

"Source : *Problématique d'une codification du droit pénal canadien*, 67 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1976. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

pour une codification du droit pénal

DOCUMENT D'ÉTUDE

Canada

Commission de réforme
du droit du Canada

Problématique
d'une
codification
du
droit pénal canadien

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTREAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville
ou chez votre libraire.

Prix: Canada: \$3.75
Autres pays: \$4.50

N° de catalogue J 31-26/1976

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1976

Réimpression 1984

Avis

Cette étude préliminaire a été préparée par le personnel de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada.

La Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire que les lecteurs voudront lui faire parvenir à l'adresse suivante :

Le Secrétaire
La Commission de réforme du droit
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Table des matières

	Page
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE: LES GRANDES TRADITIONS	5
A. LES FONDEMENTS HISTORIQUES DE L'OPPOSITION ENTRE LA TRADITION ROMANISTE ET LA TRADITION DE COMMON LAW.....	6
B. LES SECTEURS D'OPPOSITION ENTRE LES DEUX SYSTÈMES.....	9
(1) Les oppositions traditionnelles	10
(2) Les préjugés	16
a) les préjugés à l'égard de la codification	16
b) les préjugés à l'égard du common law	22
(3) Les avantages de la technique de codification	24
DEUXIÈME PARTIE: LA TRADITION CANADIENNE	29
A. L'EXPÉRIENCE LÉGISLATIVE CANADIENNE.....	29
B. L'EXPÉRIENCE JURISPRUDENTIELLE CANADIENNE.....	33
(1) La création jurisprudentielle des règles de droit	33
(2) L'interprétation jurisprudentielle du Code criminel	39
(3) La clarification jurisprudentielle des règles de droit	42

	Page
TROISIÈME PARTIE: LA CODIFICATION: OBJECTIFS ET MOYENS	47
A. LES OBJECTIFS.....	48
(1) Sur le plan matériel.....	48
a) réalisation d'une codification véritable.....	48
b) accessibilité générale du contenu.....	52
(2) Sur le plan scientifique.....	54
a) réflexion de l'identité canadienne	54
b) moteur de la créativité judiciaire.....	55
B. LES MOYENS.....	55
(1) Organisation de la hiérarchie des normes juridiques	56
a) définition de la hiérarchie.	56
1. les principes de la politique pénale canadienne	56
(i) identification des principes	56
(ii) formulation des principes	57
(iii) orientation des principes	58
2. les règles corollaires d'application générale	59
3. les règles particulières	61
b) conséquences de la hiérarchie des normes juridiques	62
(2) Création de règles d'interprétation	64

Introduction

1.01. La Commission de réforme du droit du Canada œuvre depuis déjà quatre années. Elle a effectué une série de travaux sur des problèmes touchant au domaine du droit pénal, tant sur le plan du droit substantif que sur ceux du droit de la preuve, de la procédure et du sentencing. Ces travaux tantôt définissent les orientations principales de la réforme du système pénal canadien, tantôt proposent une série de modifications concrètes et pratiques à la règle législative.

1.02. Le temps est venu maintenant pour la Commission de s'attaquer à une autre partie importante du mandat qui lui a été confié et de s'interroger sur le mécanisme et les moyens propres à amener la traduction optimale du contenu des propositions de réforme. Le problème qui se pose est donc double: choisir un cadre de traduction de cette volonté de réforme d'une part, et d'autre part, déterminer de la façon la plus précise possible, le mode d'expression de celle-ci, tout en respectant l'identité propre de la société canadienne.

1.03. Lorsque la Commission a publié son premier rapport général, elle a annoncé son intention de «codifier» le droit pénal canadien. Le mot «codification» prête à confusion car il a souvent été utilisé dans des sens différents, ou pour recouvrir des réalités variées. On désigne ainsi parfois du terme «codification» la compilation ou le regroupement matériel de textes législatifs disparates. On utilise pourtant la même expression pour désigner certaines lois fondamentales promulguées par des pays, comme la France ou les pays romanistes. Plus près de nous, on parle du «code» criminel canadien, comme première écriture d'un droit coutumier, ou du «code» de Commerce uniforme des États-Unis, comme loi technique mais fondamentale. La comparaison de ces divers textes révèle, tant sur le plan de la structure et de l'organisation que sur celui du contenu, des divergences fondamentales. L'emploi même du mot «codification» fait parfois sursauter certaines personnes qui, souvent sans en être conscientes, s'en font une fausse idée.

1.04. La Commission, à cette étape précise de son travail, entend dépasser ce qui n'est peut-être qu'une simple querelle de mots, et préfère situer le débat à un autre niveau. Il lui semble plus important, en effet, de saisir la réalité et l'identité juridiques et sociologiques canadiennes et de trouver une formule d'expression du droit qui y corresponde de façon exacte, que de choisir entre des modèles déjà existants, qu'ils soient américains, anglais, français ou autres. La préoccupation fondamentale de la Commission de refléter fidèlement cette réalité l'a amenée, durant ces dernières années, à faire une vaste consultation du milieu, de façon à prendre le pouls de cette réalité. Elle l'amène aujourd'hui à présenter l'étude qui suit sur la structure générale de la réforme du droit pénal canadien.

1.05. C'est presque un lieu commun d'affirmer que le droit pénal canadien du dernier quart du XX^e siècle doit nécessairement présenter un certain nombre de caractéristiques précises. Il doit tout d'abord être souple, de façon à pouvoir s'adapter constamment à la réalité sociale changeante et permettre d'éviter les injustices d'une application rigoureuse de la volonté législative à certains cas d'espèce. Il doit, en second lieu, être prévisible dans son application, car le public, comme le monde juridique, a besoin de connaître la portée exacte des règles de droit et leurs limites. Il doit, en troisième lieu, être accessible pour pouvoir être connu et compris du milieu canadien et prétendre à une certaine valeur éducative. Il doit, en quatrième lieu, avoir un caractère de certitude pour permettre une vérification de l'application jurisprudentielle des règles de droit et éliminer l'arbitraire. Il doit, enfin, refléter les véritables problèmes et les authentiques préoccupations de la société, au-delà du juridisme pur et malgré le poids du traditionalisme historique, pour être un moteur de l'évolution sociale.

1.06. Pour atteindre pleinement ces objectifs, la Commission doit trouver un véhicule approprié, adapté et moderne, qui permette de les transposer au niveau de l'action législative.

L'action législative, quelle que soit sa forme, n'est cependant qu'une partie de la réalité juridique. Les modes d'interprétation, le contenu des lois, leur forme reflètent aussi les habitudes d'un système juridique donné et jusqu'à un certain point l'attitude à l'endroit des sources du droit, notamment de la source législative et de la source jurisprudentielle.

Discuter de codification au Canada n'est pas simplement opposer code à statut, ou droit écrit à droit non écrit. C'est aussi et surtout essayer de trouver un modèle original d'expression législative, modèle qui im-

plique également l'adhésion à une structure, à un esprit, à une pensée particulière.

Le présent document s'est fixé les objectifs suivants, auxquels correspondent d'ailleurs fidèlement les trois parties qui le composent.

- En premier lieu, il s'agit de dissiper certaines équivoques et de combattre certains préjugés. Sans cette première phase, en effet, il est difficile d'atteindre une impartialité suffisante pour pouvoir examiner d'un œil critique la perspective de la réforme.
- En second lieu, le document s'attache à un examen critique de l'état actuel du droit pénal canadien, étape nécessaire pour permettre d'apporter un remède aux déficiences relevées.
- Enfin, dans la troisième partie, on trouvera un exposé des grandes lignes des objectifs de la codification et des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir.

Toutefois, puisque proposer un modèle possible de codification est également proposer une structure juridique nouvelle, celle-ci suppose de concevoir le rôle législatif et le rôle jurisprudentiel dans une optique nouvelle. Pour que la codification pénale puisse servir de moteur à la créativité jurisprudentielle, il faut que le Parlement, dans les textes mêmes, éclaire mieux qu'il ne l'a fait jusqu'à présent, les tribunaux sur ses intentions et sur la politique qu'il poursuit. De cette façon, il sera possible d'obtenir une meilleure coordination entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, de rendre le processus entier plus démocratique et de faire ensuite que l'intention législative ne soit pas un vain mot ou ne relève pas entièrement de la fiction.

Quel doit être le véhicule qui permet le mieux de la traduire, quelle doit être sa forme, sa structure, son contenu? Pour répondre à ces questions, deux préalables doivent être résolus. D'une part, la compréhension des véritables différences entre la réalité des deux traditions que l'on retrouve implantées en sol canadien. C'est en effet à partir de celles-ci que l'ensemble du système juridique canadien s'est développé. Il est donc particulièrement important de voir avec précision les éléments généraux de chaque système que l'on veut conserver dans le droit nouveau.

D'autre part, la réforme du droit ne doit pas sacrifier le contenu des règles à la forme. Or, ce contenu doit fidèlement transcrire la spécificité de la culture et de la tradition juridique canadiennes. Avant donc de décider entre les différentes formules de transcription du droit pénal sur le plan législatif, il est particulièrement important d'identifier

cette tradition pour pouvoir chercher ensuite le modèle qui en assurera la transcription la plus fidèle.

La tâche de la Commission de réforme du droit du Canada n'est pas seulement de trouver une formule d'expression du droit canadien contemporain. Elle est aussi de tenter de donner une impulsion véritable à la réforme du contenu du droit pénal en l'exprimant dans une structure appropriée.

PREMIÈRE PARTIE

Les grandes traditions

1.07. Le système juridique canadien participe aux deux grandes traditions du common law et du droit d'inspiration romaniste. Malheureusement, les juristes appartenant à l'une d'entre elles ignorent souvent la réalité de l'autre. Pour certains, la seule référence à une véritable « codification » du droit pénal apparaît contestable ou même mauvaise en soi. D'aucuns s'imaginent, en effet, que codifier le droit pénal canadien serait rompre avec la tradition juridique anglo-américaine, faire fi des principes du droit britannique et adopter sans discrimination le système inquisitoire. Pour d'autres, le système de common law est considéré comme dépassé et encombrant. Il symbolise à leurs yeux un formalisme et un juridisme désuets.

Le but de cette première partie de l'étude est de tenter de faire éclater un certain nombre de mythes reposant sur une ignorance des institutions et de l'histoire. Cette étape de réflexion est de la plus haute importance puisqu'elle doit mener logiquement ensuite à la découverte d'une véritable identité juridique canadienne par contraste. La législation, et plus particulièrement la législation pénale, doit refléter la réalité sociologique du milieu. Un droit pénal bien adapté doit parfaitement s'imbriquer avec celle-ci. Il doit avoir été engendré et sécrété par la vie sociale de l'ensemble du peuple. La réalité canadienne est britannique et française par son histoire, sans toutefois être une réplique exacte de la tradition de ces deux pays.

L'identification de la réalité canadienne par rapport aux deux grandes traditions romaniste et de common law ne peut se faire de façon convaincante qu'après avoir retracé brièvement l'historique de celles-ci. Cet historique permettra de ramener les oppositions traditionnelles à leurs véritables dimensions, de façon à éviter qu'elles ne puissent constituer un obstacle ou un frein à une expression véritablement nationale du droit canadien.

1.08. Dans le monde juridique occidental, on oppose traditionnellement deux grandes « familles » juridiques contemporaines, ou deux systèmes de droit : le système romaniste, parfois connu sous le nom de système des pays de droit codifié, et le système de common law. Les sources de cette classification reposent principalement sur le développement historique de chacune de ces traditions.

Le droit est le produit d'une société donnée, et l'attitude de celle-ci à l'égard de la règle de droit dépend fondamentalement du type de groupe social qui l'a engendré. Ce groupe est à son tour façonné par l'évolution historique qu'il a suivie, et par ses propres phénomènes socio-culturels. Le contenu de la règle de droit, comme son mode d'expression d'ailleurs, reflète donc, au sens large du terme, la culture propre d'un peuple ou d'une civilisation. La similitude des problèmes juridiques et leur caractère parfois universel, de même que l'identité fréquente des solutions données à ces problèmes par le législateur ou par les tribunaux de différents pays, ne doivent pas tromper. L'individualité d'un système ne se détermine pas en fonction de sa méthodologie de recherche purement théorique ou philosophique, mais au contraire en raison du fait que ce système se livre à un exercice de recherche appliquée.

1.09. Il est indispensable de replacer l'opposition traditionnelle entre système de common law et système de droit romaniste dans une perspective juste, afin qu'elle ne puisse pas servir de prétexte à la conservation d'un *statu quo* commode. Comme nous essaierons de le montrer au cours des pages qui suivent, la véritable séparation entre ces deux courants de pensée juridique n'est plus ce qu'elle était il y a quelques siècles, et n'est plus ce que souvent certaines personnes non informées veulent bien encore y voir.

A. LES FONDEMENTS HISTORIQUES DE L'OPPOSITION ENTRE LA TRADITION ROMANISTE ET LA TRADITION DE COMMON LAW

1.10. L'opposition entre la tradition romaniste et celle de common law a maintes fois été relevée et analysée. On y a même vu, peut-être avec exagération, un véritable clivage entre la civilisation britannique et la civilisation européenne. Pour permettre de mieux situer cette opposition sur le plan de l'histoire, il n'est peut-être pas inutile de rappeler brièvement le chemin parcouru par les deux systèmes.

1.11. Ce n'est que « récemment », dans l'histoire de l'humanité, dirait un historien, que les systèmes de common law et romaniste se sont séparés. En effet, la Grande-Bretagne a suivi jusqu'au XIII^e siècle une

évolution semblable à celle de l'Europe continentale. Au XIII^e siècle cependant, en Italie et en France, on assista à une renaissance du droit romain. Les juristes de l'époque se tournèrent alors vers les principes de ce droit et les compilations de Justinien, dans lesquelles ils découvrirent l'expression d'un droit abstrait, systématique et logique. Le droit romain eut, de ce fait, une influence considérable sur le droit pénal européen, en particulier aux Pays-Bas.

1.12. L'Angleterre, au contraire, ne reçut pas le droit romain. En 1234, Henri III interdit même son enseignement à Londres, y voyant une menace à son pouvoir royal. Beaucoup d'hypothèses ont été avancées pour expliquer ce phénomène (isolement géographique du pays, centralisation de l'administration de la justice, raisons politiques, développement de l'aspect procédural du droit). Quelles qu'elles puissent être, à partir de cette époque, le droit anglais se détache du droit européen et commence à s'élaborer en système autochtone et autonome.

1.13. Au niveau du droit pénal, ce détachement s'effectue dès la fin du moyen âge, époque où on redécouvre en France la procédure inquisitoire du droit romain du Bas-Empire (*jus extraordinem*). Celle-ci, d'abord adoptée par les juridictions ecclésiastiques, gagne, peu à peu, les juridictions civiles. Sur le plan politique, la procédure inquisitoire favorise une justice sévère qui n'est plus celle du profane et n'est plus contradictoire. Elle se technicise, insiste sur le caractère actif du juge et est finalement consacrée par les grandes ordonnances royales sur la procédure pénale de 1453, 1498, 1539 et 1670.

En Grande-Bretagne, au contraire, la procédure demeure accusatoire, est perçue comme un moyen de protéger les libertés fondamentales et les droits de l'individu et s'efforce avant tout, par sa lutte contre le pouvoir politique, de garantir efficacement les droits de l'accusé. Elle servira d'ailleurs d'exemple à suivre et de modèle idéal aux philosophes français de la fin du XVIII^e siècle, en réaction contre l'absolutisme du pouvoir royal.

La séparation de deux systèmes, jusqu'alors unis, emporte une série de conséquences importantes sur la philosophie fondamentale du droit.

1.14. En premier lieu, l'élaboration du droit anglais se faisant en circuit fermé, l'importance de la source jurisprudentielle va croissant. Les juges anglais, en l'absence de textes écrits, tranchent les litiges selon le bon sens, la justice naturelle, selon ce qui leur apparaît « juste » et « réaliste » dans chaque cas d'espèce. Ils se préoccupent toutefois de maintenir une certaine cohésion entre leurs jugements et se réfèrent ainsi

constamment aux précédents judiciaires. Les *Year Books* rédigés en français et publiés dès 1290, sont à cet égard, une source précieuse. Dès cette époque donc, on commence à maximiser, au niveau de la hiérarchie des sources, l'importance de la jurisprudence par rapport à la loi. Ce n'est qu'au XIX^e siècle que le « statute law » se développera vraiment et commencera à occuper un champ de plus en plus étendu.

1.15. En second lieu, comme le montre clairement la lecture des *Year Books* de l'époque, le droit anglais s'élabore à travers la procédure. Les procès d'alors sont empreints de formalisme et le droit substantif se développe par l'intermédiaire des formules de procédure (*writs*). L'adage classique « *remedies precede rights* » exprime bien ce processus. Le droit de la procédure est concret et ainsi, le caractère concret du droit britannique s'affirme, de même qu'une certaine méfiance envers les généralisations et les principes à caractère universel. Chaque cas est traité comme un cas particulier, chaque espèce est étudiée à son mérite et non par référence à une idée ou un principe plus général. La règle de droit s'exprime donc plus en termes de recours possibles (*remedies*) qu'en termes de droits et d'obligations (*rights and duties*).

1.16. En troisième lieu, le droit anglais se fixe, non comme en Europe dans des coutumes écrites, à portée générale pour un territoire donné, annonçant ainsi une codification, mais dans une tradition jurisprudentielle à vocation universelle. Le common law cesse cependant, au cours des siècles, d'apparaître comme une simple juxtaposition de cas d'espèce, de décisions isolées, pour laisser percevoir certains liens logiques, certaines lignes de filiation, et pour finalement constituer un véritable système juridique d'ensemble ayant ses caractéristiques propres.

1.17. En Europe, au contraire, l'évolution est totalement différente. Le droit romain est perçu comme nettement supérieur aux coutumes germano-européennes et locales. La rationalisation des principes juridiques fondamentaux effectuée par les juristes romains et les commentateurs (glossateurs et postglossateurs) plaît et se combine peu à peu aux idées nouvelles propagées par la tradition chrétienne et la pensée canoniste. Pour des raisons politiques (affirmation de l'absolutisme du pouvoir royal notamment), la source législative est privilégiée par rapport à la source jurisprudentielle. Les juges continentaux, et plus particulièrement les juges français, appliquent les lois édictées par le roi et font référence aux principes tirés du droit romain, surtout au niveau du droit civil, moins peut-être à celui du droit pénal. Le juge, de plus, a conscience d'appliquer au cas qu'il a à trancher non pas *son* idée de la justice et de l'équité, mais une solution juste et raisonnable presque par

définition, parce que découlant logiquement d'un principe abstrait à vocation générale et universelle.

Même si le droit européen de l'époque reste malgré tout imprégné d'un certain formalisme et attaché à la procédure, celle-ci est considérée comme un simple moyen, un véhicule du droit substantif, mais non comme un élément créateur de ce dernier. La règle de droit n'est pas asservie à la procédure. Le juriste continental raisonne donc plus en termes de « droits » et « d'obligations » qu'en termes de « recours ».

1.18. Enfin, que ce soit en Allemagne avec le *Sachsenspiegel*, en Espagne avec les *Siete Partidas*, ou en France, avec les *Coutumiers*, l'Europe, du XIII^e au XV^e siècle, prend conscience de l'importance de la compilation et de la rédaction des coutumes. Le droit romain subsiste toutefois comme droit supplétif pour les domaines non spécifiquement couverts par les Coutumiers. Ceux-ci sont parfois imbus des principes de droit romain dans les divers domaines où les changements sociaux n'ont pas donné à ce dernier un caractère suranné. Même si la réception du droit romain ne fut pas uniforme dans toute l'Europe (l'Allemagne par exemple, à la suite d'une seconde réception, fut plus profondément marquée que la France), tous les pays européens furent, à un degré variable, influencés par la systématisation romaine du droit.

1.19. Depuis la codification française du début du XIX^e siècle et le mouvement mondial qu'elle entraîna, l'éloignement d'avec le common law devint peut-être encore plus apparent. La séparation remonte cependant plus loin qu'à 1804 et doit être attribuée à des raisons plus profondes que la seule et simple rédaction d'un code. Même s'il est devenu courant de typifier cet écart par l'opposition droit écrit-droit coutumier, celle-ci ne demeure qu'un épiphénomène.

B. LES SECTEURS D'OPPOSITION ENTRE LES DEUX SYSTÈMES

1.20. L'opposition entre le système de common law et le système romaniste a été profonde, mais l'est peut-être moins de nos jours. Cependant, elle a trop souvent été fortement exagérée, soit en mettant en relief certains éléments de comparaison qui n'ont plus qu'une valeur historique et doivent donc être réexaminés dans le contexte actuel, soit en envisageant ces différences dans une perspective de valorisation d'un système par rapport à l'autre.

(1) Les oppositions traditionnelles

1.21. Le premier niveau traditionnel d'opposition entre le système romaniste et celui de common law, est celui de la hiérarchie des sources du droit. Le common law est avant tout un droit de création jurisprudentielle et accorde par conséquent une importance particulière à l'expression judiciaire de la règle de droit. Les droits romanistes, au contraire, placent la législation comme source première de droit et ne considèrent la jurisprudence que comme la simple traduction pratique et concrète de la volonté du législateur.

1.22. Il existe indéniablement un fondement historique réel à cette opposition. Le common law s'est formé lentement par l'accumulation de décisions de jurisprudence. Le juge cherchait alors, comme il le fait d'ailleurs encore à l'heure actuelle, dans la coutume jurisprudentielle représentée par le précédent une justification théorique à sa propre décision. La raison de cet état de choses est facile à comprendre si l'on considère que, jusqu'au XIX^e siècle, le droit statutaire anglais était peu développé et donc que la principale tâche de création, non de la loi, mais du droit, revenait au pouvoir judiciaire. La sédimentation des décisions, la forme pyramidale de l'autorité du précédent et la relative absence de législation ont fait que, peu à peu, par strates successives, un certain nombre de principes ou de règles ayant force de loi pour l'avenir se sont dégagés de la masse des décisions jurisprudentielles.

1.23. Certaines raisons historiques sont aussi à la base de la préséance accordée à la source législative par les systèmes romanistes. La plus évidente d'entre elles est la découverte très tôt par l'Europe des «*rationes scriptæ*» du droit romain, c'est-à-dire de la systématisation théorique des règles abstraites de ce droit. La seconde est que, du moins en France, à partir de la fin du XVIII^e siècle, le conservatisme des Parlements se combinait à une méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire qui n'avait pas su acquérir son indépendance vis-à-vis du pouvoir royal et était donc considéré comme une simple extension de celui-ci. Ce n'est pas, en effet, par hasard que l'ancienne maxime «*Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements*» a trouvé un écho à l'article 5 du code civil français de 1804, lequel défend au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises.

1.24. La tradition romaniste ne reconnaît donc que la loi comme source impérative de droit. La jurisprudence demeure en théorie une source secondaire qui, autant que possible, doit rester fidèle à la pensée et à l'intention du législateur. Comme en outre la France n'a jamais connu

un conflit semblable à celui qui a existé en droit anglais entre le pouvoir législatif (*statutory law*) et le pouvoir judiciaire (*judge-made law*), les règles d'interprétation de la loi écrite demeurent différentes. Le juge, dans le système civiliste, s'efforce de retracer l'intention législative, et consulte donc fréquemment les travaux préparatoires et les débats parlementaires. Il croit de son devoir, en cas d'obscurité de la loi, de lui donner le sens qu'entendait lui conférer le législateur. Ce dernier en contrepartie n'estime donc pas utile de tenter de prévoir dans les moindres détails le champ d'application de la loi. Il est en effet conscient que le pouvoir judiciaire saura, à l'aide des principes généraux qu'il a posés, donner une portée exacte au texte. L'interprétation restrictive des textes de lois n'a jamais été, dans les pays de tradition romaniste (sous réserve de l'interdiction de l'interprétation par analogie des textes d'incrimination), la règle générale. Elle est réservée à certaines circonstances exceptionnelles (par exemple aux lois à effet rétroactif). On retrouve une illustration de cette attitude à l'article 1156 du code civil français (1013 du code civil québécois), lequel énonce qu'en cas de doute, l'intention des parties à un contrat doit être déterminée par « interprétation » et non par le sens littéral des termes utilisés. On peut citer comme un autre exemple la disposition du code civil italien de 1942, selon laquelle le juge ne doit pas, en interprétant la loi, lui donner d'autre signification que celle résultant du sens ordinaire des mots et de l'intention du législateur.

1.25. Au contraire, les tribunaux de common law ont considéré le pouvoir statuaire et la législation qui en découlait comme un frein à leur pouvoir créateur, et ont tendu ainsi à donner une interprétation littérale et restrictive aux textes de lois. Cette technique venant s'ajouter aux conceptions d'équité exprimées dans le principe de la légalité, visant à assurer une meilleure protection des droits de l'accusé. Par voie de conséquence, le législateur a été amené soit à rédiger ses textes dans un langage extrêmement précis, de façon à ne pas fournir l'occasion aux tribunaux de méconnaître les buts de la législation, soit, comme il l'a fait en 1850 et en 1889 en Angleterre, à intervenir pour fixer par statut les canons d'interprétation. C'est pourquoi, encore aujourd'hui, on retrouve en tête des textes de la législation statuaire une série des définitions de la terminologie utilisée, qui étonne tant les juristes de tradition romaniste.

1.26. Alors que dans le système de common law traditionnel le juge qui fait bien son métier est celui qui limite la loi à sa lettre et en profite donc pour « faire le droit », dans le système romaniste, le bon juge est celui qui s'interroge sur l'esprit de la loi et cherche à traduire le plus fidèlement possible dans sa décision l'intention véritable du législateur. Comme on peut le noter, cette distinction au niveau des sources est cons-

tituée beaucoup plus par une différence d'attitude à l'égard de la loi que par une différence théorique véritable quant à l'ordonnement des sources du droit. Aucun juriste de common law ne conteste aujourd'hui le principe de la suprématie et de la souveraineté du pouvoir législatif et donc de la loi. Toutefois, s'il est juge, il est porté à créer le droit lorsque le législateur n'a pas clairement et nettement exprimé sa volonté. Cette création s'inspire non d'une recherche de la volonté du législateur à l'aide d'une structure théorique de principes généraux comme dans la perspective romaniste, mais d'une référence aux expressions jurisprudentielles antérieures et, à défaut, à son propre sens de l'équité et de la justice.

1.27. Sur le plan philosophique, le système de droit continental tel qu'exprimé dans les codifications du XIX^e siècle reflète, sans doute, une attitude essentiellement positiviste à l'égard de la règle de droit. Ce positivisme juridique souligne la séparation étanche entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Le système, en toute logique, rejette donc la jurisprudence comme source formelle de droit, puisque seul le législateur a le pouvoir de créer la règle juridique. Cette conception présuppose que, quel que soit le problème, le juge puisse trouver des éléments de réponse dans l'expression législative de la règle de droit. Comme ce droit est exprimé non pas exclusivement sous forme de règles concrètes d'application immédiate, mais aussi sous forme de principes ou de théories générales, le juge n'aura normalement que peu de difficultés, en cas d'insuffisance apparente de la loi, à motiver et à justifier sa décision: s'il « crée » du droit, il le fait en donnant une portée pratique à un principe théorique exprimé ou sous-entendu par le législateur, et non en se référant comme source impérative aux décisions antérieurement rendues sur le sujet. Il est néanmoins conscient de l'impact de la « jurisprudence constante » sans pour autant se sentir lié de façon rigoureuse par le précédent judiciaire.

1.28. Cette différence au plan de la hiérarchie des sources de droit s'exprime également sur celui de la méthodologie juridique. On oppose souvent à cet égard, et d'une façon peut-être trop absolue, méthode inductive et méthode déductive.

1.29. Le juriste de common law n'aime pas les principes et les constructions abstraites. Il se méfie des préceptes théoriques à portée générale, parce que, pour lui, le droit dans sa perspective première a avant tout pour fonction de donner une solution équitable à chaque cas d'espèce considéré isolément et non dans son rattachement à l'ensemble des espèces qui mettent en jeu les mêmes principes fondamentaux. Comme, de plus, sa source première de référence est la jurisprudence, il

n'est pas naturellement enclin à généraliser la portée des règles de droit. Sa tâche, en effet, est davantage de trouver de quelle manière le *ratio decidendi* de telle espèce s'applique à son cas particulier, ou comment cette espèce peut être distinguée de la sienne. De là l'importance extrême d'une analyse factuelle poussée des décisions jurisprudentielles.

1.30. Ainsi, ce qui passe souvent pour du byzantinisme pour un juriste de formation romaniste, n'est en fait que saine logique pour le juriste de common law, obligé de rechercher des éléments de solution concrète par méthode de raisonnement analogique, dans une masse énorme et apparemment contradictoire d'expressions judiciaires de la règle de droit. Cette dernière n'est donc finalement distillée sous forme de principe qu'après un parcours alambiqué que lui font suivre des décisions jurisprudentielles en apparence contradictoires, mais qui viennent chacune ajouter une précision, une exception ou une dimension nouvelle à la règle. Il n'est donc pas étonnant de retrouver en common law des principes dont les exceptions sont tellement nombreuses qu'on peut légitimement se demander s'ils continuent vraiment à entrer dans la catégorie des principes. La prohibition du ouï-dire en matière de preuve en est un exemple caractéristique.

Le juriste de common law part donc de la jurisprudence, l'analyse minutieusement, tente de prévoir la portée exacte des arrêts puis, revenant au cas qui l'occupe, cherche à évaluer par analogie l'effet des dicta jurisprudentiels sur l'issue du litige.

1.31. Au contraire, la méthodologie et le processus intellectuel d'un juriste civiliste sont différents. Dans une première étape, il ignore la jurisprudence et cherche dans la législation les principes exprimés ou sous-entendus lui permettant d'apporter une solution au problème qui le préoccupe. Si le texte est obscur ou prête à débat, il tente de retrouver en deça de l'expression formelle du législateur l'esprit de la loi. C'est ensuite, seulement, qu'il cherche dans la jurisprudence une illustration lui permettant de confirmer ou d'infirmer l'opinion qu'il s'est faite.

De plus en plus cependant, le juriste de common law a affaire à du droit législatif, et de plus en plus également le juriste civiliste étudie la jurisprudence, si bien que la différence de méthodologie, pour réelle qu'elle soit, est moins accentuée en pratique qu'elle ne peut le paraître dans l'abstrait. Il en est ainsi au Canada. Le juge du Québec en appliquant les règles du code civil québécois ne procède pas de façon identique à son collègue français, pas plus d'ailleurs que le juge ontarien ou manitobain n'est la parfaite réplique de son homologue britannique, ni celui-ci de son prédécesseur du XIX^e siècle.

1.32. C'est peut-être au niveau de la conception même du droit que la différence entre le common law et la tradition civiliste est la plus apparente. Dans l'optique civiliste, pour des raisons qui sont encore une fois principalement d'ordre historique, le droit est considéré avant tout comme une science. Une grande importance est donc accordée à la théorie juridique, et toute solution judiciaire doit obligatoirement être en harmonie avec elle. Il existe, pour le juriste de tradition civiliste, un certain nombre de préceptes ou de principes abstraits desquels découlent logiquement et naturellement les règles à portée pratique qui constituent les éléments concrets de solution aux litiges. Dans la pensée civiliste, le droit est donc avant tout quelque chose d'abstrait. C'est une science avec ses principes, ses règles et sa méthodologie propres.

1.33. C'est également un système où la logique est impérative et dans lequel on ne peut tolérer les solutions contradictoires qui nuisent à la coordination et à l'harmonie globale de l'ensemble. La tendance naturelle du juriste romaniste, en cas de variations jurisprudentielles d'importance, est d'attendre et de souhaiter une modification législative au texte écrit pour trancher le débat, et non de faire confiance à la sagesse des tribunaux pour qu'ils en arrivent à une solution de compromis acceptable pour tous. Cette vision du droit conditionne le comportement du juriste et la façon dont les lois sont rédigées.

1.34. Ainsi, pour n'en donner qu'un exemple, le juriste européen fait une distinction nette entre les divers domaines du droit, notamment entre le droit public et le droit privé, distinction inconnue de son confrère de common law. De même, la terminologie qu'il utilise pour décrire les phénomènes juridiques reflète le caractère abstrait de sa démarche intellectuelle. Il parlera ainsi du « *droit* » du mariage, du « *contrat* » de louage de choses, du « *droit* » des obligations. Le juriste de common law désignera la même réalité sous les vocables concrets de « *husband and wife* », « *lessor-lessee relationships* », « *law of contracts* ». Le législateur, de tradition civiliste, exprime la règle de droit principalement en termes de « droits » et d'« obligations ». La technique permettant de faire valoir ses droits ou d'obliger l'autre à les respecter, est considérée comme hiérarchiquement subordonnée à l'énoncé de ceux-ci. La règle de droit naît dans les principes généraux et abstraits de la théorie juridique, et ainsi, preuve et procédure demeurent de simples accessoires du droit substantif. L'attitude du common law à l'égard du droit est fondamentalement différente.

1.35. Le juriste de common law, lui, considère la règle de droit d'une façon pragmatique. Elle est avant tout un outil qui permet soit de

résoudre, soit d'aplanir un conflit. La règle est donc essentiellement conçue en fonction de son utilitarisme. Elle est bonne si elle permet une solution ou un compromis. Elle n'a nul besoin, avant d'être formulée, d'être perçue comme constituant la conséquence logique d'un principe abstrait supérieur. Dans cette perspective, le droit est considéré plus comme une technique que comme une science, ou du moins l'aspect technique et pratique prime nettement sur l'aspect abstrait et théorique. Le juriste de common law retrouve dans chaque solution particulière les principes qui la motivent et ce, souvent, après plusieurs années, lorsque la continuité jurisprudentielle renforcée par le respect du précédent lui aura conféré une permanence et une portée générale. Il est moins important pour lui que la solution au cas concret soit en harmonie avec la théorie juridique. Il est par contre indispensable qu'elle soit juste et équitable. Né par le biais de la procédure, le common law a souvent été décrit comme étant essentiellement un « *law of remedies* ». C'est en effet, par exemple, le « *writ of habeas corpus* » qui a permis de faire reconnaître le principe du respect de la liberté individuelle à l'encontre d'une détention abusive. En matière de droit pénal, le common law estime que justice est rendue, si l'accusé a eu un « *fair trial* ». Cette « *équité* » dans le traitement de l'accusé est atteinte, en principe, lorsque toutes les formes de la procédure régulière et de la loi de la preuve ont été suivies. Comme l'a écrit René David :

Suivez une procédure bien réglée, empreinte de loyauté, pense le juriste anglais : vous arriverez presque sûrement à une solution de justice. Le juriste français pense, au contraire, qu'il faut dire au juge quelle est la solution de justice.

(*Le droit anglais*, n° 316, p. 359)

1.36. Le juriste anglais est donc, de par sa conception même du droit, beaucoup plus attiré par l'expérience que par la logique elle-même. Une règle est considérée comme acceptable lors même que son insertion dans l'ensemble pose des difficultés au plan conceptuel, si elle offre une solution équitable au litige. La procédure et le contrôle strict de la preuve prennent dès lors une importance plus grande qu'en droit européen puisque sur le plan philosophique ces deux branches du droit servent de sauvegarde à une juste application du droit substantif.

On ne saurait oublier que la bataille des libertés individuelles s'est gagnée en Angleterre, non pas fondamentalement par des déclarations législatives, mais par l'intervention judiciaire et grâce à la procédure. Le législateur était perçu comme celui qui brimait les libertés, le juge comme

celui qui les défendait. C'est de cette tradition qu'est né le grand respect pour le « *judge-made law* ».

1.37. De nos jours, cette perspective n'est plus exacte, car le système démocratique a mis un frein à l'absolutisme du pouvoir législatif. Le contrôle de celui-ci ne s'effectue plus principalement au niveau judiciaire, sauf peut-être aux États-Unis, et le juge n'est plus, comme autrefois, l'unique ou le principal rempart contre les abus législatifs criants. Le pouvoir législatif a en effet lui-même limité juridiquement ou moralement ses propres pouvoirs par certaines lois fondamentales telles la Déclaration canadienne des droits dans notre pays, ou en se soumettant à certains traités internationaux. Leur force juridique ou morale est une garantie contre les abus.

En outre, certains freins factuels dont l'efficacité n'est pas douteuse ont complété ces mesures de protection. Le développement des communications, tout d'abord, facilite la ventilation dans le public des intentions législatives. La presse écrite ou parlée prend position sur les projets de loi, donne voix aux oppositions et aux groupes de pression, obligeant ainsi le législateur à faire attention aux conséquences politiques possibles de ses programmes législatifs. Ensuite, bien des pays ont senti la nécessité d'un mécanisme supplémentaire de protection du citoyen contre l'application injuste ou arbitraire de la loi. L'ombudsman, le protecteur du citoyen en sont des illustrations. Tous ces facteurs sont autant de phénomènes d'édulcoration du rôle traditionnel du juge en tant que champion des libertés individuelles.

(2) Les préjugés

1.38. Certains préjugés tenaces existent, tant à l'égard du common law qu'à l'égard de l'idée même de codification. Il nous paraît essentiel d'éliminer ce qui n'est souvent qu'un mythe et ainsi des antagonismes, fruits d'une conception déformée des réalités juridiques. Il ne faudrait pas qu'au Canada, où les deux systèmes se retrouvent en présence, un certain nombre de conceptions inexactes continuent à avoir droit de cité. Notre pays est peut-être celui qui est le mieux placé pour tirer profit des deux expériences et, dans la perspective d'une réforme, pour tenter une synthèse des avantages des deux systèmes.

a) *Les préjugés à l'égard de la codification*

1.39. Les préjugés entretenus à l'endroit du système romaniste et de la codification sont peut-être les plus vivaces. La raison en est simple: le juriste romaniste ne perçoit pas le common law comme une menace,

puisqu'il n'a jamais été question pour lui de substituer un système semblable au common law, à son système de droit codifié. Au contraire, certains juristes de common law voient dans la codification, une menace parce que les pays appartenant à cette tradition ont souvent songé à délaisser le droit coutumier et à codifier. L'idée de codification en pays de common law n'est pas récente. Dès 1614, Sir Francis Bacon proposait de codifier les lois criminelles anglaises. Ce projet ne vit pas le jour pour des raisons politiques, et quelques années plus tard, celui d'une Commission présidée par Coke subit le même sort. Un second mouvement important se dessina en Angleterre au XIX^e siècle, mais il ne se matérialisa pas davantage.

1.40. On peut se demander si les préjugés défavorables à l'idée même de codification ne proviennent pas soit d'un manque d'information réaliste, soit d'une certaine crainte d'avoir à abandonner un ensemble dans lequel on se sent à l'aise et dans lequel on a le sentiment de bien fonctionner. Ces préjugés s'expriment, en général, sous forme de lieux communs, de jugements globaux révélateurs parfois d'une certaine peur du changement ou d'une foi aveugle dans l'excellence du système actuel, non remis en question. Les quelques lignes qui suivent sont, sans nul doute, inutiles pour la très grande majorité des lecteurs, et c'est pour cette raison que nous avons jugé préférable de limiter leur développement.

1.41. Le droit codifié, entend-on dire souvent, est un droit stérilisé. Parce qu'il est écrit, il est figé, laisse peu de place à la créativité des tribunaux, élimine le pouvoir discrétionnaire du juge, meilleure garantie de la justice et de l'équité, et donc n'est pas perméable à la réalité sociale puisqu'il ne peut, par le truchement du pouvoir judiciaire, s'adapter aisément.

On conclut généralement après cet énoncé qu'il est préférable de codifier le moins possible. On considère avec bonheur la disposition du common law de type traditionnel et comme un véritable sacrilège, la soi-disant limitation imposée aux tribunaux par la loi écrite.

1.42. Point n'est besoin de réfléchir longuement pour se rendre compte que cette assertion est fautive et part d'une complète ignorance de ce qu'est véritablement une codification. On peut dire d'ailleurs, en procédant par l'absurde, que si cette affirmation était vraie, tous les pays européens, tous les pays d'Amérique du Sud, la très grande majorité des pays africains et asiatiques, ainsi que les États-Unis, devraient être considérés comme ayant un droit pénal inadapté. Bien souvent, à l'époque moderne, il faut le constater, c'est le législateur et non les tribunaux qui adaptent le droit à la réalité sociale. La meilleure preuve

n'en est-elle pas le développement considérable depuis le XIX^e siècle, du droit statutaire dans les pays de common law?

1.43. Les juristes anglais ont constaté eux-mêmes la méprise d'un tel raisonnement :

Nor do we see much merit in the argument that codification would destroy the flexibility of our system. Not even the French codes (relatively the most rigid of all), have proved inflexible, and the German and Swiss codes, which granted wide discretion to the judiciary to decide « ex aequo et bono » or according to the judge's conscience, have created systems which are far less rigid than ours. Finally, we see no merit in the claim that only that kind of law which has been developed through judicial pronouncements and made binding with the help of a doctrine of precedents has the attribute of certainty. It would be facetious to rely, in rebuttal, merely on the well worn (and much cherished) phrase about « the glorious uncertainty » of English law. Instead, we rely on what has already been said about the immense difficulty of ascertaining the law relating to any particular subject, the unresolved conflicts between judicial decisions, and the many doubtful points which are not covered by any binding decisions at all.

(GARDINER, B., and MARTIN, A., *Law Reform Now*, London, Gollanz, 1964, n^{os} 11-12)

1.44. Les bases de cette méprise sur la codification sont fonction d'une mauvaise conception de celle-ci. Tout d'abord, codifier ne signifie pas réduire la totalité des règles juridiques, et ce, dans leur moindre détail, dans une série de textes écrits. La tâche serait impossible par définition, puisque aucun législateur ne peut prévoir d'avance toutes et chacune des applications particulières de la règle de droit, ni obvier à toutes les difficultés de son interprétation. Dans ce sens, un « code complet » est un mythe, une absurdité et une utopie. La codification ne vise pas à rassembler toutes les règles de droit dans une unité formelle, mais seulement à exprimer par écrit, d'une manière claire, les règles générales et à énoncer, sous forme de principes et de règles, les traits caractéristiques et fondamentaux du droit qui constituent la base même de la philosophie pénale. La solution de chaque cas concret dans sa spécificité ne doit donc pas nécessairement être contenue au code. Pourtant, sur le plan pratique, le juge comme l'avocat, par référence aux principes généraux codifiés, doit pouvoir trouver sans difficulté le point de départ des éléments de solution à donner aux situations nouvelles. Codifier, dans sa véritable perspective, c'est donc refléter le droit positif dans une série de règles simples, clairement énoncées, dont on a délibérément écarté la masse des solutions de détail et dont on a éliminé autant que possible les obscurités et les déficiences révélées par l'expérience judiciaire antérieure.

1.45. En second lieu, la codification ne doit pas être perçue comme une marque de méfiance à l'endroit de l'autorité judiciaire, ou encore comme un moyen d'écarter le rôle créateur des tribunaux, en les réduisant à de simples « machines à juger ». On a souvent dit que la codification ôtait toute élasticité à l'application de la règle de droit, en réduisant ou en éliminant le pouvoir discrétionnaire des juges. La première remarque que l'on peut faire à cet égard (cette remarque a d'ailleurs été notée par Stephen lui-même), est, qu'à l'époque moderne, la meilleure technique pour adapter le droit aux circonstances, c'est d'abord la législation et ensuite seulement la jurisprudence. De plus, la codification, aussi paradoxale que la chose puisse paraître, laisse sur le plan pratique plus de liberté et de discrétion au juge qu'un système de droit non codifié dans lequel le juge est lié par l'autorité du précédent. En common law, lorsqu'un juge est opposé à une solution établie souvent de nombreuses années auparavant par ses collègues, il est en fait parfois obligé de s'y soumettre s'il ne parvient pas par les techniques formalistes et souvent artificielles du « *distinguishing* », à secouer ce joug. Mis à part les États-Unis, le refus clair de suivre le précédent est extrêmement rare. Il est donc inexact de prétendre que le common law donne une marge de discrétion plus large au juge. La chose était vraie en Angleterre aux XIII^e et XIV^e siècles; elle ne l'est plus de nos jours. Comme l'a d'ailleurs si bien noté Stephen, la soi-disant « élasticité » du common law signifie seulement qu'il est très minutieusement détaillé en raison de l'accumulation des précédents. Son élasticité n'est en fait que ce qui permet au juge d'aller choisir tel précédent plutôt que tel autre, d'écarter telle décision parce qu'elle peut être artificiellement « distinguée » du cas soumis.

1.46. Un code, en revanche, n'élimine pas la discrétion judiciaire; bien au contraire, il la renforce d'une double façon. Tout d'abord, en pays de droit codifié, le juge utilise quotidiennement son pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation même des textes et des concepts véhiculés par ceux-ci. Son rôle ne se réduit donc pas à une simple application mécanique de la législation.

Ensuite, de nombreux articles des codes confient précisément un pouvoir discrétionnaire au juge pour permettre une meilleure adaptation du droit à la réalité de tous les jours. Ainsi, pour en prendre un exemple, lorsque le législateur français s'est préoccupé du problème de la valeur d'une preuve illégalement obtenue à l'article 172 du code de procédure pénale, il a disposé que cette preuve ne pourrait être admise lorsqu'elle a été obtenue par le juge d'instruction, ... « *en violation des droits de la défense* ». Cette dernière notion demeure un standard très général et très vague qu'il appartient à la jurisprudence de préciser dans chaque cas d'espèce.

Si donc, la codification change quelque chose à la discrétion judiciaire et à la plasticité de la règle de droit, elle le fait dans le sens d'un accroissement de celles-ci. On peut même affirmer qu'elle éliminerait beaucoup des contraintes rigides imposées par l'autorité du précédent dans un système basé uniquement sur la continuité jurisprudentielle.

1.47. En troisième lieu, le système de droit codifié est tout aussi perméable à l'évolution sociale que le système de droit dit coutumier. La définition de la diffamation du code pénal français, par exemple, n'a pas empêché d'appliquer ce texte lorsque l'atteinte avait été commise par un procédé de diffusion moderne qui n'existait pas lors de la promulgation du texte d'incrimination. De même, les principes généraux de l'article 1384 du code civil français de 1804, ont pu constituer une solution valable aux problèmes de responsabilité civile causés par les accidents d'automobile.

Deux remarques importantes doivent être faites à cet égard. Tout d'abord, le droit actuel, et plus particulièrement le droit pénal, sont complexes. Nous ne sommes plus à l'époque d'une parfaite adéquation entre la morale sociale et religieuse et la morale juridique, à l'époque où le crime était la simple transposition au plan juridique de l'interdit religieux ou social. De nos jours, tout un secteur du droit pénal est devenu technique, et devant ce fait, le législateur a cru bon d'intervenir. Cette intervention n'est pas due au fait que les tribunaux n'ont pas rempli leur tâche d'une façon adéquate, mais bien à l'apparition de formes nouvelles de criminalité s'accommodant mal des structures déjà créées par la tradition et de la présence d'une philosophie directrice, imposant aux juges une interprétation stricte et littérale des textes d'incrimination. La multiplication des infractions statutaires et des infractions à responsabilité stricte est une conséquence de ce phénomène. La créativité jurisprudentielle se fait par un processus d'analogie, et l'analogie a ses limites propres. C'est donc bien plus au législateur qu'aux tribunaux, qu'il appartient désormais de définir les conduites coupables de ce genre.

1.48. Enfin, le droit codifié, du moins en partie, s'exprime par des principes généraux. Il vise à définir, dans une langue abstraite, les orientations de la philosophie pénale et ce faisant, reste éminemment adaptable à l'évolution sociale. Au niveau des infractions et des textes spécifiques, le reproche de l'inadaptabilité du droit codifié à la réalité sociale pourrait sembler valable à première vue (mettre par écrit, c'est dans un certain sens formaliser), mais alors, il l'est tout autant pour le droit coutumier. Si, par exemple, dans un système juridique, le jeu ou la prostitution sont considérés par la coutume comme un crime et qu'un consensus populaire de décriminalisation vient à se dégager, l'interven-

tion du législateur sera probablement nécessaire, de la même façon qu'il faudra, dans un système codifié, amender la législation existante pour obtenir le même résultat. On ne doit donc pas exagérer la perméabilité du common law à la réalité sociale dans sa comparaison avec le système de droit codifié. Une étude critique et détaillée montrerait sans doute que, quel que soit le système, la législation a joué, en fin de compte, un plus grand rôle que la jurisprudence, pour mettre la règle de droit à l'heure actuelle.

1.49. La crainte de voir se démoder ou vieillir prématurément la règle codifiée vient de ce que, bien souvent, on confond règle écrite de droit statutaire et règle écrite de droit codifié. Le droit statutaire de tradition britannique cherche à tout régler dans ses moindres détails. Ses critères d'excellence sont sa méticulosité et sa précision. De la sorte cependant, la règle devient plus complexe, se perd dans des détails. Par voie de conséquence, les chances d'un vieillissement rapide augmentent singulièrement, surtout lorsqu'elle est énoncée en termes concrets et rédigée uniquement en fonction d'un utilitarisme immédiat. L'exemple des textes de droit fiscal ou d'une foule de dispositions du droit criminel actuel illustre ce phénomène. On porte donc souvent d'une façon inexacte à l'égard de la règle codifiée un jugement de valeur en se basant sur le droit statutaire.

C'est oublier que la règle de droit codifié est fondamentalement différente de la règle de droit statutaire. Ses critères d'excellence sont sa généralité, sa simplicité et sa concision. Elle n'a pas la vocation de tout prévoir, de couvrir de façon spécifique toutes les situations, la prétention de tout régler et le souci d'entrer dans les moindres détails. Elle veut uniquement établir un principe de base, duquel découle naturellement et logiquement une série d'applications pratiques. Par son degré d'abstraction et de généralisation, elle prévoit tout, sans nécessairement tout régler, laissant donc ainsi une grande part à la créativité jurisprudentielle.

1.50. En conclusion, on doit admettre qu'à l'époque moderne, la codification représente une technique parfaitement acceptable pour énoncer la règle de droit, et qu'une entreprise de codification ne signifie pas la mort du pouvoir judiciaire ou l'apothéose d'un droit positif figé et imperméable à la réalité sociale. Au contraire, codifier est avant tout mettre un certain ordre logique dans une masse contradictoire et souvent obscure de dicta jurisprudentiels. C'est aussi réexaminer avec un œil critique et réorganiser certaines parties du droit statutaire actuel, en groupant l'ensemble des règles pénales dans un seul élément cohérent et

logique et enfin, systématiser les principes fondamentaux du droit pénal sous la forme d'énoncés à caractère général.

b) *Les préjugés à l'égard du common law*

1.51. De son côté, le processus du common law est parfois mal compris de la part des tenants de l'autre système. On lui reproche son éparpillement et son morcellement, sa trop forte technicité, son absence de principes directeurs, et enfin, le caractère excessif du pouvoir créateur des tribunaux. Ces préjugés viennent souvent de l'impression que le common law, au XX^e siècle, est le même que celui qui existait au XVI^e et au XVIII^e siècle, alors que le juge de common law n'exerce plus à l'heure actuelle sa fonction de la même façon que son lointain devancier. Ce dernier créait le droit à partir de la coutume en raison d'une carence totale de textes législatifs. Le juge contemporain œuvre dans un système différent. Son rôle, devant l'accumulation du droit statutaire, est beaucoup plus un rôle d'interprétation que de création. Toutefois, tout en interprétant la loi, il continue à « créer », en adaptant celle-ci aux circonstances nouvelles. Jamais cependant, il ne crée de règle de droit au sens de contrevenir ou d'ignorer dans ses solutions, les dispositions de la loi écrite.

1.52. En second lieu, il est également inexact de prétendre que le common law n'a pas de principes directeurs, n'a pas de logique interne, n'est pas véritablement un système au plein sens du mot. Cette logique, en common law se situe tout simplement ailleurs que là où on la trouve dans un système codifié. Les principes directeurs généraux du common law se retrouvent sous deux formes. La première résulte de la sédimentation progressive des décisions jurisprudentielles, qui, au cours des années, ont peu à peu dégagé, affirmé et affiné un principe fondamental. La seconde provient de ce que l'on pourrait appeler le domaine intersticiel. Entre les différents blocs de décisions, entre les différents principes, il existe des liens. Ainsi, le droit du vol n'a pas pu se développer à l'écart du droit de propriété. Ces liens logiques entre les différentes branches du système du common law sont peut-être moins apparents que dans un système codifié, parce qu'ils ne sont pas, la plupart du temps, consacrés dans un texte législatif écrit. Pour les retrouver, il faut donc se livrer à une analyse jurisprudentielle parfois longue. À cet égard, les compilations des auteurs ou plus simplement les codes annotés ont joué un rôle important, en présentant les dicta des décisions jurisprudentielles comme étant la loi.

1.53. En troisième lieu, le common law, dans son ensemble, n'est pas si morcelé et si disparate qu'on veut bien parfois le croire lorsqu'on le compare au droit codifié. Il est sans aucun doute plus difficile de trouver

la règle de droit en common law traditionnel qu'en droit codifié. Toutefois, on le sait, dans un système codifié, toutes les règles ne sont pas exprimées législativement. Le juriste européen ne peut en effet se contenter d'une simple connaissance de la règle inscrite au code, car il lui manque sa dimension interprétative. Il doit, pour compléter son analyse, savoir quel sens la jurisprudence a donné au texte, comment elle en a défini la portée et quelles sont les limites qu'elle y a imposées, tout comme son confrère de common law.

1.54. Enfin, lorsque l'on cite l'autorité du précédent comme un frein à l'évolution du droit et un encouragement à la technicité des règles, il est indispensable de replacer cette affirmation dans son véritable contexte. Les tribunaux de common law ont développé une série de techniques et d'interprétations jurisprudentielles qui leur permettent, dans la plupart des cas, de ne pas être liés par une décision qu'ils répugnent à suivre. C'est probablement ce qui explique d'ailleurs pourquoi le common law apparaît si byzantin au juriste de tradition romaniste.

1.55. Dans la recherche de ce qui sépare véritablement la tradition codifiée de celle du common law, on doit éviter le leitmotiv de l'évolution historique des deux systèmes dans le but de justifier la conservation des différences de peu d'importance ou qui ne sont pas irréconciliables, et donc l'impossibilité d'aller puiser dans l'autre système des éléments de solutions valables aux problèmes de fond et de structure contemporains.

1.56. L'évolution historique explique sans doute comment et pourquoi deux traditions unies à l'origine se sont séparées. Elle ne rend cependant pas compte des secteurs actuels de différences entre les deux, et encore moins de la localisation de ceux-ci. En effet, le Canada, en 1975, n'a affaire ni au common law anglais du XVIII^e siècle, ni au droit civil ou pénal français du début du XIX^e siècle. Le droit pénal canadien s'est affranchi de son modèle anglais, ne serait-ce qu'en tentant d'en codifier les règles. De la même façon, le droit civil québécois s'est progressivement éloigné du droit napoléonien, tout en conservant, comme le droit pénal canadien à l'égard du common law anglais, des principes généraux, un vocabulaire et un mode de pensée sinon identiques, du moins comparables.

Bien plus, malgré les différences tenant aux systèmes eux-mêmes, il existe certainement une affinité plus grande entre le juge canadien de common law et le juge civiliste québécois, qu'entre le premier et un juge anglais ou le second et un magistrat français. On ne saurait s'en étonner. À travers leurs méthodes et leur formation propre, le juge du Québec, tout comme son collègue d'Ontario, de Colombie-Britannique ou de

Nouvelle-Écosse, expriment avant tout la réalité juridique canadienne, discutent des problèmes locaux, traduisent la mentalité nationale et ont fondamentalement la même perception des réalités du droit pénal parce que vivant dans un même milieu.

(3) Les avantages de la technique de codification

1.57. Adopter un système de droit codifié n'est certes pas une panacée universelle et ne doit pas être uniquement une satisfaction purement intellectuelle, tenant au plaisir de voir l'ensemble des règles de droit pénal contenues dans un tout logique et cohérent sur le plan de la forme. Comme l'a écrit René David, la codification est avant tout « un style ».

1.58. Pour mettre en œuvre une véritable réforme globale du droit, il est nécessaire de se doter d'une méthode et d'un processus juridique résistant au test de l'utilisation quotidienne, c'est-à-dire qui améliore et facilite l'administration de la règle de droit à tous les niveaux et plus particulièrement au niveau de ceux qui, de façon journalière, sont en contact direct avec elle, soit le justiciable d'une part, et le juge et l'avocat d'autre part. Pour ces deux groupes de personnes, une codification véritable du droit pénal présente des avantages incontestables.

1.59. La loi, surtout la loi pénale, n'est pas faite en premier lieu pour le juriste mais pour le citoyen. C'est là une vérité que les juristes ont souvent tendance à négliger. Les sociétés modernes sont en butte à un phénomène décrit par les sociologues du droit comme la complexification croissante de la règle de droit. Il n'existe plus, de nos jours, comme nous l'avons déjà suggéré, une parfaite correspondance entre la morale sociale et religieuse d'une part, et la règle juridique d'autre part. De plus, le crime se technicise, adopte de nouvelles formes et oblige donc le juriste à une formulation.

1.60. Ce phénomène de la *laïcisation* du droit pénal a une importance considérable sur le plan de la méthodologie de la réforme, puisque l'homme de la rue ne trouve plus nécessairement dans les normes religieuses et sociales, un guide ou un modèle sûr, déterminant sa conduite à l'égard du droit pénal. Les infractions statutaires se sont multipliées. La responsabilité stricte a, dans bien des domaines, pris le pas sur la responsabilité fondée sur la conscience de l'individu d'avoir « fait le mal ». De plus en plus donc, dans certains domaines, la règle de conduite pénale s'éloigne de la règle de conduite sociale. Si les voies de fait, le meurtre ou le viol continuent à être perçus comme un mal, et ce, depuis des siècles, il est loin d'être certain que le citoyen moyen à l'heure actuelle

ait véritablement conscience de faire le mal parce qu'il détient certains produits dont une loi technique prohibe la possession, par exemple.

1.61. La criminalité, au sens large du mot, n'est donc plus exclusivement représentée, comme dans les sociétés traditionnelles, par le tabou religieux ou par l'acte que ne commettrait pas un « bon » citoyen. L'anonymat conféré à certains actes par l'interposition du voile corporatif, et la technicisation de certaines infractions, a eu pour effet d'obliger le législateur à les décrire avec une abondance de détails pour être sûr d'atteindre précisément les comportements qu'il juge blâmables.

1.62. Ces facteurs expliquent, en partie du moins, pourquoi la relation entre la connaissance de la règle juridique et la conscience que le citoyen en a d'une part, et son existence d'autre part, est de plus en plus faible, c'est-à-dire, pourquoi le citoyen, de nos jours, connaît de moins en moins les lois et normes de conduite auxquelles il doit se soumettre. Une règle classique veut que « *Nul ne soit censé ignorer la loi* » et que l'ignorance de la loi ne soit pas une excuse. Pourtant, pour que les interdits législatifs soient justes, encore faut-il, non seulement qu'ils aient été régulièrement adoptés, mais encore que le citoyen moyen puisse les connaître et les comprendre. Le droit pénal a aussi une fonction éducative et préventive. Il est contradictoire de vouloir défendre une conduite au citoyen et, en même temps, de ne pas lui permettre de connaître, autrement que par une fiction juridique, l'existence même de cette prohibition et ses limites, ce qui lui permettrait de corriger son comportement et d'éviter une conduite pénalement répréhensible.

1.63. La codification du droit pénal peut apporter un élément de solution valable à ce problème. En effet, l'accessibilité du citoyen à la norme juridique peut être facilitée par le regroupement des règles à l'intérieur d'une structure organisée et logique, et par un énoncé clair et précis des principes qui leur servent de base. Le citoyen moyen ne peut se permettre, puisqu'il n'a pas la formation nécessaire à cet effet, d'évaluer, comme le fait le juriste, la portée exacte de la règle de droit par l'examen didactique de l'évolution jurisprudentielle relative à son interprétation.

Il faut cependant faire un pas de plus. Rien ne sert, en effet, d'offrir au citoyen un instrument tellement technique qu'il n'est compréhensible que par les seuls initiés au système. C'est là le défaut évident d'une « codification » à la mode statutaire, écrite en fonction du juriste et pour celui-ci, et non en fonction du justiciable et pour ce dernier.

1.64. Une codification moderne doit s'exprimer d'une façon générale, dans une langue et une structure intelligible et accessible à tous.

Toutefois, et la difficulté est grande, le législateur, en raison des phénomènes que nous avons analysés plus haut, ne peut se permettre de généraliser au point de manquer totalement de précision lorsque celle-ci est nécessaire parce que le mode de comportement prohibé a essentiellement un caractère technique. Il s'agit donc, avant tout, d'un problème de dosage. Les textes doivent être rédigés en fonction de ceux à qui ils s'adressent et non pour satisfaire intellectuellement celui qui les rédige. Ainsi, il apparaît important de faire une distinction entre les règles du droit substantif et les règles de preuve et de procédure. Ces dernières sont conçues en fonction du procès. Elles s'adressent plus aux juges et aux avocats qu'aux délinquants eux-mêmes. Elles peuvent donc plus volontiers, s'il n'est pas possible de rester au niveau des généralités, être conçues et rédigées dans une perspective utilitaire et technique. Au contraire, certains textes d'incrimination doivent pouvoir être compris par tout le monde et pas seulement par une catégorie de spécialistes.

1.65. Sur le seul plan de l'information générale, la technique de la codification présente donc, pour le public en général, un avantage substantiel, en ce qu'elle lui facilite l'accès aux normes imposées par le législateur. Ainsi, au sens large du terme, elle contribue à ramener la justice au niveau du citoyen et à exemplifier les fonctions éducative et préventive du droit pénal. On ne doit pas oublier, en effet, que pour qu'un système soit viable, il doit être accepté par les citoyens et donc que ceux-ci doivent pouvoir y avoir accès, le connaître, en saisir la rationalité et le critiquer.

1.66. Un auteur anglais, s'exprimant sur ce problème, a bien résumé la situation, quant à son pays, dans les termes suivants :

The unwieldiness of English law has reached a degree which raises one of the more agonising problems of democracy: the question whether the citizen is placed in a position to ascertain the law by which he lives, without incurring unreasonable trouble and disproportionate expense. The answer, we fear, is in the negative. There are well over 300,000 reported cases in common law and equity; the statute law, in its most compact edition, fills 42 large volumes; and delegated legislation, over the past 50 years only, runs into a series of 99 tomes. The number of legal problems which can be answered by reference to one single source of law is infinitesimally small; in the vast majority of cases it is necessary to refer to judicial pronouncements «and» statute law (both parliamentary and delegated). Even in that relatively less troublesome category of cases which can be answered by reference only to statute law, the answer is hardly ever easy to find; for this country has a time-honoured practice of passing a great many statutes, each dealing with only a small part of a subject and making no reference to previous statutes on that subject unless these are amended or repealed.

(GARDINER, G., and MARTIN, A., *Law Reform Now*, London, Gollanz, 1964, n^{os} 10-11.)

1.67. De même, un auteur américain, appartenant à un État (la Louisiane) où l'interaction entre droit codifié et common law est particulièrement vive, a également noté le fait qu'au XX^e siècle, seule la codification présente sur le plan technique de la réforme du droit, une solution valable aux problèmes de droit contemporains.

Men today in increasing numbers are demanding knowledge of the law. They are becoming impatient with much of its antiquated language, its complex and tenuously-useful fictions, because they are finding more and more that they are affected by the law, that they are proper addressees, and they wish to know that they may act accordingly. As we have pointed out, modern law is written law, whether it be found in the reported opinion of a court, the words of a statute, the ruling of an administrative agency or the executive order of the president. As the multiplicity of law increases, a demand for orderly presentation begins to be made. Even with its defects, mainly of man himself, the method of codification, newly adapted to our age, with provision for periodic revitalization, still appears to be the most useful tool for the doing of the task of stating the law clearly and concisely that man may know the rules and principles that are to govern his actions.

(STONE, F., *A Primer on Codification* (1959), 29 Tul. L., Rev. 303.)

1.68. Le juriste, qu'il soit juge ou avocat, trouve également son profit dans une véritable codification du droit pénal. Cette branche du droit est en effet devenue extrêmement complexe et, à l'époque moderne, le juriste préoccupé par une saine et efficace administration de la justice, n'a plus le loisir d'aller rechercher dans une masse législative et jurisprudentielle parfois désordonnée et souvent disparate, les idées ou principes fondamentaux qui régissent le système juridique qu'il est tenu d'appliquer, ou dans lequel il doit exercer sa profession. Que l'on songe, par exemple, à la très grande simplification de la tâche des juges, si les règles de preuve étaient codifiées dans un ensemble cohérent et si, pour justifier sa décision de passer outre à une objection, le juge n'était plus tenu de retrouver à l'aide d'innombrables ouvrages de doctrine, de digests ou d'autres compilations, les règles non écrites concernant la Nième exception à la règle de la prohibition de la preuve par ouï-dire.

1.69. De même, en matière de droit positif, un code contenant non seulement les textes d'incrimination, mais aussi l'énoncé des principes et l'ensemble des règles fondamentales du droit pénal, serait un guide précieux pour le juge face aux situations nouvelles. Au lieu d'être obligé de justifier l'application d'un principe par référence à une tradition jurisprudentielle longue, pleine de contradictions, parfois nettement dépassée ou de portée douteuse, le juge pourrait, en suivant une méthode et un processus de raisonnement semblable à celui qu'il suit à l'heure actuelle, se référer aux énoncés codifiés. De plus, à l'incertitude de l'application de la règle jurisprudentielle, on substituerait une certitude, au moins

relative, de la pensée juridique exprimée clairement dans un texte écrit. C'est également apporter une réponse au moins partielle à l'accessibilité des éléments de solutions des problèmes juridiques et éviter aux tribunaux la tâche difficile d'avoir à trancher entre des courants jurisprudentiels divergents ou contradictoires. La codification, dans ce sens, permet de mieux atteindre les deux qualités que l'on doit rechercher dans la règle de droit : la prévisibilité de son application et sa certitude. Il est en effet plus facile pour un avocat qui fonctionne à l'intérieur d'un système de droit codifié, de connaître la portée de la règle et de pouvoir ainsi concrètement prédire la réaction des tribunaux à son application. Ce n'est pas scléroser la règle de droit que de la codifier, c'est seulement lui donner un degré d'acuité et de certitude plus grand, sans pour autant entraver son adaptation continuelle aux besoins sociaux et à la réalité.

DEUXIÈME PARTIE

La tradition canadienne

2.01. Le Canada, sur le plan juridique, a subi l'influence des deux traditions. Cependant, en matière de droit pénal, pour des raisons d'ordre principalement historique, il a très tôt puisé aux sources britanniques, tant sur le plan du droit substantif que sur celui de la preuve et de la procédure. La parenté indéniable entre le droit pénal canadien et le droit pénal anglais ne doit pourtant pas tromper. Il n'existe pas à l'heure actuelle une parfaite identité entre les règles et les solutions canadiennes et anglaises de la même façon qu'il n'existe pas non plus de complète équivalence entre le droit civil québécois et son modèle français. En répondant à des préoccupations sociales et culturelles propres et en les traduisant dans ses règles juridiques, en codifiant partiellement son droit, le Canada, tant sur le plan du fond que sur celui de la forme, s'est éloigné de son modèle et a trouvé une identité particulière. Il est indispensable de l'identifier, d'en dresser une sorte de bilan de façon à pouvoir ensuite découvrir le véhicule législatif le plus approprié pour le traduire fidèlement. Cette identification peut se faire d'une part à partir du plan législatif et d'autre part à partir du plan jurisprudentiel.

A. L'EXPÉRIENCE LÉGISLATIVE CANADIENNE

2.02. Le droit anglais introduit au Canada était constitué à la fois par le véritable droit coutumier né de l'accumulation des précédents judiciaires, et par le droit écrit ou droit statutaire. La référence se faisait donc tout naturellement, au sein des tribunaux canadiens, à l'ensemble du système anglais, à sa méthodologie propre, et ce dès 1763 au Québec et 1792 en Ontario. Pendant longtemps donc, sur le plan juridique, le Canada pouvait être considéré comme une simple extension territoriale anglaise. Il n'existait pas à proprement parler un système pénal canadien distinct du système anglais, si ce n'est par certains textes statutaires

autochtones prenant d'ailleurs pour modèle le droit anglais, et dont la portée restait toutefois limitée.

2.03. Or, l'examen du droit pénal canadien en ce dernier quart du vingtième siècle, révèle que la parfaite identité des deux droits est chose du passé. Le droit pénal canadien, bien que restant profondément imbu de la tradition du common law britannique, s'est progressivement séparé de son modèle et, tout en conservant avec lui d'indéniables attaches structurelles et idéologiques, a conquis ses propres lettres de créance.

2.04. Ce phénomène n'est souvent pas suffisamment mis en relief. Les personnes qui se sont installées sur le territoire canadien actuel venaient d'horizons divers et de cultures différentes. Le common law anglais taillé avant tout à la mesure anglaise, a dû se « canadieniser » quelque peu, et s'adapter à la mesure du continent, puisqu'il s'appliquait désormais à un milieu qui, culturellement, économiquement, géographiquement et socialement n'était pas identique au milieu britannique.

2.05. Le droit pénal canadien s'est donc peu à peu éloigné du droit anglais, tout en conservant avec lui des liens évidents. Cet éloignement se situe à un double niveau. Tout d'abord au niveau du contenu même des règles de droit. Dans bien des cas, dont il serait inutile de vouloir dresser ici une liste exhaustive, le droit pénal canadien a emprunté une voie différente du droit britannique, et ce tant en matière d'infraction qu'en matière de preuve et de procédure. Ensuite, et pour les fins de la présente étude, c'est sans doute le point de séparation le plus important, la tradition canadienne a ressenti le besoin d'écrire le droit pénal substantif et la procédure, et de regrouper ces règles à l'intérieur d'un code.

2.06. Le débat entre le droit écrit et le droit non écrit n'a jamais eu au Canada les proportions qu'il a prises en Angleterre lorsque Bentham d'abord, puis Stephen ont défendu l'idée d'une codification des règles de common law. En 1893, le Canada se dotait d'un premier Code criminel s'inspirant largement du projet de Stephen, lequel avait lui-même puisé aux sources des travaux de la commission de réforme nommée par le gouvernement anglais en 1838. Les commissaires, à partir de ce projet et du droit statutaire canadien alors en vigueur, effectuaient à l'intérieur d'une même structure une consolidation du droit pénal de l'époque.

2.07. Comme on le sait, ce premier Code se maintint à travers les refontes de 1906 et de 1927, jusqu'à la réforme de 1955. La Commission de révision du Code criminel nommée en 1949 avait pour tâche essentielle non pas de créer véritablement un droit nouveau, mais bien de

réorganiser le droit d'alors, de le rendre plus cohérent, et d'en simplifier certaines parties. La Commission remplit fidèlement le mandat qui lui avait été confié. Le Code criminel passa en effet de quelque 1100 articles à 753, à la suite d'un effort de compression et de la condensation en un seul texte de diverses variantes d'une même infraction. Il fit disparaître aussi bon nombre de dispositions désuètes et inutiles.

2.08. La réforme de 1955 a cependant constitué plus qu'un simple ravalement du droit pénal canadien de l'époque. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, elle a grandement clarifié les règles de la négligence criminelle. L'article 247 du Code de 1893 faisait une négligence criminelle de ce qui semblait n'être au fond qu'une simple négligence civile. S'inspirant de la règle énoncée par Lord Hewart dans *Rex v. Bateman*, la Commission proposa la définition contenue à l'article 191 du Code de 1955 et y joignit les articles 192 et 193 relatifs à la négligence criminelle causant la mort ou des lésions corporelles.

2.09. Le Code de 1955 a aussi dépassé la seule clarification de certaines infractions puisant leur origine dans le common law britannique et a rompu ainsi avec le droit anglais. Le Code a en effet aboli les infractions issues du common law, à l'exception de l'outrage au tribunal et ainsi a donc véritablement coupé le cordon ombilical au niveau du droit des infractions. Ce phénomène est particulièrement important puisqu'il affirme, d'une part, l'engagement net dans l'écriture du droit, du moins quant aux textes d'incrimination, et d'autre part, un effort de canadianisation de l'ensemble.

2.10. En énonçant par écrit toutes les infractions, le Code de 1955 visait deux objectifs. D'une part, la traduction en langage législatif de certaines infractions de common law et donc pour la première fois, leur formulation précise. Il en fut ainsi du complot de common law, du méfait public, de l'indemnisation d'une caution. D'autre part, il rompait avec la tradition du droit coutumier, en posant le principe que désormais nul ne pouvait être déclaré coupable d'une infraction à moins que celle-ci ne soit expressément prévue par une loi du Parlement canadien. C'était concentrer entre les mains du législateur le pouvoir de créer des infractions, contrairement à la pure tradition du common law britannique.

2.11. Le Code de 1955 représente un jalon important dans l'évolution du droit pénal canadien, moins par sa facture même qui reste au fond une amélioration et une restructuration du Code de 1893, que par la rupture qu'il opère avec le common law anglais et donc par une première tentative du droit pénal canadien de s'associer à la famille des droits écrits.

2.12. Une comparaison entre le Code de 1955 et celui de 1893 révèle en effet peu d'innovation sur le plan du langage juridique et de l'architecture du code. La réforme de 1955 a dépoussiéré le droit, mais sans remettre en question la philosophie même du droit pénal, sa méthode et ses formes d'expression. On peut voir dans cet attentisme l'une des raisons qui a fait que le Canada a connu depuis tant de commissions d'enquête et de comités parlementaires sur des problèmes que l'actualité sociale exacerbait, comme la peine de mort, les châtimens corporels, l'aliénation mentale. Depuis la réforme de 1955, le droit n'a cependant pas souffert d'un immobilisme complet puisque certaines modifications apportées ont tenté d'éviter un trop grand décalage entre la réalité sociale et la réalité juridique. C'est ainsi que des amendements ont cherché à refléter au niveau de la loi les nouveaux états de la morale sexuelle, ou les nouvelles conceptions en matière d'avortement et de tentative de suicide.

2.13. Sur le plan de la forme, dans sa version la plus récente, celle de 1970, le Code se divise en 25 parties, dont on ne peut que déplorer l'agencement parfois peu logique et la disparité de contenu.

La lecture de la partie IV du Code laisse rêveur. On y trouve en effet, sans ordre et sans aucun lien logique, des infractions allant du viol au fait de gêner un ministre du culte, de la distribution de pornographie à la séduction à bord des navires, de l'attentat à la pudeur à la négligence d'accomplir certains actes relatifs à l'inhumation des cadavres. De même, la partie VI, de loin la plus considérable et qui contient 86 articles, est faite à partir d'un regroupement qui semble artificiel à bien des égards. L'infraction relative à la propagande haineuse trouverait beaucoup mieux sa place, par exemple, parmi les infractions contre la sûreté de l'État. Pour prendre un dernier exemple, on voit mal dans la partie VIII le lien qui existe entre les opérations contractuelles et commerciales frauduleuses et les infractions relatives à la liberté d'association (grève, piquetage, association syndicale).

2.14. Indépendamment donc du contenu des règles, on ne peut que déplorer les lacunes trop évidentes qui existent au niveau de la structure logique interne du Code criminel actuel. Le regroupement de certains textes apparaît presque être l'effet du hasard. De plus, on ne retrouve nulle part une tentative de synthèse de l'ensemble des règles de portée générale communes à tout le droit pénal. Enfin, l'éparpillement de certains textes rend l'établissement de leur filiation, des principes qui les gouvernent et des liens qui les unissent particulièrement difficile. Le Code de 1955 a certes une logique, mais celle-ci n'est pas apparente en raison de la disparité de l'agencement des textes. Ceci contribue donc à lui donner un aspect hautement technique et à rendre son accès difficile au non-spécialiste.

2.15. Il faut voir dans l'expérience législative canadienne un premier pas vers une codification. Malgré ses défauts et ses lacunes, le Code criminel canadien représente une étape importante. Il marque en effet une certaine rupture avec la tradition purement coutumière de droit britannique classique, sans toutefois aller complètement dans le sens d'une véritable codification. L'évolution future de la législation en la matière montrera si le Canada pourra relever le défi et s'engager résolument dans un processus de codification nationale lui permettant un énoncé systématique et clair de sa philosophie pénale.

B. L'EXPÉRIENCE JURISPRUDENTIELLE CANADIENNE

2.16. L'activité législative canadienne en matière de droit pénal n'est qu'un volet du droit canadien. Plus de cent ans de jurisprudence ont permis à celui-ci de s'affiner, de confronter les diktats législatifs à l'expérience de tous les jours et de combler ainsi les vides laissés par la loi.

Il est évidemment impossible de porter un jugement de valeur d'ensemble sur la façon dont la jurisprudence canadienne s'est acquittée de sa tâche dans l'élaboration du droit pénal canadien. Il faudrait, pour ce faire, reprendre un à un les différents domaines du droit pénal, isoler les zones de créativité jurisprudentielle, les comparer aux solutions d'autres pays et les critiquer. C'est une tâche considérable qui ne rentre pas dans les buts poursuivis par cette étude.

2.17. Il est cependant important, dans la perspective de la réforme, de dresser un bilan global de l'expérience jurisprudentielle canadienne. Cette analyse permettra de la situer par rapport aux traditions dont elle s'est inspirée et, partant, de mieux identifier les objectifs de la réforme.

Nous tenterons cet examen en prenant pour point de départ les trois rôles classiques de la jurisprudence, soit la création, l'interprétation et la clarification des règles de droit.

(1) La création jurisprudentielle des règles de droit

2.18. La tradition britannique classique du common law se fonde, comme nous l'avons vu, sur le postulat que les tribunaux sont véritablement les gardiens de l'évolution du droit. Le législateur en n'intervenant pas, ou le moins possible, permet aux juges d'agir comme véhicules de la réalité sociale dans la norme juridique. Cette tradition identifie donc aisément droit coutumier et créativité et se méfie du droit écrit, y voyant une stabilisation ou une fixation de la règle de droit et donc, à moins de modifications législatives constantes, une possibilité de sclérose de celle-

ci. Nous avons constaté déjà combien cette opposition historiquement exacte, est largement dépassée de nos jours.

2.19. Le Code criminel de 1955 n'a pas eu pour effet de faire entièrement passer le droit pénal canadien dans la famille des droits écrits. Il fait encore, par le biais de l'article 7, une place au droit non écrit en se référant au common law d'Angleterre d'une double façon. Tout d'abord, en rendant applicable au Canada le droit criminel d'Angleterre en vigueur avant le 1^{er} avril 1955, à la condition de n'être pas incompatible avec le Code ou une autre loi du Parlement canadien; ensuite, sous la même réserve, en conservant le common law britannique relatif aux justifications, excuses ou moyens de défense à une incrimination.

En cette matière donc, dans la mesure où la loi canadienne est silencieuse, le common law anglais continue à s'appliquer. Cette référence, il convient de le préciser, n'est pas seulement au droit coutumier anglais mais aussi au droit statutaire. Toutefois, pratiquement parlant, l'effet principal de l'article 7 est bien de renvoyer au common law dans le sens strict du terme, étant donné la relative rareté ou même l'absence de textes législatifs britanniques sur le sujet.

2.20. Par la force des choses, l'article 7 ne vise que les principes et règles connus du common law au moment de l'adoption du Code, c'est-à-dire que ceux déjà sanctionnés à cette époque par la jurisprudence, et auxquels la force du précédent avait conféré l'autorité d'un texte de loi. Deux interprétations sont cependant possibles. Une interprétation littérale lie les tribunaux canadiens au common law tel qu'il existait en 1955. Une interprétation moins rigoureuse et peut-être moins legaliste voit dans le texte une invitation, conforme d'ailleurs à l'intention des commissaires de 1955, pour les tribunaux canadiens à adapter le droit pénal général du pays aux circonstances nouvelles en tenant compte de l'évolution du common law.

2.21. Il n'est peut-être pas inutile d'illustrer à l'aide d'un exemple précis, la situation créée à cet égard par le Code de 1955. Dans une accusation de vol, un tribunal canadien ne peut, en raison de l'article 8, appliquer d'autre définition de cette infraction que celle prévue par le Code criminel canadien. Il ne pourrait par exemple aller puiser en la matière aux sources du common law. Par contre, s'il s'agit d'apprécier les moyens de défense de l'accusé et de trancher sur les justifications ou excuses que celui-ci peut fournir, le tribunal doit, sauf incompatibilité, se référer au droit coutumier anglais. Il en est de même quant au droit de la preuve et au droit de la procédure, à cette nuance près que le tribunal

peut alors tenir compte non seulement du droit coutumier ou du common law *stricto sensu*, mais aussi du droit statutaire britannique.

2.22. La référence au droit supplétif anglais n'a pas l'importance qu'on pourrait lui reconnaître à première vue. Le droit canadien a, en effet, développé ses règles propres en matière de procédure, ne conférant plus au common law en ce domaine, qu'un rôle marginal. Le Code criminel a de plus consacré plusieurs moyens de défense et a énoncé législativement des règles fondamentales en matière de responsabilité criminelle. Les dispositions générales des articles 12, 13 et 16 sur les mineurs et les aliénés mentaux, celles de l'article 17 sur la contrainte, de l'article 19 sur l'ignorance de la loi, des articles 34 à 47 sur la légitime défense, etc. Certaines dispositions particulières complètent ce tableau général des justifications, excuses et moyens de défense du droit canadien. Ainsi en est-il de l'article 215 qui fait de la provocation une cause d'atténuation de culpabilité dans une inculpation de meurtre, de l'article 251 portant sur l'exception thérapeutique en matière d'avortement, de la défense de bonne foi en matière de bigamie (article 254), de celle de bien public en matière de libelle et de sédition, de propagande haineuse et d'obscénité (articles 275, 61, 281(2) (3) et 159(3)). On doit également compter sur les moyens de défense spéciaux prévus par les lois criminelles statutaires.

Malgré ces restrictions à la portée de l'article 7, il reste un certain nombre d'excuses, de justifications et de défenses, reconnues par le common law, non codifiées, et qui s'appliquent donc supplétivement en droit canadien, dans les limites posées par la loi. Un exemple en est la défense de nécessité, sûrement invoquée, mais qui a récemment été débattue devant la Cour suprême dans l'affaire Morgentaler et la Reine.

2.23. Que l'on considère la référence de l'article 7 faite par les codificateurs de 1955 comme un aveu d'impuissance à codifier, ou au contraire comme révélatrice du désir de promouvoir une plus grande souplesse du droit canadien, importe peu. Un fait important demeure: ce Code criminel canadien, par cette technique, entendait laisser aux tribunaux le soin et la responsabilité de faire évoluer le droit et de l'adapter aux situations nouvelles résultant des transformations sociales. Comment ceux-ci se sont-ils généralement acquittés de leur tâche?

2.24. Dans certains domaines précis, la jurisprudence canadienne n'a pas hésité à utiliser avec une certaine efficacité apparente l'outil que lui avait fourni le législateur. Le problème délicat de l'automatisme non démentiel en est une illustration. L'inconscience est, par hypothèse, incompatible avec le *mens rea*. Cependant, d'après la tradition, l'in-

conscience ne pouvait pas être considérée comme une aliénation mentale au sens de l'article 16, lorsqu'elle n'était pas causée par une véritable maladie. Les tribunaux se trouvaient donc devant un dilemme, puisqu'il était nettement contraire au principe du *mens rea* de trouver coupable celui qui avait commis une infraction sous le coup d'une inconscience provenant d'une cause en dehors de sa volonté et de son contrôle. Les tribunaux ont donc dû faire place à ce plaidoyer dont la fréquence s'est d'ailleurs sensiblement accrue avec la faveur de l'expertise psychiatrique.

2.25. Il est particulièrement intéressant d'analyser l'évolution jurisprudentielle sur cette question, car elle est jusqu'à un certain point révélatrice des difficultés rencontrées par la jurisprudence canadienne dans l'expression de son pouvoir créateur. Certaines décisions de la fin du XIX^e siècle portant sur le somnambulisme donnaient ouverture à l'automatisme comme moyen de défense. Pourtant, en 1951, la Cour d'appel de l'Ontario refusait de le faire au motif que ce moyen ne cadrerait pas avec les seuls plaidoyers d'exonération reconnus par la loi. Quatre ans plus tard, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse adoptait une position diamétralement opposée et faisait, malgré le texte de l'article 16, de tout état d'inconscience, quelle qu'en soit la raison, une cause d'acquittement. En 1966, la Cour d'appel de la Saskatchewan emboîtait le pas en décidant de la recevabilité d'une défense d'inconscience causée par une blessure, un médicament ou par l'alcool.

2.26. Il faut dire toutefois qu'en 1957, l'arrêt anglais *Kemp* avait posé une limite à la défense d'automatisme, en la distinguant de la défense d'aliénation mentale et en décidant que l'inconscience causée par toute maladie physique ou mentale (en l'espèce une mauvaise condition du cerveau causée par l'artériosclérose), tombait sous le coup de cette dernière. Enfin, en 1961, la Chambre des Lords vint, dans une décision de principe, l'arrêt *Bratty*, se prononcer clairement sur cette défense et donc faire autorité en droit canadien. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bleta* de 1964 semble tenir pour acquis l'automatisme en cas de meurtre, mais sans en discuter le principe, le fondement et les modalités, sans examiner si cette défense est compatible avec l'économie générale du droit pénal canadien et sans voir dans quelle mesure les règles définies par la Chambre des Lords peuvent trouver un écho favorable dans le contexte juridique et social canadien.

2.27. Cette fidélité de la jurisprudence canadienne à la source anglaise s'est fait sentir dans d'autres domaines, avec des conséquences moins heureuses que dans l'espèce que nous venons d'examiner. En effet, la jurisprudence canadienne dans bien des cas, au lieu d'utiliser les règles

du common law britannique comme elle aurait dû le faire en raison de l'article 7, c'est-à-dire comme *rationes scriptæ*, adaptables et malléables aux réalités canadiennes, les a considérées un peu comme un texte de loi strict, s'imposant sans discussion et avec rigidité. Quelques exemples permettront d'illustrer ce phénomène.

2.28. Le Code criminel ne mentionne pas l'ivresse comme moyen de défense. De plus, lors de l'adoption du Code de 1892, l'ivresse n'avait pas encore été reconnue comme une cause de disculpation, les quelques arrêts sur la question ne permettant pas de formuler une règle précise. Dans un arrêt célèbre rendu par la Chambre des Lords en 1920, *D.P.P. v. Beard*, Lord Birkenhead avait résumé en trois propositions l'évolution de la jurisprudence. Depuis cette date, les tribunaux canadiens appliquent sans discrimination, sauf quant au fardeau de la preuve, les propositions de Lord Birkenhead, comme s'il s'agissait d'un texte de loi, ce qui a eu pour effet d'entraîner certaines contradictions et incertitudes.

Ainsi, dans l'arrêt *Beard*, la Chambre des Lords énonçait que l'ivresse pouvait être une cause d'exonération si l'accusé, par ce fait, était incapable de former « l'intention spécifique » nécessaire à la constitution de l'infraction. En 1931, la Cour suprême appliquait néanmoins les dispositions de l'arrêt *Beard* à un cas de meurtre, sans attacher de signification particulière à la qualification de l'intention spécifique. En 1960, la Cour suprême se prononçait à nouveau sur la question. Pourtant, passant complètement sous silence sa décision antérieure, elle tirait de l'arrêt *Beard* une distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique, permettant la défense d'ivresse à l'égard de la seconde, mais non de la première en l'appliquant aux faits particuliers, à l'espèce: un assaut. De la sorte, la majorité des tribunaux canadiens à l'heure actuelle acceptent la défense d'ivresse dans le cas des infractions exigeant une intention spécifique seulement.

2.29. Sur un plan plus général, l'intoxication par l'alcool ou par la drogue soulève de nos jours une question importante. Sur le plan de la politique sociale générale, faire de celle-ci une cause d'exonération de responsabilité pénale, pose un problème aigu, pouvant conférer une sorte d'immunité aux usagers. On se serait attendu à ce que les tribunaux canadiens, considérant notre contexte social particulier, cherchent à rationaliser les règles de droit à la lumière de ces impératifs. Loin de ce faire, et plutôt que d'utiliser à bon escient le pouvoir que leur donne l'article 7, ils ont cherché les règles applicables au problème dans un arrêt de 1920, en ont extrait trois propositions et les ont interprétées hors contexte. Somme toute, tout s'est déroulé comme si Lord Birkenhead avait légiféré en la matière à la place du Parlement canadien. Il est troublant de

constater que les tribunaux n'ont jamais éprouvé le besoin de rafraîchir la « loi *Birkenhead* ».

2.30. Cette référence conservatrice à la jurisprudence anglaise a eu parfois des conséquences curieuses. Les tribunaux canadiens se sont sentis souvent plus à l'aise avec le précédent de common law qu'avec un texte législatif précis demandant une interprétation originale. Ainsi en a-t-il été, par exemple, en matière d'aliénation mentale. Les tribunaux canadiens ont donné pendant longtemps à l'article 16, une interprétation tirée en bloc des règles McNaghten anglaises. Dans un grand nombre de cas, les juges, dans leurs directives aux jurés sur l'application du critère de l'aliénation mentale, les invitaient à décider si l'accusé était ou non capable de « connaître » la nature ou la qualité de son acte. Il a fallu que ce soit une commission d'enquête, la Commission McRuer, qui attire l'attention des tribunaux sur la différence fondamentale de terminologie et donc de contenu entre la règle de l'article 16 et les règles McNaghten. « Jurer » de la nature et de la qualité de son acte et « connaître » la nature et la qualité de son acte sont deux choses bien différentes. Le mimétisme à l'égard du droit britannique avait caché la différence.

2.31. La défense de contrainte a donné lieu à un phénomène semblable jusqu'à ce que la Cour suprême, dans l'arrêt *Carker*, fixe la portée de ce moyen de défense dans le cadre strict imposé par le Code et affirme que la codification comportait à cet égard une définition exhaustive.

2.32. La référence au common law en matière de preuve permet une constatation identique. Les tribunaux canadiens puisent en effet dans le précédent judiciaire anglais la règle applicable au cas qui leur est soumis, comme s'il s'agissait d'un texte de loi. La créativité jurisprudentielle canadienne est donc réduite à sa plus simple expression parce que les tribunaux vont, sauf rares exceptions, rechercher les règles de preuve dans une masse jurisprudentielle confuse, parfois contradictoire, qui s'est constituée au cours des siècles, au lieu de les formuler eux-mêmes. Il s'ensuit un régime désuet et infiniment complexe de légalité de la preuve où les règles minutieuses entourant les exceptions prennent le pas sur les principes et leur finalité, sans que personne n'ose de temps à autre remettre en question celles-ci dans le contexte canadien moderne. Tout se passe donc comme si la poussière des siècles conférait aux règles un caractère sacré et immuable, imperméable au contexte national et à l'abri de l'érosion du temps, comme si le common law anglais constituait une inépuisable source de recettes pour la solution des problèmes canadiens.

2.33. Tout en se gardant de vouloir porter un jugement par trop sévère sur le rôle créateur des tribunaux canadiens, un certain nombre de réflexions et de constatations s'imposent. En premier lieu, la jurisprudence canadienne n'a malheureusement pas réussi ou voulu utiliser toutes les ressources que lui donnait le législateur par le biais de l'article 7 du Code pénal. Elle a en effet peu innové, se contentant, la plupart du temps, d'un certain mimétisme à l'égard du précédent anglais. Parfois même, au lieu de suivre celui-ci dans son évolution propre, elle est restée en arrière, attachée à des précédents eux-mêmes dépassés ou remis en question en Grande-Bretagne.

En second lieu, elle s'est trouvée souvent fort embarrassée dans son rôle créateur, lorsqu'elle devait composer à la fois avec le common law de référence et les dispositions du Code criminel. Elle semble en effet avoir éprouvé des difficultés à harmoniser droit jurisprudentiel et droit législatif.

Enfin, trop souvent, l'importation des solutions jurisprudentielles anglaises s'est faite sans discrimination véritable, c'est-à-dire sans s'enquérir de la correspondance entre le milieu juridique, social et culturel du lieu où la règle avait été créée et le milieu canadien récepteur de la règle.

(2) L'interprétation jurisprudentielle du Code criminel

2.34. La jurisprudence canadienne a eu pour second rôle d'interpréter le Code criminel, d'abord celui de 1893, ensuite celui de 1955. Cette tâche, il faut le dire, n'était pas facile en raison principalement du fait que ni l'une, ni l'autre de ces lois ne constituait un véritable code où les juges auraient pu trouver les principes directeurs de la politique pénale canadienne, les règles de base du droit pénal et les postulats sociaux sur lesquels celles-ci étaient fondées. Les tribunaux canadiens, sauf rares exceptions, ont estimé être en présence d'un simple statut. Leur comportement à l'égard du Code criminel a donc été fidèle à cette perception: ils ont interprété celui-ci dans la meilleure tradition de l'interprétation statutaire, d'abord en interprétant le Code criminel par rapport au common law et en fonction de celui-ci, et ensuite en donnant à certains textes du Code une interprétation purement littérale.

2.35. Le Code criminel n'était considéré que comme une sorte de compilation statutaire du common law traditionnel. Il devait donc fidèlement refléter celui-ci. Par voie de conséquence, plutôt que de tenter de rechercher, au-delà des textes, l'intention législative, les tribunaux dans bien des cas se sont référés aux précédents judiciaires. Ceux-ci, par

définition, conservaient toute leur actualité, la règle législative étant censée n'en être que l'expression écrite.

2.36. Ainsi, la plupart des textes d'incrimination du Code criminel ne contiennent pas en général la mention de l'élément moral des infractions. Ils ne sont exhaustifs ou complets que dans la définition matérielle de celle-ci. Les tribunaux canadiens, lorsqu'il s'est agi par exemple de relever les exigences juridiques de la culpabilité pénale, se sont souvent référés, dans l'interprétation des textes du Code, à la jurisprudence des pays du Commonwealth. En matière de responsabilité stricte, ils ont carrément puisé dans le common law une règle d'interprétation limitant le rôle du *mens rea* quant aux infractions réglementaires.

2.37. L'interprétation de l'article 16 par rapport aux règles McNaghten est un autre exemple de cette tendance des tribunaux à ne considérer l'expression législative des règles de droit que comme une simple version écrite du common law. Cette attitude comporte de sérieux dangers à la fois pour l'interprétation des textes et pour le développement d'un caractère véritablement national du droit pénal canadien.

2.38. Bien plus, dans certains autres cas, les tribunaux canadiens, plutôt que de rechercher une solution avant tout compatible avec l'économie générale du droit canadien et de considérer l'ensemble de la législation pénale, ont purement et simplement abdiqué ce rôle. Ils ont ainsi déterminé l'étendue et la portée des textes du Code concernant la complicité uniquement par le common law. Certes les solutions auxquelles ils sont ainsi parvenus, en matière de complicité, peuvent être valables même dans le contexte canadien. C'est cependant le processus qui laisse à désirer. Il constitue en effet un accroc sérieux à la règle de l'article 8 qui abroge les infractions de common law, les règles de la complicité étant en effet des modalités des incriminations. Cet accroc est d'autant plus évident que dès 1892, le législateur canadien avait abandonné en la matière les règles traditionnelles du common law pour s'en donner de nouvelles.

2.39. Cette dépendance de la jurisprudence canadienne à l'endroit du common law a certes connu des exceptions. En matière de sédition, par exemple, la similitude entre le Code criminel canadien et le common law sur les éléments constitutifs du crime, n'a pas empêché la Cour suprême dans l'arrêt Boucher d'écarter cette dernière et de refuser de considérer comme séditieux un acte susceptible de susciter la haine entre les classes sociales. La Cour suprême, ici, a limité la portée de l'infraction en fonction du contexte social canadien.

2.40. Le caractère statutaire du Code criminel a eu une autre conséquence importante sur le comportement des tribunaux. Au lieu en effet de considérer que le Code représentait une loi fondamentale et devait donc dans son interprétation être tenu pour tel, les tribunaux canadiens, dans bien des cas ont donné aux textes du Code une interprétation strictement littérale, conforme à l'interprétation traditionnelle des tribunaux de common law à l'égard des statuts. Un exemple permettra de mieux mettre ce phénomène en relief.

2.41. L'article 24 du Code criminel punit pour une « tentative » celui qui, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but. Ce texte exige, sans ambiguïté, une intention de la part de l'auteur de la tentative sans donner toutefois de précision sur la nature de cette intention. Le problème qui se posait donc en cas de meurtre était de savoir si l'on devait exiger l'intention de tuer, ou seulement la preuve que l'accusé était dans l'un des états d'esprit constitutifs du *mens rea* de meurtre défini par le Code (par exemple l'intention de causer des blessures et l'insouciance des effets de celles-ci sur la victime). Sur cette question d'une importance primordiale pour le droit pénal canadien, la Cour suprême, fidèle à sa vision du Code comme un simple statut, a maintenu une simple interprétation textuelle et littérale des articles du Code.

2.42. Loin de nous la pensée de critiquer la logique de la Cour suprême. D'une part, elle est parfaitement conforme à l'interprétation littérale des textes législatifs puisque l'on peut légitimement soutenir que le *mens rea* de la tentative doit emprunter, tout comme l'*actus reus*, les éléments de l'infraction tentée. D'autre part, le Code ayant été rédigé et conçu comme un statut, la tâche de la Cour suprême de rechercher l'économie générale du droit et de traduire celle-ci au niveau de l'interprétation des textes était loin d'être simplifiée. Cette interprétation littérale a cependant pour effet d'imposer une restriction importante au principe du *mens rea*, lequel commanderait la preuve de l'intention de causer la mort, principe reconnu par le common law anglais et américain.

2.43. La Cour suprême dans l'affaire *Trinneer* a d'ailleurs utilisé une technique identique en matière de complicité pour meurtre en corrélation avec une infraction où le problème était de déterminer si la conséquence que doit prévoir l'accusé pour être trouvé coupable est la mort de la victime ou au contraire le « meurtre » de celle-ci, selon la définition donnée par l'article 213 du Code criminel. La Cour choisit cette dernière interprétation, peut-être justifiée par une interprétation littérale de l'article 21(2). Elle n'a pas réalisé qu'en ce faisant, elle éten-

dait considérablement la responsabilité du complice d'un meurtre. Elle semble avoir été peu consciente des conséquences juridiques de l'effet de sa décision.

2.44. Comme on peut donc le constater à la lumière de ces quelques exemples, les tribunaux canadiens, dans l'exécution de leur rôle d'interprètes du Code criminel, se sont heurtés à certaines difficultés.

Parfois, considérant l'expression législative comme la simple transposition du common law, ils ont tout simplement privilégié la source jurisprudentielle du common law aux dépens d'une interprétation vraiment nationale du Code criminel canadien.

Parfois, devant un texte législatif dérogeant d'une façon explicite à la tradition du common law, ils ont été fascinés par le caractère statutaire du Code et lui ont donc logiquement donné une interprétation stricte et littérale.

(3) La clarification jurisprudentielle des règles de droit

2.45. Le rôle peut-être le plus fondamental de la jurisprudence et ce, indépendamment d'un système juridique donné, est de clarifier le droit en cas d'ambiguïté, d'obscurité ou de conflit d'interprétation. Les tribunaux doivent en effet, tant pour le justiciable lui-même que pour les spécialistes de la science juridique, trancher entre les interprétations divergentes d'un texte de loi, prendre parti sur les théories contradictoires ou opposées soutenues par les tribunaux inférieurs. La règle de droit doit avoir un certain degré de certitude et de prévisibilité. Les juristes de common law ont d'ailleurs peut-être été ceux qui ont le plus fortement insisté sur cet impératif en raison de la relative timidité de la fréquence des interventions législatives.

2.46. Il est de nombreux cas où la jurisprudence canadienne a rempli fidèlement ce rôle. Il en est d'autres, par contre, où elle l'a fait avec moins de succès. On ne peut s'empêcher de penser alors que la présence d'un véritable code, énonçant les principes directeurs d'une authentique politique criminelle, aurait pu constituer une aide très précieuse aux tribunaux dans l'accomplissement de cette tâche. Une illustration de ce fait peut être tirée d'un domaine que la Commission a exploré en profondeur, celui de la responsabilité stricte.

2.47. Par le biais de l'article 7 (3), le législateur donne, comme nous l'avons déjà vu, aux tribunaux, la responsabilité de faire évoluer le droit pénal et de l'adapter aux situations nouvelles. Comme le note si juste-

ment Paul Weiler dans son examen du travail de la Cour suprême du Canada, l'exercice de ce rôle supposait la détermination d'un principe général apte à permettre cette évolution. Ce principe est celui du *mens rea*, selon lequel nul ne doit être trouvé coupable à moins d'avoir commis une faute considérée blâmable par la loi.

Le principe du *mens rea* a une valeur sociologique, psychologique, criminologique et pénologique. Sociologique, puisqu'il signifie que la loi n'intervient dans la vie du citoyen que dans la mesure où celui-ci a choisi de la transgresser. Psychologique, parce que la conduite du citoyen fera alors nécessairement l'objet d'une appréciation comparée à celle de ses égaux. Le principe permettra au criminologue de concevoir une philosophie répressive basée sur l'exemplarité. Enfin, sur le plan pénologique, le *mens rea* permet de tailler la sanction à la mesure de la personnalité du délinquant.

2.48. Ce principe fondamental n'est pas exprimé en tant que tel par le Code criminel, mais est sous-jacent aux dispositions des articles 12, 13 et 16. De plus, le droit canadien se rattache sur le problème à la tradition du common law («*actus non facit reum nisi mens sit rea*»).

L'exigence du *mens rea* n'est pas universelle et les tribunaux l'appliquent traditionnellement quant aux «crimes», mais l'excluent quant aux «infractions réglementaires» créant ainsi deux genres de responsabilité pénale: la responsabilité à base de faute et la responsabilité sans faute, ou responsabilité stricte.

2.49. La responsabilité stricte a été reconnue dès le XIX^e siècle comme partie intégrante du common law. Pourtant, comme l'ont amplement démontré certaines études faites par la Commission de réforme sur la question, il est impossible de définir précisément cette doctrine, d'en évaluer exactement la portée, d'en connaître avec certitude les limites. Les quelques arrêts sur la question laissent rêveur le juriste averti. Il lui est impossible en effet, à partir de ceux-ci, de prévoir l'application des règles de la responsabilité stricte à un cas précis.

2.50. Cette incertitude et ces divergences jurisprudentielles sont d'autant plus graves que la détermination du régime de responsabilité stricte est une question dont l'enjeu juridique et social est extrêmement important. Pourquoi cette incertitude et ces divergences? Une première réponse vient immédiatement à l'esprit: presque toutes les décisions sur la question sont des jugements de première instance dont le raisonnement reste donc très collé aux faits de l'espèce. Pourtant, la réponse n'est pas aussi simple. Dans les quelques arrêts de la Cour suprême sur la question, il est impossible de trouver des règles claires, précises et bien

établies susceptibles de servir de lignes directrices à la jurisprudence subséquente. On y décide par exemple que le crime de possession illégale de narcotiques exige le *mens rea*, mais non celui de la possession illégale des homards. La Cour suprême n'établit pas des critères suffisamment clairs et précis qui soient applicables d'une façon générale et dépassent le cas d'espèce. On ne trouve donc aucune tentative de rationalisation de ces notions qui permettrait de mettre fin au chaos jurisprudentiel.

2.51. Bien plus, c'est en vain que l'on cherche dans la jurisprudence canadienne une théorie générale rationnelle et cohérente des règles de recevabilité de la défense d'erreur de fait et de l'irrecevabilité de l'ignorance de la loi. Le common law a donné de l'erreur de fait, la définition suivante: «l'absence de *mens rea* consiste dans une croyance de bonne foi et raisonnable de la part de l'accusé en un état de fait dont l'existence aurait pour effet d'innocenter sa conduite.» Cette règle soulève des difficultés et certains points d'interrogation: quelle distinction y a-t-il entre «fait» et «droit»? Suffit-il qu'il y ait erreur de bonne foi ou faut-il en plus qu'il s'agisse d'une erreur raisonnable? Autant de questions controversées à la solution desquelles la jurisprudence canadienne n'a pas apporté de réponses satisfaisantes. La difficulté des tribunaux, laissés sans texte précis, est illustrée par une récente décision britannique (*D.P.P. v Morgan*). La Chambre des Lords, sur la récente question, a émis cinq opinions sur quelque 40 pages.

2.52. Ainsi donc, comme on peut le constater par ces quelques développements sommaires, la jurisprudence canadienne, dans certains cas précis, n'a pas relevé le défi posé par la nécessité d'apporter une clarification à la règle de droit, de façon à en permettre une connaissance exacte par le juriste et le justiciable et donc à faciliter la prévisibilité de sa portée.

2.53. L'appréciation de la tradition pénale canadienne à travers son activité législative d'une part, et son activité jurisprudentielle d'autre part, pourra paraître sévère à certains. Elle se voulait ainsi, de façon à bien mettre en relief que le Canada, tout en conservant en apparence la tradition britannique du common law, n'a pas parfaitement réussi à mettre celle-ci à profit et n'est pas parvenu à tirer les avantages incontestables qu'elle lui offrait.

2.54. L'une des raisons de cet état de choses est que, par certains de ses côtés, le droit canadien avait déjà commencé à constituer sa propre tradition et à se séparer de son modèle. Cette séparation tenant d'une part à l'apparition d'un droit écrit et d'autre part au propre contexte

politique, culturel, social et économique canadien, ne pouvait pas se faire sans heurts. Avant en effet que ne puisse se développer une tradition canadienne autonome et véritablement indépendante, il fallait que le cordon ombilical soit complètement tranché. Or, ni la codification de 1893 ni celle de 1955 n'a osé le faire, ce qui a empêché les tribunaux canadiens de vraiment donner leur mesure et de parvenir à « canadianiser » le droit.

2.55. Le droit pénal canadien est arrivé maintenant à une nouvelle étape de son développement. Même s'il est resté fondamentalement imbu de la tradition de common law, il a pourtant dans une certaine mesure modifié celle-ci en la façonnant à sa propre réalité, et en la confrontant aux exigences particulières du contexte culturel et social canadien.

TROISIÈME PARTIE

La codification: Objectifs et moyens

3.01. L'exposé sommaire des deux grandes traditions juridiques et l'examen de l'évolution du droit pénal canadien ont montré que le fonctionnement actuel de ce droit se heurte à certaines difficultés et que le modèle actuel présente certaines lacunes qui suscitent souvent l'embarras du juge.

3.02. Il a été suggéré au cours de cette étude qu'une véritable codification du type de celles qui régissent aujourd'hui le fonctionnement de la justice dans de nombreux pays y compris aux États-Unis, pourrait constituer un remède efficace et dynamique. Ce remède serait d'autant plus approprié qu'il permettrait d'affirmer la personnalité canadienne et de rendre à la jurisprudence la créativité que les auteurs du Code criminel de 1955 avaient souhaité lui donner, et à laquelle les circonstances et les méthodes n'ont pas permis, comme on l'a vu, de s'épanouir.

3.03. La Commission de réforme du droit du Canada s'est donné pour tâche de « définir les politiques générales de la codification, pour ensuite concevoir la structure et, dans leurs grandes lignes, les principes généraux qui doivent se retrouver dans un code pénal », pour ensuite « préparer à l'intention de la profession juridique un document ayant pour objet de définir la nécessité et les modalités de la codification du droit pénal ». La présente partie a pour objectif de définir et de préciser ces politiques d'écriture du droit.

3.04. Sans être astreint à rappeler encore une fois les avantages d'une véritable codification, il apparaît important de présenter ici une double série d'objectifs, dont la réalisation permettrait de concrétiser ces avantages. Ces objectifs s'analysent d'une part en relation avec les buts

précis que doit poursuivre la codification du droit pénal canadien et d'autre part en relation avec les moyens permettant de les traduire de la façon optimale.

A. LES OBJECTIFS

3.05. Les buts recherchés se situent sur le double plan : matériel et scientifique. Sur le plan matériel, la codification des lois pénales doit être suffisamment complète pour faire le tour du droit positif actuel et suffisamment accessible non seulement au juriste mais encore à l'ensemble des citoyens. Sur le plan scientifique, la codification doit s'efforcer de traduire la réalité juridique canadienne d'une façon fidèle et de servir de moteur et non de frein à la créativité jurisprudentielle, meilleur gage de l'adaptabilité des lois.

(1) Sur le plan matériel

a) *Réalisation d'une codification véritable*

3.06. Le premier objectif qui n'est pas particulier à la codification en tant que telle mais à toute révision consolidée des lois, est de permettre la réunion dans une structure unique, de tous les textes se rapportant au droit pénal, au sens large du terme. Malgré la codification de 1955, l'éparpillement de ces textes, leurs origines diverses, voire l'aspect coutumier de certaines règles importantes, imposent à l'esprit l'idée d'une fâcheuse dispersion empreinte parfois d'incohérence, et le sentiment corrélatif qu'une simplification bénéfique résulterait de leur consolidation à l'intérieur d'une même structure.

3.07. Réaliser cet objectif a été le rêve des auteurs de la première codification. En 1955, les personnes chargées de la nouvelle révision du Code pénal recevaient encore un tel mandat. Elles se sont efforcées, pour remplir leur tâche, d'insérer au Code une partie du droit statutaire restée jusque-là à l'extérieur et de consacrer par écrit un certain nombre de règles de common law dans leur forme originale ou modifiée. L'adoption du principe de la légalité de l'incrimination dans l'article 8 impliquait un pas décisif dans le sens de la codification. Le Code de 1955 n'a cependant jamais été exhaustif et le passage du temps le montre bien.

3.08. Des progrès sensibles pourraient déjà être réalisés par la seule intégration au Code pénal actuel de nombreux textes prévus par des lois particulières. L'objectif poursuivi n'est cependant pas celui-ci. Un véritable code ne se mesure pas en effet au nombre des dispositions qu'il

contient mais à leur logique, importance et qualité. Il ne s'agit pas de substituer au Code de 1955 un code pénal *totale­ment exhaustif* et donc d'effectuer une autre consolidation, elle-même vraisemblablement dépassée dans quelques années, mais bien un instrument sélectif, qui regroupe l'ensemble des textes fondamentaux et tient compte de la hiérarchie des normes législatives.

3.09. Le Code pénal ne doit contenir que ce qui doit *rationnellement* permettre aux citoyens, aux praticiens et aux tribunaux, de faire à chaque cas d'espèce une application aussi simple que possible de la règle de droit, en respectant l'intention du législateur et l'optique sociale dans laquelle le droit a été conçu.

3.10. Le droit actuel ne connaît pas, du moins de façon formelle, une véritable hiérarchie des sources écrites du droit criminel. On peut cependant, par un effort de rationalisation, placer au sommet la *constitution* et l'ensemble des textes d'ordre constitutionnel, qui forment la règle normative la plus fondamentale et la plus générale. Vient ensuite la *Déclaration canadienne des droits* qui, même si elle ne représente pas un texte véritablement fondamental en raison de l'interprétation restrictive que lui ont donnée les tribunaux, contient cependant, au moins à titre énonciatif, les postulats fondamentaux en matière de droit de l'homme et de libertés individuelles.

Le *Code pénal* vient en troisième lieu. Il s'inspire étroitement des sources précédentes. Son rôle est de contenir non seulement les infractions proprement dites, mais aussi les principes juridiques fondamentaux du droit pénal dans son ensemble. De fait, le Code criminel actuel contient déjà, quoique de façon fragmentaire, incomplète et peu cohérente, certains de ces principes.

En quatrième lieu, on retrouve les statuts ou *lois pénales particulières* qui, à propos d'une situation précise, dérogent aux principes généraux du Code pénal, les complètent ou cherchent à les appliquer dans un domaine spécifique.

En dernier lieu, enfin, on peut placer les *règlements* qui, dans une série d'instances déterminées, visent essentiellement à organiser l'application de la loi.

3.11. Une reconnaissance de cette hiérarchie des sources législatives est importante. Ainsi, l'interprétation d'un statut ou d'une loi particulière, devrait dans cette perspective être conforme aux principes établis respectivement dans la constitution, la charte et le Code. Sur le plan pratique, cette hiérarchie permet d'imputer au législateur l'intention

de ne pas déroger aux principes exprimés dans une source hiérarchiquement supérieure, à moins d'en faire mention expresse. Ainsi, un règlement ne pourrait déroger aux dispositions prévues par une source supérieure comme le Code par exemple, puisque sa vocation est seulement de veiller à leur application à des cas particuliers.

3.12. Un code pénal moderne devrait définir les objectifs du droit pénal, les principes fondamentaux qui l'animent et les idées directrices du fonctionnement de la justice pénale. Les principes sont ceux qui ont été forgés au cours des années par la tradition canadienne et qui reflètent donc la réalité sociologique du pays.

Le *principe* constitue une norme décisionnelle fondamentale. Il prend donc la forme de postulats dégagés peu à peu par l'organisation sociale au sens large du terme. Il commande à son tour une série de règles particulières qui le concrétisent au niveau des domaines particuliers du droit. Cette hiérarchie est familière aux principaux auteurs du common law.

De par leur généralité et leur universalité, les principes confèrent aux règles qui les expriment leur cohérence en les rendant plus compréhensibles et plus efficaces. On peut constater que le Code criminel actuel possède de sérieuses carences quant à l'énoncé des principes: ainsi, ni le *mens rea*, ni le rapport de causalité, ni la culpabilité, ni le préjudice social n'y sont explicitement posés.

3.13. Après les principes viennent les *règles d'application générale* dont la portée s'étend à l'ensemble du droit pénal. Ces règles procèdent des principes dont elles ne sont souvent que corollaires. Elles consistent dans l'application d'un principe à une situation donnée. Elles ont donc une vocation plus restreinte, servant tantôt à conférer des droits ou à imposer des obligations dans des situations particulières, tantôt à assurer le fonctionnement des institutions en conformité avec les principes posés antérieurement. Ces règles d'application générale doivent également trouver leur place dans un code pénal puisqu'elles dégagent pour le juge comme pour le justiciable les principales conséquences des principes généraux de la politique législative criminelle.

3.14. En troisième lieu apparaissent les *règles particulières*. Elles découlent, comme les précédentes, des principes. Elles diffèrent d'elles cependant par leur portée plus spécifique. Elles doivent également figurer dans un code pénal scientifiquement conçu et organisé parce que, sans elles, il serait impossible de connaître le détail des principales incriminations et les modalités de leur répression.

Certaines d'entre elles peuvent cependant sans inconvénient majeur, rester extérieures au Code. Il en est ainsi notamment de celles qui visent la mise en œuvre de matières spéciales contenues dans une législation particulière qui contient accessoirement des incriminations, des peines et des règles nécessaires à l'application de la loi en question par les pouvoirs publics.

3.15. Le Code pénal est avant tout un recueil de normes. Toutes les normes cependant ne trouvent pas nécessairement leur place dans son sein. Le choix doit en être fait d'une part en tenant compte de celles qui sont déjà exprimées dans les sources qui lui sont hiérarchiquement supérieures, et, d'autre part, en fonction des valeurs sociales que la société, à travers les codificateurs, entend reconnaître formellement. Seules donc celles qui ont un certain caractère de permanence en dépit d'éventuelles modifications de détail peuvent s'y trouver. On comprendra aisément à cet égard le très grand soin qui doit être apporté à leur rédaction, pour leur conférer cette dimension générale.

3.16. Le Code pénal nouveau devra s'efforcer d'être exhaustif relativement aux principes et aux règles d'application générale. Il pourra comporter une partie générale, une partie spéciale, ainsi que les principes fondamentaux de la procédure, de la preuve et du sentencing.

Dans la partie générale devront figurer les principes concernant l'ensemble de la matière pénale ainsi que les règles d'application générale. Dans la partie spéciale, au contraire, apparaîtront les règles d'application particulière, concernant notamment les infractions.

En outre, d'autres règles d'application particulière, obéissant, sauf dérogation expresse décidée par le législateur, aux principes et règles formulés dans la partie générale, continueront à figurer dans des lois particulières et spécialisées. D'autres pourront de même être promulguées ultérieurement sans pour autant devoir être fatalement incorporées au Code.

3.17. Si le Code pénal veut dépasser le modèle d'une simple compilation ou d'un simple digest, et exprimer clairement la philosophie pénale canadienne dans son ensemble, il doit être considéré comme représentant le fondement de l'ensemble du droit criminel. On devra donc extraire des lois existantes et insérer au Code, toute disposition qui peut être considérée comme appartenant au droit pénal fondamental. À l'inverse, certaines dispositions à caractère réglementaire ou certaines normes à usage spécialisé, qui se trouvent à l'heure présente dans le Code criminel, devront en sortir et prendre place dans des dispositions

législatives particulières. Ainsi pourrait-il en être, à titre d'exemple, de l'ensemble des articles du Code criminel actuel sur la réglementation des armes à feu, des dispositions touchant la conduite dangereuse, le transport des bestiaux, les loteries.

3.18. Le critère d'exclusion doit être tiré soit du caractère temporaire, soit du caractère purement technique des normes. Un code pénal ne doit contenir en effet que les normes à vocation relativement permanente et stable. Il ne devrait pas, au contraire, s'attacher à la réglementation d'infractions résultant d'un bouleversement passager et transitoire de la société, non plus qu'à la mise en œuvre technique d'une institution établie. Ainsi, si les principes fondamentaux concernant la collaboration interétatique contre le crime, et par exemple les règles essentielles de l'extradition, doivent en faire partie, on peut très bien concevoir que les détails de la procédure d'extradition soient laissés, comme aujourd'hui, à une loi spéciale. Permanence, stabilité, fréquence et caractère fondamental sont au contraire les traits distinctifs qui qualifient une norme pour prendre place au sein du Code pénal, même s'il ne s'agit pas de règles d'application générale.

b) *Accessibilité générale du contenu*

3.19. Le second objectif à atteindre sur le plan matériel est l'accessibilité générale au contenu du Code. La codification doit permettre de fournir au public et au monde judiciaire, des règles de droit facilement accessibles, qui puissent être connues de façon commode et être comprises à leur simple lecture sans avoir à recourir à des techniciens, à des commentaires, à des compilations de jurisprudence ou à des recherches fastidieuses de précédents.

Pour atteindre cet objectif, la formulation des principes tout autant que celle des règles, doit être claire, simple et concise, sans pour autant négliger la précision essentielle pour le juriste. Les mots employés doivent se rapprocher le plus possible de leur acception courante, et la construction de la phrase doit en faire ressortir clairement le sens. Celui-ci ne doit pas être camouflé au milieu de conditions d'application complexes et d'exceptions multipliées qui obligent le lecteur à se livrer à une véritable analyse logique et grammaticale pour retrouver la teneur générale du contenu de la disposition.

De même, le style du Code doit être différent de celui des lois particulières. Si les dispositions d'incrimination figurant au Code pénal présentaient le même caractère technique et la même subtilité casuistique que celles des lois particulières, elles trahiraient leur vocation de permanence et d'universalité et leur rôle d'éducation populaire.

3.20. La concision ne doit pas cependant se faire au prix de la certitude, en allant jusqu'à omettre des précisions indispensables à une application conforme aux vœux du législateur. Il en résulterait en effet un droit incertain qui risquerait de mettre dans l'embarras les personnes chargées de l'appliquer. Un trop grand laconisme dans la formulation des textes enlèverait à la règle ses qualités de certitude et de prévisibilité et obligerait ainsi le juriste à se rabattre sur une jurisprudence éparse et souvent confuse pour connaître l'état du droit.

3.21. Le Code ne doit pas non plus être une simple « loi-cadre » énonciative de principes extrêmement généraux qui ne peuvent recevoir en eux-mêmes aucune sanction et qui laissent donc aux lois particulières et aux règlements le soin de dire en pratique ce qu'est le droit.

La présence de ce type de loi en matière pénale est critiquable pour deux raisons. En premier lieu, si le degré de publicité de la loi assure, malgré tout, une certaine véracité à l'axiome selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, on ne peut en dire autant du règlement dont seul le spécialiste peut souvent découvrir le sens, et parfois même l'existence. En second lieu, le pouvoir administratif usurpe ainsi, par le jeu de cette délégation, le rôle du pouvoir législatif qui doit demeurer, dans une conception démocratique de l'État, entre les mains du peuple ou de ses représentants.

3.22. L'accessibilité générale et la codification est d'autant plus importante que le législateur doit mettre à la disposition du citoyen, sous une forme compréhensible, l'ensemble des règles fondamentales du droit pénal, de façon à favoriser d'une part l'accessibilité à la justice et à traduire d'autre part, dans la réalité, le postulat selon lequel nul n'est censé ignorer la loi.

Cette accessibilité permet également de réaliser le but éducatif attribué souvent au droit pénal. Dans la mesure où la conscience personnelle et la moralité communautaire sont insuffisantes pour révéler aux individus le niveau de tolérance de la société, il est nécessaire que ces distinctions soient posées dans un recueil clair qui informe les citoyens. Cette information doit leur permettre de connaître non seulement l'incrimination elle-même, mais également la pénalité qui y est associée. C'est elle qui renforce les autres milieux créateurs de la morale sociale (famille, école). C'est par elle que les citoyens peuvent évaluer la gravité que les autorités attribuent à tel ou tel acte. L'ordre public et l'intérêt général ne peuvent donc qu'y gagner.

3.23. Les juristes eux aussi gagneraient sans aucun doute à la concrétisation de ces objectifs par le Code.

La tâche des juges comme celle des avocats devrait être facilitée par la mise à leur disposition d'un instrument complet et structuré permettant de trouver rapidement les bases rationnelles du processus de décision. Il ne faudrait pas croire cependant que désormais le Code ne ferait plus place à l'interprétation des textes. Aucun texte ne peut prétendre à ce degré de perfection et il devra donc contenir des règles d'interprétation permettant de donner un cours dynamique à la créativité judiciaire.

(2) Sur le plan scientifique

3.24. Sur le plan scientifique, deux objectifs doivent être recherchés: d'une part, la réalisation d'un ensemble reflétant fidèlement l'identité canadienne, d'autre part, l'établissement de règles aptes à faciliter et à orienter une créativité judiciaire nouvelle indispensable à l'actualisation des règles de droit.

a) *Réflexion de l'identité canadienne*

3.25. Toute législation doit être taillée à la mesure d'une communauté déterminée. Elle doit donc s'y adapter parfaitement et traduire non seulement son organisation, son état social et l'état de ses mœurs, mais aussi ses aspirations dans tous les domaines. Comme l'a si justement écrit le criminaliste suisse Graven:

Un code doit être le reflet en même temps que la régulation des mœurs. Un pays est une individualité avec ses caractères et ses besoins propres, dont il est impossible de ne pas tenir compte si l'on veut assurer son sain développement et sa croissance harmonieuse.

3.26. Après plus de 100 ans de confédération au cours desquels s'est forgée peu à peu l'identité nationale, le Canada a acquis une personnalité propre. Aux deux groupes venus d'Europe il y a quelques siècles et que séparaient des différences de langue, de religion et de culture, sont venus s'ajouter des immigrants venus de multiples pays et dont la culture et les traditions ont constitué un apport précieux à leur pays d'accueil. Au surplus, les deux groupes fondateurs ont subi une évolution différente de celle des ressortissants de leur patrie d'origine.

3.27. Sur le plan juridique, le droit reflète la vie sociale, parfois non sans un certain retard qu'il doit s'efforcer de rattraper quand une occasion favorable se présente. L'élaboration d'un code pénal fournit aujourd'hui cette occasion. Droit civil et common law ont évolué, comme on l'a vu, et leur antinomie de base, sans disparaître complètement, a perdu beaucoup de son acuité et de ses effets. L'attitude et la méthode des juges

opérant dans l'un et l'autre système, ne sont pas si différentes qu'on le prétend parfois.

b) *Moteur de la créativité judiciaire*

3.28. La législation pour pouvoir être adaptée à la réalité socio-culturelle ne doit pas être coulée dans un moule d'une rigidité absolue. C'est à tort que l'on s'imagine que les codes des pays modernes présentent cet inconvénient. En effet, la facture de ceux-ci est suffisamment souple d'une part, et le contenu des principes suffisamment élaboré d'autre part, pour éviter d'enfermer les tribunaux dans un carcan législatif.

3.29. Le Code criminel de 1955 ne souhaitait pas voir réduire le rôle de la jurisprudence. Ses auteurs, au contraire, avaient espéré que le juge disposerait de plus de liberté qu'autrefois dans l'interprétation des règles pour faire évoluer le droit parallèlement aux transformations de la société. Comme on l'a vu cependant, ce vœu, pour différentes raisons techniques, n'a pas été pleinement réalisé. Le juge canadien n'a pas eu, bien souvent, la possibilité de s'élever au-dessus d'une application littérale et statutaire des textes du Code criminel ou de diktats de précédents lointains dont l'adaptation au contexte canadien posait de sérieux problèmes. C'est cet écueil que le nouveau droit pénal canadien, à la lumière de l'expérience acquise, se doit d'éviter.

3.30. Le nouveau Code doit rester perméable à l'évolution sociale, d'autant plus qu'à l'époque moderne, cette évolution est plus rapide et plus profonde qu'autrefois. L'idée que seule la coutume permet de maintenir la règle de droit adaptée à l'état changeant des mœurs sociales est un mythe depuis longtemps éclaté. La mission d'un véritable code, scientifique, est précisément de constituer une base solide sur laquelle les tribunaux peuvent enraciner les constructions jurisprudentielles et ainsi adapter la règle de droit, dans la certitude de ne pas trahir pour autant la pensée du législateur. Le Code doit donc faciliter la créativité jurisprudentielle en énonçant les principes à partir desquels celle-ci peut s'exercer.

B. LES MOYENS

3.31. La tâche de la Commission ne s'arrête pas à la définition des objectifs à atteindre. Elle doit également mettre en lumière les moyens qui peuvent permettre d'atteindre ces objectifs. En bref, il est indispensable de fournir à ceux qui collaborent à l'application de la règle de droit, les outils leur permettant de faire qu'une meilleure justice soit rendue.

La réalisation des objectifs menant à l'élaboration d'un code modèle, doit se faire en fonction de deux facteurs principaux, soit d'une part l'organisation de la hiérarchie des sources, et d'autre part la création de règles d'interprétation de la nouvelle législation.

(1) Organisation de la hiérarchie des normes juridiques

a) *définition de la hiérarchie*

1. *les principes de la politique pénale canadienne*

3.32. Un code doit contenir, en toute priorité, les principes du droit pénal du pays et de l'époque pour lesquels il est fait. Pour parvenir à cette fin, trois étapes sont indispensables. Il faut d'abord identifier ces principes, ensuite les formuler, et enfin vérifier s'ils correspondent fidèlement à la politique pénale que l'État a décidé de suivre.

(i). *identification des principes*

3.33. La codification, qu'elle s'accompagne ou non d'une réforme du droit existant, ne saurait aboutir à un bouleversement total des principes qui sous-tendent le fonctionnement de la société, s'il n'y a pas de raison majeure de penser qu'ils doivent être abandonnés. L'entreprise poursuivie n'est pas une révolution mais bien plutôt une reconstruction.

C'est donc dans le droit pénal positif actuel que les principes doivent, en premier lieu au moins, être recherchés. La tâche est difficile puisque le Code criminel, et davantage encore les lois statutaires, se montrent souvent trop laconiques au niveau de l'expression de ces principes.

3.34. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle compromet la cohérence et la certitude de la règle de droit. Ainsi, faute d'un énoncé de principe sur la nécessité du *mens rea*, il devient pratiquement impossible de trancher le problème de la responsabilité stricte, tant au niveau théorique que dans l'optique concrète d'une incrimination particulière. De même, en l'absence d'une théorie cohérente des rapports entre la capacité pénale et la culpabilité d'une part, et l'élément matériel de l'infraction d'autre part, il est difficile de distinguer avec certitude automatisme et aliénation mentale.

La recherche des principes est encore plus difficile lorsque le juriste doit les extraire d'une série d'arrêts souvent contradictoires et parfois empreints de subtilité casuistique.

3.35. La codification des principes aurait l'avantage de constituer une toile de fond nécessaire à la fois à la partie du Code traitant des diverses infractions et à celles qui rassembleront les règles de preuve, de procédure et du sentencing. De cette façon, les diverses branches du droit pénal apparaîtront comme le complément naturel, la suite logique des principes de base de la partie générale du Code, garantissant ainsi la cohérence d'une politique pénale d'ensemble et prévenant la fragmentation de celle-ci.

3.36. Le droit de fond, la procédure, la preuve et le sentencing ont chacun leur rôle et leurs règles propres. Toutefois, il n'existe pas de clivage net entre ces quatre domaines et il est donc quelque peu artificiel de vouloir à tout prix les séparer et d'en constituer autant de parties autonomes du droit pénal dans son ensemble.

Ces quatre domaines sont en effet complémentaires et ont l'un sur l'autre une influence déterminante au point qu'on ne peut décider parfois qu'en vertu d'une classification arbitraire, que certains relèvent d'un domaine à l'exclusion des autres.

Ainsi, les moyens de défense à certaines infractions se rattachent-ils au droit de fond, à la preuve, ou à la procédure? De même, pour en prendre un autre exemple, la présomption d'innocence doit-elle être rangée parmi les règles de fond, celles de la procédure, ou celles de la preuve? Le principe de l'autorité de la chose jugée concerne-t-il le fond du droit ou les conditions de recevabilité de la poursuite? La réforme doit être conçue comme un tout; elle doit imposer une coordination nécessaire entre ces différents domaines, et ce, même s'ils peuvent faire l'objet de codifications distinctes pour des raisons de commodité.

3.37. Le Code pénal doit donc énoncer les principes fondamentaux qui régissent la procédure et la preuve en tant que composantes du droit pénal. Il doit aussi parfois contenir certaines règles particulières à ces domaines lorsqu'elles ont une portée générale et se trouvent ainsi étroitement liées au fond. Pour n'en prendre qu'un exemple, derrière la règle selon laquelle l'accusé n'est pas un témoin contraignable, se dissimule un principe plus fondamental voulant que l'accusé ne puisse être tenu de fournir des éléments de preuve contre lui-même ou de s'incriminer.

(ii) formulation des principes

3.38. Une fois que les principes généraux auront été identifiés et recensés, l'étape suivante consiste à les formuler en vue de leur insertion au Code.

À ce sujet, on peut remarquer qu'en droit pénal canadien, la formulation des principes généraux dans le droit écrit revêt souvent une forme négative. Le législateur dit davantage en quoi ils ne consistent pas qu'en quoi ils consistent. Or, en présence de situations nouvelles, il peut être difficile de déterminer les lignes générales d'une politique pénale donnée en se fiant sur des énoncés négatifs.

3.39. Une attention particulière doit être aussi accordée aux termes de la formulation, pour qu'ils traduisent facilement l'objectif précédemment mentionné, à savoir la simplicité, la clarté et la précision. Cette formulation doit constituer un guide pour les praticiens du droit, et leur permettre de trouver les éléments de solution lorsque ni la loi, ni le précédent jurisprudentiel ne fournissent expressément de réponse au problème juridique posé par l'espèce.

(iii) orientation des principes

3.40. Les principes insérés au Code doivent être inspirés par une politique gouvernementale d'ensemble cohérente, qui doit traduire fidèlement une authentique philosophie pénale basée sur l'acceptation de certaines valeurs sociales ou individuelles. C'est seulement à cette condition que le législateur manifeste qu'il n'est pas purement et simplement à la remorque de l'évolution des mœurs, mais qu'il entend faire progresser la communauté dans une voie conforme à l'intérêt général et à l'épanouissement harmonieux des aspirations de la personne humaine.

3.41. Codifier le droit pénal, c'est donc d'abord retrouver dans une philosophie pénale d'ensemble, les principes socio-moraux qui constituent la structure même de ce droit. C'est ensuite les traduire sur le plan du vécu. C'est enfin s'assurer que leur agencement et leur formulation en reflètent la logique interne et l'interdépendance.

3.42. Ainsi, l'interdiction du vol existe parce que notre société accepte et reconnaît le double concept de propriété privée et de propriété privative. Le vol, tel que l'entend notre droit, n'aurait aucun sens dans une société où cette double notion n'existerait pas. Ainsi, par exemple, dans une société hypothétique, où l'appréhension d'une chose est autorisée afin de lui faire remplir plus complètement sa fonction, on punira non pas celui qui s'empare d'un objet pour en priver un autre, mais celui qui le prend pour une finalité autre que celle à laquelle il est destiné par la collectivité.

3.43. Le Code pénal doit donc dans la formulation des règles, constamment avoir présent à l'esprit les répercussions des principes qu'il

pose sur l'ensemble du système social. Les postulats sociaux n'ont peut-être pas besoin d'être reproduits comme tels. Toutefois, le Code peut exprimer les règles juridiques qui en sont la conséquence, et auxquelles l'expérience législative et judiciaire ont conféré une certaine stabilité et une certaine cohésion. De cette façon, l'ensemble du droit pénal canadien apparaîtra comme un tout cohérent et non comme un ensemble disparate de règles créées au cours des ans par opportunisme judiciaire ou législatif. Par voie de conséquence, le Code pénal sera ce qu'il doit être, c'est-à-dire, une loi fondamentale, une véritable charte, dont les autres textes législatifs devront s'inspirer.

3.44. Comme on le sait, de multiples buts peuvent être attribués au droit pénal dans son ensemble (répression du crime, maintien de l'ordre public, protection de la société, prévention de la récidive, contrôle de la dangerosité de l'individu, resocialisation du délinquant...). Aucun d'eux n'est en fait exclusif dans notre tradition canadienne qui est beaucoup plus un dosage réciproque de ces différents objectifs.

Le Code doit refléter ce qui est parfois un délicat compromis entre des buts apparemment contradictoires. Toutefois, le Code est par rapport aux lois particulières dans une situation différente. Il doit avoir un certain caractère de stabilité et de permanence. Dans l'ensemble du droit et du système pénal, il s'attache davantage à la définition du crime en général, à la détermination de la responsabilité pénale et à l'imposition des sanctions. Il appartient à d'autres lois de veiller matériellement à la sécurité des personnes et des biens, de constituer des corps policiers, d'aménager les séjours carcéraux, de favoriser la resocialisation des délinquants.

Cependant, on le comprendra aisément, une coordination étroite doit exister entre le Code pénal et les autres manifestations législatives du droit pénal pour permettre une harmonisation de la politique canadienne d'ensemble.

2. les règles corollaires d'application générale

3.45. Comme nous l'avons vu, les règles diffèrent des principes en ce qu'elles découlent de ceux-ci, et constituent certaines de leurs applications en présence de situations spécifiques prévues par le législateur. La règle est une norme qui, dans une situation précise, confère à une personne certains droits, lui impose certaines obligations, ou encore fixe le fonctionnement d'une institution donnée. Un exemple concret permettra de mieux saisir le rapport entre principe et règle.

3.46. Le principe de la légalité veut qu'il n'y ait d'autres conduites criminelles que celles prévues par le législateur, de façon à prévenir le citoyen des conséquences du comportement incriminé. Ce principe est admis par toutes les législations du monde ou à peu près. Le corollaire de ce principe est la non-rétroactivité de la loi pénale qui constitue une règle. Elle est en quelque sorte incluse dans ce dernier, puisque le citoyen doit avoir été prévenu à l'avance des suites pénales que son comportement peut entraîner. Il s'agit donc bien là d'une règle, mais d'une règle d'application générale qui doit trouver sa place dans la partie générale d'un code pénal, à un endroit voisin du principe dont elle découle.

De même, l'application immédiate des lois plus douces est une règle; elle a un caractère général et déroge à la règle de non-rétroactivité parce que l'application immédiate ne peut porter aux libertés individuelles l'atteinte habituellement redoutée d'une loi rétroactive. Elle aussi doit donc prendre place dans la partie générale.

3.47. Les règles d'application générale qui découlent des principes doivent figurer dans la partie générale du Code pénal. À l'heure actuelle, le Code criminel canadien contient des règles fort nombreuses: les unes créant des infractions, d'autres des moyens de défense, d'autres des sanctions, alors que certaines énoncent des préceptes de preuve ou des mécanismes de procédure. Il est toutefois difficile de trouver une unité de pensée logique d'une partie à l'autre du Code criminel actuel.

3.48. Plusieurs de ces règles d'application générale remplissent une fonction interrelative en déterminant la portée des principes ou en leur apportant au besoin des tempéraments. Elles peuvent s'enchaîner les unes dans les autres, ou se substituer les unes aux autres, en fonction de la nature de l'infraction ou du choix opéré par l'une des parties au procès pénal.

Certaines autres règles d'application générale ont une vocation opérationnelle et assurent le fonctionnement d'institutions dont le champ d'application s'étend sur l'ensemble du droit pénal. Tel est le cas, par exemple, des règles qui concernent la tentative, la complicité, etc. Le mot anglais « doctrine » paraît assez bien traduire cette réalité.

3.49. Ces deux types de règles ont leur place dans la partie générale du Code pénal. L'objectif à atteindre dans l'aménagement de cette partie sera alors double, soit les ordonner et les présenter de façon rationnelle et aussi éviter toute dissonance ou contradiction entre elles. La partie générale d'un véritable code doit tenir compte de cette interdépendance et se présenter comme un tout parfaitement cohérent. La recherche de cette

qualité est indispensable, étant donné le rang dominant attribué au Code et l'éventualité de recourir à son contenu pour parvenir à l'application des autres règles du droit pénal, y compris celles qui figurent dans la partie spéciale du Code.

3. les règles particulières

3.50. Le droit pénal contient certaines dispositions qui, tout en constituant des normes obligatoires, n'ont cependant ni le caractère de principes, ni celui de règles d'application générale.

Celles qui se trouvent dans le présent Code et qui incriminent divers agissements, formulent les éléments constitutifs des infractions ainsi créées, et déterminent à quelles peines leurs auteurs sont exposés. devraient se retrouver également dans la partie spéciale du nouveau Code.

3.51. Un grand nombre d'autres doivent cependant demeurer encore demain, comme elles le sont aujourd'hui, extérieures au Code pénal.

Les unes figurent dans des dispositions aujourd'hui éparses, c'est-à-dire dans la masse énorme du droit statutaire. Les autres figurent dans des lois particulières que le Code pénal n'envisage pas d'intégrer, en raison de leur caractère temporaire ou accessoire, ou bien parce qu'en dépit de leur importance matérielle ou pratique, elles relèvent d'un domaine étroitement spécialisé. Elles établissent des incriminations et des sanctions (lois fiscales, loi sur les secrets officiels, loi sur les jeunes délinquants), édictent des règles procédurales (loi sur l'extradition) ou encore prévoient l'exécution de certaines sanctions (loi sur les pénitenciers).

3.52. L'importance de ces règles particulières dans la vie pratique est variable. Leur nature juridique est toutefois identique: ce sont toutes des normes utilisées pour le bon fonctionnement du pouvoir étatique, émanant du législateur, mais dont le domaine d'application est limité à l'objet, plus ou moins étendu, qui leur est propre. Elles n'ont donc d'autorité que dans ce cadre restreint. L'adoption d'un code pénal véritable aurait pour effet de les subordonner aux principes et règles énoncés dans celui-ci. De la sorte, le système dans son ensemble pourrait assurer une plus grande harmonie entre les différents textes. Ces règles en effet ne pourraient contredire les principes et les règles d'application générale consacrés par le Code et représentant la politique pénale générale.

b) *conséquences de la hiérarchie des normes juridiques*

3.53. Le vœu de la Commission est d'insérer dans le Code pénal éventuel certains principes généraux de la procédure, de la preuve et du sentencing. C'est là marquer le désir de voir la partie générale du Code pénal contenir les principes qui dominent l'ensemble de la science pénale.

Ce rôle éminent que la partie générale du Code pénal est appelée à jouer à l'égard de la preuve, de la procédure et du sentencing, devra lui être reconnu à fortiori à l'égard de l'ensemble des règles particulières contenues dans la partie spéciale du Code ou dans d'autres textes législatifs épars.

3.54. L'objectif est d'importance et constitue une pièce capitale de la construction envisagée par la Commission.

Il aurait été en effet théoriquement possible, comme nous l'avons déjà souligné, de faire du Code pénal un ensemble regroupant toutes les dispositions ayant un rapport quelconque avec le droit criminel. C'est d'ailleurs la première idée qui vient à l'esprit, même si elle apparaît très vite comme irréalisable sur le plan matériel, et finalement fâcheuse sur le plan de la méthode. C'est pourquoi le Code pénal, notamment dans sa partie spéciale, ne peut être que relativement exhaustif.

Mais le but poursuivi par une compilation exhaustive peut être atteint d'une façon plus sûre et surtout plus souple, si l'on pose en principe que toutes les règles contenues dans les innombrables textes renfermant des dispositions pénales, se trouvent subordonnées à la partie générale du Code pénal.

3.55. Nul ne songerait à contester cette dépendance au sein même de la structure du Code. Les règles de la partie spéciale doivent être soumises à celles édictées dans la partie générale.

Il doit en être de même de toutes les autres règles particulières, aussi bien celles provenant de lois dont l'aspect pénal est manifeste, que celles qui se retrouvent dans certains articles d'une législation ne touchant pas le domaine pénal, et ayant pour but d'en assurer l'exécution. (*« Toute infraction à la présente loi... »*)

3.56. Pour que cette subordination hiérarchique ne soit pas un vain concept mais corresponde au contraire à une réalité tangible, elle doit avoir un certain impact au niveau des tribunaux. Ainsi, lorsqu'il s'agira par exemple d'interpréter une disposition d'une loi particulière, cette interprétation devra s'effectuer en conformité avec les principes établis

dans la constitution, dans la Déclaration canadienne des droits et enfin dans le Code pénal.

3.57. La consécration de ce principe a une conséquence capitale: elle permet d'imputer au législateur, dans le cadre d'une politique criminelle qu'il s'efforce de mettre en œuvre, l'intention de ne pas déroger aux principes exprimés par une source plus fondamentale.

3.58. Il ne saurait y avoir là cependant qu'une présomption simple. Il faut en effet reconnaître au législateur, lorsqu'il pose des règles particulières, la faculté de déroger expressément aux principes et surtout aux règles d'application générale qui, autrement, eussent été applicables à la nouvelle réglementation établie. Il est possible, en effet, que dans certaines circonstances spéciales, le caractère temporaire, le caractère d'urgence ou la fonction très spécialisée de la législation ainsi édictée nécessite, dans l'intérêt général, une exception à la politique pénale habituellement suivie. Du moins faudra-t-il que cette exception soit expresse. La chose n'est pas nouvelle, puisqu'elle se produit déjà lorsqu'il s'agit d'une règle dérogeant à la Déclaration canadienne des droits. Ces exceptions, parce que dérogatoires aux règles ordinaires de droit, devraient, au surplus, être interprétées restrictivement. Ainsi, si d'avenure le législateur entend modifier dans une loi particulière le principe actuel de la présomption d'innocence, il devra le décider clairement dans le texte même de la loi particulière pour signifier son abandon de cette présomption fondamentale dans le cas précis.

3.59. Une autre conséquence de ce principe est que si les pouvoirs publics estiment nécessaire d'abandonner de façon globale une règle d'application générale, ou même un principe figurant dans la partie générale du Code pénal, ils ne pourront le faire que par une modification expresse de la disposition en question.

La codification ne doit pas, en effet, aboutir à figer le droit pénal. Si l'évolution sociale conduit à modifier dans l'avenir, des conceptions fondamentales reconnues jusque-là, le législateur doit rester libre de les abandonner plus ou moins complètement. Cependant, si la codification a été bien faite et si les principes et les règles d'application générale ont été judicieusement choisis, cette hypothèse devrait demeurer exceptionnelle.

3.60. On a pu remarquer que s'il a été prévu d'intégrer dans la partie générale du Code, les principes du droit, de la procédure, de la preuve, et du sentencing, la même préoccupation n'a pas été exprimée à l'égard des règles qui visent à mettre en œuvre ces matières.

La raison fondamentale en est qu'il paraît raisonnable de faire figurer seulement les plus importantes de ces règles dans la partie générale, mais de laisser les autres trouver leur place dans les codes qui seront respectivement consacrés à ces matières.

(2) Création de règles d'interprétation

3.61. Un des objectifs du Code pénal, et particulièrement de sa partie générale, est de fournir au juge des instruments techniques lui permettant de mener à bien la tâche qui lui est impartie. Cette considération ne doit jamais être perdue de vue. Si important qu'apparaisse le souci d'une logique dans l'aménagement du droit, il ne doit jamais paralyser la pratique. Le Code reste avant tout, en effet, un instrument pratique qui doit être une aide véritable pour le juge.

Pour favoriser au maximum la créativité jurisprudentielle et permettre ainsi la perméabilité du droit nouveau à l'évolution sociale, il apparaît nécessaire d'inclure les règles d'interprétation des textes à l'intérieur même du Code pénal.

3.62. Les dispositions classiques de la loi sur l'interprétation ne devraient pas s'appliquer purement et simplement au nouveau Code étant donné la structure et l'esprit du droit nouveau. Celles-ci ont en effet été conçues dans une autre perspective et l'option d'une codification véritable implique l'adoption de l'approche de la mentalité et des canons d'interprétation propres à cette technique.

Il est donc éminemment souhaitable d'écarter la loi d'interprétation en principe, sauf à ce que certaines de ses dispositions soient reprises quant à leur contenu du moins dans les règles d'interprétation contenues au Code pénal.

3.63. Les règles d'interprétation nouvelles doivent tout d'abord dispenser le législateur de recourir aussi souvent qu'il l'a fait jusqu'à présent aux énumérations et aux définitions. En effet, à partir du moment où le texte législatif n'est plus présenté et perçu comme une restriction au pouvoir créateur du juge, il n'apparaît plus nécessaire de préciser minutieusement le sens à donner aux mots, et de favoriser ainsi nécessairement une interprétation littérale des textes.

Le recours aux définitions ne peut être utile que pour abréger une très longue expression revenant plusieurs fois dans le texte, ou pour éviter une ambiguïté lorsque cette expression est susceptible de plus d'une acception et porte à équivoque dans le contexte où elle est employée.

3.64. L'objectif essentiel est au contraire de permettre au juge de saisir nettement la volonté du législateur et, lorsque ce dernier ne l'a pas exprimée de façon parfaitement explicite, de donner au tribunal les moyens pratiques de la découvrir avec une certitude suffisante.

Lorsque la difficulté paraît neuve, le juge devra, bien entendu, partir du texte qui porte sur la question. Ce texte ne sera pas toutefois envisagé seulement dans sa réalité intrinsèque et littérale, mais devra être replacé dans son contexte et donc être examiné à la lumière des règles d'application générale ou des principes auxquels il se rattache. Le juge devra pouvoir dépasser la lettre du texte pour en retrouver l'esprit, du moment qu'il demeure à l'intérieur du cadre de l'intention du législateur et ne dénature pas celle-ci sous prétexte d'interprétation.

3.65. Pour préciser celle-ci, le juge doit avoir la possibilité de la rechercher en se reportant au processus suivi par le texte depuis le moment où il a été proposé au Parlement à l'état de projet. Le recours aux travaux préparatoires doit être encouragé, même s'il doit être employé avec prudence. De même en est-il des documents préalables à l'élaboration du texte et des commentaires qui l'ont accompagné. De plus, le juge doit être autorisé à éclairer la disposition dont le sens lui apparaît douteux, en s'aidant du principe de la hiérarchie des sources et en présumant, comme il a été dit plus haut, que le législateur n'a pas entendu déroger aux solutions découlant de ces principes ou règles d'application générale.

3.66. Lorsque, au contraire, le problème s'est déjà posé à l'autorité judiciaire et que la solution donnée par le Code est identique, il est normal que le juge examine alors avec attention la solution que ce problème a déjà reçue dans le passé. Il pèsera alors les décisions antérieurement intervenues et pourra adhérer à la solution qu'elles ont adoptée.

Comme on l'a vu précédemment, le système de la codification, loin de tarir la source jurisprudentielle, doit, au contraire, lui donner plus de liberté et plus d'ampleur.

3.67. On peut se poser à cet égard le problème de la transition entre l'ancien droit et le nouveau droit. Quelle peut être, par exemple, la valeur de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau Code, lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions de ce dernier? Trois positions sont possibles.

3.68. La première a été résumée par un auteur de common law qui voudrait voir bannir toute référence quelle qu'elle soit au droit et à la source jurisprudentielle antérieurs.

And I submit, that when one does codify, we should sweep away the debris of the past and provide that no prior statute and no decision of any court, made before the effective date of the codifying statute, may be cited or relied upon in any court or for any purpose.

(BELL, R., « *Comparative Summing Up* » in *La Réforme Législative* (1971), 9 Coll. Int. Dr. Comp. 57)

Une telle position ne nous apparaît pas réaliste. Le droit s'inscrit dans un continuum et il serait artificiel de vouloir rompre complètement avec le passé, surtout lorsque la codification nouvelle s'inspire précisément des états du droit antérieur et que la réforme, par exemple, consiste à inscrire au Code un principe antérieurement connu et appliqué.

3.69. La seconde position possible se situe à l'opposé. Elle consiste à utiliser pleinement législation et jurisprudence antérieures. Elle aussi pêche par excès. Il ne faudrait pas en effet, puisque la technique législative du droit nouveau diffère de l'ancienne, que la référence soit un prétexte pour maintenir un état du droit que la codification a voulu changer, ou pour conserver des méthodes d'interprétation ou des attitudes judiciaires que la codification a pour but de remplacer. En d'autres termes, il ne serait pas opportun pour l'avenir même du nouveau Code pénal de retomber dans les difficultés déjà signalées et auxquelles la codification entend remédier. Ainsi, il ne serait pas souhaitable qu'au lieu de se livrer à une étude des textes et des principes qui les sous-tendent, les tribunaux continuent à prendre pour source de droit le common law antérieur et délaissent l'exégèse des textes au profit de la source jurisprudentielle lorsque la chose n'a pas sa raison d'être.

3.70. La troisième position possible est celle qui nous paraît la plus réaliste. Elle consiste à permettre, voire même à encourager la référence au droit législatif ou jurisprudentiel antérieur lorsque la continuité des règles l'impose. Ce droit peut en effet être utilisé à bon escient comme « *rationes scriptæ* » et donner un éclairage précieux aux nouvelles dispositions législatives, dans la mesure où celles-ci font exception au droit antérieur ou au contraire ne font que le reproduire. On doit cependant être conscient de ce que cette référence doit être faite avec prudence, et ne doit pas faire perdre de vue à la fois le contenu de la réforme et son esprit, et le changement de méthodologie et de processus de raisonnement entraîné par le passage à un droit véritablement codifié.

3.71. Enfin, toujours sur le plan des règles d'interprétation, il ne faut pas oublier que l'interprétation des textes doit varier selon les secteurs du droit pénal et l'objet que la disposition a en vue. Les textes établissant des incriminations ou des peines doivent être interprétés strictement, ceux qui posent des règles de procédure peuvent recevoir une interprétation plus large; enfin, ceux qui établissent des causes d'irresponsabilité doivent faire l'objet d'une interprétation libérale. La partie générale du Code pénal doit préciser ce point dans ses dispositions relatives à l'interprétation.

3.72. Les règles d'interprétation des textes ne constituent pas le seul procédé technique dont le Code doit avoir pour objectif de doter le pouvoir judiciaire.

Ainsi, sur le plan des règles de fond, il ne sera certes pas superflu de délimiter les contours respectifs des délits instantanés et des délits continus, ainsi que ceux des infractions formelles qui sont consommées, et non pas seulement tentées, avant même que le résultat recherché par l'auteur ne soit obtenu. Dans un domaine voisin, on peut penser que la tâche du juge serait facilitée par la codification de la construction jurisprudentielle sur le commencement d'exécution. Signalons également, dans le domaine de la responsabilité pénale, l'utilité d'une clarification de la notion de désordre mental et des notions voisines. La réalisation de cet objectif et la systématisation de certaines règles disséminées à l'heure actuelle dans la masse jurisprudentielle, devraient aider le juge dans l'application quotidienne du droit.

3.73. En conclusion, les objectifs dont nous avons fait la description ne peuvent être atteints avec efficacité que dans la mesure où la codification permet d'une part de cristalliser les grands principes du droit pénal, expression concrète d'une politique législative pénale d'ensemble, d'autre part de créer le complément à ce premier moyen est la création des règles d'interprétation particulières qui permettront aux tribunaux de donner un maximum d'impact à la réforme et de lui conférer un dynamisme qui manque peut-être au droit actuel.