

LA TRANSFORMATION DE LA THÉORIE DU DROIT PÉNAL CANADIEN

Par le docteur André JOUIN,
Faculté de Droit, Section de Droit Civil
Université d'Ottawa

INTRODUCTION

Le propos de cette conférence est de rendre compte des caractéristiques du droit pénal canadien tel qu'il est conçu à l'heure actuelle dans la mesure où il diffère du droit pénal des pays occidentaux qui n'ont pas suivi le modèle de la common law britannique. Le droit pénal canadien appartient, pour emprunter les catégories de René David, à la famille juridique de la Common Law, contrairement au droit pénal des pays d'Europe continentale et d'Amérique latine. Les influences déterminantes en droit pénal canadien viennent donc de l'Angleterre, les pays du Commonwealth, et dans une beaucoup plus faible mesure, des États-Unis. Ces influences ont eu comme effet chez nous l'élaboration d'un droit caractérisé par la primauté des règles de procédure et de preuve sur les règles de fond et la prééminence des décisions judiciaires comme source de droit. Ces caractéristiques du droit pénal canadien font obstacle à sa capacité de générer une doctrine cohérente sur le plan interne et comparable, au plan externe, aux explications théoriques élaborées dans des systèmes de droit appartenant à d'autres familles.

Je tiens à préciser que les critiques que j'adresse à mon droit national ne visent ni la qualité de ses institutions ni sa capacité de rendre justice dans le concret. De ce point de vue, bien que le droit canadien soit perfectible, il peut se comparer sans honte au système des pays les plus civilisés. Ce qui fait la force du droit pénal canadien, ce sont précisément ses institutions procédurales, sa tradition judiciaire et sa capacité d'application au concret. C'est donc dans la seule perspective de l'élaboration d'une théorie du droit que je signalerai les inconvénients qu'entraîne pour notre droit la structure que lui a dictée la Common Law.

D'ailleurs, et c'est le second thème dont j'entend traiter, le droit canadien semble à la veille d'une transformation radicale de sa théorie pénale. Cette transformation a été amorcée par des influences doctrinales marquées par le droit continental, encouragée par des tribunaux plus récep-

tifs aux explications doctrinales et rendue inévitable par des modifications de structure commandées par l'adoption en 1982 d'une Charte constitutionnelle des droits et libertés.

La Commission de réforme du droit du Canada vient de déposer au Parlement canadien un projet de code pénal qui, s'il est adopté et accepté par le milieu juridique, viendra parachever la transformation du droit pénal canadien en accentuant sa distance du modèle de Common Law qui lui a donné naissance et en le rapprochant des droits d'inspiration continentale.

Nous aborderons donc le sujet de cette conférence en deux parties. Nous verrons d'abord comment les caractéristiques du droit pénal canadien sont une conséquence directe de l'appartenance de ce droit à la famille de la Common Law et comment ces caractéristiques s'opposent à l'élaboration d'une véritable doctrine en matière de droit pénal général; nous verrons ensuite comment les influences nouvelles pourraient permettre de dégager de nouveaux concepts doctrinaux en des termes compatibles avec ceux qu'utilisent les droits d'inspiration continentale, et quels obstacles subsistent pour entraver la réalisation de cet état que, personnellement, j'estime souhaitable.

I. LA NATURE DES CONCEPTS EN DROIT PÉNAL

A. *L'influence de la Common Law*

Le droit pénal anglais est arrivé au Canada au moment de la conquête de la Nouvelle-France par les Anglais. Alors qu'il semble que les habitants francophones du pays aient opposé une résistance à l'imposition par leurs nouveaux maîtres du droit civil anglais, cette résistance s'est avérée beaucoup moins forte à l'encontre du droit pénal, de sorte qu'en 1774 l'Acte de Québec a statué que la colonie, tout en gardant les lois de l'Ancien Régime — avec certaines exceptions — quant à la propriété et au droit civil, était maintenant soumise aux lois criminelles d'Angleterre. L'Acte constitutionnel de 1867 va assurer le maintien d'un droit pénal dérivé du droit anglais en confiant au gouvernement fédéral le pouvoir législatif en matière de droit criminel.

Le droit pénal anglo-canadien est fondé en partie sur la common law, en partie sur des textes législatifs. Les deux sources s'interpénètrent et se confondent puisque le Code criminel canadien incorpore la Common law en ce qui concerne les défenses et les textes d'incrimination s'interprètent comme des lois portant exception au droit commun; l'interprétation judiciaire de la loi est elle-même considérée une source autonome de droit. Il est donc essentiel pour comprendre le droit canadien, de sa-

voir à quel point ce dernier a été influencé par les habitudes intellectuelles et les caractéristiques de la Common law.

Il est impossible de comprendre les institutions de base de la common law, qu'elles soient civiles ou pénales, sans faire un retour dans le temps jusqu'aux siècles où la common law s'est formée, c'est-à-dire cette période qui est comprise entre la conquête de l'Angleterre par les normands en 1066 et le début du 14^e siècle. Cette époque est décisive puisque la common law a pu s'imposer dans toutes les parties de l'Angleterre de sorte que la renaissance médiévale du droit romain, bien qu'il fut connu des Anglais, n'a pu fournir un modèle utile pour la formation des concepts juridiques. Le professeur René David explique ce phénomène par la différence entre les structures du droit romain et celles de la common law. Le droit romain est un ensemble de principes de droit privé s'appliquant aux cas d'espèce par le procédé de la déduction. La common law, au contraire, serait un droit essentiellement public procédant par le moyen de l'induction. Le droit romain est un droit qui cherche à définir les notions qu'il emploie et à les aménager dans une structure intellectuelle complexe. La common law, au contraire, raisonne à partir du particulier et cherche à légitimer la décision judiciaire par l'autorité des décisions judiciaires antérieures. Pour l'historien anglais Milsom, l'explication est quelque peu différente. Dans les premières années de formation de la common law, toute l'astuce des praticiens, écrit-il, consiste à démontrer que leur cause est justiciable des cours royales plutôt que des cours féodales, où la justice est moins sûre. Il s'agit donc de qualifier les faits suivant une des formes d'action sur lesquelles la Cour royale possède la compétence et de les formuler en conséquence. Ces préoccupations de praticiens rendent inutile la considération des concepts abstraits du droit romain.

Quoiqu'il en soit, c'est un fait qu'à l'époque où le droit romain a connu sa grande renaissance en Europe les dés étaient déjà jetés en Angleterre et le droit anglais a dû inventer d'autres techniques pour s'articuler et s'adapter au changement. Ces autres moyens sont en large partie ceux de la procédure.

Le "bénéfice de clergé" et son rôle dans l'évolution des qualifications criminelles est un exemple paradigmatique de ce mode d'articulation.

Je m'attarderai un peu sur cet exemple, qui est loin d'être unique, pour illustrer comment les solutions de la common law sont plus pragmatiques que logiques.

Au moyen âge, la common law criminelle fait une distinction entre les crimes — les félonies — et les délits — "misdemeanors" et toutes les félonies sont punies de mort. Mais, concrètement, toutes les félonies ne méritent pas nécessairement la mort. Par quels moyens va-t-on tempérer l'extrême rigueur de la loi?

À cette époque, au haut moyen-âge, il y a conflit entre la juridiction royale et la juridiction ecclésiastique. Le conflit englobe la compétence *ratione materiae*, mais plus encore la compétence *ratione personae*. Le roi soutient que tout clerc qui, enfreint les lois du royaume est justiciable des cours civiles. L'église, de son côté, affirme que l'Ordinaire conserve le droit de juger les clercs qui ne sont justiciables que des peines pénitentielles. Le conflit atteint son point culminant sous le règne de Henri II à une époque où le primat d'Angleterre est Thomas à Becket. Becket est assassiné dans sa cathédrale; la cause de l'Église triomphe.

En effet, l'horreur suscitée par le meurtre a fait prévaloir l'idée de la compétence des tribunaux ecclésiastiques sur la personne des clercs.

Cependant, comment déterminer si un accusé est membre du clergé? Il y a l'habit, il y a la tonsure et, puisque à l'époque, la majorité de la population était analphabète, il y a la capacité de lire. Par conséquent, le procès criminel comporte donc, dès le moyen âge, un incident où le juge demande à un représentant de l'Ordinaire si l'accusé "legit ut clericus". Si l'accusé sait lire, il est présumé clerc et le tribunal le défère à la juridiction ecclésiastique où il n'est passible que des peines pénitentielles.

L'épreuve de lecture — littéralement une question de vie ou de mort — se formalise rapidement. On l'administre à l'accusé en lui présentant une bible, toujours ouverte à la même page, et on lui demande de "lire" un verset, toujours le même éventuellement appelé le "verset de tête". Le bénéfice du clergé connut ainsi une extension considérable puisqu'on l'appliquait à tous ceux qui savaient lire, y compris les femmes.

Naturellement, vu son manque de sophistication, le système donna lieu à de nombreux abus de sorte qu'au 16^e siècle on adopta la pratique d'inclure, dans les lois nouvelles créant des félonies particulièrement graves, des clauses privant l'accusé du bénéfice du clergé. C'est par ce moyen qu'on put introduire une nouvelle classification en droit pénal anglais. Il y avait maintenant les simples délits, les félonies ordinaires et les félonies sans bénéfice de clergé. Éventuellement, en 1827, par l'adoption du Criminal Law Act qui est à l'origine du droit pénal moderne en Angleterre et partant, au Canada, on abolit le privilège du clergé.

La procédure pénale actuelle conserve un souvenir de cette institution lorsque le juge, après avoir déclaré l'accusé coupable lui demande: "avez-vous quelque chose à dire avant que je prononce votre sentence?" Dans le procès moderne, l'avocat de la défense répond à cette invitation en plaidant en faveur de la clémence; à l'origine la question invitait l'accusé à se prévaloir du bénéfice de clergé.

L'analyse de cet exemple nous révèle ce qui m'apparaît être les caractéristiques du processus d'élaboration du droit pénal anglais et partant, canadien. On observera l'importance des racines historiques de l'institu-

tion. La règle est formulée dans le contexte d'une conjoncture historique particulière, à savoir la querelle entre les juridictions civiles et ecclésiastiques. La situation se résorbe, néanmoins la règle demeure parce que les tribunaux se l'ont appropriée et la font servir à d'autres fins, pour tempérer la rigueur de la common law.

Cette règle d'ailleurs n'est pas une règle de fond. C'est une règle de procédure qui porte sur un thème cher à la common law, la saisine des tribunaux. En common law, en effet, le droit de saisir le tribunal est considéré un droit de fond, de même que le droit d'appel. On a souvent dit de ce système qu'il était fondé non sur des droits, mais sur des recours.

Le bénéfice de clergé fait largement appel à des règles de preuve: ainsi, la preuve qu'on sait lire se confond avec la qualité de clerc. L'habit fait le moine. *La règle de preuve vient à se substituer à la règle définitionnelle: un clerc, c'est une personne qui prouve qu'elle sait lire.* Dans l'épistémologie de la common law, c'est un phénomène qu'on retrouvera sans cesse: la substitution d'une règle de procédure ou de preuve à une règle de fond.

Enfin, la règle joue un rôle théorique puisqu'elle en arrive à servir de base à une nouvelle classification des infractions. De bipartite qu'elle était, la classification devient tripartite puisqu'il faut maintenant tenir compte du bénéfice de clergé comme élément qualificatif des félonies.

Les caractéristiques révélées par l'institution du bénéfice de clergé apparaissent dans bon nombre d'institutions médiévales tel le pardon *de cursu*, procédure entamée après qu'un jury a rendu un verdict d'homicide *se defendendo*: à cette époque la légitime défense ne donnait pas lieu à un acquittement mais à un pardon par l'exercice de la prérogative royale. On pourrait également parler du jury médiéval et de son habitude d'altérer les faits au profit de la clémence de sorte qu'un historien moderne a pu conclure que près du quart des accusations de meurtre se soldaient par des verdicts d'homicide *se defendo*, verdict donnant lieu *de cursu* au pardon royal. Ce qui caractérise ces diverses institutions c'est leur irrationalité et leur pragmatisme qui corrigent les lacunes, voire les injustices du droit par des moyens détournés. Par conséquent, la tension qui pourrait résulter des imperfections de la loi est résorbée et n'agit pas comme moteur du changement. Il faut insister surtout sur l'influence de ces solutions pragmatiques et irrationnelles dans la création des réflexes du raisonnement juridique: si dans un système de droit, les solutions de justice sont procédurales, c'est la procédure qui viendra à triompher au détriment de la clarté conceptuelle.

Les caractéristiques révélées par l'exemple du bénéfice de clergé apparaissent dans bon nombre d'institutions juridiques modernes. Ainsi, toute la question de l'élément moral des infractions est compliquée, en droit anglais et canadien, par des considérations d'ordre procédural qui en

viennent à jouer un rôle définitionnel, de sorte que la qualification des différents régimes de responsabilité se fait chez nous par référence aux obligations de preuve de la poursuite. De même, la distinction entre les notions d'excuse et de justification, même si la loi utilise ces termes, n'est pas perçue comme significative. Comment pourrait-elle l'être puisque cette distinction découle d'une conception essentielle de la culpabilité, alors que la conception anglo-canadienne est une conception opérationnelle?

On voit donc que les mécanismes de fonctionnement et d'adaptation de la common law, ainsi que les habitudes intellectuelles de ses praticiens vont conduire l'élaboration du droit pénal dans une voie très différente de celle qu'emprunteront les droits continentaux.

B. *La nature de la codification pénale canadienne*

Les infractions criminelles, dès le moyen-âge ont, pour la plupart, été créées par des lois.

Malgré l'exception que constitue en Angleterre le pouvoir des juges de créer certaines infractions par analogie avec des doctrines existants d'incrimination, et leur pouvoir aussi de punir pour outrage au tribunal, le principe de la légalité a été admis en Angleterre. Au Canada, il l'est encore plus puisque toutes les infractions sauf l'outrage au tribunal ont une source légale. Néanmoins, en Angleterre et au Canada, si la source prédominante des infractions est le texte de loi, les défenses sont fondées sur la common law, c'est-à-dire sur les excuses, justifications et autres moyens de défense admis par les tribunaux. Cette dichotomie des sources entraîne elle aussi des difficultés conceptuelles en ce qui concerne l'articulation de la notion de la culpabilité.

C'est surtout au 19^e siècle qu'on a assisté, en Angleterre, à une prolifération de lois pénales spéciales. Le juriste anglais James Fitzjames Stephen a rédigé au début de la seconde moitié du 19^e siècle un digeste du droit pénal anglais, qui a servi de modèle à un projet de code dont le parlement anglais n'a malheureusement pas voulu. Dans ce projet de code, la partie générale statue sur un certain nombre de défenses mais contient un article qui illustre bien cette dichotomie des sources. L'article affirme que les circonstances considérées par la common law comme offrant une excuse ou une justification continueront d'être reconnues comme telles dans le code, à moins d'incompatibilité. Cette disposition a été reproduite mot pour mot dans le premier code criminel du Canada et se retrouve à l'art. 7 al. 3 de l'actuel code pénal.

Comme je l'ai souligné, bon nombre des textes créant des infractions ont été adoptés au 19^e siècle et les modes d'interprétation en droit pénal

sont nés à cette époque. Je ne parle pas de la règle "penalia sunt restringenda" qui est loin d'être universellement appliquées dans le raisonnement interprétatif anglais et canadien. Je fais allusion plutôt à une attitude d'interprétation dérivé du positivisme austrien qui tend à considérer la loi comme un système clos. En ce qui concerne l'interprétation des éléments constitutifs des infractions, l'analyse qui en a été faite au 19^e siècle nous a laissé une conception positiviste de la culpabilité. Cette conception est principalement due à une vision étroite et descriptive de l'élément moral de l'infraction.

Dès le début, les juges ont proposé une interprétation de l'infraction qui a nié un caractère moral à la notion de culpabilité. Par tradition, les infractions en droit anglais étaient libellées de telle sorte que l'infraction comportait un élément psychologique, soit l'intention ou la connaissance. Les défenses de la common law se fondaient, elles, pour la plupart, sur la maxime "actus non facit reum nisi sit mens rea". Lorsqu'à la suite d'une défense on concluait à l'acquiescement, le juge pouvait expliquer sa décision en déclarant: "l'accusé n'a pas la "mens rea" de l'infraction". L'expression "mens rea", par un glissement de sens, en est donc venue à désigner l'élément psychologique requis par le libellé même de l'infraction. De principe moral qu'elle était, la théorie de la culpabilité est devenue un effet d'interprétation.

Ainsi, dans la célèbre affaire Tolson, Stephen, qui en plus d'être jurisconsulte et auteur du projet de code était juge, a pu déclarer: "l'expression mens rea est susceptible de provoquer l'erreur. Il ne faut pas parler de mens rea mais de mentes reae, c'est-à-dire que chaque infraction a sa mens rea particulière".

Notons que cette conception positiviste de la culpabilité qui nie l'unité du concept et le réduit aux seuls éléments psychologiques requis par le libellé des diverses infractions a entraîné des effets désastreux pour la clarté conceptuelle du droit pénal anglo-canadien. Le problème, encore une fois, a été exacerbé par l'importance que le droit anglais attache à la procédure et la preuve.

Le droit anglo-canadien est résolument accusatoire. Chez nous, la présomption d'innocence s'exprime par la règle selon laquelle le poursuivant — la couronne puisque c'est l'Etat, représenté par la Reine, qui poursuit — doit convaincre le juge des faits de chacun des éléments de l'infraction. Ainsi, lorsqu'une infraction requiert un élément psychologique, pour être constituée, la couronne doit en faire la preuve, tout comme elle doit faire la preuve du fait matériel. Il est cependant arrivé que certaines infractions soient libellées sans référence explicite à un état psychologique quelconque. Certains tribunaux ont vu dans cette forme de rédaction la volonté du législateur de créer une infraction dont tout élément moral était absent, créant ainsi par interprétation judiciaire,

une théorie de la responsabilité absolue. Par ailleurs, ces infractions sans référence à l'élément psychologique ont également fait l'objet d'interprétations où les tribunaux ont appliqué une présomption suivant laquelle l'intention et la connaissance devait être présente. De la une confusion conceptuelle et la réduction de la notion de culpabilité à la seule présence ou absence dans le texte créant l'infraction d'une exigence d'éléments psychologique.

Si cette conception purement analytique ou descriptive de la mens rea est appliquée aux défenses en droit anglo-canadien, on en arrive à des incohérences. Ainsi, c'est un lieu commun en morale que l'erreur de bonne foi est incompatible avec la culpabilité. Néanmoins, si cet élément moral s'identifie à l'élément psychologique que requiert ordinairement une infraction et si l'infraction a été rédigée sans référence explicite ou implicite à un élément psychologique, la défense d'erreur ne peut être invoquée puisqu'elle ne trouve dans le texte d'incrimination aucune faille pour pénétrer.

Il en est de même pour une excuse comme la contrainte. Si l'élément moral de l'infraction est défini en termes psychologiques de connaissance et d'intention, et si les défenses opèrent exclusivement en niant un élément de l'infraction, il faut en arriver à une définition différent de la notion d'intention suivant qu'on se place dans la perspective de l'analyse de l'infraction elle-même ou de la défense. Avoir l'intention, c'est agir consciemment en vue d'un résultat. La personne qui agit sous l'effet de la contrainte agit effectivement en connaissance de cause et en vue d'un résultat. Néanmoins, les tribunaux ont retenu la défense fondée sur la contrainte en expliquant que la personne contrainte n'avait pas l'intention de commettre l'infraction mais l'intention d'éviter les mauvais traitements dont on l'avait menacé.

La situation n'est guère plus claire en ce qui concerne les régimes de responsabilité pénale eux-mêmes. Dans bon nombre d'infractions, particulièrement des infractions réglementaires mais aussi, en Angleterre, des infractions criminelles telles la possession de stupéfiants, les tribunaux en sont arrivés à des conclusions contestables. Dans les infractions où le libellé ne fait aucune référence à un état psychologique, ils ont tantôt reconnu l'exigence implicite de cet état, tantôt nié cette exigence pour affirmer que l'infraction en était une de responsabilité absolue. La motivation de ces décisions niant tout élément psychologique et, par voie de conséquence, la pertinence des défenses fondées sur l'erreur ou même la contrainte, semble avoir été la difficulté d'établir la preuve hors de tout doute raisonnable de l'état psychologique en question.

La solution canadienne, apportée en 1978 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. La municipalité de Sault-Ste-Marie* est de reconnaître un régime intermédiaire de responsabilité, appelé le ré-

gime de responsabilité stricte. Dans ce régime de responsabilité qui vise surtout les infractions réglementaires, le poursuivant établit la preuve du fait matériel de l'infraction et l'accusé est admis à faire une preuve d'absence de connaissance coupable ou de diligence raisonnable. Il s'agit d'un compromis fondé sur les impératifs de preuve: comme la preuve de la connaissance coupable peut être difficile à établir, on en dispense la couronne, quitte à permettre à l'accusé de démontrer son innocence.

Cependant, cette solution acceptée d'abord en Australie et adoptée au Canada, n'a jamais été admise en Angleterre. On estime que le fait d'opérer un renversement du fardeau de la preuve va à l'encontre d'un principe trop fondamental du droit anglais, c'est-à-dire la présomption d'innocence fondée sur l'obligation du poursuivant de faire la preuve de tous les éléments de l'infraction. On préfère définir l'infraction comme ne comportant aucun élément moral que d'atténuer le moindrement la rigueur de la conception anglaise de la présomption d'innocence. Il s'agit-là, à mon avis, d'un autre exemple de comment le droit anglais et aussi le droit canadien utilisent les notions de preuve à des fins de définition. L'arrêt dont j'ai parlé, l'affaire *Sault-Ste-Marie*, ne définit pas les différents régimes de responsabilité en termes de *dolus* ou de *culpa* mais bien en fonction de la preuve requise pour les établir.

La confusion entre les aspects descriptifs et normatif du terme "mens rea", ainsi que d'autres éléments du système juridique, tel la présence d'un jury de profanes au procès pénal, l'abolition de la distinction entre l'auteur principal et le complice et l'inexistence du principe de l'autorité de la chose jugée entre les secteurs pénal et privé, ont empêché que s'établisse une réelle distinction entre l'excuse et la justification. En effet, bien que ces termes soient connus en droit pénal canadien, la notion de justification se confine aux seules défenses auxquelles la loi accorde cette qualification; or il s'agit de défenses spécifiques tel la légitime défense, la défense de la propriété, la défense de l'ordre public. Il n'existe aucune défense générale fondée sur le principe de la justification.

L'absence d'une théorie générale de la justification fondée sur la norme socio-morale qui sous-tend les incriminations confine la théorie pénale à un univers de sources assez restreint. Il est certain que l'introduction dans la théorie juridique d'un débat sur des normes extra-légales compliquerait sérieusement le discours doctrinal; il est non moins certain que cette ouverture à un monde qui, chez nous, n'est pas considéré juridique permettrait au droit de répondre plus adéquatement à des problèmes qui, aujourd'hui, semblent le dépasser.

Pour n'en donner qu'un exemple, je citerai le cas hypothétique de l'ambulancier qui, pour sauver une vie, violerait un règlement de circulation. Il n'est pas du tout certain que ce cas donnerait lieu à un acquittement, vu l'état actuel du droit. Ou encore, s'il y avait acquittement, le

juge sentirait peut-être le besoin de motiver la décision en invoquant la notion d'excuse, ce qui semble singulièrement inapproprié, les bonnes actions n'exigeant point d'excuse.

II. *La nouvelle orientation du droit pénal canadien*

Depuis quelques années en droit pénal canadien, on constate un effort de renouveau de l'articulation du droit pénal. L'arrêt *Sault-Ste-Marie*, même s'il s'est exprimé en termes de preuve, semble avoir brisé quelque peu le carcan procédural du droit canadien, peut être parce qu'il a pris ses distances du modèle anglais. La Cour suprême a fait des efforts pour aller au fond des choses dans certains arrêts qui portent sur des défenses. L'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982 et de la Charte des droits qui y est incluse crée d'ailleurs une structure plus propice à la réflexion fondamentale, ne serait-ce que parce que l'explication intellectuellement déficiente fondée sur la volonté du parlement n'est plus admise. Enfin, la Commission de réforme du droit du Canada vient de déposer au Parlement canadien un rapport recommandant la recodification du droit canadien. Ces trois éléments créent une conjoncture historique différente qui pourrait bien donner lieu à l'éclosion d'un droit pénal canadien qui s'exprime en des termes nouveaux.

A. *La nouvelle orientation doctrinale des tribunaux canadiens*

Vers le début des années '70, il semble s'être produit un changement de style dans les jugements canadiens. Il faut dire que les décisions des tribunaux canadiens épousent la forme des décisions anglaises: récit des faits, exposé de la question en litige, examen des règles de droit applicables, tentative d'intégrer la décision au *corpus* des règles existantes et enfin, le dispositif. Lorsque le jugement est rendu par un tribunal collégial, il arrive souvent que plus d'un juge exprime son opinion, soit en faveur du dispositif majoritaire, soit contre, en exposant les motifs de son désaccord.

Avant les années soixante dix, la plupart des autorités citées étaient jurisprudentielles. On avait volontiers recours aux arrêts anglais, soit aux décisions du comité judiciaire du conseil privé, soit à la Chambre des Lords. La doctrine figurait très rarement dans les sources, à l'exception de certains textes classiques, tels *Russell on Crimes*, ou *Phipson On Evidence*, des traités qui, pour la plupart, exposaient le droit dans une perspective non critique.

Depuis quelques années, la Cour suprême a imprimé une nouvelle

orientation au style de rédaction des jugements. Tout en conservant son style discursif (il ne faut pas oublier que les tribunaux jouent en partie un rôle doctrinal chez nous, comme aux États-Unis et en Angleterre) la Cour a multiplié ses citations d'ouvrages doctrinaux, de traités et même d'articles de périodiques juridiques. Dans des jugements récents, on peut même voir des citations d'Aristote, de John Stuart Mill, de Kant et d'autres philosophes et littérateurs; ce qui agrémente la lecture des arrêts et ne fait de tort à personne.

Le contentieux généré par la Charte a porté les tribunaux à étudier la jurisprudence et la doctrine américaine. Le modèle anglais n'est plus approprié puisque la structure constitutionnelle du Royaume-Uni est différente de la nôtre. Les États-Unis, par contre, ont une expérience plus que centenaire du principe de la primauté constitutionnelle. Les sources américaines sont donc très utiles à consulter, mais à titre d'autorités de raison plutôt que comme sources de droit. C'est là, peut-être, ce qui caractérise le nouveau style décisionnel de la Cour suprême: une attitude plus critique à l'endroit des sources traditionnelles et une ouverture à des modèles juridiques nouveaux.

Dans l'arrêt *Perka*, par exemple, un arrêt récent portant sur la défense fondée sur l'état de nécessité, défense que la common law traditionnelle n'avait jamais entièrement admise hormi les cas de contrainte et de légitime défense, la Cour suprême s'est référée à la distinction entre l'excuse et la justification. Cette distinction, comme je l'ai signalé, est très contestée en common law, puisqu'on nie qu'elle puisse avoir des effets juridiques. La Cour s'en est servie pour montrer que la nécessité-excuse pouvait être admise comme défense en droit canadien. Elle a signalé les difficultés théoriques que posait la notion de nécessité — justification sauf lorsqu'elle est reconnue spécifiquement par la loi, par exemple, en matière de légitime défense.

Cette utilisation d'une terminologie plus courante dans d'autres systèmes m'apparaît constituer une invitation à la doctrine canadienne de se livrer à une étude comparative des concepts visés. Il est certain que les explications apportées pour la common law n'ont pas permis jusqu'à présent une articulation très poussée de la théorie pénale.

B. La nouvelle structure constitutionnelle

L'adoption en 1982 de la nouvelle Loi constitutionnelle qui comprend la Charte canadienne des droits et libertés, a créé une structure qui remet en cause la théorie canadienne du droit pénal. D'une part, elle commande aux juges et aux théoriciens du droit d'analyser les règles du droit pénal en fonction de principes qui visent le fond du droit. Ces principes, étant constitutionnalisés, prennent préséance sur les règles contenues dans des

lois ordinaires, dont le code criminel. Les juges ne peuvent donc pas fonder leur argumentation sur le principe de la volonté souveraine du peuple; celle-ci est subordonnée, dans la hiérarchie des règles, à l'expression des valeurs constitutionnelles contenues notamment dans la Charte canadienne des droits et libertés.

La Charte constitutionnalise également des règles de procédure. Ce phénomène de la constitutionnalisation des règles de procédure, en plus de marquer l'importance historique et, pourrait-on dire, sentimentale de la procédure comme gardienne des libertés publiques, a des conséquences paradoxales. Elle force les tribunaux à faire l'examen de la finalité des règles de procédure et les conduit par une voie détournée aux principes de justice que la règle procédurale est censée promouvoir.

a) La constitutionnalisation des règles de fond

La Charte constitutionnalise un certain nombre de libertés telles la liberté de religion, d'expression, de réunion et d'association. Il est évident que ces libertés font souvent l'objet de restriction par le pénal. Déjà, la liberté de religion a été invoquée pour déclarer inconstitutionnelles des lois archaïques obligeant au respect du dimanche, le "jour du Seigneur". Cependant, la base la plus ferme pour asseoir une contestation constitutionnelle des règles du droit pénal est l'art. 7 qui déclare:

Chacun a droit à la vie, la liberté et à la sécurité de sa personne. Il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Le droit protégé est le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. De ces trois droits, c'est la liberté et possiblement la sécurité de la personne qui sont menacés par le droit pénal. En effet, la peine de mort a été abolie au Canada en 1976 (bien que le parlement canadien vient d'être saisi d'une proposition visant son rétablissement). Jusqu'à présent, seul le droit à la liberté a fait l'objet de décisions de la part des tribunaux supérieurs du pays. Une de ces décisions, portant sur la constitutionnalité d'une loi pénale illustre particulièrement bien comment la Charte est en voie d'imprimer une nouvelle orientation au droit pénal canadien.

Dans cet arrêt, la question en litige était de savoir si une loi prévoyant une peine obligatoire de prison pour une infraction de responsabilité absolue était conforme aux exigences de justice fondamentale que créait l'article 7 de la Charte constitutionnelle. Nous appelons chez-nous "infraction de responsabilité absolue" des infractions purement formelles qui n'exigent aucune preuve ni de connaissance, ni d'intention et qui ne per-

mettent aucune défense autre que la négation des faits matériels de l'infraction. La Cour suprême du Canada a déclaré que l'infraction en question était inconstitutionnelle et que le texte de loi qui l'avait créée devait être considéré inopérant et sans vigueur.

On a fait grand cas de ce que la Cour suprême ait interprété l'expression "principe de justice fondamentale" de façon suffisamment générale pour lui permettre de contrecarrer la volonté expresse de la législature sur la question de savoir quel comportement devait constituer une infraction. En effet, et c'est significatif, de nombreux commentaires avaient prédit que cette expression serait restreinte à la seule justice procédurale. Selon eux, l'expression "principes de justice fondamentale" ne visait que la règle "audi alteram partem" et le droit à un juge impartial. Ce qui surprend de cette attitude, en rétrospective, c'est la tendance à interpréter la justice fondamentale en termes procéduraux comme si, dans le contexte du droit canadien, la procédure avait entièrement occupé le champ de la justice et que les règles de fond échappaient à toute possibilité de qualification en ce sens. Je pense qu'il faut voir dans ce réflexe réductionniste du monde juridique canadien une habitude intellectuelle dont les origines, comme j'ai cherché à le souligner, remontent au Moyen-Âge.

Au-delà de l'effet d'étonnement et des critiques provoquées par la décision de la Cour suprême, l'interprétation de l'art. 7 par le plus haut tribunal du pays remet à l'honneur en droit criminel des règles de fond. On affirme la nécessité, au-delà même de l'intention législative, d'un élément moral pour constituer l'infraction criminelle. Comme les décisions judiciaires constituent au Canada une source de droit toute aussi légitime que les lois, l'arrêt de la Cour suprême sur la validité constitutionnelle de l'infraction en question est d'une extrême importance. Cependant, l'interprétation des décisions judiciaires n'est pas une tâche facile et il est difficile de prédire jusqu'où la règle affirmée dans cet arrêt va nous entraîner. Pour ma part, je pense qu'il est tout à fait légitime de voir dans cette décision le point de départ d'un style d'interprétation nouveau qui attache plus d'importance au fond du droit qu'aux modalités de procédure et de preuve. Ainsi, le juge Antonio Lamer qui a rédigé l'opinion majoritaire du tribunal introduit le sujet en déclarant:

"Condamner une personne qui n'a rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale; lorsque cette condamnation est assortie d'une peine d'emprisonnement obligatoire, elle va à l'encontre de la Charte canadienne des droits et libertés".

On voit que le juge fait reposer son opinion sur une conception de la justice: non pas la justice procédurale, mais la justice tout court. Il est donc logique de vouloir répéter ce raisonnement à l'égard d'autres

règles du droit pénal canadien qui semblent entrer en conflit avec l'éthique. Ainsi en est-il de l'application de la maxime "nemo debet jus ignorare", qui chez-nous, a été appliquée de façon trop absolue et a pu entraîner des injustices. Ainsi en est-il aussi, possiblement, des applications les plus extrêmes de la règle voulant qu'un homicide même non intentionnel entraîné par la commission d'un acte criminel soit considéré un meurtre. Ainsi pourrait-il en être de l'absence de prise en considération des circonstances atténuantes d'une infraction au niveau de la décision quant à la culpabilité et leur relégation à l'étape de l'imposition des peines. Dans la mesure où la justice exige que la loi distingue avec précision les divers degrés de la culpabilité, il se pourrait que le système actuel qui permet de différer la prise en considération de facteurs d'atténuation qui ne constituent pas tout à fait des excuses soit jugé insuffisant vu les exigences de justice de la Charte. Enfin, mais c'est plus discutable, l'actuel système d'imposition des peines qui confère de larges pouvoirs d'appréciation au tribunal et qui donne souvent lieu à des disparités considérables pourrait être remis en cause.

On voit que la restructuration de la hiérarchie des normes que vient d'opérer au Canada l'adoption d'une nouvelle loi constitutionnelle pourrait entraîner une nouvelle articulation du droit pénal canadien où des considérations de substance l'emporteraient sur des considérations de procédure et de preuve, c'est-à-dire de forme. Il est certain que dans l'arrêt dont je viens de parler, le renvoi sur la validité constitutionnelle de l'art. 94(2) du Code de la route de Colombie-Britannique, la Cour suprême, pour la première fois depuis sa création, il y a plus de 100 ans, a défini la responsabilité criminelle en mettant l'accent sur le fond plutôt que sur la preuve. L'infraction comportant la mens rea n'est plus désignée comme celle où la poursuite doit prouver un élément psychologique; on nous dit au contraire qu'une infraction criminelle doit être le fait d'une personne qui a mal agi.

b) Le rôle nouveau de la procédure et de la preuve criminelle

La Charte canadienne des droits et libertés constitutionnalise bon nombre des garanties procédurales et des règles de preuve qui ont toujours caractérisé le droit criminel d'origine anglaise. Ainsi, la Charte garantit le droit à l'*habeas corpus*, au procès par jury, à l'assistance d'un avocat et surtout, à la présomption d'innocence. Comme nous l'avons vu, la présomption d'innocence repose, dans un système accusatoire comme le nôtre, sur l'obligation que la loi impose au poursuivant d'apporter des éléments de preuve convaincants de chacun des éléments de l'infraction. L'élévation de ces droits procéduraux au rang de normes constitutionnelles

Ils nous force donc à les soumettre à une analyse en profondeur de façon à circonscrire leur portée et à mettre en lumière leur finalité. Il ressort de cette analyse une conclusion paradoxale: les droits procéduraux, lorsqu'on les pousse à leur limite, débouchent sur les règles de fond.

Ainsi, la Cour suprême du Canada a dû se prononcer sur l'incidence de la présomption d'innocence en matière de trafic de stupéfiants. Le texte incriminateur dans ce domaine prévoyait que l'accusé, trouvé coupable de possession de stupéfiants, devait convaincre le tribunal que cette possession n'avait pas pour but le trafic. La Couronne pouvait compter sur la présomption, quelles que soient les circonstances entourant la possession.

La Cour suprême a jugé que le texte créant cette infraction était incompatible avec la présomption d'innocence reconnue par la Charte constitutionnelle. En effet, en matière d'infraction de stupéfiants la possession pour fin d'usage et la possession en vue du trafic ne se distinguent que par l'intention de l'accusé. L'intention est donc un élément essentiel de la qualification criminelle; dispenser la poursuite d'en apporter la preuve va clairement à l'encontre de la présomption d'innocence.

Cependant, la décision a une portée encore plus considérable. La Cour a également déclaré que la présomption d'innocence relevait et faisait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que consacrait l'article 7 de la Charte, qu'elle avait pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. La Cour a ajouté: "La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois". Cette déclaration un peu sentimentale de la Cour suprême, tout en ancrant solidement la présomption d'innocence parmi les principes constitutionnels de première ligne, affirme également ses rapports avec le fond du droit pénal. En effet, la référence à l'honnêteté et au respect des lois et l'assimilation de la présomption d'innocence au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne indiquerait une volonté de considérer que le champ d'application de ce principe est un droit répressif qui met en cause l'honnêteté et le respect des lois. Cela m'apparaît comme une façon indirecte d'affirmer l'importance de la culpabilité subjective en droit pénal ("schuld"), ce qui rejoint la prise de position de la Cour suprême dans le Renvoi sur la constitutionnalité de l'article 94(2) du Code de la route.

Dans l'hypothèse où le Parlement canadien adopterait un texte de loi créant une infraction où ne figurerait aucune référence expresse ou implicite à la culpabilité subjective, le contrôle constitutionnel pourrait sans doute s'opérer ou bien à partir de l'article 7, précité, ou bien en prolongeant la protection de la présomption d'innocence jusqu'à ses ul-

times conséquences logiques, c'est-à-dire la reconnaissance des exigences morales de l'infraction criminelle.

C. *Le projet de nouveau Code pénal*

En octobre 1976 la Commission de réforme du droit du Canada a présenté au Ministre de la justice le premier volume d'un rapport intitulé "Pour une nouvelle codification du droit pénal". Ce premier volume comprend la partie générale et la partie spéciale d'un code complètement nouveau. La procédure pénale qui, chez nous, est incorporée à l'actuel Code criminel, fera l'objet d'une codification distincte. De plus, aussi paradoxal que cela puisse paraître, le projet ne comprend aucune disposition sur les peines; celles-ci sont à l'étude par un autre organisme, la Commission canadienne de la détermination des peines.

Les spécialistes le plus optimistes du droit pénal n'envisagent pas l'adoption du nouveau code avant 1992, date du centenaire du Code criminel actuel. Les moins optimistes n'accordent pas grand chance de survie au projet, surtout dans sa forme actuelle.

Quelles sont les caractéristiques du projet de code ou plutôt quelles caractéristiques du droit actuel le projet de code cherche-t-il à modifier?

La première modification en ordre d'importance théorique est la tentative du projet de couper le cordon ombilical qui relie le droit pénal à la *common law*. Ainsi, le para. 7(3) du Code actuel, qui incorpore les moyens de défense issus de la *common law* est supprimé. Il est remplacé par un chapitre 3 intitulé "Les moyens de défense", décrivant en termes généraux les défenses admissibles.

Le second changement apporté au droit est celui de sa formulation. Le projet est rédigé en termes simples, clairs et dans une langue élégante qui évite la casuistique compliquée de l'actuelle codification. Si cette forme de rédaction est retenue, elle pourrait s'avérer la transformation la plus importante, puisqu'elle invite à une réflexion cohérente. Pour la première fois, la code parlerait le langage des principes.

Enfin, le projet de code opère une consolidation des développements jurisprudentiels récents tout en élaguant bon nombre de dispositions désuètes. La défense fondée sur l'état de nécessité est définie et admise. La défense d'aliénation mentale est simplifiée et on supprime du libellé de cette défense des éléments inutiles qui l'encombraient depuis le milieu du 19^e siècle.

L'adoption tel quel du projet de code suffirait-elle à doter le Canada d'un système de droit pénal théoriquement comparable à celui du Mexique, par exemple? Je crois qu'il demeure un certain nombre d'obstacles systémiques qui feront tomber la semence en terre aride.

D'abord, le projet de code doit nécessairement employer des termes

connus en droit: erreur de droit, ignorance de la loi, erreur de fait, contrainte morale ou physique etc. Le risque est grand que les tribunaux s'attachent à ces "étiquettes" et en l'absence d'une définition légale précise de la notion — définition d'ailleurs superflue, dans la plupart des cas — fassent un retour à l'ancienne jurisprudence pour les délimiter. Par ce moyen, les catégories de la common law seraient implicitement réintroduites dans un Code qui se veut nouveau.

Ensuite, le Code pourrait tomber victime d'un effet essentiel du système anglo-canadien: le principe du *stare decisis*. En vertu de ce principe, les interprétations des tribunaux supérieurs lient les tribunaux inférieurs au même titre que les lois. Or, on peut se demander si un Code peut survivre dans un climat de *stare decisis*. En termes systémiques, les principes du code ont pour but d'assurer l'homéostate; les applications et les interprétations qu'on en fait permettent son adaptation et son évolution. Dans la Common law, au contraire, le processus de l'interprétation par décision judiciaire est un mécanisme d'homéostasie; l'interprétation, par le principe du *stare decisis* se fige en des règles presque aussi immuables que des lois. Dans les systèmes de common law, c'est la loi — ponctuelle, spéciale — qui permet l'adaptation du système juridique. Il se pourrait qu'en introduisant dans un contexte judiciaire où le *stare decisis* est admis un code qui parle le langage des principes, qu'on ne réalise qu'un nouveau point de départ pour un droit qui demeurera la common law.

Enfin, il me semble que la partie générale du projet de code ne se soit pas affranchie comme elle aurait pu le faire de certaines confusions théoriques comme celle qui consiste à assimiler l'excuse et la justification. A cet égard, le commentaire du projet de code déclare:

Comme on l'a souligné, les justifications et les excuses se recourent et le même moyen de défense, la nécessité par exemple, peut constituer tantôt une excuse, tantôt une justification. C'est pourquoi nous n'avons pas cherché à séparer les moyens de défense suivant qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre de ces catégories.

Cette décision de ne pas donner d'effet juridique à la distinction entre excuse et justification, si elle évite actuellement aux auteurs du projet un effort doctrinal intense (et peut-être des objections politiques qui auraient nui à l'acceptation du projet par le Parlement) pourrait avoir comme conséquence éventuelle de limiter le développement théorique du droit pénal canadien en décourageant les efforts doctrinaux de mettre en lumière les normes socio-morales qui sous-tendent les normes légales.

CONCLUSIÓN

Nou avons vu comment le droit pénal canadien a évolué à partir d'un modèle calqué sur la common law. Il reste sans doute beaucoup de chemin à parcourir avant que la théorie pénale en arrive à un niveau d'explication entièrement satisfaisant. Des obstacles systémiques et des partis pris doctrinaux continuent à se dresser devant cette évolution. Néanmoins, vu le chemin déjà parcouru et les changements de structure du droit canadien, il est maintenant possible d'envisager une transformation révolutionnaire de la théorie pénale canadienne.