur l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime.

Première sous-section : L'analyse des intérêts divergents gouvernant la construction du discours juridique sur le libre arbitre en droit pénal

Compte tenu des conséquences négatives qu'entraîne le crime sur la société, celle-ci revendique en retour un certain contrôle sur les paramètres qui déterminent la production du libre arbitre. En effet, le discours juridique sur la responsabilité pénale n'est pas un discours linéaire et cohérent, mais un dialogue instable dont les accents s'accordent au gré des intérêts divergents qui composent la vie en société. Cette situation, une fois comprise, explique le décalage, le déséquilibre important que l'on rencontre actuellement au point de vue international relativement à la définition du libre arbitre en droit pénal. Certains pays, par exemple, privilégient les droits de l'accusé à ceux de la société. D'autres favorisent la collectivité au détriment de l'individu. Plusieurs, enfin, tentent d'obtenir un équilibre, un juste milieu, entre ces deux intérêts divergents. Malgré les fluctuations qui caractérisent le discours juridique sur le libre arbitre en France, en Angleterre, au Canada et aux États-Unis, le droit pénal tient un discours qui lui est propre. Longtemps enfermé dans une vision purement philosophique, le discours juridique sur le libre arbitre présente une excentricité à l'égard des autres champs disciplinaires. Cette indépendance exige une spécification du libre arbitre qui s'exprime à travers la « capacité » de l'individu d'orienter sa conduite en fonction des enseignements de la loi pénale ; « capacité » dont le contenu se forge à travers l'élaboration périodique des différents moyens de défense en droit criminel.

Deuxième sous-section : La spécification du libre arbitre en droit pénal

Depuis des siècles, la responsabilité pénale repose sur la présence du libre arbitre, sur la conjonction de l'intelligence et de la volonté. D'après Matthew Hale, « [i]t is a rule commensurate to the whole reasonable nature; every person that hath the common use of the reason, may exercise it without difficulty. Every reasonable man hath a reasonable will; and every reasonable man may know what it is he wills, and what it is he would or would not another should do to him: for the will is a rational power in man; and, indeed, it is the complement of the rational procedure in the soul, and that which doth, or should, immediately follow the last act of the understanding; willing it the full complete ripe fruit of the rational soul in things to be done. »⁴¹² Malgré son importance en droit criminel, la notion de libre arbitre demeure encore aujourd'hui une entité essentiellement philosophique dont la nature spéculative exige une reconfiguration juridique. Ce besoin, il va sans dire, n'est pas nouveau. Il fut intensément ressenti par Matthew Hale ainsi que par plusieurs de ses contemporains⁴¹³. Conscient des limites entourant la notion de libre arbitre en droit pénal, Matthew Hale affirme ce qui suit : « But general notions or rules are too extravagant and indeterminate, and cannot be safely in their latitude applied to all civil actions; and therefore it hath been always the wisdom of States and law-givers to prescribe limits and bounds to these general notions, and to define what persons and actions are exempt from the severity of the general punishments of penal laws in respect of their incapacity or defect of will. »⁴¹⁴ En référant aux incapacités qui affectent l'individu au moment de la commission du crime, Hale proclame la spécificité du droit pénal à

⁴¹² Rév. T. THIRLWALL, *The Works, Moral and Religious of Sir Matthew Hale, Knt.*, 1^{er} vol., London, R. Wilks printer Chancery-Lane, 1805, p. 385 et 386. Voir également M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 14 et 15 ainsi que W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 20 et 21 : « The general rule is, that no person shall be excused from punishment for disobedience to the laws of his country, excepting such as are expressly defined and exempted by the laws themselves. All the several pleas and excuses which protect the committer of a forbidden act, from the punishment which is otherwise annexed thereto, may be reduced to this single consideration, the want or defect of *will*. An involuntary act, as it has no claim to merit, so neither can induce any guilt: the concurrence of the will, when it has it's choice either to do or to avoid the fact in question, being the only thing that renders human actions either praiseworthy or culpable. »

⁴¹³ Voir W. HAWKINS, *op. cit.*, note 2, vol. 1, p. 1 : « The guilt of offending against any Law whatsoever, necessarily supposing a wilful disobedience thereof, can never justly be imputed to those who are either *unable of understanding it*, or of *conforming themselves to it*. Therefore, before I come to the several kinds of Offences, I shall show what degrees of discretion and freedom are necessarily required in the Commission of them. »

⁴¹⁴ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 15.

l'égard de la philosophie. Il est vrai, indique l'auteur, que la responsabilité repose sur la présence du libre arbitre, sur la combinaison de l'intelligence et de la liberté, mais il demeure qu'elle doit être lue à la lumière des différents moyens de défense se rattachant à l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime. Ces causes, poursuit-il, suppriment le crime dans son principe essentiel en détruisant la volonté de l'individu et, plus précisément, en affectant l'intelligence ou la liberté du sujet lors de la perpétration de l'acte illégal.

Troisième section : Des causes qui affectent l'intelligence ou la connaissance de l'accusé au moment du crime

Première sous-section : La défense d'aliénation mentale

En s'attaquant à l'intelligence de l'individu au moment de la commission du crime, la folie emprisonne le sujet dans un déterminisme aveugle qui s'oppose à la formation de tout libre arbitre. « L'innocence du fou, écrit Michel Foucault dans son ouvrage *Histoire de la folie à l'âge classique*, est garantie par l'intensité et la force de ce contenu psychologique. Enchaîné par la force de ses passions, entraîné par la vivacité des désirs et des images, le fou devient irresponsable. »⁴¹⁵ Une fois déclaré irresponsable, l'individu est aussitôt mis à l'écart et repoussé à l'extrémité du monde juridique⁴¹⁶. La folie qui a trompé cet individu, qui s'est jouée de son esprit doit se «peindre désormais partout en grands caractères» sur le corps du malade⁴¹⁷.

Malgré son caractère envahissant, la folie ne s'attaque pas à tous les individus de la même manière, ni avec la même intensité. C'est qu'entre la raison parfaite et la folie complète fourmillent des troubles, affections et états morbides qui, sans liquider entièrement l'esprit du malade, réduisent considérablement sa portée. Phénomène variable aux contours inégaux, l'aliénation mentale doit être lue à l'intérieur d'un continuum symptomatique aux extrémités duquel

⁴¹⁵ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 539.

⁴¹⁶ Voir sur ce point H. PARENT, *op. cit.*, note 29.

⁴¹⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 130.

s'opposent les états les plus graves comme la schizophrénie⁴¹⁸ et les plus inoffensifs tels les troubles de l'humeur⁴¹⁹. Parmi la multitude des troubles mentaux répertoriés en médecine, la justice pénale doit donc distinguer les états qui entraînent la décharge de l'individu de ceux qui, à l'inverse, ne modifient en rien sa responsabilité. Le geste qui trace la frontière entre ces deux mondes n'est pas simple. Il est orienté par les valeurs sociales qui composent le champ culturel dans lequel se produit le partage. C'est donc dire que le profil du libre arbitre, et plus précisément de l'une de ses principales composantes, à savoir l'intelligence, doit être actualisé, modelé en fonction du pays et de l'époque en cause. Il n'est donc pas étonnant de constater les importantes divergences entre la production des discours juridiques sur la folie en France, en Angleterre, au Canada et aux États-Unis.

A. Les variations géographiques

En droit anglo-saxon, l'arrêt *McNaghten*⁴²⁰ est la décision la plus importante en matière d'aliénation mentale. Les règles énoncées dans cette affaire constituent la première véritable tentative d'harmonisation des critères gouvernant le rapport entre la responsabilité pénale et la présence de troubles mentaux. En raison de leur importance, ces règles continuent, encore aujourd'hui, à dominer le paysage juridique anglo-saxon en matière d'anormalité psychique. Parmi les nombreuses solutions proposées par les juges du Banc de la Reine, nous avons retenu le passage suivant :

⁴¹⁸ Pour une définition médicale de la schizophrénie et autres états psychotiques, voir Chapitre II – L'analyse du comportement intentionnel chez les personnes souffrant de troubles mentaux.

⁴¹⁹ Voir sur ce point AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *op. cit.*, note 208, p. 327 : « Criteria for Major Depressive Episode: A. Five (or more) of the following symptoms have been present during the same 2-week period and represent a change from previous functioning; at least one of the symptoms is either (1) depressed mood or (2) loss of interest or pleasure: (1) depressed mood most of the day, nearly every day, as indicated by either subjective report (feels sad or empty) or observation may be by others (appears tearful); (2) markedly diminished interest or pleasure in all, or almost all, activities most of the day, nearly every day; (3) significant weight loss when not dieting or weight gain (a change of more than 5% of body weight in a month), or decrease or increase in appetite nearly every day; (4) insomnia or hypersomnia nearly every day; (5) psychomotor agitation or retardation nearly every day; (6) fatigue or loss of energy nearly every day; (7) feelings of worthlessness or excessive or inappropriate guilt (which may be delusional) nearly every day (not merely self-reproach or guilt about being sick); (8) diminished ability to think or concentrate, or indecisiveness, nearly every day; (9) recurrent thoughts of death (not just fear of dying), recurrent suicidal ideation without a specific plan, or a suicide attempt or a specific plan for committing suicide. » Voir également H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 308 et 309.

⁴²⁰ *R. c. McNaghten*, (1843) 8 E.R. 718 ; (1843) 10 Cl. & Fin. 200.

[T]o establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong. [...] we think he must be considered in the same situation as to responsibility as if the facts with respect to which the delusion exists were real.⁴²¹

Cette règle fut reprise et développée par la suite au moment de la rédaction du *Code criminel* canadien. Au premier coup d'œil, la similitude entre les deux textes est frappante. Et pourtant, l'article 16 n'est pas une retranscription intégrale de la décision anglaise. En remplaçant le verbe « connaître » par celui de « juger », le Parlement canadien a signifié sa volonté d'affranchir le texte législatif de ses racines britanniques. Malgré l'intention du législateur et l'opinion contraire soutenue par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Cooper c. La Reine*⁴²² et *R. c. Kjeldsen*⁴²³, la situation juridique de l'aliéné en Angleterre⁴²⁴ et au Canada demeure sensiblement la même. L'analyse comparée de l'article 16 et des règles *McNaghten* révèle en effet le chevauchement important des deux positions, chevauchement qui se concrétise au niveau de l'évaluation de la capacité de l'individu à percevoir la nature physique de son acte – *par exemple, de savoir qu'il frappait la femme avec un couteau* – et d'appréhender les conséquences matérielles

⁴²¹ *Id.*, 722 et 723 : « The mode of putting the latter part of the question to the jury on these occasions has generally been, whether the accused at the time of doing the act knew the difference between right and wrong: which mode, though rarely, if ever, leading to any mistake with the jury, is not, as we conceive, so accurate when put generally and in abstract, as when put with reference to the party's knowledge of right and wrong in respect to the very act with which he is charged. If the question were to be put as to knowledge of the accused solely and exclusively with reference to the law of the land, it might tend to confound the jury, by inducing them to believe that an actual knowledge of the law of the land is essential in order to lead to a conviction; whereas the law is administered upon the principle that everyone must be taken conclusively to know it, without the proof that he does know it. If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable; and the usual course therefore has been to leave the question to the jury, whether the party accused had a sufficient degree of reason to know that he was doing an act that was wrong: and this course we think is correct, accompanied with such observations and explanations at the circumstances of each particular case may require. »

⁴²² *Cooper c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 1149, 1160-1162.

⁴²³ *R. c. Kjeldsen*, [1981] 2 R.C.S. 617, 623.

⁴²⁴ Voir sur ce point H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 323 : « Selon Glanville Williams, il suffit de poser deux questions pour déterminer si l'accusé savait la nature et la qualité de l'acte qu'il commettait. La première a pour prémisse la simple connaissance du caractère physique du crime : **1. Did he know that he was for instance sticking a knife into someone?** La seconde tend à vérifier quant à elle la capacité ou l'aptitude de l'accusé de prévoir les conséquences matérielles qu'entraînera éventuellement sa conduite : **2. Did he know that he was killing someone?** Envisagées sous cet angle, on constate que les deux approches partagent, aux fins de la détermination de la capacité intellectuelle de l'individu, de nombreux points en communs. »

qui en résultent – *en l'espèce, qu'il infligeait une blessure pouvant causer la mort*. En somme, la solution retenue par les tribunaux anglais et les dispositions de l'article 16 du *Code criminel* présentent deux versions de la même approche visant à exclure du champ pénal les personnes qui, au moment du crime, n'étaient pas en mesure de comprendre les conséquences matérielles de leurs actions⁴²⁵.

Si la capacité de juger de la nature et de la qualité de l'acte au moment du crime ne retient plus autant l'attention des tribunaux, il en va autrement de l'interprétation du mot « mauvais » utilisé dans la plupart des législations en matière d'aliénation mentale⁴²⁶. Cette difficulté est à l'origine de profondes divergences interprétatives. Aux États-Unis, par exemple, nous avons répertorié trois manières différentes d'aborder le problème. La première approche, qui n'est pas sans rappeler l'ancienne solution retenue au Canada⁴²⁷, propose un critère fondé sur la connaissance du caractère illégal de l'acte criminel. Ainsi, en vertu des arrêts *State v. Hollis*⁴²⁸ et *State v. Boan*⁴²⁹, « it must be proved that at the material time he [l'accusé] did not know that he was doing what was contrary to the law. It is not sufficient to prove that he believed that, while what he was doing was legally wrong, it was morally right. »⁴³⁰

⁴²⁵ *Id.*, p. 275 et 323.

⁴²⁶ Sur la situation au Canada, voir *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507, 518 : « Il s'agit essentiellement de déterminer si l'accusé a la capacité de décider rationnellement si l'acte est bon ou mauvais et donc de faire un choix rationnel de l'accomplir ou non. L'incapacité de faire un choix rationnel peut découler de toute une gamme de troubles mentaux ; comme l'indiquent les passages qui suivent, ces troubles comprennent tout au moins les états d'esprits décrits par les psychiatres qui ont témoigné en l'espèce – les idées délirantes qui font que l'accusé perçoit un acte mauvais comme s'il était bon ou justifiable – est un état d'esprit troublé qui prive l'accusé de la capacité d'apprécier rationnellement ce qu'il a fait. »

⁴²⁷ Voir au Canada *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, 701 et 702 : « Le critère prévu au par. 16(2) n'est pas de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale, pouvait ou ne pouvait pas réfléchir calmement sur la question de savoir si le crime qu'il commettait était ou non moralement mauvais. On ne doit pas le considérer comme aliéné au sens du par. 16(2), s'il savait ce qu'il faisait et savait aussi qu'il commettait un acte criminel. »

⁴²⁸ *State v. Hollis*, 731 P.2d 260 (Kan. 1987).

⁴²⁹ *State v. Boan*, 235 Kan. 800, 811 et 812, cité également à 686 P.2d 160 (1984) ; Voir aussi *State v. Hammann*, 285 N.W.2d 180, 183 (Iowa 1979).

⁴³⁰ *State v. Hollis*, précité, note 428, 269.

La seconde interprétation, qui se situe à mi-chemin entre la connaissance de l'illégalité de l'acte et la conscience de sa moralité, propose une version tempérée de la première approche dans la mesure où elle admet une exception dans les cas d'états psychotiques. Selon le juge Brachtenbach dans l'arrêt *Crenshaw* :

We conclude that Crenshaw knew his acts were morally wrong from society's viewpoint and also knew his acts were illegal. His personal belief that it was his duty to kill his wife for her alleged infidelity cannot serve to exculpate him from legal responsibility for his acts.

A narrow exception to the societal standard of moral wrong has been drawn for instances wherein a party performs a criminal act, knowing it is morally and legally wrong, but believing, because of a mental defect, that this act is ordained by God: such would be the situation with a mother who kills her infant child to whom she is devotedly attached, believing that God had spoken to her and decreed the act. Although the woman knows that the law and society condemn the act, it would be unrealistic to hold her responsible for the crime, since her free will has been subsumed by her belief in the deific decree.⁴³¹

Enfin, la troisième et dernière solution, qui est de plus en plus reconnue aux États-Unis, retient une interprétation beaucoup plus large du second critère prévu dans l'arrêt *McNaghten*. D'après cette approche, le mot mauvais signifie moralement mauvais et non contraire à la loi⁴³². Comme l'indique le juge Bacon dans l'arrêt *People v. Skinner*, les tribunaux, « in a number of jurisdictions which have considered the question have come to the conclusion as we do, that a defendant who is incapable of understanding that his act is morally wrong is not criminally liable merely because he knows the act is unlawful »⁴³³.

Contrairement au Canada, qui demeure relativement fidèle aux critères énoncés dans l'arrêt *McNaghten*, certains États américains complètent l'examen traditionnel par l'ajout d'un troisième critère, à savoir l'impulsion irrésistible. Rejetée depuis longtemps en Angleterre, la défense d'impulsion irrésistible possède un champ d'action relativement exigü. Son application est

⁴³¹ *State v. Crenshaw*, 98 Wash.2d 789, 798 et 799 (1983). Voir également *People v. Serravo*, 823 P.2d. 128, 135 (Colo. 1992) : « A person in an extremely psychotic state, for example, might be aware that an act is prohibited by law, but due to the overbearing effect of the psychosis may be utterly without the capacity to comprehend that the act is inherently immoral. A standard of legal wrong would render such a person legally responsible and subject to imprisonment for the conduct in question notwithstanding the patent injustice of such a disposition. »

⁴³² Cette opinion est aussi celle retenue au Canada. Voir *R. c. Oommen*, précité, note 426, 518.

⁴³³ *People v. Skinner*, 39 Cal.3d 765, 783 (1985).

réservée uniquement aux cas où l'individu ne détient plus aucun contrôle sur son acte. Dépourvu complètement de liberté, le sujet est l'esclave de ses pulsions qui le contraignent à poser un acte criminel⁴³⁴.

B. Les variations chronologiques

La métamorphose de l'image du fou délinquant à travers les siècles a longtemps été considérée comme un processus purement juridique, comme un discours dont les accents étaient laissés entièrement entre les mains du législateur et des tribunaux. Et pourtant, la transfiguration du symbole de l'aliéné en droit pénal n'est pas le résultat d'une volonté purement juridique. Sa production relève d'un phénomène complexe dont la trame s'inscrit à l'intérieur d'une permutation des valeurs sociales et d'une mutation des principes qui composent périodiquement le champ culturel. Nous nous expliquons.

À la Renaissance, l'image du fou délinquant était prise, d'une manière générale, à l'intérieur du rapport traditionnel qui opposait l'homme – *animal raisonnable* – à la bête – *animal dépourvu de raison*. Aux yeux des anciens criminalistes, l'aliéné est une créature à mi-chemin entre l'homme et l'animal. « Descendu du haut rang qui le place à la tête de la création, dépouillé de ses privilèges, privé de son noble caractère »⁴³⁵, l'aliéné est réduit à la condition des plus stupides et des plus viles créatures. « L'animalité qui fait rage dans la folie, écrit Michel Foucault, dépoussède l'homme de ce qu'il peut y avoir d'humain en lui ; [...] pour l'établir au degré zéro de sa propre nature. [...] Il est devenu sa folie, sans rapport à rien d'autre qu'à elle-même : sa folie à

⁴³⁴ *Parsons v. State*, 81 Ala. 577, 585 (1887).

⁴³⁵ J.-É. ESQUIROL, *op. cit.*, note 202, p. 4.

l'état de nature. »⁴³⁶ En résumé, le thème du fou animal présent en France⁴³⁷ et en Angleterre⁴³⁸ aux XVII^e et XVIII^e siècles est le produit d'une culture, d'une croyance profondément enracinée dans la conscience de l'homme occidental et dans l'esprit juridique des auteurs et des tribunaux de l'époque. Cette croyance est si forte qu'elle subsistera en Angleterre, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, sous la forme du « wild beast test ».

Afin de contrer la menace que constitue le fou délinquant, le Parlement britannique adopta, en 1800, une loi prévoyant l'internement automatique des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale⁴³⁹. C'est la naissance de la présomption de dangerosité du fou délinquant qui sera maintenue et appliquée pendant près de deux siècles en Angleterre et au Canada. Même si l'animalité qui transcendait la condition des aliénés fut remplacée, à la fin du XIX^e siècle, par l'image plus objective et plus précise du criminel délirant, il reste que la législation applicable en

⁴³⁶ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 166.

⁴³⁷ SERPILLON, *op. cit.*, note 289, p. 903 ; André LAINGUI, *Le De Poenis Temperandis de Tiraqueau (1559)*, Paris, Ed. Economica, 1986, p. 47 : « On doit noter encore ce qu'on peut lire, de manière semblable dans *D. 26, 7, 61* : il faut considérer que l'acte du fou est analogue à l'acte du pur hasard, sans le fait de l'homme. Il est dit ailleurs que l'on doit assimiler l'acte du fou à celui de l'animal ou à la chute d'une tuile : *D. 9, 2, 5, 2*. Car le fou ne comprend pas ce qu'il fait (*I. J. 3, 19, 8*) et n'a aucune volonté (*D. 50, 17, 40* ; *I. J. 2, 12, 10*). »

⁴³⁸ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 31 : « And as to criminals these *dementes* are both in the same rank; if they are totally deprived of the use of the reason, they cannot be guilty ordinarily of capital offences, for they have not the use of understanding, and act not as reasonable creatures, but their actions are in effect in the condition of brutes. » *Beverley's Case*, précité, note 295, 1121 : « The punishment of a man who is deprived of reason and understanding cannot be an example to others. No felony or murder can be committed without a felonious intent or purpose [...] but *furiosus non intelegit quid agit, et animo et ratione caret, et non multum distat a brutis* as Bracton saith, and therefore he cannot have a felonious intent. »

⁴³⁹ *An Act for the Safe Custody of Insane Persons charged with Offences*, 1800, 40 Geo. III, c. 94. Voir H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 236 : « L'accent mis sur la sécurité publique est exprimé avec force par la déclaration du procureur public lors de la présentation de la loi de 1800 à la Chambre des communes. Selon ce dernier : "It has been found that persons who have done the most shocking acts, and who have been acquitted on the grounds of being deranged in their intellects, having been allowed to go at large have afterwards committed similar acts again; there are several instances of His Majesty's subjects having lost their lives for want of a due provision in this respect." » Voir également, à la page 237 : « Au point de vue juridique, la loi de 1800 sur le contrôle des aliénés est sans contredit la législation la plus importante jamais adoptée par le Parlement britannique en matière d'anormalité psychique. Son impact sur le développement ultérieur de la défense d'aliénation mentale sera considérable. C'est qu'en prévoyant une procédure d'internement automatique pour les aliénés, le législateur se trouve, par le fait même, à inscrire dans la loi des valeurs, des principes et des croyances auxquels adhère la population britannique. Ces valeurs et principes constituent le fonds dans lequel puiseront ceux qui, ayant à s'interroger sur le sens des dispositions régissant la défense d'aliénation mentale, y trouveront le moyen de combler une lacune, de décider de la manière de lever une contradiction ou de justifier une extension de la loi à un cas qu'elle n'avait pas prévu. »

matière d'anormalité psychique en Angleterre et au Canada fut orientée et déterminée pendant longtemps par l'impression de fureur qui se dégage du comportement des fous délinquants.

La troisième et dernière grande expérience de la folie en droit pénal est représentée par la réunion des valeurs historiquement contradictoires que sont la sécurité publique et la liberté individuelle. À travers ce rapprochement, l'aliénation mentale dévoile toute l'ampleur de son ambiguïté. Il faut, d'une part, protéger la population contre la menace que constituent les fous délinquants et, d'autre part, leur accorder la liberté dont ils ont droit ou les soins dont ils ont besoin, le cas échéant. En pratique, l'enchevêtrement des valeurs de sécurité publique et de liberté individuelle en matière d'aliénation mentale est présent dans les législations contemporaines. En France, par exemple, l'assignation de l'état de folie au procès exclut automatiquement l'aliéné de la sphère pénale⁴⁴⁰. Déclaré irresponsable, il doit bénéficier, conformément à ses droits individuels, d'un acquittement pur et simple. Or, il arrive parfois que l'individu soit dangereux pour la population ou pour lui-même. Dans ce cas particulier, le contrôle de l'aliéné sera effectué par l'entremise d'une autorité administrative chargée d'appliquer un « traitement médico-judiciaire » approprié à la condition personnelle de l'accusé⁴⁴¹.

En ce qui concerne le Canada et l'Angleterre, de toute évidence, les modifications apportées dernièrement aux dispositions applicables en matière d'aliénation mentale assurent l'arrimage entre les valeurs de sécurité publique et de liberté individuelle.⁴⁴² À l'opposé de la situation qui prévalait depuis l'adoption de la *Loi de 1800 sur les aliénés*, le verdict d'acquittement pour cause de troubles mentaux n'entraîne plus automatiquement l'internement du malade. Si l'état de folie entraîne toujours l'irresponsabilité de l'aliéné, il est heureux de constater que le statut juridique de l'accusé est désormais fixé en fonction de sa condition particulière, de ses besoins

⁴⁴⁰ Art. 122-1 *Nouveau Code pénal* : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. »

⁴⁴¹ Voir Jean PRADEL, *Droit pénal*, tome 1 (Introduction générale, Droit pénal général), 8^e éd., Paris, Cujas, 1991, p. 518.

⁴⁴² Voir sur ce point l'article 672.54 du *Code criminel*.

essentiels et de la sécurité publique. En somme, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plus précisément depuis l'application des valeurs de liberté individuelle protégées par l'article 7, la situation juridique du fou délinquant au Canada s'apparente à celle qui prévaut en France.

En conclusion, le problème de la folie en droit pénal canadien n'est plus envisagé uniquement du point de vue de la sécurité publique, de l'ordre social, mais également du point de vue de la liberté individuelle. L'internement du malade ne doit plus être que la traduction d'un état dangereux, que le résultat d'une volonté à la fois légitime et honnête de protéger la société et de guérir l'individu. Comme le dit si bien Michel Foucault, « l'[i]nternement devra jouer comme une sorte de mesure permanente de la folie, se réajuster sans arrêt à sa vérité changeante, ne contraindre, que là et dans les limites où la liberté s'aliène »⁴⁴³.

Deuxième sous-section : La minorité

Bien que l'on ne puisse assimiler la minorité à l'aliénation mentale, il existe, aux fins du droit criminel, un lien manifestement étroit entre ces deux conditions⁴⁴⁴. Ce lien apparaît avec éclat lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité intellectuelle et morale que possède l'individu au moment de la commission du crime. S'il est vrai que l'aliéné et l'enfant présentent certaines similitudes, il demeure que ce rapprochement est beaucoup plus symbolique que réel⁴⁴⁵. En effet, contrairement à l'individu qui est sous l'empire de troubles mentaux, l'enfant est doué d'une intelligence dont la puissance ne se manifeste pas encore dans toute sa splendeur. À l'image du développement de la

⁴⁴³ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 459.

⁴⁴⁴ *R. c. Chaulk*, précité, note 210, 1320. Sur le rapport entre un déficient intellectuel et un enfant en droit canadien, voir l'arrêt *R. c. Quinn*, J.E. 95-2192 (C.Q.) : « L'accusé est âgé de 35 ans mais a un fonctionnement intellectuel général de 5 ans et 10 mois. L'accusé n'est pas assimilable à un enfant tel que l'a déjà décidé la Cour suprême. On peut toutefois prendre en considération cette situation lors du prononcé de la peine. Sur des accusations de contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels envers un enfant de 11 ans, le juge prononce un sursis de sentence et une probation de 3 ans. » Voir également les commentaires de W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 24. Après avoir décrit la minorité comme le résultat d'un défaut d'intelligence (defect of the understanding), Blackstone aborde la situation juridique de l'aliéné : « The second case of a deficiency in will, which excuses from the guild of crimes, arises also from a defective or vitiated understanding, viz. in an *idiot* or a *lunatic* [...] »

⁴⁴⁵ Voir sur ce point les commentaires de J.F. STEPHEN, cités dans F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 1006 : « The one is healthy immaturity, the other diseased maturity and between these there is no sort of resemblance. »

nature, l'éclosion lente mais suprême des facultés intellectuelles se fait progressivement. Elle obéit aux cycles de la vie et s'ajuste aux modifications du corps. Par une véritable métamorphose psychologique, l'intelligence de l'enfant s'éveille et sa volonté s'affermi. Une fois pour toutes, l'esprit de l'enfant échappe « aux fers » du déterminisme juvénile et accède à un état de liberté à la fois morale et intellectuelle⁴⁴⁶.

A. Les variations géographiques

L'innocence morale et pénale de l'enfant est un phénomène qui traverse à la fois les époques et les frontières⁴⁴⁷. Son application est au cœur même du fonctionnement de l'appareil judiciaire et de la légitimité de celui-ci au point de vue éthique. Au Canada, comme nous l'avons déjà souligné, l'article 13 du *Code criminel* prévoit que « nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans ». En France, la situation juridique de l'enfant est régie par l'*Ordonnance de 1945*⁴⁴⁸ qui prévoit notamment la mise en place d'une présomption d'irresponsabilité accordée en faveur des enfants de moins de 18 ans. Malgré sa portée générale, une telle présomption n'a pas la même valeur selon qu'il s'agisse d'enfants de moins de 13 ans ou de mineurs de 13 à 18 ans. Alors que les enfants âgés de moins de 13 ans bénéficient d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité qui écarte complètement la possibilité d'une peine au profit de mesures visant à assurer « leur protection, leur assistance, leur surveillance et leur éducation »⁴⁴⁹, les mineurs de 13 à 18 ans

⁴⁴⁶ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4.

⁴⁴⁷ Sur l'origine de la défense de minorité en droit anglais, voir F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 1007 et 1008 : « Although the criminal mind of a child differs in kind from the criminal mind of one mentally diseased, tender years may serve equally with mental disease to negative blameworthiness. However harsh the ancient law regarding infancy may have been, tender years had become recognized by the beginning of the fourteenth century as a valid defense, and the basis of the defense seems to have been the lack of a guilty mind. Children under seven were freed from criminal responsibility because courts presumed them incapable of exercising an understanding discretion and hence unable to possess a criminal intent. In the cases of greatest difficulty, however, where the defendant stood between childhood and maturity, judges even this early were making criminal liability depend upon whether or not the defendant in fact possessed a guilty state of mind. »

⁴⁴⁸ Ord. 2 février 1945.

⁴⁴⁹ *Id.*, art. 2, al. 1.

peuvent être l'objet d'une condamnation dont l'opportunité sera évaluée à la lumière des circonstances et de la personnalité de chacun.

Comme au Canada, en Angleterre et en France, l'irresponsabilité pénale des enfants aux États-Unis repose sur l'état embryonnaire de leurs facultés intellectuelles et de leur jugement moral. Au point de vue juridique, la minorité opère au niveau le plus fondamental en affectant directement la capacité de l'individu de commettre un crime. Dans l'arrêt *State v. Q.D.*⁴⁵⁰, le juge Dimmick capture l'essence de ce principe : « [W]hile capacity is similar to the mental element of a specific crime or offense, it is not an element of the offense, but is rather a general determination that the individual understood the act and its wrongfulness. »⁴⁵¹

Malgré l'acceptation générale des principes régissant l'irresponsabilité pénale des mineurs chez nos voisins du Sud, il existe une certaine controverse quant à la place même de la défense de minorité au sein de la société américaine. Cette controverse, apparue au cours de la première moitié du XX^e siècle, résulte du mouvement de décriminalisation qui a marqué le système de justice américain en matière de délinquance juvénile. Le virage est important. À l'approche rétributive, marquée par la sanction et la flétrissure morale, on préfère désormais l'approche thérapeutique, plus soucieuse de la réhabilitation du délinquant. Ainsi, en vertu de l'article 4.10 du *Model Penal Code*, « a person shall not be tried for or convicted of an offense if at the time of the conduct charged to constitute the offense he was less than sixteen years of age, in which case the juvenile court shall have exclusive jurisdiction »⁴⁵². En remplaçant le caractère punitif associé à la justice traditionnelle par une approche centrée sur la notion de traitement et de réhabilitation, les législateurs américaines écartent la défense de minorité. En effet, d'après le juge Kelleher dans l'arrêt *In re Michael*⁴⁵³ :

Once one accepts the principle that a finding of delinquency or waywardness in a juvenile proceeding is not the equivalent of a finding that the juvenile has committed a crime, there

⁴⁵⁰ *State v. Q.D.*, 102 Wash.2d 19 (1984).

⁴⁵¹ *Id.*, 24.

⁴⁵² AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 193, sect. 4.10.(1)(a).

⁴⁵³ *In re Michael*, 423 A.2d 1180 (R.I. 1981).

is no necessity of a finding that the juvenile had such maturity that he or she knew what he or she was doing was wrong. A juvenile is delinquent or wayward, not because the juvenile has committed a crime, but because the juvenile has committed an act that would be a crime if committed by a person not a juvenile and because the juvenile requires such care, guidance and control [...] as will serve the child's welfare and the best interests of the state.⁴⁵⁴

Aujourd'hui, devant l'accroissement de la criminalisation de la justice pénale aux États-Unis⁴⁵⁵, il est permis de s'interroger légitimement sur la place qu'occupe la défense de minorité dans la société américaine. Si elle apparaît inutile à l'intérieur d'un système à facture essentiellement thérapeutique, la défense de minorité conserve néanmoins toute sa valeur dans le cadre d'un système punitif, plus conforme au modèle traditionnel. Examinant la nature particulière de la législation adoptée dans l'État de Washington, le juge Dimmick, dans l'arrêt *State v. Q.D.*⁴⁵⁶, tient les propos suivants :

This court has acknowledged Washington's departure from a strictly *parens patriae* scheme to a more criminal one, involving both rehabilitation and punishment. Being a criminal defence, RCW9A.04.050 should be available to juvenile proceedings that are criminal in nature.⁴⁵⁷

En dépit de la controverse qui entoure la situation juridique de la défense de minorité aux États-Unis, il existe un consensus, autant en jurisprudence qu'en doctrine, voulant que l'irresponsabilité morale et pénale de l'enfant soit un principe universel découlant de la nature même de la minorité.

⁴⁵⁴ *Id.*, 1183.

⁴⁵⁵ Wayne R. LAFAVE, *Modern Criminal Law, Cases, Comments and Questions*, 2^e éd., Minnesota, West Publishing, 1986, p. 456 : « The juvenile justice system in recent years has evolved from *parens patriae* scheme to one more akin to adult criminal proceedings. The United States Supreme Court has been critical of the *parens patriae* scheme as failing to provide safeguards due an adult criminal defendant to similar stigma, and possible loss of liberty. »

⁴⁵⁶ *State v. Q.D.*, précité, note 450.

⁴⁵⁷ *Id.*, 23.

B. Les variations chronologiques

L'apparition de la défense de minorité en France⁴⁵⁸ et en Angleterre⁴⁵⁹ est un phénomène étroitement lié à l'éclosion de la notion d'intention en droit criminel. Là où il y a minorité, enseignent les docteurs, il y a défaut de discernement et absence de responsabilité. « *Infantes, si delinquant, excusantur in totum* », affirme Jousse dans son ouvrage sur la justice criminelle⁴⁶⁰. L'irresponsabilité pénale de l'enfant étant admise, une interrogation demeure : À quel âge doit-on tracer la ligne qui partage les domaines de la responsabilité et de l'irresponsabilité ? Autrement dit, à quel moment doit-on fixer l'éveil des facultés morales et intellectuelles chez l'enfant ? En général, la détermination du moment où l'enfant devient maître de ses instincts et de son discernement est laissée à l'arbitrage du juge. Dans son livre consacré à l'histoire du droit anglais, Matthew Hale propose la division suivante :

If an infant within age be *infra ætatem infantiaë*, viz. seven years old, he cannot be guilty of felony, whatever circumstances proving discretion and no averment shall be received against that presumption. It is clear that an infant above fourteen and under twenty-one is equally subject to capital punishments, as well as others of full age; for it is *præsumptio juris* that after fourteen years they are *doli capaces*, and can discern between good and evil. [...] An infant under the age of fourteen years and above the age of twelve years is not *prima facie* presumed to be *doli capax* [...] yet if it appear to the court and jury that he was *doli capax*, and could discern good and evil at the time of the offence committed, he may be convicted and undergo judgment and execution of death [...] But in cases of this nature it is necessary that very strong and pregnant evidence ought to be to convict one of that age, and to make it appear he understood what he did.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Voir MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, note 218, p. 26 et JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France*, 2^e vol., Paris, 1771, p. 616.

⁴⁵⁹ Voir sur ce point les exemples que nous fournit F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 1007-1009 : Northumberland Assize Rolls 323 : « Reginald aged four by misadventure slew Robert aged two; the justices granted that he might have his life and members because of his tender age. » Selden Society, *Eyre of Kent* (1) 6 & 7 Edw. II, 109 (1313-14) : « An infant under the age of seven years, though he be convicted of felony, shall go free of judgment, because he knoweth not of good and evil; but after that said age, he shall have, etc. » *Reniger c. Fogossa*, Plowd. 1, 19 (1550) : « If an infant of tender age kills a man, it shall not be felony, because he has not discretion nor understanding; for which reason the law imputes it to his ignorance, which is natural to every one at that age and so there is no fault in him. » Voir également W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 22 : « First we will consider the case of infancy, or nonage; which is a defect of the understanding. Infants, under the age of discretion, ought not to be punished by any criminal prosecution whatever. »

⁴⁶⁰ JOUSSE, *op. cit.*, note 458, p. 616.

⁴⁶¹ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 25-29.

En droit criminel, l'établissement de l'âge à partir duquel une personne doit rendre compte de ses actes est une opération délicate. C'est pourquoi les principes régissant la défense de minorité en France, en Allemagne et en Angleterre se sont développés, au cours des siècles, d'une manière arbitraire et asymétrique. Les difficultés inhérentes à la création de catégories d'âge en matière de défense de minorité ont été magnifiquement exprimées par Sir James F. Stephen dans son ouvrage *A History of the Criminal Law of England* : « The age at which a person becomes competent to commit a crime must necessarily be fixed in an arbitrary manner. What constitutes maturity is a question of degree, and the age at which it is reached differs from person to person and from country to country. »⁴⁶² Les dénivellations enregistrées entre les différents pays en matière de défense de minorité soulignent la relativité de la notion de libre arbitre en droit pénal ainsi que le caractère flou et incertain de ses contours. Ce phénomène démontre avec éclat l'inexistence d'une définition fixe et précise du libre arbitre en droit criminel de même que l'obligation d'aborder ce concept en fonction des particularités propres à chaque pays.

Troisième sous-section : L'erreur de fait

En détruisant l'adhésion morale de l'agent vis-à-vis la commission de l'acte illégal, l'erreur de fait «éteint le crime dans son principe essentiel»⁴⁶³. En effet, « l'homme qui méconnaît les circonstances entourant la commission de son acte agit involontairement et contre son gré », écrit Aristote. « Toutes ces circonstances, personne ne saurait, à moins d'être fou, les ignorer »⁴⁶⁴. Pourtant, il arrive parfois que l'agent, malgré sa bonne foi, ignore ce qu'il fait, comme celui qui, après avoir confondu son fils pour son plus mortel ennemi, le tue⁴⁶⁵ ; ou celui qui, « croyant moucheté un fer de lance acéré », cause la mort de son compagnon⁴⁶⁶. Dans tous ces cas, écrit Aristote, l'agent est pardonnable puisqu'il ignore les circonstances qui entourent son action. C'est

⁴⁶² J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6, p. 97 et 98.

⁴⁶³ M. DE VOUGLANS, *op. cit.*, note 218, p. 23.

⁴⁶⁴ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 76.

⁴⁶⁵ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39.

⁴⁶⁶ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39.

dans cette perspective qu'il faut interpréter l'influence qu'exercent l'ignorance et l'erreur sur la participation volontaire de l'agent au crime, dans une optique qui favorise l'innocence morale de l'accusé au détriment de la commission du fait dommageable.

A. Les variations géographiques

Au point de vue psychologique, il existe une différence significative entre l'erreur et l'ignorance en ce que l'erreur est une inexactitude qui tire sa source d'un malentendu, d'une méprise ou d'une confusion, alors que l'ignorance est un défaut absolu de connaissance qui découle d'une vision normale de la réalité⁴⁶⁷. Malgré sa finesse, cette distinction tend à s'estomper en droit criminel dans la mesure où la méconnaissance de la réalité qui résulte de l'apparition de ces deux conditions éclipse la connaissance nécessaire à la consommation du crime. Ce principe étant admis, il est à propos de s'interroger sur la valeur exonératoire de l'erreur de fait, valeur qui varie en fonction de la nature et du degré de faute exigés aux termes de l'infraction.

De façon générale, le tribunal retient la croyance sincère mais erronée en matière de faute subjective et l'erreur de fait raisonnable en matière d'infractions de négligence ou d'imprudence⁴⁶⁸. C'est qu'il faut comprendre que, dans ce cas, la question ne porte plus sur ce qui s'est véritablement passé dans l'esprit de l'accusé, mais bien sur son absence de diligence raisonnable.

⁴⁶⁷ G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 151 et 152 : « Now mistake is a kind of ignorance. Every mistake involves ignorance but not *vice versa*. Ignorance is lack of true knowledge, either (1) because the mind is a complete blank or (2) because it is filled with untrue (mistaken) knowledge on a particular subject. The first variety, lack of knowledge without mistaken knowledge, may be called simple ignorance. The second variety, lack of true knowledge coupled with mistaken knowledge, is mistake. Ignorance is the genus of which simple ignorance and mistake are the species. Either simple ignorance or mistake is sufficient to destroy the intentional nature of an act as to the unknown circumstance. Mistake will displace recklessness also. »

⁴⁶⁸ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 1038 : « La défense d'erreur de fait, fondée sur une perception honnête et sincère des faits, est recevable pour une infraction qui requiert une faute subjective de la part de l'accusé. Toutefois, si la responsabilité criminelle provient d'une faute objective, il résulterait des motifs du juge McIntyre, dans la décision *R. c. Tutton*, que la croyance erronée doit être raisonnable. En effet, si l'infraction reprochée repose sur la négligence et non sur l'esprit coupable de l'accusé, une croyance déraisonnable, même si elle est sincère, serait entretenue de façon négligente. Le concept de faute objective pour les crimes de négligence est bien établi. Puisque la faute objective doit être établie selon la norme d'une personne raisonnable, sans nécessité de prouver l'état d'esprit subjectif de l'accusé, il est difficile de soutenir que l'accusé pourrait plaider une erreur de fait résultant de sa perception subjective des faits. Cela ne signifie toutefois pas que l'erreur de fait ne pourra pas être invoquée. Elle sera cependant examinée à la lumière de la personne raisonnable placée dans des circonstances comparables. La défense sera acceptée s'il appert qu'une personne raisonnable aurait aussi eu, dans le même contexte, une telle perception erronée des faits. »

Cette manière d'envisager l'erreur de fait en droit pénal n'est pas unique à l'Angleterre et au Canada. L'American Law Institute, dans ses commentaires sur le *Model Penal Code*, retient un critère relativement semblable : « [T]here is no justification for requiring that ignorance or mistake be reasonable if the crime or the element of the crime involved requires acting purposely or knowingly for its commission. »⁴⁶⁹ En dépit de l'influence considérable qu'exerce le *Model Penal Code* aux États-Unis, plusieurs États rejettent les propositions mises de l'avant par l'American Law Institute, en exigeant la présence d'une erreur raisonnable. À titre d'illustration, l'État de la Pennsylvanie prévoit que l'erreur de fait « negatives the intent, knowledge, belief, recklessness, or negligence required by the offense, but only if the mistake is one for which there is a reasonable explanation »⁴⁷⁰.

En plus d'exiger la présence d'une erreur raisonnable, certains États américains écartent l'erreur de fait en matière de *statutory rape*. Cette exception, aujourd'hui consacrée aux États-Unis, plonge ses racines en Angleterre, et plus particulièrement dans la célèbre décision *Regina c. Prince*⁴⁷¹ où le juge Blackburn affirmait ce qui suit :

It seems impossible to suppose that the intention of the legislature in those two sections could have been to make the crime depend upon the knowledge of the prisoner of the girl's actual age. It would produce the monstrous result that a man who had carnal connection with a girl, in reality not quite ten years old, but whom he on reasonable grounds believed to be a little more than ten, was to escape altogether. He could not, in that view of the statute, be convicted of the felony, for he did not know her to be under ten. He could not be convicted of the misdemeanor, because she was in fact not above the age of ten. It seems to us that the intention of the legislature was to punish those who had connection with young girls, though with their consent, unless the girl was in fact old enough to give valid consent. The man who has connection with a child, relying on her consent, does it at his peril, if she is below the statutable age.⁴⁷²

L'individu qui se compromet dans des activités à caractère sexuel impliquant des mineurs agit donc à ses risques et périls. Même s'il a pris les précautions et les mesures raisonnables pour

⁴⁶⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 193, sect. 2.04.

⁴⁷⁰ Pa. Cons. Stat. Tit. 18, s. 304. Cité dans Sanford H. KADISH et Stephen J. SHULHOFER, *Criminal Law and its Process*, 6^e éd., Boston, Little Brown, 1995, p. 226.

⁴⁷¹ *Regina c. Prince*, (1875) L.R. 2 Cr. Cas. Res 154.

⁴⁷² *Id.*, 171 et 172.

s'assurer de l'âge de la victime, l'accusé n'est pas admis à soulever son erreur quant à l'âge réel de la plaignante. Les rédacteurs du *Model Penal Code* sont catégoriques : « [W]here criminality turns on the child's being below the age of 10, *the defense of reasonable mistake is not available*; but where it turns on the child's being below a critical age other than 10, reasonable mistake is an affirmative defense. »⁴⁷³

B. Les variations chronologiques

En droit pénal, l'erreur de fait est le prolongement naturel de l'exigence de l'intention criminelle et le symbole d'un système de responsabilité fondé sur la connaissance et le rapport psychologique entre le sujet et les circonstances qui déterminent son environnement⁴⁷⁴. Dans son traité *Les Lois criminelles*, Muyart de Vouglans reconnaît le caractère exonératoire de l'erreur dans la mesure où elle exclut « absolument toute idée de consentement qui est nécessaire pour former le crime »⁴⁷⁵. Au même effet, voir également en Angleterre les commentaires de Matthew Hale sur l'ignorance : « [*I*]gnorantia facti doth excuse, for such an ignorance many times makes the act itself morally involuntary. »⁴⁷⁶ Malgré la reconnaissance générale de l'erreur de fait en droit criminel, l'incertitude persiste quant à la nature de l'erreur exigée pour disculper l'accusé. Doit-on admettre uniquement l'erreur raisonnable ? Peut-on également accepter l'erreur sincère mais déraisonnable ? L'observation historique nous oblige à constater un décalage important entre les différentes époques. Ce décalage, qui se profile à la faveur des tendances et des valeurs qui

⁴⁷³ *Model Penal Code*, art. 213.6 (1). (nous avons ajouté l'italique)

⁴⁷⁴ Voir F.B. SAYRE, *loc. cit.*, note 75, 1016 : « The modern doctrine of mistake or ignorance of fact is built largely upon the *Levett's Case*, decided in 1638. In this case the defendant, reasonably but erroneously supposing that Frances Freeman, an intruder in his house in the night, was a burglar, killed her with a thrust of his rapier. The court resolved it was not manslaughter, for the defendant "did it ignorantly without intention of hurt to the said Frances. After this decision courts evolved the important well-recognized doctrine that one acting under a reasonable mistake of fact is not criminally liable if, had his erroneous supposition been true, he would not have been liable. »

⁴⁷⁵ MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, note 218, p. 35. Référence empruntée à ULPIEN *D.* 50, 17, 116, 2 : « *non videtur qui errant consentire.* »

⁴⁷⁶ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 42. Sur ce point, HALE donne l'exemple suivant : « It is known in war, that it is the greatest offense for a soldier to kill, or so much as to assault his general: suppose then the inferior officer sets his watch, or sentinels, and the general to try the vigilance or courage of his sentinels comes upon them in the night in the posture of an enemy, (as some commanders have too rashly done) the sentinels strikes, or shoots him, taking him to be an enemy; his ignorance of the person excuseth his offense. »

dominant l'espace social, détermine la qualification ou la disqualification du sujet au regard de l'application de la responsabilité pénale.

Quatrième section : Des causes qui affectent la volonté du sujet au moment de la commission du crime

Première sous-section : La contrainte

En raison de son action sur la volonté du sujet, la contrainte figure parmi les causes de non-responsabilité pénale. Sans liberté de choix, l'auteur de l'acte matériel n'est plus la cause première et efficiente de l'action préjudiciable, mais un simple instrument aux mains des forces qui s'exercent sur lui. Joseph Ortolan image bien l'importance de la liberté dans les mécanismes menant à l'accomplissement d'une action :

Toute force animée ou inanimée, qui n'est pas libre, qui obéit irrésistiblement à une autre force d'où lui vient l'impulsion, ne saurait être cause première, cause efficiente. La feuille d'ardoise dont nous parlions tout à l'heure tombe d'un toit et blesse un passant : direz-vous qu'elle est la cause première de sa chute ? Elle vous renverra au vent qui l'a poussée, le vent à la chaleur ou à l'électricité qui ont fait naître des courants et des tourbillons d'air, la chaleur au soleil, ou l'électricité aux pôles, comme dans la fable de Pilpay. Il n'y a qu'une force libre qui puisse être cause première, cause efficiente : la première condition de l'imputabilité, c'est donc la liberté.⁴⁷⁷

Ainsi, la liberté est une composante essentielle de l'imputabilité et, plus largement, de la capacité que possède l'individu d'orienter et de diriger volontairement sa conduite au moment du crime. Solidement ancrée dans la tradition classique, la liberté détermine, en collaboration étroite avec l'intelligence, l'intervention des autorités judiciaires et l'application du jugement pénal.

⁴⁷⁷ J. ORTOLAN, *op. cit.*, note 183, tome 1, p. 102.

A. Les variations géographiques

En droit criminel, la responsabilité morale et pénale d'un individu peut être contrariée de deux manières différentes. Soit que l'individu ne puisse, en raison de sa condition intellectuelle ou de son état d'ignorance, orienter intelligemment sa conduite; soit qu'il se trouve, compte tenu de la pression qui s'exerce sur sa volonté, condamné à agir contre son gré. La contrainte, en supprimant la liberté de l'agent au moment du crime, détruit sa participation volontaire au fait dommageable. Dans ce cas, écrit Blackstone, « the will counteracts the deed; and is far from concurring with, that it loaths and disagrees to, what the man is obliged to perform »⁴⁷⁸. Fidèle aux enseignements de la doctrine classique, le droit pénal canadien reconnaît l'effet exonératoire de la contrainte. Ainsi, aux termes de l'article 17 du *Code criminel*, « [u]ne personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte ». Vu son caractère relativement limité, l'article 17 doit être lu en conjonction avec la défense de contrainte prévue en *common law*. En effet, selon le juge Fish de la Cour d'appel du Québec⁴⁷⁹, l'article 17, en refusant la défense de contrainte si la personne à l'origine des menaces n'est pas sur les lieux du crime, contrevient au principe fondamental de justice suivant lequel l'État ne peut punir une personne moralement innocente⁴⁸⁰. L'article 17 étant inconstitutionnel, la défense de contrainte prévue en *common law* demeure admissible en vertu de l'article 8(3) du *Code criminel*.

En France, l'individu placé devant le choix cruel entre deux maux n'est pas responsable au point de vue pénal. Cet ancien principe est aujourd'hui consacré dans le *nouveau Code pénal*. En effet, en vertu de l'article 122-2 N.C.P. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi

⁴⁷⁸ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 21. Voir aussi à la p. 27 : « There are a constraint upon the will, whereby a man is urged to do that which his judgment disapproves ; and which, it is to be presumed, his will (if left to itself) would reject. As punishments are therefore only inflicted for the abuse of that free will, which God has given to man, it is highly just and equitable that a man should be excused for those acts, which are done through unavoidable force and compulsion. »

⁴⁷⁹ R. c. *Langlois*, précité, note 374.

⁴⁸⁰ Position confirmée récemment par la Cour suprême dans l'arrêt R. c. *Ruzic*, précité, note 272.

sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister. » À l'image du Canada, la France retient en général deux types de contrainte, à savoir la contrainte physique et la contrainte morale. La contrainte physique peut provenir d'une force naturelle – *c'est l'exemple du banni qui est rejeté sur les côtes de France à la suite d'un naufrage*⁴⁸¹ – ou de l'action d'un tiers – *«tel est le cas du cycliste qui, après avoir été enfermé dans un peloton, renverse mortellement un policier de la route»*⁴⁸². Quant à la contrainte morale, elle opère non pas sur le corps de l'accusé, mais sur son esprit. « La menace d'un mal grave et imminent si l'on n'accomplit pas un acte illicite, écrit Georges Vidal, détruit, par la crainte qu'elle inspire, la liberté de la volonté nécessaire à l'imputabilité pénale. »⁴⁸³ Bien que l'origine de la menace soit relativement peu importante aux yeux des tribunaux français, l'effet disculpatoire de la contrainte sera admis uniquement si la pression exercée sur la volonté de l'individu au moment du crime est à la fois *imprévisible*⁴⁸⁴ et *irrésistible*⁴⁸⁵.

Aux États-Unis, la contrainte figure depuis de nombreuses années parmi les différentes formes d'excuses. Dans l'arrêt *Toscano*⁴⁸⁶, la cour de l'État de New Jersey dresse un tableau relativement précis des conditions régissant la défense de contrainte aux États-Unis. Selon le tribunal, « [d]uress shall be a defense to a crime other than murder if the defendant engaged in conduct because he was coerced to do so by the use of, threat to use, unlawful force against his person or the person of another, which a person of a reasonable firmness in his situation would have been unable to resist »⁴⁸⁷. Comme le Canada, l'Angleterre et la France, les États américains prévoient des conditions relativement strictes en matière de contrainte. Celles-ci exigent la

⁴⁸¹ J. PRADEL, *op. cit.*, note 441, p. 475. Autre exemple : l'automobiliste qui a causé des blessures à un tiers à la suite d'un dérapage sur une plaque de glace (*Crim.*, 11 avril 1970, *R.S.C.*, 1971, p. 927, observ. Légal).

⁴⁸² *Crim.*, 5 janvier 1957, *R.S.C.*, 1958, p. 85, observ. Légal.

⁴⁸³ G. VIDAL, *op. cit.*, note 220, p. 337.

⁴⁸⁴ *Crim.*, 8 juillet 1971, *Bull. Crim.*, no 222, p. 541 ; *Crim.*, 4 décembre 1958, *Bull. crim.*, no 722, p. 1293 ; *Crim.*, 9 mai 1967, *Bull. Crim.*, no 153, p. 361 (Cassation partielle). D., 1959, p. 36.

⁴⁸⁵ D'après la Cour de cassation, l'agent doit se trouver dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi. *Crim.*, 8 février 1936, *D.P.*, 1936.1.44, note H. Donnedieu De Vabres.

⁴⁸⁶ *State v. Toscano*, 74 N.J. 421 (1977).

⁴⁸⁷ *Id.*, 433.

présence de menaces à la fois *immédiates*, *imminentes* et *contemporaines* à la commission de l'infraction.

En plus d'exiger la présence de telles conditions, les tribunaux américains examinent la conduite de l'accusé en fonction d'un critère objectif. Comme l'indique le juge Pasham, dans l'arrêt *State v. Toscano*, la menace doit susciter chez l'accusé « such a fear as a man of ordinary fortitude and courage might justly yield to »⁴⁸⁸. Malgré sa nature objective, l'examen porte une attention particulière aux caractéristiques personnelles de l'accusé. En effet, « the personal characteristics of the agent which tend to differentiate the accused from other individuals, like his height, strength, age and health, must be considered by courts; matters of temperament would not. »⁴⁸⁹

B. Les variations chronologiques

En France, on a longtemps opposé la contrainte physique à la contrainte morale. Alors que la première donnait lieu à l'irresponsabilité totale de l'accusé⁴⁹⁰, la seconde permettait simplement l'atténuation de la peine⁴⁹¹. Cette distinction importante, qui s'exprimait notamment à travers l'ancien adage *coacta voluntas voluntas est*⁴⁹², fut utilisée fréquemment à l'époque par les décrétistes qui, à la suite d'Huggucio, assimilaient les actes commis sous l'effet de la menace à une circonstance atténuante. En effet, aucune crainte ne peut forcer un chrétien à commettre un

⁴⁸⁸ *Id.*, 434.

⁴⁸⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, note 193, sect. 2.09, p. 372-375.

⁴⁹⁰ A. LAINGUI, *op. cit.*, note 289, p. 206 : « Traditionnellement, la contrainte physique était assimilée à la force majeure, opinion encore en vigueur. L'absence totale de volonté criminelle propre exemptait de toute peine l'auteur de l'acte : *Coacti absolute, sive praecise, ut cum nostris quoque loquamur*, écrit Tiraqueau, *qui videlicet nihil conferut secundum proprium motum, nihil certe peccant neque puniuntur : ut qui potius pati quam agere videantur.* »

⁴⁹¹ *Id.*, p. 208 : « L'expression la plus complète de cette solution figure chez Farinacius alléguant lui-même l'autorité de Tiraqueau : *non coactus absolute et praecise, sed conditionaliter, videlicet metu majorum malorum, ii, inquam, puniuntur aliqua poena extraordinaria, quia scilicet coacte delinquant. Volunt tanem deliquere, quenter peccant [...]* *Secus autem, quando quis delinquit praecise et absolute coactus, nulla prorsus ejus voluntate concurrente, quando scilicet delinquens nihil confert secundum proprium motum, prout est quando mulier vim patitur [...]* *Tunc ideo excusat non solum a poena ordinaria, sed etiam ab extraordinaria.* »

⁴⁹² *D.* 4, 2, 21, 5 ; *D.* 23, 2, 22.

péché mortel⁴⁹³. Malgré son caractère ancien, cette approche se retira graduellement au profit d'une vision plus soucieuse et plus sensible de l'innocence morale de l'individu. Dans son ouvrage *Les Lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Muyart de Vouglans souligne l'effet préjudiciable de la contrainte morale sur l'esprit et la liberté de l'agent :

Toutes sortes de craintes et de violence ne sont pas capables d'exempter de crime et de peine. Il faut pour cela qu'elles soient accompagnées de ces deux conditions, également essentielles selon la Loi : l'une que cette crainte soit juste, c'est-à-dire qu'elle soit fondée sur des causes graves et capables de faire impressions assez fortes pour que l'homme le plus ferme en fût ébranlé ; comme lorsqu'on se trouve dans un danger évident de perdre la vie ou l'honneur, ou même d'être tourmenté dans son corps. D'où il suit que la crainte qui n'aurait pour objet que d'éviter un grand mal, mais qui serait éloignée et dont on pourrait aisément se garantir, et, à plus forte raison, la crainte qui ne serait fondée que sur de simples menaces d'un mal futur, ne pourrait former une excuse suffisante en cette matière.⁴⁹⁴

Que la crainte soit *imprévisible* et *irrésistible*, tous les criminalistes l'enseignent d'une voix unanime. Blackstone, par exemple, dans ses *Commentaires sur la loi anglaise*, affirme que la peur « take[s] away [...] the guilt many crimes and misdemeanors ; at least before the human tribunal. But then that fear, which compels a man to do an unwarrantable action, ought to be *just* and well *grounded* »⁴⁹⁵. Quelle intensité doit revêtir la menace à l'origine de la contrainte morale pour supprimer la liberté de l'agent ? Voilà la question. Si tous reconnaissent l'effet de la contrainte sur l'esprit de l'individu, peu s'entendent exactement sur le niveau de crainte exigé afin de soutenir avec succès un plaidoyer de non-culpabilité. Doit-on retenir un critère objectif, subjectif ou mitoyen ? À cet égard, les tribunaux possèdent une discrétion leur permettant de modeler le contenu de la défense de contrainte morale au gré des objectifs poursuivis.

Deuxième sous-section : La nécessité

Au plan philosophique, la contrainte morale et la nécessité sont étroitement liées. Ce rapport est si serré qu'Aristote lui-même, dans son livre *Éthique de Nicomaque*, semble confondre

⁴⁹³ A. LAINGUI, *op. cit.*, note 289, p. 209.

⁴⁹⁴ MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, note 218, p. 31 et 32.

⁴⁹⁵ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 30.

les deux situations aux fins de la détermination de la responsabilité morale. Le Stagirite s'exprime ainsi :

Un acte forcé est celui dont le principe est extérieur à nous-mêmes et tel que l'agent ou le patient n'y participe en rien, par exemple quand un vent violent ou des gens, maîtres de notre vie, nous transportent en quelque endroit. Pour toutes les actions que nous exécutons par crainte de maux plus grands ou en vue d'une belle fin, on peut discuter la question de savoir si elles sont volontaires ou non ; prenons par exemple le cas d'un tyran qui, maître de la vie de nos parents et de nos enfants, nous enjoindrait de faire un acte honteux, en y mettant la condition que l'exécution sauverait les nôtres, tandis que le refus entraînerait leur mort. Ce cas n'est pas sans analogie avec celui d'une cargaison jetée à la mer au cours d'une tempête ; en général, personne ne perd de son plein gré sa cargaison ; on s'y résigne pour sauver sa propre vie et celle des autres, comme le font tous ceux qui sont sains d'esprit.⁴⁹⁶

Après avoir démontré le caractère « partiellement volontaire » des actes commis sous l'empire de la nécessité, Aristote admet l'effet exonératoire de la contrainte et de la nécessité dans les cas où la pression exercée sur l'esprit de l'agent est telle qu'elle dépasse les forces de la nature humaine⁴⁹⁷. En somme, l'individu déchiré entre la commission d'un acte illégal et l'obligation de subir un événement terrible agit à la fois de manière intentionnelle et involontaire. Il agit intentionnellement au point de vue psychologique puisqu'il entretient le désir et la ferme intention de commettre l'acte à l'origine du délit (ici, jeter la cargaison à la mer), mais de façon involontaire au point de vue moral, car il se comporte contre son gré et sa propre volonté⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 73 et 74.

⁴⁹⁷ *Id.*, p. 74 : « Ainsi il faut préciser le degré de volonté dans l'acte qui s'accomplit. En de telles circonstances, c'est volontairement que l'homme agit ; la cause qui fait mouvoir ses organes réside en lui ; or avoir en soi-même le principe de ses actes, c'est avoir aussi en soi la possibilité de les exécuter ou non. De telles actions sont donc volontaires ; mais, absolument parlant, peut-être dira-t-on aussi qu'elles sont involontaires : car nul ne souhaiterait exécuter des actes de cette nature pour eux-mêmes. Parfois même, on loue une conduite de cette sorte, quand c'est en vue de grands et beaux résultats qu'on supporte ce qui est honteux et affligeant. Dans le cas contraire, on n'obtient que le blâme. Car supporter la honte totale pour un acte sans beauté ou pour un faible profit est le fait d'un cœur méprisable. Parfois, ce qu'on obtient, ce n'est pas l'éloge, mais le pardon ; c'est le cas lorsqu'il s'agit de faits qu'on réproouve, mais qui dépassent les forces de la nature humaine et que personne ne pourrait endurer. »

⁴⁹⁸ *Id.* Voir également les textes suivants cités dans *Perka c. La Reine*, précité, note 381, 241 et 242. (1) *Reniger c. Fogossa* (1551) 1 Plowd. 1 à 18 : « [T]oute loi comporte des circonstances où une personne peut enfreindre la lettre de la loi sans pourtant enfreindre la loi elle-même ; et les actes qu'elle accomplit alors ne sont pas soumis à la sanction de la loi, même la loi les encourage quoiqu'ils soient accomplis contrairement à la lettre de la loi, parce que contrevenir à la lettre de la loi n'est pas contrevenir à la loi elle-même, pour autant qu'il n'y a pas contravention à l'intention de la loi. En conséquence la lettre de la loi naturelle, de la loi du Royaume, de celle des autres royaumes et de celle de Dieu permet aussi d'accomplir certains actes qui vont à l'encontre de la lettre de ces mêmes lois lorsqu'il y a

A. Les variations géographiques

L'existence de la défense de nécessité est encore l'objet de controverses en Angleterre. Au Canada, ses fondements furent reconnus pour la première fois en 1976 dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*⁴⁹⁹. Malgré l'importance de cette décision, les contours de la défense de nécessité demeuraient incertains. La difficulté fut résolue en 1984 dans l'arrêt *Perka c. La Reine*⁵⁰⁰. Dans un jugement innovateur, le juge en chef Dickson soulignait alors le caractère involontaire de l'acte commis sous l'emprise de la nécessité. Selon lui, « le fondement conceptuel de ce moyen de défense repose sur le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable et raisonnable ; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable »⁵⁰¹.

L'irresponsabilité morale et pénale de l'individu agissant sous l'effet de la nécessité est également reconnue en France. Son principe est aujourd'hui formellement enchâssé dans l'article 122-7 du *nouveau Code pénal*, lequel prévoit que « n'est pas pénalement responsable la personne qui face au danger actuel imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». L'intervention de la défense de nécessité exige donc, comme au Canada, la présence de circonstances établissant le caractère *imprévisible* et *irrésistible* de l'événement à l'origine de la commission de l'acte illégal. Parmi de telles circonstances, se trouvent l'inexistence d'une autre solution raisonnable et légale offerte à l'accusé afin d'éviter la

contravention à la lettre de la loi soit pour éviter les inconvénients plus grands, soit par nécessité ou par contrainte... » ; (2) T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 322 et 323 : « Si l'on contraint un homme, par l'effroi d'une mort immédiate, à accomplir un acte contraire à la loi, cet homme est entièrement excusé, parce que nulle loi ne peut obliger un homme à renoncer à sa propre préservation. Supposons même qu'une telle loi oblige : on se tiendrait malgré tout le raisonnement suivant : si je n'accomplis pas cet acte, je meurs immédiatement ; si je l'accomplis je meurs plus tard ; en l'accomplissant, je gagne donc quelque temps de vie. La nature contraint donc cet homme à accomplir cet acte. » ; (3) Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*, 1971, p. 110 : « Ainsi une telle loi pénale n'aurait pas l'effet visé ; c'est que la menace d'un mal qui est encore incertain (perdre la vie par décision de justice) ne peut surpasser la peur devant un mal certain (à savoir la noyade). Aussi l'acte de conservation de soi par violence ne doit pas être considéré comme innocent..., mais comme impunissable... »

⁴⁹⁹ *R. c. Morgentaler*, [1976] 1 R.C.S. 616.

⁵⁰⁰ *Perka c. La Reine*, précité, note 372.

⁵⁰¹ *Id.*, 250.

commission du crime, ainsi que la présence d'un certain équilibre entre l'infraction et la situation de danger qu'elle vise à contourner⁵⁰².

Aux États-Unis, la défense de nécessité constitue une cause de non-responsabilité pénale. L'American Law Institute, dans son *Model Penal Code*, la subordonne aux conditions suivantes : « (1) [T]he harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and (2) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and (3) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear. »⁵⁰³ Contrairement au droit canadien qui assimile la nécessité à une *excuse*⁵⁰⁴, le droit américain envisage cette défense sous l'angle de la *justification*.

B. Les variations chronologiques

Historiquement, la nécessité est un thème sur lequel peu d'auteurs se sont exercés. Le droit romain, par exemple, n'offre pas de théorie générale sur la question. En effet, mis à part deux textes rapportés au *Digeste* et empruntés à Cicéron, les sources romaines demeurent relativement silencieuses quant à cette défense⁵⁰⁵. Seuls quelques exemples retiennent l'attention des jurisconsultes, notamment le cas du paysan forcé de détruire la maison d'un tiers afin d'éviter la propagation du feu et celui de l'homme qui assassine son compagnon d'infortune afin d'échapper à une mort certaine. La jurisprudence française conserve aussi dans ses archives quelques récits fort intéressants. Ainsi, d'après André Laingui, historien du droit pénal français, « des bourgeois de Tours avaient fait abattre des maisons pour la défense de la ville contre les Anglais en 1359 ;

⁵⁰² A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 206. « La proportionnalité de l'acte de sauvegarde au péril est donc une condition technique qui permet de délimiter le domaine d'action du danger en fixant la ligne de démarcation en deçà de laquelle l'intervention de l'agent est dictée par le péril qui la rend indispensable, et au-delà de laquelle l'agent ayant recouvré sa pleine liberté de vouloir, sera et lui seul l'auteur de l'acte alors accompli. »

⁵⁰³ *Model Penal Code*, art. 3.02.

⁵⁰⁴ *Perka c. La Reine*, précité, note 372, 248.

⁵⁰⁵ *D.* 47, 9, 3, 7 ; *D.* 9, 2, 49, 1 et CICÉRON, *La République*, III, 15, cités dans A. LAINGUI, *op. cit.*, note 297, p. 331.

en 1382, le capitaine de l'église fortifiée de Lumeau-en-Beauce avait livré une femme de mauvaise vie réfugiée dans la forteresse à des soldats pillards, car ceux-ci menaçaient, s'ils ne l'obtenaient pas, de violer toutes les femmes du village »⁵⁰⁶. Dans les deux cas, précise l'auteur, il y a eu délivrance de grâce.

Une des nombreuses situations donnant lieu à une excuse de nécessité attire particulièrement notre attention, soit celle du vol par indigence. Si cette hypothèse ne mobilise plus aujourd'hui la communauté juridique, elle occupait jadis une place fort importante, particulièrement au moment des grandes famines. À titre d'exemple, il convient ici de reproduire une décision rapportée par Brillon dans son *Dictionnaire des arrêts du Parlement de France*. « En 1596, année stérile et malheureuse, un vigneron chargé d'une femme et de plusieurs enfants, trouvant la porte de son voisin ouverte, emporta de la pâte qui était sur la table. Les officiers après une longue procédure le condamnent à rendre la valeur de la pâte en l'amende de cent sols, et aux dépens. Une fois en appel, cette décision fut renversée, d'autant plus que les avocats demeuraient d'accord que la partie plaignante avait été satisfaite. »⁵⁰⁷ Sensibles à la condition misérable de l'individu au moment de la commission du crime, plusieurs auteurs admettaient l'innocence morale et pénale de l'accusé en matière de vol d'indigence⁵⁰⁸. Malgré tout, certains docteurs maintenaient fermement le caractère dolosif de l'acte illégal⁵⁰⁹. C'est aussi le cas des tribunaux anglais⁵¹⁰, qui

⁵⁰⁶ A. LAINGUI, *op. cit.*, note 289, p. 333.

⁵⁰⁷ BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle de Parlements de France et autres tribunaux*, nouvelle édition., Paris, 1727, v vol., no. 2, cité dans A. LAINGUI, *id.*, p. 336.

⁵⁰⁸ A. LAINGUI, *op. cit.*, note 289, p. 336 : « Julius Clarus, Grimaudet, Farinacius, Damhoudère, l'ordonne caroline, Denis Godefroy, Jousse, Muyart de Vouglans, Merlin se prononcent en faveur de l'absolution complète du voleur. »

⁵⁰⁹ *Id.* : « Une autre doctrine, enseignée notamment par Mathoeur, Tiraqueau, Carpzov, estime que la pauvreté n'atteint pas le trouble porté à l'ordre public et même laisse subsister l'intention frauduleuse. »

⁵¹⁰ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 31 et 32 : « There is yet another case of necessity, which has occasioned great speculation among the writers upon general law; viz. Whether a man in extreme want of food or clothing may justify either, to relieve his present necessities. And this both Grotius and Pussendorf, together with many other of the foreign jurists, hold in the affirmative; maintaining by many ingenious, humane, and plausible reasons, that in such cases the community of goods by a kind of tacit concession of society is revived. And some even of our own lawyers have held the same, though it seems to be an unwarranted doctrine, borrowed from the notions of some civilians: at least it is now antiquated, the law of England admitting no such excuse at present. And this it's doctrine is agreeable not only to the sentiments of many of the wisest ancients, particularly Cicero, who holds that *fiuum cuique incommodum serendum est, potius quam de alterius commodis detrabendum*. [...] In this country especially, there would be a peculiar impropriety in admitting so dubious an excuse: for by our laws such sufficient

rejetaient l'excuse de nécessité dans les cas de vol par indigence. Dans son chapitre consacré aux privilèges accordés en matière de nécessité, Matthew Hale justifie ce rigorisme :

I do therefore take it, that, where persons live under the same civil government, as here in England, that rule [*in casu extreme necessitas omnia sunt communia*], at least by the laws of England, is false; and therefore, if a person being under necessity for want of victuals, or clothes, shall upon that account clandestinely, and *animo furandi* steal another man's goods, it is felony, and a crime by the laws of England punishable with death; although the judge, before whom the trial is, in this case (as in other cases of extremity) be by the laws of England intrusted with a power to relieve the offender before or after judgment in order to the obtaining the king's mercy.⁵¹¹

La sévérité du droit anglais à l'égard du vol commis par indigence ne suffit pas à conjurer l'état de nécessité. D'ailleurs, selon Blackstone : « There is a third species of necessity, which may be distinguished from the actual compulsion of external force or fear; being the result of reason and reflection, which act upon and constrain a man's will, and oblige him to do an action, which without such obligation would be criminal. And that is, when a man has his choice of two evils set before him, and, being under a necessity of choosing one, he chuses the least pernicious of the two. Here the will cannot be said freely to exert itself, being rather passive, than active; or if active, it is rather in rejecting the greater evil than in choosing the less. »⁵¹² Comme l'indique ce passage emprunté aux *Commentaries on the Laws of England*, Blackstone reconnaît les fondements philosophiques de la défense de nécessité. Malgré l'autorité du célèbre juriste, l'existence de ce moyen de défense en Angleterre demeura pendant de nombreuses années incertaine. Aujourd'hui, avec le développement rapide des moyens de défense en Angleterre, on s'entend généralement pour dire que, si la nature du moyen de défense sur la nécessité est mal définie, rien ne s'oppose à sa reconnaissance par les tribunaux.

provision is made for the poor by the power of the civil magistrate, that is impossible that the most needy stranger should be ever reduced to the necessity of thieving to support nature. »

⁵¹¹ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 54 et 55.

⁵¹² W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 30 et 31.

Conclusion

En étudiant la notion de libre arbitre à travers le découpage exigü de l'espace géographique et la vaste couverture du champ chronologique, notre ambition était de faire jouer la rencontre et faire agir l'intervalle entre les différents discours juridiques sur le libre arbitre en France, en Angleterre, au Canada et aux États-Unis. Que faut-il retenir de cette entreprise ? Que le libre arbitre est un concept flou dont le profil est difficile à saisir. Peut-être, mais surtout qu'il a longtemps modelé et continue de façonner le visage de la pratique judiciaire. En ouvrant les portes de la responsabilité à la notion de libre arbitre, la justice pénale concède son autorité à une discipline qui n'est pas soumise aux exigences gouvernant le déroulement de l'activité judiciaire⁵¹³. Et pourtant, il ne faut pas se tromper. Depuis des siècles, le droit criminel s'évertue à ajuster la notion de libre arbitre en fonction de ses propres besoins. Il s'obstine à développer, à travers les interstices d'un langage à peine codé, les paramètres d'une notion essentiellement juridique du libre arbitre. Lentement mais graduellement, l'ancien concept de libre arbitre s'efface au profit d'une nouvelle réalité juridique. Cette nouvelle réalité, ce nouveau concept, c'est la capacité d'obéir aux enseignements de la loi pénale. Phénomène essentiellement juridique dont la production obéit au rythme de la pratique judiciaire, la *capacité* d'obéir aux enseignements de la loi pénale est un concept positif qui permet d'acquérir une connaissance empirique des principales composantes du libre arbitre en droit pénal. Il est vrai qu'il s'agit toujours du libre arbitre, mais d'un libre arbitre qui est à la fois taillé et sculpté en fonction des objectifs que poursuit la justice pénale.

⁵¹³ J. F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6.

Troisième partie

La culpabilité

Chapitre cinquième

L'analyse de la relation entre la capacité et la culpabilité en matière criminelle

La capacité criminelle occupe, à l'origine, une place extrêmement importante en droit pénal. Si importante en fait qu'elle se reflète directement sur l'organisation méthodologique des premiers ouvrages de doctrine. Un simple coup d'œil aux manuels de l'époque révèle en effet le souci constant des auteurs face à cette question. De Hale⁵¹⁴ à Blackstone⁵¹⁵, en passant par Hawkins⁵¹⁶, tous consacrent les premières pages de leurs écrits à la capacité criminelle (*capacity of committing crimes*). Cet aménagement méthodologique n'est pas sans importance, ni signification; il témoigne de la singularité de la capacité criminelle, de son antériorité par rapport à la culpabilité. Sans capacité, sans volonté, il n'y a pas de responsabilité, avons-nous dit. En effet, l'individu, qui n'est pas doué d'une intelligence minimale et d'une volonté libre et sans contrainte au moment du crime, n'est pas tenu de répondre pénalement de ses actes. La constatation de son innocence morale, de son incapacité à obéir à la loi pénale établit donc sa disqualification vis-à-vis de la sanction pénale et dessaisit l'autorité judiciaire de son emprise sur l'accusé. Ainsi, d'après le mode de pensée dominant de l'époque, l'analyse de la capacité criminelle est la première étape de la procédure judiciaire ; elle se situe en amont de la culpabilité, bien avant la constatation de la faute exigée pour consommer la réalisation du crime.

Malgré l'antériorité de la capacité sur la culpabilité, cette dernière n'est pas écartée de la sphère pénale. Au contraire, la preuve de la culpabilité, de l'élément mental de l'infraction, est nécessaire à la réalisation du crime⁵¹⁷. S'il est vrai que la capacité d'obéir aux enseignements de

⁵¹⁴ M. HALE, *op. cit.*, note 5, p. 14 (Chapter II. – Concerning the several incapacities of persons, and their exemptions from penalties by reason thereof).

⁵¹⁵ W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 3, vol. 4, p. 20. (Chapter the Second: Of the Persons Capable of committing Crimes).

⁵¹⁶ W. HAWKINS, *op. cit.*, note 2, p. 1 (Chapter I: Of the Persons who may be Guilty of Criminal Offenses).

⁵¹⁷ Voir la description des différentes infractions dans l'ouvrage de M. HALE, *op. cit.*, note 5.

la loi, de choisir librement sa conduite, est un élément essentiel dans la genèse de l'acte criminel, encore faut-il que cette capacité s'ouvre sur le monde et s'épanouisse dans la commission d'un acte illégal auquel se rattache un élément de faute. Cette matérialisation du pouvoir de se déterminer librement, cette métamorphose de la volonté opère une véritable communion entre la capacité et la culpabilité. Ce lien entre la capacité et la culpabilité est noué d'une manière si serrée qu'il entraînera, quelques siècles plus tard, une confusion totale entre les deux modes d'activité psychique. La méprise ne fut toutefois pas immédiate. Elle fut précédée d'un mouvement d'une telle ampleur qu'il continue aujourd'hui à dominer une bonne partie de l'activité juridique. Ce mouvement est celui du positivisme juridique.

L'histoire du positivisme juridique en droit pénal⁵¹⁸, c'est l'histoire de l'épuration progressive de la responsabilité pénale de ses fondements éthiques et spirituels⁵¹⁹. À l'approche traditionnelle fondée sur l'union de la capacité et de la culpabilité, les positivistes préférèrent l'approche descriptive de la *mens rea*, plus technique et plus objective⁵²⁰. Une fois pour toutes, Stephen en a formulé le principe : « I understand by responsibility nothing more than actual liability to legal punishment. It is common to discuss this subject as if the Law itself depended upon the result of discussions as to freedom of the will, the origin of moral distinctions, and the nature of conscience. Such discussions cannot be altogether avoided, but in legal inquiries they

⁵¹⁸ Voir H. PARENT, *op. cit.*, note 29, p. 182 et suiv.

⁵¹⁹ A.-M. BOISVERT, *loc. cit.*, note 21, 132 et 133 : « Une certaine distanciation du droit pénal par rapport à la morale et l'apparition du positivisme juridique au XIX^e siècle auraient entraîné une législation de la notion de *mens rea*. On en trouve une manifestation claire dans les travaux de Stephen et, plus particulièrement, dans l'arrêt *Tolson*. Selon Stephen, il n'existe pas une *mens rea* unique, mais bien des *mentes reaes* propres à chaque crime. La *mens rea* reçoit alors un sens technique, descriptif de certains états d'esprit caractérisés, tels l'intention, l'insouciance ou la négligence, qui doivent accompagner la commission de l'*actus reus*. »

⁵²⁰ Voir les commentaires du juge Stephen dans *R. c. Tolson*, (1889) 23 L.R. 168, 185 et 187 (Q.B.) : « Though this phrase (*non est reus, nisi mens sit rea*) is in common use, I think it most unfortunate, and not only likely to mislead, but actually misleading, on the following grounds. It naturally suggests that, apart from all particular definitions of crimes, such a thing exists as a *mens rea*, or guilty mind, which is always expressed or by implication involved in every definition. This is obviously not the case, for the mental elements of different crimes differ widely. *Mens rea* means in the case of murder, malice aforethought; in the case of theft, an intention to steal; in the case of rape, an intention to have forcible connection with a woman without her consent; and in the case of receiving stolen goods, knowledge that the goods were stolen. In some cases it denotes mere inattention. For instance, in the case of manslaughter by negligence it may mean forgetting to notice a signal. It appears confusing to call so many dissimilar states of mind by one name. It seems contradictory indeed to describe a mere absence of mind as a *mens rea*, or guilty mind. The expression again is likely to and often does mislead. [...] The principle involved appears to me, when fully considered, to amount to no more than this. The full definition of every crime contains expressly or by implication a proposition as to a state of mind. »

ought to be noticed principally in order to show that the law does not really depend upon them. »⁵²¹
Ce qui se dessine derrière l'apparition du positivisme juridique, ce n'est pas tellement un nouveau pouvoir de punir, puisque tous les anciens criminalistes reconnaissaient déjà l'importance de la faute se rattachant à la définition du crime, mais l'élaboration d'un langage juridique dénué de ses accents philosophiques ainsi que la formation d'un mode de responsabilité dont l'existence se manifeste sous le couvert d'un subjectivisme de plus en plus affiché. En effet, d'après la Cour suprême du Canada dans *Leary c. La Reine* :

L'état mental requis pour qu'il y ait responsabilité pénale consiste dans la plupart des cas dans a) l'intention d'accomplir l'*actus reus* du crime, c'est-à-dire l'intention d'accomplir l'acte qui constitue le crime en question ou dans b) le fait que la personne prévoit ou sait que son comportement entraînera probablement ou pourra entraîner l'*actus reus*, tout en acceptant le risque ou en y étant indifférente alors que, dans les circonstances, le risque est considérable ou injustifiable. Cet état d'esprit est parfois qualifié d'indifférence à l'égard des conséquences de l'acte.⁵²²

En se renfermant sur elle-même, la culpabilité subvertit les limites traditionnelles de l'infraction et entraîne un véritable bouleversement de sa structure psychologique. Les causes de non-responsabilité, qui formaient autrefois les premières couches de l'infraction pénale, sont reléguées au second plan. Elles sont rejetées au loin, dans ces régions hostiles où elles sont désormais condamnées à intervenir seulement après que l'intention a été prouvée. Au point de vue juridique, ce vaste mouvement n'est pas uniquement symbolique. Sa venue entraîne une véritable fracture de l'infraction dont les conséquences se font ressentir jusque dans la manière de présenter les composantes du crime. Sur ce point, la dérive semble complète. En effet, la capacité ne figure plus dans les premières pages des ouvrages de doctrine. Elle est désormais reportée aux derniers chapitres, bien après la description et l'analyse de l'élément de faute se rattachant à la définition du crime (*mens rea*)⁵²³.

⁵²¹ J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6, p. 96.

⁵²² *Leary c. La Reine*, précité, note 220, 34.

⁵²³ Voir, au Canada, G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 871 (Partie III. – Les causes de non-responsabilité pénale (après l'analyse de l'élément mental)) ; A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 8, p. 349 (Chapter 10 – Defences – General Observations (après l'analyse de l'élément mental)) ; J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 8, p. 157 (Chapitre III. – Les immunités et les incapacités (après l'analyse de l'élément mental)) ; D. STUART, *op. cit.*, note 8, p. 241 (Chapter 5. – Mistake or Ignorance (après l'analyse de l'élément

À travers cette transformation des paramètres juridiques, l'homme s'efface graduellement au profit d'une vision quasi liturgique de la culpabilité et de l'intention. Si la capacité n'apparaît plus qu'en filigrane de la mécanique judiciaire, si elle ne constitue plus que la face cachée de la responsabilité, il demeure que son action ne peut être écartée complètement. C'est que la capacité possède des fonctions que l'intention ne peut recouvrir entièrement. Des fonctions qui s'enracinent dans les couches les plus profondes de la responsabilité pénale. En somme, si l'homme est responsable de ses actes au point de vue moral et pénal, c'est tout d'abord parce qu'il est en mesure d'orienter intelligemment et librement sa conduite, et ensuite parce qu'il a désiré commettre l'acte à l'origine de l'infraction reprochée⁵²⁴. Sans capacité, sans volonté, le crime ne peut éclater à la lumière du jour. Sa réalisation demeure dommageable, mais l'absence de capacité de son auteur s'oppose à toute intervention de la justice pénale.

C'est dans ce contexte qu'il faut envisager l'apparition de la *mens rea* normative au Canada, dans un contexte dominé par le lien qui relie la capacité et la culpabilité, l'homme et ses données psychologiques. Si le positivisme juridique s'était donné pour mission d'épurer le droit de ses assises philosophiques afin de concentrer son regard uniquement sur l'élément mental, l'approche normative de la *mens rea* cherche pour sa part à « désensabler le sol de sa positivité »⁵²⁵ juridique, adoptant ainsi une approche qui privilégie une assimilation intégrale de la capacité et de la culpabilité. Pour la première fois dans l'histoire du droit criminel, la capacité renonce à son altérité conceptuelle pour se loger entièrement dans l'espace désormais volumineux de la *mens rea*. Comme l'attraction sur les corps physiques, la *mens rea* attire vers elle tous les éléments sur

mental)). Voir, en Angleterre, John Cyril SMITH et Brian HOGAN, *Criminal Law*, 8^e éd., London, Butterworths, 1996, p. 193 (Chapter 10. – General Defences (après l'analyse de l'élément mental)) ; Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., London, Stevens & Sons, 1983, p. 451 (Part Four. – Defences (après l'analyse de l'élément mental)).

⁵²⁴ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 19 : « Rattachée à la société, l'infraction, qui n'est pas tout à fait matériel préjudiciable, n'est pas non plus toute action humaine imputable. Au-delà de la matérialité que l'action humaine, même imputable, comporte, la société doit, dans sa réaction de jugement, déterminer le reproche qu'elle adresse à l'auteur d'une action pour parfaire la coloration pénale de celle-ci, pour relever une infraction. Le rattachement de l'infraction à la société doit dégager la culpabilité de l'auteur d'une action à lui imputable et à la société préjudiciable. Reflet de la "problématique" du droit pénal, l'infraction, point de rupture entre l'homme et la société, est ainsi faite d'un inévitable équilibre entre des données puisées chez l'homme et des considérations empruntées à la société. La substance de l'infraction, répondant de sa notion, réside donc dans l'action humaine rattachée successivement à l'homme et à la société : du côté de l'homme, l'infraction se présente comme une action humaine imputable ; du côté de la société, elle est une action humaine coupable. »

⁵²⁵ Expression empruntée à Michel FOUCAULT, *op. cit.*, note 34.

lesquels repose la notion de responsabilité pénale. L'objectif véritable de la *mens rea* normative n'est pas tellement de rétablir l'équilibre qu'avait brisé la *mens rea* descriptive, mais bien d'absorber complètement le domaine de la faute, de fusionner des concepts qui, en dépit de leur filiation naturelle, n'en demeurent pas moins étrangers l'un de l'autre.

Ce qui doit être lu derrière l'introduction de la *mens rea* normative en droit pénal, c'est la volonté de remédier à la fragilité qui caractérise, depuis des années, les fondations de la *mens rea* descriptive. Là où cette dernière ne peut établir l'absence d'intention en raison de la « spécificité » de cet élément mental⁵²⁶, la *mens rea* normative voit une absence de volonté et, conséquemment, de faute morale. Prenons l'exemple de l'individu qui commet un crime sous l'emprise de la contrainte morale ou de la nécessité. Son action est-elle intentionnelle ? D'un point de vue psychologique, il ne fait aucun doute que son geste est intentionnel dans la mesure où l'agent a le désir et le but conscient de poser l'acte physique à l'origine du crime. Ainsi, comme l'indique Aristote dans son ouvrage *Éthique de Nicomaque*, « la cause qui fait mouvoir ses organes réside en lui ; or avoir en soi-même le principe de ses actes, c'est d'avoir aussi en soit la possibilité de les exécuter ou non »⁵²⁷. Malgré la présence d'une intention, l'accusé est moralement innocent car

⁵²⁶ Voir les commentaires de A.W. MEWETT et M. MANNING, *op. cit.*, note 8, p. 187-190. Voir également les propos fort intéressants des auteurs J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 8, p. 111 et 112 : « Lorsque l'infraction exige que l'accusé ait un dessein ou une intention définie, faut-il que l'accusé ait effectivement cette intention ou suffit-il qu'il prévoie comme certaine ou quasi certaine la réalisation du résultat prohibé ? La jurisprudence n'offre pas de réponse claire. Par exemple, Steane était accusé, entre autres choses, "d'avoir, en temps de guerre, posé des actes de nature à aider l'ennemi, dans l'intention d'aider l'ennemi". Les actes en question consistaient dans une participation à des émissions radiophoniques allemandes destinées à casser le moral des troupes anglaises. Steane s'est défendu en faisant valoir qu'il avait agi en état de contrainte, les nazis menaçant sa femme et ses enfants de sévices graves s'il ne participait pas aux émissions. Voici ce qu'en dit Lord Goddard : *Dans cette cause, il aurait été approprié de dire au jury que la poursuite devait prouver l'intention criminelle et que, même s'il était autorisé à présumer cette intention s'il pensait que l'acte provenait de la conduite libre de l'accusé, il ne devait pas la présumer si les circonstances marquaient que l'acte avait été posé dans un état de rébellion [sic] contre l'ennemi ou était également compatible avec une intention criminelle ou une intention innocente ; par exemple, l'intention de sauver sa femme et ses enfants d'un camp de concentration. Le jury ne devait prononcer une condamnation que s'il était satisfait par la preuve que l'acte reproché avait été posé en fait pour aider l'ennemi et s'il subsistait un doute sur cette question, l'accusé devait être acquitté.* Steane en posant des actes de nature à aider l'ennemi prévoyait que ses actes aideraient l'ennemi. Dès lors, pourquoi ne pas conclure qu'il avait l'intention, ce faisant, d'aider l'ennemi ? Le jugement de Lord Goddard exige que l'accusé poursuive effectivement le dessein prévu pour la constitution de l'infraction. On interprète ce jugement comme donnant à l'intention spécifique le sens de désir du résultat. Cependant il confond, selon nous, mobile et intention. L'intention pertinente à l'infraction est "d'aider l'ennemi" et il semble bien que Steane avait cette intention. Steane pouvait cependant se disculper en plaçant la contrainte ou la nécessité qui ne nient pas l'intention mais expliquent l'infraction, ce sur quoi Lord Goddard n'a pas voulu se prononcer dans l'instance. » Voir enfin la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Buzzanga and Durocher*, (1980 49 C.C.C. 384 et 385 (2d) (C.A. Ont.).

⁵²⁷ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 74.

c'est de façon involontaire qu'il agit. Le rapport entre l'intention criminelle et la défense de contrainte morale fut abordé dans l'arrêt *D.P.P. for Northern Ireland c. Lynch* :

Someone who acts under duress may have a moment of time, even one of the utmost brevity, within which he decides whether he will or will not submit to a threat. There may consciously or subconsciously be a hurried process of balancing the consequences of disobedience against the gravity or the wickedness of the action that is required. The result will be that what is done will be done most unwillingly but yet intentionally.⁵²⁸

Comme l'indique ce passage d'une lucidité remarquable, un acte criminel peut être à la fois intentionnel et involontaire. Voilà pourquoi l'approche normative de la *mens rea* est aujourd'hui si séduisante. En occupant simultanément le domaine de la capacité et de la culpabilité, elle permet une absorption totale du champ de l'infraction. Il n'est plus question ici de confiner la *mens rea* à l'intérieur des limites « réductrices » de l'élément mental, mais bien d'accéder aux couches les plus profondes de l'acte criminel, de pénétrer au cœur des structures les plus élémentaires de l'infraction et de la responsabilité. En s'appropriant les domaines de la capacité et de la culpabilité, la *mens rea* normative permet une théorisation de l'acte criminel fondée sur la notion de faute morale. Que l'innocence morale de l'individu provienne de son manque d'intention ou de son inaptitude psychologique à former celle-ci importe peu. Tout ce qui compte, c'est la faute et son prolongement immédiat, la responsabilité. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter les paroles du juge en chef Lamer lorsqu'il souligne qu'« il existe un principe fondamental dans notre système juridique voulant qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité humaine et la primauté du droit. Il est si ancien que c'est en latin qu'il a été énoncé pour la première fois : *actus non facit reum nisi mens sit rea.* »⁵²⁹

Le virage est important. D'une vision descriptive et technique de la *mens rea*, nous sommes passés à une approche générique de la faute qui privilégie une extension considérable du champ de la culpabilité au détriment de l'autonomie traditionnelle de la capacité. Si l'approche normative de la *mens rea* comporte de nombreux avantages au point de vue de l'évaluation de la

⁵²⁸ *Northern Ireland (D.P.P.) c. Lynch*, [1975] A.C. 653, 670.

⁵²⁹ Renvoi : *Motor Vehicule Act de la C.-B.*, précité, note 369, 513.

responsabilité individuelle, elle dissimule également certains inconvénients que l'on ne peut plus ignorer, notamment l'assimilation complète de la capacité et de la culpabilité. En brisant les limites traditionnelles de l'imputabilité et de l'élément mental, la vision normative de la *mens rea* fusionne des concepts dont l'altérité empêche de saisir clairement les différents rouages de l'infraction.

Cette confusion, croyons-nous, peut être enrayée tout en conservant une vision large et englobante de la faute. Pour ce faire, il importe simplement de rétablir la distinction originelle entre la capacité (élément moral se rattachant à l'individu) et la culpabilité (élément moral se rattachant à la définition du crime)⁵³⁰. En effet, si la capacité détermine la qualification et la disqualification de l'individu à l'égard de la sanction pénale, la culpabilité désigne quant à elle l'élément de faute nécessaire à l'intervention judiciaire. En se superposant de l'extérieur à l'acte matériel, la *mens rea* et l'*actus reus* forment un mélange à la fois psychologique et physique essentiel au bon fonctionnement des mécanismes de répression judiciaire. En résumé, il n'est pas suffisant d'être capable de commettre un crime, encore faut-il présenter l'élément mental exigé aux termes de l'infraction.

⁵³⁰ On retrouve cette approche en grande partie chez A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4. Voir également H. PARENT, *loc. cit.*, note 31, 28 et 29 : « The foregoing study of criminal law in England, Canada, the United States and in France seems to indicate that in spite of the use of different expressions and technical terms, criminal law in these countries implicitly divides the moral element of a crime into two different categories, namely the moral element relating to the individual and the moral element relating to the definition of the crime. The moral element relating to the individual is, in criminal law, the ethical and spiritual foundations of the offense. By integrating human attributes into the definition of the crime, the concept of imputability requires from the accused the commission of a voluntary act. We find this principle in the writings of Aristotle: "Praise and blame are the result of the voluntary act", of Augustine: "It is by the will that we sin, and that we live rightly", of Thomas Aquinas: "A good or evil action deserves praise or blame, in so far as it is in the power of the will" and finally of Damascene: "Voluntary acts lead to praise and blame." The doctrine of the guilty mind expressed in terms of will and intent is the premise of Anglo-american criminal law. Blackstone made the point, several years ago, in words still apt: "The general rule is, that no person shall be excused from punishment for disobedience to the laws of his country, excepting such as are expressly defined and exempted by the laws themselves. All the several pleas and excuses which protect the committer of a forbidden act, from the punishment which is otherwise annexed thereto, may be reduced to this single consideration the want or the defect of the will. An involuntary act, as it has no claim to merit, so neither can it induced any guilt. The concurrence of the will, when it has its choice either to do or avoid the fact in question, is the only thing that renders human actions either praiseworthy or culpable." In negating the understanding or the liberty of choice at the time of the commission of the act, criminal defenses prevent the realization of an offense and preclude the punishment of the morally innocent. In light of this principle, we can affirm that the moral element relating to the individual is a core concept that is universal in every system of law based on the consent of the will. The moral element relating to the definition of the crime is the fault expressly spelled out or tacitly implied in the definition of an offense. Psychologically, the fault element refers to the culpability of the accused and reprobation of society with respect to the commission of the illegal act. In England, Canada, the United States and in France, the moral element relating to the definition of the crime may be assessed in light of a subjective standard (intent, purpose, recklessness), or of an objective standard (negligence). »

En associant la *mens rea* à l'élément mental de l'accusé au moment du crime, nous n'entendons pas briser le lien qui unit la capacité et la faute morale, mais plutôt établir les structures d'une théorie de la responsabilité pénale qui, tout en étant ouverte aux variables individuelles, redonne à la *mens rea* toute sa spécificité originelle. Il ne s'agit pas ici d'un simple retour au descriptivisme juridique ni à l'orthodoxie subjectiviste, mais d'un véritable effort visant à définir les composantes de la *mens rea* à l'intérieur d'un réseau complexe de significations morales. Là où le descriptivisme ne voyait plus que l'énumération schématique d'éléments mentaux, nous percevons les indices d'une véritable structure morale. C'est qu'à l'image de la capacité dont elle est si étroitement dépendante, la *mens rea* possède sa propre configuration morale, sa propre composition psychologique, qui lui permet, à travers la preuve de certains éléments spécifiques, d'établir la présence ou l'absence de faute. Ces éléments, il va sans dire, ne s'enchaînent pas à l'intérieur d'une succession temporelle, mais dans un ordre structurel complexe dont l'agencement est prédéterminé implicitement ou explicitement par le texte de l'infraction.

De ce qui précède, nous pouvons conclure qu'il existe actuellement en droit criminel une fragmentation implicite de l'élément moral de l'infraction en deux parties distinctes : la capacité et la culpabilité ou *mens rea*. La capacité désigne l'élément moral se rattachant à l'individu, le «support éthique et spirituel» de l'infraction⁵³¹. En exigeant un minimum d'intelligence et de liberté au moment de la commission du crime, la capacité introduit l'individu dans le champ de la responsabilité pénale ; elle dévoile au grand jour ses prédispositions à la sanction. Quant à la *mens rea*, son rôle est tout aussi important. Car s'il est nécessaire d'établir l'aptitude de l'accusé à répondre pénalement de ses actes, encore faut-il que cette capacité se soit actualisée, qu'elle soit apparue dans la réalisation d'un acte illégal auquel se rattache un élément de faute en particulier tel que l'intention, l'insouciance, l'aveuglement volontaire et la négligence.

Maintenant que nous avons établi les structures fondamentales de l'infraction, il est à propos de nous interroger plus longuement sur les différentes composantes de la culpabilité (*mens rea*) que sont la faute subjective et la faute objective. Pour bien fouiller la question, nous avons opté pour un plan d'analyse qui tient compte non seulement de la culpabilité en tant que telle, mais

⁵³¹ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4.

aussi de son rapport avec la capacité. Cette division est rendue nécessaire par l'interdépendance de ces deux éléments ainsi que par l'impossibilité de les séparer complètement.

Première section : L'analyse de la culpabilité ou *mens rea* en droit pénal canadien

Première sous-section : La faute subjective

A. La capacité en matière de faute subjective

Depuis des siècles, la *capacité* criminelle est étroitement associée à la notion d'*acte volontaire*, à la présence d'un minimum d'intelligence et de liberté chez l'accusé au moment de la commission du crime. Blackstone, à titre d'exemple, dans ses *Commentaires on the Laws of England*, reprend la célèbre formule empruntée à Aristote : « An involuntary act, as it has no claim to merit, so neither can it induce any guilt. »⁵³² Au point de vue philosophique, l'acte volontaire est le produit de l'union privilégiée entre les puissances de la *connaissance* et d'*appétition*. En effet, là où il y a connaissance, écrit saint Thomas d'Aquin dans son traité sur les actes humains, il y a volonté⁵³³. Au contraire, là où il y a ignorance, erreur quant aux circonstances particulières dans lesquelles et en vue desquelles l'action a lieu, il y a absence de volonté. En intégrant la connaissance et la liberté dans le cercle de la capacité, la doctrine classique inscrit les moyens de défense dans une approche globale et intégrée de la faute morale. Elle met de l'avant un système de qualification qui interdit l'imposition de toute responsabilité dans les cas où l'individu n'est pas en mesure d'orienter efficacement sa conduite au moment du crime. Comme « ce qui est purement et simplement premier selon l'ordre des choses est plus parfait »⁵³⁴, il faut débiter notre analyse par l'étude des composantes de la capacité que sont la connaissance et la liberté.

⁵³² W. BLACKSTONE, *op. cit.*, vol. 4, note 3.

⁵³³ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 2, p. 18.

⁵³⁴ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 82, art. 3, p. 718.

1. *La connaissance (intelligence)*

D'après Aristote, « l'acte volontaire désigne l'acte dont le principe se trouve dans l'agent qui connaît toutes les circonstances particulières de l'action »⁵³⁵. Si la connaissance occupe toujours une place aussi importante en droit criminel, c'est qu'elle permet de déterminer les circonstances qui sous-tendent le passage à l'acte. Cette importance, il va sans dire, se reflète bien entendu sur la topologie de l'acte criminel. En effet, il est faux d'envisager la connaissance comme une simple composante de la *mens rea*, comme un autre élément de la culpabilité car, s'il faut reconnaître que la définition du crime vient souvent fixer la nature et le degré de connaissance exigés afin de consommer l'infraction, il reste que la connaissance opère à un niveau encore plus fondamental, comme une véritable condition de la capacité. Nous nous accordons ainsi avec les auteurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon pour affirmer qu'à la base de toute forme de *mens rea* se trouve le concept de la connaissance des éléments constitutifs de l'infraction :

La Couronne doit établir l'élément mental de l'infraction en prouvant que l'accusé a commis l'acte prohibé intentionnellement ou d'une manière insouciant, selon le cas, avec la connaissance des actes constitutifs du crime. La connaissance vise avant tout les circonstances entourant l'acte ou l'omission alors que l'intention ou l'insouciance renvoie plutôt à la conduite ou au comportement.⁵³⁶

Même si la connaissance varie fréquemment selon la nature et les exigences particulières à chaque infraction, elle n'en demeure pas moins permanente. C'est qu'en pénétrant au plus profond de l'infraction, elle s'infiltré dans les structures élémentaires de la faute morale. À travers ce mouvement de transformation, la connaissance acquiert un nouveau visage, une nouvelle figure. Mais il ne faut pas se tromper. Le droit criminel ne tient pas compte de n'importe quel type de connaissance, mais uniquement de la connaissance des circonstances particulières dans lesquelles et en vue desquelles s'exécute l'action. Comme l'indique Glanville Williams dans son traité consacré à l'analyse du droit criminel anglais :

⁵³⁵ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 77.

⁵³⁶ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 382.

If we say that D intentionally trespassed on an airfield, we mean that he knew he was on an airfield, and knew he had no right to be there.

To put the same point negatively, a person does not act intentionally if he is ignorant or mistaken as to the surrounding circumstances, where the circumstances are included in the statement of what he is supposed to be intentionally doing. A man who goes off with an article thinking that it is his own, or thinking that he has been given permission to take it, does not steal, because he has no intent to steal. He intends to take the very article that he takes, and that article belongs to another; but he does not intend to take an article belonging to another, because he does not know it belongs to another.

This example shows the importance of the rule of legal draftsmanship and interpretation that an act is not to be taken as intentional as to any circumstance that is not known. Intention means not only desire of the consequence of conduct but also knowledge of the surrounding facts. If there is ignorance of any fact, then the act is not intentional as to that fact.⁵³⁷

En déterminant les circonstances particulières de l'acte criminel, l'infraction participe à l'élaboration de la connaissance et contribue à sa configuration juridique. Désormais, la capacité et la définition de l'infraction « marchent ensemble, comme les deux actions complémentaires d'un même processus »⁵³⁸, la *capacité* exigeant un minimum de connaissance relativement aux circonstances entourant la commission du crime et la *définition de l'infraction* indiquant aux autorités judiciaires, dans la plupart des cas, les principaux éléments à connaître⁵³⁹. Enfin, il arrive parfois que le libellé de l'infraction soit muet sur le niveau de connaissance exigé pour consommer l'infraction. Dans cette hypothèse, nous croyons que le principe général voulant que l'individu connaisse les circonstances dans lesquelles et au sujet desquelles l'action a eu lieu s'applique dans son intégralité⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens & Sons, 1978, p. 52.

⁵³⁸ Expression empruntée à M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 114.

⁵³⁹ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 384 : « Certains crimes ou portions de crime prévoient expressément la connaissance de la perpétration des actes. Le législateur a d'ailleurs prévu le recours à la connaissance à titre d'élément mental en utilisant des mots tels que "en sachant que" ou "sciemment" pour qualifier le verbe qui sous-tend l'élément matériel du crime. L'usage du verbe "savoir" connote une *mens rea* particulière. De nombreuses dispositions du *Code criminel* exigent de l'accusé qu'il ait "su" un fait donné. Il lui faut alors être bel et bien au courant de la réalité. Il ne doit pas agir sous le coup d'une méprise ou d'une erreur. Tel accusé pense erronément s'être procuré des biens volés. Il se croit en possession de biens illicites mais l'on ne saurait dire qu'il se sait en possession de biens volés : "le mot savoir renvoie exclusivement à la connaissance véritable ; l'on ne peut affirmer savoir sans connaître la vérité". »

⁵⁴⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport 30, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 29 : « Erreur de fait. Nul n'est responsable

En ce qui concerne par ailleurs les formes que peut revêtir la connaissance en droit criminel, la jurisprudence distingue, à titre de *summa divisio*, les trois principaux schèmes de connaissance que sont la connaissance réelle, l'aveuglement volontaire et la connaissance imputée ou par interprétation⁵⁴¹.

La connaissance réelle de l'infraction résulte de l'expérience pratique et de la conscience factuelle des circonstances entourant le crime. En droit criminel, la connaissance réelle des circonstances entourant l'acte illégal peut «s'inférer directement des dires de l'accusé concernant son état d'esprit, ou indirectement de l'acte et des circonstances l'entourant»⁵⁴². Mentionnons enfin que cette connaissance peut également être déduite par l'entremise de certains mécanismes juridiques tels que la possession récente⁵⁴³ et, plus rarement, à l'aide de présomptions légales.

d'un crime commis par absence de connaissance, en raison d'une erreur ou de l'ignorance à l'égard des circonstances. »

⁵⁴¹ Voir les commentaires du juge Devlin dans l'arrêt *Roper c. Taylor's Central Garage Limited*, [1951] 2 T.L.R. 284, 288 et 289 (Engl. K.B.) : « There are, I think, three degrees of knowledge which it may be relevant to consider in cases of this kind. The first is actual knowledge, which the justices may find because they infer it from the nature of the act done, for no man can prove the state of another man's mind; and they may find it even if the defendant gives evidence to the contrary. They may say, "We do not believe him; we think that that was his state of mind". They may feel that the evidence falls short of that, and if they do they have then to consider what might be described as knowledge of the second degree; whether the defendant was, as it has been called, shutting his eyes to an obvious means of knowledge. Various expressions have been used to describe that state of mind. I do not think it necessary to look further, certainly not in cases of this type, than the phrase which Lord Hewart, C.J., used in a case under this section, *Evans v. Dell* (1937) 53. The Times L.R. 310, where he said (at p. 313): "... the respondent deliberately refrained from making inquiries the results of which he might not care to have". The third kind of knowledge is what is generally known in the law as constructive knowledge: it is what is encompassed by the words "ought to have known" in the phrase "knew or ought to have known". It does not mean actual knowledge at all; it means that the defendant had in effect the means of knowledge. When, therefore, the case of the prosecution is that the defendant fails to make what they think were reasonable inquiries it is, I think, incumbent on them to make it plain which of the two things they are saying. There is a vast distinction between a state of mind which consists of deliberately refraining from making inquiries, the result of which the person does not care to have, and a state of mind which is merely neglecting to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make. If that distinction is kept well in mind I think that justices will have less difficulty that this case appears to show they have had in determining what is the true position. The case of shutting the eyes is actual knowledge in the eyes of the law; the case of merely neglecting to make inquiries is not knowledge at all – it comes within the legal conception of constructive knowledge, a conception which, generally speaking, has no place in the criminal law ».

⁵⁴² *R. c. Creighton*, précité, note 180, 58.

⁵⁴³ *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59, 71.

L'aveuglement volontaire désigne l'état de celui qui a délibérément choisi de demeurer dans l'ignorance des faits alors qu'il pouvait et devait se renseigner⁵⁴⁴. « La personne a eu des soupçons, a réalisé la probabilité de l'existence d'un fait ou d'une circonstance, mais a préféré ne pas obtenir une confirmation pour pouvoir par la suite nier la connaissance. »⁵⁴⁵ D'après la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, « l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. »⁵⁴⁶ Malgré son utilisation contemporaine en droit pénal, l'aveuglement volontaire est un concept philosophique dont l'origine est antique. Aristote, par exemple, dans son livre *Éthique de Nicomaque*, reconnaissait déjà l'existence de l'aveuglement volontaire. En effet, d'après le Stagirite, on doit punir l'acte commis par ignorance lorsqu'il est évident que le coupable est « responsable de son ignorance »⁵⁴⁷. Cette position a été retenue et développée par la suite par saint Thomas d'Aquin dans la *Somme théologique*. Suivant ce dernier, l'aveuglement volontaire désigne l'ignorance qui découle directement de la volonté du sujet, comme c'est le cas « lorsque quelqu'un veut ignorer pour trouver une excuse à son péché, ou pour n'en pas être détourné, selon cette parole de Job : *Nous*

⁵⁴⁴ *The Zamora No. 2*, [1921] 1 A.C. 801, 812 (P.C.) (Lord Sumner) : « A man is said not to know because he does not want to know, where the substance of the thing is borne in upon his mind with a conviction that full details or precise proofs may be dangerous, because they may embarrass his denials or compromise his protests. In such a case he flatters himself that where ignorance is safe, 'tis folly to be wise, but there he is wrong, for he has been put upon notice and his further ignorance, even though actual or complete, is a mere affectation and disguise. »

⁵⁴⁵ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 388. Voir également G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 157-159 : « Knowledge, then, means either personal knowledge or imputed knowledge. In either event there is someone with actual knowledge. To the requirement of actual knowledge there is one strictly limited exception. Men readily regard their suspicions as unworthy of them when it is to their advantage to do so. To meet this, the rule is that if a party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further enquiries, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge. [...] The rule that wilful blindness is equivalent to knowledge is essential, and is found throughout the criminal law. It is, at the same time, an unstable rule, because judges are apt to forget its very limited scope. A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realised its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness. It requires in effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice. Any wider definition would make the doctrine of wilful blindness indistinguishable from the civil doctrine of negligence in not obtaining knowledge. »

⁵⁴⁶ *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, 584.

⁵⁴⁷ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 85.

ne voulons pas connaître tes voies »⁵⁴⁸. Ce type d'ignorance, conclut le Dominicain, ne peut diminuer la responsabilité de son auteur, car elle résulte de sa volonté.

La connaissance imputée réfère, pour sa part, à l'ignorance de celui qui peut et doit savoir. L'individu a les moyens et la capacité de connaître, mais néglige de se renseigner. D'après les professeurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon, « [l]a connaissance imputée ou présumée consiste à attribuer à un individu la connaissance d'un fait ou d'une circonstance lorsque, à la suite de la preuve présentée par la poursuite, on peut inférer qu'une personne raisonnable aurait eu connaissance de ce fait »⁵⁴⁹. À l'instar de l'ignorance volontaire, la connaissance imputée remonte à l'époque classique. Sur ce point, le Philosophe est catégorique : on punit l'auteur d'un acte répréhensible lorsque son ignorance découle de sa négligence, « attendu qu'il ne dépendait que de lui d'éviter cette ignorance et que rien ne l'empêchait d'y parer »⁵⁵⁰. Cette ignorance, ajoute saint Thomas d'Aquin, « a lieu dans le cas où quelqu'un ne prend pas garde actuellement à ce qu'il peut et doit considérer ; [...] ou bien lorsque quelqu'un ne se soucie pas d'acquérir la connaissance qu'il doit avoir : dans ce cas, l'ignorance des choses que chacun est tenu de connaître est dite volontaire comme provenant de la négligence »⁵⁵¹.

2. *La liberté*

S'il est vrai que la connaissance est la propriété qui nous permet d'orienter et de diriger intelligemment nos actions, encore faut-il qu'elle puisse accéder à la lumière du jour, quitter l'obscurité de la spéculation intellectuelle afin de s'exprimer librement dans la commission d'un acte matériel ou simplement dans la volonté résolue de s'abstenir. En quoi consiste la liberté, quelle est sa nature particulière ? Voilà la question. Malgré l'incertitude qui surplombe la valeur exacte de ce concept en philosophie, on s'entend généralement pour dire que la liberté est synonyme d'absence de contrainte et de violence. Formulée positivement, la liberté désigne la capacité

⁵⁴⁸ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 8, p. 41.

⁵⁴⁹ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 396.

⁵⁵⁰ ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, p. 85.

⁵⁵¹ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, quest. 6, art. 8, p. 41 et 42.

d'aménager, de structurer et de modeler son action au gré de sa volonté. C'est la capacité d'agir en conformité avec son inclination. En raison de sa nature particulière, la liberté occupe une place prédominante en droit criminel. Sans liberté, sans cette constellation de possibilités qui s'offrent aux individus au moment de la commission du crime, il est impossible de juger de la valeur morale d'une action socialement préjudiciable. En effet, la liberté est la clé qui ouvre l'accès au monde intérieur, le code qui fournit l'entrée aux régions les plus profondes de l'individu. En dévoilant les motivations les plus intimes de l'accusé, en exposant les secrets de son comportement, la liberté permet aux tribunaux de tirer de la nature de l'acte commis par l'accusé certaines conclusions quant à son intention au moment du crime.

B. L'intention

En droit pénal canadien, l'intention est une notion fondamentale. Si fondamentale, en fait, qu'il existe encore aujourd'hui une certaine confusion entre l'intention et la *mens rea* proprement dite. Cette confusion, cette méprise épistémologique démontre avec éclat la place prédominante qu'occupe l'intention dans la genèse de l'acte criminel. En effet, tout au long de la procédure pénale court le célèbre adage « the intent and the act must both concur to constitute the crime »⁵⁵². L'importance accordée à l'intention en droit criminel n'est pas un phénomène unique à la *common law*. En France, par exemple, la notion d'intention ou de dol général domine depuis très longtemps le paysage juridique. Ainsi, d'après un auteur célèbre du XVIII^e siècle, « [c]'est une maxime

⁵⁵² *R. c. Tolson*, précité, note 520, 171-173 : « It is, however, undoubtedly a principle of English criminal law, that ordinarily speaking a crime is not committed if the mind of the person doing the act in question be innocent. "It is a principle of natural justice and of our law", says Lord Kenyon, C.J., "that *actus non facit reum, nisi mens sit rea*. The intent and the act must both concur to constitute the crime": *Fowler v. Padget*, 7 T.R. 509, 514. The guilty intent is not necessarily that of intending the very act or thing done and prohibited by common or statute law, but it must at least be the intention to do something wrong. That intention may belong to one or other of two classes. It may be to do a thing wrong in itself and apart from positive law, or it may be to do a thing merely prohibited by statute or by common law, or both elements of intention may co-exist with respect to the same deed. There are many things prohibited by no statute – fornication or seduction, for instance – which nevertheless no one would hesitate to call wrong; and the intention to do an act wrong in this sense at the least must as a general rule exist before the act done can be considered a crime. Knowingly and intentionally to break a statute must, I think, from a judicial point of view, always be morally wrong in the absence of special circumstances applicable to the particular instance and excusing the breach of the law, as, for instance, if a municipal regulation be broken to save life or to put out a fire. But to make it morally right some such special matter or excuse must exist, inasmuch as the administration of justice and, indeed, the foundations of civil society rest upon the principle that obedience to the law, whether it be a law approved of or disapproved of by the individual, is the first duty of a citizen. »

constante que là où il n'y a pas de dol [intention], il n'y a point de crime ; et par conséquent, il ne peut y avoir de peine, mais seulement des dommages et intérêts contre l'auteur du délit »⁵⁵³. L'objet de cette rubrique est d'étudier les différentes formes que revêt l'intention en droit criminel, les étudier afin de montrer une fois pour toutes que l'intention possède une structure philosophique qui lui est propre.

1. *L'intention générale*

En droit, l'auteur d'un acte intentionnel est celui qui possède en lui le principe de son mouvement et la connaissance de sa fin⁵⁵⁴. Formulée positivement, cette exigence signifie simplement que les actes matériels à la source de la commission de l'infraction doivent être accompagnés d'un minimum de conscience et de connaissance. Contrairement à l'acte volontaire qui exige un degré relativement élevé de liberté au moment du crime, l'acte intentionnel supporte le poids de la contrainte morale et de la nécessité. Par conséquent, celui qui agit sous la menace d'un tiers ou sous la pression des circonstances agit de façon involontaire mais intentionnelle. C'est qu'il faut comprendre que, en dépit des conditions difficiles qu'engendrent ces situations, l'auteur possède le *désir* conscient d'exécuter l'acte matériel à l'origine du crime. Pour s'en convaincre, citons l'exemple de l'alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s'introduit par effraction dans un chalet qui ne lui appartient pas. Bien que l'individu ait l'intention de pénétrer dans le chalet, son acte n'est pas volontaire, car l'état de nécessité a détruit sa capacité en neutralisant sa liberté d'agir au moment du crime⁵⁵⁵. Comme l'indique la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, « le choix qu'il [l'accusé] a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable ; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain »⁵⁵⁶. Au même effet, mentionnons l'exemple de l'individu qui, en raison des menaces dont

⁵⁵³ JOUSSE, *op. cit.*, note 458, p. 605.

⁵⁵⁴ Cette définition offre l'avantage de regrouper sous un même concept toutes les formes reconnues d'intention en droit criminel, incluant l'insouciance quant à une conséquence certaine. G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 59 : « It has been shown that if the consequence is foreseen as morally certain it is taken to be intended. »

⁵⁵⁵ *Perka c. La Reine*, précité, note 372, 249.

⁵⁵⁶ *Id.* Voir, à la même page, les commentaires de George Fletcher : « La notion du caractère volontaire ajoute une dimension importante à la théorie des excuses. Cette conduite est involontaire – même dans le sens normatif – ce qui

sont victimes les membres de sa famille, est forcé d'introduire des stupéfiants dans un pénitencier⁵⁵⁷. En de telles circonstances, c'est intentionnellement que la personne agit ; la cause qui fait mouvoir ses organes réside en elle et l'accusé possède la connaissance de sa fin. De tels actes sont donc intentionnels mais, absolument parlant, ils sont involontaires en ce sens que la liberté est contrainte par les menaces d'un tiers. En somme, l'intention générale signifie que l'accusé sait ce qu'il fait et tend sa volonté vers l'accomplissement de l'acte en question.

Malgré son caractère élémentaire, l'intention générale possède une structure psychologique qui se distingue de l'élément moral de l'*actus reus* et, plus largement, de l'exigence quant au contrôle conscient de l'individu à l'égard de l'exécution matérielle du crime⁵⁵⁸. Cette situation apparaît clairement en matière d'ignorance et d'erreur de fait. C'est que l'individu qui agit dans l'ignorance des circonstances entourant son action le fait consciemment mais sans intention. Prenons l'exemple de la femme qui tire sur son mari revenu plus tôt alors qu'elle croyait qu'il s'agissait d'un intrus tentant de pénétrer dans sa maison. L'accusée soulève son arme, la pointe sur la victime et appuie sur la gâchette. Au plan psychologique, il s'agit manifestement d'un acte accompli consciemment puisque l'accusée possédait, au moment de l'accident, le *contrôle* de ses membres et de ses mouvements musculaires. Quant à l'aspect intentionnel, l'exigence minimale relative à la connaissance des circonstances dans lesquelles et en vertu desquelles l'action a eu lieu s'oppose directement au caractère intentionnel de l'acte en question. Dans ce cas, il y a l'*actus*

explique pourquoi on ne peut pas en toute équité la punir. En réalité, H.L.A. Hart fonde sa théorie des excuses sur le principe que l'imposition d'une peine devrait se limiter à ceux qui enfreignent volontairement la loi. Parmi les arguments qu'il invoque à l'appui de ce principe de justice, le plus explicite est celui qu'il est préférable de vivre dans une société qui nous offre le plus d'occasions de choisir d'être ou de ne pas être assujettis à une responsabilité criminelle. De plus, Hart laisse entendre que, du point de vue idéologique, il est souhaitable que le gouvernement considère les citoyens comme des personnes responsables et autonomes. Ce principe du respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui n'ont pas la possibilité raisonnable de choisir sont excusés de leurs infractions. [...] le comportement involontaire ne peut faire l'objet de dissuasion et, en conséquence, il est inutile et vain de punir les auteurs d'actes involontaires. Cette théorie [...] de la punition inutile revêt une importance considérable dans la pensée juridique anglo-américaine contemporaine. »

⁵⁵⁷ R. c. Langlois, précité, note 374.

⁵⁵⁸ R. c. Penno, [1990] 2 R.C.S. 865, 888 ; R. c. Thérault, [1993] 2 R.C.S. 5, 17 : « Il convient d'abord de distinguer entre l'élément moral ou les éléments moraux d'un crime et la *mens rea*. Le terme *mens rea*, interprété correctement, n'inclut pas tous les éléments moraux d'un crime. L'*actus reus* comporte son propre élément moral ; pour qu'il y ait *actus reus*, l'acte de l'accusé doit être volontaire. Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l'intention coupable, illégale, de l'accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente – qui ne comprend ni ne souhaite les conséquences de ses actes – soit déclarée coupable. »

reus – l’acte étant le résultat d’une volonté consciente –, mais pas de *mens rea* car l’accusé, pour reprendre les mots de la juge Wilson dans l’arrêt *Penno*, n’avait « nullement l’intention de faire feu sur son mari »⁵⁵⁹. Ainsi, contrairement à l’élément moral de l’*actus reus* qui peut être contrarié par un état d’automatisme, l’absence d’intention peut également découler de l’ignorance de l’accusé ou d’une erreur relativement à une circonstance importante du crime. En d’autres termes, le rayon d’action de l’élément intentionnel est plus large que celui de l’élément moral se rattachant à l’*actus reus*.

En résumé, on peut conclure que l’on agit de manière intentionnelle lorsque l’on possède le principe de ses mouvements et la connaissance de sa fin. Seront dénués d’intention, par conséquent, tous les actes accomplis sous l’effet de la contrainte physique ou sous l’empire de l’ignorance. En ce qui concerne par ailleurs l’élément moral de l’*actus reus*, il désigne l’acte psychophysiologique à l’origine de la contraction des membres du corps et, plus précisément, le contrôle conscient des mouvements musculaires⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ R. c. *Penno*, précité, note 558, 888.

⁵⁶⁰ J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 8, p. 88.

2. *L'intention spécifique*

En droit pénal, il existe une distinction importante entre l'intention générale et l'intention spécifique⁵⁶¹. Psychologiquement, cette distinction n'est pas purement artificielle⁵⁶². Elle s'appuie sur la complexité des processus mentaux impliqués dans la formation de l'intention spécifique. Alors que l'intention générale opère au niveau le plus fondamental de notre vie psychique, en dévoilant la possibilité d'agir par nous-mêmes et la connaissance entourant nos actions, l'intention spécifique s'exprime à un niveau supérieur, en élevant la volonté vers un but qui dépasse la simple commission de l'acte criminel. Dans ce cas, il ne suffit pas que l'agent désire l'acte qu'il se propose d'exécuter. Encore faut-il qu'il souhaite atteindre un but spécifique, un résultat pénalement incriminé. Vouloir frapper quelqu'un est une chose, vouloir le frapper dans le but de le tuer en est une autre. En se rapportant à un élément précis de l'infraction, l'intention spécifique vise une cible à la fois beaucoup plus éloignée et beaucoup plus représentative de la nocivité de l'offenseur ; elle permet une discrimination, une sélection stratégique parmi les individus qui désirent simplement commettre l'acte en cause et ceux qui, à l'inverse, visent la réalisation de certaines conséquences

⁵⁶¹ Voir *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871 : « In considering the question of *mens rea*, a distinction is to be made between (i) intention as applied to acts considered in relation to their purposes and (ii) intention as applied to acts considered apart from their purposes. A general intent attending the commission of an act is, in some cases, the only intent required to constitute the crime while, in others, there must be, in addition to that general intent, a specific intent attending the purpose for the commission of the act. » Voir également les commentaires du juge Ritchie à la page 890 de la décision : « In considering the question of *mens rea*, a distinction is to be drawn between "intention" as applied to acts done to achieve an immediate end on the one hand and acts done with the specific and ulterior motive and intention of furthering or achieving an illegal object on the other hand. Illegal acts of the former kind are done "intentionally" in the sense that they are not done by accident or through honest mistake, but acts of the latter kind are the product of preconception and are deliberate steps towards an illegal goal. The former acts may be purely physical products of momentary passion, whereas the latter involve the mental process of formulating a specific intent [...] The offence of robbery, as defined by the *Criminal Code*, requires the presence of the kind of intent and purpose specified in ss. 269 and 288, but the use of the word "intentionally" in defining "common assault" in s. 230 (a) of the *Criminal Code* is exclusively referable to the physical act of applying force to the person of another. »

⁵⁶² Voir l'excellente analyse du juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, 863 et 864 : « Cette distinction n'est ni artificielle ni ne repose sur une fiction juridique. Il y a un monde entre l'homme qui dans un accès de frustration ou de colère porte un coup à quelqu'un dans un débit de boissons sans avoir d'autre dessein ou intention que de frapper et l'homme qui assène le même coup avec l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles. Cette différence se dégage le plus nettement d'un examen du rapport entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. Quiconque tue quelqu'un avec l'intention de le tuer ou de lui infliger des lésions corporelles se rend coupable de meurtre, tandis qu'une personne qui commet l'acte identique sans cette intention se voit déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. La preuve de l'intention spécifique, c'est-à-dire celle de tuer ou de causer des lésions corporelles, est nécessaire pour établir le meurtre parce que le crime de meurtre est incomplet sans cet élément. Aucune intention de ce genre n'est toutefois requise pour l'infraction d'homicide involontaire coupable parce qu'elle ne fait pas partie de l'infraction, l'homicide involontaire coupable étant simplement un homicide illégal qui ne comporte pas l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre. »

ultérieures. Au-delà de son utilité juridique, l'intention spécifique possède une fonction concrète dont la présence vise à assurer la perfection de l'infraction pénale. Dans l'arrêt *Bernard*, la juge McLachlin confirme la distinction entre les deux types d'intention :

L'infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. L'intention minimale d'avoir recours à la force qui doit exister dans le cas de l'infraction de voies de fait en est un exemple. Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question. Frapper une personne ou lui administrer du poison dans l'intention de la tuer voilà des exemples de telles infractions.⁵⁶³

La distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique étant admise, il nous reste maintenant à déterminer son incidence au plan juridique. À cet égard, la jurisprudence est unanime : la dichotomie traditionnelle entre l'intention générale et l'intention spécifique trouve son application en matière d'ivresse et, plus précisément, dans l'interdiction de soulever, en matière d'infraction d'intention générale, l'intoxication volontaire de l'accusé. Comme l'indiquent les auteurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon:

Une personne en état d'intoxication volontaire a un esprit coupable suffisant pour commettre une infraction d'intention générale et est tout aussi coupable qu'une personne sobre qui envisage de façon consciente l'acte illégal. Si l'infraction requiert une intention spécifique, l'état d'esprit coupable requiert la preuve supplémentaire d'un dessein. Ce dessein ultérieur doit être voulu expressément par l'accusé et la preuve d'une simple insouciance ne peut donc suffire dans ce cas. Cela explique pourquoi l'intoxication volontaire peut constituer un moyen de défense car elle est susceptible de susciter un doute raisonnable quant à l'existence de cette intention spécifique.⁵⁶⁴

S'il faut reconnaître le bien-fondé de la distinction traditionnelle entre l'intention générale et l'intention spécifique, il est permis de s'interroger sur l'exclusion absolue de la défense d'intoxication en matière d'infractions d'intention générale. C'est que, malgré la distinction entre les deux formes d'intention, l'esprit humain n'est pas une entité hermétique dont les facultés seraient séparées en cloisons étanches, mais une structure dynamique à l'intérieur de laquelle

⁵⁶³ *Id.*

⁵⁶⁴ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 425 et 426.

s'enchevêtrent les principaux éléments qui composent notre univers psychique. Si l'intoxication exerce de façon naturelle une emprise plus importante sur l'intention spécifique, en raison du caractère plus sophistiqué de ce type d'intention, elle possède également une emprise sur l'intention générale. Consciente de cette situation, la Cour suprême du Canada, dans un jugement controversé qui fut par la suite écarté en partie par une loi fédérale, est venue tempérer le caractère absolu de l'exclusion de l'intoxication en matière d'infractions d'intention générale dans les cas d'ivresse extrême⁵⁶⁵.

C. L'insouciance

En droit pénal, l'insouciance désigne le comportement de celui qui est conscient d'un risque et qui, malgré cette connaissance, agit ou s'abstient d'agir tout en acceptant ou en étant indifférent quant à la matérialisation du péril⁵⁶⁶. L'insouciance se distingue de l'ignorance volontaire en ce qu'elle résulte de la connaissance du risque et de la volonté de persister, alors que l'ignorance volontaire exige simplement le refus de se renseigner malgré la présence de soupçons réels quant à l'existence d'un élément de l'infraction. Cette distinction psychologique, ce décalage cognitif entraîne un véritable déplacement de la faute morale et une modification de l'état d'esprit de l'accusé au moment de la réalisation de l'acte dommageable. Dans le cas de l'ignorance volontaire, la faute réside dans le refus de se renseigner, dans la volonté de fermer les yeux devant

⁵⁶⁵ R. c. *Daviault*, précité, note 105, 92 : « Le fait de nier qu'un élément moral même très minime est requis pour l'infraction d'agression sexuelle enfreint la *Charte* d'une manière tellement draconienne et tellement contraire aux principes de justice fondamentale qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. » Voir aussi aux pages 99 et 100 : « Étant donné la nature minimale de l'élément moral requis pour les crimes d'intention générale, même les personnes dont l'état d'ébriété est avancé peuvent habituellement former la *mens rea* requise et être jugées avoir agi volontairement. En réalité, il n'y a que les personnes capables de démontrer qu'elles étaient intoxiquées à un point tel qu'elles se trouvaient dans un état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale qui pourraient soulever un doute raisonnable quant à leur capacité de former l'élément moral minimal requis pour une infraction d'intention générale. »

⁵⁶⁶ *Leary c. La Reine*, précité, note 220, 34. Voir également *Sansregret c. La Reine*, précité, note 546, 582. R. c. *Buzzanga and Durocher*, précité, note 526, 369 : « The term "recklessly" is here used to denote the subjective state of mind of a person who foresees that his conduct may cause the prohibited result but, nevertheless, takes a deliberate and unjustifiable risk of bringing it about. » (références prises dans G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 437). Voir enfin *Model Penal Code*, s. 2.02 (2) (c) : « A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves culpability of high degree. »

la présence d'indices laissant présager l'existence d'un danger, de circonstances prohibées. L'insouciance, pour sa part, exige davantage que le simple refus d'envisager un risque. Elle suppose la preuve de l'indifférence de l'accusé quant à la réalisation d'un risque antérieurement envisagé. Dans ce dernier cas, la faute morale quitte les régions de la simple probabilité pour se loger dans l'univers plus réel et plus subjectif de la connaissance du risque et de son acceptation pure et simple par l'accusé⁵⁶⁷.

L'état d'insouciance s'applique généralement dans les cas d'infractions exigeant implicitement ou explicitement la preuve de certaines conséquences ou la réalisation d'un résultat spécifique. L'exemple du meurtre prévu à l'article 229a)(ii) du *Code criminel* illustre bien cette situation. En vertu de cette disposition, l'homicide coupable est un meurtre lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain a l'intention de lui causer des lésions corporelles tellement graves qu'il savait qu'elles allaient *probablement* causer la mort de la victime et qu'il était indifférent quant à ce résultat. D'après le juge Dickson, dans *R. c. Cooper*, « la personne qui cause des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort doit, dans ces circonstances, ignorer délibérément les conséquences fatales qu'elle sait de nature à se produire. C'est-à-dire qu'elle doit nécessairement se soucier peu que la mort s'ensuive ou non. »⁵⁶⁸

Bien que plusieurs infractions exigent expressément l'établissement d'un élément d'insouciance quant à un aspect important de l'*actus reus*, certaines infractions d'intention générale réclament également, de manière implicite, la preuve d'un état d'insouciance. Telle est notamment la situation de l'agression sexuelle dont l'un des principaux éléments porte sur le consentement de la victime face aux activités sexuelles. Dans ce cas, la jurisprudence indique qu'il suffit de prouver que l'accusé connaissait l'absence de consentement de la victime ou qu'il était indifférent à son égard⁵⁶⁹. Discutant du bien-fondé des directives émises par le juge du procès, la

⁵⁶⁷ *Labarre c. La Reine*, [1978] C.A. 481 : « Sur l'ensemble des faits, je conclus donc que la preuve suscite un doute fort sérieux sur la connaissance exacte qu'avait l'appelant de son état de santé et des conséquences que cela pouvait entraîner dans la conduite de son automobile. Même si l'appelant avait été traité pour le diabète deux ans avant l'accident, je ne pourrais conclure, sans au moins un doute raisonnable, qu'il se savait exposé à des épisodes comateux et à une élimination extrêmement lente de l'alcool consommé. »

⁵⁶⁸ *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, 154 et 155.

⁵⁶⁹ *R. c. Ryan*, (1993) 80 C.C.C. (3 d.) 514 (C.A. C.-B.).

Cour d'appel de la Colombie-Britannique, sous la plume du juge Prowse, affirme dans *R. c. Ryan* : « While I agree with the appellant that the test is one of recklessness as to whether the complainant was consenting to the sexual activity in question, I am satisfied that the learned trial judge properly directed himself with respect to that test [...]. There the learned trial judge refers to the case of *Leary v. The Queen* and makes the following comments: The entire court in that case was in agreement that *mens rea* was sufficiently established if the accused was reckless as to whether there was consent or not. »⁵⁷⁰

D. L'analyse de l'élément d'insouciance dans le contexte de la négligence criminelle

Aux termes de l'article 219 du *Code criminel* :

(1) Est coupable de négligence criminelle quiconque :

a) soit en faisant quelque chose ;

b) soit en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

Malgré le caractère ancien de la négligence criminelle, il existe, encore aujourd'hui, une certaine confusion quant à la valeur exacte de ce concept. Cette incertitude découle en grande partie de l'absence de consensus sur la manière d'apprécier et d'évaluer le comportement en cause. Doit-on appliquer un critère subjectif ou objectif ? La question demeure entière, la Cour suprême, dans une célèbre trilogie, n'ayant pas réussi à y répondre⁵⁷¹. Quelle est la norme de faute applicable

⁵⁷⁰ *Id.*, 528.

⁵⁷¹ *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265 ; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 ; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436. Voir aussi l'excellente analyse d'A.-M. BOISVERT, « La négligence criminelle, la négligence pénale et l'imprudence en matière réglementaire : quelles différences ? », (2000) 5 *Revue canadienne de droit pénal* 247, 248 : « Tout le monde le sait, la Cour suprême du Canada, dans une célèbre trilogie, s'est également divisée sur la norme de faute applicable à la négligence criminelle telle que définie à l'article 219 du Code criminel. Pour les subjectivistes, Madame la juge Wilson en tête, la norme de faute applicable à la négligence criminelle devrait s'apprécier subjectivement. Selon elle, la négligence criminelle vise à réprimer la négligence consciente. En d'autres termes, la conscience du danger chez l'accusé, ou son aveuglement volontaire à cet égard, constituent un élément de l'infraction. La négligence criminelle exigerait donc une norme de faute plus élevée que la négligence grave, entendue dans le sens objectif du terme.

en matière de négligence criminelle ? S'agit-il d'un critère *subjectif* reposant sur un degré minimum de conscience du danger ou d'un critère *objectif* exigeant la preuve d'une dérogation marquée et importante par rapport à la conduite d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances ? Et si la réponse se trouvait à mi-chemin entre les deux, dans une optique qui excède les limites traditionnelles de l'analyse juridique. Qu'arriverait-il si la véritable nature de la négligence criminelle n'obéissait pas à un système purement dualiste dominé par l'orthodoxie subjectiviste et objectiviste, mais à un principe de gradation continue à l'intérieur duquel se superposeraient harmonieusement les différents degrés de négligence ? Entre les deux approches traditionnelles qui déchirent les tribunaux depuis des années, peut-être y a-t-il place pour une forme intermédiaire de négligence fondée sur le rôle qu'occupe la faute morale dans la genèse de l'acte criminel ? C'est ce que nous allons tenter de voir dans cette rubrique. À l'étude de la capacité en matière de négligence criminelle (*capacité*), succédera un examen de la *mens rea* applicable en semblable matière (*culpabilité*).

1. *La capacité*

Il est d'une sage méthode, au moment d'entreprendre l'étude d'une question aussi complexe que la négligence criminelle, de commencer par établir les structures et les fondements sur lesquels repose ce concept. À l'image de toute infraction pénale, la négligence criminelle suppose de la part du sujet un minimum de capacité et, plus spécifiquement, un minimum

Toutefois, en l'absence d'explication de la part de l'accusé ou émanant de la preuve, cette conscience du danger, ou l'aveuglement volontaire, peut s'inférer de la preuve même de la conduite de l'accusé, cette conduite devant vraisemblablement traduire un écart marqué à la norme de conduite de la personne raisonnable. Il faut souligner que cette *mens rea* subjectivement appréciée n'est pas toujours facile à saisir et semble devoir être distinguée de la notion d'insouciance. Il n'est pas nécessaire d'établir que l'accusé a délibérément accepté le risque posé par son comportement. Il suffit qu'il ait été conscient du risque créé par sa conduite ou se soit délibérément fermé les yeux à cet égard. Madame Wilson parle à plusieurs reprises de *mens rea* minimale. Dans ce contexte, il semble que l'erreur de fait doive être raisonnable pour disculper. L'autre moitié de la Cour suprême a opté pour une appréciation objective de la négligence criminelle. Selon le juge McIntyre, la négligence criminelle ne punit pas un état d'esprit mais les conséquences d'une action irréfléchie. Le critère vise le caractère raisonnable de la conduite en cause, et la preuve d'une conduite qui révèle une dérogation marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances, justifiera un verdict de négligence criminelle. Selon le juge McIntyre, le critère est purement objectif, mais ne doit pas s'apprécier dans le vide : "L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 du Code ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d'autres événements et actions, et quand il s'agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l'espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l'époque et par rapport à la perception de l'accusé des faits en question." »

d'intelligence, de connaissance et de liberté afin de se qualifier au regard de la justice pénale⁵⁷². Comme il ne peut y avoir de responsabilité morale sans capacité de choix, il importe de fixer d'entrée de jeu le seuil de capacité en deçà duquel l'individu accusé de négligence criminelle ne pourra être sanctionné.

L'intelligence : Aux termes de l'article 16 du *Code criminel*, la responsabilité d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était sous l'empire de troubles mentaux qui la rendaient *incapable*, au moment de la commission de l'acte dommageable, de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. Selon le libellé de cette disposition, l'individu qui ne sait pas ce qu'il fait ou qui n'est pas en mesure de réfléchir avec un minimum de bon sens et de raison sur le caractère moral de son acte est exclu complètement de la sphère pénale. Peu importe la nature de l'infraction, qu'elle soit placée sous le signe de l'intention, de l'insouciance ou de la négligence, la folie détruira la responsabilité pénale de son auteur.

Si la situation juridique de l'aliéné pose relativement peu de problèmes aux tribunaux, il en va autrement de celle de l'individu qui, tout en étant capable de juger de la nature et de la qualité de l'acte et d'en connaître la valeur morale, demeure incapable, en raison d'un retard mental ou d'un autre trouble de nature psychique ou comportementale, d'apprécier les risques liés à sa conduite. Cette question fut abordée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Ubhi*⁵⁷³. Se prononçant sur la possibilité de produire de nouveaux éléments de preuve tendant à démontrer l'immaturation intellectuelle de l'accusé au moment de l'accident, le tribunal y reconnaît l'incidence du retard mental de l'accusé sur sa capacité à apprécier les risques découlant de l'activité en cause :

⁵⁷² A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 23 et 24. Avant d'être une action coupable, l'infraction doit être une action imputable : « Considérée de la sorte, l'infraction, liée ainsi à l'homme, seul auteur d'une manifestation de volonté relevant du droit, offre non plus la forme variable, qu'elle peut avoir, mais sa substance, humaine, unique et indivisible. Au-delà de la description qu'on peut donner de l'infraction, indépendamment de la valeur sociale dont elle assure la protection, tout ce qu'il y a de moral, de spirituel en elle, toute sa substance éthique, découle, en effet, de son imputabilité humaine. »

⁵⁷³ *R. c. Ubhi*, (1994) 27 C.R. (4^e) 332 (C.A. C.-B.).

The jury might have concluded that the appellant, functioning at the level of a six- or seven-year-old child, lacked the capacity to understand the necessity of consistently ensuring that the brakes of a complicated trucking system should be maintained in proper working order. The opinions expressed by the clinical psychologist in regard to the consequences of the mental deficits from which the appellant suffers do touch on the very issue in contention, that is, whether those deficits rendered the appellant incapable of being aware of or appreciating the risk of harm to others he was creating without adjusting the brakes.⁵⁷⁴

Un élément nouveau, étranger à l'analyse traditionnelle, apparaît ici : l'incapacité d'apprécier les risques liés à sa conduite. L'introduction de cet élément dans le paysage juridique canadien entraîne une véritable extension de la notion de capacité pénale en droit criminel. Désormais, pour se qualifier aux fins de la sanction en matière de négligence criminelle (et pénale), il ne suffit pas d'être capable intellectuellement de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de savoir que l'acte est mauvais d'un point de vue moral. Il faut également que l'individu soit mentalement capable d'apprécier les dangers qui découlent de son comportement ou de l'activité à laquelle il s'adonne. En reconnaissant l'effet exonératoire de certaines affections psychiques dont le degré de sévérité ne rencontre pas celui de l'article 16, les tribunaux proposent un élargissement considérable des limites traditionnelles de la capacité en matière de négligence criminelle. Résultat : le support éthique et spirituel de l'infraction «commence à se doubler d'une relation d'objets dans laquelle se trouvent pris non seulement»⁵⁷⁵ les critères communs à chaque infraction, mais aussi ceux qui se rapportent uniquement à la négligence. Par un étrange paradoxe, la capacité d'apprécier les risques liés à une conduite particulière vient se superposer à la capacité traditionnelle pour créer un vaste complexe éthico-juridique dont le faisceau occupe à lui seul tout le champ de la capacité criminelle. Désormais, le seuil de la capacité en matière d'infractions de négligence criminelle et pénale s'élève afin d'englober les troubles mentaux qui, en raison de leur faible degré de morbidité, ne sont pas reconnus aux termes de l'article 16 du *Code criminel*. On peut donc conclure que l'individu qui souffre d'automatisme, d'aliénation mentale, de déficience intellectuelle ou de troubles de perception dont l'intensité entraîne de façon ponctuelle une

⁵⁷⁴ *Id.*, 342.

⁵⁷⁵ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 121.

incapacité d'apprécier le risque relié à sa conduite ne peut être sanctionné pour négligence criminelle⁵⁷⁶.

La connaissance : En détruisant la connaissance des circonstances dans lesquelles et en vertu desquelles l'action a lieu, l'ignorance et l'erreur de fait annihilent la capacité de l'individu d'orienter et de diriger efficacement sa conduite. Par exemple, « un soudeur qui cause une explosion en allumant son chalumeau peut se voir excuser si, d'après les renseignements qu'il a demandés et auxquels il pouvait raisonnablement ajouter foi, il n'y avait pas de gaz explosif à l'endroit en question »⁵⁷⁷. Bien que la juge McLachlin semble tenir compte de cette erreur uniquement dans l'évaluation de ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances⁵⁷⁸, nous croyons, en conformité avec les principes séculaires de la responsabilité

⁵⁷⁶ Pour une description clinique des troubles pouvant entraîner chez l'accusé une incapacité aux termes de la responsabilité objective, voir notamment H. PARENT, *Évolution de l'élément de faute en droit pénal canadien et incidence sur la défense d'intoxication volontaire et sur l'exemption de responsabilité relativement à la présence de troubles mentaux*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 1995, p. 116 et suiv. (ouvrage complété avant la décision *R. c. Ubhi*). Dans ce mémoire, nous procédons à un examen des troubles mentaux dont les symptômes ne sont pas assez graves pour entraîner une incapacité en vertu de l'article 16, mais dont l'intensité cause néanmoins une diminution considérable de la capacité de l'individu de connaître les risques reliés à sa conduite : « (1) *La démence* : Aux termes de la *Classification internationale des troubles mentaux*, la démence "est un syndrome dû à une affection cérébrale, habituellement chronique et progressive, caractérisée par une perturbation de nombreuses fonctions corticales supérieures telles la mémoire, l'idéation, l'orientation, la compréhension, [...] le langage et le jugement". En ce qui nous concerne et pour les fins de notre propos, nous désirons souligner à nouveau notre conviction à l'effet que la démence peut éventuellement empêcher l'accusé de saisir et de comprendre les implications et les risques qui procèdent de certaines activités spécifiques. Exprimée d'un point de vue pratique, la condition du malade a pour effet de nuire considérablement à sa capacité d'attention et incidemment à la possibilité qu'il réalise avec un minimum de diligence un ensemble d'activités. Quant aux origines de la démence, elle survient généralement dans le cadre de la maladie d'Alzheimer ou suite à certains traumatismes vasculaires cérébraux. Ce qui accentue encore plus la pertinence de la démence en droit criminel, c'est le fait que ces affections ne sont pas, contrairement à la croyance populaire, spécifiques aux personnes âgées. Mis à part la première enfance, ce trouble semble toucher les différentes catégories d'âge. (2) *Le retard mental léger* : Bien que le retard mental léger puisse avoir en droit criminel un effet sur l'existence d'une intention spécifique et sur le caractère délibéré d'un meurtre, il demeure que cet état présente normalement plus ou moins d'importance quant à la culpabilité même de l'accusé. Ainsi, lorsqu'un sujet commet un délit, il demeure, malgré son état de déficience mentale, responsable de la plupart de ses actes et cela au même titre que les individus d'intelligence normale. Cette situation s'explique parfaitement si l'on tient compte du fait qu'il existe en réalité peu de différences entre ces deux catégories de personnes. Au plan de la description clinique, on remarque toutefois que le développement des sujets présentant un retard mental léger se fait de manière générale beaucoup plus lentement. En effet, bien que la grande majorité de ces individus atteignent un stade d'autonomie très respectable, ils éprouvent néanmoins une certaine carence au plan des fonctions cognitives et des facultés qui déterminent le niveau global d'intelligence. L'une des principales conséquences de ces troubles est de faire en sorte qu'un individu peut être capable d'exécuter un nombre assez élevé d'activités, mais être au même moment incapable d'apprécier ou de percevoir l'ensemble des risques que cela comporte. »

⁵⁷⁷ *R. c. Creighton*, précité, note 180, 71.

⁵⁷⁸ *Id.*

morale développés par Aristote et saint Thomas d'Aquin, que l'erreur de fait agit à un niveau encore plus fondamental en détruisant la capacité de l'individu d'orienter sa conduite. Cette interprétation, fidèle à l'analyse classique de la responsabilité pénale, s'étend également aux accidents causés par l'ignorance. Sera par conséquent relaxé l'individu qui, en raison de certaines lacunes d'instruction, manipule une bouteille portant la mention « nitroglycérine »⁵⁷⁹. Dans cette situation, l'individu agit involontairement ; la cause qui fait bouger ses membres réside en lui, mais il ne possède pas la connaissance nécessaire pour diriger son action. En somme, l'accusé n'est pas capable d'orienter efficacement son action ni d'apprécier les risques liés à sa conduite. Dans ces conditions, il importe peu que l'on classe l'ignorance sous la rubrique de la capacité générale de diriger son action comme nous nous proposons de le faire, ou sous la rubrique de la capacité d'apprécier les risques inhérents à sa conduite comme le fait la juge McLachlin⁵⁸⁰, dans la mesure où l'accusé demeure moralement innocent à l'égard de l'acte dommageable. Nous croyons néanmoins qu'il est préférable, pour des fins de logique interne, de subsumer l'ignorance sous la rubrique de la capacité traditionnelle. En effet, l'individu n'est peut-être pas en mesure de savoir, compte tenu de son manque d'instruction, qu'il est en train de créer une situation périlleuse, mais il reste qu'il possède la capacité de savoir qu'il est dangereux de manipuler une bouteille de nitroglycérine.

La liberté : À l'exigence fondée sur la présence d'un minimum d'intelligence et de connaissance au moment de la commission de l'acte dommageable, il faut ajouter, comme troisième critère visant à déterminer la capacité de l'individu au moment du crime, la prise en compte de sa liberté et de son pouvoir de *choisir* librement sa conduite⁵⁸¹. Ce principe, reconnu depuis des siècles, est à la base même de la responsabilité morale et de l'intervention de la justice pénale. En effet, il ne peut y avoir de faute sans liberté de choix, affirment les philosophes. Peu importe la nature de

⁵⁷⁹ *Id.*, 69.

⁵⁸⁰ *Id.* : « Il se peut que dans certains cas des lacunes dans l'instruction, comme l'analphabétisme chez une personne qui manipule une bouteille portant la mention "nitroglycérine" dans l'exemple du juge en chef, puissent mettre une personne dans l'impossibilité d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. »

⁵⁸¹ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 138 : « Le défaut d'infraction et l'effacement consécutif du Droit pénal seront identiquement constatés lorsque cette rupture n'aura pas été voulue par l'agent qui n'était pas libre de vouloir l'action qu'il a accomplie : la volonté ou la liberté d'agir est, en effet, aux côtés de l'intelligence, la deuxième composante de l'imputabilité. [...] Si une personne dotée de l'intelligence nécessaire à la compréhension peut commettre une infraction, encore faut-il que cet acte soit la traduction d'une volonté libre et réfléchie. »

l'infraction, qu'il s'agisse d'un crime nécessitant la preuve d'une intention spécifique, d'un état d'insouciance ou d'une certaine forme de négligence, la liberté ne peut être réprimée sans entraîner la disparition de la responsabilité. À titre d'illustration, citons l'individu qui, sans avoir reçu la formation voulue, pratiquerait, en raison d'un état d'urgence dû à un accident de la route, une intervention délicate sur une personne gravement blessée⁵⁸². Au même effet, mentionnons le cas d'une personne qui, en raison des menaces que lui adresse son conjoint, cesse d'administrer à son enfant diabétique les médicaments nécessaires pour contrôler sa glycémie. En de telles circonstances, la personne agirait involontairement. C'est que malgré sa connaissance des faits et sa capacité d'apprécier les risques liés à sa conduite, elle serait contrainte, par le jeu des circonstances ou par la menace d'un tiers, à accomplir les actes à l'origine de la mort de la victime ou à lui infliger de graves lésions corporelles.

2. *L'analyse de la mens rea applicable en matière de négligence criminelle*

Après avoir fixé les limites de la capacité, il nous faut maintenant étudier la *mens rea* applicable en matière de négligence criminelle, chercher à voir en quoi elle se distingue des autres formes de culpabilité. Pour bien fouiller la question, nous avons opté pour un plan d'analyse en deux parties. Alors que la première partie sera consacrée à l'établissement de la *mens rea* applicable en matière de négligence criminelle, la seconde sera destinée au type de preuve utilisé afin d'établir l'existence de l'état d'esprit coupable de l'accusé au moment de la perpétration du crime. Évidemment, la *mens rea* de la négligence criminelle doit se traduire par un élément de faute intimement lié à l'infraction elle-même, qui dépasse la notion de capacité que nous avons préalablement définie.

La norme de faute applicable en matière de négligence criminelle : En vertu de l'article 219 du *Code criminel*, « [e]st coupable de négligence criminelle quiconque : soit en faisant quelque chose ; soit en omettant de faire quelque chose qu'il est en son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui ». En inscrivant directement la notion d'insouciance dans le texte de l'infraction, en référant à une expression qui

⁵⁸² R. c. *Creighton*, précité, note 180, 73.

possède déjà une signification consacrée en droit criminel, le législateur « manifeste son existence, son autorité et sa volonté »⁵⁸³. En somme, il « imprime à la norme les caractères – substance et puissance –, la signification pour tout dire, qu’il veut lui voir reconnaître »⁵⁸⁴. C’est dans cet esprit qu’il faut envisager l’utilisation du mot « insouciance » à l’article 219 du *Code criminel*, dans une optique qui vise à contrôler au maximum sa lecture, son décodage au moyen de l’emploi d’un concept dont l’usage « induit un certain nombre de conséquences juridiques »⁵⁸⁵. En exigeant la présence d’un état d’*insouciance* par rapport à la vie ou à la sécurité d’autrui, le législateur écarte donc la négligence inconsciente (*inadvertent negligence*) au profit d’un certain niveau d’indifférence ou d’aveuglement volontaire de l’accusé face au risque créé par sa conduite (*advertent negligence*)⁵⁸⁶. En d’autres termes, la perfection de l’infraction de négligence criminelle ne sera pas assurée sans la preuve de la connaissance ou de l’aveuglement volontaire de l’accusé à l’égard des risques inhérents à sa conduite ou à son omission.

La preuve de l’insouciance : Tout en ayant le mérite d’attirer l’attention des tribunaux sur l’indifférence de l’accusé au moment du crime, l’utilisation d’un critère subjectif en matière de négligence criminelle entraîne certaines difficultés. C’est que, sauf dans les cas d’admissions explicites de l’accusé, il est virtuellement impossible de sonder les motivations réelles qui

⁵⁸³ Gérald TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 77.

⁵⁸⁴ *Id.*, p. 78.

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 80 et 81 : « Dans la reproduction, il s’agit pour l’encodeur de se référer à un code – au sens linguistique – déjà existant et d’y choisir ceux des concepts dont la signification est acquise et ne donne lieu à aucune ambiguïté – ou au moins d’ambiguïtés possibles. L’encodeur coule donc le texte qu’il a à rédiger dans les moules de concepts déjà existants et dont l’usage qui en est fait induit un certain nombre de conséquences juridiques précisément voulues par l’encodeur. La reproduction consiste ainsi pour le rédacteur du texte à utiliser des mots ou des expressions qui ont déjà une signification consacrée. [...] La vérité est que malgré toutes les précautions prises dans la rédaction d’un texte, les mots qu’il utilise sont toujours susceptibles d’un détournement ou d’un glissement de sens. »

⁵⁸⁶ Voir l’excellente analyse de G. CÔTÉ-HARPER, P. RIANVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 457 et 458 : « Les articles 219, 220 et 221 du *Code criminel* prévoient une infraction distincte de négligence criminelle. La sanction de ce crime varie selon les conséquences résultant de cette négligence criminelle. L’utilisation des termes "acte qui montre une insouciance déréglée ou téméraire" définit tout d’abord la conduite. Cette infraction n’exige pas une intention de réaliser les conséquences qui y sont prévues. Ce n’est pas non plus un crime de négligence, puisque l’activité à la base de cette infraction n’est pas un comportement qui est intrinsèquement dangereux, donc réglementé. C’est plutôt un acte qui est rendu dangereux par le comportement de l’accusé. L’ensemble de la disposition ainsi que les principes généraux nous amènent à croire que la *mens rea* appropriée pour cette infraction est l’insouciance. Comme nous l’avons vu précédemment dans le cadre de la *mens rea* d’insouciance, cet élément mental commande traditionnellement un élément subjectif de faute de la part de l’accusé. De plus, l’utilisation du terme "insouciance" par le législateur dans la version française ajoute du poids à cet argument, bien qu’elle ait pour but de qualifier la conduite qui constitue l’*actus reus* de cette infraction. »

l'animent au moment de la réalisation du fait dommageable⁵⁸⁷. Que s'est-il passé dans l'esprit de l'accusé au moment du crime ? Voilà la question. Nous croyons qu'il faut avoir recours à un critère objectif pour y répondre. Mais pas n'importe quel critère objectif. En effet, il n'y a pas lieu de s'interroger sur ce qui aurait dû se passer dans la tête de l'accusé, mais sur ce qui s'est réellement passé. Il ne s'agit pas de déterminer si l'accusé aurait dû être conscient du risque qui découle de sa conduite, mais s'il a bel et bien perçu ce risque. C'est là la seule question qui est de nature à distinguer réellement la négligence criminelle de la négligence pénale⁵⁸⁸. Pour déterminer si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque découlant de sa conduite, le juge des faits doit tenir compte non seulement des circonstances entourant le crime, mais aussi et surtout des caractéristiques personnelles de l'individu pouvant colorer l'appréciation subjective des risques en cause. Il n'est pas question ici de s'arrêter uniquement aux faiblesses humaines qui auraient pu diminuer la capacité de l'accusé de connaître les risques inhérents à son activité, mais de tenir compte des caractéristiques qui permettent à l'accusé d'identifier, de reconnaître certains dangers là où d'autres personnes n'auraient pas saisi l'ampleur du péril.

Si la preuve établit effectivement que la personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances que l'accusé et possédant les mêmes caractéristiques personnelles, aurait été consciente du risque engendré par sa conduite, il importe alors à l'accusé de soulever un doute en démontrant pourquoi il n'a pas perçu le danger. Avec sa finesse habituelle, Glanville Williams formule les commentaires suivants :

⁵⁸⁷ G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 55 : « The need for a formula arises from the difficulty of proving recklessness. If the issue is whether the defendant was reckless as to a given consequence, the question is whether he foresaw the possibility of that consequence; but he will probably deny that he foresaw it, and it is impossible to look directly into his mind to know whether he is speaking the truth. Usually the question will have to be solved by examining the defendant's conduct and his opportunities of knowledge. Yet conduct is by no means so certain a guide to the issue of recklessness as it is to that of intention. When a man bends himself to secure a result, he will often leave evidence of telltale pieces of behaviour which are inexplicable except on the assumption that he intended the result. But recklessness may be a mere passing realisation, instantly dismissed, which leaves no mark upon conduct. Also, a man is capable of self-deception: he may decide that an unpleasant result is not likely because he does not want it to be likely. »

⁵⁸⁸ Pour un exposé intéressant sur la question, voir E. COLVIN, *op. cit.*, note 8, p. 133 : « If the courts were to extend the concept of recklessness to cover awareness of an objectively defined risk, fault would still be determined by an inquiry into the accused's own state of mind. He would merely deny the right to reject social definitions which are known to him. A test which would find recklessness in these circumstances is still a subjective test. »

There is no objection to instructing the jury to consider whether the defendant *must* have foreseen the consequence, but it is fatally easy to confuse this with the question whether the defendant *ought* as a reasonable man to have foreseen it. The latter question presupposes an objective test of the reasonable man, and the accused person's actual foresight is immaterial. The former question is directed exclusively to the accused's actual foresight, and the test of what a reasonable man would have foreseen is merely a step in reasoning. For example, it may be shown that the accused is mentally subnormal, or that on the occasion in question he was drunk, or suffering from some fear, anger, or other excitement which deprived him of the ability to look circumspectly to the probable outcome of his conduct. These facts would not, according to the usual view, be relevant to an issue of inadvertent negligence, if that were before the court; but they are very relevant to the issue of recklessness. They may lead the tribunal to decide that the accused did not foresee the consequence, even though a person somewhat differently situated would have foreseen it. In short, a judgement of inadvertent negligence rests merely on a comparison between the conduct of the accused and that of a reasonable man, while a judgement of recklessness uses the concept of the reasonable man only as a guide to what went on in the accused's mind, and only so long as it can plausibly be assumed that the accused's mind accorded with the normal at the time of his act.⁵⁸⁹

Cette individualisation de la norme objective applicable en matière de preuve permet à la négligence criminelle de conserver sa saveur subjective. Sur ce point, nous sommes d'accord avec les auteurs Côté-Harper, Rainville et Turgeon pour dire que « [l]e fait de déterminer objectivement si une faute a été commise n'a pas pour effet de changer la nature du critère applicable à la faute. Il faut distinguer l'utilisation du critère objectif pour résoudre une question de preuve qui permet au juge de déduire l'état d'esprit de l'accusé et l'utilisation du critère objectif pour déterminer s'il y a faute en comparant la conduite de l'accusé avec celle d'une personne raisonnable. »⁵⁹⁰

Deuxième sous-section : La faute objective

A. La négligence pénale

Avec la négligence pénale, nous quittons le domaine de la responsabilité subjective pour entrer dans celui de la responsabilité objective⁵⁹¹. D'une approche centrée sur l'individu et sur

⁵⁸⁹ G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 55 et 56.

⁵⁹⁰ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 467.

l'analyse de son état d'esprit au moment du crime, nous passons à une approche fondée sur la finalité sociale et sur le rapport normatif qui relie l'individu à la communauté dont il fait partie. C'est dans cet esprit qu'il faut envisager les commentaires de la juge McLachlin dans l'arrêt *Creighton*⁵⁹² :

La *mens rea* se rattachant à une infraction criminelle peut être subjective ou objective, sous réserve du principe de justice fondamentale qui veut que la faute morale liée à cette infraction soit proportionnelle à la gravité de celle-ci et à la peine qui la sanctionne. La *mens rea* subjective exige que l'accusé ait voulu les conséquences de ses actes ou que, connaissant les conséquences probables de ceux-ci, il ait agi avec insouciance face au risque. L'intention ou la connaissance requises peuvent s'inférer directement des dires de l'accusé concernant son état d'esprit, ou indirectement de l'acte et des circonstances l'entourant. Même dans ce dernier cas, toutefois, ce qui compte c'est "ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause".

Dans le cas de la *mens rea* objective, par contre, les intentions de l'accusé et ce qu'il savait n'entrent nullement en ligne de compte. Au contraire, la faute morale tient à l'omission d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte. La *mens rea* objective n'a rien à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer si ce dernier avait agi raisonnablement.⁵⁹³

Les préoccupations sociales que véhiculent la responsabilité objective et son prolongement immédiat, la négligence pénale, rejaillissent bien entendu sur la nature de la faute requise en semblable matière. Sur ce point, la Cour suprême est d'avis que la négligence ordinaire ne suffit

⁵⁹¹ *Id.*, p. 535 : « La notion de faute objective pour les infractions criminelles se traduit par la négligence marquée. En vertu de celle-ci, le ministère public doit prouver que la norme de diligence de la personne raisonnable a été enfreinte de façon marquée ; le comportement négligent accentué de l'inculpé devient donc un élément essentiel de l'infraction. Quant aux infractions réglementaires, qu'elles soient de nature fédérale ou provinciale, elles feront appel à la notion de faute objective lorsque l'inculpé sera responsable pour son absence de diligence raisonnable. Une fois que le ministère public a terminé sa preuve, il incombera à l'accusé de démontrer qu'il s'agissait d'une erreur de fait raisonnable ou qu'il a fait preuve de diligence raisonnable et que, par conséquent, il y a absence de faute objective. Il s'agit, dans ce cas, d'une infraction de responsabilité stricte. La preuve des éléments matériels de l'infraction comporte "une présomption d'infraction", laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant, par prépondérance des probabilités, qu'il a pris toutes les précautions nécessaires qu'une personne raisonnable aurait prises. » G. WILLIAMS, *op. cit.*, note 189, p. 100 et 101 : « To some extent, at least, the "objective" determination of negligence is a necessary one. Every assessment of negligence implies a standard by which the conduct of the individual is judged. It is meaningful to compare the conduct of the defendant with that of an "ordinary" or "reasonable" man. But if the notional person by whom the defendant is judged is invested with every characteristic of the defendant, the standard disappears. For, in that case, the notional person would have acted in the same way as the defendant acted. »

⁵⁹² *R. c. Creighton*, précité, note 180.

⁵⁹³ *Id.*, 58.

pas. Seule une conduite qui constitue un écart marqué par rapport à la norme d'une personne raisonnable est suffisante au point de vue constitutionnel⁵⁹⁴. Contrairement à la négligence criminelle qui exige une certaine conscience du risque, la négligence pénale est de nature purement normative dans la mesure où elle demeure complètement indifférente aux données psychologiques qui n'ont pas pour effet de miner la capacité de l'accusé d'apprécier les risques liés à sa conduite au moment du crime.

Malgré le caractère normatif de la négligence pénale, la faute n'est pas moins réelle puisque la culpabilité suppose un niveau de capacité commun à chaque infraction. Il n'est donc pas suffisant de prouver que la conduite de l'accusé démontre un « écart marqué » par rapport à la norme d'une personne raisonnable, encore faut-il, croyons-nous, que le sujet soit doué d'un minimum d'intelligence, qu'il soit capable d'apprécier les risques liés à sa conduite et qu'il possède un certain degré de liberté. En d'autres mots, la faute morale découle de la combinaison entre la capacité d'apprécier les risques inhérents à certaines conduites dangereuses et la réalisation d'une action qui contrevient de façon évidente à la norme de diligence à laquelle obéirait une personne raisonnable⁵⁹⁵. En effet, « on parle d'imprudence au sens privatif, écrit saint Thomas d'Aquin, lorsqu'un sujet manque de prudence, alors qu'il *peut et doit* en avoir. L'imprudence ainsi comprise est péchée en raison de la négligence, parce qu'on ne s'applique pas à posséder la prudence. »⁵⁹⁶ Plus loin, l'auteur ajoute que « la négligence provient d'un relâchement de la volonté, par l'effet duquel la raison manque de la sollicitude qui lui ferait condamner ce qu'elle

⁵⁹⁴ Voir sur ce point l'arrêt *R. c. Hundal*, précité, note 175, 873 : « Il s'ensuit qu'un acte dangereux ou répugnant, accompagné d'un manque de diligence représentant un écart marqué par rapport à la norme d'une personne raisonnable dans toutes les circonstances, peut constituer une infraction criminelle. » Voir également, les motifs du juge Cory à la page 883 : « Par ailleurs, pour déterminer s'il y a négligence, le critère est objectif, soit celui d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable. » Voir enfin les commentaires de Lord Hewart dans l'arrêt *R. c. Bateman*, (1925) 19 C.r. App. R. 8 (Engl. C.C.A.) : « Pour les actions civiles, dès qu'il est prouvé que A n'a pas satisfait à la norme de prudence requise par la loi, la mesure de l'écart n'importe pas puisque sa responsabilité est fonction de l'étendue des dommages et non du degré de négligence. Pour une cour criminelle, au contraire, l'étendue et le degré de la négligence sont les questions déterminantes. Il doit y avoir *mens rea* [...] En un sens, c'est une question de degré et il appartient au jury de la trancher mais il y a une différence de nature entre la négligence qui donne ouverture à réparation et la négligence qui constitue un crime. »

⁵⁹⁵ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 541 : « On pourrait penser que la notion de faute objective a pour effet de nier un principe fondamental en droit criminel qui veut qu'une personne n'est pas coupable d'un crime lorsqu'elle est moralement innocente. Or, tel n'est pas le cas. Une personne n'aura pas d'esprit coupable si elle est incapable d'apprécier le risque de sa conduite. La faute morale de l'accusé provient de son défaut de se servir de ses capacités d'appréciation du risque qu'il a couru. »

⁵⁹⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 3, quest. 53, art. 1, p. 353.

doit ou comme elle doit »⁵⁹⁷. Sans capacité, sans imputabilité, il ne peut donc y avoir de blâme moral, ni de responsabilité pénale. Autrement dit, l'imputabilité pénale, dont le contenu éthique repose sur la conjonction de l'intelligence et de la liberté, établit la coloration morale et garantit la spiritualisation de la responsabilité pénale⁵⁹⁸.

Toute cette analyse nous porte à conclure que la négligence en droit criminel s'inscrit dans un continuum au sein duquel s'échelonnent les différents types de négligence⁵⁹⁹. À l'extrémité inférieure de l'axe, nous trouvons la négligence pénale avec son écart marqué par rapport à la norme d'une personne raisonnable. Dans ce cas, la faute réside dans le fait que l'individu aurait dû être conscient du risque découlant de sa conduite. À l'autre extrémité de l'axe, se trouve la négligence criminelle, laquelle requiert une insouciance déréglée et téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. La faute réside alors non pas dans la transgression inconsciente d'une norme de diligence, mais dans la « prévision ou la réalisation de la part de la personne que son comportement va probablement ou possiblement causer l'*actus reus* avec l'acceptation ou l'indifférence face au risque qu'il prend et qui, dans tous les cas, est substantiel et injustifié »⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ *Id.*, quest. 54, art. 3, p. 360.

⁵⁹⁸ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 273 et 274 : « En tant qu'action humaine, l'infraction est un tout indivisible. Elle est la traduction d'une volonté consciente et libre. Elle existe ou n'existe pas. C'est l'indivisibilité de la notion d'infraction considérée comme une action humaine imputable qui a éclairé d'un jour nouveau l'étude de la place de l'imputabilité et de celle de ses composantes. L'imputabilité, et ce sera là la constatation la plus riche en conséquences que cette première partie nous aura permis de faire, cette considération qui permet d'attribuer un fait à celui qui l'a matériellement réalisé, fait partie intégrante de la notion d'infraction. Elle participe même au noyau de l'infraction, c'est-à-dire au concept d'action humaine qui est le fruit de la spiritualisation du phénomène pénal et la traduction de tout ce qu'il y a d'humain, d'éthique, dans la définition de l'infraction. Quand l'homme est absent, le droit pénal ne peut se manifester. Aussi et compte tenu du fait que l'intelligence et la volonté sont les deux attributs qui accordent à l'homme une place à part parmi les créatures, chaque fois que l'un de ses attributs fera défaut, la perfection juridique de l'infraction ne pourra être atteinte. »

⁵⁹⁹ G.-CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 8, p. 460 et 461 : « Il y a une gradation de la gravité de la négligence qui s'étend de la négligence civile à la conduite dangereuse en matière criminelle en passant par la conduite imprudente prévue au *Code de la sécurité routière*. Cette aggravation de la responsabilité criminelle de l'auteur se détermine selon un écart qui sera plus ou moins marqué par rapport à la conduite de la personne raisonnable. Cependant, nous sommes d'avis que nous ne pouvons étendre le continuum développé dans l'arrêt *Hundal* à l'infraction de la négligence criminelle et lui appliquer le critère "objectif modifié". En effet, la distinction entre la négligence criminelle et la conduite dangereuse est non seulement une différence de degré mais elle en est aussi une de nature. »

⁶⁰⁰ *Id.*, p. 436.

B. La responsabilité stricte

Historiquement, l'introduction de la responsabilité stricte en droit pénal canadien doit être lue comme le résultat d'une volonté visant à rétablir un équilibre, un juste milieu entre, d'une part, la responsabilité fondée sur la *mens rea* et, d'autre part, la responsabilité centrée sur la causalité et la matérialité du dommage. Cette recherche de compromis, cette quête d'équilibre entre la responsabilité morale de l'accusé et l'intérêt public apparaît clairement dans la décision *R. c. Sault Ste-Marie*⁶⁰¹. Dans un jugement remarquable, le juge Dickson retrace les fondements de la dichotomie traditionnelle qui oppose les différents régimes de responsabilité, tout en soulignant l'importance d'une solution intermédiaire :

On a malheureusement eu tendance dans de nombreuses affaires à ne voir qu'un choix entre deux solutions rigides : (1) la *mens rea* proprement dite ou (2) la responsabilité absolue. En matière d'infractions contre le bien-être public où la *mens rea* n'est pas exigée, on a souvent imposé la responsabilité absolue. La doctrine anglaise a uniformément maintenu cette dichotomie. On a cependant essayé en Australie, dans plusieurs tribunaux canadiens et même en Angleterre, de trouver une solution intermédiaire, compatible avec le but des infractions contre le bien-être public, sans toutefois punir la personne qui est absolument irréprochable. Selon un courant jurisprudentiel en plein essor, lorsque l'infraction n'exige

⁶⁰¹ *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, précité, note 149, 1325 et 1326 : « Je conclus, pour les motifs que j'ai indiqués, qu'il y a des raisons impératives pour reconnaître trois catégories d'infractions plutôt que les deux catégories traditionnelles :

1. Les infractions dans lesquelles la *mens rea*, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique.

2. Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea* ; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions de responsabilité stricte. C'est ainsi que le juge Estey les a appelées dans l'affaire *Hickey*.

3. Les infractions de responsabilité absolue où il n'est pas loisible à l'accusé de se disculper en démontrant qu'il n'a commis aucune faute.

Les infractions criminelles dans le vrai sens du mot tombent dans la première catégorie. Les infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie. Elles ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite. Une infraction de ce genre tombera dans la première catégorie dans le seul cas où l'on trouve des termes tels que "volontairement", "avec l'intention de", "sciemment" ou "intentionnellement" dans la disposition créant l'infraction. En revanche, le principe selon lequel une peine ne doit pas être infligée à ceux qui n'ont commis aucune faute est applicable. Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie. »

pas la *mens rea* proprement dite, le défendeur a néanmoins une bonne défense s'il prouve l'absence de négligence.⁶⁰²

Contrairement aux infractions criminelles exigeant la preuve d'une intention, d'une insouciance ou d'une négligence criminelle ou pénale, la responsabilité stricte s'articule sur une présomption d'infraction qui intervient à la suite de l'établissement de l'élément matériel de l'acte reproché. Une fois l'*actus reus* prouvé, une fois la présomption établie, l'accusé est admis à démontrer son irresponsabilité en soulevant une défense d'erreur de fait raisonnable ou de diligence raisonnable⁶⁰³. En d'autres termes, il a le fardeau de prouver, par prépondérance de preuve, qu'il croyait pour des motifs raisonnables à « un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou qu'il a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question »⁶⁰⁴. En conséquence, l'individu qui prouve que son erreur est telle qu'une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances l'aurait commise sera acquitté. Discutant des conditions générales régissant la responsabilité stricte, les auteurs Jacques Fortin et Louise Viau formulent les commentaires suivants :

La poursuite n'a pas à établir que l'accusé a commis l'infraction par négligence. Sa seule obligation consiste à faire la preuve que l'accusé a commis l'*actus reus*, cette preuve faisant présumer la négligence. Précisons toutefois que l'arrêt *Sault Ste-Marie* n'entend pas modifier le fardeau de persuasion quant à l'*actus reus*. La poursuite a l'obligation de prouver celui-ci au-delà du doute raisonnable. Ce n'est qu'une fois acquise cette preuve de l'*actus reus* que la négligence s'infère de droit. Pour éviter une condamnation, l'accusé

⁶⁰² *Id.*, 312.

⁶⁰³ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, *op. cit.*, note 10, p. 607 et 608 : « Compte tenu de l'immense variété d'infractions pénales provinciales, la diligence raisonnable s'examine en fonction de la nature de l'infraction et des objectifs législatifs poursuivis. C'est ainsi que l'appréciation de la diligence raisonnable variera selon qu'il s'agisse d'activités ordinaires de la vie courante des gens ou, au contraire, d'une activité particulière faisant l'objet d'une réglementation précise et spécifique, les premières requérant un degré de diligence moindre que les secondes. Et lorsqu'il s'agit d'une réglementation d'activités particulières, la diligence raisonnable devra s'évaluer en fonction du domaine visé et des personnes qui l'exercent. On peut songer au cas du garagiste qui doit faire preuve de la diligence raisonnable que l'on est en droit de s'attendre d'une personne raisonnable qui exerce la même profession : ce n'est pas le test de la diligence raisonnable d'une personne ordinaire que l'on doit appliquer, mais bien celui de la personne œuvrant habituellement dans ce domaine et qui doit porter toute l'attention nécessaire pour se conformer à la loi. Il va de soi que dans des secteurs particuliers régis par une réglementation très technique et détaillée, la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable se trouve davantage restreinte par le fait que la personne se doit de connaître la réglementation en question et qu'elle doit justifier son défaut de respect de cette réglementation. Le refus de se conformer à la réglementation, à moins d'en attaquer la validité même, ne peut constituer de la diligence raisonnable, la personne ne pouvant alors soutenir qu'elle est moralement innocente. »

⁶⁰⁴ *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, précité, note 149, 1325 et 1326.

doit, dès lors, réfuter l'imputation de négligence par une preuve d'erreur de fait raisonnable ou de diligence raisonnable qui doit convaincre le juge de son innocence.⁶⁰⁵

Convaincre le juge, voilà le problème. L'imposition à l'accusé du fardeau de persuasion – en l'occurrence la nécessité de convaincre le tribunal de l'absence de négligence – porte directement atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'alinéa 11d) de la *Charte*. Comme l'explique le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Whyte*⁶⁰⁶, c'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif : « Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. »⁶⁰⁷ Bien que l'imposition du fardeau de persuasion à l'accusé en matière d'infractions de responsabilité stricte fût sauvegardée par la suite en raison d'arguments administratifs et d'efficacité juridique, il est permis de s'interroger sérieusement sur le caractère minimaliste de l'atteinte au droit garanti par la *Charte*. En effet, de telles dispositions portent atteinte non pas de manière minimale mais plutôt de façon maximale à la présomption d'innocence. Nous abondons dans le sens du juge Lamer qui déclare que l'on devrait réduire le fardeau imposé à l'accusé en remplaçant l'obligation de convaincre par une seule obligation de soulever un doute raisonnable quant à l'absence de négligence⁶⁰⁸.

Les mécanismes qui sous-tendent l'application de la responsabilité stricte étant établis, une question demeure : est-il possible d'évoquer à l'encontre de ce type d'infraction, des facteurs qui, au-delà de leur incidence sur la diligence de l'accusé, affectent directement sa capacité à commettre un crime ou, pour reprendre une expression chère à Hale, sa « capacité d'obéir à la loi pénale » ? Nous croyons que oui. Sans entrer dans les détails, puisque nous allons aborder cette question plus en profondeur dans le cadre de la prochaine rubrique consacrée à la responsabilité

⁶⁰⁵ J. FORTIN et L. VIAU, *op. cit.*, note 8, p. 153.

⁶⁰⁶ *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3.

⁶⁰⁷ *Id.*, 18.

⁶⁰⁸ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 198 et suiv.

absolue, nous estimons qu'il est possible pour une personne accusée d'infractions de responsabilité stricte de soulever en défense son état de nécessité, de contrainte, d'automatisme, de minorité ou d'aliénation mentale au moment du crime.

C. La responsabilité absolue

Contrairement aux infractions de responsabilité stricte qui, malgré leur sévérité, admettent la preuve d'une diligence raisonnable, la responsabilité absolue entraîne la condamnation de son auteur sur la simple preuve qu'il a commis l'acte prohibé constituant l'*actus reus* de l'infraction⁶⁰⁹. Aucun élément mental n'est nécessaire. La responsabilité pénale de l'accusé peut être retenue sans preuve d'intention, d'insouciance ou de négligence, bref sans preuve de *mens rea*. Constitutionnellement, la responsabilité absolue ne va pas à l'encontre de la *Charte* ; seul l'emprisonnement consécutif à la commission d'une infraction de responsabilité absolue est interdit. Examinant la légalité de la responsabilité absolue en droit pénal canadien, le juge Lamer s'exprime ainsi dans le *Renvoi sur la Motor Vehicule Act* :

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁶¹⁰

À la lumière de ce passage, nous pouvons conclure qu'il est actuellement permis en droit pénal de punir un individu sur la simple constatation matérielle de l'infraction. Doit-on envisager cette possibilité comme un retour à la responsabilité «archaïque» fondée sur la « seule matérialité

⁶⁰⁹ *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, précité, note 149, 1310. Voir en France A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 295 : « D'après une jurisprudence fort ancienne, "en matière de contravention... il suffit que le fait soit matériellement constaté" pour que l'infraction soit retenue. Rappelé périodiquement par la Cour de cassation, ce principe a une signification aussi simple que limpide : lorsqu'il s'agit d'une contravention, la réalisation d'une action humaine, imputable à son auteur, suffit en elle-même pour établir la culpabilité de ce dernier. C'est elle qui fonde le reproche justifiant l'application de la loi pénale. Énoncée autrement, cette solution signifie que "l'élément matériel" de l'infraction, pour utiliser la terminologie classique, la simple action matérielle sans laquelle l'intervention du droit pénal serait inconcevable, comporte en elle-même, en ce qu'elle concrétise la violation de la norme de conduite, la faute justifiant le prononcé de la peine. Et c'est cette idée qui se dégage parfaitement d'un arrêt de la Cour de cassation, lorsque celle-ci déclare que "l'intention de nuire n'est pas nécessaire pour qu'un fait qualifié contravention par la loi soit passible des peines qu'elle détermine ; la criminalité d'un tel fait résulte complètement de la seule violation de la loi ou des règlements". »

⁶¹⁰ *Renvoi : Motor Vehicule Act de la C.-B.*, précité, note 369, 492.

des faits »⁶¹¹ ? Nous ne croyons pas. La responsabilité absolue, cela ne fait aucun doute, rejette toute considération relative à l'élément mental ou *mens rea* du crime (intention, insouciance, négligence)⁶¹², mais demeure subordonnée à la capacité de commettre un crime⁶¹³. En d'autres termes, s'il est impossible pour une personne accusée d'une infraction de responsabilité absolue de plaider son absence d'intention, d'insouciance ou de négligence, il lui est permis, en revanche, de soulever en défense toute autre cause de non-imputabilité. En effet, d'après l'auteur français Adrien-Charles Dana :

L'imputabilité pénale, qui fait défaut en cas de "démence" et de contrainte, introduit dans l'infraction une constatation d'humanité ; plus que l'aptitude à la sanction, elle fixe le *seuil de pénalité*. Sans l'imputabilité de l'acte à son auteur, le droit pénal ne peut intervenir pour régir les rapports sociaux. Autrement dit, sans l'imputabilité le droit pénal ne peut plus porter un jugement de valeur, formuler un reproche sur un fait matériel à propos duquel un individu aura été impliqué. En cela il est vrai que "l'absence de contrainte ou d'erreur n'est

⁶¹¹ A.-C. DANA, *op. cit.*, note 4, p. 286 et 287 : « Choquante, la faute normative peut l'être. Elle pourrait faire craindre le retour à une responsabilité objective, depuis longtemps dépassée, basée sur la seule matérialité des faits. Cette crainte est pourtant sans fondement. La faute normative, et c'est là une idée qu'il faut bien garder présente à l'esprit, s'inscrit d'office dans un cadre subjectiviste qui exclut toute objectivation de la responsabilité. Il ne faut pas oublier que la culpabilité en tant que telle intervient dans le processus d'incrimination, après le respect de toutes les données éthiques, spiritualistes, qui doivent entourer l'infraction. L'imputabilité pénale, dont le contenu éthique est intense, garantit la spiritualisation de la responsabilité pénale. Arbitraire, la faute normative ne l'est nullement. Si cette forme de culpabilité est complètement indifférente aux données psychologiques tenant à l'auteur de l'action incriminée, elle est en contrepartie en étroite dépendance avec le principe de la légalité, qui est, il ne faut pas le perdre de vue, le garant de la liberté individuelle et tout à la fois la source des normes à respecter. »

⁶¹² *Id.*, p. 291 : « En tant que faute, celle qui est dite contraventionnelle aboutit à la notion d'infraction. Car le problème de la culpabilité n'est abordé que pour savoir si une infraction pénale peut être retenue. À ce titre, les infractions concernées par la faute contraventionnelle répondent nécessairement à la définition du concept même d'infraction. Cela signifie que comme toute infraction, la contravention est par essence une action humaine imputable, avant d'être une action humaine coupable. »

⁶¹³ *Id.*, p. 283 et 284 : « L'appréciation éthique de l'action humaine, abordée en termes d'infraction, est donc pleinement assurée par l'imputabilité pénale. Ce faisant d'ailleurs, celle-ci assure la prise en considération de données humaines qui sont indissociables de la notion d'infraction. Cela étant acquis, la satisfaction du deuxième volet de la problématique du droit pénal, c'est-à-dire l'intérêt de la société, se libère de toute dépendance intrinsèque avec le jugement moral. Dès lors que la substance éthique de l'infraction est acquise, la protection de la société pourra pleinement passer par une appréciation strictement sociale de l'action humaine considérée. Rien n'interdit de reprocher une faute à celui qui, en portant atteinte à une valeur sociale protégée, n'a pas eu le comportement qui doit être celui du citoyen normal. Après tout, si la Morale se donne pour mission de rendre l'homme parfait, de le purifier, si elle le considère dans ce but par rapport à ce qu'il est, le droit pénal lui, plus pragmatique et plus utilitariste, a pour seule tâche celle d'assurer l'ordre social en sauvegardant les valeurs sociales reconnues comme telles. Dans l'accomplissement de cette mission, et s'il y a de l'intérêt de la société, il lui est tout à fait possible de juger le citoyen par rapport à ce qu'il a fait, c'est-à-dire pour ne pas avoir eu le comportement normal, celui qui respecte les valeurs sociales. Il faut reconnaître, sans hésitation ni scrupule, que s'ajoutant à l'imputabilité, la culpabilité juridique, "telle qu'elle est à peu près partout conçue et décrite, apparaît comme un simple concept opérationnel du droit", un instrument technique entre les mains des autorités pénales. »

qu'un des préalables indispensables à la liberté d'esprit qui permet au sujet de choisir son comportement", et donc un préalable pour pouvoir reprocher à l'agent d'avoir violé la loi.

En revanche, quand l'imputabilité pénale d'une action à son auteur est acquise, alors, en matière de culpabilité contraventionnelle, le seul reproche qui sera réellement adressé au contrevenant est celui de n'avoir pas respecté une norme de conduite jugée indispensable pour l'ordre social. En dehors de toute autre considération, le rattachement de la culpabilité à l'inobservation même de la loi découle du contenu strictement matériel de la faute contraventionnelle.⁶¹⁴

Seront relaxés, par conséquent, le chauffeur qui ne respecte pas un feu de circulation sous la menace d'un terroriste qui braque un revolver sur sa tempe; le jeune conducteur de cinq ans qui réussit à mettre un véhicule en marche; l'individu qui est inconscient à la suite d'une blessure à la tête ; la personne qui, en raison d'un trouble mental, n'est pas capable de savoir ce qu'elle fait⁶¹⁵.

À l'appui de notre position, nous invoquons certaines dispositions du *Code criminel*. Ainsi, d'après l'article 13 du *Code criminel*, « [n]ul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans ». Voir également à ce sujet l'article 16 qui prévoit l'irresponsabilité des personnes qui, en raison de troubles mentaux, sont incapables de juger de la nature et de la qualité d'un acte ou de savoir que ce dernier est mauvais, ainsi que l'article 17 consacré aux infractions commises sous l'effet de la contrainte par menaces. En de telles situations, il serait totalement inutile de punir l'offenseur, car il n'était pas en mesure de contrôler volontairement sa conduite au moment du crime⁶¹⁶.

⁶¹⁴ *Id.*, p. 294.

⁶¹⁵ Voir par exemple *R. c. Kennedy*, (1972) 7 C.C.C. (2d) 42 (C. cté N.-É.) ; *R. c. Breau*, (1959) 125 C.C.C. 84 (C.S.N.-B.) ; *R. c. Vickers*, (1960) 127 C.C.C. 315 (C.S.N.-B.) ; *R. c. Vachon*, J.E. 95-1914 (C.Q.).

⁶¹⁶ *R. c. Creighton*, précité, note 180, 62 : « De fait, selon le professeur Hart, le principe de la prévention de la punition des personnes moralement innocentes exige simplement qu'une personne qui n'avait pas la capacité d'apprécier les conséquences de sa conduite ne se voie pas infliger une peine. Suivant son raisonnement, personne ne devrait être blâmé ni puni pour une conduite criminelle s'il n'a pas agi volontairement. Le professeur Hart affirme que la nécessité de s'enquérir des "faits intérieurs" découle [...] du principe moral voulant qu'il n'y a pas lieu de punir quiconque n'a pu s'empêcher d'agir comme il l'a fait. »

Conclusion

Malgré sa propre structure morale, la *mens rea* ne peut fonctionner sans la capacité. C'est qu'il faut comprendre que la culpabilité est un phénomène dont l'action est dépendante de l'établissement de la capacité. À l'instar de l'astre lunaire qui gravite autour de la terre, la culpabilité tourne autour de la capacité. Sans elle, sans son attraction, la culpabilité quitterait son orbite pour finalement s'éteindre dans le néant du déterminisme juridique. En assurant les fondements éthiques et spirituels de l'infraction, la capacité pave la voie à la culpabilité et, plus largement, à la définition de l'élément mental nécessaire à la constatation du crime. C'est dans cette optique qu'il faut envisager le mariage entre la capacité et la culpabilité, dans une optique qui vise à déterminer la faute morale et le reproche qu'adressent les autorités judiciaires à l'accusé.

Quatrième partie

La genèse du comportement agressif

Chapitre sixième

Agressivité, homicide et guerre

Analyse philosophique et juridique d'un phénomène polymorphe

L'objet de ce sixième et dernier chapitre est d'étudier les mécanismes à l'origine de l'adoption de comportements agressifs et, plus précisément, d'analyser les motivations qui sous-tendent le recours à la forme la plus grave et la plus destructrice de violence qu'est l'homicide. En cherchant à comprendre les principes qui gouvernent le passage à l'acte, nous entendons excéder les limites de l'analyse traditionnelle en optant pour une recherche qui s'appuie à la fois sur une approche comparée et critique du comportement animal et humain. Ce que nous voulons en fait, c'est chercher s'il n'y a pas derrière le foisonnement des actions quotidiennes une matrice commune à l'homme et à l'animal ; une matrice qui, tout en étant propre à chaque espèce, dévoilerait les sombres secrets qui enveloppent les processus menant à l'utilisation de la violence. Bien qu'il soit difficile, voire impossible, de saisir entièrement les subtilités et les ramifications qui gouvernent le recours à la violence – tant le phénomène est complexe et ancré dans notre subconscient –, il importe d'esquisser une approche qui, sans être parfaite, permettrait néanmoins d'appréhender le comportement agressif non pas comme la « simple projection vers l'extérieur d'une quelconque "agressivité" qui serait inéluctablement générée par le cerveau, mais comme un moyen d'action susceptible d'être mis en œuvre en vue des fins les plus diverses »⁶¹⁷.

La première section de cette recherche sera consacrée à la mise en place d'une théorie générale de l'action qui sera le point de départ de notre réflexion visant à démystifier l'émergence de la violence en milieu humain et animal⁶¹⁸. La seconde partie, qui se présente sous la forme

⁶¹⁷ Pierre KARLI, *L'homme agressif*, Paris, Odile Jacob, 1987, p. 34.

⁶¹⁸ Sur les processus menant à l'agression chez les animaux, voir notamment D. MCFARLAND, *op. cit.*, note 201 ; James W. GRIER (avec la collaboration de William W. BEATTY), *Biology of Animal Behavior*, St. Louis, Toronto,

d'une véritable mise en chantier du volet théorique développé dans cet exposé, tend pour sa part à cerner les similitudes et les différences entre le comportement animal et le comportement humain. La troisième partie, consacrée à l'évaluation de la responsabilité morale en matière d'homicide, de guerre⁶¹⁹ et de génocide, propose la mise en place d'une éthique de l'avenir « dont les effets seraient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre »⁶²⁰. Comme l'explique si bien Aurelio Peccei, « le meilleur espoir de l'homme d'avoir un avenir heureux réside dans une révolution éthique qui lui permettra d'arriver à se comprendre lui-même et à donner un sens au monde dans lequel il vit »⁶²¹. Sur quoi peut-on établir cette éthique ? Voilà la question ! Sur les bases d'une moralité immanente à l'homme ? Nous ne le croyons pas. En substituant une responsabilité centrée sur l'avenir à la responsabilité classique fondée sur le

Morsby College Pub., 1984 ; Robert A. HINDE, *Animal Behavior; A Synthesis of Ethology and Comparative Psychology*, 2^e éd., New York, McGraw-Hill Book, 1970 ; Judith GOODENOUGH, Betty MCGUIRE, Robert A. WALLACE, *Perspectives on Animal Behavior*, New York, Toronto, J. Wiley, 1993 ; Michael M. FOX, *Abnormal Behavior in Animals*, Philadelphie, Toronto, Saunders, 1968 ; William ETKIN, *Social Behavior and Organization among Vertebrates*, Chicago, University of Chicago Press, 1964 ; Donald A. DEWSBURY, *Comparative Animal Behavior*, New York, McGraw-Hill Book Co., 1978 ; Maurice R. DENNY, *Comparative Psychology: An Evolutionary Analysis of Animal Behavior*, New York, Toronto, Wiley, 1980 ; Paul P.G. BATESON et Peter H. KLOPFER, *Perspectives in Ethology*, New York, Plenum Press, 1973 ; John ALCOCK, *Animal Behavior: An Evolutionary Approach*, 4^e éd., Sunderland, Mass., Sinauer Associate, 1989 ; David MCFARLAND, *The Oxford Companion to Animal Behavior*, Oxford, Toronto, Oxford University Press, 1981 ; Peter MARLER, *Mechanisms of Animal Behavior*, New York, Wiley, 1966 ; Aubrey MANNING, *An Introduction to Animal Behavior*, 3^e éd., London, E. Arnold, 1979 ; Klaus IMMELMANN, *Introduction to Ethology*, New York, Plenum Press, 1980 ; Felicity HUNTINGTON, *The Study of Animal Behavior*, London, New York, Chapman and Hall, 1984 ; Frank W. LANE, *La parade des animaux*, Paris, Hachette, 1948.

⁶¹⁹ Sur la guerre en général, voir Alan D.P. TAYLOR, *How Wars Begin*, London, H. Hamilton, 1979 ; David A. WELCH, *Justice and the Genesis of War*, Cambridge Univ. Press, 1993 ; Paul R. SHAW et Yuma WONG, *Genetic Seeds of Warfare: Evolution, Nationalism, and Patriotism*, Boston, Unwin Hyman, 1989 ; Charles REYNOLDS, *The Politics of War: A Study of the Rationality of Violence in Inter-State Relations*, New York, St. Martin's Press, 1989 ; Robert I. ROTBERG, Theodore K. RABB et Robert GILPIN, *The Origin and Prevention of Major Wars*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988 ; Michael WALZER, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 1977 ; Peter PARET, *Understanding War: Essays on Clausewitz and the History of Military Power*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1992 ; Victor D. HANSON, *Le modèle occidental de la guerre : la bataille d'infanterie dans la Grèce antique*, Paris, Belles Lettres, 1990 ; Joe SIMMONS, *Vision and Spirit: An Essay on Plato's Warrior Class*, Lanham, University Press of America, 1988 ; Jonathan HAAS, *The Anthropology of War*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1990 ; Stephen VAN EVERA, *Causes of War: Power and the Roots of Conflict*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1999 ; Gérard CHALIAND, *The Art of War in World History: From Antiquity to the Nuclear Age*, Berkeley, University of California Press, 1994 ; Cyril B. FALLS, *The Art of War: From the Age of Napoleon to the Present Day*, New York, Oxford Univ. Press, 1961 ; André CORVISIER, *La guerre : essais historiques*, Paris, PUF, 1995 ; Jules SAGERET, *Philosophie de la guerre et de la paix*, Paris, Alcan, 1919 ; Henri SÉROUVA, *Le problème philosophique de la guerre et de la paix*, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, 1932 ; Carl VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Paris, Éditions Gérard Lebovici, 1989.

⁶²⁰ Bernard EDELMAN, « Restons sauvages ! », dans M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 132, à la page 139.

⁶²¹ Cité dans P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 328.

caractère immédiat du crime, nous désirons subvertir les limites traditionnelles de la responsabilité pénale au profit de l'élaboration d'une éthique qui repose non pas sur la moralité subjective de l'action, mais sur ce qui unit les hommes entre eux, sur cette capacité de se « transposer dans l'autre », de se projeter, si ce n'est l'espace d'un instant, à sa place.

Première section : Le schéma psychomorphologique gouvernant le passage à l'acte

À l'image d'une fleur qui en s'épanouissant dévoile peu à peu les charmes de sa structure morphologique, les comportements humain et animal entretiennent un dialogue étroit avec l'environnement dont la nature révèle leur fonction et leur utilité. En effet, c'est en observant les comportements se dessiner, se concrétiser sous nos yeux que l'on peut véritablement saisir toute la complexité et la diversité des rapports entre l'action, son sujet et ses causes. Comme l'indique Pierre Karli dans un ouvrage d'une grande richesse, le comportement humain est un phénomène complexe qui s'oppose à toute catégorisation en termes de cause à effet. En réalité, dit l'auteur, «le comportement est un moyen d'action, l'agent d'une stratégie qui vise un objectif. [...] Face à une situation donnée, la probabilité de mise en œuvre d'un certain comportement sera déterminée par la configuration d'un "champ causal" plus ou moins complexe. En d'autres termes, rechercher le "motif", la "raison" de la mise en œuvre de ce comportement revient à examiner *l'ensemble des facteurs* qui contribuent à en déterminer la probabilité. »⁶²²

Cet ensemble de facteurs, croyons-nous, peut être réduit à un dénominateur commun : la recherche des circonstances et des événements qui assurent à l'individu la réalisation de son bien-être et, plus spécifiquement, l'accomplissement d'une fin jugée comme étant propice à ses désirs et à ses besoins. Si la nature de ce qui apparaît bon et convenable pour un individu peut varier grandement selon les circonstances et les personnes, nous estimons que l'adoption d'un comportement constitue le prolongement immédiat d'un appétit, d'une tendance qui le pousse sans cesse vers ce qui lui semble bénéfique. Par exemple, celui qui poursuit des études ne le fait pas nécessairement pour le plaisir d'étudier, mais bien pour les conséquences qui en découleront

⁶²² *Id.*, p. 86.

éventuellement (meilleur salaire, plus grande sécurité d'emploi, opportunités d'embauche plus fréquentes). Autre exemple, fourni cette fois-ci par Pierre Karli : « [U]n individu, qui a faim et qui est en train de s'alimenter, va s'arrêter de manger et orienter son comportement vers des réactions de défense, dès lors qu'il perçoit un danger dans son environnement. Ce n'est pas que la motivation de la faim aurait brusquement disparu ; c'est qu'une motivation "prioritaire" est venue la supplanter dans le déterminisme du comportement. »⁶²³

Comme l'indiquent ces quelques exemples, l'adoption d'un comportement agressif peut être envisagée comme le résultat d'une évaluation constante des avantages et des inconvénients qui se rattachent à une conduite spécifique. Même les actions les plus nocives et les plus destructrices pour l'individu possèdent leur propre structure rationnelle, leur propre indice de bénéfice. Il n'est pas question ici de justifier de tels comportements – loin de là –, mais uniquement de comprendre les modalités à la base de leur apparition. C'est dans ce contexte que s'inscrit notre étude du comportement agressif, du recours à la violence et de l'homicide chez l'homme et l'animal ; dans un contexte dominé par l'examen inconscient mais réel des coûts et des bénéfices engendrés par la commission de chaque action. Puisque l'agression constitue un moyen dont la mise en œuvre vise la poursuite d'objectifs considérés par l'individu comme étant bénéfiques, il est évident, écrit Pierre Karli, que « dans la simulation prévisionnelle qui précède la programmation d'une agression, l'évaluation de l'importance respective des bénéfices escomptés et du risque encouru joue un rôle essentiel. Si le "coût" prévisible de l'action est élevé, si les désagréments susceptibles d'en découler sont grands, la probabilité de l'utilisation effective d'un comportement d'agression diminue. Plus encore que l'animal, l'homme se comporte à cet égard en "statisticien intuitif", et les facteurs qu'il peut être amené à prendre en compte sont nombreux et divers. »⁶²⁴

En nous situant dans la perspective qui vient d'être esquissée, nous sommes amenés naturellement à considérer le recours à la violence comme le produit d'un affrontement entre les émotions qui nous poussent dans un sens et les motifs qui nous orientent dans une autre direction.

⁶²³ *Id.*, p. 93.

⁶²⁴ *Id.*, p. 242.

Ces émotions, il va sans dire, relèvent de différentes causes⁶²⁵. L'écheveau des émotions et des motivations à la source de comportements violents est tellement serré qu'il résiste à toute catégorisation systématique visant à épuiser son inventaire. Dans son ouvrage *L'homme agressif*, Pierre Karli propose un survol intéressant des différentes causes d'un comportement agressif :

Lorsqu'une situation suscite un comportement agressif, cette agression vise souvent à mettre un terme à – ou tout au moins à atténuer – une émotion de nature aversive (inquiétude, peur ; contrariété, colère) générée par la situation et par l'interprétation dont elle est l'objet. D'autres situations, fortuitement rencontrées ou carrément recherchées, fournissent l'occasion de vivre des émotions plaisantes, car elles permettent, grâce à une conduite agressive, de s'appropriier tel objet convoité ou de conforter l'estime de soi et la confiance en soi. Même dans les cas où l'agression paraît être "spontanée", dans la mesure où elle se manifeste en l'absence d'un événement ou d'une situation susceptible de l'avoir provoquée, elle peut exprimer un sentiment d'incertitude et d'insatisfaction, tout en visant à l'atténuer ; elle peut également être le moyen mis en œuvre pour rechercher des stimulations, un certain état d'excitation, des "émotions fortes".⁶²⁶

Tout cette première analyse nous amène à tirer la conclusion suivante : le comportement en tant que mode d'expression n'est pas le reflet d'une relation «de cause à effet, mais de moyen à fin»⁶²⁷. S'il est vrai que les données biologiques ont une incidence significative sur l'émergence

⁶²⁵ *Id.*, p. 95 : « Les émotions participent très largement aux fonctions de médiation qu'assure le cerveau dans la gestion des relations de l'individu avec son environnement. L'émotion suscitée par la perception d'un objet ou d'une situation est inséparable de la façon dont le cerveau appréhende cet aspect de la réalité extérieure, de la "lecture" qu'il en fait. Elle contribue par conséquent à définir le champ causal qui va déterminer le choix de la réponse comportementale appropriée. De même, l'émotion suscitée par l'évaluation des conséquences qui auront découlé de cette réponse fera partie intégrante des traces que l'expérience ainsi vécue laissera au sein du cerveau. Dès lors que des émotions naissent de la confrontation de l'information sensorielle présente avec les traces laissées par le vécu et que d'autres, qui naissent de l'action, ont pour effet d'enrichir ces traces, il est clair que le comportement s'inscrit dans une histoire, puisque à la fois il se nourrit du passé et contribue à modeler l'avenir. Dans la dynamique interactive qui caractérise les relations avec l'environnement, ces émotions constituent d'inépuisables sources d'"énergie". »

⁶²⁶ *Id.*, p. 196.

⁶²⁷ *Id.*, p. 32 : « Pour le sociologue qui s'intéresse à la genèse et à l'évolution des conflits, il apparaît également qu'à de rares exceptions près, "on ne déclenche pas un conflit pour lui-même, mais en vue d'un but", et qu'il y a donc là une relation non pas de cause à effet, mais de moyen à fin. » Voir également, à la page 92, les commentaires suivants : « On peut énoncer brièvement quelques faits qui montrent, de façon convergente et claire, que c'est bien la fin à atteindre qui définit la fonction que le comportement – moyen d'action – doit assurer, et qui détermine ainsi le choix et la mise en œuvre effective de la stratégie appropriée. Il faut signaler tout d'abord que, lorsque le cerveau programme une séquence comportementale, il a déjà élaboré une "image" de l'objectif à atteindre ; il anticipe les effets des mouvements qu'il programme et il prépare les voies sensorielles (pretuning) à enregistrer les résultats entendus de ce comportement. On peut ainsi enregistrer au sein du cerveau des activités neuronales qui sont étroitement liées à une certaine attente, ou à l'enregistrement de la satisfaction ou au contraire de la non-satisfaction de cette attente. De plus, la mise en jeu des mécanismes cérébraux – face à une situation donnée – dépend du "savoir" que le cerveau individuel possède déjà – ou pas encore – pour faire face à cette situation de façon efficace. Au fur et à mesure qu'il acquiert une

d'un acte d'agression, il demeure que cette influence n'est pas sans limites. En effet, le comportement n'est pas le résultat de l'action isolée de l'environnement et du cerveau, mais bien le produit d'un dialogue constant entre l'individu, ses prédispositions biologiques, l'environnement qui l'entoure et les motivations qui l'animent⁶²⁸. C'est de cet observatoire que nous allons remonter à la source du comportement humain et animal, et projeter l'ébauche de notre évaluation de la responsabilité morale se rattachant à la commission d'actes hautement répréhensibles. À l'évaluation du comportement animal et humain, succèdera une analyse de la faute morale en matière d'homicide, de guerre et de génocide.

Deuxième section : La genèse du comportement agressif chez les animaux

Première sous-section : Le comportement agressif

L'adoption de comportements agressifs chez les animaux se partage, aux fins de l'analyse comportementale, en deux catégories distinctes, à savoir les agressions de nature défensive et celles à visées purement offensives⁶²⁹. Contrairement aux agressions de nature défensive dont le mécanisme d'intervention est déclenché par un risque élevé pour la vie, l'intégrité physique et le bien-être de l'animal, les réactions agressives à caractère offensif font appel à des émotions qui dépassent largement le simple besoin de conservation. Elles mettent en jeu un désir de domination

stratégie dont il vérifie lui-même l'efficacité, la réponse humorale complexe face à cette situation change profondément. À l'inverse, des modifications humorales d'une autre nature s'installent, dès lors que l'individu se sent incapable de faire face à la situation de façon efficace. » ("résignation apprise" : learned helplessness)

⁶²⁸ *Id.*, p. 89 : « Lorsqu'aux informations qui tirent leur origine de l'histoire biologique viennent se mêler celles qui sont fournies par un contexte socioculturel, les "désirs" viennent se mêler aux "besoins", et des "projets" naissent qui visent de nouveaux équilibres et de nouvelles cohérences. »

⁶²⁹ K. IMMELMANN, *op. cit.*, note 618, p. 116 : « Aggressive behavior can occur between conspecifics as well as between members of different species. Interspecific aggression includes defensive reactions and competitive behavior, e.g., at a watering hole, vultures feeding, or at a nesting site – as in some hole-nesting species of birds. Some authors also include prey-catching behavior of predators among interspecific aggression, while others consider this simply as eating behavior. Intraspecific aggression, however, is exclusively the result of competition, where the objects of competition include not only part of the nonliving and living environment (home range, hiding places, mating arena, egg-laying location, food, symbiotic partner) but also conspecifics, especially the sexual partner. »

et assouissent une volonté d'appropriation de ressources et d'un territoire donnés⁶³⁰. Caroline Blanchard et Robert J. Blanchard se penchent sur les motifs à l'origine des agressions à caractère offensif :

Most instances of offensive aggression in lower animals involve disputes over two types of items. The first are resource items. If, for example, a desirable food item is thrown into a group of chimpanzees or bears or dogs, then fights may result. [...] The second occasion for intraspecies fighting involves dominance. Although such fighting does not depend on the presence of specific disputable resources, dominance does indirectly influence access to resources, and fighting which facilitates the establishment of dominance may be temporally or spatially related to the presence of such resources: for example, male mountain sheep or elephant seals tend to live peacefully until the onset of the breeding season, when they fight for the control of an area in which they have access to breeding females.⁶³¹

Malgré de notables distinctions quant à la nature, la forme et l'intensité de telles conduites, les agressions de nature offensive et défensive découlent d'une évaluation préalable des avantages et des inconvénients se rattachant à la conduite future. En soulignant le rôle particulier que jouent ces deux types de réactions dans la genèse des comportements violents, nous sommes amenés naturellement à les considérer comme les deux versions d'une même approche visant à modeler les actions de l'animal en fonction d'objectifs précis. Ces objectifs, il va de soi, comportent des avantages et des désavantages qui doivent être soigneusement pesés préalablement à l'action⁶³². Il

⁶³⁰ *Id.*, p. 120 : « A territory is defined as a "selectively defended homerange", i.e., an area in which the presence of its occupant excludes the simultaneous presence of a same-sex adult conspecific, or less frequently of all conspecific rivals. »

⁶³¹ Caroline BLANCHARD et Robert J. BLANCHARD, « Experimental Animal Models of Aggression: What Do They Say About Human Behaviour? », dans John ARCHER et Kevin BROWNE (dir.), *Human Aggression, Naturalistic Approaches*, London & New York, Routledge, 1989, p. 94, aux pages 101 et 102.

⁶³² *Id.*, 104 et 105 : « The cost-benefit analysis leading to offensive attack is thus quite complex, certainly more complex than the analysis leading to defence. The offence cost-benefit analysis includes several types of information, including the challenging or non-challenging behaviour or status of the opponent (which impact anger), and the relative potential of the opponent's size, strength, and weapons (which impact fear). When opponents are very familiar with each other these evaluations may be brief. However, for strangers, or closely matched familiar individuals, or for situations involving ambiguity, considerable time may be devoted to the process of information-gathering and affective analysis. This is an active, interactive, process. Evaluation of the behaviour and characteristics of the opponent in terms of resource or dominance challenge can be especially subtle cognitive/affective event. While the process is by no means fully understood, such factors as the presence of the disputed resource, the specific behaviours of the putative challenger, with reference to that specific resource all appear to be involved. As one example of the last consideration, male rats show much less offence to sexually immature or castrated intruders than intact adult males. This apparently relates to the function of resident offence in protecting sexual prerogative. The fear side of this

n'est donc pas étonnant de constater que cette évaluation des coûts et des bénéfices résultant de l'adoption d'une conduite agressive est omniprésente et imprègne tout le processus décisionnel menant à l'accomplissement de l'acte. L'adoption par un animal d'un comportement agressif doit donc être lue comme une « stratégie » visant à moduler son action en fonction des données fournies par sa connaissance et son expérience. Sur ce point, nous nous accordons avec les auteurs C. Blanchard et R. J. Blanchard pour affirmer que :

Although the benefits of successful fighting are considerable, there is a negative side as well. Fighting can result in injury, reproductive incapacity, or even death. Additionally, since offensive attack is based on potential gain – of resources, status or both – a decision to fight should reflect the chances of success. A defeated animal not only runs a risk of injury, it also fails to achieve its resource/status goal, wasting time, energy, and other chances for gain in the process. In evolutionary terms, this means that the successful individuals will be those with techniques which enable them to avoid agonistic situations involving serious possibility of defeat or injury, while leaving them to continue in more promising situations.⁶³³

Contrairement à l'homme qui a recours fréquemment à la destruction pure et simple de son adversaire, l'adoption de comportement agressif chez les animaux entraîne rarement le décès d'un rival. Mis à part les situations normales de prédation qui, en raison de leur nature singulière, font appel à des règles complètement différentes, tout indique que les animaux tendent de façon naturelle à éviter les situations qui peuvent entraîner la mort. Même dans les cas où l'affrontement semble inévitable, où la confrontation se présente comme l'unique issue possible, les combats obéissent à des règles spécifiquement développées afin de réduire le risque de blessures fatales. Klaus Immelman affirme que les espèces pouvant infliger des blessures mortelles sont en mesure de parer aux attaques d'adversaires supérieurs en ayant recours à des comportements de soumission. De plus, ces animaux « are protected against them by special protective features of

analysis may involve even more active forms of behaviour, which permit direct comparison of relevant features such as size (compared through juxtapositions of body organs or voice pitch) and strength (wrestling, pushing, shoving, or butting matches provides information). These mutually informative activities are frequently interpreted as displays and signals. At least for the species which we have personally studied, a more prosaic view of the activities seems sufficient: if the relevant comparisons suggest a high probability of defeat for one of the opponents, then this animal will usually cease to dispute. While members of most mammalian species are both willing and competent to inflict injury or death of a conspecific, it would be insanely maladaptive for every conspecific dispute to proceed directly to injury and death, regardless of the importance of the disputed item, or the disproportionality in size or ability of the participants. »

⁶³³ *Id.*, 104.

their hide or skin. Thus, the bites of fighting hippo males or sea lions rarely penetrate the thick layer of fat below the skin, and in male lions the most vulnerable parts of the body are protected by a heavy mane from the bites and claws of their rivals. These adaptations, which contribute to the prevention of serious damage that could be incurred in intraspecific fights, support the hypothesis that intraspecific aggression is meant to displace rather than kill a rival. »⁶³⁴

Si l'adoption de comportements violents, de conduites agressives, est rarement le théâtre de conflits funestes, il demeure que certaines espèces tels les hyènes et les lions n'hésitent pas à tuer leur adversaire afin de conserver leur suprématie au sein du groupe. Contrairement aux situations normales impliquant des membres de la même famille, ce type de comportement se produit généralement entre des bêtes appartenant à des groupes différents, ce qui laisse présager une diminution considérable des mécanismes d'inhibition que l'on retrouve normalement en matière d'agression intraspécifique⁶³⁵. En plus des rivalités existant entre les membres adultes d'une même espèce appartenant à des groupes différents, certains événements spécifiques liés à la survie ainsi qu'à la reproduction de l'espèce peuvent également entraîner la mort de certains animaux. Ces événements ont ceci de particulier qu'ils s'adressent directement aux membres les plus jeunes et les plus démunis du groupe, et qu'ils mettent en scène des acteurs différents. Dans son ouvrage consacré à l'étude du comportement animal, Klaus Immelman déclare que ce type de situations se manifeste, de manière générale, sous deux formes totalement différentes selon que l'agresseur est la mère ou un mâle étranger. Dans le premier cas, l'extermination des petits poursuit un double objectif : elle vise à éliminer les cas les plus problématiques et à assurer, par ricochet, la survie des autres membres du groupe. Cette situation se présente généralement lorsque les petits sont malades, en retard sur leur développement ou tout simplement lorsque les conditions environnantes sont perturbées à un point tel que la mère ne peut plus assurer les soins requis par leur condition particulière⁶³⁶.

⁶³⁴ K. IMMELMANN, *op. cit.*, note 618, p. 132.

⁶³⁵ *Id.*

⁶³⁶ *Id.*, p. 133.

L'infanticide commis par un mâle étranger au groupe initial possède, quant à lui, une fonction entièrement différente de celle appartenant à la première catégorie d'agression. Il n'est pas question ici d'assurer les conditions nécessaires à la survie des petits, mais bien de garantir la reproduction du mâle étranger au sein de la nouvelle famille. Cette situation se présente fréquemment lorsque le mâle dominant d'un groupe (par exemple, une troupe de lions) est supplanté par un autre mâle. Pour assurer sa dominance sur le groupe, le vainqueur tue tous les petits engendrés par son prédécesseur. Malgré son apparente cruauté, l'extermination des lionceaux est une étape importante dans l'intégration du mâle dominant. Cette importance découle essentiellement du fait que la mort des lionceaux provoque chez la lionne l'arrêt de la lactation nécessaire au renouvellement de sa réceptivité sexuelle (*estrus*) ainsi qu'à l'établissement de rapports sexuels avec le nouveau roi⁶³⁷.

Avant de terminer cette partie consacrée à l'analyse du comportement agressif chez l'animal, il convient d'introduire certains commentaires quant à l'effet de renforcement positif que peut avoir une conduite agressive lorsqu'elle permet d'atteindre une fin escomptée. Cette situation, que l'on observe chez la plupart des animaux, à l'état sauvage comme en captivité, explique que certains membres d'un groupe puissent avoir recours plus volontiers à l'agression. Discutant de la valeur instrumentale de l'agression et de son incidence sur le comportement de certains animaux, Pierre Karli observe que « toutes les fois qu'une agression permet d'obtenir un résultat escompté et convoité, l'obtention de ce résultat augmente la probabilité d'une utilisation ultérieure de la stratégie dont l'efficacité vient d'être confirmée. Le résultat escompté peut consister non seulement en une expérience affective plaisante, mais également en la fin d'une expérience déplaisante. »⁶³⁸

⁶³⁷ *Id.*

⁶³⁸ P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 239. Voir également le passage suivant à la page 238 : « Dès lors qu'une situation a été interprétée de telle sorte qu'un comportement d'agression paraît être la stratégie appropriée, la mise en œuvre de ce comportement sera d'autant plus probable que l'expérience aura confirmé qu'il s'agit là d'un moyen d'action efficace qui permet d'atteindre l'objectif visé. Chez l'animal comme chez l'homme, la valeur instrumentale de l'agression fait l'objet d'un apprentissage : le cerveau enregistre les résultats obtenus grâce à l'utilisation de cet instrument, et il en tient compte lorsqu'il analyse ultérieurement la même situation ou une situation analogue. Il est à peine besoin de souligner que, d'un point de vue purement biologique, cette "plasticité" de la mise en œuvre des agressions permet que le comportement de l'individu s'adapte aux conditions changeantes de l'environnement. Nous avons déjà souligné précédemment qu'une "agression tous azimuts" constituerait un véritable non-sens biologique. »

Deuxième sous-section : La guerre

Après avoir décrit les différentes phases menant à l'adoption d'un comportement agressif chez les animaux, il convient de se demander si la guerre existe à l'état sauvage. Sur ce point, l'observation de la nature nous oblige à constater la présence de deux types de conflits pouvant être assimilés à un état de guerre chez les animaux. Ces affrontements, il importe de le préciser, mettent en jeu des groupes appartenant soit à la même espèce, soit à des espèces apparentées.

Le premier type de guerre rencontré chez les animaux implique des membres de la même espèce qui appartiennent à des groupes différents. Cette forme de conflit, généralement observée chez les macaques et certaines bandes de primates, a pour objet l'appropriation d'un territoire et, plus précisément, le contrôle des ressources qui s'y trouvent. La survie du groupe étant le but ultime, l'un des principaux moyens d'y parvenir est l'appropriation par la force de toutes les sources alimentaires ainsi que l'expulsion du groupe le moins fort de « toutes les zones d'habitat sain, fertile et avantageux »⁶³⁹. Une fois le combat terminé, une fois l'issue de l'affrontement scellée, le groupe qui a su s'imposer prend le contrôle du territoire tant convoité. C'est à lui maintenant que revient la responsabilité d'assurer le respect de son intégrité et de ses limites. Quant au groupe vaincu, il est aussitôt chassé du territoire initial, repoussé dans des régions moins propices au développement et à la survie du clan.

La guerre chez les insectes sociaux : Contrairement aux oiseaux, aux reptiles et aux mammifères⁶⁴⁰, certaines espèces d'insectes sociaux, comme les abeilles et les fourmis, empruntent des comportements dont les modalités nous rappellent étrangement la guerre telle que nous la connaissons dans les sociétés humaines organisées⁶⁴¹. Au point de vue instrumental, ce

⁶³⁹ Gaston BOUTHOU, *Traité de polémologie, sociologie des guerres*, Paris, Payot, 1970, p. 111.

⁶⁴⁰ *Id.*, 115.

⁶⁴¹ *Id.*, p. 114. Rapportant le récit fort intéressant et très imagé d'un naturaliste sur un épisode de guerre entre des fourmis sanguines et des fourmis noir-cendrées, l'auteur écrit : « Voici comment un naturaliste décrit ce genre d'expéditions guerrières : après avoir au préalable exploré le pays, les abords de la fourmilière noir-cendrée, qu'il s'agit d'attaquer, les fourmis sanguines envoient de leur nid, un peloton d'avant-garde qui se disperse autour du nid à razzier. Mais de ce nid, les habitantes sortent aussitôt en foule pour faire un mauvais parti aux éclaireurs, dont elles ont très bien deviné les intentions. De leur côté, celles-ci expédient à leur cité des émissaires pour porter des

type de conflit fait appel à des « techniques », à des « tactiques » qui se « manifeste[nt] à travers des combats successifs et par une organisation appropriée en vue d'attaquer ou de se défendre de manière systématique »⁶⁴². Ces faits et ces observations, relate Gaston Bouthoul, dans son *Traité de polémologie*, « revêtent peut-être la valeur d'une expérience cruciale. Car ils montrent que, chez les animaux tout au moins, la guerre, au sens propre du mot, n'existe que là où se rencontrent trois phénomènes : la hiérarchie, le travail organisé et la propriété. »⁶⁴³ L'aspect communautaire, qui domine ces trois niveaux d'activités chez les insectes sociaux, rejaillit bien entendu sur la façon dont ils mènent les combats. Pour Gaston Bouthoul, les insectes font et subissent la guerre à la manière des hommes :

Leurs combats sont de véritables batailles rangées ; ils semblent pratiquer l'attaque par surprise, et l'espionnage qui la prépare et la rend possible. De ce fait, on doit déduire, que selon toute vraisemblance, ils ont la notion de la hiérarchie militaire et du commandement qui décide les attaques et ordonne les dispositions à prendre en vue des opérations militaires. L'issue des combats rapproche encore plus leur comportement de celui des sociétés humaines : les vaincus battent en retraite ou se soumettent, le vainqueur pénètre dans la cité soumise, parfois il s'y installe, en fait de sa demeure, y transfère tout ou partie de ses exploitations. D'autres fois il préfère la piller. [...] Les provisions sont amenées chez le vainqueur, le bétail pucerons y est transféré aussi, très souvent les ouvrières sont amenées au service de la communauté victorieuse, enfin dans des nombreux cas, le vainqueur s'empare des larves et des œufs en cours de couvaison et les emporte chez lui afin de les élever en vue de produire des esclaves.⁶⁴⁴

renseignements et demander du renfort, qu'on ne leur refuse jamais. Entre assaillantes et assaillies, les escarmouches deviennent peu à peu plus nombreuses. L'alarme ne tarde pas à se répandre dans la cité menacée. Quoique décidées à défendre énergiquement leurs foyers, les noir-cendrées ont conscience de leur faiblesse relative ; elles prévoient la possibilité, même la probabilité d'une défaite et songent par avance à sauver, si possible, ce qu'elles ont de plus cher au monde, leurs nymphes, l'espoir de leur république. Pour cela, elles les transportent hors de leurs galeries souterraines, aux abords de la fourmilière, mais du côté opposé de l'attaque, afin de les pouvoir au besoin emporter plus aisément. Simultanément, leurs jeunes femelles s'enfuient du même côté. Mais peu à peu l'assaut devient plus pressant ; l'ennemi parvient sur le dôme même de la cité assiégée ; les noir-cendrées cessent alors une inutile résistance et s'enfuient en emportant leurs nymphes, poursuivies par les ravisseuses. Quelques noir-cendrées folles d'héroïsme, se jettent au milieu des bataillons victorieux et s'efforcent de pénétrer encore dans leur ville et d'en sauver quelques nymphes. Courage inutile : les sanguines occupent bientôt toutes les avenues de la cité vaincue et procèdent à l'enlèvement méthodique des nymphes qu'elle renferme. Des troupes fraîches les viennent aider et une chaîne de porteurs circule incessamment d'un nid à l'autre. Si le pillage ne se peut terminer avant la nuit, les vainqueurs couchent dans la ville prise et continuent, le lendemain, à la dépouiller, à moins qu'ils ne la trouvent préférable à la leur, auquel cas, ils s'y transportent avec leurs larves, leurs nymphes, leurs mâles et femelles, leurs esclaves noir-cendrées, pour le recrutement desquelles ils avaient entrepris l'expédition. »

⁶⁴² *Id.*, p. 115.

⁶⁴³ *Id.*, p. 117.

⁶⁴⁴ *Id.*, p. 116 et 117.

En conclusion, la guerre n'est pas un phénomène propre à l'homme, mais une manifestation concrète de l'existence sociale, de ce lien qui unit les membres d'une collectivité donnée. Derrière l'atrocité qu'elle véhicule, derrière les souffrances qu'elle engendre et le malheur qu'elle répand, la guerre est un instrument dont l'usage s'inscrit dans la poursuite d'objectifs communs et la recherche d'un but concerté (appropriation d'un territoire, expansion d'une zone géographique, accès à certaines ressources, etc.). C'est pourquoi, la guerre fait rage autant chez les hommes que chez certains animaux dont la structure sociale est fondée sur un modèle d'organisation similaire à celui des êtres humains.

Troisième section : La genèse du comportement agressif chez l'être humain

Première sous-section : Le comportement agressif

À l'image de la bête qui, sous l'effet de la menace extérieure, doit recourir à la violence afin de protéger son intégrité physique, son territoire ou sa dominance, l'homme est parfois confronté à des situations difficiles qui le poussent, d'une certaine manière, à envisager le recours à la force. Les situations à l'origine de la violence et de l'agression à caractère défensif varient selon les causes et les formes que peut emprunter la source du péril ou la frustration pressentie. Dans son ouvrage consacré à l'homme agressif, Pierre Karli affirme que les agressions à caractère défensif sont le fait de l'individu «qui se voit confronté à une menace dirigée contre sa vie, sa liberté, sa dignité, ses biens, sa réputation»⁶⁴⁵. Selon l'auteur, «les situations stressantes ou frustrantes sont nombreuses qui peuvent susciter une conduite agressive, surtout si l'individu n'a pas la possibilité de fuir la situation qui l'opprime ou le menace »⁶⁴⁶.

L'agression à visée offensive fait intervenir des émotions, des désirs et des finalités qui diffèrent de ceux impliqués dans l'agression de nature défensive. Ici, l'individu n'est pas la victime

⁶⁴⁵ P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 235.

⁶⁴⁶ *Id.*

impuissante d'une agression, mais l'instigateur volontaire d'une situation où la violence apparaît comme un mode d'action efficace afin de satisfaire l'un de ses désirs (par exemple, plaisirs à faire souffrir un adversaire, désir d'obtenir par la force un bien, etc.)⁶⁴⁷. Après avoir traité de l'agression en tant qu'instrument permettant la satisfaction d'un désir, Pierre Karli mentionne que certaines situations « ne sont pas, par elles-mêmes, génératrices de violence : elles fournissent simplement l'occasion d'une action qui vise à tromper l'ennui et à créer la griserie de l'aventure, ou celle d'une appropriation de biens pour les raisons les plus diverses. Dans ces circonstances, l'agression n'est plus un moyen d'action mis en œuvre pour mettre un terme à une situation jugée intolérable, mais l'instrument mis au service de la satisfaction immédiate d'un désir. »⁶⁴⁸ Au point de vue psychologique, les causes à l'origine de l'adoption de conduites agressives sont donc aussi nombreuses qu'il y a d'ambitions, de convoitises et de vanités, bref qu'il y a d'émotions susceptibles de séduire ou d'aveugler l'homme dans son analyse des coûts et des bénéfices reliés à la commission de l'acte envisagé.

La violence, au-delà de la souffrance qu'elle provoque et du dommage qu'elle engendre, s'inscrit dans une conception utilitaire de l'action qui repose essentiellement sur l'évaluation de ses avantages et inconvénients. Sur ce point, nous sommes d'accord avec Pierre Karli pour dire que la probabilité de comportements agressifs augmente dans la mesure où :

1. La situation est perçue, interprétée et vécue de façon telle que l'agression paraît être la stratégie appropriée ;
2. L'expérience acquise dans cette même situation ou dans des situations analogues a démontré qu'il s'agit là effectivement d'une stratégie qui a toutes les chances d'être efficace ;
3. Rien ne vient vraiment retenir l'agresseur potentiel.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ D.C. BLANCHARD et R.J. BLANCHARD, *loc. cit.*, note 631, 108 : « In many people, the resource dispute continues as a major source of offensive, angry aggression. The people who are most likely to show this in a relatively primitive and unchanged form are small children. One of the surest ways to make a small child angry is to take away a desired toy or other possession away. If the taker-away – the resource disputer, as it were – is another child, then a fight is not unlikely. When such fights do occur, they tend to be bound by the same sorts of inhibitory factors as occur in subhuman mammals: for example, an attack is more likely when the attacker is on his or her own home ground, when the other child is one whom the attacker does not fear, when the attacker has had previous success in reclaiming disputed resources through fighting, and so forth. »

⁶⁴⁸ P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 236.

⁶⁴⁹ *Id.*, p. 197.

En somme, c'est dans la mesure où une conduite permet la réalisation d'un bien escompté que l'action s'impose⁶⁵⁰. L'individu qui assassine son pire ennemi ne le fait pas parce qu'il est animé d'un instinct animal, mais parce qu'il entend satisfaire un désir qu'il juge supérieur aux inconvénients qui peuvent découler de son action (par exemple, le jugement moral, social et pénal de la société). Au même effet, citons le cas d'un terroriste qui, au nom de sa foi ou de ses convictions politiques, fait exploser une bombe dans un avion. Comment interpréter cette décision ? N'est-il pas vrai que de telles actions (tuer des êtres humains) sont *en général* vues comme étant moralement mauvaises ? Oui semble-t-il, mais *absolument parlant*, c'est-à-dire envisagées en fonction des circonstances qui déterminent l'action en cause, elles peuvent apparaître, aux yeux de leur auteur, moralement justifiées. Toutes ces circonstances particulières (identité des victimes, haine envers un groupe formellement identifié, absence d'autres moyens d'action), une fois juxtaposées l'une à l'autre, forment la chaîne de causalité qui déterminera ultimement l'orientation de l'action ainsi que sa perception par son auteur. En résumé, c'est la qualification des circonstances qui colore, d'une manière particulière, la signification morale de l'action projetée. Toute action, aussi répréhensible qu'elle puisse paraître à première vue, peut donc être réalisée dans la mesure où elle est justifiée à la lumière des circonstances et du contexte dans lequel se trouve l'auteur⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ D.C. BLANCHARD et R.J. BLANCHARD, *loc. cit.*, note 631, 111 et 112 : « The goals, motivations, and reinforcements in human offensive attack appear to be straightforwardly related to those of the animal model: one "practical" or "rational" set of motivations, goal, and reinforcements stems directly from the immediate cause of the attack, and involves the remedying of this cause. Thus, in a property dispute the goal (and, if achieved, the reinforcement for attack) is to gain access to, control of, or possession of, the disputed property. When a "rights" dispute is involved, the goal is to assert one's right vis-à-vis the other, and the achievement of this goal is also reinforcing. Moreover, in most serious disputes, there is a parallel and sometimes even more powerful goal of hurting the other person. For some individuals and situations, this goal becomes virtually the sole emotional/motivational force of the dispute, and it is undoubtedly reinforcing; for highly aggressive children, stimuli suggesting hurt or harm to another child (as a consequence of the subject's actions) lead to higher levels of such behaviour. Furthermore, these disparate goals of aggression can and do of course coexist: we have previously reported the self-analysis of an habitual wife abuser who explained that his abuse of his wife always occurred in the context of a quarrel or dispute. In this situation, wife beating ended any quarrel in favour of the husband's viewpoint, and, second, he enjoyed hurting her when he was angry with her. The motivational, goal, or reinforcement value of harm to someone who has previously been successful at challenging one's rights has by no means gone unnoticed in human history: the sweetness of revenge is a theme which has been echoed in many cultures and languages. »

⁶⁵¹ A. CORVISIER, *op. cit.*, note 619, p. 389 et 390 : « Le terrorisme comme arme dissuasive est utilisé depuis la plus haute antiquité pendant les guerres. Les Assyriens, pour ne citer qu'eux, y étaient passés maîtres. Cependant à part quelques réflexions que l'on peut trouver çà et là chez les écrivains classiques, il n'a guère été théorisé comme moyen de conquête des esprits. [...] Le choix de la terreur comme arme de l'État révolutionnaire devait encourager au XX^e

Puisque l'action se rapporte aux émotions et à la raison, aux bénéfiques qu'elle permet d'espérer, peut-être est-il nécessaire d'aborder ces mécanismes qui, de façon continue, agissent sur nous de manière à façonner notre schème d'évaluation. Comme nous l'avons déjà expliqué lors de notre analyse de l'imputabilité, la société joue un rôle significatif dans l'orientation et le contrôle des comportements individuels. Il est bien évident, écrit Pierre Karli, « que l'environnement social fournit à la fois le creuset au sein duquel se structurent la personnalité et nombre de références sur la base desquelles le sujet interprète les situations qu'il rencontre et choisit les stratégies qui lui paraissent appropriées »⁶⁵². Ce rôle que la société exerce grâce à l'action combinée de ses institutions et de la communauté qui l'incarne, n'est pas facilement réparable. Au contraire, les « références », pour employer le terme de Karli, agissent subtilement, de manière quasi invisible, en opérant sous le signe de l'intérêt public, de la communauté universelle ou d'une morale transcendante. Dès lors, que ce soit par l'entremise de la religion – avec ses dogmes, ses enseignements et ses commandements –, de la famille – avec ses mécanismes d'intégration et de socialisation – ou encore du droit pénal – avec ses prescriptions et ses sanctions –, toutes les institutions sociales participent, d'une manière ou d'une autre, à la production d'idéologies et de croyances qui, au moment opportun, sauront s'imposer afin de contrôler au maximum la conduite qu'emprunteront les citoyens⁶⁵³.

siècle un terrorisme révolutionnaire d'opposition agissant par des attentats individuels contre les personnes et les biens, assassinats, incendies, etc. Cette méthode avait d'ailleurs été utilisée antérieurement dans certains pays. Le Proche-Orient dès le Moyen Âge avait connu les assassinats perpétrés par les membres de la secte des Haïchaschins, justifiés aux yeux de leurs auteurs lorsqu'il n'existait pas d'autres moyens d'accomplir la volonté d'Allah, préfiguration des attentats systématiques du Front islamique du salut (FIS) en Algérie. [...] Sans en préciser les modalités, J.-J. Rousseau justifie la terreur mise au service de la vertu afin d'épouvanter le vice. Quoiqu'il en soit, pour les théoriciens du terrorisme, il s'agit d'un moyen pour briser la volonté de l'adversaire. Encore faut-il pour armer des bras, mobiliser quelques esprits. On a pu parler d'un terrorisme culturel qui entend conquérir les cerveaux, les cœurs, les volontés. Cela n'est pas sans liens avec les opérations de lavage de cerveau et de rééducation utilisées sur les populations asservies, notamment sur les prisonniers de guerre ou les prisonniers d'État. Il s'agit d'abord d'introduire le doute sur les valeurs d'une société, puis de les diaboliser. Ainsi des révolutionnaires tiers-mondistes ont-ils tenté d'amener les Occidentaux à douter de leur passé et à considérer l'Occident comme un simple accident de l'histoire. Roger Teibb propose une typologie du terrorisme : terrorisme du dénuement, terrorisme de l'insatisfaction, terrorisme luciférien. Des théoriciens de la subversion ont en quelque sorte présenté une pédagogie de l'insoumission. Il importe de créer un climat de violence et d'enclencher le cycle provocation-répression. Pour cela, point n'est besoins de masses, mais de quelques hommes résolus.

⁶⁵² P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 313.

⁶⁵³ *Id.*

Cette influence déterminante explique la disparité des significations que peuvent revêtir, pour des populations impliquées dans un conflit armé, certains actes d'agression tels que des attaques terroristes, des soulèvements collectifs et des offensives armées contre des cibles gouvernementales ou militaires. En somme, plus un comportement est justifié au sein d'une communauté, plus il a de chances de s'imposer comme solution, peu importe le degré de réprobation initiale dont il était l'objet lorsque examiné en dehors des conditions environnantes. Se penchant sur le rôle que jouent les institutions sociales dans l'adoption de conduites violentes, Pierre Karli affirme que, dans son évaluation du risque encouru et des désagréments découlant d'une conduite agressive, l'homme tient normalement compte des représailles, de la vengeance ou de la sanction pénale qui peuvent intervenir ultérieurement⁶⁵⁴. Cette évaluation englobe, en plus des risques physiques potentiels, ceux liés à la réprobation éventuelle de la communauté. Toujours selon Karli, « les comportements mis en œuvre pour faire face aux difficultés et pour résoudre les problèmes sont profondément influencés par l'attitude générale – de réprobation ou de complaisance – qui prévaut au sein d'une communauté à l'égard des conduites agressives »⁶⁵⁵.

Si le comportement d'un individu repose sur un examen des coûts et des bénéfices qui se rattachent à une conduite, il convient de souligner que certains éléments tels l'alcool et la drogue diminuent, de par leur toxicité, le discernement intellectuel et moral de l'individu et détruisent par le fait même le cadre référentiel à partir duquel il oriente son action. Sans être des facteurs précipitants, l'alcool et les drogues constituent des agents influents au point de vue de la prédisposition ou du déclenchement de conduites violentes et criminogènes. En effet, d'après Pierre Karli, la drogue « joue un rôle important dans l'adoption de comportements agressifs, car elle affecte le contrôle que le sujet est en mesure d'exercer sur lui-même, et elle augmente ainsi la probabilité d'apparition d'une réponse impulsive, peu réfléchie, pauvrement contrôlée. Aussi

⁶⁵⁴ *Id.*, p. 244.

⁶⁵⁵ *Id.* Voir aussi les commentaires de l'auteur à la p. 245 : « Là où les conduites agressives sont tolérées, voire encouragées, elles vont de pair avec une dévalorisation systématique de l'adversaire, qui lève un frein et facilite ainsi l'agression (conformément au proverbe bien connu : "qui veut noyer son chien, l'accuse de la rage"). Les Yanomani du Venezuela, dont il a déjà été question et qui vivent dans un climat permanent de persécution et d'agression, développent un solide mépris envers tous ceux qui ne font pas partie de leur parentèle ou de leur communauté d'appartenance ; la terminologie de l'agression est d'ailleurs dérivée d'un terme qui recouvre "une catégorie qui sémantiquement, a valeur d'infra-humanité". De façon générale, il est bien connu que tous les persécuteurs sont convaincus – ou s'efforcent de se convaincre – que leurs victimes sont des "moins que rien" et qu'il convient donc "de les écraser comme des punaises". »

longtemps qu'elle n'altère pas les capacités motrices du sujet, la consommation d'alcool augmente la fréquence des comportements d'agression dans diverses situations, chez l'animal comme chez l'homme. »⁶⁵⁶ L'effet que produisent l'alcool et la drogue sur la capacité d'une personne d'apprécier la qualité morale de ses actes est tellement important que certaines milices africaines droguent les enfants recrutés pour commettre des exactions sur des populations civiles.

Deuxième sous-section : La guerre et le génocide

A. La guerre offensive

À l'image du comportement agressif dont elle constitue l'expression absolue, la guerre chez l'homme se divise en deux catégories selon qu'elle est de nature offensive ou défensive. La guerre offensive, c'est la violence dans sa forme la plus pure et la plus absolue, c'est la guerre dans tout ce qu'elle comporte de douleurs et d'atrocités. Comme toute forme d'agression, la guerre doit nécessairement s'inscrire dans une « stratégie » visant à promouvoir l'atteinte d'un bénéfice escompté. Au point de vue psychologique, la guerre offensive prend sa source dans cette volonté de puissance et dans ce sentiment de supériorité qui, sous l'effet combiné d'une dévaluation de l'ennemi et d'une glorification des agresseurs, s'incruste dans l'esprit des citoyens. Intensément ressentis, ces éléments détruisent le sentiment d'humanité qui pourrait s'opposer à la volonté de puissance ou faire contrepoids au désir de domination. Descartes reconnaît lui-même ce principe essentiel : « On a quasi permission de tout faire, pourvu qu'on retire quelque avantage pour soi et pour ses sujets, et je ne désapprouve pas en cette occasion qu'on accouple le renard avec le lion et qu'on joigne l'artifice à la force. »⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ *Id.*, p. 237.

⁶⁵⁷ G. BOUTHOU, *op. cit.*, note 639, p. 85.

B. La guerre défensive

Contrairement à la guerre offensive, la guerre défensive vise à protéger l'intégrité du territoire national, les convictions religieuses de la population ou la sécurité même de la communauté concernée. Comme l'explique Gaston Bouthoul dans son *Traité de polémologie*, la guerre défensive, « c'est la guerre de celui qui n'en a pas envie et qui est obligé de se battre parce qu'il est attaqué. En un mot, l'impulsion belliqueuse est moindre ou inexistante. Il ne s'agit que d'un réflexe vital de défense. »⁶⁵⁸ Malgré son faible niveau d'agressivité initial, il serait tout à fait erroné de croire que la guerre défensive est nécessairement moins violente que la guerre offensive⁶⁵⁹. Au contraire, la population étant repoussée dans ses derniers retranchements, toute riposte porte en soi un soupçon de légitimité, une présomption de validité qui la justifie en même temps qu'elle l'encourage. Comme l'indique Montesquieu dans une formule célèbre : « La vie des États est comme celle des hommes, ceux-ci ont le droit de faire la guerre pour leur propre conservation. »⁶⁶⁰ Cette vision grandiose de la guerre, fondée sur le droit naturel d'un État à se défendre, est importante dans la mesure où il n'est pas rare d'assister à une véritable permutation du rôle des États belligérants. Désormais, les personnages changent de rôle : le prédateur devient la proie et la victime, l'agresseur. « Par exemple, à partir de l'année 1944, la guerre devint défensive pour les Allemands qui se virent attaqués de partout. »⁶⁶¹ Le statut des États en guerre varie selon les circonstances et les événements. Mais il arrive également que ce renversement soit

⁶⁵⁸ G. BOUTHOU, *op. cit.*, note 639, p. 452.

⁶⁵⁹ C. VON CLAUSEWITZ, *op. cit.*, note 619, p. 475 et 476 : « Dans le sens propre de l'expression, se défendre c'est résister au choc de l'ennemi. Or pour résister à un choc il faut attendre qu'il se produise. Le caractère général de la défense est donc l'attente : c'est elle qui imprime le caractère défensif à une action, et elle seule qui distingue la défense de l'attaque. Mais la passivité étant absolument contraire à la nature de la guerre, cette définition ne peut s'appliquer à la défense que lorsqu'on considère celle-ci d'un point de vue tout à fait général. En effet, si la défense bornait exclusivement son action à la stricte résistance et ne ripostait jamais à l'attaque, elle abandonnerait la direction à cette dernière et la laisserait ainsi maîtresse de continuer, de suspendre ou même de finir la guerre à son gré. La résistance ne peut donc être que relative, et la défense modifiant fréquemment sa forme générale doit passer, au courant de l'action, tout d'abord de la parade à la riposte, puis à l'occasion de cette dernière à l'attaque. [...] L'action défensive comporte donc des actes offensifs à chacun de ses degrés, qu'il s'agisse de combats, de batailles ou de campagnes. Dans une bataille défensive on peut, par exemple, employer offensivement ses divisions isolées, dans une campagne défensive on peut rechercher le combat, et même quand on se contente de faire face à l'ennemi qui charge, les boulets qu'on lui envoie ont quelque chose d'offensif. Il ne faudrait donc pas se représenter cette forme de guerre comme un simple bouclier, mais comme un tissu d'actions habiles qui font office de bouclier. »

⁶⁶⁰ G. BOUTHOU, *op. cit.*, note 639, p. 85.

⁶⁶¹ *Id.*, p. 452.

artificiel, c'est-à-dire qu'il ne réponde plus à la réalité mais soit entretenu essentiellement afin de maximiser la participation de la communauté à l'affrontement qui fait rage. Dans ce cas, l'habileté des hommes d'État et les raffinements de la propagande « parviennent à brouiller les cartes vis-à-vis de l'opinion publique. Rien n'est plus facile que de travestir une guerre d'agression en une guerre défensive. On se proclame offensé ou même menacé par le voisin. Lorsque l'impulsion belliqueuse devient forte dans un groupe, la présence de ses voisins lui devient insupportable. Leurs croyances, leurs lois sont des objets de réprobation et de dégoût. Tout en eux irrite et appelle le châtement. Leur existence à elle seule est une provocation. »⁶⁶²

Dans la mesure où la guerre constitue le paroxysme de la violence, l'apogée de l'agressivité dans tout ce qu'elle comporte de monstruosité, elle doit s'appuyer sur des causes qui en justifient l'avènement. La notion de cause juste, développée notamment par Cicéron, et reprise subséquemment par saint Augustin et saint Thomas d'Aquin constitue l'une des premières justifications à l'origine du recours aux armes⁶⁶³. Cette manière de voir la guerre, d'envisager son opportunité, voire sa nécessité, plonge ses racines dans la nuit des temps⁶⁶⁴. N'est-ce pas Dieu lui-même qui déclara, dans Isaïe 66 : « C'est par le feu que l'Éternel exerce ces jugements, c'est par son glaive qu'il châtie toute chair. Et ceux que tuera l'éternel seront en grand nombre [...] et quand on sortira on verra les cadavres des hommes qui se sont rebellés contre moi. »⁶⁶⁵ L'idée d'un ordre divin, du triomphe de Dieu et de la Chute du Mal sous-tend la notion de juste cause. Elle détermine la signification morale de la guerre et apporte un éclairage nouveau sur les rapports qui unissent la guerre, sa finalité, et sa légitimité⁶⁶⁶. Si Dieu, par une prescription spéciale, écrit saint Augustin,

⁶⁶² *Id.*

⁶⁶³ *Id.*, p. 52.

⁶⁶⁴ *Id.*, p. 45 : « "Tu dévoreras tous les peuples que l'Éternel, ton Dieu, va te livrer, tu ne jetteras pas un regard de pitié sur eux et tu ne serviras leur Dieu car ce serait un piège pour toi..." (DEUTÉRONOME, 6-7). "C'est sur l'ordre exprès de Dieu que la guerre commence et rien ne se fait sans lui : 'ne sois point effrayé, l'Éternel est au milieu de vous. L'Éternel ton Dieu chassera peu à peu ces nations loin de ta face... il les mettra complètement en déroute et fera disparaître leur nom de dessous les cieux'" »

⁶⁶⁵ *Id.*, p. 45.

⁶⁶⁶ *Id.*, p. 51 : « Sans doute, il ne faudrait pas tuer les païens, non plus que les autres hommes, si l'on avait un autre moyen d'arrêter leurs invasions et de les empêcher d'opprimer les fidèles. Mais dans les circonstances présentes, il vaut mieux les massacrer que de laisser la verge des pécheurs suspendue sur la tête des justes, et que de laisser les justes exposés à commettre aussi l'iniquité. Quoi donc ? S'il n'était jamais permis à un chrétien de frapper avec le

« ordonne de tuer, l'homicide devient une vertu »⁶⁶⁷. On retrouve la même formule dans l'éloge de saint Bernard destiné aux Templiers : « Le Chevalier du Christ tue en conscience et meurt tranquille : en mourant, il fait son salut ; en tuant, il travaille pour le Christ. Subir ou donner la mort pour le Christ n'a d'une part, rien de criminel, et de l'autre, mérite une immensité de gloire »⁶⁶⁸.

L'Église elle-même rattache la guerre à Dieu et inscrit la violence à l'intérieur d'un ordre spirituel dont l'existence et la légitimité sont absolues. Ce faisant, elle paralyse les inhibitions naturelles et donne libre cours aux pires atrocités⁶⁶⁹. La guerre n'est plus une éventualité, mais une nécessité, un ordre de Dieu. Rien maintenant ne peut plus écarter l'individu des droits chemins de la guerre. Tout se déroule comme si la réalité s'était évanouie pour se réveiller dans une dimension diamétralement opposée aux enseignements divins. Dorénavant, la cruauté devient une vertu. Discutant de la prise de Jérusalem par les armées occidentales, Raymond d'Agille ne peut s'empêcher de s'émerveiller devant tant d'atrocités :

glaive, le précurseur du Christ aurait-il seulement recommandé aux soldats de se contenter de leur solde ? Ne leur aurait-il pas plutôt interdit le métier des armes ? Mais il n'en est pas ainsi, et bien au contraire. Porter les armes est permis, à ceux-là, du moins, qui ont reçu leur mission d'en haut, et qui n'ont pas fait profession d'une vie plus parfaite. De plus qualifiés, en est-il, je vous le demande, que ces chrétiens dont la puissante main tient Sion, notre place forte, pour notre défense à tous, et pour que les transgresseurs de la loi divine étant chassées, la nation sainte, gardienne de la vérité, y ait un sûr accès ? Oui, qu'ils dispersent, ils en ont le droit, ces gentils qui veulent la guerre ; qu'ils suppriment ceux qui nous troublent ; qu'ils boutent hors de la cité du Seigneur tous ces ouvriers d'iniquités qui rêvent de ravir au peuple chrétien ses inestimables richesses enfermées dans Jérusalem, de souiller les Saint Lieux et de s'emparer du sanctuaire de Dieu. »

⁶⁶⁷ *Id.*, p. 50.

⁶⁶⁸ *Id.*, p. 51.

⁶⁶⁹ Cette vision n'est pas unique aux chrétiens, elle est également partagée par les musulmans. En effet, voir G. BOUTHOU, *id.*, p. 54 et 55 : « Pour le Coran la propagation de l'Islam par les armes est un devoir religieux. "Peu s'en fallut même que la Guerre Sainte ne devînt un des devoirs fondamentaux de l'Islam". La guerre est un idéal, un ordre de Dieu : "faites la guerre à ceux qui ne croient pas en Dieu ni au jour dernier, qui ne regardent point comme défendu ce que Dieu et son apôtre ont défendu : et à ceux d'entre les hommes des Écritures qui ne professent pas la vraie religion. Faites-leur la guerre jusqu'à ce qu'ils paient le tribut de leurs propres mains et soient soumis (Sourate 9, verset 29). Quand vous rencontrerez les infidèles, tuez-les jusqu'à en faire un grand carnage, tuez-les partout où vous les trouverez, combattez-les jusqu'à ce qu'il n'y ait plus désaccord et que seul subsiste le culte d'Allah ; combattez dans les sentiers d'Allah". Le guerrier est irresponsable de l'homicide : "ce n'est pas vous qui tuez, c'est Dieu." Et enfin, "les braves tombés sur les champs de bataille montreront au ciel comme des martyrs, leurs péchés seront pardonnés... ceux qui auront succombé dans les chemins d'Allah, Allah ne laissera point périr leurs œuvres." Le fameux paradis de Mahomet, passé en formule, est réservé aux seuls guerriers morts en combattant : "faites le sacrifice de vos biens et de vos personnes... Dieu vous pardonnera vos offenses, il vous introduira dans les jardins où coulent les fleuves". (Sourate 9 29, VIII verset 17, XLVII versets 4 et 5) »

On vit des choses admirables, écrit le chanoine. On voyait dans les rues et sur les places de la ville des monceaux de têtes, de mains, de pieds. Les hommes et les chevaliers marchaient de tous côtés à travers les cadavres. [...] Dans le Temple et dans le Portique on marchait à cheval dans le sang jusqu'aux genoux du cavalier et jusqu'à la bride du cheval. [...] Juste et admirable jugement de Dieu qui voulut que ce lieu même reçut le sang de ceux dont les blasphèmes l'avaient si longtemps souillé. Spectacles célestes [...] dans l'église et dans toute la ville, le peuple rendait grâce à l'Éternel. Tous embrasés de pieuses pensées se livraient à des actes de miséricorde : ceux-ci confessaient leurs péchés ; ceux-là répandaient des aumônes.⁶⁷⁰

Nous sommes bien loin ici de la miséricorde chrétienne et de l'idéal de paix enseignés par le Christ. Entre la guerre juste prônée par les chevaliers de Dieu et l'apocalypse mené par les armées de Satan, la marge est mince. Un bon soldat, écrit l'évêque de Munster, « doit avoir aussi peu de compassion que le diable »⁶⁷¹.

Alors que la tradition médiévale, sous l'impulsion de la doctrine de saint Bernard, attribue les «deux glaives de l'apôtre Pierre» aux autorités spirituelles et temporelles, la Renaissance, en opérant un prodigieux transfert du pouvoir politique à l'État, fonde le droit de guerre sur l'idée de souveraineté⁶⁷². Le concept de cause nécessaire devient en vogue et chasse celui de juste cause. Machiavel incarnera cette nouvelle tendance : « Toute guerre est juste dès qu'elle est nécessaire »⁶⁷³. D'où la célèbre formule *la fin justifie les moyens*. En effet, il faut défendre sa patrie, affirme l'homme politique italien, « soit avec ignominie, soit avec gloire, tous les moyens sont bons pourvu qu'elle soit défendue »⁶⁷⁴. Véritable apologiste de la guerre, Machiavel déclara : « La guerre est la vraie profession de quiconque gouverne ; c'est pour avoir négligé les armes et

⁶⁷⁰ *Id.*, p. 51 et 52.

⁶⁷¹ *Id.*, p. 53.

⁶⁷² J. HUNTZINGER, *op. cit.*, note 23. G. BOUTHOU, *op. cit.*, note 639, p. 83 : « Le principe nouveau, qui préoccupe tant les rois que les juristes, est l'idée de souveraineté. Et l'on voit poindre alors cette idée, qui sera fort exploitée ensuite, que les souverains sont les grands fauteurs de guerre. La Boétie parlera, dans son traité *De la Servitude volontaire*, de ces "nations, opiniâtres en leur mal et aveugles en leur bien" que le maître "mène à la boucherie" comme les exécuteurs de sa vengeance, et laissant "emporter le plus clair de leur revenu, piller leur champ, voler leurs maisons et meubles anciens et paternels". »

⁶⁷³ *Id.*, p. 84.

⁶⁷⁴ *Id.*

leur avoir préféré les douceurs de la mollesse qu'on a vu des souverains perdre leurs États. »⁶⁷⁵ Ce qui se dessine derrière cette valorisation de l'État, derrière cette célébration de la souveraineté, c'est un nouveau pouvoir de faire la guerre, une nouvelle justification du recours à la force en tant que moyen visant la destruction pure et simple de l'adversaire. Là où l'homme du Moyen Âge voyait le besoin d'étendre le royaume de Dieu, l'homme de la Renaissance voit plutôt la façon d'élargir les frontières de l'État, d'acquérir des richesses, d'améliorer le gouvernement et d'affermir le pouvoir du prince. À une justification fondée essentiellement sur le pouvoir spirituel, sur l'ordonnance divine, les hommes préfèrent désormais les intérêts de l'État, comme justification beaucoup plus concrète mais tout aussi puissante. C'est dans cet esprit que Napoléon dira plus tard : « J'ai versé du sang et je le devais, j'en verserai peut-être encore, mais sans colère, parce que le sang entre dans les prescriptions de l'État. »⁶⁷⁶

Quatrième section : L'évaluation de la responsabilité morale et pénale des personnes impliquées dans des conduites agressives

Après avoir cerné les différentes étapes menant à l'utilisation de la violence comme mode privilégié d'action, il convient, à ce stade, d'établir la responsabilité morale et pénale de ceux qui manifestent une conduite agressive et criminogène.

Première sous-section : La responsabilité pénale découlant des crimes de droit commun (approche individuelle)

Comme nous l'avons déjà expliqué, l'agressivité est le résultat d'un dialogue, d'une interaction entre l'environnement et le sujet, entre les bénéfices escomptés et les coûts reliés à l'activité donnée. Il y a donc autant de violence qu'il y a d'ambition, de vanité, d'orgueil, de peur et de convoitise, bref, qu'il y a de motifs pouvant s'imposer au détriment des autres critères

⁶⁷⁵ Cité dans J. HUNTZINGER, *op. cit.*, note 23, p. 28.

⁶⁷⁶ G. BOUTHOU, *op. cit.*, note 639, p. 85.

impliqués dans l'analyse comparée. Si la finalité d'une action (but recherché) justifie l'adoption d'une conduite agressive (moyen) au point de vue psychologique, elle demeure toutefois indifférente au niveau criminel. En effet, le mobile ne fait pas partie de l'infraction, ni de la *mens rea*. L'insensibilité de la justice pénale face aux objectifs que poursuit l'individu lors de la perpétration du crime apparaît avec éclat en matière d'homicide et plus particulièrement dans le cas de meurtre par compassion. En effet, l'accusé qui tue son enfant lourdement handicapé pour mettre fin à ses souffrances sera accusé du même crime que celui qui assassine par pur plaisir. Que l'individu soit un honnête citoyen ou le pire des sociopathes, que la finalité du crime soit juste ou mauvaise, peu importe. Ce qui compte est la conjugaison, la rencontre, au point culminant de l'infraction, de la capacité et de l'élément mental prévu par la loi. Ainsi, d'après le juge Dickson dans l'arrêt *Lewis c. La Reine* :

Il existe une différence en droit pénal entre le terme "intention" et "mobile". En droit criminel dans la plupart des cas, le *mens rea* se réfère à l'"intention", c'est-à-dire l'exercice d'une libre volonté d'utiliser certains moyens pour produire certains résultats plutôt que "mobile", c'est-à-dire ce qui précède et amène l'exercice de la volonté. L'élément moral d'un crime ne contient ordinairement aucune référence au mobile.⁶⁷⁷

C'est dans cette optique qu'il faut envisager la signification pénale des infractions contre la personne. L'individu qui commet un crime agit toujours dans le but d'atteindre une fin spécifique ou de satisfaire un besoin quelconque. Prenons les deux exemples précédents. Le père qui s'apprête à tuer sa fille pour la délivrer de ses souffrances est déchiré entre, d'une part, le besoin de soulager son enfant et, d'autre part, la peine qu'il ressent, les remords qui l'assaillent et la crainte de conséquences pénales. Quant au sociopathe, il oppose les plaisirs que lui apporte la mort de ses victimes aux risques de se faire prendre par la police (il n'éprouve aucun remords, donc ce facteur n'entre aucunement en ligne de compte). Cette comparaison achevée, il passe à l'acte. Dans les deux cas, l'auteur du meurtre sera sanctionné par la loi, indépendamment du mobile de son crime. Selon la juge McLachlin dans *R. c. Théroux*, « [u]ne personne n'échappe pas à une déclaration de culpabilité pour le motif qu'elle croit qu'elle ne fait rien de mal. Il s'agit de savoir si l'accusé était subjectivement conscient que certaines conséquences résulteraient de ses actes [...]. Le sentiment personnel de l'accusé à l'égard du caractère moral ou honnête de l'acte

⁶⁷⁷ *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, 831.

ou de ses conséquences n'est pas pertinent. »⁶⁷⁸ Les commentaires de John Smith et Brian Hogan dans leur ouvrage consacré au droit pénal anglais abondent dans le même sens : « If D causes an *actus reus* with *mens rea*, he is guilty of the crime and it is entirely irrelevant to his guilt that he had a good motive. The mother who kills her [...] suffering child out of motives of compassion is just as guilty as is the man who kills for gain. »⁶⁷⁹ Le principe en semblable matière est donc bien arrêté. Là où il y a intention de tuer ou d'agresser une personne, il y a en général responsabilité et culpabilité pénale. Il ne s'agit pas d'évaluer le mobile qui anime l'accusé, son intention ultérieure, mais bien d'apprécier son action d'un point de vue matériel et juridique. En somme, le droit criminel ignore la fin pour considérer uniquement les moyens employés afin d'atteindre celle-ci.

Deuxième sous-section : La responsabilité pénale découlant des crimes commis en temps de guerre

A. La responsabilité morale et pénale des soldats en temps de guerre

En soumettant le soldat à un entraînement basé essentiellement sur l'humiliation, l'asservissement et la valorisation de la guerre, l'armée prépare l'individu à un monde où la mort et la violence règnent en maître absolu. À travers cette apologie de la violence, c'est tout le rapport entre la société, ses valeurs et l'individu qui se renverse : la violence devient la vie et la pitié, la mort. Dans cette iconographie de la souffrance, la guerre ressemble à un jardin où la haine et la violence s'entrechoquent dans une chorégraphie funeste, dans un spectacle macabre mettant en scène la mort de l'homme et l'extermination de l'Autre. Par un étrange contraste, les anciennes valeurs font place à de nouvelles valeurs guerrières. L'homme, cet être créé à l'image de Dieu, se métamorphose en machine de mort. Dans cette aquarelle de souffrance où se mélangent la douleur et la folie, le rouge et le noir, la responsabilité disparaît. Qui peut blâmer le soldat d'avoir obéi, dans le feu de l'action meurtrière, aux ordres qui lui sont adressés par ses supérieurs ? Sur ce point, il faut proclamer l'impuissance du droit criminel traditionnel et reconnaître, une fois pour toutes, ses limites. En un mot, il faut laisser aux règles de la guerre le droit de fixer des barrières, d'établir

⁶⁷⁸ R. c. *Théroux*, précité, note 558, 18.

⁶⁷⁹ J.C. SMITH et B. HOGAN, *op. cit.*, note 8, p. 81.

un seuil de tolérance en deçà duquel la communauté doit reconnaître l'impunité des intervenants et au-delà duquel elle doit sanctionner les abus.

B. La responsabilité morale et pénale des participants à un génocide

S'il faut reconnaître les limites que se sont fixées les États dans la réglementation de la guerre, il ne faut pas confondre la guerre proprement dite et les actions dirigées directement contre les membres d'une population donnée⁶⁸⁰. Dans ce dernier cas, il ne fait aucun doute, la communauté doit intervenir en sanctionnant les auteurs de ces atrocités. « Mais sur quels fondements ? », demande-t-on. Sur la base d'une responsabilité subjective, d'une faute présumée relevant d'une conscience plus ou moins innée de la nature immorale de ces actes ? Nous ne le croyons pas. Comme nous l'avons souligné à maintes reprises dans ce chapitre, l'analyse psychologique des facteurs à l'origine de la violence chez l'homme exclut la présence d'une moralité immanente et transcendante qui serait en quelque sorte enfouie dans notre héritage biologique, codée dans les fibres de notre conscience individuelle et collective⁶⁸¹. Si ce n'est plus

⁶⁸⁰ Ce type d'action ne recouvre pas uniquement les massacres à grande échelle mais aussi les actions plus ciblées comme le massacre de My Lai. Voir sur ce point Michael WALZER, *Guerres justes et injustes*, Paris, Belin, 1999, p. 413 et 414 : « Il s'agit d'un acte d'infamie qu'il est à peine besoin de rappeler. Une compagnie de l'armée américaine pénétra dans un village vietnamien où les militaires s'attendaient à affronter des combattants ennemis, mais ils ne trouvèrent que des civils, des vieillards, des femmes et des enfants ; ils entreprirent de les tuer en les abattant isolément ou en les rassemblant par petits groupes, insensibles à leur détresse évidente et à leurs supplications, et ne s'arrêtèrent qu'après avoir massacré entre quatre et cinq cents victimes. Or, pour prendre la défense de ces soldats, on a prétendu qu'ils avaient agi, non pas dans l'ardeur du combat (puisqu'il n'y en avait pas), mais sous l'emprise de la violence imposée par une guerre brutale qui était en fait, bien que non-officiellement, une guerre contre l'ensemble du peuple vietnamien. Dans cette guerre, poursuivait-on, ils avaient été amenés à tuer sans prendre le soin d'établir aucune discrimination, encouragés par leurs propres officiers et contraints par leurs ennemis dont la tactique consistait à se dissimuler parmi la population civile. Tout cela est vrai, du moins en partie ; et pourtant, le massacre est radicalement différent de la guerre de guérilla, si brutale soit-elle, et tout tend à prouver que les soldats de My Lai faisaient la différence. En effet, alors que certains d'entre eux n'hésitèrent pas à participer au massacre, comme poussés par le désir de tuer sans risque, il s'en trouva quelques-uns pour refuser d'utiliser leurs armes et d'autres à qui l'on dut donner l'ordre de tirer trois ou quatre fois avant qu'ils puissent s'y résoudre. D'autres encore prirent tout simplement la fuite ; l'un d'entre eux se tira une balle dans le pied pour ne pas prendre part à la tuerie ; un sous-officier tenta héroïquement d'arrêter le massacre en s'interposant entre les paysans vietnamiens et ses camarades. Beaucoup de ses compagnons, on le sait, furent malades et obsédés par la culpabilité dans les jours qui suivirent. My Lai ne fut pas le prolongement d'un combat terrifiant et frénétique, mais un carnage systématique et organisé "en toute liberté". »

⁶⁸¹ Voir également *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S.701, 874 : « Puisque les actes illégaux en droit international, à l'égard desquels l'entente de Londres a établi une responsabilité criminelle individuelle, étaient également des plus blâmables du point de vue moral, et que les auteurs de ces actes étaient certainement conscients de leur nature immorale, on peut difficilement considérer que la rétroactivité de la loi appliquée à leur égard est tout à fait contraire à la justice, qui exigeait la punition de ces hommes, en dépit du fait que, dans le cadre du droit positif, ils ne pouvaient être punis à

à la faute morale, à la responsabilité traditionnelle que s'adresse la punition des auteurs de ces crimes odieux, sur quoi établit-elle ses prises ? Sur la réalisation purement matérielle de ces actes, répondons-nous. Sur la somme objective des atrocités commises.

Dans cette substitution d'objets, «les vieux partenaires du faste punitif», l'intention et la faute pénale «cèdent la place»⁶⁸². Désormais, la responsabilité traditionnelle doit se retirer au profit d'une responsabilité fondée non plus sur la conjonction de la loi et de la faute, mais bien sur l'apparition d'une éthique fondamentale, d'une éthique visant à imposer une nouvelle pensée, une nouvelle manière d'envisager l'homme dans son rapport avec l'humanité. Véritable fait de guerre, diront certains. Privilège accordé aux vainqueurs, penseront d'autres. De quel droit la communauté internationale peut-elle imposer sa conception de l'homme ? Question difficile, s'il en est une. Il est important tout d'abord de ne pas confondre la mise en valeur des droits de l'homme avec l'apparition d'une nouvelle guerre juste, d'une croisade entreprise au nom de la conscience moderne. En effet, il n'est pas question ici d'imposer un ordre équivalent, mais bien d'instituer les bases d'une éthique dont la structure et les objectifs reposeraient sur le respect de l'Autre, sur la valorisation de la non-souffrance et sur la conservation de l'homme. Le projet serait grandiose : nous serions en passe d'élaborer une philosophie, une éthique, un homme de l'avenir⁶⁸³. À la responsabilité traditionnelle doit succéder, en matière de génocide, une responsabilité nouvelle.

l'époque où ils ont commis les actes rendus punissables rétroactivement. Si deux postulats de la justice entrent en conflit, le plus important doit prévaloir. Punir ceux qui étaient moralement responsables du crime international de la Seconde Guerre mondiale peut certainement être considéré comme plus important que de respecter la règle plutôt relative contre les lois adoptées après le fait, susceptible de tant d'exceptions.

⁶⁸² M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p 24.

⁶⁸³ P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 341 : « La tâche ne peut être que rude, de longue haleine, et elle ne souffre pas la facilité. Mais la grandeur de l'homme n'est-elle pas dans la libre acceptation des exigences inhérentes au sens qu'il entend donner à sa vie ? À partir de là, nous savons fort bien de quels matériaux nous avons absolument besoin. Tout d'abord l'espoir, dont la flamme peut certes vaciller mais qui ne doit jamais s'éteindre. Ce n'est pas notre civilisation technicienne, dépourvue d'âme, qui pourra l'entretenir. Car le progrès technique peut certes nous rendre plus riches, plus puissants, et nous débarrasser de certaines nuisances tout en créant d'ailleurs d'autres. Mais il ne saurait nous rendre "meilleurs", c'est-à-dire plus chaleureux, plus ouverts, plus tolérants, plus justes, plus fraternels. Tout en laissant la raison, ce merveilleux instrument de connaissance et de lucidité, investir tout l'espace qu'elle doit éclairer, il importe de réhabiliter les sentiments, car c'est aussi (surtout ?) affectivement que je saisis mon être et que je m'attache à l'autre. Le respect de la dignité de l'autre, la prise de conscience et la prise en considération de ses besoins et de ses aspirations requièrent une chaleur humaine sans laquelle ces notions ont peu de chances de quitter le niveau du discours pour s'inscrire dans une vivante réalité. Or, l'affectivité est peu valorisée, refoulée, voire tournée en dérision ; pire que cela, elle est exploitée pour mieux contraindre l'autre, à des fins qui n'ont rien à voir avec l'amour du prochain. »

En effet, « le mot hébreu pour responsable (*ahrai*) comprend à la fois le mot autre (*aher*) et le mot frère (*ah*), ce qui suggère qu'être responsable c'est faire de l'autre, du différent, non pas le même, mais son frère »⁶⁸⁴. Cette responsabilité objective (bien qu'elle doive nécessairement admettre les causes de non-imputabilité) repose au point de vue éthique sur la présence des trois objectifs que sont la suppression de la souffrance, la punition de tous les acteurs impliqués dans les génocides et l'émergence d'une éthique favorisant le respect de l'homme et de la dignité humaine⁶⁸⁵.

Conclusion

L'homme est-il condamné à la souffrance et à la douleur, à répéter inlassablement les erreurs du passé ? Voilà la question. À cet égard, l'observation historique nous oblige à constater la permanence et l'universalité de la violence. De là l'urgence d'une responsabilité qui tienne compte à la fois des valeurs et des objectifs que véhicule la société dans son ensemble. Là où il y a la liberté, il y a la volonté et la responsabilité. L'homme, en choisissant sa conduite, assume les conséquences morales et pénales de ses actes. D'un point de vue individuel, cette règle va de soi. N'est-ce pas saint Thomas d'Aquin qui disait, à la suite d'Aristote, « que le rapport qu'on trouve, dans la faculté intellectuelle de connaître, entre l'intelligence et la raison, se trouve dans l'appétit, entre la volonté et le libre arbitre, qui n'est rien d'autre que le pouvoir de choisir »⁶⁸⁶.

Malgré l'efficacité et le bien-fondé des principes qui sous-tendent depuis des siècles la responsabilité pénale, le droit criminel fonctionne à l'intérieur d'un système dont la portée se réduit au moment présent. Quoique ce type de responsabilité convienne parfaitement aux objectifs des différents États dans leur lutte contre le crime, il apparaît rapidement insuffisant au point de vue international et, plus spécifiquement, en matière de violence commise à l'égard d'une population

⁶⁸⁴ Mylène BAUM-BOTBOL, « Après vous, Monsieur », dans M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 51, à la page 52.

⁶⁸⁵ C. BIRMAN, *loc. cit.*, note 37, 31 : « Ainsi prend son sens le plus compréhensif la formule du rituel juif traditionnel qui dit : "Et rassemble-nous, tous ensemble, des quatre coins de la terre." C'est ce rassemblement qui fait d'un peuple un peuple et qui, plus largement, rapporte l'humanité à elle-même. Il compose les dimensions de l'existence sociale matérielle, politique, éthique et communicationnelle pour donner subsistance à l'être collectif légitime, et par là à l'individualité personnelle de chacun. »

⁶⁸⁶ T. D'AQUIN, *op. cit.*, note 43, tome 1, quest. 83, art. 4, p. 724.

donnée. En effet, la responsabilité traditionnelle n'a pas été conçue pour «penser l'avenir». Le savoir, écrit Hans Jonas, « aussi bien que le pouvoir, étaient trop limités pour incorporer l'avenir plus lointain dans la prévision, bien plus, pour inclure la planète entière dans la conscience d'une causalité personnelle »⁶⁸⁷. Plutôt que de s'interroger sur la place de l'homme, sur la qualité de son existence et de ses obligations envers son Frère, le droit criminel se rattache au présent, aux effets négatifs de la liberté. En frappant l'individu du «signe négatif et univoque» de la condamnation⁶⁸⁸, le droit criminel s'attaque au mal, à son extériorisation immédiate. S'il remplit efficacement sa vocation traditionnelle en assurant un quadrillage efficace et ponctuel des conduites criminogènes, sa structure demeure inadéquate pour régir la responsabilité en matière de génocide. Cette situation milite en faveur de la création d'une nouvelle éthique, d'une éthique de l'avenir dans laquelle seraient mises en question les valeurs humaines et la promotion des droits de l'homme. « La fondation d'une telle éthique, qui ne reste plus liée au domaine immédiatement intersubjectif des contemporains, doit s'étendre jusqu'à la métaphysique qui seule permet de se demander pourquoi les hommes doivent exister au monde ; donc, pourquoi vaut l'impératif inconditionnel de préserver leur existence pour l'avenir. »⁶⁸⁹ Sur cette question, nous sommes d'accord avec Bernard Edelman pour dire que « la responsabilité à l'égard de la vie de l'humanité ne se démontre pas plus que l'on ne démontre que l'homme est humain ; la maxime : " Que les hommes soient ! " est la cause de l'humanité et, en tant que telle, le premier principe éthique dont tous les autres doivent découler »⁶⁹⁰.

« Tu ne dois pas faire à l'autre ce que tu ne voudrais pas que l'on te fasse ! » (*quod tibi fieri non vis alteri ne feceris*)⁶⁹¹. Voilà à notre sens le véritable principe universel, le point de

⁶⁸⁷ Passage cité dans M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 91.

⁶⁸⁸ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 16.

⁶⁸⁹ M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 91.

⁶⁹⁰ B. EDELMAN, *loc. cit.*, note 620, 139.

⁶⁹¹ Voir à ce sujet LIVRE DE TOBIE, 4 : 15 : « Ce que toi-même tu n'aimes pas, ne le fais à personne. » Pour la formule positive de ce précepte, voir l'ÉVANGILE SELON SAINT LUC, 6 : 31 : « Comme vous désirez que les hommes vous traitent, traitez-les pareillement. » ; ÉVANGILE SELON SAINT MATTHIEU, 7 : 12 : « Tout ce que vous voudriez qu'on vous fit à vous-mêmes, faites-le à autrui. C'est toute la Loi et les Prophètes. »

convergence de la grande majorité des religions et de tous les enseignements moraux⁶⁹². Si l'homme, dans son for intérieur, n'a pas la conscience innée que tuer est moralement mauvais, il possède, par contre, la capacité de se projeter dans l'Autre. Comme l'indique Matthew Hale dans son exposé intitulé *Of Doing As We Would Be Done Unto* :

After a man hath consider the action what it is, is for a man to consider, whether he would that another should do that action to him; and if he would not, he hath thereby given to himself that rule and measure and determination of the question, whether he ought or not to do it to another, without any curious inquiry or speculation, touching the justice or injustice, regularity or irregularity of the action, according to niceties and school distinctions. His own sense is the judge; so that as the eye doth see and discern this colour to be one, and that to be another; this to be white, and that to be black; or at least discerns this grateful, that harsh, insipid, distasteful, offensive, without any philosophical, or logical argumentation; even so a man may easily find that this, if it were done by another to me, would be grievous and offensive, and distasteful, and in my own judgement, uncharitable and unjust.⁶⁹³

Un peu plus loin, l'auteur poursuit son analyse avec assurance:

The consequence and conclusion, and the final decision that is thereupon to be made, is this. I must not therefore do it to him, and I must not do it upon these two accounts:

⁶⁹² T. THIRLWALL, *The Works, Moral and Religious of Sir Matthew Hale, Knt.*, 1er vol., London, R. Wilks, 1805, p. 379 et 380 : « Though it be a compendious precept, yet it is a comprehensive precept, and such as contains the whole duty of man to others. There was well known, not only among the Jews, but among the heathens, the prohibitory part of this precept; namely *quod tibi fieri non vis alteri ne feceris* [What you would not have done to thyself, do not to another]. We find it among the ancient Jews, Tobit iv. 15. And among the ancient heathens; insomuch, that one of the Roman emperors caused it to be written in letters of gold, as his choice motto, in several parts of his palace. And, indeed, that negative precept contains very much of moral righteousness, because it extends to the prohibition of all acts of injustice or unrighteousness; but this precept of the Gospel doth not only virtually prohibit all acts of injustice and unrighteousness, but it doth expressly command and enjoin all acts of charity, goodness, and beneficence; and consequently is a precept not only of moral justice, but of evangelical perfection, far beyond whatever the choicest heathen moralist ever required, or so much as thought of, as shall be in due time shewn. And yet, farther, it doth not only comprehend all the subjects or matter of moral justice and Christian charity, which is a large and comprehensive subject, but it directs, likewise, the manner of it – Do ye even so to them, with the same sincerity, and integrity, and simplicity, and affection of heart, as you would have it done to you. As it is a compendious and comprehensive, so it is plain and perspicuous, and self-evident rule; it sends not a man to consult with this or that philosopher, schoolman, or casuist, to be resolved touching the thing to be foreborne or done, but sends a man to himself, and to that in himself which is most evident to himself; namely, what he would wish to be done to himself in the like condition; which, if a man will be but as honest to himself as he may, he can easily determine and judge. So that of this precept I may say, as Moses doth elsewhere concerning the law: "Behold! This commandment which I command thee this day, is not hidden from thee, neither is it afar off. It is not heaven, & c. neither it is beyond the sea, & c. But the word is very nigh unto thee, in thy mouth, and in thy heart, that thou mayest do it." »

⁶⁹³ *Id.*, p. 412.

(1) Because the Son of God hath brought from heaven, and from the great Monarch of the whole world, unto me, that I must not do that to another which I would have another do to me; and if there were no other obligation upon me but this command, it is enough to enjoin my observance.

(2) If there were no such express commands given me, yet the very precept itself includes a most evident conviction of an eternal and indispensable justice in it; for if I judge this action should not be done to me, and that it were unjust and unreasonable if it were so done, why should I go about to do that to him, that I would condemn as unjust if done to me?⁶⁹⁴

Dans un souci de claret et de concision remarquable, Hale termine son analyse en démontrant la validité et le caractère universel de l'axiome *Tu ne feras pas à l'autre ce que tu ne veux pas que l'on te fasse*. En effet, selon l'illustre magistrat :

[T]he resolution of this whole decision seems to be into this syllogism.

1. Whatever I would not that another should do to me, I may not do to him.
2. But this action now under deliberation, is such that I would not another should do to me.
3. Therefore I may not do to it to him.⁶⁹⁵

Sur ce point, l'auteur conclut ainsi :

The evidence of the truth of the major proposition is grounded upon the clearest evidence.

1. Of the Divine Command.
2. Of the intrinsical justice of the precept itself.

The evidence of the minor is the clearest evidence that can be; for I do most certainly know what action is that I am about to do; and again, I do most certainly know, that I would not have another do is action to me: I know it as well as I know I can see or feel; and therefore the conclusion is most certain and infallible.⁶⁹⁶

Il est évident que les croyances religieuses de Matthew Hale exercent une influence déterminante sur son analyse, mais l'auteur ne se contente pas d'explications mystiques. Au

⁶⁹⁴ *Id.*, p. 413.

⁶⁹⁵ *Id.*, p. 414.

⁶⁹⁶ *Id.*

contraire, il brise le carcan traditionnel dans lequel fut enfermée depuis des siècles la célèbre maxime pour se lancer dans une véritable démonstration de ses fondements rationnels. Là où plusieurs se sont arrêtés, Hale persiste et prouve de façon convaincante qu'au-delà de l'explication dogmatique fondée sur une prescription divine, la validité de la règle peut être démontrée par l'effet combiné du raisonnement déductif et de la logique discursive.

Conclusion générale

L'introduction de l'intention dans le paysage juridique anglo-saxon à la fin du XII^e siècle est un fait bien connu des historiens du droit. Pendant longtemps, il a été pris comme un phénomène soudain, comme une révélation, qui sous l'effet combiné du droit romain et canonique, s'était répandu dans l'esprit des magistrats pour s'implanter dans la conscience de la population anglaise. Si la montée de l'intention juridique à l'époque est bien visible, si sa contribution à l'adoption de lois plus justes et plus soucieuses de la volonté de l'homme semble évidente, comment expliquer cette apparition soudaine ? En effet, comment cette silhouette à la fois si étrange mais si familière a-t-elle pu surgir aussi rapidement ? Pourquoi de l'union archaïque du droit romain et du droit canonique est née un jour, et ce jour-là, l'idée de l'intention ? La réponse est simple. Elle semble inscrite en chacun de nous. L'intention, dans ses formes souterraines et secrètes, a toujours existé. Elle n'était peut-être pas synthétisée, codée dans un langage juridique, mais elle était bien là, enfouie dans le corps de l'homme, cachée derrière ses actions, comme un secret, comme une étrange vérité qui n'attendait qu'à se manifester.

L'analyse philosophique et psychologique du monopole de l'être humain en matière de responsabilité pénale

Depuis des siècles, la responsabilité pénale est étroitement associée à la capacité d'agir librement. D'après le mode de pensée dominant à l'époque, l'homme détient le monopole de la responsabilité criminelle. Du haut de ce promontoire céleste, où Dieu l'a placé, il contemple son royaume et veille à préserver son héritage juridique. Cet héritage, l'homme le détient d'un droit de naissance. N'est-il pas, comme les Saintes Écritures l'enseignent, créé à l'image de Dieu ? N'a-t-il pas su, grâce à sa raison et à sa liberté, échapper aux « sourdes menaces de la bestialité »⁶⁹⁷, à l'innocence de l'enfance et aux dangers de la folie ? Dans cette vision onirique de la création, l'homme « croit qu'il voit clair, et qu'il est la juste mesure des choses »⁶⁹⁸ ; la connaissance qu'il

⁶⁹⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 38.

⁶⁹⁸ *Id.*, p. 41.

a – qu’il croit avoir – du monde le confirme dans sa supériorité ontologique. Fort de cette volonté de puissance, de ce sentiment de supériorité, l’homme procède à une véritable classification nosographique des formes de la folie et des espèces animales. Tout ce qui échappe à la nature humaine doit être catégorisé et classé selon un ordre et une méthode définis qui rappellent les grandes classifications de la fin du XIX^e siècle. En réduisant les animaux à des automates, en définissant la folie d’une manière négative « comme un mal parmi les maladies, comme un phénomène de la nature qui se développe à la fois dans la nature et contre elle »⁶⁹⁹, l’homme proclame son altérité et confirme sa souveraineté sur un monde qui se définit en termes d’intelligence et de liberté.

Si cette vision de la création domine depuis des siècles la pensée occidentale, il est permis, à l’aube de ce troisième millénaire, de remettre en question le bien-fondé de cette perception. En effet, l’homme n’est pas l’unique créature capable d’agir intentionnellement ou librement. Au contraire, l’observation scientifique confirme également la présence d’une certaine forme de connaissance et de liberté chez les enfants, les aliénés et les animaux. Comme l’indique le philosophe italien Vittorio Vico, « il n’existe pas de principes immuablement ancrés dans l’organisme qui déterminent nos manières de faire des expériences, de penser et de construire »⁷⁰⁰. Tout est question de connaissances, de besoins et de buts. Ainsi, l’enfant qui réclame un jouet le fait en fonction des plaisirs que celui-ci procure. L’aliéné qui, en proie à des idées délirantes, tue une personne, fonde son action sur une connaissance inadéquate mais subjective de la réalité. L’animal qui chasse une proie le fait selon des techniques et des méthodes apprises en bas âge. Si l’homme ne possède pas le monopole de la connaissance et de la liberté, sur quoi peut-il établir les bases de sa souveraineté en matière pénale ? Sur sa propre nature, répondons-nous. En effet, l’homme est responsable parce qu’il est à la fois l’architecte et l’objet de la responsabilité pénale. C’est pour lui que les autorités édictent des lois et prévoient des sanctions. Ces prescriptions, il va de soi, ne prétendent pas régir l’environnement animal, présider à l’éducation des enfants ou déterminer les limites de l’activité quotidienne des aliénés, mais bien tracer les règles qui visent essentiellement à contrôler l’espace social dans lequel l’homme vit. En inscrivant les

⁶⁹⁹ *Id.*, p. 92.

⁷⁰⁰ Cité dans E. VON GLASERFELD, *loc. cit.*, note 65, p. 33.

enseignements de la loi pénale dans un langage juridique accessible uniquement à l'homme, le droit criminel s'adresse à celui-ci et seulement à lui. En un mot, si l'être humain est l'unique détenteur du privilège de la sanction étatique, c'est parce qu'il est le seul organisme vivant capable de comprendre les enseignements de la loi et d'orienter sa conduite en fonction de celle-ci.

(i) La connaissance de la loi en droit pénal

C'est dans la mesure où l'homme est capable de comprendre les commandements de la loi et d'y obéir qu'il est tenu de rendre compte pénalement de ses actes. La responsabilité pénale, enseignent les criminalistes, recherche la faute et promeut sa sanction. Fidèle à ses objectifs de punition et de dissuasion, la responsabilité doit mordre dans quelque chose de plus que la simple matérialité de l'acte ; elle doit prendre prise sur cette conscience qui prend le pari de défier la loi. Par rapport à l'individu, la faute s'articule donc sur deux axiomes fondamentaux, à savoir la connaissance de la loi et sa transgression volontaire. Si le droit s'obstine impunément à sanctionner ceux qui, malgré leur diligence raisonnable, ne sont pas en mesure de connaître ou de repérer les interdictions de la loi, il doit admettre l'inutilité morale de son châtement et l'abandon de sa vocation initiale au profit d'une vision quasi liturgique de l'efficacité juridique⁷⁰¹. En reconnaissant l'importance qu'occupe la connaissance de la loi dans la genèse de l'acte volontaire et dans la production de la faute morale, notre ambition est d'attirer l'attention sur la dénivellation troublante qui sépare aujourd'hui le terrain de la connaissance objective de la loi et celui de sa connaissance subjective.

Ce décalage de plus en plus important entre la fiction et la réalité mérite qu'on s'y attarde. La punition est-elle devenue un simple instrument cognitif, une méthode visant à éduquer, à contrôler la population par la sanction ? La question se pose. Bien qu'il soit impossible d'y répondre avec certitude, il est tout à fait à propos de s'interroger sur l'inflation vertigineuse qui frappe, depuis déjà quelques années, la législation pénale en matière réglementaire. Cette inflation, il va de soi, entraîne une véritable complexification de la législation. Désormais, tout est objet de

⁷⁰¹ Voir Catherine LABRUSSE-RIOU, « Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit », dans M. VACQUIN (dir.), *op. cit.*, note 30, p. 94, à la page 106 : « La valeur symbolique du droit pénal cède le pas à l'efficacité. »

réglementation. Les plantes, les fruits, les méthodes de vente, la grosseur des poissons, rien n'échappe au regard inquisiteur du législateur. Résultat : le volume des lois augmente à un rythme si rapide qu'il est de plus en plus difficile pour l'homme d'orienter efficacement son action. La loi, qui à l'origine devait servir de guide pour le citoyen soucieux de la respecter, devient sous le poids écrasant de sa démesure, de moins en moins accessible. De toute évidence, l'adage *nul n'est censé ignorer la loi* est à bout de souffle. S'il est impossible et peu souhaitable d'écarter la célèbre maxime, d'arracher ses racines que le temps a patiemment développées, on s'accorde généralement pour dire qu'elle a besoin d'un élagage qui devra tenir compte à la fois de la véritable connaissance du citoyen et de sa bonne foi vis-à-vis de la loi.

(ii) Le libre arbitre ou la capacité d'obéir à la loi

Après avoir fixé les paramètres de la connaissance chez l'homme, cherché en quoi elle se distingue de la connaissance chez les enfants, les aliénés et les animaux, il convenait de s'interroger sur la nature du libre arbitre en droit criminel, second critère impliqué dans la genèse d'une imputabilité propre à l'homme. Est-ce que le libre arbitre est une notion exclusive aux êtres humains ? Est-ce que l'homme est le seul être capable de choisir, parmi le répertoire de possibilités qui s'offrent à lui, la conduite qui convient à ses besoins, à ses désirs ? Nous répondons par la négative. Comme nous l'avons déjà expliqué, l'homme est un organisme cognitif et, à ce titre, c'est à lui que revient la responsabilité de construire ses actions et de modeler son présent. À l'image des enfants, des animaux et des aliénés dont il se distingue juridiquement, l'homme possède en lui le principe de ses actes et la capacité de se déterminer librement. Dans les circonstances où il peut dire oui, il peut aussi dire non. Là où il peut agir, il peut également s'abstenir d'agir. Si la liberté est, contrairement à l'opinion générale, une matrice commune à l'ensemble des êtres vivants, sur quel fondement peut-on établir la capacité de l'homme au regard de la sanction pénale ? Tout indique qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de définition universelle et intemporelle du libre arbitre en droit criminel. En effet, le libre arbitre est une notion philosophique dont le contenu est difficile à saisir nettement. Ce qui est clairement défini – et définissable – par contre, c'est une version juridique du libre arbitre qui s'exprime dans le cadre d'une démarche visant à tracer les limites chronologiques et géographiques de la capacité criminelle. En déterminant la qualification ou la disqualification du sujet vis-à-vis de la sanction

pénale, la notion de capacité permet à l'être humain d'accéder aux régions de la responsabilité, à ce nouveau royaume sur lequel il maintient son règne absolu.

L'examen de la culpabilité ou de la *mens rea* en droit pénal

Si la capacité, en confirmant l'aptitude de l'individu à répondre pénalement de ses actes, expose ce dernier à la sanction, encore faut-il que ce pouvoir, que cette puissance se concrétise dans la commission d'un acte matériel auquel se rattache un élément de faute en particulier. Ce n'est pas parce qu'un individu est capable de commettre un crime qu'il a nécessairement la volonté, l'intention de le faire. En un mot, l'imputabilité n'entraîne pas nécessairement la culpabilité. Sera pénalement responsable de ses actes, par conséquent, l'individu qui réunit, au moment de la réalisation du crime, les deux composantes essentielles de toute infraction, soit la capacité et la faute. Sans imputabilité, sans culpabilité, il ne saurait exister de faute morale, ni de responsabilité pénale. Malgré des fonctions différentes, l'imputabilité et la culpabilité représentent deux versions complémentaires de la même approche visant à repérer les individus et les conduites qui méritent d'être sanctionnés. Il n'est donc pas étonnant de constater le lien étroit qui unit depuis des siècles ces deux concepts. C'est que, d'une manière générale, l'imputabilité et la culpabilité forment un tissu homogène, une structure dynamique dont les rouages fonctionnent suivant une séquence et un ordre préalablement établis. Tout d'abord, il importe de constater l'imputabilité. En effet, **(1)** l'individu est-il capable d'obéir à la loi, est-il apte à déterminer intelligemment et librement sa conduite ? Si la réponse est affirmative, nous passons à la seconde étape, c'est-à-dire à l'analyse de la culpabilité. **(2)** L'accusé avait-il l'intention de commettre l'infraction? Était-il insouciant à l'égard du résultat ? Son comportement dénote-t-il un niveau de négligence justifiant l'intervention de la justice pénale? Si oui, l'arrimage entre l'imputabilité et la culpabilité, entre la capacité et la faute est assuré. Dès lors, l'individu peut être sanctionné, marqué du « signe univoque et infâmant de la condamnation pénale »⁷⁰².

⁷⁰² M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 132, p. 16.

L'émergence de la violence chez l'homme : explications et responsabilité

De tout temps, l'homme a voulu se démarquer de l'animal, faire ressortir les différences et les attributs que le distinguent de la bête. Dans cette quête d'individualisation, l'homme proclame sa supériorité et revendique sa domination sur les puissances du monde animal. En s'élevant jusqu'à Dieu, l'homme accède à la lumière de la vérité. N'est-il pas, à l'image de son créateur, capable de discerner le bien du mal, le juste de l'injuste. Si l'homme, cet être suprême, participe de l'essence de Dieu, comment expliquer les atrocités qu'il impose à sa propre race ? Pourquoi de cette union privilégiée de la sagesse et de la raison découle un flot incessant de violence et de destruction ? Si ce n'est pas Dieu qui se révèle dans l'action de l'homme, qui se profile derrière les coups d'épée ? L'animal ! répondent plusieurs. Les « animaux impossibles », issus des entrailles fumantes de la terre, « sont devenus la secrète nature de l'homme »⁷⁰³, son ultime révélation. Et lorsque dans l'action et la destruction, l'homme a recours à la violence, c'est à son héritage biologique, à cette fatalité qui serait liée à la résurgence de la bête en lui que l'homme l'attribue. Aveuglé par la rage, dominé par la haine, l'homme, cet animal raisonnable, perd sa rationalité et se métamorphose en cet être vil qu'il a toujours si féroce­ment combattu.

Si cette vision de l'homme et, plus largement, de la violence n'est plus aujourd'hui partagée, elle a néanmoins le mérite d'avoir descendu l'homme de son piédestal. En effet, l'homme n'est pas parfait. Il tient d'une nature qu'il n'a jamais véritablement domestiquée. Comme l'indique si bien Michel Foucault dans son *Histoire de la folie*, « l'esprit de l'homme, dans sa finitude n'est pas tellement une étincelle de la grande lumière qu'un fragment d'ombre »⁷⁰⁴. À l'image de l'animal, l'homme choisit sa conduite au terme d'un processus de sélection qui consiste essentiellement à comparer les bénéfices et les coûts qu'engendreront ses actions. Comme l'animal, il incline de façon naturelle dans la direction de son bien-être, vers la solution qui semble s'imposer. Si l'homme, dans sa nature secrète et dans son essence originelle, n'est pas tout à fait Dieu ni un animal, il reste néanmoins maître de son destin, capable du meilleur et du pire et,

⁷⁰³ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 31.

⁷⁰⁴ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 41.

surtout, capable d'orienter son avenir⁷⁰⁵. C'est dans cet esprit d'optimisme qu'il faut interpréter les mots d'espoir de Pierre Karli :

La vraie liberté dont chacun de nous a le plus grand besoin n'est pas de celles qui se quémangent et qui s'octroient, mais celle qui se mérite et qui conquiert, fruit d'une quête personnelle exigeante. Il faut beaucoup respecter l'autre et sa dignité pour avoir le courage de lui dire et pour éviter de le tromper. Jean Cocteau nous a avertis que, "pour gagner la partie", il nous fallait "jouer ou tricher". Nous avons déjà beaucoup triché et, le moins qu'on puisse dire, c'est que nous n'y avons rien gagné. Bien au contraire, nous ne pouvons nous empêcher de voir, dans nos moments de lucidité, s'ouvrir l'abîme sous nos pas. Il ne reste donc que le premier terme de l'alternative : jouer cœur. Pussions-nous mieux accueillir le plus beau des messages qui nous interpelle plus que jamais : "Aimez-vous les uns les autres !" ⁷⁰⁶

Le cercle est maintenant fermé. Que faut-il conclure de nos réflexions ? Qu'il faut se méfier des systèmes bien charpentés, de ces discours parfaits qui, une fois prononcés, accèdent aussitôt à la vérité. Peut-être, mais aussi et surtout que le droit criminel est, comme tout autre phénomène historique, une force vive, une puissance dont l'énergie ne peut être entièrement maîtrisée. En effet, le droit criminel n'aime pas les théories. Si nous avons cédé à la tentation de proposer une vision globale de la responsabilité pénale, une proposition susceptible de s'appliquer ici comme ailleurs, ce n'est pas tellement dans le but d'échafauder les structures d'une nouvelle vision de la responsabilité⁷⁰⁷, mais de secouer la quiétude avec laquelle on accepte d'entrée de jeu les explications traditionnelles. Il est vrai qu'il n'est pas facile d'écarter les revendications séculaires de l'homme en matière de libre arbitre et d'intention; de reconnaître les ramifications déjà profondes de l'intention au moment de l'introduction dans le paysage juridique anglo-saxon des premières formes de droit pénal. Mais une constatation s'impose : l'histoire de la responsabilité pénale, de son apparition et de son évolution à l'horizon du droit criminel, n'est ni simple, ni facile.

⁷⁰⁵ P. KARLI, *op. cit.*, note 617, p. 341 : « Chacun de nous est libre de préférer l'amour à la haine et la justice à l'iniquité, de préférer à une société de domination et de mépris une société de reconnaissance et de valorisation mutuelles. Les actes qui traduisent un engagement fondé sur une réflexion personnelle sont des actes libres par excellence. J'ajouterai que, dans une étude récente, Paul Scott arrive à la conclusion que c'est aussi l'homme qui a inventé les guerres qui ensanglantent notre planète et que, au plan proprement biologique, rien ne s'oppose à ce qu'il réinvente la paix. »

⁷⁰⁶ *Id.*, p. 343 et 344.

⁷⁰⁷ Toute la réflexion sur la notion d'acte volontaire et sur le besoin d'un minimum de capacité en droit pénal existe depuis des siècles en philosophie et en droit pénal. Ce que nous proposons, en fait, ce n'est pas tellement une nouvelle manière de voir la responsabilité, mais un véritable retour aux enseignements de Hale et de Blackstone.

Elle est ponctuée de ces petits changements, de ces bouleversements qui, à peine surgis des profondeurs de la nuit, « disparaissent de la surface des choses comme de fugitives apparences »⁷⁰⁸, comme des feux dont le scintillement éclaire la trajectoire de la responsabilité morale et criminelle.

⁷⁰⁸ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 34, p. 33.