

Provocation, colère et contrôle de soi : la « personne ordinaire » est-elle soluble dans les neurosciences ?

*Ugo GILBERT TREMBLAY**

**Provocation, Anger and Self-Control:
Can the “Ordinary Person” Survive to the Rise of Neuroscience?**

**Provocación, ira y autocontrol:
¿puede una « persona del común » sobrevivir a la neurociencia?**

**Provocação, Raiva e Autocontrole:
Pode a “Pessoa Ordinária” Sobreviver ao Crescimento da Neurociência?**

挑拨、愤怒与克己：普通人怎样应对神经科学的挑战？

Résumé

Le présent article porte sur les fondements de l'imputabilité pénale et concerne de manière plus générale le rapport – réel ou fabulé – qu'entretiennent ces derniers avec le problème philosophique de la liberté humaine. Sous l'impulsion du nouveau regard jeté sur l'homme par les neurosciences, de nombreux auteurs ont prétendu que le concept de responsabilité criminelle issu de la

Abstract

This article concerns the principles of penal accountability, and, more generally, the connection – real or illusory – that links them to the philosophical problem of free will. Many authors have argued that the classical concept of criminal responsibility falls into abeyance given that its premises are incompatible with the new conception of men derived from recent advances in neuroscience.

* L'auteur est doctorant en droit (Université de Montréal) et en philosophie (Université de Genève). Il bénéficie actuellement de la bourse d'études supérieures du Canada Joseph-Armand-Bombardier (CRSH). Le présent texte constitue une version légèrement remaniée d'un manuscrit qui a remporté le prix du concours juridique 2016 de la Fondation du Barreau du Québec dans la catégorie « Manuscrit d'article juridique ».

common law touchait à sa fin, faute de s'appuyer sur des postulats compatibles avec les données scientifiques les plus récentes. Il s'agira dans cet article de vérifier la validité de cette assertion et de déterminer dans quelle mesure ces auteurs se représentent adéquatement la signification proprement juridique de la notion de responsabilité. Après avoir exposé brièvement certains des mécanismes neurobiologiques de la colère et du contrôle de soi, on tentera d'évaluer la portée de ces derniers au regard des principales conditions d'ouverture de la défense de provocation. Ce moyen de défense servira de loupe grossissante dans le but de faire ressortir les composantes normatives indissolubles qui structurent l'édifice du droit criminel et qui, *de facto*, l'immunisent contre certaines retombées potentiellement séditieuses du savoir neuroscientifique sur le droit.

Resumen

Este artículo concierne los fundamentos de la imputabilidad penal y de manera más general la relación – real o ilusoria – que comparten estos con el problema filosófico de la libertad humana. Bajo el influjo de la nueva visión del hombre lanzada por la neurociencia, muchos autores han afirmado que el concepto de responsabilidad penal derivado de la *common law* ha caído en desuso, dado que ya no cuenta con el apoyo de las premisas científicas más recientes. Este artículo intenta comprobar la validez de esta afirmación y determinar en qué medida estos autores representan de manera adecuada el sentido jurídico de la noción de responsabilidad. Después de exponer brevemente

This article wants to ascertain the validity of such an assertion and try to evaluate if the juridical meaning of the notion of responsibility is adequately conceived by these authors. Following a brief summary of the neurobiological mechanisms involved in anger and self-control, it will assess their consequences for the traditional requirements of provocation defense. This specific defence will serve as a magnifying glass to expose the strong normative grounds of the criminal law. It will also be used to emphasize the fact that neuroscience remains widely powerless in undermining the fundamental purposes of this pivotal social institution.

Resumo

O presente artigo trata dos fundamentos da imputabilidade penal e se ocupa de maneira mais geral da conexão – real ou ilusória – que os liga ao problema filosófico da liberdade humana. Muitos autores argumentam que o conceito clássico de responsabilidade criminal caducou dado que suas premissas são incompatíveis como a nova concepção de homem derivada dos recentes avanços da neurociência. Este artigo se ocupará de verificar a validade dessa afirmação e de determinar em que medida esses autores interpretam adequadamente o significado propriamente jurídico da noção de responsabilidade. Uma vez expostos brevemente certos mecanismos neurobiológicos da raiva e do autocontrole,

algunos de los mecanismos neurobiológicos de la ira y del autocontrol, se intentará evaluar el alcance de estos últimos con respecto a las condiciones que dan derecho a la defensa por provocación. Este medio de defensa servirá a manera de lupa para resaltar los componentes normativos indisolubles que fundamentan el derecho penal y que, de hecho, lo hacen inmune contra ciertas repercusiones potencialmente sediciosas de la neurociencia sobre el derecho.

tentaremos avaliar seu alcance em relação aos principais requisitos da legítima defesa contra provocação. Este meio de defesa servirá de lupa com o objetivo de destacar os componentes normativos indissolúveis que estruturam o edifício do direito criminal e que, *de facto*, o imunizam contra certos desdobramentos potencialmente sediciosos do conhecimento neurocientífico sobre o direito.

摘要

本文探讨可归罪性原则，更概括地说，探讨可归罪性原则与哲学上的自由问题之间真实或虚幻的关系。鉴于神经科学的新近发展对人类提出的新看法，许多研究者提出，源自普通法的刑事责任概念由于与新的科学结论相抵触，已经走到了尽头。本文试图对这类主张的有效性进行检验，并就责任概念的司法含义是否充分得到这些研究者的思忖进行评价。本文首先简述愤怒与克己所涉及神经生物学机制，然后评价其对于启动防卫挑拨条件的影响。这种防卫方式将作为放大镜以显示刑法的规范性基石，并且这些基石使得法律不会受神经科学某些可能具有吸引力的结论所左右。

Plan de l'article

I.	Libre arbitre, responsabilité criminelle et déterminisme : quelques repères préalables	279
II.	Les conditions cérébrales du contrôle de soi.....	287
	A. Loin du réductionnisme	287
	B. Les postulats théoriques des neurosciences	291
	C. Un renversement dans nos manières de voir	293
	D. Neurobiologie de la colère violente : quelques données empiriques	295
	E. Remarques transitoires	301
III.	La défense partielle de provocation en droit criminel	303
	A. Présentation générale du moyen de défense.....	307
	B. Un accès subjectif objectivement balisé	311
	C. Entre excuse et justification	313
	D. De quoi est faite la personne ordinaire?	321
	E. Contextualisation et individualisation.....	323
IV.	L'indissoluble fonction normative du droit	326
	A. L'orientation utilitariste du raisonnement juridique	332
	B. La nécessaire hiérarchisation des réactions meurtrières	333
	C. La diffusion de standards de conduite : une responsabilité <i>terminus ad quem</i>	336
	D. Le renforcement symbolique des normes	341
	E. Le cas éloquent du déterminisme culturel.....	345
V.	Conclusion.....	351

On n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre mais l'homme est libre parce qu'on lui impute¹.

– H. Kelsen

I think it quite vain to seek any more specific purpose which law as such serves beyond providing guides to human conduct and standards of criticism of such conduct².

– H. L. A. Hart

La personne dont le comportement respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit³.

– Juge Charron

I. Libre arbitre, responsabilité criminelle et déterminisme : quelques repères préalables

Nombre d'auteurs ces dernières années – les neuropsychologues Joshua Greene et Jonathan Cohen en tête – ont prétendu que les neurosciences étaient par définition incompatibles avec la notion de responsabilité criminelle et que la reconnaissance de la validité de ces nouveaux savoirs impliquait nécessairement l'abandon de cette notion, jugée archaïque et trop suspecte pour servir de fondement légitime à une institution comme le droit pénal⁴. Si l'on résume à grands traits leur position, elle consiste pour l'essentiel à soutenir que la prise de conscience récente des déterminants cérébraux du comportement humain aurait retiré à la

¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 134.

² Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 249.

³ R. c. Tran, 2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350, par. 30.

⁴ Nous nous appuyons ici sur les auteurs suivants : Joshua Greene et Jonathan Cohen, « For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything », (2004) 359:1451 *Philosophical Transactions: Biological Sciences* 1775 ; Robert M. Sapolsky, « The Frontal Cortex and the Criminal Justice System », (2004) 359:1451 *Philosophical Transactions: Biological Sciences* 1787 ; Anthony. R. Cashmore, « The Lucretial Swerve: The Biological Basis of Human Behavior and the Criminal Justice System », (2010) 107:10 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 4499 ; Xavier BÉBIN, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, L'Harmattan, 2006, chap. 4 ; ainsi que David M. Eagleman, « Pourquoi les sciences du cerveau peuvent éclairer le droit ? », *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Paris, Centre d'analyse stratégique, document de travail n° 2012-07, 2012, p. 33 à 51.

notion de responsabilité toute vraisemblance empirique et, partant, toute consistance juridique⁵. Le raisonnement se donne *a priori* pour impaire : puisque la responsabilité criminelle, estiment-ils, dépend du libre arbitre et que les neurosciences ont montré que ce dernier n'était tout au plus qu'une « illusion générée par notre architecture cognitive »⁶, alors il s'ensuit que le droit criminel devrait se refonder sur de nouvelles bases, loin de toute référence à un soi-disant pouvoir psychologique d'autodétermination. Le verdict se veut dès lors sans appel : la responsabilité appartiendrait désormais au rang des mythes primitifs de l'humanité, à côté de quelques reliquats de pensée magique et de superstitions religieuses, et il n'appartiendrait plus à présent au droit que d'en prendre acte sous l'éclairage de plus en plus insistant des sciences du cerveau.

Il y a bien sûr ici plusieurs couches de sens à déplier, plusieurs postulats qui méritent d'être interrogés. On peut remarquer tout d'abord que la stratégie rhétorique de ceux qui adoptent une telle position consiste à établir un rapport de stricte équivalence sémantique entre la responsabilité criminelle, d'une part, et le libre arbitre, d'autre part, de sorte que le simple fait de désavouer le second principe se présente comme un démenti inévitable de la première. Rien n'est évidemment plus aisé que de prétendre pouvoir noyer en même temps deux notions lorsqu'on a pris soin au préalable de les identifier l'une à l'autre ; il suffit d'en jeter une à la mer pour que l'autre paraisse contrainte de s'y engouffrer à son tour. Il en va là de ce qu'on pourrait appeler une réfutation à rabais (deux notions réfutées pour le prix d'une seule). Mais une telle stratégie, pour économique qu'elle puisse paraître sur le plan argumentatif, comporte de sérieux risques. En offrant le luxe d'échapper à la nécessité de devoir examiner chaque notion *séparément* et en permettant d'occulter la complexité inhérente au champ discursif spécifique du droit criminel, elle trace le chemin d'inévitables méprises. Il suffit en effet d'y regarder d'un peu plus près pour constater que l'affirmation d'un lien insécable entre le libre arbitre et la responsabilité criminelle, qui rend possible leur désaveu conjoint, est loin d'aller de

⁵ Telle est par exemple la position du célèbre biologiste Richard Dawkins : « a truly scientific, mechanistic view of the nervous system make[s] nonsense of the very idea of responsibility. », Richard DAWKINS, « Let's all stop beating Basil's car », (2006) Edge : The World Question Center (blogue), en ligne : <https://www.edge.org/q2006/q06_9.html>.

⁶ Ma traduction de J. GREENE et J. COHEN, préc., note 4, p. 1784. Voir aussi : Daniel M. WEGNER, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 2002.

soi. Il revient à cet égard au juriste Stephen J. Morse d'avoir maintes fois dénoncé ce qu'il appelle « the fundamental psycho-legal error »⁷. C'est elle, selon lui, qui serait à la source des nombreuses confusions entretenues au sujet de la notion juridique de responsabilité criminelle et qui nourrirait à tort la croyance selon laquelle l'absence de libre arbitre signifierait nécessairement la faillite du régime actuel de l'imputabilité pénale⁸. En quoi

⁷ Voir notamment Stephen J. MORSE, « Culpability and Control », (1994) 142 *University of Pennsylvania Law Review* 1587, en particulier à la p. 1592 ; Stephen J. MORSE, « The Non-Problem of Free Will in Forensic Psychiatry and Psychology », (2007) 25 *Behavioral Sciences and the Law* 203 ; Stephen J. MORSE, « Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility from Neuroscience », (2008) 9 *Minnesota Journal of Law, Science, and Technology* 1, en particulier aux p. 3 à 13 ; Stephen J. MORSE, « Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience », dans Michael FREEMAN (dir.), *Law and Neuroscience*, vol. 13, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 529 à 582. Il est important de noter que Stephen J. Morse n'est évidemment pas le premier à avoir pensé la responsabilité criminelle de façon à la rendre compatible avec le déterminisme. Pour un exemple de devancier illustre, voir Herbert L. A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, chap. II. La principale contribution de Morse demeure sans contredit d'avoir su poser le problème à la lumière d'un contexte scientifique nouveau, à savoir celui des neurosciences.

⁸ Il est sans doute utile ici de préciser davantage le sens qu'il convient de donner à la notion de libre arbitre, pour mieux apercevoir l'ampleur de ses exigences. On peut citer à cet effet la définition éloquente qu'en a proposé le juriste René Saleilles au début du ^{xx}^e siècle, dans un ouvrage resté célèbre : « [...] le libre arbitre est le pouvoir de choisir également entre deux partis, tout en étant bien entendu inspiré par des motifs entre lesquels le choix doit se faire, mais sans être déterminé ni conditionné par eux, sans que l'impulsion vienne d'un état de subjectivité préalable, autrement que d'un acte souverain de liberté. Le libre arbitre, c'est comme un acte de création souveraine, par lequel le moi, avant chaque volition à prendre, vient décider en maître, en dehors de toute pression qui s'impose. », René SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Paris, F. Alcan, 1909, p. 55. Il est possible, à la lumière de cette définition, de dégager brièvement les trois principales conditions du libre arbitre : 1) la condition d'indépendance, selon laquelle la volonté, en tant que siège du libre arbitre, doit avoir le statut d'une *faculté psychologique indépendante*, faute de quoi il serait impossible de la distinguer des désirs particuliers qui s'imposent à elle (en d'autres termes, sans l'existence d'une volonté surplombante *séparée* de chaque volition particulière (« vouloir ceci », « vouloir cela ») et capable de contrôler ces volitions en amont, que ce soit en neutralisant leur emprise ou en favorisant leur expansion, les choix d'un individu ne seraient pas la marque d'une véritable liberté, mais bien, comme le pensait Hobbes, le simple résultat causalement déterminé de la volition la plus forte l'ayant emporté au moment d'agir). Cf. Thomas HOBBS, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, 1^{ère} partie, chap. VI et II^e partie, chap. XXI ; 2) la condition de contingence, selon laquelle le libre arbitre dépend de la possibilité permanente d'agir autrement, ce qui implique que toute personne qui a

consiste exactement cette erreur ? Essentiellement dans le fait de croire que la reconnaissance d'une causalité extérieure aux seuls choix d'un individu constitue une source automatique d'excuse en droit criminel⁹. Suivant cette erreur, en effet, le seul fait que la science soit en mesure de montrer que des causes non-choisies entrent dans la composition de tout choix humain et que, dès lors, nos comportements ne sont pas le fruit d'une pure volonté suffirait pour assurer à tout criminel une exonération générale de responsabilité (comprise une fois de plus comme indissociable du

commis un acte aurait pu suspendre cet acte ou l'orienter différemment si elle l'avait souhaité (l'acte est dit contingent en ce qu'il *aurait pu ne pas exister*, non grâce à une quelconque nécessité interne ou externe, mais en vertu de l'unique concours de la volonté) ; 3) la condition de source, enfin, selon laquelle le pouvoir causal de la volonté doit se situer en rupture complète par rapport à toute causalité qui n'est pas sous son contrôle, c'est-à-dire qu'il doit tirer absolument de lui-même sa propre énergie motrice, sans que d'autres causes – psychologiques, sociales, neurochimiques, etc. – ne le gouvernent à son insu (pour le dire dans la terminologie classique, la volonté doit être une *causa sui*, c'est-à-dire une cause sans cause, une cause soustraite au réseau de toutes les causes). Il faut bien comprendre ici que ces trois conditions forment ensemble un tout inextricable, au point qu'en nier une seule équivaldrait à les nier toutes les trois. Le libre arbitre constitue ce qu'on pourrait appeler une notion *disjonctive*, c'est-à-dire une notion qui ne saurait admettre de degré sans s'autodétruire : ou bien l'homme le possède, ou bien l'homme ne le possède pas, il n'y a guère en la matière de compromis envisageable (ne disposer que d'une parcelle de libre arbitre serait une contradiction dans les termes). Je ne peux m'empêcher de signaler au passage que l'origine théologique de cette notion n'est probablement pas étrangère à la radicalité exorbitante qui l'accompagne : lorsque Saint Augustin, dans le premier livre du *De libero arbitrio*, est amené à introduire ce concept, rappelons que c'est d'abord parce qu'il se trouve contraint de trouver une solution au problème épineux de la coexistence de Dieu et du mal. En effet, si l'homme est la créature de Dieu, et que cette créature fait le mal, alors cela revient à dire que Dieu est responsable du mal ici-bas, en négligeant d'avoir fabriqué une créature tournée vers le bien. Or comme Dieu est absolument bon, cela est impossible. C'est donc très précisément pour sortir de cette impasse qu'interviendra le libre arbitre. Il entrera en scène pour permettre à Saint Augustin de *sectionner* la chaîne causale qui semblait rattacher Dieu au mal. Car si l'homme, dès le départ, a été conçu comme absolument libre de s'autodéterminer dans le mal comme dans le bien, alors il s'ensuit que Dieu est certes toujours cause de l'homme, *mais non plus cause du mal que cause ce qu'Il a causé*. D'où il suit ironiquement que le libre arbitre a d'abord historiquement servi de « moyen de défense » conceptuel pour sauver l'idée de perfection divine. Cf. SAINT AGUSTIN, « Traité du libre arbitre », trad. Defourny, dans *Œuvres complètes de Saint Augustin*, t. III, Bar-le-duc, 1864.

⁹ Rappelons que l'étymologie du mot « excuse » provient du verbe latin « excusare », qui signifie au sens strict « mettre hors de cause ».

libre arbitre). Autrement dit, admettre que la vie humaine n'échappe pas aux régularités causales qui régissent les autres phénomènes naturels, des plus petites molécules jusqu'aux plus grands mammifères, reviendrait ni plus ni moins pour le droit à faire entrer un loup dans la bergerie, vouant toute responsabilité criminelle à une mort certaine¹⁰.

Contre les tenants de cette vision dramatique, le grand mérite de Morse est d'avoir rappelé que le droit criminel n'est pas par principe incompatible avec le déterminisme, fût-il même neurologique ou cérébral, pour autant que son rôle n'a jamais été de discriminer entre les comportements causés et les comportements sans cause (ou causés par une *cause sans cause* tel que le libre arbitre), mais bien de déterminer *quels types de causes* (entre les désirs, les pulsions, les délires, les erreurs, les nécessités, les contraintes, etc.) peuvent être invoquées à titre de facteurs exonérateurs et quels types de causes ne le peuvent pas. En d'autres termes, lorsqu'il s'agit de juger de la responsabilité criminelle d'un individu, le droit ne se demande pas si celui-ci recèle, en son for intérieur, une faculté psychologique soustraite à toute forme de causalité, ou pour le dire avec Emmanuel Kant, s'il se trouve quelque part en lui la capacité de « commencer *tout à fait de soi-même* une série d'événements »¹¹, pas plus d'ailleurs qu'il ne s'enlise dans la question philosophique abyssale (et insoluble) de savoir si un accusé pouvait vraiment, à l'instant précis de commettre son forfait, réorienter le cours de son destin et faire surgir *ex nihilo* un acte qui soit en rupture totale avec ses désirs, ses croyances, ses pensées, ses intentions, etc.¹². Beaucoup plus prosaïquement, le droit ne fait que se demander, au

¹⁰ Voir : Michael S. MOORE, « Stephen Morse and the Fundamental Psycho-Legal Error », (2014) 10:1 *Criminal Law and Philosophy* 46.

¹¹ Emmanuel KANT, *Critique de la raison pure*, Paris, Aubier, 1997, p. 439.

¹² Insistons : avoir pu faire autrement, du point de vue du libre arbitre, cela veut dire avoir pu modifier notre conduite *sans que la moindre circonstance intérieure ou extérieure* n'ait varié par rapport au contexte précis dans lequel se déroulait notre action à l'origine. Cela signifie que si l'on se met à la place d'un jeune meurtrier qui aurait un jour appuyé sur la gâchette d'une arme à feu en direction du caïd d'un gang rival, on ne peut pas dire qu'il aurait pu agir autrement si l'on change quoi que ce soit dans toute la constellation des causes qui entouraient son action à l'instant précis de faire feu. Pour être vraiment libre au sens du libre arbitre, le changement de décision du meurtrier doit venir du seul mystère impénétrable de sa volonté et non pas, par exemple, du fait qu'il aurait soudainement songé, en une sorte d'éclair involontaire de conscience, aux conséquences pénales de son action, à sa fille qui l'attendait à la maison et qu'il risquait de ne pas voir grandir, à la honte vécue par sa famille en cas de condamnation, ou encore parce qu'il aurait croisé le regard effrayé de sa victime et ressenti un sursaut

cas par cas, si les différentes causes qui sont intervenues dans la genèse d'un acte criminel autorisent ou non son auteur à se prévaloir d'un moyen de défense¹³. S'il advient que les causes tombent de l'autre côté de la frontière de ce qui constitue une excuse ou une justification au sens du droit criminel, alors il écartera tout simplement ces causes de son examen et conclura à la responsabilité criminelle pleine et entière de l'individu en question, non pas, notons-le, en niant l'existence du déterminisme en tant que tel, mais en niant que *ce déterminisme en particulier* puisse être acceptable du point de vue des préoccupations qui sont celles d'une institution aussi socialement sensible et normativement structurante que celle du droit criminel.

Pour ne donner ici qu'un bref exemple (que la suite de cet article permettra abondamment d'éclairer), si un mari jaloux tue l'amant de son épouse après avoir longuement mûri le scénario de son assassinat, le tribunal n'aura que faire d'une étude d'imagerie cérébrale capable de prouver hors de tout doute raisonnable que la jalousie vécue par le meurtrier, jointe à la configuration neuronale particulière de celui-ci, a eu des effets neurochimiques tels que son désir homicide s'imposait à sa conscience comme une nécessité implacable, comme le seul projet vital digne d'être

d'empathie assez puissant pour l'arracher à son geste fatal. Ajoutons, bien que cela aille de soi, que la condition d'invariabilité des circonstances ne s'applique pas seulement à l'échelle des motivations psychologiques ou des états mentaux, mais également à toutes les couches de causes imaginables, des plus infinitésimales aux plus massives, susceptibles d'entrer dans la gestation d'une action humaine. Si on ajoute ou retire quelque cause dans la projection rétrospective qu'on se fait de l'action du meurtrier, on ne dit plus vraiment qu'il *aurait pu* agir autrement, mais plutôt qu'il *aurait agi autrement s'il avait été déterminé par d'autres causes à agir autrement*. Sur cette dernière manière d'interpréter l'expression « avoir pu faire autrement » dans un sens qui soit compatible avec le déterminisme, on se référera à l'argumentation classique de George E. MOORE, *Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1912, p. 84 à 95.

¹³ Sans entrer dans les détails, on peut ici relever trois grandes familles de causes susceptibles de permettre à un accusé d'atténuer ou d'abolir sa responsabilité criminelle : les causes qui altèrent *substantiellement* la rationalité d'un individu, c'est-à-dire sa capacité à comprendre les interdits légaux et la nature de ses actes (par exemple : minorité, aliénation mentale), les causes qui abolissent toute véritable participation intentionnelle de l'agent à son action (par exemple : automatisme, épilepsie, accident sans négligence), les causes qui restreignent les possibilités d'agir d'une personne au point que toute personne ordinaire placée dans une même situation aurait risqué d'agir de la même manière (par exemple : nécessité, contrainte morale, légitime défense, provocation).

mis en œuvre, bref comme l'unique façon de venger son orgueil blessé et de consoler son amour-propre déchu. On remarquera au passage que les neurosciences ne feraient dans ce cas que traduire dans le langage du déterminisme cérébral les rouages déjà bien connus en droit du déterminisme passionnel. Or si l'on examinait de près le verdict de responsabilité pour meurtre au premier degré que ne manquerait pas de prononcer la cour sur cet homme, on constaterait que le fait de qualifier sa conduite de « criminellement responsable » ne signifierait nullement au fond (quelle que fût du reste l'enflure verbale des formules employées par le juge au moment de la condamnation¹⁴) « *vous pouviez agir autrement* en vertu de la liberté absolue d'agir légalement qui se terre en tout homme et à laquelle vous avez préféré le jour du meurtre ne pas recourir », mais bien plutôt « *vous auriez dû agir autrement* et l'absence d'excuse ou de justification admissible pour une conduite comme la vôtre, perpétrée par un homme comme vous qui ne souffrait d'aucun trouble mental au sens juridique du terme¹⁵, et qui a agi avec préméditation, suffit à vous rendre entièrement

¹⁴ « People sometimes use “free will” loosely to refer to genuine responsibility doctrines, but this simply distracts attention from the real issues and perpetuates confusion. The only practical free will problem is the confusion among forensic practitioners and others who think that free will is a problem or who speak and write as if it is. », S. J. MORSE, préc., note 7, p. 203 et 204. Pour un exemple typique de confusion, voir le criminologue Maurice CUSSON, *Pourquoi punir?*, Paris, Dalloz, 1987, p. 112 et 113.

¹⁵ Il faut dire que même si on découvrait les corrélats neuronaux de la jalousie morbide et que la psychiatrie en venait à la considérer comme un trouble mental, il ne s'ensuit nullement, tant s'en faut, que le droit lui reconnaitrait le statut de trouble mental *au sens juridique*. Il se trouve que le droit ne concède aucune prise définitionnelle ultime à la psychiatrie sur cette notion. Dès lors pour ainsi dire que l'expression « trouble mental » quitte l'hôpital et pénètre dans l'enceinte d'un tribunal, elle devient aussitôt une question de droit et s'affranchit de l'autorité médicale. La remarque du juge Martin dans l'arrêt *Simpson* est à cet égard on ne peut plus éloquente : « It is the function of the psychiatrist to describe the accused's mental condition and how it is considered from the medical point of view. It is for the Judge to decide whether the condition described is comprehended by the term “disease of the mind” » (R. c. *Simpson*, (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, 350). Voir aussi R. c. *Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575, par. 59 et 60 ; R. c. *Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 197. La principale raison de cette prise en charge sémantique de la catégorie de trouble mental par le droit tient au fait que, contrairement à ce dernier, la psychiatrie ne se soucie guère des considérations d'ordre public essentielles à sa définition juridique. La catégorie juridique de trouble mental, en effet, est le résultat non d'une observation désintéressée de la réalité psychique des individus, mais d'une négociation permanente entre le souci d'exonération de responsabilité et les impératifs qui accompagnent la gestion de l'ordre social (et dans cette négociation, il va sans dire que la possessivité malade, aussi déterminée qu'elle puisse

responsable de votre geste aux yeux de la société». Considéré sous cet angle, la véritable question qui préoccupe le droit n'est pas celle de la compatibilité entre le déterminisme et le libre arbitre, mais bien plutôt celle de savoir où situer exactement la frontière qui distingue un déterminisme exonératoire d'un déterminisme condamnable, c'est-à-dire où tracer la ligne délicate qui permettra de discerner le bon grain de l'ivraie en matière causale.

Or c'est précisément à l'archéologie de cette frontière que nous souhaitons consacrer les pages qui suivent. En nous basant sur une analyse de la défense partielle de provocation inspirée de la jurisprudence canadienne, nous chercherons à montrer comment le droit criminel est amené, par toute une série d'astuces conceptuelles et de stratégies discursives, à délimiter le territoire de ce qui constitue une excuse au sens juridique, et par là à s'immuniser contre la présumée menace d'exonération générale que ferait peser sur lui l'existence du déterminisme. Nous nous intéresserons en ce sens non seulement à la logique spécifique qui conduit le droit à établir un départage entre les excuses légitimes et les excuses illégitimes¹⁶, mais aussi à ce qui est susceptible de déplacer la frontière qui y préside, tantôt pour rendre celle-ci plus ouverte, plus poreuse, tantôt au contraire pour la refermer au nom d'une évolution des mœurs ou de considérations d'ordre public. Nous serons amenés à cet égard à porter une attention toute particulière au dispositif juridique de la «personne ordinaire», dispositif qui joue un rôle cardinal dans l'évaluation de la défense de provocation et dont le droit se sert à l'instar d'un tamis : c'est en effet lui qui, par rapport aux différentes causes qu'allègue un accusé pour excuser son impulsivité meurtrière, permet au droit de *trier* entre les causes qui seront juridiquement audibles et celles qui, au contraire, se frapperont à sa surdité inflexible. À travers tous ces développements, notre but sera de montrer que les tenants d'une incompatibilité radicale entre le déterminisme cérébral et la responsabilité criminelle se méprennent sur la signification que confère le droit à cette dernière. Nous soutiendrons en ce sens que la

être, est liée à des enjeux d'ordre public évidents qui neutralisent toute perspective d'atténuation de responsabilité éventuelle). Cf. *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, 533; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, 899 et 900. Sur ces questions, en lien cette fois avec la défense de provocation, voir *infra* à la section IV.

¹⁶ Insistons : le droit ne se situe pas ici sur le terrain de la vérité, mais de la légitimité. Comme nous le verrons, cela implique que les excuses qui sont considérées comme illégitimes juridiquement peuvent être parfaitement vraies d'un point de vue causal. Elles ne sont pas exclues en tant que causes, mais en tant que causes illégitimes.

principale cause de cette errance est qu'ils postulent à tort que la responsabilité criminelle est une catégorie purement *statique* et *descriptive* (qui aurait pour vocation de refléter systématiquement et scrupuleusement la réalité mentale de ceux qu'elle qualifie), en ne voyant pas qu'il s'agit en fait d'une notion *dynamique* sans cesse tiraillée entre des exigences contradictoires de description *et de prescription* (lorsqu'il s'agit par exemple de diffuser des standards de conduite ou de contribuer au renforcement symbolique des normes). Enfin, en guise de réponse à la question qui figure dans le titre du présent article, nous ferons valoir qu'il est peu crédible de penser que les neurosciences parviendront prochainement à dissoudre la « personne ordinaire », compte tenu que, en plus de ne posséder ni neurones ni cortex, la personne ordinaire est d'abord une construction juridique et un instrument de désapprobation institutionnelle de la violence, qui vise à *influencer* causalement les comportements humains plutôt qu'à renvoyer une image objective de ce qu'ils sont.

II. Les conditions cérébrales du contrôle de soi

Il nous paraît opportun ici, avant d'aborder dans le détail les différents réquisits juridiques de la défense de provocation, de présenter quelques-unes des données scientifiques récentes qui attestent du fait que le contrôle de soi est subordonné à tout un faisceau de conditions cérébrales qui ne sont pas également réparties d'un individu à l'autre et qui échappent à l'emprise de toute volonté surplombante. Ce passage par les neurosciences permettra au lecteur de prendre la mesure du type de causes avec lesquelles le droit criminel, et la théorie de la responsabilité qui en forme l'armature, devront apprendre à composer au cours des prochaines décennies. En vue de dissiper tout malentendu et toute interprétation abusive au sujet de la portée qu'il convient d'accorder aux données rapportées dans cette section, nous estimons toutefois nécessaire de faire trois remarques préalables.

A. Loin du réductionnisme

Tout d'abord, évoquer le déterminisme cérébral n'implique nullement de réduire le comportement des êtres humains à leurs seuls déterminants cérébraux, ou encore à faire comme si l'explication des phénomènes humains relevait désormais de l'unique pouvoir d'élucidation de la neuro-

biologie, promue au rang de science des sciences. Sans tout expliquer, loin de là, ce point de vue a toutefois le mérite d'éclairer la manière particulière dont l'interaction concurrentielle de plusieurs chaînes de causalité (sociales, psychologiques, génétiques, développementales, etc.) se répercutent à l'échelle cérébrale, le cerveau étant en quelque sorte le point-carrefour où converge chaque déterminisme particulier (ce qui ne leur retire en rien leur force explicative propre). Parler par exemple de la cause neurochimique d'une émotion comme la tristesse ne revient nullement à écarter que cette cause – une chute drastique du taux de sérotonine – soit elle-même corrélée en amont à tout une série d'autres causes non biologiques (une perte d'emploi, une rupture amoureuse, un deuil, etc.)¹⁷. Très sommairement, nous pourrions résumer le principal postulat du déterminisme cérébral de la manière suivante: puisque que le cerveau est le support matériel incontournable qui sert de médiation entre l'être humain et son environnement, il est nécessaire I) que ce support porte l'empreinte (au sens non figuré du terme) de cet environnement (pensons aux souvenirs qui se cristallisent dans les circuits neuronaux dévolus à la mémoire) et II) que les divers mécanismes (acquis et innés) qui structurent ce support conditionnent la manière dont l'environnement se trouvera perçu, vécu, conçu, etc., par un individu (pensons aux *capacités* mnésiques qui

¹⁷ On distingue généralement en ce sens deux grandes catégories de causes qui, loin de s'exclure mutuellement, s'avèrent tout à fait complémentaires: les causes proximales d'une part et les causes distales (ou ultimes) d'autre part. Ces causes sont complémentaires dans la mesure où insister sur une cause distale (par exemple: la mort d'un proche) n'implique nullement la négation des autres causes qui agissent à l'échelle proximale (par exemple: un déficit de sérotonine) et cela est tout aussi vrai dans le cas inverse (le fait de décrire des changements moléculaires au cerveau ne revient pas à exclure que des mécanismes psychologiques ou sociologiques soient aussi en cause). À chaque fois, les explications causales, qu'elles soient proximales ou distales, ne doivent pas être comprises comme si elles épuisaient l'entière d'un phénomène, mais bien comme des explications sectorielles qui situent leur description à des endroits distincts de l'enchaînement causal qui est à l'œuvre dans la production d'un phénomène (toute tentative de compréhension plus globale implique nécessairement la collaboration des différentes approches disciplinaires). C'est la méconnaissance de cette pluralité de niveaux de causalité qui conduit les détracteurs des neurosciences à affirmer que ces dernières réduisent l'être humain à son seul cerveau. Pourtant, le fait que celles-ci s'intéressent spécialement à ce niveau de causalité ne constitue pas, tant s'en faut, une interdiction de s'intéresser aux autres mécanismes extra-cérébraux qui l'influencent en amont. Bien comprises, les neurosciences sont beaucoup plus une invitation à l'interdisciplinarité qu'une tentative impérialiste de se substituer aux autres entreprises de connaissance.

différent d'un individu à l'autre). En somme, pas plus que le cerveau n'est un microcosme replié sur lui-même qui serait régi par des processus biologiques aveugles au monde extérieur, pas plus l'environnement et les différents stimuli qui en proviennent sont accueillis par un pur esprit désincarné, qui serait le même chez chacun sans la moindre variation interindividuelle (à vrai dire, en dépit de similitudes structurelles et fonctionnelles considérables, aucun cerveau n'est identique).

En second lieu, parler des conditions cérébrales du contrôle de soi ne revient pas à dire que le cerveau serait un organe figé de toute éternité qui permettrait de prédire *a priori* toutes les réactions futures d'un individu au regard de toutes les situations concevables. Il est bien établi aujourd'hui que le cerveau est un organe évolutif, qui n'a de cesse de se modifier tout au long de l'existence au contact des différentes expériences qu'il rencontre. Autrement dit, le cerveau est capable d'apprentissage, et il serait erroné de considérer que le contrôle de soi est fermé à toute modulation dans le temps et, partant, à toute possibilité de perfectionnement¹⁸. Ceci dit, on aurait tort, comme l'écrit Denis Forest, d'interpréter cette part de plasticité cérébrale comme la garantie d'une « permanente réinvention de soi »¹⁹. D'une part, la plasticité est en elle-même le signe d'une certaine rigidité, en ce sens que le mot même de plasticité réfère à une certaine *matière* à sculpter et non à un vide qui pourrait se remplir de toutes les

¹⁸ Voir à cet égard les avancées fascinantes du côté de la rétroaction neurologique (*neurofeedback*), qui permet à des personnes impulsives de visualiser en temps réel leurs réponses physiologiques à certains stimuli, grâce à un appareil qui convertit les signaux bioélectriques émis par le cerveau en image (cela peut prendre par exemple la forme d'une flamme dont l'ampleur variera en fonction de l'intensité des émotions ressenties). Les individus peuvent alors apprendre à réguler dans une certaine mesure leurs réponses physiologiques en portant une attention aux modifications que produisent leurs attitudes mentales sur l'image, ce qui leur permet de mettre en place des stratégies d'autocontrôle supérieures à celles des thérapies cognitivo-comportementales traditionnelles. Grâce à cette technique, ces individus parviennent – sans intervention intrusive ni médication – à rétablir peu à peu certaines connexions jusqu'alors inefficaces ou déficitaires entre, pour le dire vite, les parties émotionnelles et les parties exécutives du cerveau. Pour des études récentes en matière notamment de contrôle de la colère, voir D. Corydon HAMMOND, « LENS Neurofeedback Treatment of Anger: Preliminary Reports », (2010) 14:2 *Journal of Neurotherapy* 162 et Jonathan E. WALKER, « QEEG-guided neurofeedback for anger / anger control disorder », (2013) 17:1 *Journal of Neurotherapy* 88.

¹⁹ Nous empruntons cette expression à Denis FOREST, *Neurosepticisme. Les sciences du cerveau sous le scalpel de l'épistémologue*, Paris, Ithaque, 2014, p. 110.

formes désirées. D'autre part, cette matière, en l'occurrence le cerveau, répond comme toute matière à ses propres lois d'organisation, à ses propres structures plus ou moins flexibles, ce qui fait qu'il n'est pas permis d'y inscrire n'importe quoi, n'importe où et n'importe quand²⁰. Eu égard à la question du contrôle de soi, et en particulier de la possibilité de son renforcement, il est clair en ce sens qu'elle demeure suspendue aux *conditions cérébrales spécifiques* de chaque individu concerné et qu'elle dépend au premier chef de la nature des dysfonctionnements en cause, selon qu'ils soient plus ou moins sévères, plus ou moins remédiables, etc. Il faut en outre se garder ici de réintroduire le libre arbitre là où il n'aurait aucune place : affirmer qu'un individu impulsif *aurait* la possibilité, en raison de la souplesse relative de son cerveau, d'apprendre à se contrôler davantage, grâce par exemple à l'entraînement répété de certains circuits cérébraux, cela ne revient d'aucune façon à dire qu'il peut, *hic et nunc*, agir autrement (encore faut-il qu'il ait effectivement accès à ce type d'entraînement et que celui-ci s'avère concluant). Du reste, la plasticité n'est pas à comprendre comme l'espace résiduel d'une liberté qui partout ailleurs serait soumise au règne de la nécessité. Il faut davantage y voir une zone d'ouverture et d'indétermination relative, par laquelle des causes extérieures peuvent venir interférer avec des processus biologiques et en faire dévier, ne fût-ce que légèrement, le cours.

Enfin, il importe de demeurer conscient du fait que la notion de contrôle de soi est en elle-même fort problématique. Prétendre avoir identifié les corrélats neuronaux du « contrôle de soi », présenté comme une catégorie descriptive homogène, s'avère trompeur si l'on ne précise pas au préalable la nature précise du contrôle de soi qui est en jeu. Des études qui portent par exemple sur la capacité de résister à la tentation de manger des friandises²¹ ne seront pas nécessairement d'un grand secours pour comprendre le fonctionnement cérébral de ceux qui éprouvent du mal à réfréner leurs pulsions sexuelles. De même, un joueur compulsif ne souffre pas nécessairement du même type d'impulsivité qu'un homme qui brutalise sa conjointe aussitôt qu'elle le met en colère. Dans chaque cas, il s'agit d'un type de contrôle de soi spécifique qui porte sur des objets distincts et relève d'émotions divergentes. Bien que de telles dissemblances ne consti-

²⁰ Sur la portée malgré tout limitée de la notion de plasticité cérébrale, voir les nuances importantes de Denis FOREST, *id.*, p. 106 à 115.

²¹ Voir par exemple Todd A. HARE et al., « Self-Control in Decision-Making Involves Modulation of the vmPFC Valuation System », (2009) 324 *Science* 646.

tuent pas en soi une preuve de l'absence de tout recoupement neurologique entre les divers mécanismes impliqués, ces nuances rappellent néanmoins que la tâche première des neurosciences est d'abord de rendre justice à la singularité de chaque manifestation du contrôle de soi et de ses défaillances, sans chercher inconsidérément à les soumettre à une seule explication totalisante. Puisque notre propos concerne ici la manière dont le droit criminel est susceptible de traiter les données issues des neurosciences, en particulier du point de vue de la défense de provocation, le lecteur comprendra que le type de contrôle de soi qui nous intéressera dans cette section est évidemment celui qui se manifeste, ou plutôt qui *ne se manifeste pas*, chez certaines personnes qui ont une propension marquée aux réactions violentes en cas d'agression (ou de perception d'agression) verbale ou physique.

B. Les postulats théoriques des neurosciences

L'existence d'une importante variabilité individuelle en la matière est d'abord un fait d'expérience que tous sont à même d'observer sans avoir besoin pour ce faire de recourir à l'imagerie cérébrale : certaines personnes ont tendance à perdre le contrôle d'eux-mêmes et à réagir agressivement face à des situations qui laissent pourtant la plupart d'entre nous relativement pondérés, si ce n'est même insensibles. Or les neuroscientifiques partent eux aussi de ce constat ordinaire et se posent la question de savoir : « Why do some people angrily “fly off the handle” in response to provocation, whereas others “take it out” on innocents such as their romantic partners? »²² À la différence du commun des mortels, cependant, les neuroscientifiques ne répondent pas à cette question en se référant à un vague « trait de personnalité », ou encore en évoquant un « manque de volonté » ; ils se tournent plutôt vers le corps humain et plus particulièrement vers le cerveau afin de voir ce qui se passe concrètement à l'échelle des structures cérébrales, des neurotransmetteurs, des connexions entre circuits neuronaux. Que la colère soit liée au corps et à des phénomènes

²² Thomas F. DENSON et al., « The Angry Brain: Neural Correlates of Anger, Angry Rumination, and Aggressive Personality », (2008) 21:4 *Journal of Cognitive Neuroscience* 734. Des études de psychologie sociale ont bien montré que, bien que tout être humain soit capable de violence, certains sont significativement plus enclins à y recourir. Voir à ce sujet B. Ann BETTENCOURT et al., « Personality and Aggressive Behavior under Provoking and Neutral Conditions: A Meta-Analytic Review », (2006) 132 *Psychological Bulletin* 751.

involontaires, remarquons que tous devraient être aussi à même de le pressentir : accélération du rythme cardiaque et de la respiration, afflux de sang qui colore la peau, contraction soudaine du corps, mains qui se ferment, augmentation du ton de la voix, froncement des sourcils et serrement de la mâchoire, voilà autant de symptômes physiques que les êtres humains n'ont pas besoin de mettre en œuvre *par eux-mêmes* lorsqu'ils se fâchent. Tout cela s'opère automatiquement, en fonction d'innombrables mécanismes cérébraux qui se dérobent à l'emprise consciente des êtres humains. Or les neuroscientifiques s'appliquent à mettre au jour toutes les conséquences de cet ancrage corporel des émotions humaines et cherchent à remonter jusqu'à leurs racines profondes, c'est-à-dire cérébrales. On pourrait résumer le syllogisme qui est au principe de leur démarche de la manière suivante :

Première prémisse : la colère, la rage, l'agressivité, passent nécessairement par les mécanismes du corps, et plus particulièrement par le cerveau (les neurosciences rejettent l'idée d'une « âme » séparée du corps) ;

Deuxième prémisse : en raison du croisement complexe de variables génétiques, développementales, neurochimiques et environnementales, tous les individus ne voient pas leurs connexions cérébrales se former exactement de la même manière ;

Conclusion : il s'ensuit que, les différences comportementales majeures entre individus, notamment en matière de réactivité violente, doivent ultimement pouvoir s'expliquer par des différences cérébrales, quelles que soient par ailleurs les causes extérieures ou distales²³ qui aient pu contribuer à l'émergence de ces différences, et quelles que soient aussi les causes de toute nature qui pourraient éventuellement conduire à les modifier.

C'est donc fort de ces différents postulats théoriques et soutenus par le développement extraordinaire des techniques d'imagerie cérébrale, que de nombreux neuroscientifiques ont pu commencer à jeter un peu de lumière sur la machinerie cérébrale complexe qui fait que certaines personnes semblent être plus promptes à réagir violemment, notamment lorsqu'elles se trouvent confrontées à une provocation ou à un acte qu'elles perçoivent comme tel.

²³ Sur la distinction entre causes proximales et causes distales, voir *supra*, note 17.

C. Un renversement dans nos manières de voir

Lorsqu'on parcourt la littérature scientifique au sujet des différents déterminants cérébraux du contrôle de soi et de la violence impulsive, on ne manque pas d'être aussitôt frappés en constatant à quel point la capacité de garder son calme lorsque nous sommes confrontés à des stimuli extérieurs à forte charge émotionnelle s'apparente à une vaste et fragile symphonie : la synchronisation et la collaboration harmonieuse de plusieurs éléments sont nécessaires à la bonne marche de l'ensemble, et il s'en faut de peu pour qu'une seule note dissonante, un seul faux pas dans l'exécution d'un mouvement, ou encore un infime déficit de communication entre les parties, puissent conduire à la cacophonie. Les neurosciences font prendre conscience que ce qui se présentait jadis aux Anciens comme une simple vertu de l'âme – la modération, la tempérance, la mesure –, ou plus tard chez Kant comme un acte de pure liberté, dépend en réalité de toute une constellation de conditions cérébrales qui la rendent possible. Cette prise de conscience ne va cependant pas de soi. Elle rencontre des résistances spontanées auxquelles il convient de s'attarder un instant, de façon à mieux préparer le chemin des données que nous présenterons par la suite.

Dans une définition restée célèbre, René Leriche a écrit que la santé était « la vie dans le silence des organes »²⁴. Cette formule permet de réfléchir au statut particulier de l'organe cérébral dans le corps humain. Ce qu'écrivait Leriche à propos des organes peut en effet servir à éclairer le rapport de l'être humain à son cerveau, et spécialement *les raisons qui peuvent le conduire à s'en détourner comme source explicative possible de ses actions*. Le fait est que les êtres humains passent l'essentiel de leur vie dans le silence de leur cerveau et qu'ils interprètent spontanément ce silence comme un signe d'absence de troubles (suivant Leriche, une équivalence

²⁴ René LERICHE, « De la santé à la maladie, la douleur dans les maladies, où va la médecine ? », dans *Encyclopédie française*, VI, Paris, Encyclopaedia Universalis, 1936. Pour un commentaire de cette fameuse citation, on se reportera à Olivier BÉZY, « "La santé c'est la vie dans le silence des organes" », (2009) 1:3 *La revue lacanienne* 47. Cet auteur rappelle à juste titre que cette définition de la santé se place du point de vue du malade et non de la médecine. Leriche n'excluait pas que, d'un point de vue strictement médical, « le silence des organes » puisse recouvrir des maladies graves et asymptomatiques, mais il ne visait par cette formule qu'à saisir ce qu'on pourrait appeler « le sentiment de la santé », à savoir ce qui fait qu'une personne ne se *sent* pas malade.

irrésistible s'établit entre « silence » et « santé »)²⁵. Or le silence des organes, comme le silence du cerveau, s'accompagne généralement d'un *oubli du corps* et des mécanismes sophistiqués dont il dépend pour fonctionner (lorsqu'on est en santé, on oublie par exemple l'ampleur de ce qui doit être réuni pour que se déroule sans heurts la digestion, la respiration, les battements du cœur, le système immunitaire, le sommeil, etc.). Il y a toutefois une différence majeure entre le silence des organes et le silence du cerveau proprement dit. Dans le premier cas, le silence se brise aussitôt que surviennent les « bruits » et les symptômes de la maladie (un simple rhume nous rappelle brutalement à notre condition corporelle). Dans le second cas, à moins d'être victime de maux de tête ou de perturbations majeures (aphasie, troubles de la vision, schizophrénie, etc.), il est rare que le cerveau sorte de son silence, ou plutôt, *il est rare que nous interprétions les bruits qui proviennent de lui comme les signes d'un désordre ou d'une anomalie le concernant*.

Reprenons le cas de la colère violente. Certes, pour ceux qui savent se montrer posés en toute circonstance, qui n'ont pas de peine à contenir leur colère ou à la communiquer par des moyens civilisés, il est aisé d'oublier la machinerie cérébrale complexe qui rend possible leur tempérance. Pour reprendre la métaphore de la symphonie, il en va du cerveau de l'homme tempéré comme d'un orchestre de musiciens infailibles : puisque tout fonctionne, que tous les instruments sont accordés à merveille, qu'aucun son discordant ne se laisse entendre, bref que l'exécution de l'ensemble est irréprochable, on en vient irrésistiblement à oublier la difficulté inouïe de la prestation qui se déroule devant nous. De même en effet que les prouesses musicales paraissent faciles aux musiciens virtuoses au point de reléguer au second plan les milliers d'heures de répétition qui les ont rendues possibles, les prouesses de l'homme tempéré (rester impassible devant une insulte, garder son sang froid lors d'un affront public,

²⁵ On peut songer ici aux causes cérébrales de la dépression qui sont désormais mieux connues et qui font même l'objet de campagne de sensibilisation auprès du grand public. Malgré cette sensibilisation, il demeure encore difficile pour plusieurs personnes de ne pas voir dans les états dépressifs la conséquence d'une paresse ou d'une lâcheté. Le silence du cerveau est certainement en cause dans cette réticence à attribuer les troubles de l'humeur à des dérèglements moléculaires imperceptibles : ne constatant pas de marques corporelles visibles de la maladie, on a du mal à ne pas y voir la conséquence d'un « choix » (d'où certains jugements populaires au sujet des personnes dépressives : « elle n'a qu'à se prendre en main », « il lui suffit de se relever les manches », etc.).

etc.) laissent le cerveau dans l'ombre et font oublier l'efficacité des mécanismes qui concourent à modérer l'effet des émotions sur sa personne, ou encore qui mettent sa « raison » à l'abri d'un débordement passionnel soudain et irrépessible. Or si l'on se fie aux données que rapportent les neurosciences, le silence cérébral vécu par l'homme tempéré est à la source de deux grandes illusions, qui sont autant d'obstacles à la connaissance des causes cérébrales de la colère violente : 1) l'illusion que le contrôle de soi ne dépend pas d'abord de certaines conditions cérébrales, mais de la seule *bonne volonté* ; 2) l'illusion que puisque ceux qui ne savent pas se contrôler agissent eux aussi dans le silence de leur cerveau (c'est-à-dire en l'absence de dysfonctionnements majeurs apparents), il en résulte que la cause de leurs actions réside dans un *mauvais usage de leur volonté*. En d'autres termes, c'est parce que le cerveau demeure silencieux lorsqu'on agit bien que l'on présume qu'il demeure tout aussi silencieux (c'est-à-dire en santé) lorsqu'on agit mal. Or dans les deux cas, les neurosciences tendent à montrer que, comme le pensait déjà Spinoza au XVII^e siècle, les hommes se croient libres (à l'origine du contrôle ou de l'absence de contrôle qu'ils exercent sur eux-mêmes), parce qu'ils ont conscience de leurs actions (de leur tempérance ou de leur réaction violente face à un affront donné), mais qu'ils ignorent les causes qui les déterminent (ignorent ce qui se trame sous le silence apparent de leur cerveau)²⁶. Or comme nous allons le voir à présent, les neurosciences soulignent avec force que le silence du cerveau n'est justement qu'*apparent* en regard de toutes les variables qui s'activent en souterrain.

D. Neurobiologie de la colère violente : quelques données empiriques

Nous ne retenons ici que quelques données particulièrement pertinentes du point de vue du thème de la provocation et de l'aptitude à se maîtriser en réponse à cette dernière :

- 1) On a avancé l'hypothèse que certains dysfonctionnements dans le cortex préfrontal, en particulier dans la région orbitofrontale

²⁶ « Les hommes se trompent en ce qu'ils se croient libres ; et cette opinion consiste en cela seul qu'ils ont conscience de leurs actions et sont ignorants des causes par où ils sont déterminés ; ce qui constitue donc leur idée de la liberté, c'est qu'ils ne connaissent aucune cause de leurs actions. » (Baruch SPINOZA, *Éthique*, trad. C. Appuhn, Paris, Librairie Garnier, 1929, Livre III, Proposition 35, Scolie).

(impliquée notamment dans la perception et l'interprétation des signaux sociaux), pourraient conduire certains individus particulièrement impulsifs à donner un sens démesurément menaçant à certains événements (un regard estimé hostile, une parole perçue comme intimidante, un mouvement jugé brusque, etc.), ce qui les rendrait davantage enclins à recourir à la violence en réponse à une menace présumée²⁷ ;

- 2) Le simple fait de surinterpréter certains signaux sociaux ne saurait toutefois suffire pour expliquer le recours à la violence. Encore faut-il que cette estimation disproportionnée de la valeur à donner à certains actes s'insère dans une réactivité émotionnelle exacerbée. Eu égard à l'impulsivité violente proprement dite, on a observé la conjonction de deux principaux facteurs : une faible activation des réseaux neuronaux liés au contrôle des impulsions (situés dans le cortex préfrontal) et une activation anormalement élevée de l'amygdale (qui est connue pour son rôle central dans le déclenchement d'émotions négatives (telle la peur) et dans la mise en alerte de l'organisme face à des dangers anticipés)²⁸. Confronté à certaines situations, le cortex préfrontal de ces individus se montrerait en quelque sorte trop faible pour inhiber les puissantes décharges émotionnelles de l'amygdale. On a en ce sens soutenu que « the propensity for impulsive aggression is associated with a low threshold for activating negative affect (a mixture of emotions and moods that include anger, distress, and agitation) and with a failure to respond appropriately to the anticipated negative consequences of behaving aggressively »²⁹. L'agression est alors dite impulsive pour autant qu'elle résulte d'une réaction *spontanée et non préméditée* de l'individu qui la commet. À l'instant du passage à l'acte, on peut imaginer que les émotions vécues par l'individu qui souffre de ce déséquilibre atteignent un tel sommet d'intensité que son action se déroule dans une sorte de présent

²⁷ Jana L. BUFKIN et Vickie R. LUTTRELL, « Neuroimaging Studies of Aggressive and Violent Behavior. Current Findings and Implications for Criminology and Criminal Justice », (2005) 6:2 *Trauma, Violence & Abuse* 176.

²⁸ Anthony WALSH et Jonathan D. BOLEN, *The Neurobiology of Criminal Behavior. Gene-Brain-Culture Interaction*, Farnham, Ashgate, 2012, chap. 9.

²⁹ Richard J. DAVIDSON et al., « Dysfunction in the Neural Circuitry of Emotion Regulation. A Possible Prelude to Violence », (2000) 289 *Science* 591.

pur, détaché de toute prise en compte du futur et à cent lieues de toute délibération consciencieuse eu égard aux conséquences éventuellement regrettables de son action. Les patients atteints d'un trouble explosif intermittent, par exemple, chez qui les connexions entre le cortex préfrontal et l'amygdale se sont justement avérées déficitaires, ne prennent guère le temps de soupeser calmement les « coûts » et les « bénéfices » d'une éventuelle explosion de colère, pas plus qu'ils ne se demandent si le geste qu'ils jugent outrageux ou insultant à leur endroit justifie vraiment une attaque physique, un coup de poing, voire des morsures³⁰. Au-delà d'un certain seuil de débordement émotionnel, la réponse semble davantage de l'ordre de l'automatisme, comme s'il en allait d'une sorte de réflexe aveugle de l'organisme³¹ ;

- 3) Le mécanisme voulant que la violence impulsive procède d'un simple rapport de force entre deux régions du cerveau, peut certes paraître simpliste (d'autant que le cadre restreint de cet article nous interdit d'entrer dans les détails). Mais il importe ici de préciser que les dysfonctions qui se font jour entre le cortex préfrontal et la région sous-corticale peuvent aussi être liées à d'autres anomalies, cette fois de nature neurochimique et hormonale. Lorsque ces dernières viennent se combiner aux premières et

³⁰ Emil F. COCCARO, « Amygdala and Orbitofrontal Reactivity to Social Threat in Individuals with Impulsive Aggression », (2007) 15 *Biological Psychiatry* 68.

³¹ On notera en outre que le circuit cortex préfrontal/amygdale a été identifié comme dysfonctionnel dans plusieurs troubles psychiatriques impliquant des comportements agressifs. Cf. R. James BLAIR, « The Amygdala and Ventromedial Prefrontal Cortex: Functional Contributions and Dysfunctions in Psychopathy », (2008) 363:2 *Philosophical Transactions of the Royal Society: Biological Sciences* 557 ; Paul H. SOLOFF et al., « Impulsivity and Prefrontal Hypometabolism in Borderline Personality Disorder », (2003) 123 *Psychiatry Research* 153. Que ce soit chez l'être humain ou chez d'autres mammifères, des dommages ou des anomalies au cortex préfrontal et/ou à l'amygdale ont aussi été corrélés avec des manifestations d'agressivité. Cf. Alicia IZQUIERDO et al., « Comparison of the Effects of Bilateral Orbitofrontal Cortex Lesions and Amygdala Lesions on Emotional Responses in Rhesus Monkeys », (2005) 25 *Journal of Neuroscience* 8534 ; Ludger T. VAN ELST et al., « Affective Aggression in Patients with Temporal Lobe Epilepsy: A Quantitative MRI Study of the Amygdala », (2000) 123 *Brain* 234. Voir également Darin D. DOUGHERTY et al., « Ventromedial Prefrontal Cortex and Amygdala Dysfunction during an Anger Induction Positron Emission Tomography Study in Patients with Major Depressive Disorder with Anger Attacks », (2004) 61 *Archives of General Psychiatry* 795.

qu'elles se trouvent en outre stimulées par un contexte social particulièrement éprouvant, les risques de comportements impulsifs et violents s'accroissent considérablement, en dépit de la volonté des individus. On a pu en ce sens établir qu'un taux élevé de testostérone, généralement associé à un appétit marqué pour la compétitivité, la recherche de statut et la dominance sociale, pouvait nettement accroître le risque de violence chez les individus qui ont aussi un faible taux de cortisol, lequel a pour effet de réduire la peur et l'anxiété face aux dangers. Certaines recherches ont par exemple montré que tandis qu'un taux élevé de testostérone renforçait l'attention aux visages de colère, une carence en cortisol facilitait une réponse agressive aux signaux de colère en provenance d'autrui³². Pour peu que les circonstances sociales soient réunies, un tel ratio entre ces deux hormones stéroïdiennes peut ainsi prendre la forme d'une véritable bombe à retardement, en rendant les individus plus prompts à affronter une menace (au lieu de la fuir) et à réagir par la violence à une provocation (au lieu de s'y soumettre ou de s'y monter indifférent)³³. D'un point de vue plus spécifiquement neurochimique, enfin, plusieurs recherches ont souligné qu'une faible production de sérotonine – qui peut d'ailleurs dans certains cas être liée au ratio testostérone/cortisol et jouer un rôle dans la communication inopérante qui relie les parties corticales aux parties sous-corticales – se trouve fortement corrélée à l'agressivité réactive et la formation d'affects négatifs³⁴;

³² Erno HERMANS et al., «Exogenous Testosterone Enhances Responsiveness to Social Threat in the Neural Circuitry of Social Aggression in Humans», (2008) 63 *Biological Psychiatry* 263. On a d'ailleurs avancé qu'un taux élevé de testostérone pouvait avoir pour effet d'entraver le transfert d'informations entre les zones corticales (le cortex orbitofrontal en particulier) et sous-corticales (l'amygdale au premier chef), ce qui entraînerait une diminution de l'habileté d'un individu à répondre de manière appropriée face à certains stimuli émotionnels et, du même coup, augmenterait ses risques de réponse agressive. Voir à ce sujet Pranjal MEHTA et Jennifer BEER, «Neural Mechanisms of the Testosterone–Aggression Relation: The Role of the Orbitofrontal Cortex», (2009) 22:2 *Journal of Cognitive Neuroscience* 357.

³³ David TERBURG et al., «The Testosterone-Cortisol Ratio: A Hormonal Marker for Proneness to Social Aggression», (2009) 32 *International Journal of Law and Psychiatry* 216.

³⁴ Dongju SEO et Christopher J. PATRICK, «Role of Serotonin and Dopamine System Interactions in the Neurobiology of Impulsive Aggression and its Comorbidity with other Clinical Disorders», (2008) 13:5 *Aggression and Violent Behavior* 383; Moshe BIRGER et al., «Aggression: the Testosterone-Serotonin Link», (2003) 5 *Israeli Medical Associa-*

- 4) Sur le plan génétique, on a aussi pu évoquer, avec un bien-fondé croissant ces dernières années, l'idée d'une vulnérabilité génétique à l'impulsivité dans le cas d'individus porteurs d'une variante particulière du gène MAOA (*Monoamine Oxidase A*). Cette variante génétique, appelée MAOA-L (L = *Low*), aurait pour effet de gêner le développement normal de certains circuits neuronaux, en nuisant notamment à la production sérotoninergique et en contribuant à l'instauration d'un déséquilibre entre l'activité de l'amygdale (rendue hyperactive) et l'activité du cortex préfrontal ventromédian (rendu hypoactif)³⁵. On a pu avancer que cette variante génétique pouvait avoir pour conséquence de désorganiser les « échafaudages socioaffectifs » des individus qui en sont porteurs, à savoir « the basic neural equipment for social and emotional experience, which subserves cognitive routines for contextualizing social signals, decoding ambiguous social interactions and regulating affective response in the face of perceived interpersonal threat »³⁶. Les individus porteurs de cette variante faible du gène MAOA seraient ainsi beaucoup plus sensibles que la normale aux expériences de rejet social et seraient également plus portés à réagir avec violence dans des situations, avérées ou fabulées, de provocation³⁷. Il est estimé plausible que la gravité des dérégulations occasionnées par ce gène se trouvent liées à l'expérience en

tion Journal 653; Paul BERNHARDT, « Influences of Serotonin and Testosterone in Aggression and Dominance: Convergence with Social Psychology », (1997) 6 *Current Directions in Psychological Science* 44; Rosa ALMEIDA et al., « Escalated Aggressive Behavior: Dopamine, Serotonin and GABA », (2005) 526 *European Journal of Pharmacology* 51; Marcus R. MUNAFO et al., « Serotonin Transporter (5HTTLPR) Genotype and Amygdala Activation: A Meta-Analysis », (2008) 63 *Biological Psychiatry* 852. Pour une tentative féconde de fournir une théorie unifiée de ces différentes données, on se référera avec profit à Jack E. VAN HONK et al., « Socially Explosive Minds: The Triple Imbalance Hypothesis of Reactive Aggression », (2010) 78 *Journal of Personality* 67.

³⁵ Joshua W. BUCKHOLTZ et al., « Genetic Variation in MAOA Modulates Ventromedial Prefrontal Circuitry Mediating Individual Differences in Human Personality », (2008) 13:3 *Molecular Psychiatry* 313.

³⁶ Joshua W. BUCKHOLTZ et Andreas MEYER-LINDENBERG, « MAOA and the neurogenetic architecture of human aggression », (2008) 31:3 *Trends in Neurosciences* 120, 127.

³⁷ Rose McDERMOTT et al., « Monoamine Oxidase A Gene (MAOA) Predicts Behavioral Aggression Following Provocation », (2009) 106:7 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2118; Nelly ALIA-KLEIN et al., « Brain Monoamine Oxidase A Activity Predicts Trait Aggression », (2008) 28:19 *Journal of Neuroscience* 5099.

bas âge d'un environnement hostile (maltraitance infantile), mais d'autres recherches sont nécessaires pour confirmer la validité de cette piste épigénétique, suivant laquelle ce serait ni plus ni moins l'interaction du gène avec certains événements traumatiques qui amplifierait les effets dommageables de celui-ci eu égard à la formation des conditions cérébrales du contrôle de soi³⁸;

- 5) On notera enfin que d'autres recherches ont mis en évidence certaines anomalies physiologiques chez des hommes qui s'étaient auparavant rendus coupables de violences conjugales. Lorsqu'ils se trouvent confrontés à des stimuli chargés négativement, ces derniers manifestent une réactivité anormale; leur capacité attentionnelle se trouve littéralement submergée par les stimuli négatifs, et leurs capacités cognitives de contrôle et de réflexion se réduisent drastiquement (fixer leur attention sur autre chose que la source d'émotion affligeante leur devient extrêmement pénible, voire impossible). On estime plausible que de telles perturbations puissent jouer un rôle significatif dans le passage à l'acte de ces hommes. Sans nier l'influence causale de facteurs culturels et psychologiques, ces facteurs biologiques permettraient d'expliquer comment certains hommes peuvent en venir brusquement, sur la base de motifs le plus souvent dérisoires, à basculer dans des états de colère incontrôlable, au point de soumettre leur conjointe à un enfer cruel et imprévisible³⁹.

³⁸ Julia KIM-COHEN et al., «MAOA, Maltreatment, and Gene–Environment Interaction Predicting Children's Mental Health: New Evidence and a Metaanalysis», (2006) 11:10 *Molecular Psychiatry* 903.

³⁹ «Findings indicate an affect-processing abnormality in wife batterers and suggest that hypersensitivity to mildly threatening affective provocations by their spouses may represent a neurobiological predisposition to spouse abuse in some men.», Tatia M. LEE et al., «Hyperresponsivity to Threat Stimuli in Domestic Violence Offenders: a Functional Magnetic Resonance Imaging Study», (2009) 70:1 *Journal of Clinical Psychiatry* 36. Voir aussi Adrias RAINE, *The Anatomy of Violence. The Biological Roots of Crime*, New York, Pantheon Books, 2013, chap. 3 ainsi que David T. GEORGE et al., «A Select Group of Perpetrators of Domestic Violence: Evidence of Decreased Metabolism in the Right Hypothalamus and Reduced Relationships between Cortical/Subcortical Brain Structures in Position Emission Tomography», (2004) 130 *Psychiatry Research: Neuroimaging* 11.

E. Remarques transitoires

Quelles que soient les réserves épistémologiques légitimes qui pourraient être formulées à l'endroit de ces diverses études, en ce qui a trait notamment à leur usage de l'imagerie cérébrale et aux interprétations parfois trop enthousiastes qu'elles en tirent⁴⁰, leur constat général demeure quant à lui incontestable : les capacités de contrôle varient d'une personne à l'autre ou, comme le résume bien Neil Levy, « some people, through no fault of their own, have a much harder time controlling their impulses and emotions than others »⁴¹. Cela signifie non seulement que les bases du contrôle de soi échappent paradoxalement à notre contrôle, mais aussi que l'on ne peut pas s'attendre à ce que tout le monde soit aussi bien « câblé » pour ne pas succomber à ses impulsions, pour prendre des décisions à tête reposée même dans des contextes de crise aiguë ou encore pour privilégier systématiquement, face à un conflit, le recours à des moyens de résolution pacifique. À bien des égards, on peut dire que la tendance à juger rétrospectivement des actes de violence réactive comme étant le fruit d'une volonté libre résulte surtout d'une *projection* de la part de ceux qui sont bien pourvus en matière de capacités de contrôle. Ces derniers interprètent en effet les actions des autres en leur prêtant *leurs propres capacités* et s'étonnent ensuite de les voir agir avec aussi peu de retenue, là où eux-mêmes auraient agi sans la moindre impétuosité. Or cette projection, comme nous l'avons dit précédemment, résulte d'une double illusion que les neurosciences permettent définitivement de dissiper : en vertu de ce que nous avons appelé le silence du cerveau, l'homme tempéré occulte les conditions cérébrales qui favorisent sa propre tempérance et, partant de cette occultation, fait comme si les actes aberrants des personnes fortement réactives et coléreuses étaient libres de toute détermination, comme si elles ne dépendaient que d'une volonté *écervelée* (au sens littéral, c'est-à-dire une volonté détachée de tous ses soubassements cérébraux). Ce faisant, l'homme tempéré entretient, sciemment ou non, l'idée abstraite d'un

⁴⁰ Pour une mise au point à propos des techniques d'imagerie cérébrale et de leurs limites actuelles, nous nous contentons de renvoyer ici aux analyses de D. FOREST, préc., note 19, chap. 1.

⁴¹ Neil LEVY, *Neuroethics. Challenges for the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 250. Voir aussi Uri MAOZ et Gideon YAFFE, « What Does Recent Neuroscience Tell Us About Criminal Responsibility? », (2016) 3:1 *Journal of Law and the Biosciences* 1, en particulier à la page 19 : « Self-control appears to be highly variable within subjects, and highly context-sensitive. »

libre arbitre compris comme faculté psychologique uniforme qui se trouverait également distribuée chez tout être humain, à l'exception des enfants et des malades mentaux grièvement atteints. Or le bref survol que nous avons présenté des données issues des neurosciences semble non seulement démentir cette vision, mais la rendre empiriquement saugrenue.

Nous avons rappelé au tout début de cet article que plusieurs auteurs n'hésitaient pas, au vu de ces données, à annoncer la fin de la notion de responsabilité criminelle⁴². Il est clair que si cette notion est bel et bien, comme ces auteurs le prétendent, indissociable de la notion de libre arbitre, il serait difficile de ne pas admettre avec eux que le droit criminel est condamné à se refonder sur de nouvelles bases. Comment en effet concilier une notion comme le libre arbitre, qui requiert une capacité absolue et surnaturelle de se soustraire aux causalités du monde naturel, avec cette idée que « des changements, même minimes, dans l'équilibre chimique du cerveau peuvent également entraîner des modifications importantes et inattendues du comportement »⁴³? Comment de plus rendre compatible une notion qui a été théoriquement conçue à l'intérieur d'un cadre théologique qui niait expressément l'ancrage matériel de l'« âme » et de la volonté avec une approche scientifique du contrôle de soi qui, précisément, n'a de cesse de lever le voile sur les conditions matérielles et involontaires de ce dernier? À moins de supposer que les êtres humains ont la force de changer à tout moment, par le seul pouvoir miraculeux de leur pensée, l'état de leur système endocrinien ou le niveau de leur activité sérotoninergique, il faut bien reconnaître que la notion de libre arbitre ne diffère en rien d'une croyance comme la survie de l'âme après la mort ou l'existence d'une Providence divine. À ce titre, les tenants d'une incompatibilité entre les neurosciences et le libre arbitre ont certainement raison d'affirmer que les institutions d'une société pluraliste ne sauraient avoir pour fondement une croyance aussi métaphysiquement hardie et invérifiable que celle du libre arbitre⁴⁴. Toutefois, ils ont certainement tort en prétendant que l'institution du droit criminel se fonde précisément sur une telle notion et, partant, que la mise en échec de cette dernière par les neurosciences implique nécessairement l'effondrement de

⁴² Voir la note 4.

⁴³ D. M. EAGLEMAN, *préc.*, note 4, p. 36.

⁴⁴ J. GREENE et J. COHEN, *préc.*, note 4, 1784 : « We believe that science has rendered such views untenable and that the law, insofar, must not rely on beliefs scientifically suspect. »

tout départage *juridique* entre les actes excusables et les actes blâmables⁴⁵. Nous étudierons à présent comment le droit criminel se montre depuis longtemps, et ce bien avant l'essor des neurosciences, parfaitement en mesure de penser la responsabilité criminelle à l'abri de toute absolutisation inconsiderée de la liberté humaine.

III. La défense partielle de provocation en droit criminel⁴⁶

Le droit criminel se fonde sur une présomption générale de responsabilité. Au Canada, on trouve la formulation canonique de cette présomption au deuxième paragraphe de l'article 16 du *Code criminel*, qui concerne la défense d'aliénation mentale : « Chacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle [...] »⁴⁷. Cette présomption ne stipule pas la nature précise de la responsabilité criminelle qui est réputée s'appliquer à chacun, elle ne dit pas quels ingrédients sont supposés être réunis dans chaque acte pour qu'il puisse être qualifié de responsable ; elle se contente de poser que tous les citoyens sont *a priori* jugés responsables de leurs gestes et que c'est à eux que revient la tâche de renverser cette présomption, en prouvant par exemple qu'ils souffraient d'un trouble mental tel qu'ils étaient incapable

⁴⁵ Nous laisserons de côté pour les besoins de notre propos la question de la compatibilité entre le déterminisme causal et la responsabilité *morale*. Nous inclinons à penser pour notre part que les raisons pragmatiques qui permettent de justifier le maintien de l'idée de responsabilité sur le plan juridique sont loin d'être aisément transposables sur le plan moral.

⁴⁶ Compte tenu que nos analyses porteront dans cette section sur les *principes* justificateurs des moyens de défense, et non sur le détail de leur application, nous ne tiendrons pas compte de la récente modification du deuxième paragraphe de l'article 232 du *Code criminel* canadien, qui est entrée en vigueur en 2015 par suite de l'adoption du projet de loi S-7. Suivant cette modification, qui a eu pour effet de restreindre considérablement l'accès à ce moyen de défense, la cause de la provocation et de la perte consécutive de maîtrise de soi ne peut plus être « une action injuste ou une insulte » comme c'était le cas auparavant, mais doit être « une conduite de la victime, qui constituerait un acte criminel [...] passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus, de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. » Même si nous laisserons de côté cette nouvelle mouture de la loi dans nos analyses de la jurisprudence – aucun tribunal n'a d'ailleurs encore eu à se prononcer sur son application concrète, le lecteur sera vite à même de comprendre en quoi cette restriction va tout à fait dans le sens de la thèse que nous soutenons. Cf. *Code criminel*, LRC 1985, c. C-46, art 232(2).

⁴⁷ *Code criminel*, *id.*, art. 16(2).

au moment du crime «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»⁴⁸. Or ce qui est vrai pour la défense d'aliénation mentale est aussi vrai pour la défense de provocation. Au moment de tuer une autre personne, chacun est présumé ne pas avoir été provoqué, ne pas avoir agi sous l'effet d'une colère incontrôlable. Et il en va de même pour tous les autres moyens de défense, où le droit énonce à chaque fois les conditions qui doivent être remplies pour permettre à un accusé de se soustraire partiellement ou complètement à la présomption générale de responsabilité.

D'un point de vue définitionnel, le fait de présumer tout accusé responsable de ses crimes n'est toutefois pas sans conséquence. Cela permet en effet au droit de faire l'économie de toute définition *positive* relativement au contenu exact de la responsabilité. On ne trouve guère de proposition substantielle qui, d'emblée, fixerait les critères invariables et universellement applicables de la responsabilité. Dès lors en effet qu'un accusé ne dispose d'aucun moyen de défense crédible (ce qui est le cas dans la vaste majorité des cas), la responsabilité s'impose à lui *automatiquement* à la façon d'un signifiant vague, d'une catégorie diffuse capable d'absorber indistinctement les individus les plus divers et les crimes les plus hétérogènes. De prime abord, si nous osons dire, la responsabilité se présente moins comme un concept à proprement parler que comme une sorte d'*aspirateur* juridique; tous les individus sont voués à se voir qualifier par elle, avant même que l'on sache encore qui ils sont, ce qu'ils ont fait, dans quelles circonstances ils ont agi. Notons qu'une telle présomption de responsabilité n'est pas sans avantage pratique: le droit évite par là d'avoir à transformer chaque procès en une querelle philosophique interminable sur la signification profonde de la responsabilité humaine (cet homme était-il responsable de naître dans tel quartier défavorisé, de fréquenter les membres d'un gang de rue dès l'âge de 11 ans et d'entrer subrepticement ensuite dans une vie dissolue qui allait le conduire mécaniquement au crime?). En posant dès le départ la responsabilité comme un donné, le droit élimine ce genre de questions et opère un acte performatif: quiconque commet un crime *est* responsable parce que le droit le déclare tel⁴⁹. Nul besoin alors de grandes définitions puisque la responsa-

⁴⁸ *Id.*, art. 16(1).

⁴⁹ Sur la notion de performativité du langage, qui renvoie ici à l'idée que la présomption de responsabilité a pour effet de rendre les êtres humains responsables par le seul fait de les nommer tels, indépendamment de toute description relative à ce qu'ils sont, voir

bilité est la position par défaut, celle qui l'emporte *a priori* aux yeux du droit, avant même que n'ait pu s'ouvrir la moindre discussion à son sujet. Nous avons dit précédemment que la responsabilité, en raison de ce statut de présomption, échappait à la nécessité de fournir d'elle-même une définition positive qui affirmerait que « la responsabilité est ceci ou cela ». On pourrait nous objecter qu'il existe pourtant bien des critères positifs pour déterminer la responsabilité d'un accusé: la connaissance (« savait-il ce qu'il faisait? »), l'intention (« agissait-il de façon intentionnelle? »), etc. Mais ces critères ne permettent nullement, par eux-mêmes, de saisir la signification juridique *effective* de la notion de responsabilité criminelle. Pour preuve, un jeune homme en état de psychose toxique qui agresse quelqu'un *sans savoir ce qu'il fait* sera néanmoins jugé criminellement responsable de ses gestes⁵⁰. À l'inverse, un homme qui commet un acte criminel *intentionnel* sous le coup d'une contrainte morale ou en vue de se protéger contre un péril imminent ne sera pas, sous certaines conditions, tenu pour criminellement responsable de ses actes⁵¹. C'est donc dire que chercher à définir *in abstracto* la responsabilité en se plaçant du seul point de vue de sa présomption ne permet pas d'accéder aux réquisits concrets de son application. Cette présomption nous dit, de façon générale, que les êtres humains sont responsables des gestes qu'ils posent, mais elle ne nous dit pas *ce qu'est* la responsabilité, quels sont les éléments qu'elle suppose réunis chez chacun, les contours qui en bornent l'étendue et, surtout, elle ne nous dit rien sur la part relative de souplesse sémantique qu'elle est susceptible de tolérer en son sein au nom notamment de considérations d'ordre public (la responsabilité criminelle n'est pas, comme nous le verrons, une notion qui obéit à la seule logique de la cohérence interne et de la transparence du discours, elle peut parfois se détacher de certains principes au nom de la fonction plus large qu'elle remplit dans la société).

Or si le droit criminel ne fournit pas directement de définition positive de la responsabilité, c'est donc dire qu'il faut tâcher de la reconstituer en empruntant d'autres chemins, des chemins *indirects*. Et c'est là, précisément, que les moyens de défense entrent en scène comme autant de détours permettant de reconstruire, un morceau à la fois, le sens de la

l'ouvrage classique de John A. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

⁵⁰ Cf. R. c. Bouchard-Lebrun, [2011] 3 R.C.S. 575.

⁵¹ Sur la défense de contrainte, voir R. c. Ruzic, [2001] 1 R.C.S. 687. Sur la défense de nécessité, voir *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.S.C. 232.

notion de responsabilité en droit criminel. Ce sont eux en effet qui, en spécifiant tour à tour les conditions de sa négation, nous renseignent indirectement sur ce qu'elle renferme positivement⁵². Comprendre ce qu'est la responsabilité nécessite ainsi paradoxalement de comprendre d'abord ce qu'elle n'est pas, de retracer les situations où elle se trouve suspendue (ou encore celles où, comme dans le cas de la provocation, elle peut voir sa charge atténuée). Pour le dire d'une manière imagée, les moyens de défense sont à la présomption de responsabilité ce que les couteaux du sculpteur sont au bloc de marbre informe : ce sont eux qui, de l'extérieur, permettent de voir se profiler une forme là où tout semblait *a priori* massif et indéfini (la matière se trouve niée par le geste du sculpteur et c'est à partir de cette négation que se dégage peu à peu la positivité d'un visage, d'un bras, d'un personnage, etc.). En circonscrivant au cas par cas les différentes conditions qui permettent aux individus d'échapper au régime de la présomption générale, les moyens de défense font apparaître les frontières de la notion de responsabilité, lui confèrent un territoire de signification précise et rendent du même coup intelligible la logique juridique qui fait que certains accusés resteront captifs de leur responsabilité présumée, tandis que d'autres seront autorisés à s'en affranchir.

Il va sans dire que chaque moyen de défense permet de mettre au jour des aspects spécifiques de la notion de responsabilité criminelle. Pour reprendre l'image du bloc de marbre, tous les moyens exonérateurs ne viennent pas le « creuser » ou le « tailler » au même endroit, pas plus qu'ils ne tracent ses frontières de la même façon, avec la même minutie, avec les mêmes outils conceptuels ou les mêmes critères de découpage (c'est pourquoi la notion de responsabilité en droit est une notion aux aspérités multiformes et mouvantes). Tandis, par exemple, que la défense d'aliénation mentale s'intéressera aux contraintes intérieures qu'un trouble mental a fait peser sur la capacité de pensée rationnelle d'un accusé au moment de commettre une infraction, la défense de légitime défense s'intéressera plutôt aux contraintes extérieures qui pesaient sur un individu au moment d'agir et sur le caractère raisonnable de la réaction de ce dernier en réponse à une menace plus ou moins justifiée. Dans les deux cas, des considérations descriptives et normatives, subjectives et objectives, s'entremêlent, mais non dans des proportions exactement similaires (les facteurs objec-

⁵² Voir à cet égard : Hugues PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux. Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 270.

tifs et normatifs sont plus prégnants dans le cas de la légitime défense, sans pour autant être absents de la défense d'aliénation mentale). Ces différences n'empêchent cependant pas que, pris isolément, chaque moyen de défense révèle une dimension fondamentale de la notion de responsabilité criminelle en tant que telle. Tel est le cas de la défense de provocation à laquelle nous consacrerons les prochaines pages, défense qui, comme nous le verrons à présent, a pour particularité principale de laisser transparaître avec force les dimensions normatives, culturellement construites et évolutives, de cette notion.

A. Présentation générale du moyen de défense

Bien que les premières formulations explicites de la doctrine de la provocation en droit criminel remontent au ^{xvii}^e siècle⁵³, ce moyen de défense plonge ses racines dans des temps autrement plus reculés, au point qu'il est tentant de croire qu'il trouve sa source ultime dans la sensibilité humaine en général. Déjà Platon, au livre IX des *Lois*, considérait que les meurtres commis sous l'impulsion d'une colère ne méritaient pas autant de blâme que les meurtres commis de sang froid. Quoique Platon reconnaissait qu'il ne s'agissait pas *stricto sensu* de meurtres involontaires, il estimait néanmoins qu'il fallait les ranger dans la catégorie des homicides involontaires, afin précisément de rendre justice à leur caractère nettement moins répréhensible⁵⁴. Peu de temps après, Aristote a défendu une position tout à fait conforme à celle de son ancien maître lorsqu'il affirme, au livre V de l'*Éthique à Nicomaque* : « chaque fois que nous agissons sous le coup de la colère ou de quelque une des autres passions qui ont dans l'homme un caractère nécessaire ou conforme à sa nature, on commet l'injustice ; toutefois nous ne sommes pas pour autant injustes ni méchants »⁵⁵. En marge de la défense de provocation proprement dite (qui ne concerne en droit criminel que les chefs d'accusation de meurtre), il est intéressant de noter que le droit canon jugeait lui aussi devoir traiter avec plus de clémence ceux qui, emportés par une colère aveugle, blasphémaient contre Dieu publiquement. De même que Platon considérait que

⁵³ Jeremy HORDER, *Provocation and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1992, chap. 2.

⁵⁴ PLATON, *Les Lois. Livres VII à XII*, Paris, GF-Flammarion, 2006, Livre IX, 866de, 867, p. 136.

⁵⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, 8, 8 cité dans André DE TIRAQUEAU, *De poenis temperandis*, Paris, Économica, 1986, p. 39.

le meurtrier de sang chaud, dévoré par la fureur, n'était pas vraiment un meurtrier, on a pu prétendre que celui qui proférait des blasphèmes pendant que sa langue était pour ainsi dire commandée par la rage n'était pas un vrai blasphémateur⁵⁶.

L'esprit qui présida à l'élaboration de la défense de provocation, en particulier dans la common law anglaise, s'inscrit dans le droit fil des réserves que l'on trouve exprimées chez Platon, Aristote ou dans le droit canon. D'un point de vue anthropologique, en effet, la défense de provocation se fonde elle aussi sur la reconnaissance que l'être humain n'est pas seulement un être de raison, dont il serait possible d'exiger qu'il se montre impassible en toutes circonstances, mais qu'il est aussi un être de passion et, partant, un être qui n'est pas absolument immunisé contre certaines réactions brutales et immodérées. Autrement dit, le droit admet que l'homme n'est pas fait d'une pâte invincible et que, quoiqu'il sache en temps normal garder ses sentiments à l'intérieur de certaines bornes, il existe des circonstances exceptionnelles qui sont de nature à activer en lui les ressorts d'une violence incontrôlable. Les expressions populaires, à cet égard, traduisent bien le regard que porte le droit sur les effets potentiellement délétères d'une passion comme la colère: «il n'était plus lui-même», «on ne le reconnaissait plus», «il était hors de lui», etc. À chaque fois, on retrouve l'idée que celui qui a agi sous l'impulsion de la rage *n'aurait pas agi* de la même façon si un tel torrent passionnel ne l'avait pas envahi, débordé, possédé. Or c'est précisément dans cette intuition commune voulant que certaines circonstances peuvent littéralement «arracher» l'être humain à lui-même que le droit criminel est venu fonder historiquement son indulgence relative à l'endroit des homicides commis dans un contexte de colère irrépressible suscitée par les actes provocateurs d'autrui.

En s'ouvrant à la possibilité d'un degré de blâme amoindri pour ce genre de crime, c'est-à-dire en permettant éventuellement aux individus de remplacer une accusation de meurtre par une accusation d'homicide involontaire coupable, le droit a cherché à manifester, pour reprendre la célèbre expression du juge Tindal, formulée en 1833, «la compassion de la justice envers la fragilité humaine»⁵⁷. Bien qu'à l'origine cette concession s'avérait certes d'autant plus impérieuse que tout accusé de meurtre ris-

⁵⁶ Voir à ce sujet: A. DE TIRAQUEAU, *id.*, § 13-14.

⁵⁷ *R. v. Hayward*, (1833) 6 C. & P. 157, 158. À noter que Hobbes développait lui-même déjà une position similaire. Cf. T. HOBBS, *préc.*, note 8, p. 455.

quait de finir exécuté, les tribunaux n'en ont pas moins réitéré à maintes reprises que « la raison d'être de cette humanité » persistait malgré l'abolition de la peine de mort, compte tenu « des graves conséquences de la déclaration de culpabilité pour meurtre », que ce soit en termes de stigmatisation sociale ou de durée de réclusion⁵⁸. Le fait de se prévaloir avec succès de la défense de provocation permet ainsi toujours à un accusé de subir une punition considérablement moins sévère que celle que le droit inflige normalement à ceux qui tuent sans avoir fait l'objet d'une provocation légitime.

Contrairement aux autres moyens de défense qui prévoient l'acquittement pur et simple (nécessité, légitime défense, contrainte morale, etc.) ou encore un verdict de non-responsabilité criminelle assorti d'une prise en charge médicale (aliénation mentale), la défense de provocation a donc, on le voit, un statut à part, en ce qu'elle ne permet pas à l'accusé qui en bénéficie d'échapper entièrement au fardeau de sa responsabilité criminelle. C'est là d'ailleurs précisément la raison pour laquelle on la qualifie de défense *partielle*. Si elle permet à l'accusé de voir le poids de sa responsabilité diminué et que le droit va même jusqu'à admettre explicitement que la raison de cette diminution est qu'*il n'exerçait plus aucun contrôle véritable*⁵⁹ sur ses gestes au moment du crime, elle interdit néanmoins la dissolution juridique totale de cette responsabilité, puisque l'accusation d'homicide involontaire coupable persiste malgré tout⁶⁰. Nous reviendrons plus loin sur cette question mais il importe déjà de remarquer que cette manière particulière qu'a le droit criminel de manifester sa compassion envers la fragilité humaine témoigne déjà de sa capacité à *dissocier la notion de responsabilité criminelle de la notion de contrôle de soi*, dans la mesure où il peut tout à fait reconnaître qu'une personne a été provoquée au point de perdre le contrôle d'elle-même tout en maintenant la responsabilité de l'accusé de manière à justifier l'imputation d'un crime de moindre gravité. La défense de provocation conduit ainsi le droit à recourir au stratagème suivant : au lieu de s'astreindre au régime de qualification binaire usuelle qui l'obligerait à choisir entre la responsabilité et la

⁵⁸ Tran, préc., note 3, par. 22.

⁵⁹ R. v. Kirkham, (1837) 8 C. & P. 115, 119 : « as it is well known that there are certain things which so stir up in a man's blood that *he can no longer be his own master*, the law makes allowances for them [...] [when] what he did was done in a moment of *overpowering passion*, which prevented the exercise of reason » (nous soulignons).

⁶⁰ R. c. Hill, [1986] 1 R.C.S. 313, par. 14.

non-responsabilité, il préfère traduire sa reconnaissance d'une responsabilité largement compromise dans le langage d'une accusation réduite, de manière à combiner à la fois la diminution du blâme et la persistance du blâme, la négation de la responsabilité et l'affirmation de la responsabilité.

Cela peut certes paraître contradictoire au premier coup d'œil. Comment le droit pourrait-il affirmer et nier la responsabilité *en même temps*? En réalité, c'est moins une contradiction qui est à l'œuvre qu'un dédoublement sémantique de la notion de responsabilité: on a d'un côté la responsabilité entendue en un sens descriptif (renvoyant à la contrainte passionnelle subjectivement vécue⁶¹), laquelle se trouve effectivement niée par le fait que l'individu accusé de meurtre n'était pas en contrôle de lui-même (il contrôlait certes son corps, le couteau ou l'arme qu'il dirigeait contre la victime, mais ce contrôle purement physique était lui-même, en amont, le produit d'une passion hors de contrôle); de l'autre, on a la responsabilité entendue en un sens normatif (renvoyant à la responsabilité comme simple condition de l'imputabilité pénale), laquelle peut parfaitement se détacher de toute fonction descriptive si nécessaire et faire fi de l'absence de contrôle de soi afin de permettre l'expression d'un blâme résiduel à l'endroit de l'accusé ou, pour le dire plus justement, à l'endroit de la *cause* de sa perte de contrôle dont on aurait tort d'oublier qu'elle suscite moins une compassion univoque de la part du droit qu'une *compassion entremêlée de réprobation* (ne serait-ce que parce que toute colère meurtrière incarne un vestige de vengeance privée qui dessaisit le système pénal de son rôle de juste intermédiaire des conflits et parce qu'elle inflige une réponse *disproportionnée* à une provocation qui ne méritait certainement pas d'entraîner le décès violent de son auteur, aussi offensant qu'il ait pu être⁶²). De ces deux sens superposés de la notion de responsabilité criminelle, on comprend que c'est le premier sens qui mène à la *réduction* de l'accusation, tandis que c'est le second qui mène au *maintien* d'une accusation. Il n'est pas en soi contradictoire qu'un accusé ne soit pas assez responsable (au premier sens) pour supporter l'accusation de meurtre,

⁶¹ À condition bien sûr que celui-ci ait passé le test de la personne ordinaire, sur lequel nous reviendrons. Nous nous contentons de noter ici que cette vocation descriptive du concept de responsabilité dans le cadre de la défense de provocation dépend elle-même d'un test normatif préalable qui décide si la réalité vécue par l'accusé sera considérée ou non comme juridiquement admissible.

⁶² Cf. Andrew J. ASHWORTH, « The Doctrine of Provocation », (1976) 35:2 *The Cambridge Law Journal* 292.

mais assez responsable (au deuxième sens) pour se voir imputer un homicide involontaire coupable, du moment que l'on admet que les critères retenus pour juger de la responsabilité ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Cette ambivalence de la défense de provocation résulte de l'équilibre précaire qu'elle cherche à établir entre deux sentiments d'injustice qui s'orientent dans des directions opposées : sentiment d'injustice, d'une part, à l'effet qu'un individu qui a agi sous l'emprise d'une passion provoquée par autrui soit jugé aussi responsable de ses actes qu'un meurtrier ordinaire ; sentiment d'injustice, d'autre part, à l'effet que ce même individu soit entièrement innocenté pour son acte outrancier et qu'il reçoive le même traitement que quelqu'un qui n'aurait commis aucun crime. Résultat : tandis que la responsabilité au sens descriptif se trouve niée, la responsabilité au sens normatif se trouve conservée.

B. Un accès subjectif objectivement balisé

Nous n'avons abordé jusqu'ici la défense de provocation que d'une manière générale, afin de donner à en saisir l'esprit, et surtout d'insister sur son statut de moyen de défense partiel. Ces considérations générales laissent toutefois dans l'ombre les conditions particulières d'accès à cette défense, à savoir les conditions *sine qua non* dont elle tire sa force exonératoire. Contrairement à ce que la généralité de notre propos pouvait laisser entendre en effet – surtout pour un lecteur peu familier avec le droit criminel et sa tendance à établir des restrictions –, il ne suffit pas, tant s'en faut, d'avoir tué sous l'impulsion d'une colère incontrôlable provoquée par la conduite d'autrui pour obtenir un laisser-passer victorieux pour la défense de provocation (si tel était le cas, tout le problème des neurosciences serait réglé et on assisterait assurément à une multiplication exponentielle du nombre d'accusés recourant à cette défense avec succès). Or ni la colère, aussi irrépressible fût-elle, ni l'existence avérée d'une provocation ne garantissent qu'une accusation de meurtre sera automatiquement transmuée en accusation d'homicide involontaire coupable. Si celles-ci sont autant de conditions nécessaires pour accéder au moyen de défense (sans passion ni provocation, la défense s'effondre), elles ne constituent toutefois guère en elles-mêmes des conditions suffisantes.

Le droit fixe en réalité une autre condition cruciale qui a pour effet de restreindre l'accès, dans le but de pouvoir effectuer un tri supplémentaire entre les cas de provocation dignes de recevoir sa clémence et les autres

qui, *bien que tout à fait réelles*, se verront refuser brutalement « la compassion de la justice envers la fragilité humaine ». Outre les conditions subjectives d'accès à la défense de provocation, qui étaient sous-entendues dans mes remarques précédentes, et qui concernent 1) la réalité de la provocation (l'accusé s'est-il vraiment senti provoqué?) et 2) le caractère incontrôlable et immédiat de la réaction violente (l'accusé a-t-il réagi impulsivement sans avoir le temps de reprendre ses esprits?), le droit criminel établit en effet une autre condition d'accès à cette défense, une condition objective cette fois, qui faute d'être remplie retire toute pertinence aux questions relatives à l'expérience réellement vécue par l'accusé⁶³. Cela revient bel et bien à dire qu'avant même que le droit ne se préoccupe de la véracité des prétentions de l'accusé quant à l'origine de sa réaction meurtrière, il existe une question juridique préalable à laquelle l'ouverture du moyen de défense se trouve entièrement subordonnée. On peut formuler cette question de la manière suivante : « une personne ordinaire aurait-elle également perdu la maîtrise d'elle-même si elle avait été confrontée à la même provocation que l'accusé ? »⁶⁴ Si la réponse à cette question est négative, et que dès lors la perte de contrôle de soi alléguée par l'accusé n'aurait pas été partagée par une personne ordinaire, le droit lui fermera aussitôt l'accès au moyen de défense et, partant, videra son absence de contrôle de soi de toute incidence concrète eu égard à sa responsabilité criminelle (laquelle se muera du même coup en catégorie purement normative coupée de toute visée d'adéquation au réel).

C'est donc dire que l'accusé dont la sensibilité n'est pas conforme à celle prêtée à la personne ordinaire restera sans recours contre son accusa-

⁶³ Hill, préc., note 60, par. 3.

⁶⁴ Le deuxième paragraphe de l'article 232 est à cet égard on ne peut plus clair : « Une conduite de la victime [...] de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser est une provocation pour l'application du présent article [...] » (*Code criminel*, préc., note 46, art. 232(2)). Cette clause souligne bien que c'est le droit qui décide de ce qui est, et non ce qui est qui décide de ce que sera le droit. D'un point de vue juridique, ce ne sont pas les individus qui sont les juges ultimes de leurs expériences et qui peuvent dire s'ils ont été provoqués ou non, c'est le droit qui départage les expériences qui peuvent être qualifiées de la sorte et celles qui ne le peuvent pas, et ce, en vertu de ses propres critères, lesquels ne relèvent pas, pour reprendre la distinction de Stephen J. Morse, du « fact-finding », mais, comme nous le montrerons en détail, du « norm-setting », Stephen J. MORSE, « Moral and Legal Responsibility and the New Neuroscience », dans JUDY ILLES (dir.), *Neuroethics: Defining the Issues in Theory, Practice, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 33.

tion de meurtre, et ce, en dépit du fait que c'est pourtant bien une explosion passionnelle qui l'aura amené à commettre son geste fatal, exactement comme ceux pour qui le moyen de défense demeure disponible. Nous reviendrons dans le détail plus loin sur le test de la personne ordinaire et sur la signification précise qu'il convient de donner à cet outil juridique (notamment au regard des neurosciences), mais on peut déjà retenir ceci : la personne ordinaire est le dispositif objectif dont se sert le droit pour restreindre le seuil de qualification subjective d'accès à la défense de provocation. Il importe de bien saisir ici que ce qui s'apparente à une méthode de contingentement de la défense de provocation – comme s'il n'y avait qu'un petit nombre de places à distribuer – ne revient pas pour le droit à *contester*, sur le terrain de la vérité, la réalité intime de la perte de contrôle vécue par certains accusés, mais plutôt à priver cette réalité, sur le terrain de la légitimité, de tout résonnance juridique. Autrement dit, le droit ne prétend pas que la réalité de la passion meurtrière des accusés exclus de cette défense est fausse ou qu'elle résulte d'une simulation retorse de leur part, mais il affirme devoir l'exclure du processus d'évaluation de la responsabilité criminelle pour des raisons qui, comme nous le verrons, ont cette fois moins à voir avec le souci du droit de reconnaître la fragilité de la nature humaine qu'avec l'objectif qui est le sien de travailler à son renforcement⁶⁵.

C. Entre excuse et justification

On aperçoit déjà bien à ce stade combien la défense de provocation s'appuie sur un enchevêtrement complexe de concepts dont les significations sont elles-mêmes plurivoques. Pour qui n'y prend pas garde et s'en tient uniquement au sens courant des mots, cette plurivocité des notions mobilisées par le droit pour définir les moyens de défense peut s'avérer une source monumentale de confusion. Que signifie le « contrôle de soi », s'il peut revêtir un sens descriptif lorsqu'il s'applique à certaines personnes et normatif lorsqu'il s'applique à d'autres ? Comment le contrôle de soi qui paraît *a priori* une notion indissolublement subjective peut-il soudainement se muer en dispositif de discrimination objectif en se détachant

⁶⁵ Remarquons néanmoins que si l'accusation retenue est celle de meurtre au deuxième degré, il n'est pas exclu que le juge en tienne compte au moment de la détermination de la peine. Cela n'est toutefois pas garanti, le juge ayant à cette étape à concilier des finalités conflictuelles. Selon la nature du dossier, il se peut même que la colère incontrôlable d'un accusé n'ait aucun impact sur son temps de détention, voire constitue un facteur aggravant.

du contrôle de soi des individus incarnés pour se référer plutôt au contrôle de soi présumé et imaginaire d'une abstraction comme la personne ordinaire? Que signifie la « responsabilité » si elle peut être reconnue comme abolie d'un point de vue descriptif, mais en même temps normativement maintenue comme condition de l'imputation? Ou encore, phénomène autrement plus labyrinthique, comment le fait même d'accéder à la diminution de responsabilité que permet l'application descriptive de cette notion peut-il être tributaire de critères normatifs qui restreignent la possibilité pour un accusé de voir son vécu décrit ou non par le droit? Si ce dernier sélectionne dans la réalité un nombre limité d'éléments jugés « descriptibles » au nom de critères qui ne sont pas eux-mêmes de nature descriptive, que fait-il au juste? Toute description juridique n'est-elle alors qu'une reconstruction parcellaire, qu'un découpage fragmentaire du réel?

Les « jeux de langage » du droit, pour reprendre la fameuse notion de Wittgenstein⁶⁶, ont de quoi laisser le non-juriste perplexe. Pour y voir plus clair au sujet de la défense partielle de provocation, et pour mieux comprendre les renversements successifs de sens qui l'affectent, il convient de distinguer brièvement les notions d'excuse et de justification en droit criminel. Bien que les autres moyens de défense ne soient pas exempts de tels renversements de sens et de tels va-et-vient entre les niveaux descriptif et normatif, il reste que le fait que la défense de provocation voit en elle se chevaucher à la fois des éléments d'excuse et de justification n'aide certainement pas à son intelligibilité immédiate, et explique sans doute la part accrue de flottement qui est la sienne. Rappelons que la distinction classique en droit criminel entre excuse et justification a d'abord pour but de circonscrire les deux grandes approches de l'exonération en matière de responsabilité criminelle. C'est elle qui permet d'identifier les deux voies de sortie de la présomption générale de responsabilité.

⁶⁶ Selon le philosophe Ludwig Wittgenstein, chaque forme de vie – et il n'y a aucun doute que l'espace discursif du droit criminel constitue une forme de vie à part entière – déploie son propre « jeu de langage », c'est-à-dire une manière spécifique de se servir du langage, orientée selon une certaine perspective, inscrite dans un certain cadre et, surtout, en fonction de certaines règles qui donnent aux mots un sens qui n'est pas nécessairement celui qu'ils auraient dans un autre jeu de langage. À propos du droit, rien ne serait plus mystificateur que d'oublier que le langage qu'il utilise, fût-il apparemment clair ou intuitif, est *son* langage et non « le » langage pris en général. Il faut donc tâcher à chaque fois de voir comment fonctionne concrètement ce langage, comment les différents dispositifs du droit en *jouent*. Voir à ce sujet Pierre HADOT, *Wittgenstein et les limites du langage*, Paris, Vrin, 2004, p. 11.

Un individu qui, après la commission d'un crime, espère pouvoir échapper au poids de cette dernière, devra d'abord se demander si le contexte spécifique de son action l'autorise à s'excuser ou à se justifier aux yeux du droit. Pour le dire de manière très schématique, tandis que la justification permet de montrer que l'acte apparemment mauvais du crime était en réalité un acte justifié, et même bon compte tenu des circonstances et du mal qu'il permettait d'éviter, l'excuse ne nie pas le caractère mauvais de l'acte mais plutôt le fait que la personne qui l'a commis était elle-même la « cause » authentique de cet acte. Dans l'arrêt *Perka*, le juge Dickson rappelle plusieurs exemples de justification : le policier qui tue un preneur d'otage pour sauver des victimes sur le point d'être abattues, l'homme qui, faute d'autres moyens de transport immédiatement disponibles, vole une voiture et roule à une vitesse folle pour conduire quelqu'un de grièvement blessé à l'hôpital, la femme victime d'un viol qui recourt à la force contre son agresseur pour lui échapper⁶⁷. Dans chaque cas, ce n'est pas tant la responsabilité des acteurs qui se trouvent désavouée par le moyen de défense que le caractère *criminel* de cette responsabilité. Nul ne conteste, pour peu bien sûr que certaines conditions soient réunies, que ceux qui se conduisent de la sorte ont fait ce qu'ils devaient faire. Comme l'écrit en ce sens le juge Dikson : « l'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur reçoit de la part de la société »⁶⁸ et c'est pourquoi ce dernier reçoit généralement un acquittement inconditionnel pour son action. L'excuse, pour sa part, concerne plutôt des crimes qui, sans bénéficier du moindre assentiment social, ne méritent pas non plus d'être punis parce que leur auteur n'était pas véritablement maître de ce qu'il faisait au moment de le commettre, en raison par exemple d'un grave trouble affectant « la raison humaine ou son fonctionnement »⁶⁹. Le patient schizophrène, par exemple, qui s'enfuit de l'hôpital psychiatrique en pleine crise psychotique et qui tue un inconnu dans la rue en croyant qu'il s'agissait du diable commet certes un acte absolument condamnable, mais ne mérite pas aux yeux du droit de subir les conséquences pénales de son action (on le considère du reste amplement « puni » par sa maladie). C'est pourquoi il se verra excuser, c'est-à-dire au sens étymologique du terme,

⁶⁷ Nous nous inspirons ici librement des exemples utilisés par le juge Dickson dans *Perka*, préc., note 51, 246.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ C'est là une des formules employées pour définir ce qui constitue une maladie mentale au sens du droit criminel. Voir *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1159. Signalons que cette définition comporte malgré tout plusieurs restrictions.

mis hors de cause, la cause véritable de son action résidant dans sa maladie, dans les désirs et les croyances engendrés par son délire, et non dans les désirs et les croyances qui habitent généralement les personnes non psychotiques⁷⁰.

Cette distinction étant posée, il n'est pas aisé de voir exactement comment, du moins au premier coup d'œil, la défense de provocation est susceptible de comprendre à la fois des éléments d'excuse et de justification. On a déjà souligné à juste titre que ce moyen de défense, en raison notamment de son caractère partiel, ne s'insérerait pas facilement dans le cadre de ces deux catégories⁷¹. Il est vrai qu'à la lumière des quelques exemples d'excuse et de justification que nous avons donnés, aucune ne semble pouvoir s'appliquer sans réserve à ce genre d'homicide, qui n'est après tout ni le produit d'un délire ou d'un état de pure dissociation, ni l'expression inévitable d'un instinct de survie ou d'une nécessité qui légitimerait l'emploi d'une violence sans retenue. À première vue, la colère semble un affect humain trop commun pour qu'un accusé l'assimile à un trouble mental et les effets mortifères de cette colère sont trop empreints de mesure pour recevoir le soutien aveugle du droit criminel. Pour bien comprendre la zone mitoyenne qu'occupe la défense de provocation, il convient de partir ici d'une citation de John L. Austin, à qui il revient d'avoir parfaitement posé les paramètres du problème :

⁷⁰ On peut retenir aussi la distinction d'Herbert Packer : « [...] conduct that we choose not to treat as criminal is "justifiable" if our reason for treating it as noncriminal is predominantly that it is conduct that we applaud, or *at least do not actively seek to discourage*: conduct is "excusable" if we deplore it but for some extrinsic reason conclude that it is not politic to punish it » (nous soulignons) (Herbert PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 113). Le passage souligné est crucial en ce qu'il attribue une portée élargie à la notion de justification : l'acte n'a pas nécessairement besoin d'être louable ou applaudi pour être justifié, il suffit qu'on estime superflu de chercher à le décourager outre mesure pour qu'il soit déjà en partie justifié. Comme on le verra, dans le cas de la provocation, cela peut prendre la forme suivante : si le droit criminel admet que certaines réactions proviennent d'une fragilité inhérente à tout être humain, voire d'une réponse automatique face à certains événements particulièrement traumatiques, alors il devient contre-indiqué de chercher à les dissuader de façon excessive (par une accusation de meurtre par exemple). Mais nous reviendrons plus loin sur cette question.

⁷¹ Kent ROACH, *Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 358. Voir aussi : R. c. *Manchuk*, [1938] R.C.S. 18, 19 et 20.

It is arguable that we do not use the terms justification and excuse as carefully as we might; a miscellany of even less clear terms, such as “extenuation”, “palliation”, “mitigation”, hovers uneasily between partial justification and partial excuse; and when we plead, say, provocation, there is genuine uncertainty or ambiguity as to what we mean – is *he* partly responsible, because he roused a violent impulse or passion in me, so that it wasn’t truly or merely me acting ‘of my own accord’ (excuse)? Or is it rather that, he having done me such injury, I was entitled to retaliate (justification)?⁷²

Au moment où il formule ce problème, Austin ne se situe pas directement sur le terrain du droit criminel et ne tient pas compte des effets de distorsions sémantiques que peuvent subir ces différents termes une fois passés du champ discursif de la vie quotidienne à celui des moyens de défenses proprement juridiques. On doit reconnaître néanmoins que ces quelques mots traduisent à merveille l’ambivalence constitutive de la notion de provocation en général et que le droit, en tant qu’instance de validation institutionnelle des excuses et des justifications issues du langage ordinaire, n’est évidemment pas sans faire écho à l’équivocité que signale Austin. Sur le plan de l’excuse, tout d’abord, on peut remarquer deux principales dimensions : d’une part, on voit que celui qui en appelle à la provocation soutient que la cause première de son action ne réside pas en lui, mais plutôt dans le comportement d’une autre personne qui l’a provoqué (ce n’est pas de sa faute, clame-t-il, mais bien celle de celui qui a lancé les hostilités en déclenchant injustement sa colère)⁷³; d’autre part, indépendamment cette fois de la responsabilité présumée de la victime, l’accusé prétend avoir perdu le contrôle, avoir été emporté dans un tel flot de colère qu’il n’était plus vraiment « lui-même », qu’il ne s’appartenait plus; il prétend que c’est la passion qui était la cause motrice de sa violence, alors que sa personnalité normale s’était en quelque sorte éclipsée. Autrement dit, celui qui allègue avoir agi sous l’effet d’une colère provoquée cherche à la fois à dissoudre son rôle d’agent causal authentique de l’action qu’il a posé (la vraie cause était la passion) et à montrer que, ultimement, le véritable élément déclencheur se situait à l’extérieur de lui-

⁷² John L. AUSTIN, « A Plea for Excuses », dans Opie URMSON et Geoffrey J. WARNOCK (dir.), *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 125.

⁷³ Notons que c’était déjà là en substance la position d’Aristote (préc., note 55). Il reviendra plus tard à Jeremy Bentham d’en proposer une formulation exemplaire : « The offense does not originate in the will of the delinquent. The primary cause is the act of another, the will of another [...] » (Jeremy BENTHAM, *Theory of Legislation*, Ogdon, Charles Kay ed., 1931, p. 262).

même, dans un comportement préjudiciable perpétré à son endroit (la cause première était la victime). Sur le plan de la justification, le passage d'Austin met au jour une principale dimension : celle de la *légitimité* de la réponse à la provocation. Tandis que l'excuse se déploie sur le terrain de la causalité, en effet, la justification se déploie plutôt sur le terrain de la légitimité. Il ne s'agit plus alors de dire « je ne pouvais pas m'en empêcher », « j'étais incapable de me retenir de tirer », « une fureur m'a conduit malgré moi à m'en prendre à lui », mais bien « il *méritait* que je ne laisse pas son comportement impuni », « je lui ai simplement *rendu* la monnaie de sa pièce », « *n'importe qui* aurait fait la même chose à ma place ». Ces trois dernières expressions ne traduisent pas toutes exactement la même visée justificatrice : la première convoque la notion de mérite et présente l'action violente comme une déclinaison privée de la justice rétributive ; la deuxième s'appuie plus directement sur l'idée de proportion ou de retour du balancier ; la troisième, enfin, ne prétend pas nécessairement que la réponse était tout à fait proportionnelle, ni que l'autre méritait dans l'absolu de telles représailles ; elle allègue plutôt que l'outrance même de l'action, fût-elle porteuse de la plus extrême gravité, se justifiait en vertu de son appartenance à la « normalité », c'est-à-dire précisément au « n'importe qui ».

Revenons à présent au droit criminel à proprement parler. Comment ce dernier en est-il venu historiquement à traduire ce mélange d'excuse et de justification partielles dans les conditions d'ouverture de la défense de provocation ? Sur le plan causal, tout d'abord, le droit retient comme excuse partielle l'élément subjectif de perte de maîtrise de soi, mais il évite de faire remonter la cause à la victime elle-même, qui ne saurait être tenue causalement responsable de son propre trépas. On retrouve ici la compassion de la justice envers la fragilité humaine. C'est elle qui, comme le souligne la juge Charron dans l'arrêt *Tran*, permet à l'accusé d'être « partiellement excusé »⁷⁴, dans la mesure où cette fragilité fait qu'il arrive à l'homme, de par sa constitution d'être passionnel, d'être davantage « agi » qu'il n'agit, c'est-à-dire de perdre la gouverne de ses actions. Mais il va sans dire que si la défense de provocation était strictement conçue comme une excuse partielle, il n'y aurait aucune raison de l'accorder à l'un tandis qu'on la refuse à l'autre, si ce n'est pour des motifs injustes et arbitraires. À partir du moment où les critères purement subjectifs de la perte de maî-

⁷⁴ *Tran*, préc., note 3.

trise et de la soudaineté de la réaction violente seraient satisfaits, c'est-à-dire qu'un accusé aurait démontré son incapacité d'« exercer un contrôle raisonnable sur ses passions »⁷⁵ en raison d'une provocation, rien ne devrait l'empêcher d'obtenir l'allégement automatique de sa responsabilité criminelle. Insistons sur ce point, car il est décisif : si la défense de provocation se situait sur le seul terrain de la causalité (sans égard pour toute question de légitimité), le droit n'aurait qu'à fixer un seuil causal de colère passionnelle au-delà duquel l'excuse partielle serait autorisée. Dès lors que le déterminisme exercé par la colère aurait un air de vraisemblance, l'accusation de meurtre devrait aussitôt se changer en accusation d'homicide involontaire coupable, sans que rien d'autre que le vécu subjectif allégué par l'individu n'ait à intervenir dans l'équation. On se doute bien que si tel était le cas, le droit criminel devrait excuser également toutes les formes de provocation, des plus frivoles aux plus graves, sans discrimination possible, et ce, du moment que l'accusé donnerait l'impression d'avoir vraiment *ressenti* la provocation. Dans un tel cadre, on se doute bien aussi que la découverte progressive des déterminants cérébraux du contrôle de soi n'aurait pas de mal à garantir un avenir fructueux à ce moyen de défense.

Or il se trouve que le fonctionnement juridique effectif de cette défense la met à l'abri de toute application inflationniste de ce genre. Comme nous l'avons rappelé précédemment, la notion même de contrôle de soi en droit, pour descriptive et subjective qu'elle puisse sembler *prima facie*, est en réalité rigoureusement encadrée par des variables normatives et objectives. Et c'est pour cette raison précisément que la défense de provocation fait intervenir, comme condition même de toute excuse partielle, un élément objectif de justification qui fixe certaines limites à la compassion du droit et qui fait que, bien que réelle, « la perte de maîtrise de soi n'est pas excusée dans tous les cas »⁷⁶. « Pour valoir *en droit* »⁷⁷, la provocation est donc, *stricto sensu*, une excuse partielle qui a besoin d'être partiellement justifiée, faute de quoi elle n'est plus considérée comme une excuse au sens juridique. Mais de quelle justification au juste s'agit-il ? Au regard des trois visées justificatrices que nous avons rapidement distinguées, il est clair que le droit ne saurait justifier l'action commise en statuant que, tout

⁷⁵ C'est là la définition du contrôle de soi retenue dans *Kirkham*, préc., note 59, p. 119. Elle prévaut toujours en droit criminel canadien. Voir à cet égard : *R. v. Gibson*, (2001) 153 C.C.C. (3d) 465, 490.

⁷⁶ *Tran*, préc., note 3.

⁷⁷ *Id.*, par. 29.

bien considéré, la vindicte était méritée de la part de la victime. La mort violente de cette dernière écarte d'emblée toute idée de proportion, de rétribution, de juste retour de balancier, et aucun argument ne saurait venir convertir l'action mauvaise en bonne action, comme c'est le cas pour les moyens de défense qui constituent des justifications à part entière. Le volet justificatif résiduel concerne dès lors le troisième aspect que nous avons relevé, à savoir la possibilité de rattacher la perte de contrôle à une certaine *norme de réactivité*, laquelle se mesure précisément à l'aune de la personne ordinaire.

Bien qu'un tel élément de justification ne saurait certes être surestimé⁷⁸, en ce qu'il demeure très éloigné de la justification qui est à l'œuvre dans les cas de légitime défense par exemple, il reste qu'il est impossible de comprendre la défense de provocation, et surtout la logique qui en ouvre et en ferme l'accès, si l'on oublie que l'accusé « doit avoir le sentiment *justifié* de subir une injustice »⁷⁹ et que cette justification relève de considérations entièrement normatives fondées sur l'évaluation juridique de ce qui constitue une perte de contrôle acceptable. Comme le soulignera le juge Lamer dans l'arrêt *Hill*, le critère de justification dépend si peu de la réalité intime vécue par les individus que les actions qui ne satisfont pas à la norme de la personne ordinaire seront jugées responsables « que le prévenu ou l'accusé ait ou non la capacité de satisfaire à cette norme »⁸⁰. Il faut bien prendre la mesure de cette remarque qui est extrêmement lourde sens. Elle rappelle que la notion de contrôle de soi qui ouvre l'accès à la défense de provocation *n'est pas un attribut psychologique* que l'accusé serait susceptible de posséder ou non (et que les neurosciences seraient susceptibles de réfuter ou non), mais bien *le produit d'une attente juridique et sociale* (irréfutable dans la mesure où elle est par définition détachée de tout ancrage individuel). Ce n'est, comme on l'a vu, que dans un second temps que la notion de contrôle de soi se verra juridiquement autorisée à recouvrer une fonction sémantique de description des états mentaux de l'accusé. Elle ne pourra, autrement dit, servir à nommer juridiquement ce que l'accusé a perdu que si la provocation qu'il a subie était de telle nature qu'une personne ordinaire eût également perdu le contrôle d'elle-même en y étant confrontée. La provocation, pour être reconnue en droit, repose donc bien en partie sur l'affirmation voulant que « n'importe qui aurait

⁷⁸ A. J. ASHWORTH, préc., note 62, p. 308 et 309.

⁷⁹ Tran, préc., note 3.

⁸⁰ Nous soulignons, *Hill*, préc., note 60, par. 64.

fait la même chose à ma place», non bien sûr en ce sens que n'importe qui aurait nécessairement tué la personne provocante⁸¹, mais au moins en ce sens minimal que tout homme normalement constitué se met à la place de l'accusé risque effectivement de juger sa réaction « compréhensible »⁸².

D. De quoi est faite la personne ordinaire ?

Nous avons suggéré au début de cet article que la personne ordinaire était à la défense de provocation ce que le tamis est à l'art culinaire. De même en effet que le tamis est un outil qui servait jadis à éviter la présence indésirable de grumeaux dans la farine, la personne ordinaire est un dispositif juridique qui a pour première fonction d'éviter que des accusés inconvenants bénéficient de la défense de provocation. Il convient de se demander à présent de quoi est fait exactement ce dispositif, quels sont les paramètres qui en fixent les frontières, quelles sont les caractéristiques qui peuvent lui être attribuées et en vertu de quels principes. Les contours précis de la notion de personne ordinaire sont d'autant plus difficiles à établir qu'elle est d'abord un produit de l'*imagination* des juges et des jurés qui héritent sans cesse de la tâche de la reconstruire au cas par cas⁸³. Les juges eux-mêmes n'hésitent pas à reconnaître qu'aucune définition juridique n'en épuise vraiment le sens, puisque ce sens relève d'abord de l'intuition et du « bon sens collectif »⁸⁴. La personne ordinaire constitue à cet égard un cas typique de ce que Hart appelait la « texture ouverte » du droit, en ce qu'il s'agit d'une notion au contenu suffisamment indéterminé pour demeurer adaptable à des situations diverses et à des contextes culturels évolutifs⁸⁵. En dépit, ceci dit, de cette relative indétermination, la jurisprudence fournit un nombre suffisant d'indices permettant sinon d'en identifier les traits les plus essentiels, au moins d'en restituer l'esprit général.

⁸¹ R. c. *Dusseau*, [2011] QCCA 148, par. 12.

⁸² *Tran*, préc., note 3. Voir aussi la remarque fort juste de G. R. SULLIVAN, « Anger and Excuse: Reassessing Provocation », (1993) 13:3 *Oxford Journal of Legal Studies* 421, 425: « Yet the essence of the defence is revealed in *rash* conduct, conduct which the ethically well-disposed agent will subsequently *regret* but for which sympathy, even on occasion empathy, may be attracted. »

⁸³ *Hill*, préc., note 60, par. 42.

⁸⁴ R. c. *McCarthy*, [1954] 1 Q.B. 105, 112: « No court has ever given, nor do we think ever can give, a definition of what constitutes a reasonable or average man. That must be left to the collective good sense of the jury. »

⁸⁵ H. L. A. HART, préc., note 2, chap. VII.

Tout d'abord, de par sa référence à l'« ordinaire », la notion de personne ordinaire s'appuie nécessairement sur une certaine interprétation de la réalité sociale, et sur ce qui dans cette réalité est censé être le plus courant, le plus habituel. Considéré sous sa face négative, c'est-à-dire non du point de vue de ce qu'il affirme mais de ce qu'il rejette, l'ordinaire exclut par définition tout ce qui relève de l'anormal, de l'excessif, du débordement ou de l'inattendu. Elle établit en ce sens une rupture dans le continuum des comportements humains, situant d'un côté les manières d'agir qui font partie du domaine du prévisible, du compréhensible, du familier, et situant de l'autre côté – pour mieux ensuite les réprouver et les stigmatiser – les manières d'agir qui font partie du domaine de l'aberrant, de l'extravagant, de l'extraordinaire, du pathologique, et qui ont précisément pour particularité d'introduire un excès de chaos et d'incertitude dans la vie sociale. Ce qu'il y a sans doute de plus frappant dans la catégorie de personne ordinaire appliquée à la défense de provocation, c'est qu'elle a pour fonction paradoxale de mesurer ce qui dans la démesure de tout acte meurtrier relève d'une *démesure ordinaire*. Elle cherche, en s'appliquant à un cas particulier, à délimiter ce qui persiste malgré tout d'ordinaire, compte tenu des faiblesses humaines communes et des valeurs dominantes de la société, dans l'extraordinaire d'une réaction meurtrière. Nous avons traité précédemment d'une *norme de réactivité*. Or c'est précisément ce qui est en jeu lorsque la notion de personne ordinaire intervient dans un procès pénal. La question qui se pose alors au jury consiste à se demander si l'absence de contrôle dont a fait preuve l'accusé en s'attaquant à la victime découlait d'une provocation de nature à déclencher également une personne ordinaire au point de lui faire perdre sa propre mesure, ou bien si elle traduisait au contraire une réactivité hors-norme, une impulsivité déconnectée des affects normaux, une sensibilité exacerbée sans rapport avec celle dont on s'attend du commun des mortels. La notion de personne ordinaire renvoie ainsi à « la résistance normale »⁸⁶ d'un citoyen « au tempérament normal et d'une capacité intellectuelle moyenne »⁸⁷ vis-à-vis d'une provocation telle que celle vécue par l'accusé. Celle-ci peut parfois s'avérer des plus sérieuses, elle peut même sembler à quiconque singulièrement blessante, mais dès lors qu'on arrive malgré tout à la conclusion qu'une personne ordinaire « would find a better way to deal with such a situation and would be not be likely to lose the power

⁸⁶ R. v. Cassan, [2012] MBCA 46, 49.

⁸⁷ Hill, préc., note 60, par. 20.

of self-control if confronted with a such [situation] »⁸⁸, l'acte de l'accusé doit être qualifié de meurtre et subir en conséquence tout l'opprobre qui accompagne une telle qualification. Bien que les cas qui se présentent au droit soient souvent subtils et infiniment difficiles à trancher, on peut recourir ici à deux scénarios particulièrement faciles à départager au regard du critère de la personne ordinaire : un père qui surprend son voisin en train d'agresser sexuellement son enfant de 5 ans et qui le tue sur-le-champ pourrait sans peine s'attirer la compassion du droit et voir son accusation de meurtre réduite à une accusation d'homicide involontaire coupable⁸⁹ ; une femme fortement fragilisée par son immigration récente au Canada qui poignarde sa belle-sœur de 45 coups de couteau après que celle-ci eût tenu des propos humiliants à son endroit, concernant sa capacité d'apprendre et son degré d'instruction, se verra quant à elle fermer l'accès à la défense de provocation, et ce, peu importe l'étendue de sa vulnérabilité psychique au moment du crime⁹⁰. La différence entre les deux réactions est patente : tandis que le choc vécu par le père outrepassa nettement la résistance normale que l'on prête intuitivement à une personne ordinaire (en fonction de la conception socialement dominante de ce qui constitue une source de provocation suprême)⁹¹, le choc vécu par la femme immigrante, quoique probablement réel de son point de vue, ne cadre résolument pas avec le seuil de réactivité attendue de la part d'un individu normalement constitué dans une société comme le Canada.

E. Contextualisation et individualisation

Ce dernier exemple de la femme immigrante qui tombe dans une colère meurtrière à la suite d'une provocation apparemment dérisoire au regard des standards communs de réactivité nous permet d'aborder ici une question qui a été régulièrement discutée dans la jurisprudence à propos

⁸⁸ *R. v. Sheehan*, [2010] NBCA 85, par. 21.

⁸⁹ Nous empruntons ici librement cet exemple à Hugues PARENT, *Traité de droit criminel. L'imputabilité*, tome 1, Montréal, Thémis, 2015, chap. 9.

⁹⁰ *R. c. Mayuran*, [2012] 2 R.C.S. 162. Notons qu'en vertu des nouvelles dispositions du code criminel canadien, le deuxième scénario ne pourrait même plus être considéré comme une cause admissible de provocation. Voir *supra*, note 46.

⁹¹ Encore une fois, cela ne revient pas à dire qu'une personne ordinaire aurait nécessairement tué ou blessé l'agresseur, mais qu'elle aurait vraisemblablement pu perdre son sens de la mesure en rencontrant une telle situation. Cf. *Dusseault*, préc., note 81, par. 12.

du caractère par trop abstrait, impersonnel et insensible de la catégorie de personne ordinaire. Comme nous le verrons, cette question est décisive si l'on veut statuer sur la pertinence des neurosciences du contrôle de soi pour la défense de provocation, dans la mesure où elle concerne précisément *la part des caractéristiques personnelles* de l'accusé que le droit accepte de prêter à la personne ordinaire en vue d'une application adaptée du critère objectif. Si l'on reprend l'exemple de la femme immigrante, on a vu que le droit ne tenait pas compte de sa fragilité psychologique. Cela implique que la catégorie de personne ordinaire est aveugle à ce genre de caractéristiques. Or il n'empêche que la question s'est souvent posée de savoir jusqu'à quel point l'objectivité de la personne ordinaire devrait se voir *subjectivée*, c'est-à-dire dans quelle mesure elle devrait intégrer en son sein certains attributs de la personne accusée, dans le but de ne pas s'appliquer à elle d'une manière trop froide ou désincarnée. Nous passons ici sur le détail de l'évolution jurisprudentielle anglaise et canadienne, mais il y a eu en somme passage d'une objectivité appliquée d'une manière étroite et intransigeante⁹² à une objectivité plus sensible à certains aspects de l'accusé⁹³. Depuis la subjectivation partielle de la personne ordinaire opérée en Angleterre par l'arrêt *Camplin*, toute la question a été de déterminer jusqu'où exactement cette subjectivation devait se prolonger et en vertu de quels principes le droit criminel était justifié de lui imposer des limites.

L'équilibre qui s'est dégagé au fil du temps découle d'une distinction fondamentale entre la contextualisation et l'individualisation du critère objectif⁹⁴. La première, comme son nom l'indique, vise à contextualiser la provocation de manière à ce que la personne ordinaire ne demeure pas suspendue abstraitement au-dessus de certaines caractéristiques essentielles de la situation vécue par l'accusé. Le but est d'éviter que l'application trop stricte du critère objectif n'en vienne à occulter certains éléments subjectifs *non controversés*⁹⁵ qui sont nécessaires à la juste estimation de la gravité d'une provocation donnée. La contextualisation revient ainsi à

⁹² *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449.

⁹³ *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008.

⁹⁴ *Tran*, préc., note 3, par. 35.

⁹⁵ La haine que quelqu'un éprouverait depuis son enfance pour les homosexuels ne serait évidemment pas considérée pour contextualiser la provocation, et ce, pour des raisons que nous expliciterons *infra*, section IV, §D.

subjectiver partiellement la personne ordinaire afin qu'elle soit du même âge, du même sexe, de la même couleur de peau que l'accusé et qu'elle intègre même, dans certaines limites, un historique et une dynamique relationnels analogues à ceux qui prévalaient entre l'accusé et sa victime. Cet assouplissement du critère objectif ne fait au fond que reconnaître l'évidence élémentaire suivant laquelle, même avec un « tempérament normal », la perte de contrôle d'une personne peut s'expliquer par des facteurs situationnels et personnels qui ne sont pas partagés par tout le monde⁹⁶. Par exemple, une femme battue pendant plusieurs années ne risque pas de recevoir les actions provocantes de son mari de la même façon qu'une personne sans sexe ni antécédents de violence conjugale qui se trouverait téléportée du jour au lendemain dans l'épisode qui a mené à la perte de contrôle meurtrière. De la même façon, une provocation raciste ne saurait recevoir une évaluation adéquate si on l'appliquait à une personne qui n'appartient à aucun groupe ethnique identifiable et qui est étrangère à toute expérience de persécution⁹⁷. Dans chaque cas, le principe de la contextualisation veut donc qu'il soit judicieux de tenir compte des éléments subjectifs qui permettent de donner un sens à la provocation et à sa gravité, de manière à pouvoir ensuite évaluer *objectivement* si le seuil de réactivité « ordinaire » aurait été dépassé par ladite provocation.

Or si la contextualisation de la personne ordinaire est jugée « opportune et nécessaire⁹⁸ », il en va tout autrement de son individualisation, que les tribunaux refusent avec fermeté, estimant qu'elle s'inscrit en faux contre l'esprit même de la défense de provocation. Dans l'application du critère objectif, l'individualisation consisterait à affaiblir la maîtrise de soi attendue d'une personne ordinaire de façon à tenir compte de la vulnérabilité particulière de l'accusé en matière d'impulsivité. Dans le cas de la femme immigrante susmentionnée, cela reviendrait à prêter un caractère démesurément irascible à la personne ordinaire, au point de conclure que si la personne ordinaire avait été à sa place, elle aurait certainement aussi perdu le contrôle face aux insultes de sa belle-sœur. Il ne s'agirait ainsi plus seulement de subjectiviser le contexte et certaines caractéristiques

⁹⁶ *R. v. Daniels*, (1983) 7 C.C.C. (3d) 542, 554 (C.A.T.N.-O.) : « In my view, the objective test lacks validity if the reaction of the hypothetical ordinary person is not tested against all of the events which put pressure on the accused. » Voir aussi : *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, par. 14 et 15.

⁹⁷ *Hill*, préc., note 60, par. 69 ; *Thibert*, préc., note 96, par. 11.

⁹⁸ *Tran*, préc., note 3.

personnelles qui aident à la compréhension de la gravité d'une provocation, mais également le seuil de réactivité de l'accusé, son tempérament bouillant, sa jalousie obsessionnelle, son impulsivité malade, voire l'hypoactivité de son cortex préfrontal ou l'hyperactivité de son amygdale. Or il va de soi que si la personne ordinaire se voyait attribuée de telles caractéristiques en matière de contrôle de soi, c'est la raison même de son existence juridique qui se trouverait abolie, et du même coup la personne ordinaire elle-même puisqu'en s'individualisant elle finirait tout simplement par devenir l'accusé⁹⁹. Or comme la visée première du critère objectif est précisément de fournir au droit un étalon *extra-subjectif* en vue d'évaluer la correspondance entre la réactivité de l'accusé et la réactivité normale attendue d'un individu moyen, effacer la distance qui sépare les deux reviendrait ni plus ni moins à confondre l'instrument de mesure avec ce qu'il est chargé de mesurer, c'est-à-dire à rendre toute mesure impossible. L'image du tamis peut encore ici s'avérer éclairante : si celui-ci en venait pour des raisons mystérieuses à s'identifier avec la farine qu'il était censé purifier, on perdrait évidemment tout moyen de séparer la bonne farine de ses grumeaux indésirables. Mais c'est là, précisément, que le bât blesse, car la défense de provocation se fonde tout entière sur la possibilité d'établir une distinction entre les excuses justifiées et les excuses injustifiées, entre les réactions légitimes et les réactions illégitimes, et que son recours au dispositif de la personne ordinaire a explicitement pour fonction d'empêcher à toute « personne querelleuse et inhabituellement excitable »¹⁰⁰ d'y recourir (sans pour autant nier que ces personnes puissent *réellement* perdre le contrôle d'elle-même et obéir au déterminisme irrésistible de leur passion). En somme, si la personne ordinaire se trouvait individualisée, c'est tout le moyen de défense que nous avons présenté jusqu'ici qui serait promis à l'effondrement, et avec lui toutes les raisons normatives qui ont présidé à son élaboration.

IV. L'indissoluble fonction normative du droit

On peut juger inique et même cruel que le droit se montre aussi peu sensible aux variations qui affectent les individus. On peut estimer scan-

⁹⁹ *Id.*, par. 33 : « Si toutes les caractéristiques de l'accusé sont prises en compte, la personne ordinaire devient l'accusé. »

¹⁰⁰ *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, 9, citée dans *Hill*, préc., note 60, par. 20.

daleux qu'une institution qui prétend incarner la justice refuse *a priori* de tenir compte des déterminismes involontaires qui font que certaines personnes ne vivent pas leur colère avec autant de diligence que la personne ordinaire. Le fait que tous les individus soient également astreints à une seule et unique norme de maîtrise de soi et que celle-ci s'impose « indépendamment de leurs traits de caractères distinctifs et de leurs diverses facultés à satisfaire à la norme »¹⁰¹ ne revient-il pas après tout à ordonner le respect d'une norme à des gens dont on admet pourtant leur incapacité à s'y conformer? Comment, en toute justice, le droit peut-il refuser d'atténuer le poids de la responsabilité d'un individu dont la réactivité excessive n'a rien d'une décision, et ce, au nom même d'une exigence de maîtrise qu'il lui dénie ouvertement? N'est-ce pas là l'injustice même : châtier sévèrement des hommes et des femmes qui étaient incapables de se comporter autrement, au nom d'une norme indifférente à leur vécu? Ne dit-on pas qu'à l'impossible, nul n'est tenu? En outre, n'est-il pas surprenant que ce qui se donnait au départ comme une concession faite à la fragilité humaine se renverse soudainement en une affirmation d'intransigeance redoublée pour les personnes qui n'ont pas les mêmes capacités que la personne ordinaire? Le principe de l'égle responsabilité de tous devant la loi est-il aussi louable qu'il n'y paraît s'il n'est au final qu'un instrument de déni des inégalités individuelles, une manière commode de justifier l'infliction d'une charge égale à des hommes qui n'ont pourtant pas du tout la même force pour la supporter?

Inspirés par ces différentes questions, d'aucuns n'ont évidemment pas manqué de reprocher au droit sa compassion à géométrie variable et de condamner comme arbitraire la frontière qu'il instaure entre les hommes dignes d'excuse et les hommes indignes d'excuse. Il vaut la peine à cet égard de citer le réquisitoire du Dr. Turner qui, quoiqu'ancien, n'a rien perdu de son actualité :

[...] if the reason for excusing the "normal" man is that his innate control mechanism has been paralysed by events, how can it be ethically proper to refuse the like benignity to a "subnormal" man when his innate control mechanism has been so paralysed; and thus to deal leniently with a man to

¹⁰¹ *Id.*, par. 66.

whom nature has been moderately unkind, while treating with ruthless severity the man to whom nature has been immoderately unkind?¹⁰²

Ultimement, ce genre de discours en appelle évidemment à l'abandon/individualisation de la personne ordinaire, dont l'objectivité est jugée *moralement* inacceptable. Plus récemment, dans un autre registre, on a avancé que les techniques d'imagerie cérébrales pourraient bientôt permettent d'éclairer les capacités mentales réelles des accusés, de manière à mieux définir les attentes que le droit peut raisonnablement nourrir à leur endroit¹⁰³. Dans le même sens, dans un article récent dont le but était notamment d'évaluer la pertinence éventuelle du gène MAOA-L au regard de la défense de provocation, Matthew L. Baum subordonne entièrement ses analyses à la possibilité que le standard objectif se trouve un jour subjectivé, possibilité qui le laisse en bout de ligne sceptique, mais dans laquelle il voit néanmoins un « impératif éthique »¹⁰⁴.

Nous ne souhaitons guère pour notre part nous prononcer sur la conformité des dispositifs juridiques à quelque vision du « bien » que ce soit et nous doutons fort au demeurant que nous serions capable de le faire tant le droit criminel est une institution qui, de par sa nature tragique, brouille sans cesse les repères entre le « bien » et le « mal » (ce qui se donne comme un bien d'un certain point de vue, disons celui des droits individuels, peut vite se montrer comme un mal d'un autre point de vue, disons celui de la sécurité publique ou de la dissuasion). Notre propos, de toute

¹⁰² Dr. TURNER, *Russel on Crime*, 12th ed., London, Stevens and sons Ltd., 1964, p. 535, cité dans A. J. ASHWORTH, préc., note 62, p. 311.

¹⁰³ Nicole A. VINCENT, « On the Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility », (2009) 4:1 *Criminal Law and Philosophy* 88, 94. Vincent apporte toutefois elle-même une nuance décisive à cette position, en rappelant que le droit criminel traite des questions de responsabilité avec des présupposés normatifs qui interdisent que les nouveaux savoirs neuroscientifiques viennent s'y appliquer sans le moindre filtre, comme si le droit attendait depuis toujours que des données plus précises lui permettent enfin de rendre ses catégories plus fidèles à la réalité psychologique des individus. Or il n'en est rien.

¹⁰⁴ Matthew L. BAUM, « The Monoamine Oxidase A (MAOA) Genetic Predisposition to Impulsive Violence. Is It Relevant to Criminal Trials? », (2013) 6:2 *Neuroethics* 287, 298. À au moins trois reprises, l'auteur conclut ses analyses par cette importante restriction : « if the reasonable man is subjectified » (p. 296 à 297 et 302) (ce qui équivaut à dire « si le droit n'était pas ce qu'il est, il serait autre chose »). Au final, toutefois, Baum juge plus probable que les données scientifiques interviennent surtout au niveau de la détermination de la peine (p. 9 à 10). À ce sujet, voir *supra*, note 65.

façon, se situe ailleurs. Notre but n'est pas de déplorer le fonctionnement effectif du droit criminel, d'en critiquer les finalités ou les incohérences, mais bien de mettre au jour les raisons *internes* qui le poussent non seulement à restreindre ainsi la défense provocation, mais aussi à tordre sémantiquement les notions qui en déterminent l'application (au premier chef celles de contrôle de soi et de personne ordinaire). Ce parti pris, que nous appellerions volontiers *compréhensif*, eu égard au droit criminel, à savoir le souci constant de nous tenir à distance de tout jugement moral, de toute sensiblerie face à ses manières de faire – y compris les plus questionnables –, nous paraît d'ailleurs un prérequis indispensable pour qui souhaite anticiper un tant soit peu l'incidence éventuelle des neurosciences sur cette institution. Nous dirions même que c'est précisément faute de s'être véritablement soumis à ce parti pris *compréhensif* que les positions que nous avons rapidement mentionnées précédemment, que ce soit à propos de l'abandon prochaine de la responsabilité criminelle¹⁰⁵ ou encore de la nécessité d'individualiser de la personne ordinaire, se méprennent sur le sens profond des catégories juridiques. Ces différentes positions, pour légitimes qu'elles soient en elles-mêmes, ne cherchent pas d'abord à comprendre le droit, mais bien à le juger au nom d'un idéal moral posé au départ. Partant, elles cherchent moins à saisir l'ambivalence des notions juridiques, à rendre compte des raisons qui font qu'elles oscillent constamment entre des plans de signification hétérogènes, qu'à pointer leur fausseté, leur inadéquation ou leur immoralité. Ce type de posture s'accompagne d'au moins deux grands périls (qui sont en vérité les deux faces d'un seul péril plus large qui est celui de l'*idéalisation*) : celui, d'une part, de sous-estimer les nécessités *impures* inhérentes à une institution comme le droit criminel, en cherchant inconsidérément à l'interpréter à l'aune d'un idéal de pureté morale par définition incompatible avec les « saletés » qui viennent naturellement avec les impératifs de la gestion du désordre social ; celui, d'autre part, de prendre ses désirs pour la réalité, c'est-à-dire d'être si attaché à une certaine vision de ce que le droit *devrait être* qu'on en oublie de prendre vraiment la mesure de *ce qu'il est*, au point de critiquer des notions dont on ne se rend pas compte qu'on les ampute de leurs dimensions les plus essentielles, c'est-à-dire de tout ce qui en elles risquerait d'ébranler l'idéal dont on est parti.

¹⁰⁵ Cf. *supra*, section I.

Plus largement, il nous paraît utile d'ajouter que la principale faiblesse de ce genre d'analyses, pour autant bien sûr que l'on prenne le parti de la compréhension et non de l'indignation, est qu'elles appliquent aux concepts du droit criminel une grille de lecture externe qui fait fi de leur contexte spécifique de sémantisation – entendre ici tout simplement le contexte qui leur donne sens – et risquent du même coup de tomber à tout moment dans ce que François Ost et Michel van de Kerchove appellent fort justement le « piège du surcodage »¹⁰⁶. Ainsi, par exemple, ceux qui prétendent que les neurosciences réfuteront la notion de responsabilité criminelle rabattent presque systématiquement celle-ci sur la notion de responsabilité morale. Certes, dans les deux cas, les questions posées se ressemblent, au point de paraître au premier coup d'œil interchangeables : « jusqu'à quel point un individu mérite-t-il d'être blâmé pour un acte ? », « quand une faute devrait-elle être excusée ou justifiée ? », « la possibilité d'avoir pu faire autrement constitue-t-elle un critère inconditionnel de la responsabilité, et si oui, en quel sens exactement faut-il comprendre cette expression ? », etc. Il est cependant un point sur lequel la notion de responsabilité criminelle diffère radicalement de la responsabilité telle qu'elle se trouve théorisée dans la philosophie morale : *son inscription dans la structure de l'État*¹⁰⁷. Ce point, décisif s'il en est, implique que sa signification ne prend pas forme dans le cadre d'un pur raisonnement *in abstracto*, exempt de toute conséquence pratique immédiate, libéré de toute nécessité décisionnelle, soumis à la seule rigueur de la logique et redevable envers le public restreint des seuls théoriciens, mais bien dans le cadre d'une entité socio-politique complexe travaillée par des finalités contradictoires qui occupe un rôle normatif *indissoluble* dans la vie des sociétés humaines. Or cette appartenance originaire de la responsabilité criminelle au cadre éta-

¹⁰⁶ Ce piège renvoie essentiellement au danger épistémologique qui consiste à dissoudre les problématiques d'une discipline au nom des problématiques d'une discipline étrangère. Le résultat est que les concepts de la discipline de destination se trouvent souvent confondus avec les concepts de la discipline (ou approche) de départ, au prix de déformations majeures (bien que la plupart du temps inconscientes). Voir : François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « Pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », (1982) 8 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2.

¹⁰⁷ Stephen P. GARVEY, « Canadian Scholars on Criminal Responsibility », (2015) 9 *Criminal Law and Philosophy* 351, 361, où Garvey commente lui-même cette question ; Denis KLIMCHUK, « Excuses and Excusing Conditions », dans François TANGUAY-RENAUD et James STRIBOPOULOS (dir.), *Rethinking Criminal Law Theory: New Canadian Perspectives in the Philosophy of Domestic, Transnational, and International Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 161 à 174.

tique n'est évidemment pas sans effet sur son contenu. Tout au contraire, c'est même certainement dans ce statut spécial que réside la source première des mouvements qui en bouleversent le sens, des impulsions qui en redessinent les frontières, au point que le droit se voit souvent contraint – malgré sa part relative d'autonomie par rapport à l'État – à soustraire la responsabilité criminelle aux réquisits de la cohérence conceptuelle et à en faire varier les critères d'application au gré des crimes, de leur gravité, de leur signification sociale dominante, de leurs retombées symboliques délétères, etc. Que l'on nous comprenne bien, nous ne prétendons évidemment pas ici que les différentes sources de distorsion que nous avons relevées soient tout à fait absentes de la réflexion philosophique sur la responsabilité morale¹⁰⁸, nous affirmons simplement que plusieurs de ceux qui réfléchissent *de l'extérieur* à l'incidence des neurosciences sur la notion de responsabilité criminelle ont tendance à en négliger la spécificité et à projeter sur elles des exigences (de vérité, de description, de cohérence) qui lui sont en partie étrangères et qui, par le fait même, ne peuvent que fausser leur diagnostic final.

Si nous avons souhaité dans cet article nous attarder surtout à la défense de provocation, c'est précisément parce que celle-ci constitue un poste d'observation privilégié pour voir à l'œuvre les enjeux normatifs considérables qui pèsent sur la notion de responsabilité en droit criminel. Le fait que ces enjeux se montrent particulièrement frappants dans ce moyen de défense, qui les pousse si nous osons dire jusqu'à leur quintessence, ne signifient évidemment pas qu'ils ne jouent aucun rôle dans les autres motifs exonératoires. Ils y jouent également un rôle considérable¹⁰⁹, mais nous dirions, pour reprendre une fameuse métaphore de Platon, que la défense de provocation permet de lire en grosses lettres ce qui est écrit en plus petites dans les autres moyens de défense¹¹⁰. En résumant tour à tour les principales considérations normatives qui poussent les juges à disjoindre

¹⁰⁸ Pour un exemple, extrêmement fécond, issu de la philosophie expérimentale, voir: Joshua KNOBE et John M. DORIS, « Responsibility », dans John M. DORIS (dir.), *The Moral Psychology Handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 321.

¹⁰⁹ En analysant le fonctionnement juridique effectif de la défense d'aliénation mentale, le juriste Benjamin L. Berger est d'ailleurs parvenu à des conclusions analogues aux nôtres. Cf. Benjamin L. BERGER, « Mental Disorder and Instability of Blame », dans François TANGUAY-RENAUD et James STRIBOPOULOS (dir.), *Rethinking Criminal Law Theory: New Canadian Perspectives in the Philosophy of Domestic, Transnational, and International Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 117 à 139.

¹¹⁰ Cf. PLATON, *La République*, Paris, GF-Flammarion, 2005, Livre II, 368d-e, p. 136-137.

la notion de responsabilité de toute référence aux états mentaux des accusés exclus de la défense de provocation pour cause de non-conformité au critère de la personne ordinaire, c'est donc précisément à la lecture de ces « grosses lettres » que nous nous livrerons à présent.

A. L'orientation utilitariste du raisonnement juridique

Une autre précision s'impose toutefois au préalable. Pour justifier le maintien du critère objectif en matière de contrôle de soi, les juges recourent à des arguments divers. Fait capital à noter, ces arguments ont tous en commun de s'appuyer sur des raisonnements de type utilitariste, c'est-à-dire sur des raisonnements qui subordonnent l'application des principes à une évaluation prospective de leurs conséquences, de leurs potentiels effets secondaires. Contrairement en effet à un raisonnement de type déontologique qui consisterait à poser au départ un principe – disons la nécessité que la responsabilité criminelle soit *en tout temps* liée à la possibilité d'un contrôle de soi *effectif* de la part des accusés – et à rendre son respect obligatoire en toutes circonstances, *quelles qu'en soient les conséquences*, le raisonnement utilitariste se montre enclin à suspendre l'application trop cohérente d'un tel principe s'il estime que des répercussions négatives risqueraient d'en résulter pour l'ordre public. Les raisonnements que nous allons restituer montrent en effet à quel point la visée descriptive de la notion de responsabilité (qui devrait en principe la rendre indissociable de certaines capacités subjectives) n'est en aucune manière sacralisée par le droit criminel, ce dernier étant même prêt à la sacrifier lorsqu'il juge que la subjectivation totale de la personne ordinaire aurait des retombées incompatibles avec les finalités sécuritaires et normatives du système pénal. Pour bien comprendre cette distinction entre raisonnement utilitariste et raisonnement déontologique, il convient de rappeler que le slogan emblématique du raisonnement déontologique, repris notamment par Kant¹¹¹, soutient que la justice doit être faite, même si le monde doit pour ce faire en périr (*fiat justitia, et pereat mundus*). Or comme nous le verrons dans les raisonnements qui suivent, dès lors que le droit se trouve aux prises avec des actes de violence brutale et meurtrière, le calcul des conséquences l'emporte résolument sur un tel serment d'inconditionnalité,

¹¹¹ Nous laissons de côté ici l'interprétation particulière que propose Kant de ce slogan. Cf. Emmanuel KANT, *Vers la paix perpétuelle*, Paris, GF-Flammarion, 2006, Supplément I.

dont la lettre se situe même aux antipodes de l'esprit du droit criminel, tant celui-ci vise en priorité à la *reproduction* du monde social et de ses interdits. Car si la rhétorique des juges peut certes parfois donner à penser que le droit s'appuie sur des principes intangibles, il ne faut pas s'y laisser prendre. Il suffit d'arpenter les frontières de certains moyens de défense pour constater comment le raisonnement juridique se donne les moyens de réduire la portée de certains principes aussitôt que les nécessités supérieures de la sécurité publique et de l'ordre social reviennent à l'avant-plan (c'est du reste précisément à ce moment qu'un dispositif comme celui de la personne ordinaire vient en aide au droit, pour lui permettre de *légitimer* la limitation ou l'amputation des principes). Aucune formule ne traduit probablement mieux cette tension constante qui traverse le droit criminel entre les principes de justices et la nécessité de les restreindre au nom de l'ordre social que cette réplique tranchante adressée un jour à l'avocat d'un appelant par le lord anglais Simon de Glaisdale: « It is all right to say "Let justice be done though heavens fall". But you ask us to say, "Let logic be done even though public order be threatened", which is something very different »¹¹². En somme, si l'application cohérente des principes est certes un objectif valorisé en droit, elle n'en reste pas moins assujettie à *une autre logique qui a ses propres critères de cohérence*, celle de l'ordre public¹¹³.

B. La nécessaire hiérarchisation des réactions meurtrières

Venons-en donc enfin à dégager un premier argument utilisé par les juges pour justifier le fait que les accusés dont les capacités de contrôle sont réduites soient par avance exclus de la défense de provocation, et ce,

¹¹² *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1976] 2 All. E.R. 142, 167 et 168. Le passage est repris par le juge Pigeon dans *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, 52.

¹¹³ Nous ne soutenons évidemment pas ici que le droit est prêt à se dédire à tout moment au nom de l'ordre public ou encore à appliquer ses principes de manière arbitraire et chaotique mais, plus subtilement, qu'il lui est toujours loisible de trouver des procédés argumentatifs obliques – tels la personne ordinaire – afin de justifier l'atténuation ou l'abandon de certains principes dont l'application rigoureuse, d'un point de vue strictement logique, aurait eu des implications incompatibles avec des considérations plus larges de politique publique. Le droit, en ce sens, peut très bien *justifier de manière cohérente son incohérence*. De même, ce qui peut être incohérent d'un point de vue principiel peut s'avérer cohérent lorsqu'on tient compte des autres finalités de l'édifice pénal. Ce qu'on appelle « cohérence » dépend ainsi en grande partie du point de vue qu'on adopte pour se prononcer à son sujet.

même s'il est tout à fait vraisemblable qu'ils se soient réellement sentis provoqués et qu'ils aient véritablement perdu le contrôle d'eux-mêmes au moment d'assassiner leur victime. On peut résumer cet argument de la manière suivante : si le droit accordait la même compassion à ceux qui réagissent violemment aux provocations les plus dérisoires qu'à ceux qui ont un contrôle de soi ordinaire, il instaurerait un régime de sanction qui, *de facto*, avantagerait les personnes les plus réactives de la société. Plus une personne en effet aurait un tempérament colérique, une sensibilité paranoïaque, une tendance à recourir à la violence contre toute situation *perçue* comme humiliante, plus ses chances de tuer dans un état de perte de contrôle de soi seraient grandes et, partant, plus ses chances de bénéficier d'une accusation réduite augmenteraient. Or le droit estime qu'il y aurait une « injustice »¹¹⁴ dans le fait qu'un individu puisse profiter de son irascibilité déréglée pour s'exonérer d'actes de violence extrême commis en réaction à des conduites que tous ou presque percevraient comme vénielles, voire même ridiculement banales. En ne faisant aucune discrimination parmi les bénéficiaires de sa compassion et en abolissant toute norme de contrôle de soi, le droit avaliserait ni plus ni moins une société dans laquelle, par exemple, les hommes les plus jaloux et les plus possessifs d'entre tous jouiraient d'une sorte de « privilège » pénal par rapport aux hommes au tempérament ordinaire, pour qui les situations potentielles de provocation sont par définition plus rares et qui dès lors se verraient imposer un fardeau de preuve plus grand pour obtenir une réduction de responsabilité. Comme le rappelait à cet égard le juge Dickson, dans l'arrêt *Hill*, si le droit ne hiérarchisait pas les comportements violents en fonction d'un critère quelconque permettant de sélectionner les réactions légitimes et de discréditer les réactions illégitimes, les résultats qui en découleraient risqueraient d'être pour le moins incongrues :

Une personne raisonnable de caractère égal ne serait pas susceptible de profiter de la défense de provocation et serait coupable [...] de meurtre, tandis que la culpabilité d'une personne querelleuse ou exceptionnellement excitable serait réduite par la provocation et elle ne serait coupable que d'homicide involontaire coupable.¹¹⁵

Chose importante à souligner, le juge Dickson n'affirme pas ici que les personnes « querelleuses ou exceptionnellement excitables » le seraient en

¹¹⁴ *Camplin*, préc., note 93, 726 ; *Hill*, préc., note 60, par. 17.

¹¹⁵ *Id.*, par. 18.

vertu d'un libre choix de leur volonté. Il se contente de constater que certaines personnes se contrôlent moins facilement que d'autres, sans présumer d'aucune façon que celles-ci auraient en eux le pouvoir de devenir « raisonnables » ou « ordinaires » du jour au lendemain. En d'autres termes, le droit ne nie pas l'existence d'un déterminisme causal à l'œuvre à l'échelle des tempéraments, et la ligne qu'il trace ne provient nullement d'une distinction entre les hommes libres et les hommes déterminés, mais bien d'une distinction toute extérieure et normative, c'est-à-dire *non empirique*, entre les comportements socialement légitimes et les réactions inadmissibles. Dans un tel cadre, le fait que les neurosciences puissent mettre au jour les mécanismes qui sous-tendent, à l'échelle cérébrale, les explosions de colère violente ou l'impulsivité, ne saurait en aucun cas ruiner les conditions de l'imputabilité pénale. Du point de vue de la nécessité purement normative d'établir une hiérarchie entre les réactions selon leur degré de *légitimité*, en effet, l'apport des neurosciences ne peut qu'être nul. Car si le droit, pour des raisons de hiérarchisation, admettait déjà la possibilité de maintenir entière la responsabilité de personnes dont il reconnaissait pourtant l'absence de contrôle au niveau comportemental, pourquoi aurait-il plus de scrupules à maintenir entière la responsabilité d'un homme qui aurait des anomalies fonctionnelles ou structurelles au niveau cérébral de nature à expliquer sa susceptibilité outrancière¹¹⁶ ? Pourquoi une explication causale qui ne fait *in fine* que traduire dans le langage de la neurobiologie ce que le droit criminel formulait déjà dans le langage du tempérament et du caractère deviendrait-elle soudainement exonératoire¹¹⁷ ? Il serait pour le moins curieux que le déterminisme causal que la défense de provocation « digérait » jusqu'alors sans problème dans les mots de la psychologie populaire (en parlant notamment de caractère

¹¹⁶ Nous laissons de côté ici le cas d'une personne qui, en raison de telles anomalies, aurait un trouble mental majeur (voir *supra*, note 15). Il faut imaginer ici des personnes qui auraient le genre de dysfonctionnements que nous avons évoqués dans la section II, sans que cela n'ait la moindre incidence sur leur rationalité et leur aptitude à comprendre les normes légales. Des personnes, en d'autres termes, qui ne se distingueraient pas de tout un chacun en termes de santé mentale, mais qui seraient susceptibles de révéler un degré anormal de réactivité lorsque placées dans certaines situations spécifiques.

¹¹⁷ Comme le rappelle N. A. VINCENT, préc., note 103, p. 91 : nous n'avons pas besoin des neurosciences pour nous dire qu'une personne colérique est colérique, « since we already have ample *behavioural* evidence of his hot temper, and this has prompted the complaint that neuroscience doesn't really seem to add anything new which we didn't already know. » Vincent se réfère ici à S. MORSE, préc., note 64, p. 48.

irascible¹¹⁸) se montre indigeste aussitôt qu'il se pare des mots de la science (en parlant par exemple d'un déficit du système sérotoninergique). Si c'est l'impératif normatif de la hiérarchisation des réactions violentes qui justifie le maintien du critère objectif, alors la variante du déterminisme n'importe pas; la question ne se tranche pas sur le terrain descriptif de la causalité, mais sur le terrain normatif de la légitimité.

C. La diffusion de standards de conduite : une responsabilité *terminus ad quem*

Un autre argument majeur mobilisé par les juges à l'encontre de ceux qui voudraient voir la personne ordinaire entièrement subjectivée consiste à dire que le droit est, de par la fonction sociale architectonique qu'il remplit, contraint de diffuser des standards de conduite, c'est-à-dire d'établir des *limites* au-delà desquelles les comportements humains deviennent inexcusables, et ce, sans égard pour les capacités réelles des individus à les éviter. Comme l'écrit en ce sens la juge Charron dans l'arrêt *Tran* : « l'approche individualisée fait abstraction d'un principe fondamental : le droit criminel s'attache à l'établissement de normes de comportement »¹¹⁹. Par cette remarque, tout se passe comme si la juge Charron répondait directement à ceux qui considèrent injuste le fait que le droit reste de marbre devant les individus qui s'écartent de la norme ordinaire de maîtrise de soi. On pourrait retraduire ce passage de la manière suivante : « oui, sans doute y a-t-il dans cette fermeture une certaine froideur, une certaine âpreté de la loi, mais vous oubliez que le droit a aussi *d'autres finalités* et que la justice ne réside pas dans la satisfaction inconditionnelle d'une seule d'entre elles (le reflet des capacités subjectives réelles des accusés), mais plutôt dans la mise en équilibre *déchirante* de ces diverses finalités, au prix parfois de certains compromis, voire de certains sacrifices doulou-

¹¹⁸ Rappelons que l'idée même de caractère constitue par définition une concession faite à la nécessité, c'est-à-dire au poids des contraintes internes qui, chez une personne, conditionnent ses actions et les rendent relativement prévisibles (le sens commun utilise d'ailleurs des formules qui vont dans ce sens : « venant de lui, cela ne surprend pas », « c'est un geste qui lui ressemble », « on le reconnaît parfaitement dans cette action »). Voir à ce sujet les fameux développements de David Hume, qui fait de la nécessité, et non de la liberté, la condition de l'imputabilité. David HUME, *A Treatise of Human Nature*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000 Livre II, Partie III, sections 1 et 2.

¹¹⁹ *Tran*, préc., note 3, par. 34.

reux.» Quelles sont au juste les finalités qui entrent en conflit dans la défense de provocation? On l'a vu amplement au fil de ce qui précède. Il s'agit, d'une part, de la nécessité de reconnaître la faiblesse humaine et, d'autre part, de la nécessité de ne pas tolérer « les actes de violence socialement inacceptables »¹²⁰. La personne ordinaire, pourrait-on dire, intervient à l'instar d'une « balance » sur laquelle le droit déposerait ces deux nécessités afin de trouver l'équilibre qui permettra de rendre justice à l'imperfection humaine tout en disqualifiant sans réserve les comportements trop nocifs pour l'ordre public. C'est du reste exactement à cette balance que fait allusion le juge Cory lorsqu'il se porte à la défense de la personne ordinaire dans l'arrêt *Thibert*: « le volet objectif doit être vu comme une tentative de *soupeser*, d'une part, les faiblesses très humaines qui conduisent parfois les gens à agir de façon irrationnelle et impulsive et, d'autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant les actes de violence meurtrière »¹²¹.

On peut se demander ici en quoi peut bien consister cette volonté de décourager les actes de violence meurtrière si le droit admet par ailleurs que plusieurs de ceux qui se verront interdit l'accès à la défense de provocation ont de toute façon perdu le contrôle d'eux-mêmes au moment de commettre leur crime. Comment, en effet, le découragement pourrait-il opérer sur des gens qui ne raisonnent plus, ne calculent plus, ne délibèrent plus, mais agissent au contraire comme des automates propulsés par le seul combustible de leur colère? Sans nier le fait que les signaux normatifs du droit puissent exercer des effets dissuasifs sur certains individus, même les plus colériques, le projet de « décourager » doit principalement s'entendre ici du point de vue de l'instance de légitimation sociale que constitue le droit: ce dernier doit veiller en permanence à ce que sa façon de qualifier certains actes, c'est-à-dire le langage qu'il emploie pour blâmer les criminels et traduire leurs gestes dans les termes d'une accusation, n'encourage pas certains comportements commis par certains individus dans certains contextes, non pas en ce sens qu'il risquerait de les encourager positivement (à la façon d'une exhortation ou d'une injonction à faire quelque chose), mais en ce sens qu'il risquerait tout au moins de leur conférer une forme de légitimité, de reconnaissance sociale, en leur accordant le privilège d'une accusation réduite (c'est toute la question de la justification partielle apportée par la défense de provocation qui est ici en

¹²⁰ R. c. Cairney, [2013] 3 R.C.S. 420, par. 37.

¹²¹ *Thibert*, préc., note 96, par. 4 (nos italiques).

jeu). D'où l'on voit que le droit criminel hérite d'un rôle fondamental, dont la portée est évidemment considérable pour la reproduction des sociétés humaines: celui de maintenir les interdits, de soutenir les comportements raisonnables (compatibles avec les normes sociales en vigueur) et d'encourager, autant que faire se peut, l'adoption de solutions non violentes aux conflits. C'est le droit qui fixe la barre au-delà de laquelle une conduite devient inacceptable et le fait de fixer cette barre constitue en lui-même une approbation au moins partielle des comportements qui s'y conforment et, *a contrario*, une réprobation des actes qui s'en écartent.

Dans le cas particulier de la défense de provocation, la diffusion de standards de conduite en matière de réactivité violente est consubstantielle à la norme de la personne ordinaire. Sans cette dernière, le droit perdrait ni plus ni moins sa fonction de boussole normative, d'étalon comportemental, et les justiciables n'auraient plus de guide institutionnel pour repérer les lignes que leurs actes ne peuvent franchir sous aucun prétexte. Les conduites ne seraient plus normées de l'extérieur par le droit, c'est-à-dire ne seraient plus bornées en fonction de standards normatifs cristallisés institutionnellement, et les réactions violentes basculeraient dans l'indifférenciation, au sens où elles donneraient toutes indistinctement accès à la défense de provocation, sans qu'aucun critère ne permette plus de trancher entre les réactions jugées excessives et les réactions malgré tout légitimées du point de vue du seuil de tolérance présumée de la personne ordinaire.

Il n'est pas étonnant en ce sens qu'il se soit trouvé des auteurs féministes pour s'inquiéter d'une éventuelle subjectivation de la personne ordinaire, pour la bonne raison que cela reviendrait à abolir les standards de conduite qui autorisaient jusqu'alors le droit à exclure l'irascibilité morbide, la possessivité sexuelle malade ou encore la jalousie obsessionnelle de certains hommes susceptibles d'être violents envers les femmes, des facteurs *juridiquement* recevables pour expliquer une perte de contrôle de soi alléguée¹²². Les données neuroscientifiques citées précédemment au sujet d'hommes qui s'étaient rendus coupables de violence conjugale et qui présentaient des anomalies physiologiques de nature à expliquer leur

¹²² Mandy BURTON, « Intimate Homicide and the Provocation Defence – Endangering Women? »; R. v. Smith », (2001) 9 *Feminist Legal Studies* 247. Le fait que des données ne soient pas recevables juridiquement n'entraîne toutefois pas qu'elles ne puissent pas l'être scientifiquement.

susceptibilité anormale ne sauraient à cet égard conduire à la refonte des catégories juridiques existantes. Certes, si le droit avait d'abord une vocation descriptive et si la responsabilité avait d'abord pour tâche de refléter les capacités mentales réelles des individus qu'elle qualifie, de telles données auraient des implications inévitables et la défense de provocation serait un jour ou l'autre condamnée à s'ouvrir aux hommes violents qui, par exemple, dans un excès de colère provoqué (ne fût-ce que par un comportement relativement banal et courant, telle l'annonce d'une rupture amoureuse), en serait venus à tuer leur conjointe.

Or le fait que la défense de provocation soit entièrement fondée sur des soubassements normatifs, qui la rend intimement solidaire d'une double nécessité extra-descriptive, à savoir celles, complémentaires, d'« encourage[r] les comportements raisonnables et responsables »¹²³ et de « fixer le degré de maîtrise de soi et de modération qu'on attend de chacun en société »¹²⁴, suffit pour comprendre que le droit n'est pas près de laisser entrer en son sein les neurosciences comme on laisserait entrer un loup dans une bergerie. Du reste, on aurait tort de penser que cette réticence à intégrer les données des neurosciences procède d'un obscurantisme quelconque du droit, ou encore d'une méfiance têtue vis-à-vis de savoirs jugés incompatibles avec la croyance idéologique en un contrôle absolu de l'homme sur ses actions. Beaucoup plus pragmatiquement, cette réticence vient plutôt du fait que le droit criminel n'a pas d'abord pour vocation de se calquer autant que possible sur le monde humain afin d'en épouser la vérité intime (ce qui est *grosso modo* le projet de la science), mais bien celle de *mettre en forme ce monde* en le soumettant aux normes qu'une société, à une époque donnée, en est venue à reconnaître comme siennes (il n'est certes pas interdit de questionner ces normes, d'en critiquer les formes particulières, mais en nier l'importance centrale et structurante reviendrait à nier l'essence même du droit). Un droit qui aurait pour fonction de rendre *systématiquement* compte dans ses catégories de la réalité *telle qu'elle est* ne serait plus du droit, mais le miroir tautologique d'une société sans droit, privée du cadre normatif vital qui lui dit *ce qu'elle doit être et ce qu'elle ne doit pas être*.

Le juge Dickson, dans l'arrêt *Hill*, a parfaitement rappelé la finalité normative qui préside à la définition de la défense de provocation : « nous

¹²³ *Hill*, préc., note 60, par. 46.

¹²⁴ *Thibert*, préc., note 96, par. 14.

cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d'actes raisonnables»¹²⁵. Il faut insister ici un instant sur l'usage qui est fait du mot « responsabilité » dans cette phrase, qui évoque la formule précitée de l'arrêt *Thibert* où il était fait mention de « comportements responsables »¹²⁶. La responsabilité, dans ce contexte, n'est nullement comprise comme fondement subjectif de l'imputabilité (à la façon d'une capacité effective d'autocontrôle), comme une donnée psychologique à examiner, mais bien comme un but à atteindre, comme un objectif indirect de la qualification juridique (conditionner des actes responsables). Un tel usage rappelle toute l'élasticité sémantique de la notion de responsabilité, le droit pouvant passer lorsqu'il le juge nécessaire d'une responsabilité conçue comme *terminus a quo*, c'est-à-dire comme point de départ subjectif de la sanction, à une responsabilité conçue comme *terminus ad quem*, c'est-à-dire comme horizon, destination, point d'arrivée, de la sanction pénale (en d'autres termes, la responsabilité n'est plus à comprendre comme un point de départ statique, comme un état psychologique à décrire, mais comme un *processus social de responsabilisation* dans lequel le droit joue un rôle primordial). La nécessité de diffuser des standards de conduite s'accompagne ainsi d'un déplacement sémantique de la notion de responsabilité, qui rompt avec toute visée proprement référentielle concernant la condition mentale passée d'un criminel pour se tourner plutôt vers une mission de façonnage des comportements futurs, sa fonction étant de rappeler aux individus les conduites « responsables » à adopter s'ils ne veulent pas rencontrer sur leur chemin l'intransigeance du droit.

Dans cette perspective, la responsabilité recouvre exactement le même sens que lorsque des parents disent à leurs enfants de « se comporter d'une manière responsable » à l'occasion de telle ou telle sortie en famille. Lorsque des parents s'expriment de la sorte, ils ne se réfèrent évidemment pas au libre arbitre de leurs enfants, ni d'ailleurs aux capacités mentales qui se logeraient quelque part dans leur for intérieur et qui leur permettraient, à l'instar du sujet pratique kantien, de rompre avec la causalité de toute détermination hormis celle de leur seule volonté. En vérité, ces parents ne font que *communiquer* la manière dont leurs enfants *devront* se comporter s'ils ne veulent pas décevoir leurs *attentes*. Ils nomment ainsi « responsable » la conduite la plus conforme à leurs exigences et « irres-

¹²⁵ Hill, préc., note 60, par. 18.

¹²⁶ Thibert, préc., note 96, par. 14.

ponsable» la conduite qui se révèle la moins adaptée au regard de ces mêmes exigences, conduite irresponsable qui, le cas échéant, s'accompagnera d'un blâme, si ce n'est d'une punition (lorsque des parents disent à leurs enfants qu'ils n'ont pas été responsables en raison de tel ou tel mauvais coup, ils ne se réfèrent pas à une quelconque faculté d'autodétermination manquante, mais à des gestes qui ont dérogé aux règles établies au préalable). De la même façon, lorsque le droit diffuse des standards de conduite et cherche à valoriser les comportements responsables en maintenant certains critères objectifs dans l'évaluation des personnes provoquées, il s'appuie moins sur une conception de l'être humain comme agent autonome, qui se fixerait à lui-même sa propre loi, que sur une vision hétéronome de l'individu compris comme destinataire relativement influençable de normes qui lui viennent de l'extérieur et qui, en étant assorties d'une promesse de sanction, sont susceptibles de l'orienter à agir de telle manière plutôt que de telle autre. En somme, ce n'est pas dans ce contexte une quelconque sacralisation de la liberté qui est au principe de la responsabilité, mais l'intuition que l'homme est un animal malléable sensible aux signaux normatifs que le droit diffuse à son intention.

D. Le renforcement symbolique des normes

Le dernier argument que nous invoquerons ici est fortement lié au précédent, bien qu'il s'en détache quelque peu par son insistance sur la dimension symbolique de la normativité juridique. Par symbolique, il faut entendre ici le fait que les normes n'ont pas seulement une vocation instrumentale, en ce sens que leur importance ne se mesure pas seulement à l'aune de leurs retombées pratiques instantanées¹²⁷. La diffusion de standards de conduite, à cet égard, ne doit pas être comprise comme une entreprise dont l'efficacité devrait se traduire en données immédiatement chiffrables, aussitôt convertibles en graphiques ou en tableaux statistiques (indiquant le nombre de conduites dissuadées, le nombre de personnes qui ont adopté le bon comportement telle année en regard de telle autre, etc.). En agissant tel un filtre placé à l'entrée de la défense de provocation, le critère de la personne ordinaire remplit un rôle souterrain dont les

¹²⁷ Michel VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009, p. 270. Voir aussi : Alessandro BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », (1991) XV :1 *Déviance et société* 1.

effets, moins tangibles et plus diffus, concernent la valorisation des représentations dominantes de la société (ou de ses élites), la promotion publique des jugements de valeur qui structurent (ou devraient structurer) la conscience collective, l'expression d'une certaine sensibilité, d'un certain seuil de tolérance, voire d'une certaine vision historiquement située du bien et du mal qui cherche, à travers l'ordre symbolique du droit, à asseoir le respect de certains principes (même si leur obéissance n'est pas complète et ne le sera jamais). Le critère de la personne ordinaire permet, pour le dire avec Émile Durkheim, de manifester à l'encontre des comportements qui s'en écartent une « aversion »¹²⁸ de la conscience commune, voire encore d'exprimer le ressentiment, l'indignation et la réprobation qu'inspirent certaines réactions de violence injustifiables, ce que Joel Feinberg appelait précisément la fonction *expressive* de la punition¹²⁹. Je n'entrerai pas ici dans les détails, mais il importe surtout de souligner que le renforcement symbolique de certaines normes auquel contribue le critère de la personne ordinaire montre bien que les objectifs du droit criminel ne se focalisent pas tous en priorité sur le délinquant (et sur son vécu psychologique), mais peuvent aussi concerner les citoyens dans leur ensemble, et plus largement la constellation des normes dans laquelle ceux-ci se meuvent et dont le droit est voué à se porter l'indispensable garant¹³⁰.

Dans le cas, par exemple, où un accusé allèguerait que le fait d'avoir appris que sa femme entretenait une relation extra-conjugale avec son voisin constituait à ses yeux une provocation en bonne et due forme, et ce, en raison notamment d'anomalies observées dans les connexions entre son amygdale et son cortex préfrontal, le droit se trouverait devant le dilemme suivant¹³¹ : ou bien il individualise la norme objective au point de la faire disparaître, ou bien il refuse de la modifier au nom des effets secondaires indésirables qu'une telle modification risquerait d'entraîner d'un point de

¹²⁸ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 1973, p. 77.

¹²⁹ Joel FEINBERG, « The Expressive Function of Punishment », dans Joel FEINBERG (dir.), *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton/London, Princeton University Press, 1970, p. 98.

¹³⁰ C'est là aussi ce que Brodeur appelait la fonction de « contre-impunité » de la sanction pénale. Cf. Jean-Paul BRODEUR, « Sanction pénale et contre-impunité. Un nouvel objectif de la peine », (2005) 7:127 *Informations sociales* 122.

¹³¹ En faisant bien sûr abstraction du fait que l'article 232 exclut désormais *a priori* tout ce qui concerne la vie conjugale comme facteur d'atténuation possible, compte tenu de l'évolution des mœurs. Cf. *supra*, note 46.

vue symbolique, surtout à une époque où l'honneur masculin ne figure plus au rang des valeurs intouchables et que la lutte contre la violence faite aux femmes constitue un objectif prioritaire des politiques publiques. Confronté à un tel dilemme, c'est sans contredit l'intégrité de la norme qui aurait raison de toute perspective d'individualisation, le droit redoutant dans des cas semblables que le fait de rendre justice aux idiosyncrasies de l'accusé ne crée « un précédent dangereux », en propageant par exemple le message selon lequel un homme peut se sentir partiellement autorisé à croire qu'il a sur sa conjointe un « droit de propriété le justifiant de perdre [...] le pouvoir de se maîtriser »¹³², ce qui va évidemment à l'encontre de la vision sociale (et juridique) dominante eu égard à l'égalité inaliénable entre les hommes et les femmes. D'où l'on voit qu'entre la nécessité de reproduire la norme symboliquement, d'en affirmer l'autorité pérenne et non négociable, et la nécessité de se soumettre coûte que coûte aux particularités subjectives de l'accusé, le droit peut pencher nettement en faveur de la première, surtout dans les cas d'homicides violents qui, en heurtant brutalement les normes, fournissent en même temps l'occasion de les réactiver, de les solidifier et d'en attester aux yeux de tous la valeur inentamable.

Ces brèves remarques sur le renforcement symbolique des normes nous invitent à introduire un éclaircissement au sujet de la notion de personne ordinaire. Alors que le lecteur pourrait croire à la lumière de ce qui précède que l'adjectif « ordinaire » évoque l'ancrage descriptif d'une notion à haute teneur normative, en ce sens que la notion de personne ordinaire, bien que coupée de la condition mentale de l'accusé qu'elle sert à exclure, serait malgré tout la traduction juridique fidèle des comportements les plus fréquemment observés dans la société, voire la cristallisation notionnelle d'une simple moyenne statistique, où l'ordinaire équivaldrait au plus récurrent et l'extraordinaire au plus rare, il importe de nuancer considérablement cette vision. En réalité, aussi paradoxal que cela puisse paraître, il n'y a pas d'identité nécessaire du point de vue du droit entre l'ordinaire et le plus courant, entre le normal et le plus répandu. Si la catégorie de personne ordinaire peut certes donner l'impression de traduire une normalité réelle dans la plupart des cas, c'est-à-dire à chaque

¹³² Thibert, préc., note 96, par. 65. Voir aussi : R. c. Young, (1993) 78 C.C.C. (3d) 538, 542. Ici encore la traduction dans le langage des neurotransmetteurs et des connexions neuronales de ce que le droit reconnaissait déjà comme fragilité émotive ne saurait rien changer de substantiel aux finalités de l'ordre juridique, dont les justifications demeurent inchangées.

fois que la sphère d'acceptabilité des comportements reflète *grosso modo* les valeurs les plus massivement intériorisées chez la majorité des citoyens, il peut se trouver des cas où le critère de la personne ordinaire n'est pas tant à comprendre comme la moyenne des comportements couramment constatés que « comme le modèle de comportement souhaité¹³³ », pour reprendre la distinction lumineuse de Danièle Lochak. Du reste, il faut dire que la catégorie de personne ordinaire n'est jamais tout à fait exempte d'éléments normatifs, quand bien même elle viendrait se greffer sur une normalité préexistante, quand bien même elle semblerait retranscrire sans le moindre décalage les valeurs les mieux admises d'un groupe humain donné.

Cette normativité intrinsèque de la notion de personne ordinaire apparaît d'autant plus clairement lorsqu'on songe aux diverses sous-cultures hétérogènes qui composent toute société. Pensons seulement aux disparités de valeurs et de mentalités considérables qui peuvent parfois séparer les campagnes des grandes métropoles, et au fait que le seuil de tolérance de la personne ordinaire (au sens descriptif) d'un petit village lointain et agricole ne sera pas nécessairement conforme à la notion proprement juridique de personne ordinaire (au sens normatif), issue de la majorité urbaine¹³⁴. Or la personne ordinaire qui s'impose juridiquement à la collectivité ne s'impose évidemment pas de manière asymétrique ou irrégulière; pas plus qu'elle ne s'individualise, elle ne saurait se régionaliser. Son imposition par le droit se veut uniforme, invariable d'un territoire à l'autre, inflexible d'une communauté à l'autre, sans égard pour les dissemblances multiples que révéleraient à coup sûr la loupe des sciences sociales. En outre, et c'est là une restriction qui n'est pas négligeable, son contenu se trouve en tout temps soumis aux principes d'égalité consacrés par la *Charte*, ce qui rappelle une fois de plus que le droit n'entretient pas avec la réalité un rapport de contemplation désintéressée, d'imitation scrupuleuse, où il s'agirait simplement pour lui d'accueillir la réalité telle qu'elle est sans se soucier de ses répercussions délétères dans le monde social, mais *sélectionne* au contraire ce qui lui parvient de la réalité en fonction d'autres considérations, parmi lesquelles figurent l'anticipation des effets symboliques de légitimation que

¹³³ Danièle LOCHAK, « Le droit : du normatif à la normalisation », dans André JARRY (dir.), *Le sujet et la loi*, Toulouse, Érès, 1988, p. 23, à la page 28.

¹³⁴ Et nous laissons de côté ici les différences tout aussi majeures qui peuvent se faire jour, dans un pays comme le Canada, entre les sous-cultures de villes géographiquement éloignées telles qu'Edmonton et Montréal.

tel ou tel traitement du réel risquerait d'engendrer. Ainsi, quoiqu'un jury puisse très bien, dans un lieu géographique quelconque situé en marge du processus d'unification normative de la société, éprouver une empathie pour un homme qui se serait senti provoqué en raison de ses préjugés homophobes, l'obligation de compatibilité de la personne ordinaire avec les principes d'égalité consacrés par la *Charte* forcerait néanmoins le jury à *ignorer* l'homophobie de l'accusé, aussi profonds qu'aient pu en être les ressorts chez ce dernier, pour autant qu'un tel attribut contrevient notoirement auxdits principes¹³⁵. En d'autres termes, la personne ordinaire *n'est pas*, par définition, homophobe, quelle que fût la conception de l'« ordinaire » qui prévaut chez la majorité des membres d'une sous-culture donnée¹³⁶.

E. Le cas éloquent du déterminisme culturel

Au vu de cette sélectivité de la notion de personne ordinaire, on voit combien le travail de la norme juridique n'est pas à comprendre comme un mécanisme qui limiterait son champ d'application au seul coupable, qui se contenterait de sanctionner sa transgression après avoir cherché à se coller au plus près de sa subjectivité personnelle, à rendre compte avec exactitude de ses troubles et de ses névroses, de ses carences et de ses préjugés, comme s'il s'agissait de juger un homme pour lui-même indépendamment de tout contexte social élargi, dans la confidentialité d'un tribunal qui serait en quelque sorte soustrait à l'attention du public. Or d'une manière beaucoup plus profonde, et peut-être aussi beaucoup plus subreptice, la norme juridique se trouve constamment soupesée à l'aune de la résonnance qui sera la sienne *au-delà de l'individu* auquel elle s'applique, et cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de fixer les contours d'un moyen de défense. Le fait est que la norme participe indirectement à « une imprégnation diffuse », à une « inculcation inconsciente »¹³⁷ du corps social tout entier, qu'elle infuse ce dernier, sur le temps long, dans une certaine vision du tolérable et du condamnable, de l'excusable et du répréhensible. Si cette vision n'est certes pas produite *ex nihilo* et qu'elle

¹³⁵ H. PARENT, préc., note 89, chap. 9.

¹³⁶ Tran, préc., note 3, par. 34 : « la notion de personne ordinaire doit être circonscrite en fonction des normes de comportement actuelles, y compris les valeurs fondamentales comme la recherche de l'égalité consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. »

¹³⁷ Danièle LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation », dans Jacques CHEVALIER (dir.), *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 59.

s'enracine dans la société elle-même, il n'en demeure pas moins qu'on aurait tort de la voir comme un pur doublet du monde social. Le droit n'a pas seulement pour vocation de redoubler la réalité, nous l'avons assez dit, il a aussi pour but de la redresser, de la transformer, de la faire évoluer ; il se veut l'indice de certains comportements valorisés en même temps que l'étalon des comportements dignes de valorisation. Ce rapport entre description et prescription est inextricable du point de vue du droit et il faudrait méconnaître profondément sa fonction structurante pour vouloir le purger de cette ambivalence fondamentale, comme le souhaitent ceux qui, au nom de la science, c'est-à-dire au nom d'un régime de vérité qui n'est pas celui du droit, regrettent que les catégories juridiques ne soient pas strictement descriptives.

Nous voudrions avant de conclure cet article évoquer brièvement le cas du déterminisme culturel dans son rapport avec la défense de provocation. Ce cas est particulièrement intéressant en ce qu'il montre avec clarté comment le droit peut se fermer à certaines causes, non encore une fois parce qu'il en conteste la validité, mais parce qu'il craint que leur reconnaissance juridique s'avère incompatible avec certaines finalités normatives encapsulées dans la notion de personne ordinaire. Le traitement juridique du déterminisme culturel donne un aperçu du traitement juridique des causes de nature neurobiologique qui pourraient un jour être mobilisées dans le cadre de la défense de provocation. D'ailleurs, il faut noter que ces deux déterminismes ne sont pas mutuellement exclusifs (affirmer l'existence de l'un ne revient nullement à minorer l'existence de l'autre et il n'est pas exclu que l'on tente un jour de faire valoir les deux en même temps pour atténuer la responsabilité d'un accusé). En témoigne cet extrait tiré d'un ouvrage récent portant sur la neurobiologie des comportements criminels : « The experiences that individuals have growing up in what has been termed honor subcultures are literally captured in the brain's circuitry. These experiences calibrate the brain to respond aggressively and violently to challenges, however trivial they may be »¹³⁸. Dans le langage du déterminisme culturel, cela revient à dire que certains individus d'immigration récente, par exemple, qui ont été immergés depuis l'enfance dans un certain cadre de croyances et de valeurs, peuvent avoir, vis-à-vis de certains événements, la mèche plus courte que la majorité de leurs concitoyens. Le postulat du déterminisme culturel est simple : l'être

¹³⁸ A. WALSH et J. D. BOLEN, préc., note 28, p. 136.

humain ne se forme pas intégralement par lui-même en choisissant sa sensibilité et ses coutumes comme on choisirait des produits dans un supermarché, mais se trouve fortement modelé émotionnellement et cognitivement par le cadre normatif dans lequel il a grandi, et ce, d'une manière d'autant plus profonde lorsque les circonstances de la vie ne lui ont pas permis de réviser ou de relativiser un tant soit peu son degré d'identification ou d'adhésion à sa culture d'origine. Resitué dans le cadre de la défense de provocation, ce déterminisme peut ainsi revêtir la forme d'une défense *culturelle* de provocation, où il s'agit pour un accusé de chercher à faire valoir, par exemple, que la culture de son groupe d'appartenance l'a conditionné à recevoir tel stimulus environnemental comme un affront hors du commun, nourrissant en lui une colère aussi spontanée qu'irrésistible¹³⁹.

Historiquement, la défense culturelle de provocation s'est évidemment heurtée au critère objectif de la personne ordinaire. Puisque la réactivité de ceux qui voudraient profiter d'une telle défense est à cent lieues des attentes minimales de maîtrise de soi qui prédominent *au sein de la société d'accueil* et qu'elle se fonde souvent sur des valeurs antinomiques avec la *Charte canadienne*, au premier chef l'égalité entre les hommes et les femmes, le scénario d'une individualisation de la personne ordinaire a été accueilli avec froideur et scepticisme par les tribunaux¹⁴⁰. Certains n'ont

¹³⁹ Voir : William I. TORRY, « The Doctrine of Provocation and the Reasonable Person Test : an Essay on Culture Theory and the Criminal Law », (2001) 29 *International Journal of the Sociology of Law* 1, 24. Voir aussi : Stanley YEO, « Ethnicity and the Objective Test in Provocation », (1987) 16 *Melbourne University Law Review* 67, 72.

¹⁴⁰ Au Canada, bien qu'aucun jugement n'ait eu directement à statuer sur cette question, les différents signaux envoyés par les tribunaux vont clairement dans le sens d'un maintien du critère objectif. Voir : *R. v. Ly*, (1987), 33, C.C.C. (3d) 31 ; *R. v. Nahar*, 2004 BCCA 77 ; et d'une manière encore plus nette : *R. v. Humaid*, [2006] O.J. No. 1507, par. 85 et 93 (C.A.) (LN/QL) ; *Tran*, préc., note 3, par. 34. Bien que la jurisprudence permettait déjà de fermer la porte à ce genre de tentatives exonératoires, notons que la récente modification du deuxième paragraphe de l'article 232 du *Code criminel* a rendu strictement impossible une défense de provocation fondée sur des motifs culturels. Il se trouve que le but du législateur était justement de « lutter contre les meurtres d'honneur » (voir à ce sujet l'honorable Salma Atallahjan, sénatrice, lors de la présentation du projet de loi en deuxième lecture au Sénat, le 18 novembre 2014). Il importe de noter ici que le Barreau du Québec, dans un commentaire adressé au Sénat le 8 avril 2015, avait avec raison manifesté ses réserves par rapport à cette réforme de la défense de provocation, la jugeant superflue au regard d'un objectif que la règle de droit antérieure permettait déjà amplement d'accomplir.

pas manqué malgré tout de critiquer le refus du droit d'accorder aux immigrants la compassion qu'il accorde aux autres citoyens, considérant que la condition objective d'accès à la défense de provocation était « grossly unfair because it means that the provocation defense, which is supposed to be available to all, is a defense only for those who belong to the dominant culture »¹⁴¹. Alison D. Renteln estime en effet que la notion de personne ordinaire est imprégnée des biais subjectifs de la vision culturelle dominante et qu'un individu issu d'une autre culture devrait pouvoir être jugé selon une personne ordinaire imaginée en référence à sa propre culture¹⁴² (le test demeurerait en ce sens objectif, mais serait subjectivé au point de prêter à la personne ordinaire un ensemble de croyances incompatibles avec les valeurs de la société majoritaire). Ainsi le droit devrait-il, suivant cette vision, par souci de rendre justice aux représentations plurielles du bien et du mal qui traversent la société canadienne et aux sensibilités diverses qui en découlent, faire en sorte qu'un accusé qui aurait depuis sa prime enfance intériorisé l'idée d'une infériorité ontologique de la femme, de même que la nécessité de châtier cette dernière en cas d'infidélité, pourrait bénéficier d'une responsabilité atténuée grâce à la défense de provocation¹⁴³. Cet exemple, qui constitue une *reductio ad absurdum*, tant ses conséquences paraissent immédiatement intenables juridiquement, permet de rappeler d'une manière limpide que le droit criminel ne constitue pas d'abord une instance de différenciation entre les actes libres et les actes déterminés, mais bien un dispositif de tri évolutif qui a pour principale fonction de distinguer entre les causes qui excusent et/ou justifient (ne fût-ce que partiellement) et celles qui ne sauraient prétendre à ce statut. Il s'agit d'un dispositif *évolutif*, en effet, dans la mesure où la frontière n'est jamais définitive, et « qu'à toutes les époques, les mœurs et l'attitude des tribunaux contribuent beaucoup à la détermination de ce qu'est la provocation en droit »¹⁴⁴.

¹⁴¹ Alison D. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 32.

¹⁴² *Id.*, p. 36.

¹⁴³ Nous nous inspirons ici librement de *Humaid*, préc., note 140. Ce jugement, rappelons-le, concernait un accusé de religion et de culture islamiques qui avait tenté en vain de faire valoir ses croyances au sujet de l'honneur masculin et du rôle de la femme dans le cadre d'une défense de provocation. Signalons que la Cour suprême avait dans cette affaire rejeté la demande d'autorisation d'appel.

¹⁴⁴ *Tran*, préc., note 3, par. 12.

Or à une époque comme la nôtre, où le regard dominant que porte la société sur l'union maritale et sur le statut de la femme se situe en porte-à-faux complet par rapport à une vision qui ferait de l'adultère la transgression ultime, le crime contre la propriété par excellence, passible des châtiments les plus intraitables, serait-il vraiment opportun d'admettre une personne ordinaire à géométrie variable, capable d'intégrer les différences de sensibilité, les conceptions plurielles de l'honneur et de la pureté, au point d'abolir toute forme de hiérarchie entre les valeurs morales de la majorité et celles de sous-cultures extrêmement minoritaires ? Encore une fois, si le droit avait une fonction purement descriptive, il serait sans doute tenu de traduire dans ses dispositifs la moindre nuance qui compose la réalité sociale, au point de faire sien le relativisme moral inévitable qui traverse les sociétés multiculturelles. De même, si les moyens de défense n'étaient liés qu'à la reconnaissance du déterminisme, il y a fort à parier que la notion de responsabilité criminelle en prendrait pour son rhume. Mais tel n'est pas le cas. D'une part, le droit, après la décomposition historique des autres instances de hiérarchisation et d'homogénéisation des valeurs (nous pensons surtout ici à la religion), se présente comme l'ultime bastion des normes communes (fût-ce sous une forme imposée) ; c'est lui qui cimente en dernière instance la société en lui imposant des limites et en faisant échapper certaines valeurs aux flottements et aux incertitudes d'une discussion sans fin sur les fondements philosophiques friables du bien et du mal, du juste et de l'injuste (le droit ne s'embourbe pas dans de tels sentiers et tranche généralement ces questions au profit de la cohésion sociale). On pourrait dire en ce sens que les vertus du pluralisme culturel s'arrêtent là où l'ordre légal se voit transgressé, moment où le droit criminel vient opposer les exigences d'unité et d'universalité minimales dont une société a besoin pour exister. D'autre part, on voit bien que le refus d'admettre la causalité culturelle comme facteur d'atténuation de la responsabilité criminelle n'a rien à voir avec une dénégation obtuse de cette causalité.

À bien y regarder, le droit criminel est un édifice beaucoup moins idéologique que pragmatique : ce n'est pas en vertu d'un aveuglement obstiné, d'un déni têt, qu'il refuse de se faire l'écho des fortes déterminations culturelles qui peuvent, dans certains cas, aller jusqu'à conditionner une perception de ce qui constitue une provocation qui ne correspond en rien à celle prêtée à la personne ordinaire. Ces déterminations, il ne les dément pas, il ne les réfute pas, il ne leur oppose pas un libre arbitre abstrait que

tout immigrant pourrait faire jouer à sa guise contre ses atavismes communautaires et ses réflexes inconscients. Confronté à de tels cas, c'est plutôt les volets pragmatiques et normatifs de la notion de personne ordinaire qui l'emportent et qui contraignent le droit à refuser les conséquences juridiques d'un déterminisme qu'il ne conteste pas pour autant sur le plan épistémologique (le droit n'a pas besoin de contester la prétention à la vérité des sciences sociales ou neurobiologiques, puisqu'il ne se situe pas sur ce terrain). Si la défense de provocation se trouve au final fermée pour quiconque allègue qu'une vision archaïque de l'honneur a nourri sa réactivité meurtrière, ce n'est donc pas en raison d'une dérive ignorantiste du droit, mais tout simplement parce que la responsabilité criminelle – et surtout le fait de qualifier juridiquement une personne de responsable –, revêt une profonde « vertu pédagogique », vertu dont le droit, en réponse à certaines violences, peut difficilement faire l'économie. Cette vertu pédagogique concerne évidemment moins ce qui est que ce qui devrait être, elle concerne moins le présent ou le passé que l'avenir et vise à « signifier publiquement à tous [...] que les conduites incriminées sont hors-la-loi, que la société ne les reconnaît pas comme normales¹⁴⁵. »

Cet acte performatif par lequel le droit désigne les comportements anormaux est bien sûr hautement normatif (il crée le « normal » en même temps qu'il le nomme), mais bien qu'il soit toujours possible d'en critiquer ça et là les manifestations diverses, de trouver inopportun que la ligne qui sépare le normal de l'anormal passe ici plutôt que là, ce serait se méprendre profondément sur la nature de l'institution du droit criminel que de lui contester cette prérogative, et surtout, ce serait occulter le fait que les fins auxquelles il participe, loin d'être de l'ordre du luxe ou de l'excès de zèle, ressortissent en vérité aux nécessités vitales de toute société. Qu'on le veuille ou non, en effet, il faudrait être de mauvaise foi ou passablement naïf pour soutenir qu'une société peut exister et se perpétuer avec un minimum de cohésion interne sans une volonté institutionnelle minimale d'unification normative, c'est-à-dire sans qu'un espace territorial donné trouve à se fonder sur un socle homogène de valeurs fondamentales (que ce soit par l'adhésion spontanée ou par la contrainte pénale), et sans l'enracinement patient, sur la longue durée, d'un certain nombre de schémas mentaux partagés, eu égard à ce qui se fait et ce qui ne se fait pas d'un point de vue légal et eu égard aux réactions qui sont susceptibles ou non

¹⁴⁵ D. LOCHAK, préc., note 137, p. 63.

de bénéficier de la compassion (partielle) du droit. Que ces schémas mentaux soient issus de la culture majoritaire et des attentes sociales dominantes en matière de comportements, il n'y a guère lieu de s'en étonner et, bien qu'il faille certes rester vigilant pour que cette concession n'en vienne pas à servir d'alibi pour la persécution des minorités, le critère objectif de la personne ordinaire demeure, malgré l'imperfection toute humaine qui la grève, un outil incomparable pour déterminer ce qui peut et ne peut pas constituer une provocation en droit criminel.



On comprendra que ce que nous avons avancé ici à propos du déterminisme culturel s'applique également au déterminisme neurobiologique. Aucune découverte sur la nature causale des phénomènes humains ne saurait retirer au droit ses fonctions normatives, tantôt en matière de hiérarchisation des fautes, de diffusion de standards de conduite ou encore de renforcement symbolique des normes, pour la bonne raison que, comme nous n'avons eu de cesse de le répéter, la normativité du droit le soustrait à la nécessité de rendre justice à chaque nuance du réel; elle le situe d'emblée en amont de ce dernier et le pousse à entretenir avec lui un rapport d'extériorité qui n'est pas sans évoquer celui qu'entretient tout sculpteur devant une matière à sculpter. Certes, la matière humaine n'est pas infiniment malléable, et le droit doit en être conscient, mais le seul fait qu'elle le soit en partie le force à se maintenir constamment en décalage avec elle, en sachant que les signaux qu'il diffuse seront reçus et agiront potentiellement sur sa trajectoire, que les êtres humains, dans leur ensemble, ne seront pas tout à fait indifférents à ses messages, et que toute norme (ou assouplissement de celle-ci) interagira d'une manière ou d'une autre avec le monde social. Tel est le point de divergence fondamentale qui creuse entre le droit et la science un gouffre infranchissable: la science cherche à dire ce que le monde est, le droit cherche à faire en sorte qu'il devienne ce qu'il doit être. C'est dans cet abîme que s'insinuent toutes les confusions, tous les malentendus, de la part de ceux qui projettent sur le droit des orientations qui n'ont rien à voir avec ses finalités propres et qui en viennent, de ce fait, à omettre ses nécessités les plus intimes.

À la question en somme de savoir si l'homme ordinaire est soluble dans les neurosciences, on peut donc aisément répondre par la négative. Le dispositif juridique de l'homme ordinaire et les neurosciences constituent

deux ordres de significations incommensurables. On ne saurait passer de l'un à l'autre inconsidérément, ni faire comme si le premier était voué à perdre sa raison d'être sous la pression des secondes. L'homme ordinaire est aux neurosciences ce que l'huile est à l'eau : les deux ne se mélangent pas, ils sont hétérogènes. Nous avons montré que l'homme ordinaire, tel qu'il se donne à comprendre dans le droit, n'a pas en effet pour vocation d'offrir un reflet fidèle aux individus particuliers auxquels il s'applique ; son but est de fournir un critère de discrimination afin de départager les comportements socialement acceptables et les conduites jugées déviantes du point de vue des normes dominantes de la société ; sa fonction est de permettre au droit de sélectionner les causes qui peuvent être alléguées comme facteurs d'exonération et de rejeter les autres dans le domaine de l'irrecevable. Les neurosciences, suivant une toute autre logique, visent à éclairer le fonctionnement empirique du cerveau humain, sans égard pour la pérennité de l'ordre public ou la stabilité des normes sociales, et sans avoir à s'inquiéter un instant de la question normative des seuils de légitimité qui est au cœur de l'appareil pénal. En dépit de ces perspectives irréciliables, on a vu que nombre d'auteurs n'hésitaient pas à spéculer sur l'avenir du droit criminel en annonçant sinon l'effondrement de la responsabilité criminelle, du moins l'élargissement potentiellement illimité des motifs d'excuse. Nous avons souligné que l'erreur centrale de ces auteurs consistait à confondre la notion juridique de responsabilité criminelle avec la notion philosophique de libre arbitre. En pensant que l'existence d'une capacité subjective d'autocontrôle constitue une condition *sine qua non* de l'imputabilité en droit, ces auteurs concluent à tort que la mise au jour des déterminants cérébraux involontaires du contrôle de soi ouvrira les vannes de la déresponsabilisation. Or au vu des réquisits de la défense de provocation, et en particulier du critère objectif qui en borne l'accès, nous avons pu voir qu'une telle assertion est non seulement fausse, mais grossière, tant elle témoigne d'un déni du fonctionnement concret des catégories juridiques et du contexte irréductible qui leur donne sens.