

L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale

FRANCIS VILLENEUVE MÉNARD

Volume 47, numéro hors-série, 2017

Les 10 ans du premier rapport sur la judiciarisation des personnes itinérantes : suites et effets dans la recherche

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1040521ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1040521ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Villeneuve Ménard, F. (2017). L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale. *Revue générale de droit*, 47, 149–176. <https://doi.org/10.7202/1040521ar>

Résumé de l'article

La régulation de la manifestation par le droit prend de nombreux visages : injonctions, règlements municipaux relatifs aux troubles de la paix et de l'ordre public, lois sur la circulation routière, infractions criminelles, etc. La multiplication des normes juridiques applicables à la manifestation, jumelée à un durcissement des pratiques policières lors d'événements de ce type, entraîne depuis une vingtaine d'années une judiciarisation accrue des manifestants et des manifestantes au Canada, phénomène auquel cet article s'attarde. L'auteur entend démontrer que, malgré le recours de plus en plus fréquent au droit pénal réglementaire, le droit criminel continue d'occuper une place de choix dans l'arsenal législatif à la disposition des forces de l'ordre. C'est particulièrement le cas de l'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal. Or, un examen de la définition contemporaine de cette notion séculaire révèle de nombreuses tensions avec certains principes censés être au cœur du droit criminel moderne, à savoir le principe de légalité, l'idée de faute individuelle et celle d'un droit tourné vers le passé.

L'infraction d'attroupement illégal dans la régulation de la manifestation : un embarras pour la théorie pénale

FRANCIS VILLENEUVE MÉNARD*

RÉSUMÉ

La régulation de la manifestation par le droit prend de nombreux visages : injonctions, règlements municipaux relatifs aux troubles de la paix et de l'ordre public, lois sur la circulation routière, infractions criminelles, etc. La multiplication des normes juridiques applicables à la manifestation, jumelée à un durcissement des pratiques policières lors d'événements de ce type, entraîne depuis une vingtaine d'années une judiciarisation accrue des manifestants et des manifestantes au Canada, phénomène auquel cet article s'attarde. L'auteur entend démontrer que, malgré le recours de plus en plus fréquent au droit pénal réglementaire, le droit criminel continue d'occuper une place de choix dans l'arsenal législatif à la disposition des forces de l'ordre. C'est particulièrement le cas de l'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal. Or, un examen de la définition contemporaine de cette notion séculaire révèle de nombreuses tensions avec certains principes censés être au cœur du droit criminel moderne, à savoir le principe de légalité, l'idée de faute individuelle et celle d'un droit tourné vers le passé.

MOTS-CLÉS :

Attroupement illégal, manifestation, criminalisation, principe de légalité, mens rea, criminalité de groupe, prévention.

* L'auteur est avocat et étudiant à la maîtrise en droit à l'Université d'Ottawa. Cet article s'inscrit dans le cadre de recherches menées pour son mémoire de maîtrise, lesquelles ont été financées par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, le Fonds de recherche du Québec — Société et culture, les bourses d'études supérieures de l'Ontario ainsi que l'Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier l'ensemble des participants et participantes au colloque « Les dix années du premier rapport sur la judiciarisation des personnes itinérantes : suites et effets dans la recherche » et, plus particulièrement, Marie-Ève Sylvestre, sa directrice de recherche, pour leurs commentaires sur une version préliminaire du présent article. Il souhaite aussi exprimer sa gratitude aux évaluateurs et évaluateuses anonymes pour leur lecture attentive et leurs judicieuses suggestions.

ABSTRACT

The legal regulation of social protest takes many forms: injunctions, municipal by-laws relating to breaches of the peace and public order, traffic regulations, criminal offences, etc. The multiplication of legal norms, combined with a harshening of police practices during demonstrations, led to an increased criminalization of protesters in Canada in the last twenty years. Focusing on this phenomenon, the author argues that in spite of the increasing use of regulatory offences, criminal offences continue to be an important tool in the hands of authorities. This is particularly true in the case of the offence of being a member of an unlawful assembly. Yet the current definition of this age-old notion reveals a number of tensions with central tenets of modern criminal law, namely the principle of legality, the idea of an individual fault, and its post hoc orientation.

KEY-WORDS:

Unlawful assembly, demonstration, criminalization, legality principle, mens rea, group criminality, prevention.

SOMMAIRE

Introduction	150
I. Le droit criminel dans un réseau complexe de gouvernance de la manifestation	154
A. La multiplication des outils de régulation de la manifestation . .	154
B. La « criminalisation » de la protestation sociale au sens strict . . .	159
II. L'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal à l'aune des principes légitimateurs du droit criminel moderne	163
A. Les principes légitimant le droit criminel moderne	163
B. L'attroupement illégal : une notion floue, préventive et collective	168
Conclusion	175

INTRODUCTION

Le rapport de recherche préparé par Céline Bellot et ses collaboratrices en 2005 sur la judiciarisation des populations itinérantes à Montréal, dont ce numéro célèbre les dix ans, a bien mis en lumière le fait que les infractions les plus souvent reprochées aux personnes en situation d'itinérance étaient des infractions mineures : consommation

d'alcool, entrave à la circulation, présence dans des lieux publics à des heures interdites, etc.¹. Pour ces chercheuses, « [l]a paix et l'ordre public sont donc la trame générale de la judiciarisation de la population itinérante à Montréal »², judiciarisation qui se manifeste surtout par l'émission de constats d'infraction en vertu de règlements municipaux. Comme elles l'expliquent, le vagabond est vu depuis longtemps comme un marginal, et la rue est devenue au tournant de la révolution industrielle un « espace de danger »³, insalubre et habité par des misérables de tout poil. La présence de personnes en situation d'itinérance dans l'espace public contribue dès lors pour plusieurs à accroître le sentiment d'insécurité des citoyens, voire, pour les tenants de la théorie du carreau cassé, la criminalité⁴. Bref, c'est au nom du « risque » posé par les populations itinérantes qu'on justifie d'ordinaire leur judiciarisation⁵.

La judiciarisation des manifestants et des manifestantes suit un schéma similaire. Après tout, eux aussi sont souvent considérés comme des marginaux : selon un récent rapport présenté à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 56,7 % des Québécois auraient une opinion négative à leur endroit⁶. Par ailleurs, la participation citoyenne à la vie démocratique au moyen de la manifestation est elle aussi tributaire de l'existence d'espaces publics, d'« espaces de représentation »⁷, c'est-à-dire de lieux où il est possible d'être vu et entendu⁸. Or, ces espaces publics sont aujourd'hui réduits comme une peau de chagrin, notamment en raison de transformations dans la

1. Céline Bellot et al, *Judiciarisation et criminalisation des populations itinérantes à Montréal*, rapport de recherche préparé pour le Secrétariat national des sans-abri, octobre 2005, aux pp 9–10, en ligne : <www.rapsim.org/docs/rapport_Bellot_05_VF.pdf>.

2. *Ibid* à la p 54.

3. *Ibid* à la p 12.

4. Voir généralement George L Kelling et James K Wilson, « Broken Windows », *The Atlantic* (mars 1982), en ligne : <www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465>. Pour une critique théorique et empirique de la « Broken Windows Theory », voir Bernard E Harcourt, *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

5. Bellot et al, *supra* note 1 aux pp 23–24.

6. Pierre Noreau et al, *Droits de la personne et diversité*, rapport de recherche remis à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2015 à la p 12, en ligne : <www.crdp.umontreal.files/site/101/2016/01/Rapport_Final_Diversite_Droits_Commission_2016.pdf>.

7. Don Mitchell, *The Right to the City: Social Justice and the Fight for Public Space*, New York, Guilford Press, 2003 à la p 129.

8. Sur le concept de visibilité, voir Marie-Ève Sylvestre et al, « Le droit est aussi une question de visibilité : l'occupation des espaces publics et les parcours judiciaires des personnes itinérantes à Montréal et à Ottawa » (2011) 26:3 RCDS 531.

démographie urbaine et l'aménagement du territoire, ce qui a entraîné leur « privatisation », laquelle se traduit avant tout par la montée en popularité d'espaces privés, tels les centres commerciaux, au détriment des centres-villes et des places publiques⁹. La possibilité de manifester sur une telle propriété privée est alors sujette au bon vouloir du propriétaire du lieu, du moins selon l'état actuel du droit canadien¹⁰. Qui plus est, les espaces publics subsistants sont eux aussi de plus en plus gouvernés selon la même logique de consommation, d'ordre et d'homogénéité, d'où l'expression de « disneyfication » de l'espace urbain, employée par de nombreux géographes, urbanistes et architectes¹¹. Ces espaces publics sont ainsi soumis à un contrôle de plus en plus étroit, ce qui a des conséquences sérieuses non seulement pour les personnes en situation d'itinérance, mais aussi pour celles qui désirent descendre dans la rue à des fins expressives¹². Les manifestations,

9. Voir Margaret Kohn, *Brave New Neighborhoods: The Privatization of Public Space*, New York et Londres, Routledge, 2004; Lynn A Staeheli et Don Mitchell, « USA's Destiny? Regulating Space and Creating Community in American Shopping Malls » (2006) 43:5–6 *Urban Studies* 977.

10. Voir *Harrison c Carswell*, [1976] 2 RCS 200, 1975 CanLII 160 (CSC) (le propriétaire d'un centre commercial peut interdire à une employée de l'un de ses locataires de faire du piquetage sur un trottoir de ce centre dans le cadre d'une grève légale). Bien que cette décision ait été rendue avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte canadienne*], qui garantit les libertés d'expression et de réunion pacifique, la juge en chef McLachlin a réaffirmé depuis, à deux reprises, en *obiter dictum*, que le droit à la liberté d'expression ne s'étend pas aux propriétés privées, sauf en cas d'action étatique : voir *Montréal (Ville) c 2952-1366 Québec Inc*, 2005 CSC 62 au para 62, [2005] 3 RCS 141, juge en chef McLachlin et juge Deschamps; *Comité pour la République du Canada c Canada*, [1991] 1 RCS 139 à la p 228, 1991 CanLII 119 (CSC). Sur ce point, voir Kent Roach et David Schneiderman, « Freedom of Expression in Canada » (2013) 61 *SCLR* (2d) 429 à la p 482. Voir aussi Patrick Forget, *Sur la manifestation: le droit et l'action collective*, Montréal, Liber, 2005 aux pp 87–95. Notons qu'en pratique, même dans le cas d'une manifestation tenue sur une propriété privée sans l'approbation du propriétaire de celle-ci, il y aurait vraisemblablement pareille action étatique entraînant l'application de la *Charte canadienne*. En effet, pour déloger les intrus, ce propriétaire privé devra sans doute s'en remettre aux règles prévues par le droit pénal ou par le droit privé (du moins au Québec, où le droit civil est essentiellement régi par le *Code civil du Québec*). Quoi qu'il en soit, dans cette province, l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12 [*Charte québécoise*], qui protège lui aussi les libertés d'expression et de réunion pacifique, s'applique à l'action privée.

11. Voir généralement Michael Sorkin, dir, *Variations on a Theme Park: The New American City and the End of Public Space*, New York, Hill & Wang, 1992.

12. Sur la question des effets de la transformation des espaces publics sur l'exercice de la liberté d'expression et sur la manifestation, voir Timothy Zick, *Speech out of Doors: Preserving First Amendment Liberties in Public Places*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Paul A Passavant, « Policing Protest in the Post-Fordist City » (2009) 2:1 *Amsterdam Law Forum* 93.

sources de perturbations, font ainsi l'objet de pratiques strictes de maintien de l'ordre et sont de plus en plus régulées par le droit¹³.

Cet article s'attarde au rôle que joue le droit criminel, et plus particulièrement l'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal¹⁴, dans cette judiciarisation de la protestation sociale. Rôle complexe : si le recours aux infractions prévues au *Code criminel* est quelque peu délaissé par les forces de l'ordre depuis un certain nombre d'années au profit du droit pénal réglementaire, ce texte de loi fournit toujours de précieux outils pour mettre fin à une manifestation. La charge symbolique du recours au droit criminel ne doit pas non plus être sous-estimée : les stigmates qu'il entraîne et la légitimité qu'il confère à l'exercice du pouvoir sont, en théorie du moins, d'un autre ordre. Pourtant, dans le cas de l'infraction d'attroupement illégal, qui est certainement l'infraction criminelle la plus susceptible d'être commise dans le contexte d'une manifestation, les choses sont un peu plus compliquées. C'est que cette infraction fait peu de cas de nombreux principes censés animer le droit criminel moderne et fonder sa légitimité.

Dans un premier temps, nous dresserons le portrait des divers dispositifs juridiques participant à la régulation de la manifestation et concourant à ce que plusieurs chercheurs ont qualifié de « criminalisation » de la protestation sociale. Parmi ces dispositifs, nous répertorierons ceux qui relèvent du droit criminel au sens strict et expliquerons en quoi ils demeurent pertinents malgré le recours grandissant au droit pénal réglementaire (I). Dans un second temps, nous examinerons les éléments constitutifs de l'infraction d'attroupement illégal, ce qui nous permettra de constater que cette notion, héritée de la common law anglaise, reste sourde aux principes légitimateurs du droit criminel moderne que sont le principe de légalité, l'idée de faute individuelle et celle d'un droit tourné vers le passé (II).

13. Voir la partie I-A, ci-dessous, pour un examen de la prolifération récente des normes juridiques applicables à la manifestation. C'est ce phénomène que nous qualifions, à quelques reprises dans le présent article, d'« inflation normative », expression assez usitée dans le contexte intellectuel français pour rendre compte de la multiplication, jugée excessive, des normes juridiques. Dans la mesure où celles-ci peuvent provenir de différentes sources formelles, et non de la loi seule, nous employons ce concept de préférence à celui d'« inflation législative », dont le sens est plus restreint. Sur cette notion, voir Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^e éd, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013 aux pp 157-60.

14. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, arts 63 et 66.

I. LE DROIT CRIMINEL DANS UN RÉSEAU COMPLEXE DE GOUVERNANCE DE LA MANIFESTATION

A. La multiplication des outils de régulation de la manifestation

Depuis les rassemblements à l'occasion du Sommet de l'Organisation mondiale du commerce tenu à Seattle en 1999 et l'émergence du mouvement altermondialiste, l'approche policière à l'endroit des manifestants s'est durcie. Pour plusieurs sociologues, l'approche qui avait cours depuis les années 1970, soit celle de la « gestion négociée », conformément à laquelle policiers et manifestants coopéraient tant en amont que pendant le déroulement d'une manifestation¹⁵, aurait été délaissée au profit de celle de la « neutralisation stratégique »¹⁶. Ce style de maintien de l'ordre privilégie la prévention des troubles à l'ordre public, non pas par la négociation comme autrefois, mais par la gestion du risque posé par certains groupes ou individus, perçus comme plus transgressifs, quitte à les empêcher, de manière préventive, de manifester¹⁷. Le nombre record de 1 118 arrestations, qui ont eu lieu lors du Sommet du G20 de Toronto en 2010¹⁸ ainsi que les quelque 3 000 arrestations effectuées dans le cadre de la grève des étudiants québécois de 2012¹⁹

15. Voir Clark McPhail, David Schweingruber et John McCarthy, « Policing Protest in the United States: 1960–1995 » dans Donatella della Porta et Herbert Reiter, dir, *Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1998, 49.

16. Voir généralement John Noakes et Patrick F Gillham, « Aspects of the “New Penology” in the Police Response to Major Political Protests in the United States, 1999–2000 » dans Donatella della Porta, Abby Peterson et Herbert Reiter, dir, *The Policing of Transnational Protest*, Aldershot (Hampshire, Angleterre), Ashgate, 2006, 97. Voir aussi Patrick F Gillham, Bob Edwards et John A Noakes, « Strategic Incapacitation and the Policing of Occupy Wall Street Protests in New York City, 2011 » (2013) 23:1 *Policing & Society* 81; Lesley J Wood, *Mater la meute : la militarisation de la gestion policière des manifestations*, traduit par Éric Dupont, Montréal, Lux, 2015.

17. Noakes et Gillham, *supra* note 16 aux pp 111 et s.

18. Toronto Police Service, *G20 Summit, Toronto, Ontario, June 2010 — Toronto Police Service After-Action Review*, Toronto, 2011 à la p 67, en ligne : <www.torontopolice.on.ca/publications/files/reports/g20_after_action_review.pdf>. Sur le Sommet du G20 de Toronto, voir généralement Margaret E Beare, Nathalie Des Rosiers et Abigail C Deshman, dir, *Putting the State on Trial: The Policing of Protest During the G20 Summit*, Vancouver, UBC Press, 2015.

19. Francis Dupuis-Déri, dir, *À qui la rue? Répression policière et mouvements sociaux*, Montréal, Écosociété, 2013 aux pp 271–76. Sur la grève étudiante de 2012, voir généralement Marcos Ancelovici et Francis Dupuis-Déri, dir, *Un printemps rouge et noir : regards croisés sur la grève étudiante de 2012*, Montréal, Écosociété, 2014. Du 15 mars 2011 au 8 décembre 2014, il y aurait eu 5 895 arrestations lors de manifestations ou d'autres actions collectives au Québec : Ligue des droits et libertés, *Manifestations et répressions : bilan sur le droit de manifester au Québec*, 2015, en ligne : <www.liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/bilan-version-longue-finale-10-juin-2015.pdf>.

illustrent ce changement de style de gestion de l'ordre. Ces tactiques policières visant à mettre temporairement à l'écart certaines personnes ne s'exercent pas seules : elles s'accompagnent fréquemment d'ordonnances de mise en liberté ou de probation prévoyant des interdictions de fréquenter certaines zones et de participer à certaines ou à toutes formes de manifestation²⁰.

S'ajoute à ces changements survenus dans les stratégies policières l'adoption de lois ou de règlements visant à encadrer la tenue de manifestations. Par exemple, au Québec, la législature a adopté en 2012, soit en plein cœur de la grève des étudiants québécois contre la hausse des droits de scolarité, une loi spéciale visant à contraindre les organisateurs d'une manifestation de 50 personnes ou plus à divulguer à l'avance aux policiers le lieu, le moment et l'itinéraire de celle-ci²¹, sous peine de devoir payer une amende oscillant entre 7 000 \$ et 125 000 \$²². Cette mesure ne fut toutefois que temporaire : elle a rapidement été mise de côté dès l'arrivée au pouvoir d'un nouveau gouvernement²³.

Quoi qu'il en soit, les villes de Montréal et de Québec ont emboîté le pas et adopté des règlements municipaux similaires, la première prohibant, de surcroît, la participation à un attroupement lorsque le visage est couvert sans motif raisonnable²⁴, interdiction qui a récemment été jugée inconstitutionnelle par la Cour supérieure du Québec²⁵. Ces textes de loi visant à obliger les organisateurs d'une manifestation à divulguer l'itinéraire qu'ils comptent emprunter s'inspirent notamment

20. Voir Marie-Ève Sylvestre et al, « Spatial Tactics in Criminal Courts and the Politics of Legal Technicalities » (2015) 47:5 *Antipode — A Radical Journal of Geography* 1346 [Sylvestre et al, « Spatial Tactics »]; Marie-Ève Sylvestre, Dominique Bernier et Céline Bellot, « Zone Restrictions Orders in Canadian Courts and the Reproduction of Socio-Economic Inequality » (2014) 5:1 *Oñati Socio-Legal Series* 280; Jackie Esmonde, « Bail, Global Justice, and the Limits of Dissent » (2003) 41:2–3 *Osgoode Hall LJ* 323 [Esmonde, « Bail »].

21. *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, LQ 2012, c 12, arts 16–17.

22. *Ibid*, art 26.

23. *Ibid*, art 36; D 924-2012, (2012) 144 GOQ II, 4865.

24. Ville de Montréal, Règlement n° 12-024, *Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public* (18 mai 2012) [Règlement modifiant le Règlement P-6]; Ville de Québec, Règlement n° 1959, *Règlement modifiant le Règlement sur la paix et le bon ordre relativement aux manifestations, assemblées, défilés et attroupements* (19 juin 2012).

25. *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, 2016 QCCS 2888 (la disposition interdisant de participer à un attroupement le visage couvert est invalide et celle obligeant la divulgation de l'itinéraire l'est quant aux « manifestations instantanées »), pourvoi de plein droit à la Cour d'appel.

du système de permis de manifester en vigueur dans plusieurs villes américaines²⁶.

Ces nouveaux instruments juridiques cohabitent avec de plus vieux textes de loi, dont certains sont soudainement remis à l'avant-plan, après une certaine période de latence, alors que d'autres sont, pour la première fois, invoqués à l'encontre de manifestants. En guise d'exemple de la réactualisation d'une ancienne loi, le gouvernement ontarien a, quelques jours avant la tenue du Sommet du G20 de Toronto en 2010, adopté un règlement²⁷ en vertu de la *Loi sur la protection des ouvrages publics*²⁸, une loi adoptée « en 1939, lors d'une session d'urgence de l'Assemblée législative dans les jours qui ont suivi la déclaration de guerre à l'Allemagne, pour parer aux menaces de sabotage de l'infrastructure de l'Ontario »²⁹. Par ce règlement, le gouvernement ontarien a désigné une large zone du centre-ville de Toronto, laquelle était encadrée par une imposante clôture de sécurité, comme étant un « ouvrage public », conférant, du même coup, des pouvoirs exorbitants aux « gardiens » nommés pour la protéger. Ceux-ci pouvaient ainsi exiger que toute personne désirant pénétrer dans cette zone s'identifie; ils pouvaient aussi la fouiller sans mandat et lui en interdire l'accès, en utilisant la force nécessaire à cette fin³⁰.

En ce qui concerne la soudaine application d'un texte de loi auparavant ignoré, mentionnons le cas d'une disposition ajoutée au *Code de la sécurité routière*³¹ du Québec en 2000 afin d'interdire toute action concertée entravant la circulation automobile sur un chemin public, sauf dans le cas d'un défilé ou d'une manifestation préalablement autorisée. Or, ce n'est qu'une dizaine d'années plus tard qu'on l'appliqua

26. Voir généralement sur la situation américaine, C Edwin Baker, « Unreasonable Reasonable: Mandatory Parade Permits and Time, Place, and Manner Regulations » (1983) 78:5 Nw UL Rev 937; Don Mitchell et Lynn A Staeheli, « Permitting Protest: Parsing the Fine Geography of Dissent in America » (2005) 29:4 International Journal of Urban & Regional Research 796; Zick, *supra* note 12; Tabatha Abu El-Haj, « The Neglected Right of Assembly » (2008) 56:3 UCLA L Rev 543.

27. Règl de l'Ont 233/10, *Désignation d'ouvrages publics*.

28. LO 1990, c P.55.

29. André Marin, *Pris au piège de la loi: enquête sur la conduite du ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels relativement au Règlement de l'Ontario 233/10 adopté en vertu de la Loi sur la protection des ouvrages publics*, Toronto, Ombudsman de l'Ontario, décembre 2010 au para 9. Voir aussi l'honorable R Roy McMurtry, *Rapport d'examen de la Loi sur la protection des ouvrages publics*, présenté à l'honorable James J Bradley, ministre de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels, avril 2011.

30. *Loi sur la protection des ouvrages publics*, *supra* note 28, art 3.

31. RLRQ c C-24.2, art 500.1.

effectivement aux manifestations de rue, soit le 15 mars 2011, lors de la manifestation annuelle du Collectif opposé à la brutalité policière³². Les policiers se sont par la suite appuyés sur cette disposition à de nombreuses reprises afin de procéder à des arrestations de masse ainsi qu'à des arrestations individuelles³³. En 2015, la Cour supérieure du Québec a finalement conclu, dans l'affaire *Garbeau c Montréal*³⁴, que ce système d'autorisation préalable est contraire aux libertés d'expression et de réunion pacifique, garanties par la *Charte canadienne*³⁵ et par la *Charte québécoise*³⁶.

Les manifestants sont ainsi soumis à diverses normes prévues par le droit pénal réglementaire³⁷. Diverses infractions prévues au *Code criminel* sont, par ailleurs, susceptibles d'être commises lors d'une manifestation : méfait³⁸, trouble de la paix³⁹, intimidation⁴⁰, entrave au travail des agents de la paix⁴¹, participation à un attroupement illégal⁴² ou à une émeute⁴³, non-dispersement après lecture d'une proclamation commandant de le faire⁴⁴, etc. Bien que ces infractions existent de longue date, le Parlement du Canada a lui aussi contribué à la récente inflation normative concernant la manifestation puisqu'il a modifié le *Code criminel* en 2013 afin de prévoir des peines plus sévères pour tout contrevenant reconnu coupable d'avoir participé à un attroupement illégal ou à une émeute « en portant un masque ou autre déguisement dans le but de dissimuler son identité sans excuse

32. La Presse canadienne, « Le recours croissant au Code de la sécurité routière est dénoncé », *Le Devoir* (12 avril 2012), en ligne : <www.ledevoir.com/societe/justice/347201/le-recours-croissant-au-code-de-la-securite-routiere-est-denonce>.

33. Ligue des droits et libertés, *supra* note 19 aux pp 9–11.

34. 2015 QCCS 5246 (le système d'autorisation préalable mis en place par le troisième alinéa de l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière* ne constitue pas une atteinte minimale aux libertés d'expression et de réunion pacifique, car il ne balise pas l'exercice de la discrétion d'autoriser ou non la tenue d'une manifestation).

35. *Supra* note 10, art 2(b)–(c).

36. *Supra* note 10, art 3.

37. Sur la compétence constitutionnelle des provinces en matière de réglementation des manifestations, voir généralement *Dupond c Ville de Montréal et autre*, [1978] 2 RCS 770.

38. *Code criminel*, *supra* note 14, art 430.

39. *Ibid*, art 175.

40. *Ibid*, art 423.

41. *Ibid*, art 129.

42. *Ibid*, arts 63 et 66.

43. *Ibid*, arts 64–65.

44. *Ibid*, art 67.

légitime »⁴⁵. Dans un autre ordre d'idées, les policiers utilisent aussi l'article 31 du *Code criminel*⁴⁶ pour procéder à l'arrestation de manifestants pour « violation de la paix »; ils s'appuient également sur la common law, laquelle leur reconnaît un certain pouvoir d'arrestation — bien qu'en principe, il soit assez limité — en cas de violation appréhendée de la paix⁴⁷.

Enfin, sur le plan du droit privé, les manifestants et manifestantes sont aussi soumis aux limites imposées par la propriété privée et, même lorsque leur action se déroule sur la propriété publique, ils sont également assujettis au droit de la responsabilité civile extracontractuelle en contexte québécois ou au droit de la responsabilité délictuelle (*tort law*) dans les provinces de common law, et plus particulièrement, au délit de nuisance (*tort of nuisance*)⁴⁸. Généralement, la partie s'estimant lésée ne demandera pas l'octroi de dommages-intérêts, mais le prononcé d'une injonction afin de faire cesser ou de prévenir le trouble⁴⁹. En cas de non-respect de celle-ci, les manifestants peuvent faire l'objet d'une poursuite civile ou criminelle pour outrage au tribunal⁵⁰.

45. *Loi empêchant les participants à des émeutes ou des attroupements illégaux de dissimuler leur identité*, LC 2013, c 15, arts 2–3.

46. *Code criminel*, *supra* note 14, art 31. Sur l'application de cette disposition dans le contexte de manifestations, voir James Stribopoulos, « The Rule of Law on Trial: Police Powers, Public Protest, and the G20 » dans Beare, Des Rosiers et Deshman, *supra* note 18, 105 aux pp 116–18; Ligue des droits et libertés, *supra* note 19 à la p 10.

47. Voir *Brown v Durham (Regional Municipality) Police Force* (1998), 167 DLR (4^e) 672, 131 CCC (3^e) 1 (Ont CA), 1998 CanLII 7198 (ON CA) (le pouvoir de common law d'arrestation en cas de violation appréhendée de la paix exige que cette violation de la paix appréhendée soit imminente et que le risque qu'elle survienne soit substantiel), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée, [1999] 3 RCS vi, désistement d'appel déposé le 4 octobre 2000. Sur l'application de ce pouvoir de common law dans le contexte de manifestations, voir Jackie Esmonde, « The Policing of Dissent: The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002) 1 JL & Equality 246 [Esmonde, « Breach of the Peace »]. Voir aussi *Figueiras v Toronto (City) Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 383 DLR (4^e) 512, 320 CCC (3^e) 437 (la common law ne reconnaît pas aux policiers le pouvoir de cibler des manifestants et de les soumettre à une fouille de leurs effets personnels afin de préserver la paix).

48. Voir Forget, *supra* note 10 aux pp 100–03. Pour une analyse de la régulation de la manifestation et des rassemblements publics en vertu du *tort of nuisance* en droit anglais et de ses rapports avec le « droit de passage », voir aussi Rachel Vorspan, « Freedom of Assembly and the Right to Passage in Modern English Legal History » (1997) 34 San Diego L Rev 921.

49. Forget, *supra* note 10 aux pp 88, 110–20. Voir par ex *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1996] 2 RCS 1048, 1996 CanLII 165 (CSC).

50. L'outrage criminel est la seule infraction criminelle toujours prévue par la common law. Voir *Code criminel*, *supra* note 14, art 9, al 2. Voir aussi *United Nurses of Alberta c Alberta (PG)*, [1992] 1 RCS 901, 1992 CanLII 99 (CSC).

Ceux et celles qui participent à des manifestations sont ainsi assujettis, au Canada, à divers régimes normatifs⁵¹. Comme le démontre bien Patrick Forget, « les autorités disposent de tout un arsenal législatif de droit public et de droit privé pour restreindre l'exercice du droit de manifester pacifiquement »⁵², et ce, même si celui-ci est protégé par les chartes québécoise et canadienne, par le biais de la protection accordée aux libertés d'expression et de réunion pacifique⁵³.

B. La « criminalisation » de la protestation sociale au sens strict

Devant ce durcissement des pratiques policières et l'accentuation de leur sélectivité, le rôle que jouent les tribunaux dans la mise à l'écart des manifestants ainsi que cette inflation législative et réglementaire concernant la manifestation, plusieurs chercheuses et chercheurs n'hésitent pas à parler de « criminalisation de la protestation sociale » ou de « criminalisation de la dissidence »⁵⁴. Pour notre part, en raison

51. Pour un constat similaire quant à une autre problématique relative à l'occupation des espaces publics, soit celle des « gangs de rue », voir Marie-Ève Sylvestre, « “Quand le problème, c'est aussi la solution” : les gangs de rue et la multiplication des systèmes normatifs de prise en charge pénale » (2010) 40:1 RGD 179.

52. Forget, *supra* note 10 à la p 22.

53. Voir *Garbeau c Montréal*, *supra* note 34; *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, *supra* note 25; *Figueiras v Toronto (City) Police Services Board*, *supra* note 47 aux para 67–71. Voir aussi *SDGMR, section locale 558 c Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd*, 2002 CSC 8 aux para 30–32, [2002] 1 RCS 156. Sur les rapports entre les libertés d'expression et de réunion pacifique et le droit de manifester, voir généralement Roach et Schneiderman, *supra* note 10 aux pp 476–82; Gabriel Babineau, « La manifestation : une forme d'expression collective » (2012) 53:4 C de D 761; Forget, *supra* note 10; Roman Stoykewych, « Street Legal: Constitutional Protection of Public Demonstration in Canada » (1985) 43:1 UT Fac L Rev 43; Yves de Montigny, « La désobéissance civile en contexte canadien et contemporain » (1982) 13:2 RGD 381 aux pp 411–13. Pour une étude de la question avant l'adoption de la *Charte canadienne*, voir André Jodouin, « La liberté de manifester » (1970) 1:1 RGD 9.

54. Voir par ex Esmonde, « Breach of the Peace », *supra* note 47; Esmonde, « Bail », *supra* note 20; Amory Starr et al, « The Impacts of State Surveillance on Political Assembly and Association: A Socio-Legal Analysis » (2008) 31:3 Qualitative Sociology 251; Irina Ceric, « Canada, Law and Public Protest: History » dans *International Encyclopaedia of Revolution and Protest*, par Immanuel Ness, Malden, Wiley-Blackwell, 2009, 509; Jeff Shantz, dir, *Law Against Liberty: The Criminalization of Dissent*, Lake Mary (Floride), Vandeplass, 2011; Jeff Shantz, *Protest and Punishment: The Repression of Resistance in the Era of Neoliberal Globalization*, Durham (North Carolina), North Carolina Academic Press, 2012; Mike King, « Disruption Is Not Permitted: The Policing and Social Control of Occupy Oakland » (2013) 21:4 Crit Criminol 463; Sylvestre, Bernier et Bellot, *supra* note 20; Ricardo Peñafiel, « La criminalisation de la participation citoyenne par des “démocraties participatives” » (2015) Hors série RQDI 247. Voir aussi Loïc Wacquant, « The Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism » (2001) 9:4 European Journal on Criminal Policy and Research 401.

du contexte constitutionnel canadien⁵⁵, nous préférons distinguer entre «judiciarisation», «pénalisation» et «criminalisation» de la manifestation. En effet, le recours au droit criminel n'est qu'une des facettes d'un phénomène plus large.

Or, chercheurs et défenseurs des droits de la personne ont souligné, à juste titre, que le recours au droit criminel dans la gestion des manifestations a cédé le pas, dans les dernières années, au droit pénal réglementaire, du moins à Montréal⁵⁶. Nous estimons néanmoins que le droit criminel continue à jouer un rôle important dans la régulation de la manifestation et que, pour cette raison, il importe d'examiner plus en détail les particularités des infractions qui le composent.

D'une part, bien que les accusations portées en vertu du *Code criminel* — et plus particulièrement celles pour avoir participé à un attroupement illégal — aient été plus rares depuis une dizaine d'années, cette loi prévoit toujours son lot d'interdictions; son spectre continue à planer au-dessus des têtes de ceux et celles prenant part à des rassemblements publics. L'invalidation de l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière*⁵⁷, l'invalidation partielle des modifications apportées en 2012 au *Règlement P-6* de la Ville de Montréal⁵⁸ de même que l'interprétation restrictive qu'ont

55. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91 (27), reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5, le Parlement du Canada jouit d'une compétence exclusive en matière de droit criminel. Les provinces, tout comme le Parlement fédéral d'ailleurs, peuvent néanmoins créer des infractions pénales, dites réglementaires, pour assurer l'exécution des lois qu'ils peuvent valablement adopter en vertu d'un autre chef de compétence. Voir généralement Jacques Fortin et Louise Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982 aux pp 19–22.

56. Voir Véronique Fortin, *Taking the Law to the Streets: Legal and Spatial Tactics Deployed in Public Spaces to Control Protesters and the Homeless in Montréal*, thèse de doctorat en criminologie, droit et société, Irvine, University of California, 2015 aux pp 129–32 [non publiée]; Alexandre Popovic, «Contre l'apitoiement: l'auto-organisation face à la répression politique» dans Dupuis-Déri, *supra* note 19, 242 à la p 259. Voir aussi Ligue des droits et libertés, Association des juristes progressistes et Association pour une solidarité syndicale étudiante, *Répression, discrimination et grève étudiante: analyse et témoignages*, rapport, à la p 44, en ligne: <www.liguedesdroits.ca/wp-content/fichiers/rapport-2013-repression-discrimination-et-greve-etudiante.pdf> (seulement 13,42 % des 3 509 arrestations recensées au Québec pendant la grève étudiante de 2012, soit du 16 février au 3 septembre 2012, auraient conduit à des accusations criminelles, mais 17,2 % de celles-ci ont eu des conséquences inconnues); Ligue des droits et libertés, *supra* note 19 à la p 8 (seulement 13,5 % des 5 895 arrestations recensées lors d'évènements militants entre le 15 mars 2011 et le 8 décembre 2014 au Québec l'auraient été en vertu d'une disposition prévue au *Code criminel*).

57. *Supra* note 31. Voir *Garbeau c Montréal*, *supra* note 34.

58. *Règlement modifiant le Règlement P-6*, *supra* note 24. Voir *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, *supra* note 25.

donnée les tribunaux à ces dispositions réglementaires⁵⁹ nous portent d'ailleurs à croire que les forces policières pourraient, dans un avenir rapproché, renouer avec les outils prévus par le droit criminel afin de mettre un terme aux manifestations qu'elles jugent indésirables. Des accusations d'avoir participé à un attroupement illégal ont déjà recommencé à être portées : le 1^{er} mai 2015, des policiers se sont ainsi autorisés de cette infraction criminelle pour procéder à l'arrestation d'individus participant à une manifestation à Montréal dans le cadre de la Journée internationale des travailleurs et travailleuses⁶⁰. Quelques semaines plus tôt, des étudiants et étudiantes de l'Université du Québec à Montréal, alors en grève, ont été arrêtés et accusés de méfaits et d'attroupements illégaux⁶¹. Ce retour à l'avant-scène n'est pas surprenant : cette infraction a souvent été appliquée par vagues, sombrant par moments dans l'oubli avant d'être remise au goût du jour⁶².

D'autre part, les effets qui découlent du recours au droit criminel sont, en principe, uniques en leur genre. Non pas tant en raison de la sévérité des sanctions qu'il prévoit, car il y a des cas où la peine qui sera imposée au bout du processus criminel est moindre que celle qui aurait découlé d'une prise en charge par le droit pénal réglementaire. C'est, avant tout, que la forme que prend la répression peut être plus importante que la sévérité de la sanction, comme l'a souligné, il y a déjà près de 40 ans, le politologue Isaac Balbus⁶³. Lorsqu'un juge déclare une personne coupable d'un crime, il ne se contente pas d'énoncer un fait, soit que cette personne a eu une conduite correspondant à la définition d'une infraction. Cette déclaration de culpabilité est performative, c'est-à-dire qu'elle

59. *Ibid* au para 247 (l'obligation prévue à l'article 2.1 de fournir l'itinéraire « d'une assemblée, d'un défilé ou autre attroupement » ne vise que les rassemblements entravant la circulation routière); *Montréal (Ville de) c Thibeault Jolin*, 2015 QCCM 14 (l'article 2.1 ne crée pas une infraction distincte de celle prévue à l'article 6 du Règlement, soit d'avoir refusé de quitter les lieux d'une assemblée tenue en contravention du Règlement, à la suite d'un ordre en ce sens donné par un agent de la paix). Voir aussi *Montréal (Ville de) c Amyot*, 2015 QCCM 32.

60. Marco Fortier, « Quand manifester devient criminel », *Le Devoir* (11 mai 2015), en ligne : <www.ledevoir.com/politique/quebec/439711/quand-manifester-devient-criminel>.

61. Philippe Orfali et al, « Grève étudiante : dérapage majeur à l'UQAM », *Le Devoir* (9 avril 2015), en ligne : <www.ledevoir.com/societe/education/436734/ greve-etudiante-derapage-majeur-a-l-uqam>.

62. Pour un constat similaire en droit anglais, voir William Birtles, « The Common Law Power of the Police to Control Public Meetings » (1973) 36:6 Mod L Rev 587 aux pp 588–89; DGT Williams, « Freedom of Assembly and Free Speech: Changes and Reforms in England » (1975) 1 UNSWLJ 97 aux pp 101, 105–06. Sur la sous-application du droit en matière de réunions de rue et de processions, sauf à quelques périodes cruciales, voir aussi Vorspan, *supra* note 48.

63. Isaac D Balbus, *The Dialectics of Legal Repression: Black Rebels Before the American Criminal Courts*, New Brunswick, Transaction Books, 1977 à la p xii.

produit aussi des effets : elle attache désormais un certain stigmate à cette personne et à ses actes. En d'autres mots, le recours au droit criminel délégitime l'action protestataire⁶⁴. En apposant l'étiquette de « crime » à la manifestation, l'État se trouve, du même coup, à la dépolitiser et à la décontextualiser⁶⁵. À l'opposé, les infractions réglementaires n'entraînent pas, en théorie du moins, le même degré de réprobation morale⁶⁶. Comme l'explique Hélène Dumont, « [l]e crime véritable suscite l'opprobre et le déshonneur pour celui qui enfreint la loi, tandis que la simple contravention réglementaire n'entraîne pas ce discrédit à l'endroit du justiciable ou ne suscite pas cette répudiation publique »⁶⁷. Concrètement, le crime entraîne, contrairement à l'infraction réglementaire provinciale, la constitution d'un casier judiciaire⁶⁸. Ainsi, les mêmes faits peuvent prendre une tout autre signification sociale selon le régime normatif mobilisé. Le droit criminel, par sa charge symbolique, occupe donc une place à part dans l'arsenal législatif dont disposent les pouvoirs publics pour contrôler la tenue de manifestations.

Dans le cas de l'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal, la situation apparaît cependant plus complexe. Bien qu'elle soit sans contredit de nature criminelle, cette infraction est si peu conforme aux principes généralement considérés comme guidant ce domaine du droit qu'elle semble contribuer à délégitimer davantage le pouvoir de punir de l'État que l'action protestataire.

64. *Ibid* à la p 12.

65. Voir Nadine El-Enany, « Ferguson and the Politics of Policing Radical Protest » (2015) 26:1 Law and Critique 3. Voir plus généralement Alan Norrie, *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law*, 3^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

66. Voir *R c Wholesale Travel Group*, [1991] 3 RCS 154 à la p 219, 1991 CanLII 39 (CSC), juge Cory : « Le concept de faute en matière d'infractions réglementaires repose sur une norme de diligence raisonnable et, comme tel, ne suppose pas la même réprobation morale que la faute criminelle ». Voir aussi, *R c Pierce Fisheries Ltd*, [1971] RCS 5 à la p 6, 1970 CanLII 178 (CSC), juge Ritchie :

[I do not think that] a new crime was [...] added to [our] criminal law by making regulations which prohibit persons from having undersized lobsters in their possession, [nor do I think that the] [...] stigma of having been convicted of a criminal offence would attach to a person found to have been in breach of these regulations.

Voir aussi Kent Roach, *Criminal Law*, 4^e éd, Toronto, Irwin Law, 2009 à la p 197; AP Simester et al, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 4^e éd, Oxford, Hart, 2010 à la p 180; Celia Wells et Olivier Quick, *Lacey: Reconstructing Criminal Law*, 4^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 107 [Lacey, *Reconstructing*].

67. Hélène Dumont, *Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993 à la p 496. Voir aussi *Loi sur le casier judiciaire*, LRC 1985, c C-47.

68. Dumont, *supra* note 67 à la p 497. Voir aussi *Loi sur le casier judiciaire*, *supra* note 67.

II. L'INFRACTION D'AVOIR PARTICIPÉ À UN ATTROUPEMENT ILLÉGAL À L'AUNE DES PRINCIPES LÉGITIMATEURS DU DROIT CRIMINEL MODERNE

La légitimité du droit criminel repose, pour une large part, sur un certain nombre de principes issus de la modernité, lesquels sont censés fixer les limites de ce domaine du droit et ainsi baliser le pouvoir de l'État. À notre avis, ces principes souffrent tant d'exceptions qu'ils jouent un rôle avant tout idéologique. Que cela soit vrai ou non de manière générale, il n'en demeure pas moins que l'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal s'inscrit en rupture avec ces principes. Un détour par la théorie pénale (A) s'impose donc avant que nous puissions aborder de front les problèmes que soulève cette infraction particulière pour celle-ci (B).

A. Les principes légitimant le droit criminel moderne

L'individu est au cœur du discours moderne sur le droit criminel⁶⁹. Il n'est pas surprenant qu'il y occupe une telle place, puisqu'il joue un rôle central dans la théorie libérale, laquelle a largement influencé la plupart des théories cherchant à justifier le pouvoir de punir de l'État, qu'elles soient rétributivistes ou utilitaristes⁷⁰. D'où aussi l'importance que revêtent des notions comme le libre arbitre et le choix dans les théories de la responsabilité pénale⁷¹. En quelques mots, on suppose que l'être humain, doué de raison et d'un libre arbitre, est en mesure de choisir l'orientation à donner à sa conduite et, par conséquent, qu'il est responsable des gestes qu'il pose. Cette croyance profonde en la raison humaine, au libre arbitre et en l'autonomie individuelle se traduit aujourd'hui par l'importance symbolique que l'on confère à la notion de *mens rea* et au principe de légalité dans la théorie pénale, et par le fait que ce domaine du droit est généralement envisagé comme

69. Voir Norrie, *supra* note 65 à la p 13 (la doctrine fait généralement de la nécessité de rendre justice aux individus le principe cardinal du droit criminel); Andrew Ashworth et Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, 7^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 23–26 (le principe de l'autonomie individuelle est l'un des principes fondamentaux permettant de déterminer si un comportement donné devrait ou non être criminalisé).

70. Voir Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Londres (R-U), Routledge, 1988 aux pp 143–45.

71. *Ibid* à la p 146. Voir aussi Marie-Ève Sylvestre, «Rethinking Criminal Responsibility for Poor Offenders: Choice, Monstrosity, and the Logic of Practice» (2010) 55:4 RD McGill 771 [Sylvestre, «Rethinking»].

visant à sanctionner rétrospectivement un comportement ayant entraîné un préjudice.

Cette volonté apparente de rendre justice aux individus s'exprime notamment par la place qu'occupe, dans la doctrine classique, le principe selon lequel il n'y a pas de responsabilité pénale sans responsabilité morale, c'est-à-dire sans une *mens rea* au sens normatif⁷². « *Actus non facit reum, nisi mens sit rea* »⁷³ (« un acte ne fait pas [ne rend pas] [une personne] coupable à moins que son intention ne soit coupable ») [traduction]⁷⁴, écrivait déjà Edward Coke pour souligner que la culpabilité ne saurait découler de l'acte seul, mais nécessite également un état d'esprit coupable. L'émergence de cette notion de *mens rea* repose sur une conception particulière de l'être humain, selon laquelle ce dernier jouit d'un libre arbitre et peut choisir d'orienter sa conduite vers le bien ou vers le mal⁷⁵. Le concept de *mens rea*, d'abord général et axé sur l'exigence d'une culpabilité morale, se particularisa pourtant au fil du temps, différents crimes appelant différents éléments mentaux, si bien que l'ambition première de s'attarder à la culpabilité morale des individus céda le pas à différentes exigences techniques relatives à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la commission de l'infraction⁷⁶. Ce faisant, l'accent du droit criminel se déplaça du mobile à l'intention, comme l'explique Francis Bowes Sayre⁷⁷, entraînant ainsi différentes *mentes reaë* et l'effacement de la connotation morale de ce concept au profit d'une acception purement descriptive⁷⁸.

Aujourd'hui, malgré la prolifération des normes de faute objective⁷⁹, le caractère descriptif et technique revêtu par la *mens rea* subjective

72. Voir Fortin et Viau, *supra* note 55 à la p 71.

73. Edward Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, Londres (R-U), M Flesher, 1644 aux pp 6 et 107.

74. Albert Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2007, *sub verbo* « *actus non facit reum, nisi mens sit rea* ».

75. Marie-Ève Sylvestre, *Policing Disorder and Criminalizing the Homeless in Montréal and Rio de Janeiro: A Critique of the Justifications of Repression in Law and Practice*, thèse de doctorat en droit, Harvard Law School, 2007 [non publiée] [Sylvestre, *Policing Disorder*].

76. Francis Bowes Sayre, « *Mens rea* » (1932) 45 Harv L Rev 974 aux pp 994-1004.

77. *Ibid* à la p 1019.

78. Voir par ex *R v Tolson* (1889), 23 QBD 168 aux pp 185-86 (CCR R-U), juge Stephen.

79. Sur l'occultation de l'intention au profit de la négligence dans la théorie de la responsabilité pénale canadienne depuis l'avènement de la *Charte canadienne*, voir généralement Anne-Marie Boisvert et André Jodouin, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien » (2002) 32:3 RGD 759; 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

et le fait que celle-ci est généralement inférée de la seule commission de l'*actus reus*⁸⁰, l'idée que l'attribution de la responsabilité pénale repose sur l'existence d'une faute personnelle, sur l'exercice du libre arbitre, exerce toujours un certain attrait⁸¹, voire un pouvoir rhétorique. Car, comme le souligne Nicola Lacey, « [i]deas about what makes it appropriate to hold someone responsible for their conduct are central to the legitimacy of modern criminal law »⁸².

Dans le même ordre d'idées, cette aspiration d'une justice individuelle se manifeste par l'importance que la doctrine accorde au principe de légalité, connu également sous la locution latine *nullum crimen, nulla poena sine lege* (« aucun crime, aucune peine sans un texte de loi »)⁸³. En effet, pour qu'un individu puisse choisir la conduite à adopter dans un cas donné, encore doit-il pouvoir connaître ce que prohibe le droit. Au Canada, toute infraction criminelle suppose donc, depuis 1955⁸⁴, l'existence d'un texte de loi⁸⁵. Le principe de légalité exige également que cette loi soit décrite en des termes suffisamment clairs et précis afin que chacun puisse « connaître le champ d'action où il peut œuvrer sans tomber sous le coup de la répression »⁸⁶.

Au-delà de sa valeur symbolique, force est de constater que le principe de légalité souffre de nombreuses exceptions et a reçu une protection plutôt timide de la part des tribunaux. Bien que ces derniers aient reconnu que le principe selon lequel une loi ne doit pas être imprécise constitue un « principe de justice fondamentale » au sens de l'article 7 de la *Charte canadienne*, ils ont adopté un critère exigeant en

can 126. Voir aussi Kent Roach, « Mind the Gap: Canada's Different Criminal and Constitutional Standards of Fault » (2011) 61:4 UTLJ 545.

80. Sylvestre, « Rethinking », *supra* note 71 à la p 778; Sylvestre, *Policing Disorder*, *supra* note 75 aux pp 285–307. Voir aussi Albert Lévy, « Extent and Function of the Doctrine of *Mens Rea* » (1922) 17 Illinois Law Review 578 aux pp 579–89 (contrairement à ce qu'ils affirment, les juges accordent peu d'importance à l'intention pour déterminer la culpabilité, puisqu'ils infèrent celle-ci de l'existence d'un acte) [Lévy, « Extent and Function »].

81. Voir par ex Don Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 7^e éd, Toronto, Carswell, 2014 à la p 173 (« [t]here is indeed a fundamental principle underlying the mens rea concept: in criminal law there should normally be no responsibility without personal fault »).

82. Nicola Lacey, « The Rule of Law and the Political Economy of Criminalisation: An Agenda for Research » (2013) 15:4 Punishment & Society 349 à la p 351 [Lacey, « Rule of Law »].

83. Mayrand, *supra* note 74, *sub verbo* « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

84. *Code criminel*, LC 1953–54, c 51, art 8.

85. *Code criminel*, *supra* note 14, art 9, al 1. Voir toutefois le second alinéa de cet article, qui prévoit le maintien de l'infraction de common law d'outrage criminel au tribunal. Voir aussi *United Nurses of Alberta c Alberta (PG)*, *supra* note 50.

86. Fortin et Viau, *supra* note 55 à la p 27.

la matière, estimant qu'une loi n'est inconstitutionnelle que « si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire »⁸⁷ ou, dans la sphère pénale, que si elle ne délimite pas « une sphère à l'intérieur de laquelle il existe un risque de sanctions pénales »⁸⁸. De plus, en interprétant une disposition prétendument imprécise⁸⁹, les tribunaux participent à la production du sens de la règle qu'elle prévoit et, par voie de conséquence, à la détermination de son champ d'application, ce qui peut même les mener, en quelque sorte, à créer judiciairement une nouvelle infraction⁹⁰. Malgré ces entorses, il n'en demeure pas moins que le principe de légalité continue d'occuper, sur le plan du discours, une place prépondérante.

Il en va de même de l'idée selon laquelle le droit pénal serait avant tout un droit punitif. L'accent généralement mis sur le caractère rétrospectif de ce domaine du droit s'explique, pour une large part, par l'importance accordée par la tradition libérale au libre arbitre et à la capacité d'orienter sa conduite : ce n'est que lorsqu'une personne adopte un comportement criminel qu'elle peut légitimement faire l'objet d'une punition. La tenir à l'avance responsable des gestes qu'elle *pourrait* poser dans le futur, sans qu'elle ait minimalement déjà manifesté une intention en ce sens, reviendrait à nier sa capacité à choisir adéquatement, dans un moment ultérieur, le comportement à adopter⁹¹.

Pourtant, l'État peut aussi intervenir en amont de la conduite criminelle, par exemple en cherchant à neutraliser des individus dangereux. En fait, la prévention est loin d'être étrangère au fonctionnement du droit criminel⁹². Une telle logique se trouve en filigrane de nombreuses infractions, qui visent des conduites avant qu'elles ne causent un préjudice

87. *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606 à la p 643, 1992 CanLII 72 (CSC).

88. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (PG)*, 2004 CSC 4 au para 18, [2004] 1 RCS 76, juge en chef McLachlin.

89. Pour interpréter la disposition contestée, la Cour suprême du Canada invite les tribunaux à examiner les interprétations qui en ont été faites par le passé, l'objectif qu'avait le législateur lorsqu'il l'a adoptée, le contenu et la nature de celle-ci, les valeurs sociales en jeu ainsi que les dispositions législatives qui y sont connexes : *R c Levkovic*, 2013 CSC 25 aux para 47–48, [2013] 2 RCS 204.

90. Catherine Dumais, « La Cour suprême du Canada et l'imprécision : quand l'avertissement raisonnable devient symbolique » (2005–06) 36 RDUS 289 à la p 302.

91. Voir Andrew Ashworth et Lucia Zedner, « Prevention and Criminalization: Justifications and Limits » (2012) 15:4 *New Criminal L Rev* 542 aux 556–57 [Ashworth et Zedner, « Prevention »].

92. Voir généralement, Andrew Ashworth, Lucia Zedner et Patrick Tomlin, dir, *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013; Andrew Ashworth et Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2014 [Ashworth et Zedner, *Preventive Justice*].

(*harm*)⁹³. Outre les infractions strictement inchoatives, comme la tentative et le complot, qui criminalisent des conduites antérieures aux crimes ordinaires, pensons aux infractions complètes dont l'élément matériel est défini de manière inchoative⁹⁴. Celles-ci étendent le champ de la responsabilité pénale de la commission d'un tort quelconque à une étape préalable à sa réalisation. Bien que ce souci préventif ne soit pas nouveau dans la sphère pénale, d'aucuns estiment que nous assistons à une montée de l'« État préventif », à une transformation des modes de gouvernance du crime, en vertu de laquelle la gestion du risque et la neutralisation d'individus considérés comme dangereux avant même qu'ils n'aient causé un préjudice occuperaient désormais une place prépondérante⁹⁵. Il s'agirait, en quelque sorte, d'une résurgence d'une attribution de la responsabilité fondée non pas sur la faute et la capacité, mais sur le caractère ou le statut, sur une évaluation de la dangerosité⁹⁶. Évidemment, la doctrine reconnaît que l'idée de prévention n'est pas étrangère au droit criminel, mais celle-ci semble souvent présentée comme le fruit de la répression et de la dénonciation qu'elle entraîne⁹⁷.

L'énonciation de ces quelques principes au cœur du droit criminel moderne est évidemment quelque peu schématique : la doctrine classique reconnaît elle aussi l'existence des failles que nous avons soulevées, mais elle les présente généralement comme des exceptions, cherchant du même coup à renforcer l'aura dont jouissent ces principes généraux, qu'elle continue de réaffirmer⁹⁸. Comme le souligne Alan Norrie, « *it is vital for political and ideological reasons that the law maintains its self-image as a system based upon individual responsibility and justice* »⁹⁹. Qu'ils décrivent tant bien que mal le fonctionnement du droit criminel ou qu'ils soient tout simplement illusoire, ces principes

93. Ashworth et Zedner, « Prevention », *supra* note 91 aux pp 544–47.

94. *Ibid.* Sur les infractions inchoatives en droit canadien, voir généralement Fortin et Viau, *supra* note 55 à la p 311.

95. Pour une vue d'ensemble de cette littérature, voir généralement Ashworth et Zedner, *Preventive Justice*, *supra* note 92 aux pp 10–11. Voir aussi Carol S Steiker, « Foreword: The Limits of the Preventive State » (1998) 88:3 *J Crim L & Criminology* 771.

96. Lacey, « Rule of Law », *supra* note 82 à la p 355.

97. Voir par ex Manning, Mewett et Sankoff — *Criminal Law*, 5^e éd par Morris Manning et Peter Sankoff, Markham, LexisNexis, 2015 à la p 43 :

How, then, is this reduction of harm and denunciation of it achieved? It is achieved by the imposition of punishment [...]. This punishment also serves to reflect the public nature of the crime. It demonstrates the community's outrage over the act, and serves to make a statement denouncing it.

98. Lacey, *Reconstructing*, *supra* note 66 à la p 95.

99. Norrie, *supra* note 65 à la p 380.

jouent donc, à n'en pas douter, un rôle de premier plan dans la légitimation de ce domaine du droit et du pouvoir qu'il confère aux autorités publiques; qui plus est, ces principes forment un contraste net avec la manière dont est définie la notion d'attroupement illégal.

B. L'attroupement illégal : une notion floue, préventive et collective

L'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal présente des caractéristiques difficilement réconciliables avec le prétendu individualisme du droit criminel moderne et « *the predominantly ex post orientation of a traditional criminal justice model* »¹⁰⁰. Définie de manière large et imprécise, cette infraction de nature essentiellement préventive exige un faible degré de culpabilité morale et s'attaque en définitive davantage aux groupes qu'aux individus.

La notion d'« attroupement illégal » est définie à l'article 63 du *Code criminel* dans les termes suivants¹⁰¹ :

- | | |
|---|---|
| <p>63.(1) Un attroupement illégal est la réunion de trois individus ou plus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent, ou une fois réunis se conduisent, de manière à faire craindre, pour des motifs raisonnables, à des personnes se trouvant dans le voisinage de l'attroupement :</p> <p>a) soit qu'ils ne troublent la paix tumultueusement;</p> <p>b) soit que, par cet attroupement, ils ne provoquent inutilement et sans cause raisonnable d'autres personnes à troubler tumultueusement la paix.</p> | <p>63.(1) <i>An unlawful assembly is an assembly of three or more persons who, with intent to carry out any common purpose, assemble in such a manner or so conduct themselves when they are assembled as to cause persons in the neighbourhood of the assembly to fear, on reasonable grounds, that they</i></p> <p>(a) <i>will disturb the peace tumultuously; or</i></p> <p>(b) <i>will by that assembly needlessly and without reasonable cause provoke other persons to disturb the peace tumultuously.</i></p> |
|---|---|

100. Lucia Zedner, « Terrorizing Criminal Law » (2014) 8:1 Crim L & Philosophy 99 à la p 111.

101. *Code criminel*, supra note 14, art 66(1).

- (2) Une assemblée légitime peut devenir un attroupement illégal lorsque les personnes qui la composent se conduisent, pour un but commun, d'une façon qui aurait fait de cette assemblée un attroupement illégal si elles s'étaient réunies de cette manière pour le même but.
- (3) Des personnes ne forment pas un attroupement illégal du seul fait qu'elles sont réunies pour protéger la maison d'habitation de l'une d'entre elles contre d'autres qui menacent d'y faire effraction et d'y entrer en vue d'y commettre un acte criminel.
- (2) *Persons who are lawfully assembled may become an unlawful assembly if they conduct themselves with a common purpose in a manner that would have made the assembly unlawful if they had assembled in that manner for that purpose.*
- (3) *Persons are not unlawfully assembled by reason only that they are assembled to protect the dwelling-house of any one of them against persons who are threatening to break and enter it for the purpose of committing an indictable offence therein.*

Cette disposition est sensiblement la même que celle que prévoyait le premier *Code criminel* de 1892¹⁰². L'un des éléments matériels constitutifs de cette infraction est donc la réunion d'au moins trois personnes. Celles-ci doivent de plus s'assembler ou se conduire de manière à susciter une crainte chez des personnes se trouvant dans le voisinage. L'objet de cette crainte peut prendre deux formes : que les personnes assemblées troublent tumultueusement la paix ou qu'elles provoquent, inutilement et sans cause raisonnable, des tiers à le faire. Cette crainte doit, de surcroît, s'appuyer sur des motifs raisonnables. Un examen plus attentif de ces éléments révèle le caractère vague de cette infraction et le large éventail de comportements auquel elle peut hypothétiquement s'appliquer.

Bien que le texte de l'article 63(1) du *Code criminel* laisse sous-entendre que, pour que cette infraction soit commise, une personne doit réellement avoir ressenti, subjectivement, une crainte, les tribunaux canadiens ont généralement adopté un critère objectif pour évaluer l'appréhension de troubles à la paix¹⁰³ — probablement en raison de l'exigence que cette crainte soit fondée sur des motifs raisonnables.

102. *Code criminel*, LC 1892 (55-56 Vict), c 29, art 79 [*Code criminel*, 1892].

103. Forget, *supra* note 10 aux pp 129–30. Voir notamment, *R c Lecompte*, [1999] RJQ 1462 (CS) aux para 11–12, 1999 CanLII 11949 (QC CS) [*Lecompte CS*], conf par (2000), 149 CCC (3^e) 185, 2000 CanLII 8782 (QC CA) [*Lecompte CA*], autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2001] 1 RCS xiii. Voir toutefois *R v Beattie*, (1931), 55 CCC 380 (MB CA) (la crainte peut être prouvée par le témoignage

Que l'on adopte un critère purement objectif ou un double critère subjectif-objectif, il n'en demeure pas moins que la crainte que la paix soit troublée tumultueusement doit reposer sur des motifs raisonnables. Qui est cette personne raisonnable hypothétique à l'aune de laquelle les circonstances de l'affaire seront évaluées? Quels sont ses caractéristiques personnelles, son statut, ses valeurs? Les tribunaux canadiens, comme leurs homologues anglais avant eux¹⁰⁴, la décrivent comme une personne « *of reasonable firmness and courage* », comme un « *ideal, calm, courageous, and reasonable man* »¹⁰⁵, un critère considéré par certains comme une « *invitation to the tribunal to interpret the situation in terms of what their own perceptions and judgment would have been* »¹⁰⁶. Ainsi, malgré le recours à une norme prétendument neutre et objective, la conduite criminalisée par cette infraction n'est pas décrite en elle-même et demeure floue, en ce qu'elle est tributaire de la perception d'une « personne raisonnable » — une perspective qui est d'ailleurs aujourd'hui encore fortement marquée par celle de l'homme blanc issu de la classe moyenne¹⁰⁷.

Dans le même ordre d'idées, cette exigence que la crainte se fonde sur des motifs raisonnables donne peu d'indications sur l'imminence que doit avoir le trouble à la paix publique. L'attroupement illégal est un stade préliminaire de l'émeute, cette dernière étant aujourd'hui définie comme étant un « attroupement illégal qui a commencé à troubler la paix tumultueusement »¹⁰⁸. Dans la mesure où le droit canadien n'a pas retenu le *riot*, une infraction intermédiaire entre l'attroupement illégal et l'émeute que prévoyait la common law, c'est-à-dire un attroupement illégal « sur le point de devenir une émeute »¹⁰⁹, André Jodouin

de personnes présentes et qui furent apeurées ou, en l'absence d'une telle preuve directe, être inférée des circonstances de l'affaire).

104. *R v Vincent* (1839), 9 Car & P 91 à la p 109, 3 St Tr NS 1037.

105. *R v Patterson* (1930), [1931] 3 DLR 267, 55 CCC 218 à la p 226 (Ont SC (AD)), juge Middleton.

106. Lacey, *Reconstructing*, *supra* note 66 à la p 210 (l'auteure discute du critère applicable en matière d'émeute en droit anglais, lequel est essentiellement le même que celui en matière d'attroupement illégal).

107. Pour une critique de cette prétention à la neutralité et à l'universalité de telles normes objectives en droit pénal, mais énoncée à l'égard des normes de faute objective, voir Marie-Ève Sylvestre, « The Redistributive Potential of Section 7 of the *Charter*: Incorporating Socio-Economic Context in Criminal Law and in the Adjudication of Rights » (2012) 42:3 Ottawa L Rev 389 à la p 394.

108. *Code criminel*, *supra* note 14, art 64.

109. Voir Jodouin, *supra* note 53 à la p 20.

estime que « le trouble peut être assez distant »¹¹⁰, qu'il n'a pas à être imminent, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un attroupement illégal.

Le sens à donner à cette expression de « troubler la paix tumultueusement » n'est pas non plus des plus limpides. D'aucuns y voient une référence au concept de « violation de la paix » (*breach of the peace*) issu de la common law¹¹¹, une notion elle-même plutôt floue et protéiforme¹¹². Le terme « tumultueusement » a pour sa part été interprété comme exigeant un certain recours à la force ou à la violence¹¹³. Notons toutefois que lorsqu'il y a un tel « *air or atmosphere of force or violence, either actual or constructive* »¹¹⁴, il s'agit d'une émeute, l'attroupement illégal faisant, pour sa part, simplement craindre la survenance d'un tel climat. Le flou de ce critère laisse donc « une grande place à la discrétion judiciaire »¹¹⁵. Cette précision est importante, car au-delà des énoncés de principe, pareille exigence ne semble pas toujours avoir été respectée. À la lumière de la jurisprudence en la matière, Yves de Montigny souligne l'« attitude très conservatrice des juges, pour qui l'ordre et la paix sont des valeurs suprêmes qui ne doivent être mises en péril pour aucune considération »¹¹⁶.

Le droit canadien n'exige pas que ce trouble tumultueux de la paix découle des seuls agissements des personnes réunies pour atteindre un but commun : si celles-ci font craindre que d'autres personnes soient provoquées inutilement et sans cause raisonnable à troubler la paix tumultueusement, elles engagent leur responsabilité pénale. En d'autres mots, un attroupement pacifique peut devenir illégal en raison du comportement hostile de tiers¹¹⁷. Michael Head souligne qu'une telle interprétation rend tout rassemblement pacifique vulnérable aux

110. *Ibid.*

111. *Ibid.* à la p 19. Voir aussi de Montigny, *supra* note 53 à la p 418.

112. Esmonde, « Breach of the Peace », *supra* note 47 aux pp 251–53. Sur le concept de paix publique en droit canadien, voir généralement *R c Kerr*, 2004 CSC 44, [2004] 2 RCS 371.

113. *Conway c R*, 2015 QCCA 1389 aux para 35–50, 328 CCC (3d) 569.

114. *R v Lockhart* (1976), 15 NSR (2d) 512 (SC (AD)) à la p 529.

115. Forget, *supra* note 10 aux pp 129–30.

116. de Montigny, *supra* note 53 aux pp 419–20.

117. Voir par ex *R v Patterson*, *supra* note 105. Pour une analyse de cette affaire, voir Jodouin, *supra* note 53 aux pp 20–21; de Montigny, *supra* note 53 à la p 420.

agissements de tiers mal intentionnés, qui peuvent le faire basculer dans le champ de l'illégalité¹¹⁸ :

Thus, perversely, a lawful gathering or protest can become unlawful as a result of the actions of others who oppose the gathering, even if those opposing actions are "improper". This proviso opens the door for political opponents, or provocateurs, to transform an otherwise peaceful demonstration or meeting into an unlawful assembly.

Ainsi, la responsabilité pénale de manifestants non violents peut être engagée en raison du comportement de tierces personnes, avec lesquelles ils ne partagent pourtant aucun « but commun ».

Cette infraction est par ailleurs tournée vers l'avenir, s'attardant à des risques. Comme nous l'avons vu, l'attroupement illégal est un rassemblement qui fait craindre la survenance de troubles tumultueux de la paix ou, en d'autres mots, d'une émeute. Ce préjudice ne s'est pas encore matérialisé, il peut même être assez distant dans le temps ou incertain¹¹⁹. Encore une fois, l'individu participant à une manifestation non violente est donc susceptible d'engager sa responsabilité pénale, et ce, au nom de la nécessité d'éviter l'éclosion de violence. Violence hypothétique qui peut, rappelons-le, être celle du groupe auquel appartient cette personne ou celle de tiers provoqués par ce groupe. Ici aussi, l'ambition de rendre justice aux individus pour les gestes qu'ils posent semble s'effacer devant les fins que cherche à atteindre l'État, soit, dans le cas qui nous occupe, la préservation de la paix publique. Cet objectif dirimant justifie d'étendre le filet pénal en amont de la conduite troublant l'ordre public de manière à englober les actes qui le menace.

Dans un autre ordre d'idées, les tribunaux n'ont pas, du moins jusqu'à récemment, exigé un degré élevé de culpabilité morale en matière d'attroupement illégal. Certains juges n'ont pas hésité à affirmer que la commission de cette infraction n'exige aucune intention

118. Michael Head, *Crimes Against the State: From Treason to Terrorism*, Farnham (Surrey, R-U), Ashgate, 2011 à la p 236.

119. À moins d'adopter une vision large de cette notion et de considérer que le préjudice est, dans pareil cas, la crainte que suscite l'attroupement dans le voisinage. Pour une interprétation selon laquelle en common law anglaise, l'infraction d'attroupement illégal visait à protéger le public de la peur, voir Margot Kaminski, « Incitement to Riot in the Age of Flash Mobs » (2013) 81:1 U Cin L Rev 1 à la p 16.

de la part de ceux et de celles qui y participent¹²⁰. Plus généralement, comme le démontre Forget, pendant longtemps, la jurisprudence a fait peu de cas de la preuve d'un quelconque élément moral; ce n'est qu'au tournant des années 1980 qu'elle a associé la *mens rea* de cette infraction à l'intention d'atteindre un but commun, une qualification que cet auteur juge par ailleurs erronée¹²¹. Ce but commun peut être assez large et n'a pas à être illégal; ainsi, la simple intention de faire du piquetage légal dans le cadre d'un conflit de travail pourrait satisfaire à cette exigence¹²². De même, on estima dans certaines décisions que le but commun à l'ensemble des accusés était de faire la fête¹²³. Pareille intention n'implique donc pas nécessairement l'existence d'un état d'esprit blâmable, même si cela peut être le cas. Ce n'est que dans un troisième temps que les tribunaux ont exigé un certain élément moral, à savoir une *mens rea* objective, relativement au caractère de l'assemblée, à son potentiel de faire craindre que la paix ne soit troublée tumultueusement¹²⁴. La jurisprudence récente de la Cour d'appel du Québec semble cependant s'inscrire en faux contre cette qualification de l'attroupement illégal comme étant une infraction de négligence pénale, puisque la Cour a, au contraire, exigé que les participants à pareille assemblée aient « eu connaissance d'un fait donnant lieu de craindre que la paix ne fût troublée tumultueusement »¹²⁵. Pourtant, comme le souligne Forget, cette exigence d'une *mens rea* subjective commande que la preuve présentée lors du procès soit individualisée, c'est-à-dire examinée de façon à déterminer les faits dont avait personnellement connaissance chacun des accusés. Or, les procès pour attroupements illégaux ont souvent donné lieu à une preuve commune à l'ensemble des prévenus et à un examen global de celle-ci, sauf en ce qui a trait à la preuve d'identification¹²⁶.

120. Voir *R v Jones and Sheinin* (1931), 57 CCC 81 à la p 85 (Alta SC (AD)), juge en chef Harvey.

121. Forget, *supra* note 10 aux pp 132–39. Pour sa part, de Montigny voit un élément de l'*actus reus* dans cette exigence que les personnes réunies aient une intention d'atteindre un but commun : de Montigny, *supra* note 53 aux pp 416–17. D'autres y voient, au contraire, le véritable élément mental de cette infraction : David Watt et Michelle Fuerst, *The 2016 Annotated Tremear's Criminal Code*, Toronto, Carswell, 2015 à la p 137.

122. Jonathan B Eaton, « Is Picketing a Crime? » (1992) 47:1 RI 100 aux pp 115–16.

123. *R v Kalyn* (1980), 52 CCC (2^e) 378 à la p 380 (Sask Prov Ct); *R v Paulger* (1982), 18 CCC (3^e) 78 au para 11 (BC Co Ct).

124. Forget, *supra* note 10 aux pp 139–43, citant *R v Brien* (1993), 86 CCC (3^e) 550 (NWT SC).

125. *Lecompte CA*, *supra* note 103 au para 14. Voir aussi *Aubry c R*, 2005 QCCA 36 au para 14.

126. Forget, *supra* note 10 aux pp 145–47.

Le peu de poids accordé à l'idée de faute individuelle n'est pas étranger à l'effacement de l'infracteur individuel au profit du groupe. En effet, dans la mesure où le comportement de certains des participants à un rassemblement fait craindre que la paix ne soit troublée tumultueusement, l'ensemble des personnes réunies, y compris celles qui sont pacifiques et aucunement menaçantes, sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale¹²⁷. Pour Forget, « [c']est l'attroupement qui est l'auteur de l'infraction et non chacune des personnes qui le composent »¹²⁸. Récemment, la Cour d'appel du Québec a estimé que pour déterminer qui « participe à un attroupement illégal » au sens de l'article 66 du *Code criminel*, il n'y avait pas lieu d'appliquer les règles générales de la participation criminelle prévue aux articles 21 et 22 de cette même loi : dans la mesure où il est nécessaire d'avoir eu l'intention d'atteindre un but commun, les simples spectateurs passifs de la scène ne tomberaient pas sous le coup de cette infraction¹²⁹. Pourtant, il est tout à fait possible que des personnes aient l'intention d'atteindre un but commun, par exemple celui de participer à une manifestation, sans qu'elles commettent pour autant des gestes faisant craindre que la paix ne soit troublée tumultueusement et sans qu'elles aident ou encouragent d'autres personnes à le faire.

En somme, cet examen de l'état du droit canadien relatif aux éléments constitutifs de l'infraction d'attroupement illégal permet de constater que celle-ci est définie de manière plutôt équivoque, et ce, bien que les tribunaux aient conclu qu'elle n'est pas imprécise au point de violer l'article 7 de la *Charte canadienne*¹³⁰. Cette infraction criminalise le fait de participer à un rassemblement faisant appréhender que la paix ne soit troublée tumultueusement, c'est-à-dire un comportement — pour ne pas dire une situation — qui n'a pas causé de préjudice, mais qui pourrait le faire dans un avenir plus ou moins proche. La responsabilité pénale des personnes participant à pareille assemblée peut se trouver engagée en raison des gestes posés par d'autres membres de ce rassemblement et même par des tiers. Il n'est pas nécessaire que ces personnes aient aidé ou encouragé activement ces

127. de Montigny, *supra* note 53 à la p 416.

128. Forget, *supra* note 10 à la p 147.

129. *Conway v R*, *supra* note 113 aux para 24–26. Voir toutefois *R v Cesarone* (1958), 1:3 Crim LQ 348 (BC Magis Ct).

130. Voir *Lecompte CA*, *supra* note 103 aux para 5–15. Voir aussi, en matière d'émeute, *R v Berntt*, 1997 BCCA 296, 120 CCC (3^e) 344. Pour une étude de ces deux affaires, voir Forget, *supra* note 10 aux pp 154–58.

derniers : leur seule présence sur les lieux suffit, bien que l'on exige depuis peu que ces personnes aient minimalement eu connaissance des faits de nature à faire craindre que la paix ne soit troublée tumultueusement. À la lumière de ces observations, il semble bien que le régime particulier applicable en matière d'attroupement illégal soit en dissonance avec les principes fondateurs du droit criminel moderne que sont l'idée de culpabilité morale, le principe de légalité et l'idée d'un droit tourné vers le passé. Il s'agit là d'entorses à l'individualisme de la théorie classique de la responsabilité pénale, qu'ATH Smith avait d'ailleurs relevées peu après l'abolition, en Angleterre et au pays de Galles, de cette infraction alors prévue par la common law anglaise¹³¹.

CONCLUSION

La multiplication récente des outils de régulation de la manifestation et le recours accru des forces policières au droit pénal réglementaire ne doivent pas faire perdre de vue le rôle central qu'a joué historiquement le droit criminel, particulièrement l'infraction d'avoir participé à un attroupement illégal, dans la suppression de la protestation sociale¹³². Le droit criminel pend encore comme une épée de Damoclès au-dessus de la tête de celles et de ceux qui décident de prendre la rue à des fins expressives et politiques. Le dépôt d'accusations criminelles, contrairement à la remise de constats d'infraction, est susceptible d'entraîner, que ce soit au stade de la mise en liberté provisoire ou à celui de la peine, la mise en place de tout un dispositif de surveillance et de contrôle¹³³. En théorie, le crime véritable s'accompagne aussi de stigmates, dont seraient exemptes les infractions réglementaires. Dans les

131. ATH Smith, *The Offences Against Public Order*, Londres (R-U), Sweet & Maxwell, 1987 aux pp 1–2 (pour cet auteur, le préjudice auquel s'attardent les infractions contre l'ordre public est vague et inchoatif et se distingue en quelque sorte des intérêts traditionnels que vise à assurer le droit criminel; de plus, ces infractions vont à l'encontre de l'individualisme de la théorie classique de la responsabilité pénale). Sur l'abolition des infractions de common law d'attroupement illégal, de *rout* et d'émeute en Angleterre et au pays de Galles et leur remplacement par des infractions d'origine législative, voir *Public Order Act 1986* (R-U), c 64.

132. Voir Ceric, *supra* note 54; Desmond H Brown et Barry Wright, « Codification, Public Order, and the Security Provisions of the Canadian Criminal Code, 1892 » dans Barry Wright et Susan Binnie, dir, *Canadian State Trials: Political Trials and Security Measures, 1840–1914*, vol 3, Toronto, University of Toronto Press pour la Osgoode Society for Canadian History, 2009, 516 aux pp 534–37. Sur la situation au Royaume-Uni, voir Michael Lobban, « From Seditious Libel to Unlawful Assembly: Peterloo and the Changing Face of Political Crime c1770–1820 » (1990) 10:3 Oxford J Leg Stud 307.

133. Voir Sylvestre et al, « Spatial Tactics » *supra* note 20; Sylvestre, Bernier et Bellot, *supra* note 20; Esmonde, « Bail », *supra* note 20.

faits, le crime entraîne, à tout le moins, contrairement aux infractions réglementaires provinciales, la création d'un casier judiciaire. Pourtant, lorsqu'on y regarde de plus près, le décalage entre le crime d'attroupe-ment illégal et les principes sur lesquels la légitimité du droit criminel est fondée est si criant qu'il est nécessaire de relativiser l'effet symbolique découlant de la qualification par laquelle une manifestation devient un « attroupe-ment illégal ».

Le recours à cette catégorie juridique et à l'étiquette de « crime » qui l'accompagne constitue, en quelque sorte, une arme à double tran-chant. Si l'infraction d'attroupe-ment illégal peut demeurer relati-vement imperméable aux canons de la théorie pénale et profiter indirectement de l'aura de celle-ci, délégitimant ainsi, aux yeux du public, la manifestation qualifiée de la sorte et les revendications de ceux et de celles qui en font partie, elle peut aussi, à long terme et auprès des personnes qui en font les frais, fragiliser la légitimité du droit criminel et révéler l'existence en son sein de pratiques qui répondent à d'autres logiques que celles généralement mises de l'avant dans la dogmatique pénale.

Insister sur la discordance entre certains principes fondamentaux de la théorie du droit pénal et le fonctionnement de l'infraction d'at-troupe-ment illégal, c'est courir le risque de présenter un portrait peut-être complaisant de l'application de ces principes dans les autres domaines du droit criminel¹³⁴. Il n'est donc pas dit qu'un examen plus approfondi d'autres crimes ne permettrait pas de conclure que cette infraction, loin d'être une anomalie du droit criminel, est plutôt l'exemple typique de certains de ses aspects généralement occultés ou minimisés par la doctrine.

134. Voir Lacey, *Reconstructing*, supra note 66 à la p 210. Voir aussi Nicola Lacey, recension de *Public Order: The New Law de Richard Card et de The Offences Against Public Order* d'ATH Smith (1988) Crim L Rev 478.