

LA LÉGISLATION EN QUESTION

Mémoires du concours Perspectives juridiques 1999

Les textes de ce recueil ont été préparés dans le cadre du concours « Perspectives juridiques 1999 » parrainé par la Commission du droit du Canada, l'Association canadienne des professeurs et professeures de droit, l'Association canadienne Droit et Société et le Conseil canadien des doyens et doyennes des facultés de droit. Les points de vue exprimés sont ceux des auteur(e)s et ne reflètent pas nécessairement ceux de la Commission du droit ni des autres parrains. L'exactitude de l'information contenue dans ce document est l'unique responsabilité des auteur(e)s.

This document is also available in English under the title *Perspectives on Legislation : Essays from the 1999 Legal Dimensions Initiative*, ISBN:0-662-28678-2 Cat. no.: JL2-9/2000E.

Les deux versions de ce document sont aussi disponibles sur le site web de la Commission du droit du Canada : www.cdc.gc.ca

© Commission du droit du Canada

ISBN : 0-662-84443-2

Cat. no.: JL2-9/2000F

« Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada »

Michel Morin
Faculté de droit, Droit civil
Université d'Ottawa

I.	Introduction	141
II.	La conception française de la jurisprudence dans un système de droit codifié	141
A.	Les transformations du système judiciaire pendant la Révolution française	142
1.	La réorganisation des tribunaux	142
2.	Le contrôle de l'application du droit par les tribunaux	143
B.	Le Code civil et ses suites	145
1.	L'adoption du Code civil	145
2.	L'interprétation du Code civil	147
(a)	La conception de Portalis	147
(b)	Le rôle de la jurisprudence après la codification	148
C.	La jurisprudence en droit pénal français et canadien	149
1.	Le code pénal français et la jurisprudence	150
(a)	Les débats précédant l'adoption du code	150
(b)	Le principe de légalité français et la nullité pour imprécision en droit canadien	152
2.	La jurisprudence et les moyens de défense	154

III.	La perception anglaise du rôle de la jurisprudence dans un système de droit codifié	155
A.	Le rôle de la loi en Angleterre	155
1.	L'importance du style	156
2.	La conception de Jeremy Bentham	157
B.	Les tentatives de codification en Angleterre	160
1.	La tentative de 1854	160
2.	La tentative de 1878	162
3.	Les débats au XX ^e siècle	165
IV.	L'expérience canadienne en matière de codification	166
A.	La codification du droit civil québécois	167
1.	Les causes de la codification	167
2.	Révision des lois et codification	168
3.	Le droit civil après la codification de 1865	169
B.	La réception du droit pénal anglais au Québec	170
1.	Les règles de réception au XVIII ^e siècle	170
2.	La réception du droit anglais après la conquête de 1760	171
3.	L'évolution du droit pénal de 1774 à 1892	174
4.	La jurisprudence pénale, 1851-1891	176
C.	La codification de 1892	181
1.	Les premiers projets de codification du droit pénal	182
2.	La perception de la codification antérieurement à 1892	184
3.	L'adoption du code de 1892	187
4.	La codification de 1892 à nos jours	191
(a)	Le rôle de la common law	191
(b)	Vers une recodification du droit pénal canadien?	194
V.	Conclusion	196
	Notes de fin de document	197

I. Introduction

Dans le cadre du concours « Perspectives juridiques 1999 : La législation en question », il nous a semblé opportun d'examiner la perception de la codification et de la jurisprudence au Canada. L'échec de la tentative de recodification du droit pénal, proposée par la défunte Commission de réforme du droit en 1986 et en 1991, ainsi qu'une conférence du professeur André Jodouin, ont suscité cette réflexion¹. De prime abord, il est tentant de supposer que certaines perceptions négatives de la codification expliquent, en partie du moins, l'absence d'intérêt du pouvoir politique envers cette démarche. Une telle hostilité remonte vraisemblablement aux débats du XIX^e siècle portant sur les projets de codification du droit pénal anglais. Ces critiques prouvent que les relations entre un code et la jurisprudence sont souvent mal comprises. À son tour, cette incompréhension semble trouver sa source dans certains propos attribués à Jeremy Bentham. Or cette partie de ses écrits dénature complètement les objectifs poursuivis par le législateur dans un système de droit codifié. Ceux-ci ont été magnifiquement décrits par Jean-Étienne-Marie Portalis, d'où l'intitulé de la présente étude.

La France a été le premier pays à adopter des codes courts, composés de principes généraux qui embrassent l'ensemble du droit civil ou pénal. À cette époque, les codificateurs croient fermement que les tribunaux doivent disposer d'une importante marge de manoeuvre pour tenir compte de circonstances nouvelles ou imprévues. Ils savent fort bien qu'un texte législatif ne peut pourvoir à toutes les éventualités. L'approche qu'ils privilégient permet néanmoins à la jurisprudence d'évoluer et même de développer de nouvelles règles (I). En Angleterre, certains juristes croient pourtant que la codification est impossible dans un système de common law, car les juges perdraient ainsi le pouvoir de faire évoluer le droit. Une telle perception, on s'en doute, cadre mal avec l'expérience française et ne semble plus guère avoir cours au Royaume-Uni (II). Au Canada, tant le droit civil que le droit pénal ont été codifiés. Les débats européens ont eu leur pendant ici, mais de façon atténuée. Pour des raisons d'ordre linguistique et culturel, les francophones du Québec ont été peu nombreux à s'intéresser au droit pénal. Pour leur part, les anglophones du Québec et de l'Ontario ont reconnu avec le temps les avantages de la codification. L'adoption du *Code criminel* de 1892 a donc fait l'objet d'un large consensus, qu'il semble difficile de recréer à l'heure actuelle (III).

II. La conception française de la jurisprudence dans un système de droit codifié

La codification constitue l'aboutissement d'une période de transformation profonde du système juridique français, qui s'étend de 1789 à 1800 (A). Elle repose sur une conception particulière du rôle de la jurisprudence, qui est toutefois modulée différemment selon qu'il s'agit du droit civil (B) ou du droit pénal. Par la suite, l'évolution du droit pénal français présente des similitudes avec la situation qui prévaut au Canada (C).

A. Les transformations du système judiciaire pendant la Révolution française

En 1790, à l'occasion de la réorganisation du système judiciaire français (1), les juges vont se voir retirer le pouvoir d'interpréter la loi. Cette réforme s'avère très vite un échec, ce qui aura des conséquences importantes pour le droit civil français (2).

1. La réorganisation des tribunaux

En 1789, la Révolution française permet à des représentants élus d'exercer le pouvoir législatif, selon des modalités qui varieront avec les différents régimes constitutionnels. Auparavant, aucun texte ne pouvait être adopté sans l'accord du roi. Les révolutionnaires vouent donc un véritable culte à la loi, perçue comme l'expression de la volonté générale. Ils font également preuve d'hostilité envers les juges, en raison du rôle politique que ceux-ci ont joué sous l'Ancien Régime en s'opposant à la royauté. Ils sont enfin acquis au mouvement des Lumières, dont les représentants dénoncent le caractère irrationnel du système juridique. Ils attaquent en particulier la cruauté du droit pénal, l'absence de proportion entre les crimes et les peines ainsi que l'usage immodéré de la peine de mort. Pour le juriste italien Beccaria, il est même inconcevable que les juges interprètent les lois pénales².

À partir de 1789, les institutions de la France vont être complètement réorganisées. Dès novembre, les Parlements, soit les cours d'appel de l'Ancien Régime, sont dissous. En août 1790, un nouveau système judiciaire est mis en place. En matière pénale, le jury fait son apparition. En matière civile, les parties ont la possibilité de désigner un arbitre; elles sont obligées de se soumettre à une tentative de conciliation. En 1793-94, l'arbitrage devient même obligatoire en matière de successions et de biens communaux. Dès 1790, en matière familiale, les litiges sont soumis à un tribunal de famille; chacune des parties y nomme deux parents ou amis. En cas de désaccord, ceux-ci désignent un arbitre qui dénoue l'impasse. Le terme « ami » ne doit cependant pas faire illusion : très souvent, cet individu a exercé la profession d'avocat ou de procureur avant la Révolution³. Ces tribunaux ont notamment compétence en matière de divorce, de filiation et de succession; ils sont abolis en 1796.

La loi de 1790 crée des tribunaux de district. Les juges y sont élus pour un mandat de six ans; les juristes détenant un diplôme universitaire et ayant accumulé cinq années d'expérience sont éligibles. En septembre 1792, l'Assemblée déclenche de nouvelles élections; tous les citoyens âgés d'au moins vingt-cinq ans peuvent être candidats. Entre 1793 et 1795, les députés de la Convention se reconnaissent le droit d'annuler des jugements et de sanctionner les juges qui sont censés avoir mal jugés. Pendant cette période, le Tribunal révolutionnaire est autorisé à condamner à mort sans entendre les témoins ou la défense; il n'y a pas d'appel de ses jugements. En 1794, la Convention confie à son comité de législation le soin de combler les postes de juges vacants; une loi de

1795 autorise le Directoire à faire de même si aucun juge n'a été élu par une assemblée électorale. L'article 264 de la Constitution de l'an III (22 août 1795) interdit expressément au Corps Législatif d'annuler les arrêts du tribunal de cassation. En 1800, Napoléon Bonaparte supprime l'élection des juges, qui seront désormais nommés par le gouvernement.

Dans le système mis en place en 1790, un jugement rendu par le tribunal de district peut être porté en appel devant le tribunal de district voisin. Après des discussions animées, le tribunal de cassation voit le jour en novembre 1790. Son rôle consiste à contrôler l'application de la loi en cassant les jugements et en renvoyant l'affaire devant un tribunal compétent, qui peut toutefois refuser de se ranger à l'avis de la haute juridiction. Après deux renvois infructueux, la question doit être soumise au pouvoir législatif, qui rend un « décret déclaratoire de la loi ». En 1800, Bonaparte supprime l'appel au tribunal de district voisin; il crée plutôt des tribunaux d'appel indépendants dont les arrêts peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. En 1804, le terme « cour » (d'appel ou de cassation) remplace celui de « tribunal ».

Les révolutionnaires sont hostiles aux professionnels du droit. En 1790, l'ordre des avocats est aboli : le droit de plaider devant les tribunaux est ouvert à tous; on parle alors de défenseur officieux ou d'amis, qui doivent exercer leurs fonctions bénévolement, à titre de service public. En 1791, les avoués font leur apparition : leur rôle consiste à représenter les parties en rédigeant les actes de procédure; seuls les anciens juges, procureurs ou avocats peuvent exercer cette fonction, qui est abolie en 1793. Par la suite, les « fondés de pouvoir » doivent en principe agir gratuitement. En 1804, les avocats doivent s'inscrire à un tableau auprès des tribunaux. Pour être admissible, un candidat doit détenir une licence en droit et avoir complété un stage de trois ans. La rédaction des procédures est réservée à nouveau aux avoués.

La tentative d'éliminer les professionnels du droit se solde donc par un échec. Elle témoigne d'une aspiration profonde, celle de confier au simple citoyen l'application du droit. Pourtant, l'existence au cours de cette période d'un recours en cassation montre que la conception traditionnelle du rôle des tribunaux n'a pas entièrement disparu.

2. Le contrôle de l'application du droit par les tribunaux

Sous l'Ancien Régime, les Parlements exerçaient dans leur ressort, outre leurs fonctions judiciaires, un pouvoir réglementaire assez vaste, à condition toutefois de ne pas déroger aux textes approuvés par le roi, tels que les ordonnances ou les coutumes. Dans certains cas, après qu'une affaire eût été jugée, un arrêt de règlement généralisait la solution donnée au litige⁴. En 1790, ce pouvoir réglementaire est expressément abrogé. Les juges doivent plutôt solliciter l'avis du corps législatif « toutes les fois qu'ils croieront nécessaires, soit d'interpréter la loi, soit d'en faire une nouvelle » : c'est le référé législatif (loi du 16-24 août 1790). L'*Ordonnance sur la procédure civile* de 1667 contenait une règle semblable : les juges devaient s'abstenir d'interpréter les textes édictés par le roi et lui

demander de trancher une difficulté. Toutefois, les Parlements avaient fait peu de cas de cette disposition⁵.

Le référé législatif s'avère très vite insatisfaisant, car les législateurs s'abstiennent de répondre aux demandes qui leur sont adressées ou tardent à le faire. En 1795, le Directoire filtre les requêtes des tribunaux. Pour sa part, le tribunal de cassation met un frein à cette pratique en se fondant sur l'article 202 de la Constitution de l'an III (1795); celui-ci interdit aux deux Conseils qui détiennent le pouvoir législatif d'exercer une fonction judiciaire. Le tribunal en conclut que le référé doit s'appliquer uniquement à des « cas à venir et non à des cas arrivés, puisqu'alors cette loi ne pourrait s'y appliquer que par un effet rétroactif ». En outre, il censure fréquemment l'utilisation de ce mécanisme au motif que la loi est claire. Il semble donc que les tribunaux doivent rendre jugement avant de recourir à cette procédure, quoique le tribunal de cassation déroge parfois à cette règle. En effet, il adresse dix-huit demandes au Corps Législatif; mais il ne reçoit qu'une seule réponse⁶.

En 1800, le législateur abroge l'obligation imposée au juge de lui renvoyer les problèmes d'interprétation. La Cour de cassation continue d'exercer les fonctions qui lui ont été dévolues lors de sa création. Par conséquent, la juridiction devant laquelle est renvoyée une affaire peut refuser d'appliquer l'arrêt de cassation. Après 1800, dans cette hypothèse, le second pourvoi est entendu par les « chambres réunies », soit par l'ensemble des juges, qui siègent normalement en chambres distinctes. Après 1807, si la troisième cour d'appel refuse de suivre l'avis des Chambres réunies, la question est renvoyée au Conseil d'État, dont l'avis est approuvé par l'Empereur, ce qui met fin aux discussions.

En 1828, les Chambres du Parlement sont appelées à trancher un tel conflit en adoptant une loi interprétative, bien que le troisième arrêt devienne définitif pour les parties. Une fois de plus, cette expérience s'avère un échec, car il est souvent difficile de rédiger un texte de portée générale qui mette fin au litige⁷. En conséquence, une loi de 1837 confère une valeur obligatoire à l'arrêt des chambres réunies qui dispose du second pourvoi. Cette procédure a survécu jusqu'à nos jours. Toutefois, depuis 1967, le pourvoi contre le deuxième arrêt est soumis à une Assemblée plénière qui réunit le Premier président, le président, le doyen ainsi que deux conseillers de chacune des six chambres. En 1991, la Cour de cassation comprenait quatre-vingt-quatre conseillers et trente-sept conseillers référendaires; à l'heure actuelle, elle rend plus de trente mille arrêts par année.

Si les premières lois révolutionnaires tentent de réserver au législateur les questions d'interprétation des lois, cette tâche doit très rapidement être dévolue exclusivement aux juges. Après 1837, les législateurs renoncent également à trancher les conflits qui opposent la Cour de cassation et les cours d'appel qui jugent une même affaire de façon concordante. Au terme de cette évolution, il est devenu évident que les juges doivent disposer d'une importante marge de manoeuvre afin de jouer pleinement leur rôle. Dans une certaine mesure, ce constat a rendu possible la codification du droit civil français.

B. Le Code civil et ses suites

En 1804, la France se dote d'un Code civil (1). Dès cette époque, les auteurs de ce texte entrevoyent le rôle essentiel que la jurisprudence sera appelée à jouer jusqu'à nos jours (2).

1. L'adoption du Code civil

Sous l'Ancien régime, le droit privé se compose de multiples sources. Dans le Nord et le centre du royaume, une soixantaine de coutumes s'appliquent dans autant de régions déterminées. Initialement orales, elles sont mises par écrit à partir du XVI^e siècle. Dans le Sud, le droit romain est considéré comme le droit commun, ce qui n'exclut pas l'existence d'usages particuliers. Des ordonnances royales régissent la procédure civile et pénale, le droit commercial et, depuis le XVIII^e siècle, les donations et les testaments. En droit des obligations et des contrats, la jurisprudence a d'abord puisé dans le droit romain et canonique; par la suite la doctrine, en particulier Jean Domat (1625-1696) et surtout Robert-Joseph Pothier (1699-1772), ont synthétisé cet apport en employant des formules générales et concises qui leur ont valu une renommée internationale. En droit de la famille, le droit canonique continue de régir notamment la validité des mariages et les questions de filiation.

En août 1790, l'Assemblée nationale annonce son intention de faire préparer « un code général de lois simples et claires appropriées à la Constitution ». Un décret du 2 septembre 1791 ajoute : « [i]l sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume, pour bien définir les lois de liberté, de propriété et de libres contrats ». L'Assemblée espère sans doute renforcer ainsi sa légitimité et son pouvoir. C'est toutefois le droit pénal qui retient d'abord son attention. Une premier code, complet et bien structuré, est édicté en 1791. Il supprime plusieurs infractions à caractère religieux tels que la sorcellerie ou les relations homosexuelles entre adultes consentants. En réaction à la discrétion extrêmement large dont jouissaient les juges sous l'Ancien Régime, les peines sont fixes, ce qui exclut toute individualisation. En 1795, le *Code des délits et des peines* est édicté; en dépit de son titre, il s'intéresse uniquement à la procédure pénale. La même année, un code hypothécaire voit également le jour; il est refondu en 1799.

En droit civil, trois projets de code sont rédigés par Cambacérès. Celui de 1793 compte 719 articles; celui de 1794 en comprend 368 et celui de 1797, 1104. Assez sommaires, ils ne sont pas adoptés en raison des guerres et des crises politiques de l'époque. Le premier projet, signe des temps, est jugé trop complexe par certains; le deuxième est qualifié de « recueil de préceptes », tandis que le troisième suscite moins d'opposition de principe. Dans les trois cas, Cambacérès cherche à coordonner la législation révolutionnaire et les règles de l'ancien droit qui demeurent en vigueur⁸. En 1800, Jacqueminot présente un nouveau projet sur le droit des personnes, de la famille et des successions, sans plus de succès.

Sous le Consulat, Napoléon Bonaparte fait reprendre le travail en 1800. La rédaction du projet est confiée à quatre juristes en vue. Deux d'entre eux proviennent d'une région où le droit romain s'applique (Portalis et Maleville); les deux autres (Tronchet et Bigot de Préameneu) sont originaires de pays de droit coutumier. Portalis représente certainement un élément conservateur; ardent défenseur de la famille traditionnelle, il prend la fuite en 1798 car il est favorable à la restauration de la monarchie. Il rentre en France après le coup d'État de Bonaparte⁹. Le 21 janvier 1801, les quatre commissaires soumettent le résultat de leur labeur aux assemblées parlementaires ainsi qu'aux tribunaux d'appel, qui sont tenus de faire connaître leurs observations. L'étude du projet débute peu après. Après un vote défavorable du Tribunat et du Corps législatif sur le Titre I, un sénatus-consulte réduit de moitié le nombre de membres du Tribunat, ce qui permet d'écarter les contestataires. Napoléon continue d'intervenir dans les débats afin que les travaux progressent. Ces discussions, ainsi que les observations des tribunaux, ont été publiés entre 1827 et 1832¹⁰.

Une loi du 30 Ventôse an 12 (21 mars 1804) réunit « en un seul corps de lois, sous le titre de « *Code civil des Français* » les diverses lois qui ont approuvé chacun des titres du code depuis février 1803. Une loi du 3 septembre 1807 prescrit l'utilisation du titre « Code Napoléon », qui demeure en usage aujourd'hui. Par la suite, d'autres Codes sont promulgués : le code de procédure civile (1806), le code de commerce (1807), le code d'instruction criminelle (1808) et le code pénal (1810). L'ancien droit est officiellement abrogé par l'article 7 de la loi de 1804 « dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code ». Il s'ensuit que ses règles peuvent être invoquées à titre supplétif¹¹. Par ailleurs, plusieurs dispositions du code reprennent les acquis de la doctrine de l'Ancien Régime, particulièrement en ce qui concerne les obligations et les contrats. Dans cette hypothèse, ces ouvrages continuent d'être cités au début du XIX^e siècle, mais leur utilisation décline par la suite.

À bien des égards, le Code Napoléon est un document conservateur, qui renoue avec certaines règles de l'Ancien Régime sans renier entièrement la législation révolutionnaire. Ainsi, Napoléon impose sa vision de l'autorité maritale; la puissance paternelle est également renforcée. Signe des temps, l'article 1781 déclare que le maître est cru à sa parole à propos du montant dû à l'ouvrier comme salaire ou du paiement de cette somme; cette disposition ne disparaîtra qu'en 1868. Le droit au divorce est restreint considérablement : la faute est le critère privilégié. Il est d'ailleurs aboli en 1816. Le droit de propriété est pleinement protégé afin de prévenir la renaissance de la féodalité ou l'existence de domaines concurrents sur un même terrain. En matière successorale, les droits des enfants naturels sont limités; le parents recouvrent la possibilité d'augmenter la part d'un enfant légitime.

Le Code civil marque donc un retour aux valeurs traditionnelles de la France. Il instaure un droit national uniforme et tourne la page sur l'effervescence révolutionnaire, notamment en droit de la famille. Il privilégie également une technique de rédaction qui confère un large pouvoir d'appréciation aux juges. Là encore, les idéaux révolutionnaires sont mis de côté et la jurisprudence est remise à l'honneur.

2. L'interprétation du Code civil

(a) La conception de Portalis

En 1790, aux premiers temps de la Révolution, certains révolutionnaires contestent l'utilité de la jurisprudence. Ainsi, Robespierre affirme :

[...] ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence.

Son objectif est clair : « rien que la loi et point de jurisprudence ». Pour certains révolutionnaires, les nouvelles lois seront si simples que les jurés pourront les appliquer sans aucune difficulté¹². Pourtant, dès 1790, au cours des débats parlementaires, plusieurs orateurs affirment que le tribunal de cassation devra assurer l'uniformité d'une jurisprudence afin que celle-ci reflète fidèlement la volonté du législateur¹³. Après 1795, cette conception de la cassation prend de l'ampleur, notamment en raison de l'inefficacité du référé législatif, que les juges utilisent de moins en moins avant de rendre jugement¹⁴. Néanmoins, en 1801, certains tribunaux critiquent le titre préliminaire du projet de code civil; à leur avis, celui-ci accorde une trop grande discrétion aux juges chargés d'appliquer un texte de loi¹⁵. Napoléon lui-même, apprenant en 1805 que Maleville avait fait publier une *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, se serait écrié « Mon Code est perdu! »¹⁶; fort heureusement, il ne lui vint pas l'idée d'interdire les ouvrages de doctrine.

Dans son célèbre discours préliminaire du 21 janvier 1801, Portalis présente le projet de code qu'il vient de compléter avec ses collègues¹⁷. Il expose alors, dans une langue chatoyante, sa conception de la loi et de la jurisprudence. Il incombe au législateur de « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». « [I] est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux ou trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi ». Portalis ne se fait à ce sujet aucune illusion : un « code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que milles questions inattendues viennent s'offrir au magistrat ». « Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges ». « Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois ». Il conclut : « c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable »¹⁸.

Ainsi, le législateur doit chercher à englober dans des maximes générales les diverses situations susceptibles de se présenter, en faisant les distinctions qui s'imposent d'emblée, mais en renonçant à prévoir toutes les difficultés : « *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre » dit Portalis. Pour sa part, le juge applique les principes de la loi

aux faits, par un raisonnement qui lui permet de prendre en considération tous les aspects du problème et, le cas échéant, de combler une lacune. Si la jurisprudence doit en général être suivie, elle peut changer si « le progrès des lumières le justifie ». Le code constitue donc le point de départ de l'analyse mais ses dispositions peuvent être complétées par les juges.

L'article 4 du Code Napoléon confirme le rôle du juge : celui « qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Le magistrat ne peut plus renvoyer au législateur les questions d'interprétation, comme ce fut le cas entre 1790 et 1800. Jusqu'en 1837, cette procédure subsiste cependant dans le cas particulier d'un désaccord entre la Cour de cassation et les cours d'appel auxquelles une affaire a été renvoyée¹⁹. L'article 4 du Code Napoléon a été repris pour l'essentiel par l'article 11 du *Code civil du Bas Canada*, puis par l'article 42.1 de la *Loi d'interprétation*²⁰. Bien entendu, le juge peut conclure que aucune règle ne l'autorise à accueillir la demande; mais il est obligé de rendre jugement. En outre, l'article 5 du Code Napoléon interdit aux tribunaux « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Il vise ainsi à empêcher la réapparition des arrêts de règlement pris par les cours souveraines avant la Révolution. La mission du juge consiste donc à trouver la meilleure solution au litige dont il est saisi. S'il ne peut créer de règle générale, il doit selon Portalis « étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue » et « ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle et de désobéir par esprit de servitude »²¹.

(b) Le rôle de la jurisprudence après la codification

En dépit de la conception généreuse de Portalis, certains facteurs ont contribué à affaiblir la jurisprudence après l'adoption du Code civil. En France, les arrêts sont d'un laconisme extrême. En effet, les juges ont pour mission d'appliquer les principes directeurs des codes; il n'ont pas à les expliquer. La décision est un cas d'espèce et n'a pas valeur d'exemple; par la suite, les magistrats n'ont pas à s'en préoccuper. Dans ce contexte, certains ont pu croire que la doctrine avait plus d'importance que la jurisprudence. Au XX^e siècle, on est revenu à une conception plus pragmatique. Lorsqu'un même problème s'est posé à plusieurs reprises et qu'une solution a été adoptée continuellement par les tribunaux, la jurisprudence est qualifiée de « constante ». Théoriquement, les juges ne sont pas *obligés* de suivre cette jurisprudence. En pratique, s'ils vont à contre-courant, ils sont infirmés par une cour d'appel ou par la Cour de cassation. Celle-ci demeure toutefois parfaitement libre d'opérer un revirement de jurisprudence.

En France, les arrêts publiés sont fréquemment accompagnés de notes doctrinales qui permettent au lecteur de comprendre la portée de la décision et de connaître les circonstances d'une affaire. Ces notes signalent l'existence d'une controverse ou l'amorce d'un revirement jurisprudentiel. De même, les nombreux ouvrages de doctrine fournissent une synthèse de la jurisprudence et des règles qu'elle applique, quand ils ne contiennent pas une revue détaillée de son évolution. Ils dégagent les principes qui sont souvent implicites dans les arrêts. Dans de telles conditions, il n'est pas nécessaire d'attribuer aux décisions la valeur de précédents : les auteurs se chargent de guider la jurisprudence. Il importe donc de réfléchir sur le rôle que ceux-ci ont pu jouer au fil des siècles.

Au cours du XIX^e siècle, une méthode de travail semble dominante chez les juristes, qui a été qualifiée par la suite d'*École de l'exégèse*. Ces auteurs partagent l'idée qu'une solution peut être déduite du code; pour ce faire, ils privilégient les travaux préparatoires, le texte de loi et les principes qui lui sont sous-jacents et accordent moins d'importance à l'histoire ou même à la jurisprudence. En général, ils épousent les valeurs véhiculées par le code, tels l'importance de la famille légitime, de la propriété ou de la liberté contractuelle. Cela n'exclut nullement les controverses doctrinales, très nombreuses, ou même une participation de certains aux luttes politiques.

Au tournant du siècle, une nouvelle tendance apparaît avec Saleilles, Josserand et surtout François Gén^y. Celui-ci reproche à ses prédécesseurs de bloquer l'évolution de la jurisprudence et de ne pas tenir compte des problèmes sociaux de l'époque (la montée du syndicalisme ou les accidents du travail, par exemple). Gén^y réclame un élargissement des sources. Il refuse d'admettre que pour chaque question, le législateur avait une solution en vue. Il préconise la « libre recherche scientifique », qui fait une large place à la jurisprudence et au contexte social dans lequel un problème se pose. Plutôt que de tenir compte uniquement des termes de la loi et des discours de 1803-1804, il est préférable d'interpréter le code d'une manière équitable, lorsque la chose est possible sans dénaturer les textes²².

L'attitude de Gén^y a fini par s'imposer. Il n'existe plus guère de juristes français qui croient pouvoir raisonner uniquement à partir du code. Il leur faut tenir compte tout d'abord de la jurisprudence et de la doctrine, car diverses opinions y sont soutenues, ainsi que du contexte social. Au XX^e siècle, les juges feront preuve de plus en plus d'audace, notamment en matière de responsabilité du fait des choses, d'abus de droit ou d'enrichissement injustifié. Ils donnent alors effet à des principes qui n'apparaissent nulle part au code mais qui sous-tendent ses dispositions. La loi continue de jouer un rôle prééminent dans ce système, mais elle laisse place à d'autres sources.

C. La jurisprudence en droit pénal français et canadien

Dès 1801, l'importance de la jurisprudence en droit civil ne fait guère de doute. En droit pénal, des considérations d'un autre ordre entrent en jeu. *A priori*, il est éminemment souhaitable de ne pas exposer l'accusé aux vicissitudes des controverses jurisprudentielles. Pourtant, dès 1810, la nécessité d'interpréter les lois ne fait guère de doute dans l'esprit des législateurs (1). En ce qui concerne les moyens de défense, les juges français ont également une marge de manoeuvre considérable, qui n'est pas sans rappeler la situation au Canada (2).

1. Le code pénal français et la jurisprudence

(a) Les débats précédant l'adoption du code

Nous avons déjà signalé que le premier code pénal français date de 1791. Il abroge les infractions à caractère religieux et les supplices de l'ancien droit et impose des peines fixes, refusant ainsi toute discrétion au juge. En 1808, un code d'instruction criminelle remplace le code de 1795; il règle les questions de procédure. Le code pénal de 1810 aggrave les peines, en rétablissant notamment la marque au fer rouge et l'ablation du poing pour les parricides. Plusieurs de ces dispositions répondent d'ailleurs aux besoins d'un régime totalitaire. D'autres reflètent les valeurs d'une société sur le point de connaître une révolution industrielle. Il en va ainsi des infractions qui assurent la protection des biens ou de celles qui interdisent la grève et la formation de syndicats²³.

Le code de 1810 redonne au juge un large pouvoir d'appréciation en prévoyant dans plusieurs cas des peines minimales et maximales plutôt que fixes, ainsi que des circonstances atténuantes, qui autorisent la mitigation de la peine. Depuis 1832, le jury jouit à cet égard d'une discrétion illimitée. Bien que l'on ait souvent écrit que le code pénal était inspiré par l'utilitarisme, la philosophie qui l'anime est également axée sur la rétribution²⁴. Dans les discours de présentation, le nom de Bentham n'apparaît d'ailleurs qu'une seule fois. Berlier explique que la classification de cet auteur n'a pas été suivie. Il ajoute que si l'on peut titrer parti des « profondes méditations des jurisconsultes et des publicistes, c'est en les rattachant à la loi par des points imperceptibles »²⁵.

Dans ce contexte, quel rôle est dévolu à la jurisprudence? Le discours préliminaire de Portalis, prononcé en janvier 1801 lors de la présentation du projet de code civil, fait une distinction très nette entre le droit pénal et le droit civil. À son avis, « les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles ». En outre, la libération d'un citoyen doit être la conséquence nécessaire d'une lacune de la loi. En effet :

La loi qui sert de titre à l'accusation, doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. Le législateur ne doit point frapper sans avertir : s'il en étaient autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux; ce qui serait contraire à l'essence même des choses.

Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civile [...]²⁶.

Dans ce passage, Portalis refuse d'admettre jusqu'à l'existence de la jurisprudence en droit pénal, même si celle-ci doit jouer un rôle primordial en droit civil. Dix-sept jours plus tard, son attitude sera tout autre. Un projet de loi prévoit que certaines infractions doivent être jugées par des tribunaux d'exception. Au cours des débats précédant l'adoption de ce

texte, certains orateurs soutiennent que ces incriminations sont décrites en termes trop vagues. La réponse de Portalis remet la jurisprudence à l'honneur :

Une loi n'est point un vocabulaire. Les bons esprits sont sobres de définition. Toutes les lois existantes ont parlé des mêmes choses et employé les mêmes mots, sans faire de définitions nouvelles, et en se rapportant au sens qu'on avait toujours attaché à ces mots. Il faut rarement changer le langage consacré par la jurisprudence. Dans la législation, comme dans les choses sacrées, il est rare que la nouveauté ne soit pas profane²⁷.

Portalis semble donc reconnaître que la jurisprudence joue un rôle important en droit pénal. Simplement, si le comportement reproché à l'accusé n'est pas clairement visé par la disposition législative invoquée par le ministère public, le juge ou le jury doivent prononcer un acquittement. En 1801, Target prononce un discours préliminaire à l'occasion de la présentation du premier projet de code pénal; il ne souffle mot du rôle de la jurisprudence²⁸.

En 1810, un exposé de motifs et un rapport précèdent l'adoption des sept lois qui constituent le nouveau code²⁹. Ces discours discutent peu du rôle des juges et semblent épouser les thèses de Portalis sur cette question. Ainsi, Berlier rappelle qu'il ne saurait y avoir de condamnation en l'absence d'une « disposition formelle et non équivoque »³⁰. Ces orateurs vantent la clarté et la précision du projet de code, tout comme la latitude accordée aux juges lors de l'imposition de la peine. Noailles rappelle que le laconisme de la loi de 1791 a souvent provoqué l'acquittement des faussaires; il espère que « la sage prévoyance du Code actuel atteindra tous les coupables »³¹. Louvet rappelle que « la clarté, la précision, la justesse, une convenable extension à tous les cas, sont indispensables pour l'application des jugemens »³²; à son avis, les dispositions proposées « n'ont point une extension indéfinie »³³. Pour Nougarede, l'objectif du code est d'« obtenir, avec la révision des lois pénales, une réunion systématique et régulière de leurs principes généraux »³⁴.

Pour ces juristes, il va de soi que l'application de certaines dispositions législatives peut donner naissance à une jurisprudence³⁵. Il est donc inutile d'énoncer « ce principe antérieur à tous les Codes, que là où il n'y a point de volonté il ne peut y avoir de crime »³⁶. Il faut bien entendu « conserver ces règles générales d'équité qui ont été introduites dans la jurisprudence criminelle par le consentement de tous les peuples civilisés; celles, par exemple, qui obligent d'interpréter toujours en faveur de l'accusé le silence et même les expressions obscures de la loi ». Mais « ces principes immuables n'ont pas besoin d'être proclamés par le législateur, ils sont gravés d'avance dans le coeur de tous les magistrats »³⁷. Les juges sont donc appelés à faire appel à certains principes préexistants qui n'apparaissent pas dans le code.

Si l'article quatre du code pénal de 1810 se contente d'interdire l'imposition d'une peine qui n'était pas prononcée par la loi au moment de la perpétration de l'infraction, l'article huit de la *Déclaration des droits de l'Homme* de 1789 est plus précis. Il dispose que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Tant le code de 1791 que celui de 1810 vont tenter de respecter l'esprit de la *Déclaration* en définissant avec précision les incriminations. Plusieurs articles

sont réécrits afin de décrire davantage les éléments constitutifs de l'infraction; certaines expressions floues, telles que « principes de la morale naturelle », disparaissent. D'un autre côté, l'Empereur privilégie un style « dogmatique » là où l'on peut « en une seule phrase exprimer avec plus de clarté et d'énergie l'intention du législateur ». Pour sa part, Berlier déclare « [l]es omissions et lacunes ne sont jamais aussi à craindre que lorsqu'on veut entrer dans les détails ». À titre d'illustration, le viol n'est pas défini; le terme « frauduleusement » remplace un paragraphe entier, et l'expression « animal domestique » est substituée à une énumération de dix espèces. À propos des blessures involontaires, Cambacérés se refuse à « enchaîner la conscience des juges »³⁸. En somme, « les définitions ne conviennent point aux faits dont le caractère est vulgairement fixé »³⁹. Certains éléments constitutifs d'une infraction sont donc formulés de façon ample afin de conférer au juge et au jury un large pouvoir d'appréciation.

Au bout du compte, la phraséologie du Code civil et celle du code pénal sont donc assez semblables. L'héritage révolutionnaire survit toutefois par le biais du principe de légalité, qui n'est pas sans rappeler certaines théories du droit constitutionnel canadien.

(b) Le principe de légalité français et la nullité pour imprécision en droit canadien

Depuis 1958, la *Déclaration des droits de l'Homme* de 1789 fait partie du « bloc de constitutionnalité » que doit respecter le législateur français, sous peine d'être censuré par le Conseil constitutionnel. La jurisprudence continue néanmoins de jouer un rôle essentiel en droit pénal français, qui n'a pas été modifié par l'adoption d'un nouveau code de procédure, en 1959, ou par celle d'un nouveau code pénal, en 1992. À cet égard, la portée du principe de légalité a été bien analysée par la jurisprudence et la doctrine française. Les auteurs Merle et Vitu résument ainsi l'état du droit :

La légalité rigoureusement entendue exclut donc que, dans la création des incriminations, la loi admette ce que l'on appelle des « types ouverts », c'est-à-dire des définitions d'infractions formulées de façon tellement vague qu'en pratique on peut y faire entrer n'importe quels actes; ce qui serait le cas si, par exemple, une disposition pénale incriminait « tout acte de nature à nuire au peuple français », comme l'avait fait en France une loi du 7 septembre 1941 instituant un tribunal d'État. De même, il convient d'éviter l'emploi de mots vagues, susceptibles de plusieurs interprétations.

L'exigence d'une technique précise pour la rédaction des textes ne saurait évidemment être poussée à l'absurde : le législateur ne peut statuer que par la voie de définitions générales et on ne peut lui demander, à tout instant, d'énumérer par le détail toutes les hypothèses particulières que l'imagination suggère; sa tâche deviendrait impossible. D'ailleurs, mieux que ne l'avait fait le Code de 1810, les rédacteurs du Code pénal actuel [de 1992] se sont efforcés de définir avec précision les incriminations retenues, encore qu'ici ou là certaines formulations soient relativement larges. Il est vrai que certaines notions sont assez connues du langage courant ou ont été suffisamment précisées par la jurisprudence pour qu'il n'y ait pas à définir plus spécifiquement : ainsi des notions d'homicide, de violence, de menace ou de stupéfiants⁴⁰.

En ce qui concerne le rôle de la jurisprudence, la position française est la suivante :

Aux magistrats répressifs, le principe de la légalité impose en outre d'interpréter la loi d'une façon non extensive. Il serait inutile que le législateur établisse des incriminations précises si, par une interprétation arbitraire ou analogique, les juges pouvait donner aux textes pénaux telle portée élargie qui leur paraîtrait désirable : l'incertitude serait pareille, pour les justiciables, à celle qui naîtrait d'une complète absence de textes législatifs. On notera cependant que toute interprétation de la loi ne se trouve pas, pour autant, interdite aux tribunaux, : car il leur faut appliquer les formules générales et abstraites de la loi aux cas concrets; à une interprétation abusivement littérale, il faut préférer une interprétation déclarative ou téléologique, qui n'a rien de contraire au principe de la légalité⁴¹

À bien des égards, cette conception du rôle de la loi et de la jurisprudence fait songer à celle qu'a retenue la Cour suprême du Canada dans la cadre de la théorie de la nullité des lois pour imprécision. Celle-ci constitue une violation des principes de justice fondamentale que l'État doit respecter avant de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne⁴². Ce vice de rédaction n'est toutefois pas confiné au domaine pénal et peut être retenu dans le cadre d'autres dispositions de la Charte⁴³. Il se manifeste si une loi « manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire »⁴⁴. En effet, les « règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans un cas donné, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente »⁴⁵. Un texte législatif ne peut faire plus que d' « énoncer certaines limites, qui tracent les contours d'une sphère de risque »⁴⁶. En droit pénal, « l'État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire »⁴⁷. Comparativement au principe de légalité, cette dernière exhortation peut sembler bien timide⁴⁸. Mais elle s'appuie sur une réalité indéniable : il n'est ni possible ni souhaitable d'interdire au législateur d'employer des termes généraux dont la mise en oeuvre incombe aux tribunaux.

En somme, le « pouvoir judiciaire joue toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit, encore que l'étendue de ce rôle puisse varier »⁴⁹. La Cour ajoute que les lois « conçues en termes généraux sont peut-être mieux faites pour la réalisation de leurs objectifs »⁵⁰. Ces principes ont été appliqués à l'article 515 (10) b) du *Code criminel*⁵¹, ci-après C.cr.). Aux termes de cette disposition, le tribunal qui se prononce sur la mise en liberté du prévenu jusqu'au terme de son procès doit se demander si la détention de celui-ci « est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public ». Dans ce libellé, la notion d' « intérêt public » « ne donne aucune indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire »; cela constitue une violation du droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » garanti par l'article 11 e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁵² Dans cette affaire, le juge Gonthier est en désaccord avec le juge en chef, ce qui montre l'importante marge de manoeuvre dont l'État doit disposer à ses yeux; il rappelle toutefois que les « normes de conduite, dont la violation peut entraîner l'incarcération, doivent être à la fois promulguées et formulées de façon à permettre un niveau élevé de certitude »⁵³.

Ces remarques font voir que la conception du rôle de la loi en droit constitutionnel canadien et français présente certaines similitudes; il en va de même pour le rôle de la jurisprudence en droit pénal.

2. La jurisprudence et les moyens de défense

Le code pénal français de 1810 contient assez peu de moyens de défense ou de motifs d'exonération de portée générale. Il précise qu'il « n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister » (art. 64). L'absence de discernement des mineurs de moins de seize ans constitue un motif d'acquittement (art. 66). L'article 328 exonère l'auteur d'un homicide, de blessures ou de coups lorsque ceux-ci « étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ». En revanche, toute excuse ou mitigation de peine doit être expressément prévue par la loi (art. 65). Ces expressions ne font l'objet d'aucune définition et il appartient à la jurisprudence et à la doctrine de préciser leurs conditions d'applications.

En l'absence d'indications du législateur, les tribunaux ont été appelés à préciser quel élément intellectuel ou moral est exigé par une incrimination donnée. Ils ont ainsi développé une classification élaborée qui n'est contenue dans aucune disposition législative. L'élément moral peut consister en une intention qui est appelée « dol ». Celui-ci peut être général ou spécial. La faute pénale résulte quant à elle d'une négligence. Enfin, il y a contravention dès que le comportement incriminé se produit, sans égard à l'état d'esprit du contrevenant⁵⁴. L'article 121 du nouveau Code pénal a codifié ces principes⁵⁵. De prime abord, le juriste canadien est tenté de faire un parallèle avec les crimes d'intention générale ou spécifique, la *mens rea* des crimes intentionnels ou de négligence et les infractions de responsabilité absolue. L'analogie n'a pas besoin d'être parfaite pour constater que la jurisprudence joue un rôle fondamental dans les deux systèmes.

Deux exemples permettent de poursuivre cette comparaison. Tout d'abord, dès la fin du XIX^e siècle, la défense de nécessité a été reconnue en France en l'absence d'une disposition précise portant sur cette question⁵⁶. Au Canada, ce moyen a également été reconnu par la Cour suprême en l'absence de texte⁵⁷. Le nouveau code pénal français a codifié ce principe à l'article 122-7. Le deuxième exemple concerne la notion de consentement. Celle-ci n'apparaît ni dans le code français de 1810, ni dans celui de 1992. En principe, il ne s'agit donc pas d'un moyen de défense, par exemple dans un cas de duel. De manière analogue, en 1921, dans une affaire où un chirurgien inflige des blessures en effectuant une chirurgie esthétique, la Cour de cassation décide que le consentement n'est pas pertinent lorsque le but poursuivi est contraire à l'ordre public; évidemment, la jurisprudence a évolué depuis. Dans un autre ordre d'idées, les tribunaux n'ont eu aucune difficulté à conclure que le terme « viol » présuppose l'absence de consentement de la victime⁵⁸. En l'absence de précisions à ce sujet, un mari peut donc commettre un viol sur la personne de son épouse. À partir de 1984, la Cour de cassation a pu mettre de côté la doctrine antérieure et conclure que l'époux ne jouissait d'aucune immunité particulière⁵⁹.

Au Canada, le Code criminel prévoit que le consentement constitue une défense à une accusation de voies de fait⁶⁰. Pourtant, la Cour suprême a conclu qu'en common law, la victime qui accepte de se battre et de se voir infliger des blessures ne donne pas un consentement valide⁶¹. Plus récemment, elle renverse la règle de common law et déclare que le consentement aux relations sexuelles non-protégées est vicié par la fraude si l'accusé ne révèle pas qu'il est séropositif⁶². Ces affaires montrent bien que les tribunaux disposent d'une marge de manoeuvre considérable lorsque des concepts généraux sont employés, qu'ils n'hésitent pas à utiliser pour étendre la portée de certaines incriminations.

Ainsi, il appert qu'en France, certains moyens de défense ont été reconnus et limités en l'absence de texte précis. Au Canada, la portée d'un moyen mentionné par le code a parfois été restreinte par la jurisprudence. Plus généralement, le nombre limité de moyens de défense reconnus par le code pénal français de 1810 n'est pas sans évoquer la structure du *Code criminel* canadien. Dans les deux cas, la mise en oeuvre d'un code repose sur la jurisprudence. En France, cette situation résulte d'une conception particulière de la codification et de l'abandon des visions idéalistes de la période révolutionnaire. C'est pourquoi en 1810, des notions aussi fondamentales que l'état de démence, la légitime défense ou le discernement ne font l'objet d'aucune définition. Les tribunaux jouissent ainsi d'une marge d'appréciation extrêmement importante. C'est à partir de ce constat qu'il convient d'examiner les tentatives anglaises de codifier le droit pénal.

III. La perception anglaise du rôle de la jurisprudence dans un système de droit codifié

Les difficultés rencontrées en Angleterre lors des tentatives de codification sont attribuables, en partie du moins, au style des lois qui a longtemps été privilégié dans ce pays et qui a été vigoureusement critiqué par Jeremy Bentham (A). Au XIX^e siècle, les disciples de celui-ci ont failli convaincre le Parlement d'adopter un code des infractions. Plusieurs juristes ont cependant craint de retirer aux tribunaux la flexibilité que leur procurait la common law. Au XX^e siècle, si la nature d'un code est mieux comprise, la codification se fait toujours attendre (B).

A. Le rôle de la loi en Angleterre

La législation anglaise présente des caractéristiques particulières dont il importe de rappeler les origines (1). Il est alors possible de mieux saisir le caractère révolutionnaire des critiques de Bentham (2).

1. L'importance du style

En Angleterre, l'accès à la législation a été pendant longtemps une source de difficultés. Au Moyen Âge, les compilations de lois diffèrent les unes des autres. À partir de 1481, l'imprimerie permet la diffusion d'un texte unique. La première édition officielle de l'ensemble des lois, les *Statutes of the Realm*, est publiée entre 1810 et 1822; elle se termine par les lois adoptées en 1713 et demeure incomplète, en plus de contenir des apocryphes. Il faut attendre le XIX^e siècle pour que les lois accumulées depuis le Moyen Âge soient abrogées, refondues ou réformées. Encore faut-il noter que cela n'a lieu que par secteurs. Aucune refonte générale n'est réalisée, bien qu'en 1853, un comité puis une commission soient mis sur pied afin d'oeuvrer à cette tâche⁶³. Entre 1870 et 1878, à la suite des nombreuses abrogations effectuées par le Parlement, l'éditeur officiel peut publier un recueil de dix-huit volumes comprenant les lois d'intérêt général et permanent qui demeurent en vigueur. Cette « révision » effectue une mise en ordre strictement chronologique. Elle n'offre pas un texte continu intégrant l'ensemble les dispositions portant sur une même question, ce qui constituerait une refonte. En effet, cette dernière opération est problématique sur le plan stylistique dans un pays où les lois ont été édictées à partir du XIII^e siècle⁶⁴.

Les traditions des légistes sont également à l'origine de certaines caractéristiques de la législation britannique. À une certaine époque, les rédacteurs des projets de loi sont souvent des spécialistes de la rédaction d'actes juridiques de droit privé, les *conveyancers*; ils sont payés au mot. Par habitude professionnelle, ils emploient des phrases extrêmement longues, qui occupent assez souvent un paragraphe ou même une page, au sein duquel les synonymes sont multipliés à outrance. En effet, le dispositif par lequel le Parlement décrète ce qui va suivre doit être répété au début de chaque phrase. En outre, les lois ne sont pas divisées en articles numérotés. Pour les abroger ou les modifier, il est nécessaire de reproduire ou de paraphraser le passage pertinent. Il faut attendre jusqu'en 1850 pour qu'une loi, dite de lord Brougham, abroge ces règles et prévoit la division des lois en articles relativement brefs, bien qu'en pratique, cette façon de faire a déjà été adoptée depuis un certain temps⁶⁵.

À la fin du XVIII^e siècle, Jeremy Bentham décrit ainsi les problèmes posés par le style des lois anglaises⁶⁶ :

C'est par l'ensemble de tous ces défauts que les statuts anglais acquièrent cette prolixité démesurée, et que la loi est offusquée sous le verbiage de la législation. Il est essentiel de ménager à l'esprit de fréquents repos, non-seulement par la distinction des paragraphes, mais encore par la coupe des phrases dont le paragraphe est composé. Cette circonstance importe également pour l'intelligence et pour la mémoire.

C'est encore là un défaut bien choquant des statuts anglais. Il faut souvent parcourir des paragraphes pour arriver à un sens déterminé, et le commencement de la phrase est oublié avant qu'on soit parvenu au milieu.

En 1879, le juge en chef Cockburn lui-même exprime une opinion semblable. Il déplore « [Traduction] la phraséologie surchargée, prolixe, artificielle et confondante de nos lois »⁶⁷.

D'autre part, dans le système de common law, les principes juridiques ont été élaborés par les juges. Jusqu'au XIX^e siècle, les lois se contentent de modifier certaines règles posées par la jurisprudence. Elles lui empruntent ses concepts et sa terminologie souvent obscure et n'exposent pas les principes généraux que les juristes sont censés connaître. Dans cette hypothèse, le lecteur ou la lectrice est implicitement renvoyé aux décisions des tribunaux. Pour cette raison, les juges présument que la common law survit à la loi, sauf dans la mesure où elle est indiscutablement modifiée par une disposition législative. En outre, l'interprétation stricte est particulièrement répandue en matière pénale, car il en va le plus souvent de la vie de l'accusé. Ainsi, il a été jugé que le mot « dinde » n'inclut pas une dinde morte et que l'interdiction de voler des « chevaux » exclut le vol d'un seul animal⁶⁸. Au XIX^e siècle, ce stratagème permet de circonscrire l'impact de certaines réformes importantes entreprises par le Parlement britannique. Dans ces conditions, la prolixité constitue certes une vertu. En 1891, le juge Bramwell résume cette situation dans une formule lapidaire : « [Traduction] un rédacteur prudent ne cherche pas à déterminer de manière exacte si un terme est superflu, il ne prend pas de risques et il l'utilise »⁶⁹.

2. La conception de Jeremy Bentham

En Angleterre, l'idée de codification est assez ancienne. Au début du XVII^e siècle, le chancelier Bacon souhaite qu'un Digeste fasse la synthèse de la législation et de la common law. En 1653, sous le Commonwealth, les députés abolissent la chancellerie et projettent de réduire la common law sous la forme d'un « code » de poche qui pourrait être aisément transporté. C'est toutefois Jeremy Bentham (1748-1832) qui se fait le champion de cette cause. Ses travaux très éclectiques ont marqué le XIX^e siècle et même le XX^e, notamment sa conception du pénitencier et de l'utilitarisme. Bentham mène une véritable croisade contre les connaissances techniques des professions juridiques et la common law. Celle-ci ne contient à son avis aucune règle préétablie; elle est énoncée au gré des juges. La common law, écrit-il, est un « droit pour les chiens » (*Dog Law*). Pour dresser un animal, le maître attend que celui-ci fasse ce qu'il veut lui interdire de faire, puis il le bat. C'est ainsi que l'on fait pour les chiens, et c'est ainsi que les juges font pour leurs concitoyens⁷⁰. Dans un style plus exotique, on peut citer le commentaire suivant :

[Traduction] La multitude est ainsi condamnée à une ruine inévitable, pour un crime qui consiste à ignorer l'opinion d'un juge, dix ou vingt ans avant que la question ne vienne à l'esprit de ce dernier. Cette confusion et cette injustice sont de l'essence même de ce qui en Angleterre est appelé common law - ce monstre à plusieurs têtes, qui, incapable de penser à une chose avant qu'elle ne se produise, ou même d'être rationnel, prétend avoir tout déterminé à l'avance. Nabuchodonosor mettait à mort les hommes qui ne pouvaient trouver une signification à ses rêves : mais les rêves étaient au moins rêvés en premier lieu, et dûment notifiés. Les juges anglais

mettent à mort très froidement les hommes qui ont été incapables d'interpréter leurs rêves, avant même que ceux-ci aient été rêvés⁷¹

Bentham prône par conséquent l'adoption de codes fondés sur le principe d'utilité, qui consiste à procurer la plus grande satisfaction possible au plus grand nombre. Son projet prend forme dès 1780. À partir de 1811, il tente sans succès de convaincre les Américains puis les autres pays du monde de s'engager à examiner un projet de code qu'il offre de rédiger sans frais. S'il a composé plusieurs esquisses, il n'a jamais mené à bien la rédaction d'un code. Dans son propre pays, ses théories ont eu peu d'influence sur les universitaires du XIX^e siècle⁷².

L'opinion de Bentham sur la codification semble mal connue. Assez souvent, un seul de ces textes est analysé, *A General View of a Complete Code of Laws*⁷³. Il s'agit là de la traduction d'un chapitre des *Traité de législation civile et pénale*, publiés en français par Étienne Dumont en 1802. Ce dernier a réuni dans un même volume des manuscrits disparates. Dans un « discours préliminaire », il déclare d'entrée de jeu qu'il a eu « plus à retrancher qu'à ajouter, plus à abrégé qu'à étendre », qu'il a parfois « essayé de donner plus de développement aux idées » et qu'il s'est « permis de semer avec discrétion quelques ornements »⁷⁴. Il faut donc faire preuve de prudence en examinant cet ouvrage⁷⁵.

Si l'on en croit ce texte, le code général envisagé par Bentham doit être complet : « tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi »⁷⁶. À son avis, il est possible de prévoir tous les types de problème susceptibles de se présenter. Dans un code, la clarté et la brièveté sont de mise, même si le corps des lois sera toujours trop considérable pour se fixer en entier dans la mémoire du citoyen. De là la nécessité de faire des titres particuliers pour différentes catégories de personnes, afin que celles-ci puissent avoir à l'esprit les règles qui les concernent avant d'agir. Ainsi, le père de famille ou l'agriculteur seraient à même de se renseigner sur leurs droits et obligations. Dans la mesure du possible, il faudrait employer des « termes de droit familiers au peuple », ou alors définir les termes techniques. Au sujet de ce futur code, le texte attribué à Bentham se termine ainsi⁷⁷ :

Il ne faudra point d'écoles de droit pour l'expliquer, point de professeurs pour le commenter, point de glossaires pour l'entendre, point de casuistes pour en dénouer les subtilités. Il parlera la langue familière à tout le monde. Chacun pourrait le consulter au besoin. Ce qui le distinguera des autres livres, c'est une plus grande simplicité et une plus grande clarté. Le père de famille, le texte des lois à la main, pourra sans interprète les enseigner lui-même à ses enfants, et donner aux préceptes de la morale particulière la force et la dignité de la morale publique.

Cette vision réductrice cadre mal avec les autres écrits de Bentham. Ainsi, dans l'édition anglaise, on trouve un chapitre additionnel qui ne figure pas dans le texte de Dumont, intitulé « Of the Interpretation, Conservation and Improvement of a Code ». Bentham y déclare qu'après l'adoption d'un code, il faut interdire le recours aux précédents judiciaires ou aux commentaires doctrinaux. Si un cas imprévu se présente, le juge peut suggérer une solution qui devra toutefois être intégrée au code pour avoir force de loi. De façon générale, les tribunaux doivent porter à l'attention du législateur les défauts qu'ils observent. Si les termes employés ne reflètent pas fidèlement ce que celui-ci avait en vue,

le juge peut, de façon exceptionnelle, pallier cette lacune par voie d'interprétation; toutefois, il doit s'abstenir de suppléer les lacunes du texte. Enfin, le code doit être révisé au bout d'un siècle, car sa terminologie deviendra obsolète en raison de l'écoulement du temps⁷⁸.

D'autres écrits de Bentham insistent sur la nécessité de joindre aux dispositions du code une exposition détaillée de leur portée. Dans une note publiée en 1789 à la suite de *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham précise qu'un précepte de quelques mots (par exemple, « Tu ne voleras point ») sera complété par un volume entier qui exposera les cas d'application du texte et sa signification. La classification des infractions entraîne alors, par voie de conséquence, la définition des droits d'ordre privé et la confection d'un corps complet de loi, le « *pannomion* »⁷⁹.

Les problèmes d'interprétation ne disparaîtront pas pour autant. Dès 1790, Bentham emprunte à Pufendorf l'exemple suivant, qu'il réutilisera souvent par la suite. Dans une ville italienne, une loi édicte que « quiconque fera couler le sang dans les rues sera mis à mort ». Mais que faire si un médecin pratique une saignée pour venir en aide à un homme frappé d'apoplexie? Ou si un assassin étrangle son adversaire en pleine rue⁸⁰? Un manuscrit rédigé en 1782, mais demeuré inédit jusqu'au XX^e siècle, fournit déjà une réponse à cette question. S'il croit que le législateur a omis de prendre en considération un problème précis, le juge doit transmettre une proposition de règle au pouvoir législatif, qui pourra la modifier ou la rejeter. En cas d'inaction, elle sera présumée avoir été adoptée⁸¹. Cette solution est reprise en 1790 dans un projet de système judiciaire destiné à la France, ainsi que dans le code constitutionnel que Bentham rédige vers 1822⁸².

Après 1811, Bentham demeure fidèle à cette conception, en particulier quant à la nécessité de préparer un « commentaire perpétuel ». Celui-ci doit contenir une « masse de motifs » qui accompagnent des codes particuliers nombreux et très brefs (quelques pages), ainsi qu'un code général⁸³. Bentham reproche aux codes napoléoniens de pas être pourvus de tels instruments⁸⁴. À son avis, les discours préliminaires qui les ont précédés contiennent une « [Traduction] : masse de vagues généralités flottant dans les airs, sans aucune application aux circonstances particulières »⁸⁵. Les motifs ou raisons du code doivent susciter l'adhésion de la population et servir de balises aux juges chargés d'appliquer ses dispositions, sans nécessairement leur fournir une solution toute faite⁸⁶.

Dans les lettres ouvertes qu'il adresse aux autorités américaines, Bentham reconnaît que les non-juristes n'ont ni le talent ni les aptitudes pour être leurs propres avocats. L'adoption de codes permettrait toutefois aux gens éduqués de s'instruire par eux-mêmes, même s'il sera toujours nécessaire de faire trancher les contestations par des juges⁸⁷. Les problèmes dus aux changements sociaux doivent cependant demeurer la chasse gardée du législateur⁸⁸. Dans les années 1820, Bentham s'intéresse aux règles de preuve et de procédure; dans ce contexte, il privilégie l'emploi de principes généraux qui font appel à une grande discrétion judiciaire, afin que le principe d'utilité puisse triompher. Selon Gerald Postema, cette théorie peut difficilement s'accommoder d'une conception mécaniste de l'application du droit⁸⁹. En outre, Bentham était tout sauf un utopiste. S'il ne pouvait accepter qu'un jugement pose une règle applicable aux affaires futures, il savait très bien que la solution d'un litige prêterait parfois à discussion⁹⁰.

Bentham rejoint la pensée de Portalis sur un point : les principes généraux d'un code ne se suffisent pas à eux-mêmes et doivent faire l'objet d'une mise en oeuvre. Pour lui, le législateur doit fournir des motifs qui exposent la raison d'être des dispositions du code, définissent les termes employés et les hypothèses qu'ils visent et articulent les liens entre divers secteurs du droit. De cette manière, le rôle des juges est limité au minimum; les problèmes et les cas imprévus doivent obligatoirement être portés à l'attention des députés. Pour Portalis, ce sont les tribunaux et la doctrine qui doivent appliquer les principes généraux du code aux circonstances particulières. Ces différences de vues ont pu jouer un rôle dans l'échec des tentatives de codification du droit pénal anglais.

B. Les tentatives de codification en Angleterre

Si le projet de code pénal de 1854 a suscité des réactions virulentes (1), il n'en va pas de même du texte présenté en 1878 (2). De nos jours, la codification semble mieux comprise, même s'il est peu probable qu'elle soit jamais menée à bien en Angleterre (3).

1. La tentative de 1854

Dans les années 1820, en pleine Révolution industrielle, la société anglaise ressent le besoin de moderniser son système juridique. Les critiques fusent de toute part et les réformes paraissent inévitables. Néanmoins, les idées radicales de Bentham vont être rapidement écartées au profit de changements qui portent très peu atteinte au pouvoir des juges. Initialement, un débat fait rage à propos de la codification. Le Code Napoléon, qui a été traduit, retient l'attention. Certains lui reprochent d'avoir généré des centaines d'ouvrages, qu'il s'agisse de commentaires, de traités ou de recueils de jurisprudence; ils ne comprennent donc pas que l'objectif du législateur n'était pas de mettre un terme à ces publications. À cette époque, il existe d'ailleurs une véritable engouement pour Pothier, qui a été traduit et qui offre l'avantage d'avoir vécu avant la Révolution française⁹¹. Traditionnellement, les opinions des juges sont perçues comme une explication de principes immanents qu'il est nécessaire d'adapter aux circonstances de chaque affaire. En ce sens, la common law est un droit « non-écrit », qui doit être déduit des motifs des juges. Ceux-ci prennent d'ailleurs la forme d'une allocution qui est transcrite par un éditeur agissant à titre privé. Dans ces conditions, il n'est donc pas possible de formuler les règles de la common law de façon définitive, ce qui exclut l'idée d'une codification⁹².

En droit pénal, la refonte des lois, c'est-à-dire le regroupement en un seul texte de lois adoptées au fil des siècles, ne suscite guère d'objections, pas plus que l'abrogation ou la révision de lois multiples, désuètes et contradictoires. Ce processus est mené à bien entre 1826 et 1832 ainsi qu'en 1861⁹³. Si l'on qualifie parfois ces réformes de codification, il y a là un abus de langage, puisqu'il s'agit d'une remise en ordre ou d'une modernisation des lois. Une véritable codification consisterait à fusionner dans un texte nouveau les règles de la

common law et de la législation, sous forme de principes généraux susceptibles d'englober l'ensemble de la matière et d'évoluer au fil de la jurisprudence.

En 1833, une commission est chargée de codifier les infractions créées par la loi ou reconnues par la common law. Cela résulte d'une initiative prise par lord Brougham, dont l'action est inspirée par Bentham, mais qui est prêt à faire les compromis que son maître abhorrait. Après quelques péripéties, un projet de code est déposé entre 1845 et 1847. Sans être d'une facture aussi générale que le Code pénal français, sa phraséologie est plus aérée que celle de la législation de l'époque. De nombreuses notes indiquent la provenance de ses dispositions. Fait inhabituel, les termes « volontairement » (*willfully*), malicieusement (*maliciously*) et « accidentellement » (*accidentally*) sont définis⁹⁴.

En 1853, le chancelier Cranworth présente à la Chambre des lords des projets inspirés des rapports déposés par cette commission. L'année suivante, il demande aux juges des cours supérieures si ces textes sont susceptibles d'améliorer l'administration de la justice criminelle « ou l'inverse ». Les quatorze réponses qu'il reçoit sont instructives⁹⁵. Le juge en chef Jervis se déclare favorable à l'idée de codifier le droit pénal mais déplore que le projet ne soit pas complet; il croit toutefois que le Parlement ne parviendra pas à adopter un code traitant de questions controversées telles que la sédition et la religion⁹⁶. Les autres juges s'opposent à l'idée d'abroger la common law, tout en soulignant que la refonte de la législation pénale serait éminemment souhaitable⁹⁷. Ils affirment qu'un texte de loi prête davantage à interprétation que les règles de la common law, qui sont à leur avis bien fixées⁹⁸. Certains croient que seule la common law contient des principes, qu'il est vain de chercher dans la législation⁹⁹.

Faisant écho sans le savoir à Portalis, les juges rappellent qu'il est impossible de pourvoir à toutes les éventualités¹⁰⁰. Par conséquent, une personne qui commettrait une infraction reconnue par la common law risquerait d'être acquittée si le nouveau code omettait d'en faire mention. Au contraire, la souplesse ou la flexibilité de la common law permettent aux juges de réagir aux « [Traduction] nouvelles combinaisons de circonstances qui apparaissent avec le temps »¹⁰¹. Cet argument vise à préserver le pouvoir de créer de nouveaux délits, c'est-à-dire des *misdemeanors*¹⁰². La souplesse de la common law permet donc aux juges d'accroître le champ d'application du droit pénal. Signalons au passage que les délits sont passibles de prison ou d'amende, par opposition aux crimes, les félonies du droit anglais, qui étaient initialement sanctionnés par la confiscation des biens et la peine de mort.

Un dernier argument est intéressant, car il préfigure certaines objections actuelles. À qui profitera le nouveau code, demande le juge Coleridge? Ni aux praticiens, ni aux étudiants, ni au public, répond-il. En effet, plusieurs termes du projet ne sont pas définis et proviennent de la common law. Il faudra donc consulter les ouvrages de doctrine et la jurisprudence qui existent déjà, sans compter les nombreuses décisions interprétant le nouveau code. La tâche des avocats et des étudiants sera donc la même. Quand au grand public, à supposer qu'on lui fournisse gratuitement le code et qu'il le lise, rares seront ceux qui en retiendraient plus que ce que la tradition leur a déjà enseigné¹⁰³. On voit ici poindre la conception simpliste de la codification attribuée à Bentham.

À la même époque, un commentateur anonyme critique l'idée de codifier la common law :

[Traduction] L'opération est impossible. Un code de common law est une contradiction dans les termes. La fonction de la loi est de corriger et de suppléer les lacunes de la common law, mais non de la remplacer; toutes les lois constituent avec le temps le noyau d'un groupe de précédents de common law qui permettent de les interpréter et de les appliquer¹⁰⁴.

Dans l'ensemble, ces juristes critiquent la rigidité des lois rédigées à l'anglaise avec une foule de synonymes et une description minutieuse de toutes les situations envisageables. Ils ne semblent pas connaître les codes français, dont les dispositions très larges visent une infinité de situations factuelles. Car la souplesse inhérente aux formules générales privilégiées par un code civil constitue précisément sa qualité primordiale!

2. La tentative de 1878

L'idée de codifier le droit anglais n'est toutefois pas abandonnée. En Inde, plusieurs codes rédigés par des juristes anglais sont adoptés entre 1830 et 1860. L'auteur du code pénal, Thomas Babington Macaulay, rédige en outre des motifs explicatifs, comme le souhaitait Bentham; cette particularité semble avoir contribué au succès rencontré par ce texte, même s'il ne faut pas oublier qu'il s'agissait d'une mesure impérialiste destinée à abroger le droit local¹⁰⁵. En 1866, une commission parlementaire britannique invite les juristes à lui présenter des compilations des principes applicables à un secteur donné. En 1870, le Colonial Office demande à R.S. Wright de rédiger un projet de code pénal pour la Jamaïque. En dépit de ses qualités, il ne sera jamais adopté dans cette colonie, bien qu'il ait parfois été repris ailleurs¹⁰⁶. En 1874, ce document est révisé par James Fitzjames Stephen, qui admire les codes de l'Inde, où il a exercé la fonction de jurisconsulte. Il soumet un projet de loi concernant le crime d'homicide en 1874 et un autre sur les règles de preuve, en 1876.

En 1874, un comité parlementaire recueille les opinions de trois juges sur le projet de loi concernant le crime d'homicide; un seul d'entre eux, le juge Blackburn craint de voir disparaître la souplesse de la common law¹⁰⁷. Stephen a toutefois beau jeu de signaler que le juge Bramwell et le juge Blackburn ont formulé devant le comité des opinions contradictoires sur des règles de common law dont l'importance est fondamentale, ce qui illustre la nécessité de la codification¹⁰⁸. Dans une lettre qu'il fait parvenir au comité, le juge en chef Cockburn se déclare très favorable à la codification de l'ensemble du droit pénal. Il s'oppose donc au projet, qui est partiel, en plus d'être rédigé dans un style obscur et surchargé¹⁰⁹.

Stephen publie en 1877 une synthèse du droit pénal anglais, accompagnée de notes abondantes. Son objectif est de prouver qu'il est possible de codifier ce droit. Pour ce faire, il simplifie considérablement la phraséologie des lois existantes; d'autre part, il renonce à s'attaquer à certains principes généraux, tels que la *mens rea*¹¹⁰. À sa demande, le gouvernement lui confie alors la rédaction d'un projet de codification des infractions, qui est présenté à la Chambre des communes en 1878¹¹¹. Une commission formée de trois juges

et de Stephen est formée afin de l'étudier et d'y apporter des changements. Le juge Blackburn, qui a fini par accepter les mérites d'une telle réforme, en fait partie.

Dans son rapport de 1879, la commission déclare qu'elle a modifié pratiquement tous les articles du projet de 1878 ainsi que son plan, notamment afin d'accroître sa précision¹¹². En matière de vol, de faux et de faux-monnayage, le projet reprend en partie les lois de l'époque, ce qui explique la profusion de distinctions qu'il contient¹¹³. De façon générale, le projet constitue une amélioration notable comparativement aux lois en vigueur, même s'il évite délibérément la phraséologie ample des codes français. Dès le début de son rapport, la commission réfute les critiques qui sont généralement adressées à la codification¹¹⁴. Elle explique qu'un code ne saurait fournir une réponse à toutes les questions qui se poseront après son adoption; il est tout simplement impossible de satisfaire à une telle exigence. En ce qui a trait à la prétendue souplesse de la common law, celle-ci fournit presque toujours une réponse aux problèmes posés par des circonstances nouvelles. La capacité des juges d'innover est donc très réduite. Dans la mesure où un code reproduit des règles qui existent déjà, il modifie la forme du droit plutôt que son contenu. Dans certains cas, le projet confère d'ailleurs un large pouvoir d'appréciation aux juges et au jury. En réalité, l'élasticité est synonyme d'incertitude, mais celle-ci est réduite par le caractère détaillé et explicite des règles de common law. Il s'ensuit qu'un code reproduisant celle-ci doit présenter ces mêmes caractéristiques¹¹⁵.

Par opposition, en France, où il n'existe pas de règle du précédent, les juges peuvent se fonder sur des considérations de justice et d'opportunité en précisant la portée d'un article du Code pénal. S'ils sont guidés par les décisions antérieures, ils ne sont pas liés par elle. Aux dires de la commission, le droit pénal français est donc infiniment plus élastique que celui de l'Angleterre. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider en 1810 que le duel ne constituait pas un assassinat (un homicide prémédité) et renverser cette jurisprudence en 1837. En outre, comparativement au projet anglais, les codes français et allemands laissent aux juges et aux jurés le soin de trancher un grand nombre de questions. La commission conclut :

[Traduction] Nous pouvons remarquer que cette généralité de langage, à laquelle la discrétion judiciaire doit si souvent suppléer, donne aux codes étrangers cette apparence de complétude qui a créée tant d'incompréhension à propos de ce qui devrait ou pourrait être accompli par un code dans ce pays¹¹⁶.

En proposant l'abolition des infractions de common law, la commission retire aux juges un pouvoir discrétionnaire important. Mais il lui semble normal que celui-ci soit réservé au Parlement, même si un accusé devra être acquitté si une infraction de common law est omise par inadvertance du nouveau code. En revanche, si l'omission porte sur un moyen de défense, il n'est pas acceptable de condamner l'accusé. C'est pourquoi une disposition du projet préserve les moyens de défense, les justifications et les excuses prévus par la common law¹¹⁷. La commission ajoute qu'en appliquant un principe à des circonstances nouvelles, les juges se fondent sur sa « substance » plutôt que sur la formulation des précédents. Dans un cas donné, une disposition législative risque d'être soit trop restrictive, soit trop générale. C'est pourquoi la défense de nécessité a été retirée du projet et celle de contrainte a été reformulée; l'erreur de fait et l'ivresse n'ont pas davantage fait l'objet d'un

article¹¹⁸. Dans certains cas, cette omission provient peut-être d'un désaccord entre les commissaires¹¹⁹. Quoiqu'il en soit, il appert que certaines dispositions du projet de Stephen ont été volontairement écartées afin de préserver la discrétion conférée aux juges par la common law.

En 1879, les syndicats appuient le projet de Stephen, mais leur enthousiasme diminue lorsqu'ils constatent que ses dispositions exposent leurs membres à des poursuites¹²⁰. Bien qu'il soit personnellement favorable à la codification du droit anglais, le juge en chef Cockburn rédige deux longues critiques des dispositions proposées; la première est publiée dans les documents parlementaires¹²¹. À son avis, le projet contient de multiples imperfections; sa formulation laisse souvent à désirer, notamment parce qu'il contient de multiples clauses d'exception (*provisoes*). Il est donc préférable de retarder son adoption¹²². À plusieurs reprises, ce magistrat déplore l'emploi de termes vagues, tels que « blasphème » ou « violation de la paix »¹²³. Il s'oppose avec véhémence à l'abrogation partielle de trente-neuf lois différentes, que les commissaires ont préservé en partie pour des questions de procédure. À son avis, le code doit contenir toutes les règles du droit pénal, notamment celles sur la procédure sommaire, qui ont été omises¹²⁴. Il déclare avoir été ébahi de lire que les moyens de défense prévus par la common law seraient préservés. Ses commentaires méritent d'être cités intégralement, car ils sont d'actualité dans le contexte canadien :

[Traduction] Une telle disposition me paraît être entièrement incompatible avec toutes les conceptions de la codification du droit. S'il vaut la peine de codifier, tout ce qui constitue une partie importante du droit devrait trouver sa place dans le Code. Les circonstances qui font en sorte qu'un acte qui serait par ailleurs criminel sera excusé ou justifié, constituent une partie essentielle du droit, qu'il soit écrit ou non-écrit. Si le droit non-écrit doit être incorporé dans un code en tant que partie du droit, une partie aussi essentielle que celle dont nous parlons devrait certainement être intégrée au Code et ne devrait pas demeurer dispersée à être trouvée dans le droit non-écrit ou traditionnel que plus personne n'aura intérêt à étudier et qui deviendra rapidement désuet après que le Code aura été adopté. Nous avons éliminé la common law en ce qui concerne la question des crimes. Plus personne ne pourra dorénavant être accusé d'y avoir contrevenu. Pourquoi alors avoir maintenu en vie cette partie particulière? Pourquoi ces règles que l'on propose de rendre applicables aux infractions contenues dans le Code ne sont-elles pas énoncées, comme le projet suppose qu'elles peuvent l'être, et intégrées au Code, qui serait ainsi rendu complet¹²⁵?

Les débats parlementaires de 1879 montrent que l'abrogation de la common law suscite encore des réticences¹²⁶. En effet, un code devra forcément être interprété ou modifié à l'avenir¹²⁷; en outre, le projet introduirait selon certains en Angleterre des principes de droit pénal français¹²⁸. Plusieurs députés déplorent le caractère partiel de la mesure, du moins en ce qui a trait aux infractions contenues dans la législation¹²⁹. D'autres soulignent l'opportunité d'une telle réforme¹³⁰. L'attitude quelque peu intransigeante du procureur général et le manque de temps font en sorte que le projet ne peut être adopté. En 1880, un nouveau projet semble en voie de l'être. Les mêmes arguments refont alors surface, notamment l'inquiétude face à la disparition de la common law¹³¹, puis l'idée que code ne

fournira pas toutes les réponses et devra être interprété¹³²; en revanche, certains soulignent l'importance et l'utilité de cette mesure¹³³.

Avant que le projet de code ait pu être adopté, le Parlement est dissous abruptement en raison d'une crise concernant l'Irlande¹³⁴. En 1883, le nouveau gouvernement reprend à son compte les dispositions du projet concernant la procédure pénale. Il se heurte immédiatement à l'opposition des députés irlandais, pour qui ces modifications permettront au gouvernement d'emprisonner de manière abusive des individus simplement soupçonnés d'avoir commis une infraction¹³⁵. D'autres croient qu'il s'agit d'une procédure inquisitoire de type français¹³⁶ ou estiment que le projet contient des innovations dangereuses¹³⁷. Le comité chargé d'étudier ce projet ne parvient pas à mener sa tâche à bien¹³⁸.

La conjoncture politique a joué un rôle déterminant dans l'échec de ces tentatives. Cependant, plusieurs députés hésitent à éliminer la souplesse de la common law. Les membres de la commission constituée en 1878 partagent en partie cette inquiétude, car ils ont renoncé à définir certains moyens de défense. En revanche, plusieurs députés soulignent que l'opinion publique réclame la codification; d'autres vantent les mérites de cette mesure. Le caractère incomplet du projet, qui laisse subsister les dispositions de plusieurs lois concernant les peines ou la procédure, ainsi que ses défauts intrinsèques, ont aussi pesé dans la balance. Dans l'ensemble, si les Anglais comprennent mieux ce que peut être un code, ils ne sont pas encore convaincus de la nécessité d'en adopter un.

La situation est un peu différente en droit privé, car des projets de « codification » sectorielle préparés par des juristes renommés sont mieux reçus. Ils donnent lieu à l'adoption de lois sur les lettres de change¹³⁹, sur les sociétés¹⁴⁰ ou sur la vente¹⁴¹. Ces textes ne contiennent pas la totalité des principes appliqués dans un secteur. Ils reprennent plutôt ceux qui sont les plus usuels et les mieux définis, abandonnant les autres à la jurisprudence. Dans cette perspective, le mot « code » a une signification différente, puisqu'il désigne une loi qui énonce une partie des règles applicables dans un secteur donné. La Chambre des lords a toutefois rappelé aux juges qu'il faut donner leur plein effet à ces dispositions, même si cela a pour conséquence de modifier ou de contredire la common law¹⁴².

3. Les débats au XX^e siècle

En droit pénal anglais, la souplesse tant vantée de la common law a laissé des souvenirs amers. Une loi de 1800 qui interdit les ententes visant à améliorer la rémunération des employés est abrogée en 1825. Les tribunaux concluent cependant qu'en common law, un complot visant à causer un préjudice à autrui, tel une grève, constitue une infraction. Cette doctrine est abrogée par une loi de 1875. Les tribunaux utilisent cependant leurs pouvoirs en matière civile et délivrent des injonctions lorsque les syndiqués causent une nuisance. Le Parlement intervient à nouveau en 1906 pour mettre fin à cette jurisprudence¹⁴³. Dans un autre ordre d'idées, en 1962, la Chambre des Lords

décide qu'une action tendant à corrompre les mœurs de la société constitue un crime, parce que ce principe général peut être dégagé des précédents. Dans cette affaire, l'accusé a publié un bottin contenant les coordonnées de prostituées, ce qui n'avait jamais été considéré comme un crime auparavant¹⁴⁴. En 1973, la Chambre déclare que cette infraction s'étend à la publication de petites annonces rédigées par des homosexuels qui désirent rencontrer un partenaire¹⁴⁵. Toutefois, en 1975, elle affirme qu'elle n'a pas le pouvoir de créer de nouvelles infractions, la décision de 1962 étant censée découler des principes contenus dans certains précédents¹⁴⁶.

Au XX^e siècle, l'idée de codification continue de faire des adeptes. Ainsi, en 1901, Courtnay Ilbert décrit très bien la nature d'un code, en le distinguant clairement d'une refonte ou d'une révision¹⁴⁷. Quelques juristes rédigent des projets de code, sans grand succès. Une commission de réforme du droit anglais, créée en 1965, propose des projets de code de droit des contrats, de la famille, du logement et de droit pénal (1989). Faut de volonté politique, ceux-ci ne sont pas suivis d'effet, même si en 1992, la commission a soumis un projet partiel de codification. La doctrine est dans son ensemble favorable au projet de code pénal¹⁴⁸. Il n'est plus question de la « souplesse de la common law »; l'idée qu'un code confère une discrétion importante aux tribunaux semble admise aux États Unis¹⁴⁹. Toutefois, une auteure a reproché à la commission de réforme du droit de se fonder sur un consensus social fictif, de minimiser la part de réforme que le projet de code contenait et d'exagérer son accessibilité pour les non-juristes¹⁵⁰.

Dans l'ensemble, il appert que les juristes anglais ont eu deux attitudes contradictoires au sujet de la common law. La première tire son origine des écrits de Bentham. Celui-ci souhaite que le législateur approuve des motifs détaillés explicitant les cas d'application d'un code. La codification devient ainsi synonyme d'une tentative d'éliminer la discrétion dont jouissent les juges. Cette idée est confortée par le style traditionnellement prolix des lois anglaises. Tout cela suscite un mouvement de rejet de la codification, qui est particulièrement apparent en 1854, mais qui demeure présent en 1879. Qu'ils se réjouissent de ce fait ou qu'ils le déplorent, la plupart des juristes de common law tiennent pour acquis qu'un code réduit considérablement la marge d'appréciation des juges. Même si la doctrine contemporaine a une vision plus juste des choses, l'attitude traditionnelle explique peut-être pourquoi le droit pénal anglais n'est toujours pas codifié à l'heure actuelle. Comme chacun sait, la situation au Canada est différente; les causes de ce phénomène doivent maintenant retenir notre attention.

III. L'expérience canadienne en matière de codification

Au Canada, la première codification fut celle du droit civil québécois; il convient donc de rappeler dans quelles conditions cette réforme a été menée à bien (A). Cette expérience a-t-elle pu favoriser la codification du droit pénal canadien? Pour le savoir, il faut s'interroger sur la réception et l'implantation du droit pénal anglais au Québec (B). Il faut également tenter de voir comment était perçue la codification au XIX^e siècle, afin de mieux comprendre

le consensus qui entoure l'adoption du *Code criminel* de 1892 et les difficultés qui se dressent sur la route de la recodification (C).

A. La codification du droit civil québécois

L'évolution du droit privé de 1774 à 1857 (1) et les discussions sur la révision de la législation permettent de comprendre pourquoi la codification du droit privé fut accueillie avec enthousiasme (2). Tout comme en France, cette mesure n'a pas paralysé l'évolution du droit civil (3).

1. Les causes de la codification

En 1774, le Parlement de Grande-Bretagne édicte l'*Acte de Québec*. Dès lors, en matière de propriété et de droits civils, c'est-à-dire en droit privé, les règles suivies en Nouvelle-France au moment de la Conquête de 1760 s'appliquent à nouveau, sous réserve du fait que la liberté testamentaire est introduite¹⁵¹. Elles incluent les édits et ordonnances du roi de France, la réglementation locale, la Coutume de Paris, rédigée en 1580, ainsi que la jurisprudence et la doctrine française portant sur le droit des obligations, des contrats ainsi que sur certains aspects du droit de la famille. Après 1774, diverses lois ou ordonnances locales s'y ajoutent; elles renvoient parfois au droit anglais ou s'en inspirent.

Après l'adoption du Code Napoléon, en 1804, un décalage s'instaure entre le droit civil français et celui du Québec. Néanmoins, le code français devient avec le temps un instrument de travail des juristes québécois. En effet, ses dispositions sur le droit des obligations et des contrats ont peu touché aux règles de l'ancien droit français, qui étaient suivies en Nouvelle-France. Même s'il n'a pas force de loi, ce code est cité régulièrement par les tribunaux, tout comme la doctrine française¹⁵². Il devient ainsi un objet familier bien avant l'adoption de sa contrepartie du Bas-Canada (le nom attribué au Québec en 1791). Dans certains cas, cela confère une certaine légitimité aux règles de l'ancien droit; dans d'autres, celles-ci semblent devenues incompatibles avec le libéralisme qui domine la société bas-canadienne du milieu du XIX^e siècle¹⁵³. Par ailleurs, pour les individus unilingues, l'absence de traductions des textes de droit français ou anglais pose problème.

En 1857, l'accumulation de règles disparates incite le législateur à décréter la codification du droit privé du Bas-Canada. Le travail est confié à une commission de trois juges et de deux secrétaires, qui doivent rédiger un projet dans les deux langues officielles. En 1865, celui-ci est approuvé par la législature, avec quelques changements. Le 1^{er} août 1866, le *Code civil du Bas Canada* entre en vigueur¹⁵⁴. La même année, le *Code de procédure civile* est adopté; il entre en vigueur en 1867¹⁵⁵. Cette réforme a été précédée de discussions sur la l'amélioration de législation qui méritent d'être rappelées.

2. Révision des lois et codification

Au XIX^e siècle, la multiplication des lois est une source de difficulté, car le législateur indique rarement dans quelle mesure les règles antérieures sont abrogées ou modifiées. En 1831, un débat s'engage à propos de la révision des lois bas-canadiennes. Cette opération consiste à imprimer en ordre chronologique les dispositions législatives qui demeurent en vigueur et qui sont d'intérêt général et permanent. Certains députés préfèrent que l'on procède à une codification qui inclut le droit privé de la Nouvelle-France; d'autres jugent cette tâche carrément impossible en raison de la confusion qui règne en ce domaine¹⁵⁶. La même année, une résolution du Conseil législatif propose qu'une commission de juriste soit chargée de ce travail. Ces deux initiatives n'aboutissent pas en raison de l'affrontement chronique qui oppose les deux Chambres de la législature. Dans ces débats, le Code Napoléon et celui de la Louisiane sont cités en exemple; cette tendance ne se démentira pas. En revanche la description des lois anglaises que fait à la même époque « Jean-Paul, laboureur » est assez caustique :

Ces lois existent depuis des siècles, ce sont des momies, des antiquités auxquelles chaque âge ajoute quelque chose de sa manufacture, de sorte qu'il n'y a que très peu de lois anglaises auxquelles on ne pût pas opposer des lois qui commandent ou prohibent précisément le contraire de leur teneur¹⁵⁷.

Sous l'*Acte d'Union*, de nombreuses réformes seront effectuées¹⁵⁸. La législation bas-canadienne est d'abord révisée en 1845, dans un ouvrage divisé en parties thématiques au sein desquelles les lois sont présentées de façon chronologique. Une véritable refonte intervient en 1861 pour le Bas-Canada; le texte de chaque loi intègre tous les amendements intervenus depuis son adoption; les articles sont également subdivisés et allégés¹⁵⁹. Pendant cette période, plusieurs auteurs réclament la codification du droit privé et dénoncent le style alambiqué des lois¹⁶⁰. En 1857, le législateur décide que le *Code civil* et le *Code de procédure civile* « seront rédigés suivant le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil*, *code de commerce* et *code de procédure civile* »¹⁶¹.

La formulation très générale du modèle français est donc privilégiée par le législateur. À cet égard, Thomas Ritchie estime en 1863 que les commissaires ont bien rempli la mission qui leur était confiée :

[Traduction] Un Code devrait être un ensemble complet de règles juridiques pratiques, formulées de manière pure, concise et non ambiguë. Il devrait exclure les simples définitions et les axiomes car il ne pourra jamais remplacer les traités scientifiques portant sur des sujets juridiques. Il ne devrait pas non plus être encombré de détails et d'exemples sauf si ceux-ci sont absolument nécessaires pour la bonne compréhension pratique des règles posées. Il est à peine nécessaire d'ajouter que les subtilités dont se délectent tant d'auteurs seraient tout à fait hors de propos dans un ensemble de règles législatives tel qu'un Code civil¹⁶².

De façon générale, les juristes font peu de commentaires sur le rôle de la jurisprudence. Les commissaires croient que la codification favorisera au sein des tribunaux « l'accord des opinions et les progrès d'une jurisprudence saine et uniforme ». Ils mettent en garde le législateur contre des interventions intempestives, car le code « a pour objet de répondre en termes exprès ou par implication légale à toutes les questions ». Ils suggèrent aux tribunaux d'attirer l'attention sur les difficultés auxquelles ils sont confrontés, afin que la législature procède à des révisions périodiques en ayant à l'esprit une vision d'ensemble. De cette manière, « les inconvénients résultant de décisions judiciaires en contradiction les unes avec les autres, et l'interprétation divergente des commentateurs, qu'on ne pourra éviter entièrement, seront considérablement diminués »¹⁶³. Les commissaires admettent donc que des problèmes d'interprétation se présenteront, même s'ils espèrent que le législateur y mettra fin rapidement. Soixante-trois ans après le discours préliminaire de Portalis, dans une juridiction où les décisions sont longuement motivées, tout comme les jugements de common law, l'importance de la jurisprudence ne suscite guère de débats; les critiques qui dénoncent la trop grande importance accordée aux précédents semblent isolés¹⁶⁴.

3. Le droit civil après la codification de 1865

En droit civil québécois, la doctrine a souvent critiqué la méthode utilisée par les juges appelés à interpréter le *Code civil du Bas Canada*, en particulier les membres de la Cour suprême du Canada et du Comité judiciaire du Conseil privé. Longtemps, elle affirme que le code est considéré comme une loi ordinaire dans le système de common law, ce qui serait contraire à sa nature. Plus récemment, certains auteurs ont commencé à distinguer différentes périodes et à remettre en cause certaines de ces critiques. Dans l'ensemble, la jurisprudence postérieure aux années mille neuf cent soixante dix semble mieux accueillie par les civilistes. Il semble toutefois juste de dire, à la suite de Demolombe et de Carbonnier, qu'un code civil est une « constitution sociale ». À ce titre, il a vocation à régir l'ensemble des relations à caractère patrimonial, ainsi que celles qui mettent en cause les droits de la personnalité. D'autre part, une partie de la doctrine québécoise s'insurge également contre une tendance très répandue, qui attribue une force obligatoire aux arrêts de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel¹⁶⁵.

Dans ces conditions, la jurisprudence québécoise est parvenue à imposer le respect de certains principes qui n'apparaissent nulle part dans le texte du code de 1866, tels que l'enrichissement injustifié¹⁶⁶, la bonne foi en matière contractuelle¹⁶⁷ ou l'abus de droit¹⁶⁸. La recodification de 1991 a consacré ces règles¹⁶⁹. Cette évolution montre que la jurisprudence civiliste n'est pas paralysée par un code et qu'elle peut élaborer des solutions nouvelles en s'inspirant de celui-ci. Il faut toutefois noter que ces affaires opposaient des gens d'affaire ou leurs cautions à une banque. En revanche, les juges ont refusé d'obliger l'État à indemniser les personnes qui deviennent handicapées pour la vie après avoir participé à un programme de vaccination obligatoire¹⁷⁰; ils ne sont pas venus en aide à l'épouse séparée de biens qui contribue par son activité à enrichir le patrimoine de son conjoint¹⁷¹. Il a fallu que le législateur intervienne pour pallier ces lacunes.

Les causes de l'adoption du nouveau Code civil sont complexes¹⁷². Le processus débute en 1955 et se termine, après bien des vicissitudes, en 1991. Parmi les facteurs qui ont contribué à l'aboutissement de ce projet, on peut mentionner un souci de rationalisation et de simplification ainsi qu'une volonté d'ajouter certains mécanismes destinés à protéger les personnes moins informées ou plus vulnérables. Pour les fins de cette étude, il suffira de noter que l'Office de révision du Code civil a remis son rapport en 1977. Le législateur a donc mis quatorze ans avant de produire son propre code, ce qui montre qu'il faut s'armer de patience en ce domaine. Après ce bref survol de l'expérience québécoise en droit civil, il convient d'examiner dans quelles conditions le droit pénal anglais s'est implanté au Québec.

B. La réception du droit pénal anglais au Québec

A priori, les règles de common law sur le système juridique des colonies ne favorisent par forcément le droit pénal anglais (1), même si celui-ci s'est appliqué très rapidement au Québec (2). Par la suite, les francophones idéalisent ce système (3). Pourtant le droit pénal est presque toujours pratiqué en langue anglaise et la common law commence à faire l'objet de critiques (4).

1. Les règles de réception au XVIII^e siècle

Ces dernières années, les règles de réception dans le système colonial britannique ont fait l'objet d'un réexamen critique. Trop souvent, les juristes du XX^e siècle font appel à des concepts qui n'existaient pas encore au cours de la période étudiée. Le cas des colonies dites de peuplement est à cet égard révélateur. Au XVIII^e siècle, dans l'ensemble, cette expression est utilisée pour désigner des régions où aucun peuple n'est présent, qu'il soit d'origine européenne ou autochtone¹⁷³. Ainsi, les colonies américaines sont qualifiées de conquêtes. Certes, leurs colons revendiquent l'application de la common law, car s'il y a eu conquête, ils descendent du peuple conquérant. Pour autant, ils ne cherchent pas à imposer le droit anglais aux autochtones¹⁷⁴. En 1713, la cession de l'Acadie à la Grande-Bretagne pose ce deuxième problème, tout comme celle du Canada, en 1760. Il faut toutefois attendre le XIX^e siècle pour que le droit pénal soit imposé aux peuples autochtones qui ne vivent pas à proximité des Britanniques¹⁷⁵. Ainsi, en Colombie-Britannique, les autorités coloniales n'éprouvent aucune hésitation à appliquer « la loi de la Reine » aux autochtones accusés de crimes¹⁷⁶.

Dans l'hypothèse où un peuple chrétien est conquis, la common law prévoit que les lois et les coutumes locales demeurent en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées ou abrogées par le conquérant. Les décisions pertinentes ne distinguent pas le droit privé du droit public : tout le système antérieur est conservé¹⁷⁷. Au Canada, la première colonie conquise est l'Acadie, qui est cédée à la Grande-Bretagne par le traité d'Utrecht de 1713. De 1712, date de la reddition des Français, à 1749, la justice est rendue par un gouverneur britannique et ses conseillers, à Annapolis Royal. Lorsque des Acadiens sont parties à un

litige, le conseil applique le droit antérieur à la conquête. La situation est moins claire en droit pénal. Aux termes de ses instructions, le gouverneur doit suivre des règles préétablies - dont le contenu n'est pas précisé - avant d'imposer une peine corporelle ou de prononcer une condamnation à mort. Toutefois, il n'y a pas suffisamment de personnes aptes à siéger sur un jury. Le conseil procède donc de manière informelle en qualifiant les infractions de délits (*misdemeanors*), de façon à imposer des peines moins lourdes. Il est difficile de dire si les règles de la common law ou même du droit français sont suivies¹⁷⁸.

En 1749, la commission du gouverneur exige que les nouveaux tribunaux civils de la Nouvelle-Écosse appliquent le droit anglais et qu'une assemblée élective soit convoquée, ce qui ne sera pas fait avant 1758, trois ans après la déportation des Acadiens. Cette colonie est ainsi placée sur le même pied qu'un territoire peuplé uniquement de Britanniques. Dans cette hypothèse, les tribunaux coloniaux appliquent sans difficulté la jurisprudence de l'Angleterre. Il n'en va pas de même pour les lois du Parlement britannique. Celles-ci ne s'appliquent pas aux colonies qui existent déjà au moment de leur adoption, sauf si le législateur manifeste clairement sa volonté de régler un problème colonial. Il s'agit dans cette dernière hypothèse d'une loi impériale. Par ailleurs, il est admis que les colonies de peuplement empruntent en bloc les lois anglaises antérieures à leur fondation, à condition qu'elles puissent convenir à leur situation. Évidemment, cette exigence laisse une large marge d'appréciation aux tribunaux coloniaux.

La règle de la réception des lois ordinaires du Parlement anglais souffre donc de nombreuses exceptions, ce qui ne va pas sans créer une certaine incertitude, notamment en droit pénal. En Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-Édouard, aucune date de coupure n'est fixée par la loi. Les juges doivent décider au cas par cas et la situation n'est pas toujours claire; en 1758, la Nouvelle-Écosse adopte d'ailleurs une série de lois pénales afin de remédier à ce problème. Au XIX^e siècle, Terre-Neuve et l'Ontario fixent leur propres dates de réception¹⁷⁹. Les autres provinces canadiennes feront de même par la suite, à l'exception du Québec¹⁸⁰.

2. La réception du droit anglais après la conquête de 1760

Immédiatement après la Conquête de 1760, des tribunaux militaires sont constitués. Des cours martiales rendent la justice en matière pénale; des civils y sont jugés aussi bien que des militaires. Ce n'est donc pas la common law qui est appliquée. Toutefois, au cours de l'été 1763, le juge-avocat général découvre cette situation et conclut qu'il y a là un excès de pouvoirs de ces tribunaux. Il ne précise toutefois pas comment les généraux auraient dû procéder en 1760. Le 7 octobre 1763, la *Proclamation royale* règle la difficulté pour l'avenir, en disposant que les tribunaux du Québec devront appliquer la common law¹⁸¹.

De nos jours, il semble aller de soi que le droit pénal anglais devait s'appliquer au Québec dès la Conquête. L'opinion de l'avocat général James Marriott formule en 1774 sur ce sujet est généralement considérée comme concluante¹⁸². Ce juriste soutient que :

Mais quelle que soit en général la loi criminelle d'Angleterre en matière de trahison, de félonie, etc., je conçois qu'elle a dû être introduite dans la colonie du Canada et qu'aucun autre système ne pouvait y exister un seul moment après la conquête, parce que cette partie de la justice distributive et exécutive est tellement inhérente à l'autorité souveraine, ou, pour me servir d'une autre expression, est tellement attachée à toute couronne et constituée à tel point une manifestation directe de tout gouvernement que, dès qu'un peuple tombe sous la protection et la domination d'un autre État, la partie des lois criminelles de cet État, appelée *crown law*, devient, par le fait même, immédiatement en vigueur. Il ne peut en être autrement, car il n'existerait ni souveraineté véritable d'un côté ni dépendance de l'autre¹⁸³.

Toutefois, immédiatement après ce passage, Mariott décrit la période de transition qui suit la conquête. « Jusqu'au moment de la soumission définitive », écrit-il, « la loi militaire doit exister » en lieu et place de la *common law*. Dès que le calme est revenu, une haute justice, fondée sur le « pouvoir de l'épée », doit se mettre en action et réprimer les crimes qui portent atteinte à la dignité de la couronne, c'est-à-dire les comportements qui sont intrinsèquement criminels, « universellement reconnus comme tels par toutes les nations ». En revanche, les prohibitions qui doivent leur existence à une loi ne s'appliquent pas en l'absence d'une promulgation expresse. C'est pourquoi la *Proclamation royale* « paraît avoir été justifiable », car « elle avait alors pour objet de rendre un réel service à cette colonie en y abolissant la loi militaire et la loi criminelle française »¹⁸⁴. Ainsi, après que les militaires ont rendu justice pendant plus de trois années, il demeure nécessaire d'abroger formellement la loi criminelle française. Quoiqu'il en pense, Mariott tend à démontrer que l'application automatique de droit pénal est une exigence politique bien plus qu'une règle de droit. Pour sa part, le solliciteur général, Alexander Wedderburn, n'aborde pas cette question. Il se contente de constater que le droit pénal anglais s'applique déjà au Québec; pour lui, il ne saurait être question de rétablir le droit français¹⁸⁵.

D'autres juristes estiment que le droit pénal d'un peuple chrétien n'est pas modifié après la conquête. En 1769, dans une affaire de droit pénal, Lord Mansfield déclare, en *obiter*, que « [Traduction] si la Jamaïque devrait être considéré comme une conquête, [ses habitants] conserveraient leurs propres lois, jusqu'à ce que le conquérant juge à propos de les modifier »¹⁸⁶. En 1773, le procureur général, Edouard Thurlow, est du même avis. Après avoir rappelé « qu'un peuple conquis conserve ses anciennes coutumes jusqu'à ce que le conquérant introduise de nouvelles lois »¹⁸⁷, il soutient que l'introduction de règles de procédures nouvelles en matière civile suscitera une période d'incertitude et occasionnera des pertes aux peuple conquis. Il ajoute :

Les mêmes observations peuvent être énoncées avec plus de force contre le changement des lois criminelles, d'autant plus que de leur application découlent des enseignements plus frappants et des conséquences plus sérieuses. La consternation générale qui s'emparerait de la population brusquement assujettie à un nouveau système de lois criminelles, ne pourrait disparaître de sitôt, malgré l'atténuation et la modération du code.

Les observations ci-dessus me portent à conclure que les nouveaux sujets acquis par la conquête ont le droit d'attendre de la bonté et de la justice de leur conquérant,

le maintien de toutes leurs anciennes lois et il semble qu'ils ont également raison d'attendre cette faveur de sa sagesse¹⁸⁸.

En 1766, Francis Masères vient d'être nommé procureur général du Québec. Il invite le législateur britannique à préciser quelles parties du droit anglais s'appliquent au Québec. Il demande ce que doit faire un juge si un acte est qualifié de crime en Grande-Bretagne mais est considéré comme licite par les « Lois du Canada »¹⁸⁹. La question ne se poserait pas si le droit pénal de la Nouvelle-France avait automatiquement cessé de s'appliquer. En somme, en lisant les textes de l'époque, on constate que ce système ne disparaît pas du seul fait de la conquête. Au début du XIX^e siècle, certaines colonies britanniques ont d'ailleurs conservé les règles du droit pénal français¹⁹⁰. À l'heure actuelle, le droit pénal écossais diffère toujours du système anglais. Au Québec, il est cependant certain que le droit pénal français cesse d'appliquer dès 1760.

Entre 1766 et 1774, divers rapports proposent de rétablir le droit pénal de la Nouvelle-France, même si cette idée est finalement abandonnée¹⁹¹. Dès 1766, le procureur général De Grey et le solliciteur général Charles Yorke parlent de la « fermeté et la douceur » du droit pénal anglais, une expression qui fera fortune reprise par la suite¹⁹². Car à cette époque, le droit pénal de l'Ancien Régime fait figure de repoussoir en Angleterre, pour au moins trois raisons¹⁹³. Tout d'abord, les lettres de cachet permettent au roi de France d'ordonner, à sa seule discrétion, la détention permanente d'une personne. Ensuite, les accusés peuvent être soumis à la torture. Cette faculté est strictement réglementée; en 1760, plusieurs parlements de France s'en prévalent très rarement, quand ils ne refusent pas tout simplement d'y avoir recours. Mais elle subsiste encore; elle ne sera abolie qu'en 1780¹⁹⁴. Enfin, plusieurs châtiments paraissent cruels aux Anglais, tel le supplice de la roue, qui consiste à briser les membres du condamné avec une barre de fer. À cet égard, il faut se garder de conclure qu'un peuple a le monopole de la cruauté : en cas de haute trahison, en droit anglais, le condamné à mort doit être pendu; avant qu'il ne meure, ses entrailles doivent être extirpées et brûlées sous ses yeux. Puis sa tête doit être séparée de son corps, lequel doit être divisé en quatre parties qui sont mises à la disposition du roi. En pratique, le bourreau laisse toutefois la pendaison faire son oeuvre avant de procéder au dépeçage du cadavre¹⁹⁵.

En pratique, la population de la Nouvelle-France n'a guère souffert de la brutalité du droit pénal : il n'y existe pas de lettres de cachet, l'usage de la torture y est rarissime (3 cas entre 1712 et 1748, soit moins de 1 % des dossiers) tout comme la peine de la roue (3 cas sur 38 condamnations à mort pendant cette même période)¹⁹⁶. On cherche donc en vain un témoignage d'admiration du droit pénal anglais. Il est vrai qu'on ne relève pas non plus de plaintes à ce sujet, contrairement à la situation en matière civile. Certes le grand jury use libéralement de son droit de rejeter les demandes de mise en accusation présentées par le procureur de la couronne, ce qui a pu surprendre, compte tenu du secret de l'instruction prévalant en droit français. Celui-ci protège davantage les individus contre des accusations sans fondement; dans cette hypothèse, le procureur du roi rejette généralement la plainte sans que la personne visée en soi informée. À titre de comparaison, après 1764, certaines personnes placées dans une telle situation sont détenues plusieurs mois avant d'être innocentées¹⁹⁷.

D'autre part, la langue des procédures et du procès est l'anglais, ce qui signifie que les dépositions doivent être traduites; cela n'a pas dû jouer en faveur du nouveau système. Proportionnellement, les francophones semblent beaucoup moins nombreux à porter plainte que les anglophones. Enfin, beaucoup plus souvent qu'en Nouvelle-France, les juges sont obligés d'imposer la peine de mort. Le jury d'accusation, appelé grand jury, et le jury de jugement, appelé petit jury, tempèrent cette dureté. Le premier peut refuser de porter une accusation, tandis que le second peut acquitter l'accusé ou le déclarer coupable d'une infraction moins grave. En outre, l'accusé peut être gracié par le gouverneur¹⁹⁸. Au total, le pourcentage des exécutions semble semblable dans certaines régions de l'Angleterre, en Nouvelle-France et au Québec¹⁹⁹.

Rien ne permet donc d'affirmer que, aux yeux des contemporains, le droit pénal anglais était manifestement plus « doux » que celui de la France. Bien entendu, de nos jours, l'absence de torture et le procès devant jury paraissent être un progrès notable. Mais l'immense majorité de la population n'était pas en mesure de procéder à une comparaison éclairée des deux systèmes. En outre, au Québec, certains juristes ont souscrit à la thèse de Marriott, pour qui l'application du droit pénal anglais était une conséquence inéluctable de la souveraineté britannique²⁰⁰. Pour leur part, les administrateurs britanniques n'ont pas hésité à tirer des conclusions à la place des habitants. Au bout au compte, leur opinion a été reprise dans l'article 11 de l'*Acte de Québec* :

Considérant que depuis plus de neuf ans, les lois criminelles de l'Angleterre ont été uniformément appliquées et que les habitants se sont rendus compte de la fermeté et de la douceur ainsi que des bienfaits et des avantages desdites lois :-

À ces causes, qu'il soit décrété en vertu de l'autorité susdite que lesdites lois continueront d'être en vigueur et qu'elles seront appliquées comme lois dans ladite province de Québec, à l'égard de la définition et de la gravité de l'offense, du mode de poursuite et de procès, ainsi que des punitions et amendes infligées par lesdites lois, à l'exclusion de toute autre règle de droit ou mode de procédure à ce sujet [...]²⁰¹.

3. L'évolution du droit pénal de 1774 à 1892

Aux termes de l'article 11 de l'*Acte de Québec*, le Conseil législatif est autorisé à modifier les règles du droit pénal anglais. Toutefois, les ordonnances qui prévoient l'imposition d'une peine plus considérable qu'un emprisonnement de trois mois ou qu'une amende doivent être approuvées par le roi plutôt que par le gouverneur²⁰². En apparence, les règles du jeu sont claires : le droit pénal anglais s'applique, sous réserve des modifications effectuées par des ordonnances locales. En pratique, la réception du système anglais suscite des difficultés. Ainsi, la formulation de l'article 11 semble renvoyer aux règles qui étaient en vigueur en 1763. En effet, celles-ci doivent « continuer » de s'appliquer depuis cette date. Mais l'article 4 de l'*Acte de Québec* abroge la *Proclamation royale* et les ordonnances édictées sous son empire. Dans cette perspective, seule la loi de 1774 a eu

pour effet d'introduire le droit anglais. Un jugement québécois retient cette dernière interprétation²⁰³.

Outre ce problème de date, il est toujours malaisé de décider si une loi anglaise antérieure à la date de réception est susceptible d'être appliquée dans le contexte colonial. Ainsi, au Québec, les lois anglaises sur le vagabondage et celles qui portent sur la sélection et la qualification des jurés ne sont pas reçues²⁰⁴. Des difficultés semblables sont soulevées par le bref d'*habeas corpus*. De 1777 à 1782, certains québécois découvrent que ce recours ne fait pas partie des « bienfaits » et des « avantages » du droit anglais appliqué au Québec. En 1777, le juge en chef Livius conteste cette interprétation; c'est en partie pour cette raison qu'il est destitué peu après par le gouverneur Carleton²⁰⁵. Une ordonnance de 1784 accorde formellement le droit à l'*habeas corpus*²⁰⁶. Elle est toutefois suspendue en 1838. Les tribunaux doivent à nouveau déterminer si ce bref fait partie du droit anglais qui a été introduit par l'*Acte de Québec*. Deux jugements répondent par l'affirmative à cette question, mais ils sont neutralisés par des décisions ultérieures. Les juges Bédard, Panet et Vallières de Saint-Réal sont alors destitués pour avoir osé s'opposer au pouvoir exécutif²⁰⁷.

De 1774 à 1837, le législateur s'intéresse peu au droit pénal. Le plus souvent, il se contente de reprendre à son compte des lois britanniques, souvent avec quelques années de retard; en général, les nouvelles lois ont pour but de réduire le nombre de crimes passibles de la peine de mort, qui est très élevé au XVIII^e siècle²⁰⁸. En 1836, le droit d'être représenté par avocat est enfin accordé aux personnes accusées d'avoir commis une félonie; auparavant, une dizaine de projets votés par l'Assemblée législative ont été rejetés par le Conseil législatif²⁰⁹. D'autre part, une loi anglaise de 1731 demeure en vigueur. Elle exige l'emploi de l'anglais dans toutes les procédures et tous les documents ou jugements, ainsi que pendant les audiences²¹⁰. Initialement, au Québec, en matière pénale, les procès se déroulent donc en anglais; avec le temps, cette exigence ne vise plus que l'acte d'accusation²¹¹.

En ce qui concerne la common law, bien peu de mesures sont prises pour rendre ce système plus accessible aux francophones. Il est vrai qu'une traduction de Blackstone est disponible au Québec dès 1784²¹². Les ouvrages de Joseph-François Perrault fournissent bien quelques rudiments de droit pénal, mais ils risquent d'entretenir plutôt que de dissiper la confusion qui règne probablement à cette époque²¹³. Il faut attendre 1842 pour qu'un ouvrage introductif bien fait soit publié²¹⁴. La traduction de la terminologie de common law pose également un défi redoutable. Cela donne lieu à la création de barbarismes calqués sur l'anglais, par exemple : « indictment » au lieu d'« acte d'accusation », car le premier terme est censé être d'origine française²¹⁵. L'expression « assaut et batterie » signifie en réalité une agression et des voies de fait; les « quartiers généraux de la paix » désignent des sessions trimestrielles; enfin le mot « burglaryement » témoigne éloquemment de la spécificité du vocabulaire de la common law²¹⁶.

En dépit de ces difficultés d'ordre linguistique, les francophones portent un jugement éminemment favorable sur le droit pénal anglais, dont ils ne réclament jamais l'abolition. La Révolution française y est sans aucun doute pour quelque chose. La création d'un système parlementaire et l'instauration du procès devant jury en France ont certainement placé sous un jour favorable les institutions anglaises dont est doté le Bas-Canada à la même époque.

D'un autre côté, l'exécution du roi et le régime de la Terreur ont contribué à détacher de la République les habitants de la province. Tout au long du XIX^e siècle, les juristes québécois n'auront pas de termes assez forts pour vanter les mérites du système qui a finalement été privilégié en 1774²¹⁷.

L'*Acte d'Union* de 1840 réunit en une seule province le Bas-Canada et le Haut-Canada, qui devient l'Ontario en 1867; dans cette colonie, la date de réception du droit pénal anglais est l'année 1792²¹⁸. Ces deux anciennes colonies ont un droit pénal d'origine anglaise, ce qui facilite son unification au Canada-Uni. En 1841, la nouvelle législature adopte certaines mesures d'inspiration britannique qui sont déjà en vigueur dans le Haut-Canada. Par la suite, les nouvelles lois pénales s'appliquent à l'ensemble de la province. En 1859, les lois qui concernent le Canada-Uni dans son ensemble sont refondues. Cette compilation constitue un progrès comparativement à la situation antérieure. Elle contient une version mise à jour des lois pénales qui sont ordonnées suivant un plan général. Inspirée des refontes effectuées dans les provinces maritimes ainsi que dans certains États américains, elle marque une rupture avec le style de rédaction des lois britanniques. Ces refontes n'ont pas d'équivalent en Angleterre; dans une certaine mesure, elles peuvent préparer les esprits à une codification. Pendant toute cette période, la common law continue toutefois de compléter la législation, qu'il s'agisse de la définition des infractions ou des moyens de défense²¹⁹.

En 1869, le Parlement fédéral édicte les premières lois portant sur le droit pénal. Elles reproduisent en les remaniant légèrement une série de lois adoptées en 1861 par le Parlement britannique. Le gouvernement de l'époque veut éviter de privilégier la législation pénale de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick ou du Canada-Uni. Pour John A. Madonald, l'imposition d'un droit pénal uniforme doit contribuer à renforcer l'identité canadienne. Les lois anglaises lui offrent donc une solution toute faite. Elles permettent en outre aux juges canadiens de tirer parti de la jurisprudence anglaise interprétant ces lois, qui est relativement abondante. Mais elles constituent une régression du point de vue de la rédaction législative. Ainsi, les articles sont longs et prolixes; plusieurs de ces lois contiennent des règles de procédure particulières. En outre, les modifications apportées aux lois anglaises sont parfois maladroites. Les défauts qui avaient été éliminés ou réduits par les refontes législatives du Canada-Uni ou des Provinces Maritimes réapparaissent donc. En conséquence, les lois de 1869 sont fréquemment modifiées et la législation pénale prend de plus en plus d'expansion²²⁰.

4. La jurisprudence pénale, 1851-1891

Du côté de la jurisprudence, la publication périodique des *Décisions des tribunaux du Bas-Canada* (*Lower Canada Report*) débute en 1850, suivie en 1856 du *Lower Canada Jurist*²²¹. Antérieurement, le recueil de George O'Kill Stuart ne compte qu'une affaire de droit pénal²²², ainsi qu'une affaire d'extradition²²³. Dans les années 1850, les éditeurs semblent s'intéresser davantage au droit pénal; en 1852, ils reproduisent même le compte rendu d'un procès et certains commentaires publiés dans les journaux²²⁴.

Depuis 1842, les juges de la Cour du Banc de la Reine doivent présider les procès en matière pénale et entendre les pourvois en matière civile. Ils constituent en outre une cour « d'erreur ». À ce titre, ils disposent collectivement des demandes d'annulation de procès²²⁵. Dans ce cadre, les causes de nullité doivent apparaître à lecture du dossier, qui ne contient pas les dépositions des témoins ou les notes du juge²²⁶. D'autres part, la Cour supérieure peut être invitée à contrôler les juridictions inférieures par le biais du *certiorari*; là encore, le dossier dont elle dispose est très incomplet²²⁷. En 1857, une procédure nouvelle est créée. Un juge du Banc de la reine peut soumettre à ses collègues les questions qui se posent lors d'un procès qu'il préside. Ces questions sont dites « réservées » et sont transmises dans un rapport écrit²²⁸. Ce système est inspiré de celui qui a été mis en place en Angleterre en 1848.

Afin d'évaluer l'état du droit avant la codification de 1892, nous avons fait reproduire les affaires pénales qui ont été publiées au Québec de 1851 à 1891, auxquelles nous avons ajouté les arrêts contenus dans les recueils de la Cour suprême publiés de 1877 à 1892. Ces décisions ont été rendues à la suite de recours divers, qui débordent parfois le cadre du procès pénal et incluent la révision judiciaire, la demande d'*habeas corpus* ou même les procédures d'extradition. L'échantillon ne semble pas être absolument complet, mais il est assez volumineux pour tirer certaines conclusions. Pour ce faire, les jugements qui comprennent uniquement un dispositif non motivé ou un résumé de l'arrêtiste ont été écartés, afin de conserver des causes où les juges ont exprimé une opinion; en Cour du Banc de la reine, habituellement, on en dénombre plusieurs. Nous avons enfin tenté de déterminer si l'accusé est francophone; s'il est anglophone, il est en effet parfaitement légitime que les juges s'expriment en anglais.

Un premier constat est d'ordre linguistique. Nous avons retenu trente-huit affaires entre 1859 et le 1^{er} juillet 1867; parmi celles-ci, dix-sept accusés ont un nom à consonance francophone, étant entendu que cette qualification est bien aléatoire. Dans ces décisions, on ne trouve que deux opinions en langue française²²⁹. Il est vrai qu'aux termes d'une loi anglaise de 1731, les procédures et les débats devant les cours de justice doivent être en langue anglaise; en pratique, les juges ont fini par admettre les plaidoiries et les dépositions en langue française²³⁰. Les juges croyaient-ils que la loi de 1731 s'appliquait à leurs opinions? Cela est possible. En effet, une loi de 1849 autorise l'usage du français dans les actes de procédure en matière civile; elle est muette sur la langue des procédures en matière pénale²³¹. Quoiqu'il en soit, la loi de 1731 a été abrogée par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²³².

De 1867 à 1876, nous avons examiné dix-sept causes de première instance. Six d'entre elles semblent concerner un francophone; une seule opinion est rédigée en français²³³. En Cour du Banc de la Reine, onze recours ont été retenus; cinq requérants sont vraisemblablement francophones. Un seul jugement est publié intégralement en français; à notre connaissance, deux des juges qui livrent leur opinion ne se sont jamais exprimés en français dans une autre affaire²³⁴. Il est donc probable que ce jugement a été traduit. Une autre opinion a été rédigée en français par le juge Jean-Thomas Taschereau, qui siège à la Cour du Banc de la Reine de 1873 à 1875, puis à la Cour suprême de 1875 à 1878²³⁵. Le nombre dérisoire de jugements publiés en français - quatre sur vingt-huit - doit être mis en parallèle avec le fait que, antérieurement à 1876, les avocats francophones sont

proportionnellement beaucoup moins nombreux à agir dans les causes criminelles que leurs confrères anglophones²³⁶. De 1877 à 1891, trente-neuf affaires de première instance ont été examinées, dont vingt concernent à première vue un francophone. Dans ce cadre, sept opinions ont été rédigées en français. En Cour du Banc de la Reine, trente-cinq affaires ont été entendues, dont dix seulement semblent toucher un francophone. Dans ce cas, on compte trois opinions individuelles et une opinion anonyme rédigée en français. C'est dire que, même à cette époque, la jurisprudence de cette cour est pratiquement toujours rédigée en anglais, tandis que les décisions de première instance en langue française deviennent plus nombreuses, même si elles demeurent largement minoritaires.

Les juges francophones contribuent d'ailleurs à cette sous-représentation. À la Cour du Banc de la Reine, dans les jugements rendus en matière pénale, le juge en chef Duval (1864-1874) s'exprime une seule fois en français; il est d'ailleurs possible qu'il s'agisse d'un compte rendu rédigé par l'arrêviste²³⁷. Pour sa part, Antoine-Aimé Dorion (1874-1891) s'exprime uniquement en anglais. Si sa grande compétence ne fait pas de doute, il est dommage qu'elle n'ait pas été employée à développer la documentation en langue française. Le juge Henri-Elzéar Taschereau, qui siège à la Cour suprême de 1878 à 1906, rédige lui aussi ses opinions en anglais, quelque soit le domaine envisagé. Il en va de même pour les ouvrages qu'il publie en droit pénal²³⁸. À titre de comparaison, le juge Fournier n'hésite pas à s'exprimer dans sa langue maternelle²³⁹.

Dans un autre ordre d'idées, l'attitude des juges du Banc de la reine face à la common law est parfois surprenante. Tout au long de sa carrière, le juge Mondelet a toujours fait preuve d'une très grande indépendance d'esprit²⁴⁰. Il n'est donc pas étonnant de constater que, contrairement à ses collègues, il n'accorde aucun poids à l'absence de précédents. Dans trois opinions dissidentes, il fait remarquer que ceux-ci tirent forcément leur origine d'une décision nouvelle, aussi lointaine soit-elle²⁴¹. Dans une autre dissidence, il déclare avoir plus de respect pour les principes et la justice que pour les précédents²⁴².

Certains juges établissent une distinction entre les règles de common law qui datent de l'époque où le droit pénal anglais a été reçu au Québec et les décisions anglaises qui ont modifié ces principes par la suite. Ils estiment que ces modifications ne les lient pas²⁴³. Le juge Ramsay affirme que pour être suivis, les précédents doivent être uniformes ou former un courant dont l'autorité est incontestable²⁴⁴. D'autres font prévaloir la pratique locale²⁴⁵. Le juge Monk va même jusqu'à ranger les contradictions et les revirements de la jurisprudence anglaise parmi les « aberrations judiciaires les plus étranges jamais observées », ce qui explique pourquoi les juges coloniaux se dispensent parfois de les suivre²⁴⁶.

D'autres juges attachent infiniment plus d'importance aux décisions anglaises. Dans leur esprit, une loi bas-canadienne semblable à une loi anglaise ne saurait avoir pour effet de conférer une discrétion plus étendue aux juges d'ici²⁴⁷. Pour d'autres, le droit pénal anglais reçu en 1774 comprend la pratique suivie à cette époque²⁴⁸. Le juge en chef Dorion s'appuie sur des précédents et des auteurs anglais pour refuser de suivre un arrêt de sa propre cour; pour sa part, le juge J.-T. Taschereau ne se considère pas comme lié par une décision prise à une voix de majorité²⁴⁹. De façon générale, plusieurs juges refusent d'admettre que la jurisprudence de leur cour puisse s'écarter de celle de l'Angleterre²⁵⁰.

On se doute que les tribunaux d'appel plus élevés vont approuver cette deuxième tendance. Les principaux arrêts de la Cour du Banc de la Reine qui ont critiqué la jurisprudence anglaise sont infirmés ou désapprouvés par la Cour suprême du Canada. Toutefois, les juges ne font pas de commentaires sur l'autorité qu'il convient d'attribuer à ces décisions d'outre-Atlantique²⁵¹. En Cour suprême, certains juges estiment être liés par un arrêt où ils ont énoncé une opinion dissidente²⁵². Une seule décision anglaise est parfois considérée comme déterminante²⁵³.

En 1890, trois juges déclarent qu'en présence de deux textes de lois identiques, la jurisprudence anglaise doit être suivie²⁵⁴; mais leur trois collègues ne sont pas convaincus par cet argument. Par ailleurs, certains juges citent les ouvrages de James Fitzjames Stephen²⁵⁵, ainsi que les rapports recommandant l'adoption des projets de code pénal anglais²⁵⁶. Bien qu'elles ne soient pas très nombreuses, ces citations montrent que ces textes jouissent d'une certaine autorité au Canada.

Pour sa part, le Conseil privé refuse d'admettre que les incertitudes et les contradictions de la jurisprudence autorisent les juges à se former leur propre opinion. Selon sir R.P. Collier, les décisions anglaises récentes ont « [Traduction] déclaré ce qui avait toujours été la règle de droit, si elle avait été bien comprise »²⁵⁷. Il n'y a donc pas lieu d'évaluer si ces jugements se sont éloignés des règles suivies au moment où le droit pénal anglais a commencé à s'appliquer au Québec.

L'attitude des juges face à la doctrine étrangère évolue pendant la période considérée. En 1860, quatre juges de la Cour du Banc de la Reine protestent avec véhémence lorsqu'un avocat cite un auteur américain. À en croire le juge en chef LaFontaine, le gouvernement pourrait refuser d'exécuter un accusé qui aurait été condamné sur le fondement de tels ouvrages! Seul le juge Meredith fait preuve de sens commun. Il déclare qu'en l'absence de loi, lorsque les opinions des juges anglais se contredisent, il ne peut se résoudre à écarter le raisonnement de juristes aussi habiles ... d'autant plus que ses collègues consultent ces ouvrages dans leur cabinet²⁵⁸. Cette hostilité des juges ne dure pas : à partir de 1867 - au plus tard - les juges citent des auteurs et des jugements américains²⁵⁹. Pour ce faire, ils exigent évidemment que le droit américain et le droit canadien soient semblables²⁶⁰.

Il en va autrement du droit français. Le juge en chef Duval refuse de se tourner vers la France, les pays de l'Europe ou les trente-et-un États américains; pour lui, le droit étranger n'a tout simplement pas sa place en matière pénale²⁶¹. Le juge Drummond va plus loin : à son avis, dans un loi du Canada-Uni, le mot *bailment* (l'équivalent du dépôt de droit civil) doit recevoir la même signification qu'en droit anglais; pour sa part, le juge Aylwin, dissident, fait appel aux principes du droit civil du Bas-Canada²⁶². Dans une affaire de nuisance, des avocats se plaignent du fait que le juge a cité une maxime latine de droit civil dans ses directives au jury. Le juge Aylwin leur répond que cette maxime s'emploie également en common law et qu'elle est aussi anglaise que romaine²⁶³. Le code civil est même parfois cité²⁶⁴, ainsi que Demolombe, bien que ce fait témoigne sans doute du désarroi d'un juge peu familier avec le droit pénal²⁶⁵.

À titre de comparaison, il est instructif d'examiner une cause où l'on poursuit une municipalité en raison des dommages causés par des policiers au cours d'une arrestation injustifiée. Les juges Caron, Drummond et Monk tiennent la ville responsable en se fondant sur les principes du droit civil. Dans sa dissidence, le juge en chef Duval prône l'application du droit anglais pour rejeter la demande; le juge Badley est également dissident, mais il s'appuie sur les deux systèmes²⁶⁶. En règle générale, les juges ne témoignent donc pas d'une hostilité envers le droit civil. En revanche, on ne trouve aucune mention du Code pénal français de 1810 ou de la doctrine qui l'étudie. La coupure opérée en 1760 est donc cicatrisée et personne ne songe à ouvrir la plaie...

À plusieurs reprises, les juges se montrent assez critiques face aux traits distinctifs de la législation canadienne. Le plus souvent, des raisons techniques sont invoquées²⁶⁷. Certains écartent la version française du texte en rappelant que la version anglaise reproduit une loi britannique²⁶⁸. Même la refonte des lois fédérales pose des difficultés. Ainsi, un individu est accusé d'avoir commis une infraction prévue par un chapitre des lois refondues. Cette incrimination doit toutefois être complétée par une définition qui a été placée dans un autre chapitre. Un acquittement est donc prononcé²⁶⁹.

Les commentaires des juges prennent parfois un tour plus polémique. Ainsi, la loi canadienne prévoit que les parents et les maris doivent fournir les nécessités de la vie à leur épouse et à leurs enfants; contrairement au texte anglais, elle n'exige pas la preuve du fait que la vie ou l'intégrité physique des personnes à charge ont été menacées. Le juge Ramsay estime inconcevable que le législateur se soit éloigné de son modèle anglais; pour lui, le mari ne devrait pas être présumé fautif²⁷⁰. Les juges du Banc de la reine se sentent toutefois obligés de faire respecter cette loi, même s'ils la désapprouvent²⁷¹.

Les recours offerts après qu'un accusé a été déclaré coupable suscitent également des débats. Ainsi, si une félonie a été commise, il n'est pas possible d'ordonner la tenue d'un nouveau procès²⁷². Par la suite, une loi de 1869 déclare expressément que ce pouvoir n'existe pas²⁷³. Dans le cas d'un délit (*misdemeanor*), les juges considèrent toutefois qu'ils peuvent recourir à cette solution²⁷⁴. Au Québec, le système mis en place en 1857 demeure en vigueur²⁷⁵. Le juge peut donc renvoyer à ses collègues du Banc de la reine une question qui s'est posée pendant le procès. En outre, l'accusé peut se pourvoir en erreur devant cette même cour. La loi fédérale de 1869 impose toutefois une condition qui ne figure pas dans la législation anglaise : le recours pour erreur doit soulever une question que le juge présidant le procès n'aurait pas pu renvoyer, ou encore qu'il a refusé de renvoyer à la cour du Banc de la reine²⁷⁶.

Ces dispositions posent problème lorsqu'une irrégularité se produit lors de la formation du jury. Il existe en effet un précédent anglais où douze juges se sont partagés également dans un cas semblable. Des débats épiques vont s'ensuivre, qui culminent avec un arrêt où les six juges de la Cour suprême se partagent eux aussi également²⁷⁷. La difficulté est la suivante : le juge doit-il soumettre à la Cour du Banc de la Reine les questions qui portent sur la procédure de sélection des jurés, ou doit-il laisser l'accusé demander l'annulation du procès? En 1888, la Cour suprême décide que les événements survenus après que le procès a pris fin ne peuvent faire l'objet d'une question; en l'espèce, après la déclaration de culpabilité, on découvre qu'un individu a siégé sur le jury sous le

nom de son frère²⁷⁸. Deux ans plus tard, un accusé s'oppose à la procédure suivie lors de la sélection des jurés et demande l'annulation du procès pour cause d'erreur. La Cour du Banc de la Reine rejette ce recours au motif que cette question aurait dû lui être renvoyée par le juge. En Cour suprême, ce jugement est confirmé en raison du partage égal des voix²⁷⁹. Notons à ce sujet que le pourvoi en erreur a été aboli par le *Code criminel*, 1892²⁸⁰.

Bien entendu, la common law permet parfois de régler assez aisément certaines questions. Ainsi, lorsqu'un acte d'accusation identifie la victime par un nom de type occidental et un nom de type autochtone, il suffit de prouver qu'elle portait l'un de ces deux noms, en l'espèce le deuxième. La Cour applique la règle concernant les actes d'accusation dans lesquels le véritable nom est suivi de l'expression « alias » untel²⁸¹. Dans les affaires de viol, le droit de l'accusé d'interroger la plaignante sur ces relations sexuelles semble indiscutable aux juges. Certains d'entre eux ajoutent, à la suite de décisions anglaises, que le juge peut autoriser le témoin à ne pas répondre à une telle question²⁸².

L'analyse sommaire qui vient d'être présentée laisse de côté bon nombre de questions, telles que l'étude d'incriminations spécifiques, de moyens de défense ou des principes généraux du droit pénal. Elle n'examine pas non plus l'utilisation de ce système par les classes possédantes et les élites ou encore les infractions à caractère sexuel. Elle est enfin limitée au cas du Québec. Néanmoins, dans ce cadre restreint, quelques constats d'ordre méthodologique peuvent être faits. Tout d'abord, au Québec, les juges spécialistes du droit pénal s'expriment en anglais, même ceux qui sont d'origine francophone. La documentation en langue française s'en trouve réduite d'autant, ce qui crée une barrière psychologique pour ceux qui désirent oeuvrer en français. Ensuite, certains juges québécois - tous anglophones - semblent prêts à se détacher de la jurisprudence anglaise, dont ils critiquent le caractère incertain et aléatoire. Ils se heurtent rapidement à l'opposition de leurs collègues et à celle de la Cour suprême ou du Comité judiciaire du Conseil privé. À l'exception d'une décision isolée, la doctrine américaine est en général bien accueillie, tandis que la doctrine française ne semble pas avoir été prise en considération. Les travaux de Stephen et les rapports de commissions chargées de codifier le droit pénal anglais sont cités à l'occasion. Enfin, plusieurs affaires portent sur des questions de procédures ou proviennent de la rédaction déficiente des lois fédérales.

L'ensemble de ces facteurs constitue en quelque sorte des conditions nécessaires mais non suffisantes pour la codification du droit pénal canadien. Il reste donc à examiner dans quelles conditions cette opération s'est effectuée.

C. La codification de 1892

L'idée de codifier le droit pénal canadien n'est pas nouvelle (1). La notion même de codification a d'ailleurs suscité plusieurs prises de position au XIX^e siècle (2), qui ont préparé le terrain à la codification de 1892 (3). Depuis lors, la common law continue de jouer un rôle fondamental, qui fait peut-être obstacle aux tentatives de recodification (4).

1. Les premiers projets de codification du droit pénal

Dès 1769, Francis Masères prône la rédaction d'un code afin de bien renseigner la population sur le droit qui s'applique au Québec. Cette idée semble toutefois bien en avance sur son temps et n'est pas mise à exécution²⁸³. Dès cette époque, le terme anglais « code » est utilisé dans une autre acception. Il désigne souvent un ensemble disparate de règles ou de lois qui s'appliquent dans un secteur donné, en particulier en droit pénal²⁸⁴.

En 1847, un auteur anonyme réclame la codification du droit. Si l'essentiel de son propos porte sur le droit civil, il ne néglige pas pour autant le droit pénal : en ce qui concerne « le code criminel, on peut dire que les salutaires statuts introduits par l'Honorable M. Black, ont tracé la principale ébauche de la réforme à faire », c'est-à-dire la codification²⁸⁵. Il est toutefois possible qu'il soit question ici de réformer plutôt que de codifier le droit pénal. L'idée semble néanmoins être dans l'air. En 1850, William Badgley présente un projet de codification du droit pénal et un projet de code de procédure pénale. Ces textes sont inspirés des rapports présentés par la commission mise sur pied par lord Brougham en Angleterre, ainsi que des lois des Provinces Maritimes ou d'autres États américains. Ce député du Bas-Canada fait partie de l'opposition. Il souhaite que son projet soit imprimé puis distribué aux membres du Barreau et de la magistrature afin d'être étudié lors de la session suivante. La Chambre adopte une motion à cet effet, ce qui donne lieu à un bref débat. Louis-Hippolyte LaFontaine, procureur général du Bas-Canada, refuse d'approuver le principe du projet, car les députés n'ont pas eu le temps d'en prendre connaissance. Robert Baldwin, procureur général du Haut-Canada, déclare que le gouvernement n'est pas prêt à se prononcer sur l'opportunité d'une codification. À son avis, là où elle a été adoptée, cette mesure n'a pas toujours eu le succès escompté. Un autre député du Haut-Canada, Henry Smith, est en faveur de la codification, tout comme Louis-Joseph Papineau et le solliciteur-général du Bas-Canda, Lewis T. Drummond²⁸⁶.

L'année suivante, M. Badgley présente à nouveau ses deux projets. Le 30 juin 1851, ils sont adoptés en deuxième lecture. Un comité est constitué afin de les étudier. Il est composé de Badgley, des solliciteurs généraux de chaque province, Drummond et Macdonald, et des députés Macdonald, Cameron, Smith, Chabot, Richards et Ross. Le 8 août, un bref rapport est présenté à la Chambre. On peut y lire que dans la mesure où les conditions locales rendaient la chose possible, la législature a toujours tenté de faire en sorte que le droit du Canada-Uni soit conforme à celui de la Grande-Bretagne. Le comité poursuit :

Le corps de cette loi se compose d'une vaste collection de dispositions législatives existantes et de dispositions surannées mais non révoquées, et d'opinions judiciaires se contredisant fréquemment, qui exigent de longues et attentives recherches pour les découvrir, et de sérieuses études pour les comprendre, même pour les professeurs, ainsi que pour la nombreuse classe des officiels qui doivent la faire exécuter, tandis qu'elle est entièrement ignorée de la grande masse du peuple, sujet à en subir les pénalités.

[...]

Votre comité ne croit pas qu'il soit nécessaire de parler des avantages reconnus de l'assimilation de la loi et de son administration uniforme dans tout le *Canada-Uni*, ou de perfectionner un semblable code autant que possible dans ses détails.

Le comité ne recommande pas l'adoption immédiate des deux projets. Il suggère plutôt que ceux-ci soient examinés par une commission de spécialistes nommée par le gouvernement, qui serait chargée de donner son avis et de suggérer des modifications; une commission semblable doit d'ailleurs voir à la refonte des lois. Le 29 août, une motion à cet effet est adoptée²⁸⁷. En pratique, il faut toutefois attendre jusqu'en 1856 pour que la commission de refonte des lois soit constituée; aucune commission n'est créée pour étudier les projets de Badgley. Le fait qu'une commission parlementaire se soit penchée sur les projets de Badgley demeure tout de même significatif. Cela montre que l'idée de codifier le droit pénal a été accueillie favorablement. Certes, un groupe de juriste devait éventuellement être chargé d'étudier la question plus en profondeur, au bout du compte, il aurait pu émettre un avis négatif. Mais il ne faut pas oublier qu'à cette époque, la codification semble avoir le vent dans les voiles²⁸⁸.

À Montréal, les discussions de 1851 attirent l'attention de Maximilien Bibaud, qui vient de fonder une école de droit. Il envoie au journal *La Minerve* une « Revue critique du Code Badgley » qui est publiée dans plusieurs numéros. Très indépendant d'esprit et ardent catholique, il profite de l'occasion pour souligner les qualités du droit romain et du droit pénal de divers pays européens, sans se dissimuler les abus qui ont pu avoir cours sous l'Ancien Régime français.

Bibaud se montre parfois avant-gardiste. Il souligne que dans les procès pour viol ou pour adultère, les femmes « bien nées » souffrent de la curiosité malsaine du public²⁸⁹. Le projet de Badgley propose de punir le fait de s'être enivré, par opposition à l'infraction commise en état d'ivresse, sauf si celle-ci a été planifiée²⁹⁰. Il impose la peine de mort uniquement dans les cas de meurtre²⁹¹. Dans les deux cas, Bibaud approuve ces suggestions. En revanche, la peine du pénitencier lui paraît trop sévère pour le crime contre nature « au moins quand il n'y a pas de bestialité »²⁹². Il affirme que l'État « est obligé de nourrir ceux qui ont faim, ou de leur procurer de l'ouvrage »²⁹³. Il déplore la sévérité parfois absurde des lois anglaises, qui sont conçues pour protéger les intérêts des propriétaires²⁹⁴, tout en reconnaissant que la situation s'est améliorée en Angleterre et au Canada-Uni.

Bibaud s'élève contre « un attachement trop servile pour certaines maximes de la vieille loi commune » et s'inquiète du faible nombre de lois réformant le droit pénal²⁹⁵. Il critique plusieurs dispositions du projet de Badgley. Si celui-ci était adopté, « les Canadiens eux-mêmes auraient bientôt à rougir de notre premier essai de codification où les antinomies sont la suite nécessaire du défaut complet d'ordre »²⁹⁶. À son avis, une commission de plusieurs juristes devrait étudier la question. On sait que cette solution sera retenue par la commission parlementaire saisie de ces projets, qui remet son rapport le 8 août 1851. Bibaud souhaite également que le droit des pays de l'Europe continentale soit examiné attentivement. En conclusion, il privilégie nettement un code de type civiliste :

Un vice de nos législations modernes et de celles du Canada en particulier, c'est d'être trop spéciales, trop détaillistes. Elles prévoient moins en voulant trop prévoir, elles ne posent pas, elles évitent de poser des principes, contentes de tout régler, et de tout plier à des dispositions impératives, et substituant souvent à ces principes qui se font désirer, d'inutiles rigueurs. Je demande si tel n'est pas le caractère de la législation anglaise?

Quand il faut dépouiller le principe inédit d'une disposition spéciale pour décider les cas non prévus, on sort incertain de cette recherche, de cette fouille difficile. Le législateur, lui-même, faute de formuler les principes, ne s'est que mal rendu compte de sa disposition. Comment penser que les lacunes ne se multiplieront pas, si aucun principe générateur n'est mis au jour²⁹⁷?

2. La perception de la codification antérieurement à 1892

Les débats concernant la codification ne sont pas cantonnés au Bas-Canada. Aux États-Unis, on a pu parler d'un véritable mouvement en faveur de cette réforme. En 1826, l'avocat Edward Livingston soumet à la législature de la Louisiane un projet de code qui ne sera pas adopté; il se distingue des autres codificateurs en proposant d'abolir la peine de mort²⁹⁸. Dans d'autres États, la mise par écrit des règles de common law suscite l'hostilité d'un grand nombre d'avocats. Les législateurs finissent par procéder à la refonte de leur législation afin de simplifier une phraséologie souvent verbeuse. Par une sorte d'effet pervers, à la suite de ce succès, les pressions exercées pour codifier la common law diminuent²⁹⁹. Pourtant, en 1847, la constitution de l'État de New York est modifiée. La procédure judiciaire doit y être réformée; en outre, des commissaires doivent préparer un code couvrant la totalité ou certaines parties du droit de cet État. Le code de procédure est rédigé par trois commissaires, dont le célèbre David Dudley Field; il est édicté dès 1848. Composé d'articles brefs et très généraux, il doit être modifié chaque année, peut-être en raison de l'hostilité des praticiens. Il est abrogé en 1877; cette année-là, il est devenu pratiquement dix fois plus volumineux qu'en 1848. Cette mauvaise expérience sera souvent citée par les adversaires de la codification.

En ce qui concerne la codification générale du droit new yorkais, des commissaires ont été nommés en 1847 pour un mandat de deux ans, mais ils ne réussissent pas à présenter de projet. Une loi leur désigne des successeurs, mais elle est abrogée en 1849. En 1857, une autre loi pourvoit à la nomination de trois commissaires qui doivent oeuvrer bénévolement. L'un d'eux est David Dudley Field. Pratiquement au même moment, une loi décrète la codification du droit civil du Bas-Canada³⁰⁰. Les commissaires new yorkais doivent soumettre leur projet aux responsables de l'administration de la justice avant de le présenter aux députés. Ils terminent leur travail en 1865 et déposent un projet de code politique, pénal et civil. Seule une partie du code pénal est adoptée en 1881, bien que certains États de l'Ouest, notamment la Californie, aient repris à leur compte le projet de code civil³⁰¹. Celui-ci a toutefois été approuvé par les Chambres de la législature à deux reprises, après quoi le gouverneur de l'État a exercé son droit de veto³⁰².

Les revues juridiques du Canada-Uni, qui ont été minutieusement dépouillées par Mme Joanie Schwartz, consacrent quelques articles aux débats concernant la codification du droit³⁰³. Certains juristes du Haut-Canada sont très au fait de l'initiative new yorkaise³⁰⁴. Selon toute apparence, ils ont également pris connaissance de l'opposition des juges anglais au projet de code présenté en 1854. Un article publié en 1858 attaque de front la conception attribuée à Bentham : il est utopique d'espérer rédiger un code de poche dont la signification sera évidente pour tous. À preuve, les cinq codes de la France ont été modifiés fréquemment, sans compter les nombreuses lois édictées annuellement. En outre, de nombreux commentaires ont été publiés (l'on mentionne ici Touiller, Traplong [sic], Paillet, D'Auvilliers et Teulet). L'auteur se demande quel est l'avantage de la codification? À son avis, un code ne pourra jamais posséder l'« élasticité » et l'« omnipotence » de la common law. La codification constitue en outre d'une expérience dangereuse, car la formulation des lois en vigueur sera modifiée. Pour tout dire, il risque d'y avoir davantage d'obscurité et d'incertitude qu'avant! Même la refonte des lois est sujette à caution³⁰⁵. L'année suivante, un auteur affirme qu'il serait absurde d'espérer mettre un terme à l'évolution de la législation en adoptant un code³⁰⁶. En revanche, l'utilité d'une refonte des lois est admise, notamment raison de leur phraséologie trop chargée³⁰⁷.

Dans un autre article publié initialement en Angleterre, on peut lire que : « ... dans le cas où la loi non écrite est bien établie, aucun code n'est requis ; lorsqu'elle ne l'est pas, l'adoption d'un code serait à peu près impossible »³⁰⁸. ([w]here the unwritten law is settled, a code is not wanted; where it is unsettled, the formation of a code would be impracticable). Si l'utilité de la codification du droit civil bas-canadien n'est pas remise en question, celle de la common law est jugée impossible et risquée³⁰⁹. Ces juristes ne semblent pas soupçonner que le législateur français a délibérément choisi d'employer des formules générales pour laisser toute la latitude voulue au juge. À cette époque, l'auteur des éditoriaux du *Upper Canadian Law Journal*, James R. Gowan, est favorable à la refonte des lois mais s'oppose à la codification.³¹⁰ Une décennie plus tard, nous verrons qu'il est devenu un partisan de la codification du droit pénal.

Les ouvrages publiés antérieurement à 1892 ne semblent pas discuter de la codification du droit pénal³¹¹. Ainsi, s'ils n'hésitent pas à faire référence à la doctrine française, Raoul Dandurand et Charles Lanctôt conservent le silence sur cette question³¹². Il faut donc se tourner vers les périodiques juridiques³¹³. En 1874, dans son allocution au grand jury du district de Richelieu, le juge Thomas Jean-Jacques Loranger réclame la codification du droit pénal. Après avoir souligné l'état déplorable de la législation et le caractère incertain des règles de common law, il déclare : « la loi criminelle comme la loi civile doit être connue de tous, et comme la loi civile elle ne se popularisera jamais sans codification »³¹⁴. Pour lui, la codification du droit pénal est aux francophones ce que la codification du droit civil et de la procédure est aux anglophones du Québec³¹⁵. À partir de 1879, la revue *Legal News* publie plusieurs articles sur les projets de codification anglais ou américains. En 1880, un auteur cite les propos de Stephen, pour qui il serait extrêmement avantageux de codifier les règles de common law; il ajoute qu'en dépit des imperfections qu'il contient, le *Code civil du Bas Canada* a amplement prouvé son utilité³¹⁶.

J.B. Miller, un auteur new yorkais, croit que les codes ont détruit la loi naturelle des habitants de pays européens; à son avis, si ceux-ci s'habituèrent aux formes de la common

law, ils découvriraient qu'elle convient mieux à leurs besoins. L'éditeur de la revue lui adresse la réponse suivante :

[Traduction] Si M. Miller veut connaître l'expérience que nous avons eue du Code, elle peut se résumer en deux mots – en dépit du mécontentement et des plaintes suscitées par ses imperfections et ses erreurs, auxquelles de nombreuses décisions judiciaires font référence, nous l'avons néanmoins trouvé utile; nous y tenons et ne nous en départirions pas volontairement³¹⁷.

Les arguments idéalistes de certains partisans de la codification sont rapidement dénoncés. Divers auteurs rappellent qu'après l'adoption d'un code, les justiciables doivent encore recourir aux services d'un avocat; que des problèmes d'interprétation continuent de faire surface; que des recueils d'arrêts sont publiés; que des revirements de jurisprudence peuvent se produire; et que, à première vue, le nombre de litiges ne semble pas diminuer³¹⁸. Un éditorial du *Canada Law Times*, qui a selon toute vraisemblance été rédigé par l'éditeur, Douglas Armour, résume ainsi cette position :

[Traduction] Si nous ne nions pas que plusieurs résultats bénéfiques découlent de la codification lorsque la codification est faisable, nous ne croyons pas ces objectifs si désirables que sont la certitude, le caractère abordable, la commodité et la connaissance universelle du droit seront jamais atteints simplement en codifiant le droit³¹⁹.

Les juristes ontariens reconnaissent toutefois que la common law est souvent confuse ou contradictoire et que la formulation des lois laisse beaucoup à désirer³²⁰. Ils éprouvent donc une certaine ambivalence face à la codification. Ainsi, en 1884, le dépôt au Sénat d'un projet de code pénal suscite un curieux commentaire : l'adoption de ce texte serait une mesure bénéfique, car le droit canadien doit, dans la mesure du possible, être identique à celui de l'Angleterre, afin que la jurisprudence de ce pays continue de recevoir application au Canada. L'auteur tient pour acquis que l'Angleterre adoptera un tel projet, ce qui semble très peu probable en 1884³²¹. Si l'on suit la logique de ce raisonnement, le Canada devrait s'abstenir de codifier le droit pénal avant que l'Angleterre ne le fasse. En 1890, en apprenant qu'un projet de code pénal est en préparation, un auteur ne manifeste guère d'enthousiasme : l'adoption d'une telle loi pourrait être souhaitable, écrit-il, à condition que le Parlement ne la modifie pas continuellement par la suite³²².

Si ces auteurs sont partagés face à une codification globale du droit privé, ils demeurent favorables à l'adoption de codes sectoriels, telle que la loi sur les lettres de change édictée en Grande-Bretagne³²³. À ce sujet, un auteur québécois écrit avec lucidité que « [Traduction] dans les pays où il n'y a pas de code, certaines lois sont en réalité de simples sections d'un code »³²⁴. Les commentaires publiés en Ontario reconnaissent donc que la codification présente des avantages, tout en soulignant qu'elle n'élimine pas les inconvénients attribués à la common law; l'existence de ceux-ci semble admise.

En 1893, le *Canada Law Journal* affirme que le *Code criminel* de 1892 n'est pas parfait, car « [Traduction] [l']ère des miracles est terminée ». L'auteur n'en éprouve pas moins un sentiment de fierté : il affirme que le pays tout entier peut, dans l'ensemble,

s'enorgueillir de cette réforme³²⁵. On ne saurait mieux résumer l'évolution de la pensée des juristes ontariens : résolument hostiles dans les années 1850, ils se montrent disposés à reconnaître les mérites de la codification dans les années 1880. Cette vision nuancée de la codification, nourrie des débats américains et de l'expérience québécoise, a certainement préparé le terrain à l'adoption du *Code criminel* de 1892.

3. L'adoption du code de 1892

L'un des instigateurs du projet de codification du droit pénal est le juge James R. Gowan, auquel John A. MacDonald fait souvent appel pour rédiger des projets de loi; il est nommé sénateur en 1885. En 1871, Gowan rencontre en Angleterre Robert Wright, auteur d'un projet de code pénal destiné à la Jamaïque, ainsi que la fille de Edward Livingston, un Louisianais qui a également rédigé une proposition de code. Au Canada, après le retour au pouvoir des conservateurs en 1878, le ministre de la justice entreprend d'abord de refondre les lois fédérales. Dans ce cadre, le sous-ministre de la justice, George Wheelock Burbidge, rédige en 1884 un projet de code pénal qui figure dans le rapport sur la refonte des lois déposé au Sénat. En 1889, Henri Elzéar Taschereau, criminaliste de renom et juge à la Cour suprême du Canada, offre à son tour de préparer un code. Le ministre de la justice, John Thompson, craint peut-être de voir le mérite de cette initiative lui échapper³²⁶. Le 29 octobre 1890, Thompson écrit aux juges afin de leur annoncer qu'il entend déposer un projet de code pénal; il leur demande d'indiquer s'ils sont favorables à l'abolition du grand jury. Au Québec, le juge Bourgeois profite de cette occasion pour déclarer de façon laconique que la « codification de nos lois criminelles, proposée dans la circulaire, est très désirable »³²⁷. En 1891, un projet de code est très largement diffusé; plusieurs propositions de modifications sont alors transmises au ministre³²⁸. La décision de codifier ne suscite aucune opposition; elle est même parfois décrite en termes approbateurs³²⁹.

À cette époque, le ministère de la justice compte une dizaine d'employés, dont un seul est francophone; un autre juriste anglophone a été formé au Québec³³⁰. L'influence des civilistes semble donc négligeable. Selon Brown, Thompson est entouré de partisans convaincus de la codification, qui ne souhaitent pas être à la remorque de l'Angleterre en ce domaine : il s'agit de Burbidge, qui a été nommé juge à la Cour de l'Échiquier, du sénateur James R. Gowan³³¹, du registraire de cette Cour, Charles Masters, et du nouveau sous-ministre de la justice, Robert Sedgewick. En 1890, ce groupe rédige un projet qui est présenté à la Chambre des Communes en 1891. Il ne peut toutefois être étudié avant la fin de la session parlementaire. Thompson récidive en mars 1892. Un comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes est alors constitué. Les Communes étudient ensuite le rapport de ce comité. Après l'adoption du texte par le Sénat, la sanction royale est accordée le 8 juillet 1892. Le *Code criminel* entre en vigueur le 1^{er} juillet 1893³³².

L'entourage de Thompson semble avoir tiré certaines leçons des échecs essuyés en Angleterre. Ainsi, toutes les infractions créées par des lois britanniques sont abrogées, à l'exception de celles qui ont été expressément étendues aux colonies par le législateur impérial³³³. Le nouveau code définit les crimes et les infractions donnant lieu à une poursuite sommaire, ainsi que les règles de procédure applicables dans cette hypothèse. À

la différence des projets anglais, le code canadien ne contient aucune disposition abrogeant en bloc les règles de common law; il préserve expressément celles qui fournissent à l'accusé un moyen de défense, une justification ou une excuse³³⁴. On peut d'ailleurs noter que James Gowan souhaitait codifier les justifications et les excuses mais qu'il a jugé plus prudent de s'en tenir au texte du projet anglais³³⁵.

Le plus souvent, les rédacteurs reprennent les dispositions du projet de 1880, qui a d'abord été rédigé par Stephen en 1878 avant d'être révisé par une commission de juges en 1879. Vers la toute fin des débats parlementaires, le sénateur Power découvre toutefois que certaines modifications apportées au texte anglais n'ont pas été portées à l'attention des membres du comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes. Mais l'affaire en reste là³³⁶. Pour le reste, le code reprend souvent des dispositions de la législation canadienne. Si l'on inclut les articles qui ont été composés ou modifiés au Canada, Brown estime que 75 % du code ne provient pas intégralement du droit anglais. À son avis, Thompson a fait tout son possible pour ne pas attirer l'attention sur ce fait³³⁷. La perception de Robert Sedgwick est toute autre. Dans un mémoire confidentiel adressé à Thompson en 1893, qui est donc *a priori* digne de foi, il rappelle au ministre ce qui suit : « [Traduction] vous savez à quel point nous avons pris soin, aussi bien devant le comité mixte qu'en Chambre, de signaler les changements apportés par le projet de loi, soit à la common law, soit à la législation »³³⁸. En réalité, le projet de 1880 reformule plusieurs dispositions qui ont été édictées en Angleterre en 1861 et ont été reprises au Canada en 1869. À cet égard, il s'apparente davantage à une refonte qu'à une modification du droit.

Très rapidement, Thompson laisse tomber une partie très controversée du projet. Ces dispositions auraient accordé à l'accusé le droit de témoigner que la common law lui refusait à cette époque. Cette modification sera effectuée l'année suivante, juste avant que le nouveau code n'entre en vigueur³³⁹. En Angleterre, il a fallu attendre jusqu'en 1898 pour que ce droit soit accordé à l'accusé, notamment en raison de l'opposition des députés irlandais³⁴⁰.

Les débats de la Chambre des communes ont été marqués par leur sérieux; Wilfrid Laurier exige d'ailleurs la lecture intégrale de chaque article³⁴¹. Outre Thompson et Laurier, les principaux protagonistes sont David Mills et Louis Davies, qui seront par la suite ministres dans le gouvernement Laurier et juges à la Cour suprême du Canada, ainsi que Thomas Mulock, qui sera lui aussi ministre dans ce gouvernement avant d'être nommé à la Haute Cour de l'Ontario puis de devenir juge en chef de cette province. Thompson se révèle être un fin stratège. Il tente de répondre aux critiques de son mieux, si possible en rappelant que la commission parlementaire britannique était composée de juges éminents. S'il ne parvient pas à désamorcer les critiques, il accepte parfois les amendements proposés par l'opposition. Si cela n'est pas possible, il met de côté la disposition contestée afin de trouver plus tard un terrain d'entente³⁴².

À titre d'illustration, certains députés des Maritimes sont préoccupés par le champ d'application d'une infraction, l'entrave au travail d'un officier public, qui est passible de dix années d'emprisonnement. À leur avis, celle-ci ne devrait pas protéger tous les fonctionnaires, par exemple ceux du ministère des pêches, qui peuvent saisir sans autorisation préalable les filets et les embarcations des pêcheurs. Mulock déclare qu'il s'agit

d'un cas où « [Traduction] la bureaucratie est devenue folle »³⁴³. Au bout du compte, la définition pertinente est modifiée³⁴⁴.

En règle générale, les francophones interviennent très peu. Un juriste aussi éminent que François-Charles-Stanislas Langelier ne prend la parole qu'une seule fois. Il demande si les dispositions concernant les tribunaux provinciaux relèvent bien de la compétence du Parlement fédéral³⁴⁵. La séance du 24 juin fait toutefois exception à la règle : Joseph-Adolphe Chapleau et Joseph-Aldéric Ouimet, qui ont tous deux plaidé des causes pénales, critiquent un article qui permet au juge d'interrompre le procès devant jury si l'accusé est pris par surprise. Wilfrid Laurier ne juge pas souhaitable de devancer l'Angleterre sur cette question; en effet, à une exception près, les députés présents trouvent cette innovation inutile. Au bout du compte, l'idée est abandonnée³⁴⁶. Par ailleurs, le député Choquette demande que les francophones de l'Ontario aient droit à un procès devant un jury mixte et bilingue, composé de six anglophones et de six francophones, comme c'est le cas au Québec et au Manitoba³⁴⁷. Thompson répond que ces francophones [Traduction] « parlent mieux l'anglais que plusieurs de leurs voisins ». En outre, s'ils sont nombreux dans la région, ils seront représentés sur le jury. De toute manière, dans les autres provinces, les procès doivent se dérouler en anglais³⁴⁸.

La justification du projet proposée par le ministre est assez sommaire : elle consiste à vanter les mérites du travail accompli en Angleterre par les auteurs des projets de 1878 à 1880, en soulignant qu'ils ont cherché à simplifier le droit et à éliminer les obscurités et le vocabulaire technique. Thompson précise que le code remplacera toutes les lois créant des infractions sans éliminer pour autant la common law. Celle-ci conservera donc l'élasticité à laquelle les adversaires de la codification tiennent tant. Le ministre décrit ensuite les principales modifications du projet, notamment l'élimination du terme « malice » et de la distinction entre les crimes et les délits, le remplacement du terme « larcin » par le mot « vol » et l'octroi aux cours d'appel du pouvoir d'ordonner des nouveaux procès. L'idée d'abolir le grand jury, discutée depuis 1889, est abandonnée³⁴⁹.

De manière générale, l'opposition libérale approuve la codification. Toutefois, au début des débats en comité plénier, Richard Cartwright se refuse à adopter un projet qui a été rejeté par le Parlement britannique en raison de ses imperfections. Thompson réplique qu'il n'y a pas eu d'opposition au projet lui-même. En ce qui concerne le juge en chef Cockburn, il ferait partie de ces personnes qui s'opposent à tout ce qui été fait par d'autres. Wilfrid Laurier fait alors remarquer que le projet transforme les ouvrages de doctrine en texte de loi. Thompson répond que cela n'est pas entièrement vrai. Néanmoins, lorsqu'il a paru utile aux rédacteurs d'énoncer l'état du droit de manière détaillée, cela a été fait. À ce moment, les discussions sur la formulation d'un article précis reprennent et la question demeure en suspens³⁵⁰.

Un débat semblable a lieu au sujet du libelle séditieux. Louis Davies s'oppose à toute définition de la sédition, afin que les jurys puissent faire évoluer cette notion avec le temps. Pour lui, il s'agit là de l'élasticité de la common law. Le ministre de la justice se laisse convaincre³⁵¹. En 1951, le rejet de la définition de Stephen joue d'ailleurs un rôle déterminant dans l'acquiescement de témoins de Jehova accusés de sédition³⁵². La disposition sur le libelle diffamatoire est également critiquée. Selon Thompson, le projet

reprend simplement une règle de common law que les juges continueront d'appliquer comme par le passé. Laurier réplique que le fait de couler cette règle dans une disposition législative lui fait perdre son élasticité. Là encore, la discussion tourne court³⁵³.

Les travaux du Sénat seront beaucoup plus brefs. La première lecture a eu lieu en avril; à cette occasion, James Gowan fait une présentation dithyrambique du projet, dont il souligne le caractère innovateur et sans précédent, à l'inverse de la stratégie adoptée par Thompson. Le comité mixte de la Chambre des communes et du Sénat est ensuite mis sur pied³⁵⁴. Il faut attendre jusqu'au 4 juillet pour que le projet adopté par les Communes soit transmis à la Chambre haute. Le sénateur Bellerose proteste immédiatement, car les amendements adoptés par les députés n'ont pas été traduits. Il explique qu'il n'est pas dans ses habitudes de faire des difficultés à ce sujet, mais qu'il a besoin de la version française pour bien saisir la signification d'un texte aussi important³⁵⁵. Le premier ministre Abbott promet que le texte ne sera pas adopté avant que la version française ne soit prête³⁵⁶. Le 6 juillet, la traduction n'est toujours pas disponible. Les francophones acceptent toutefois que l'étude du texte débute. Abbott leur a promis de reporter à plus tard l'étude des dispositions dont ils souhaitent obtenir la traduction, laquelle sera complétée avant l'adoption définitive du texte³⁵⁷. C'est dire le peu d'importance qui a généralement été accordé à la version française.

C'est ce moment que choisit le leader de l'opposition, Richard William Scott, pour mener une charge à fond de train contre l'adoption du code. Pour lui, le code se substitue à la common law; la sagesse et l'expérience acquise depuis des siècles vont être mises de côté. En outre, sur bien des points, le projet modifie de façon significative les règles en vigueur. Au cours des débats parlementaires, il s'agit de la première critique soutenue de la décision de codifier. Toutefois, Scott a été nommé membre du comité mixte des Communes et du Sénat chargé d'étudier le projet. Il reconnaît ne pas avoir eu le temps de participer aux travaux de celui-ci. Ce fait enlève beaucoup de poids à ses arguments. Au bout du compte, sa tentative de convaincre ses collègues de retarder l'étude du projet se solde par un échec³⁵⁸. Plusieurs sénateurs - tous anglophones - soulignent d'ailleurs que l'adoption du code est souhaitée d'un bout à l'autre du pays³⁵⁹.

Les débats se déroulent au mois de juillet, à une époque où la session parlementaire a généralement pris fin. Le sénateur Kaulbach affirme qu'il n'a jamais entendu un président lire si rapidement les dispositions d'un texte. Il demande qu'elles soient lues distinctement³⁶⁰. En dépit de ce fait, les débats en deuxième lecture durent à peine trois jours. Néanmoins, les sénateurs trouvent le temps de s'opposer à un amendement adopté par les députés. Cette modification de dernière minute exempte les compagnies qui sont autorisées par une loi provinciale ou fédérale à mettre sur pied une loterie de l'interdiction d'organiser une telle activité. En pratique, cette exception s'applique uniquement au Québec, où la loterie de la Société Saint-Jean-Baptiste suscite une véritable frénésie. Le sénateur Abbott demande en vain que l'on respecte la volonté populaire : l'exemption est retranchée et les députés sont contraints d'accepter cette modification³⁶¹. Au moment où on ne l'attendait plus, la société distincte fait soudainement son apparition ...

Tout au long des débats, on ne trouve aucune mention du *Code civil du Bas-Canada*. Les concepts de droit privé auxquels les députés font parfois appel proviennent

uniquement du système de common law; il en va ainsi lorsqu'ils se demandent si le détenteur d'une servitude de passage (*easement*) est en possession de ce droit ou si les intérêts d'un créancier hypothécaire doivent être protégés (*mortgagee*)³⁶². Ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater que Wilfrid Laurier craint de voir disparaître l'élasticité de la common law tandis que les juristes de common law ne soufflent mot de cette question. Il semble que les juristes francophones s'intéressent peu à cette réforme. Ils n'ont en tout cas aucune envie de remettre en question le compromis intervenu avec l'Acte de Québec.

Au bout du compte, cette réforme semble avoir été effectuée dans une certaine indifférence. Cela est notamment attesté par l'absence de discussion approfondie dans les journaux. Au mieux, ceux-ci critiquent ou louangent le projet, sans jamais susciter de véritable débat³⁶³. Cela ne doit pas surprendre outre mesure, car le ministre a mis l'accent sur le fait que le code ne modifierait pas de façon significative le droit pénal canadien. Dans l'état actuel des connaissances, il faut conclure que la codification du droit pénal n'a été réclamée que par un très petit nombre de francophones; à cet égard, leurs besoins particuliers sont passés sous silence au cours des débats parlementaires. En revanche, la nécessité de cette réforme semble faire l'objet d'un consensus partout au Canada. Cela semble s'expliquer au moins en partie par la volonté de s'extraire du fouillis dans lequel la jurisprudence de l'Angleterre semble en train de s'enliser à cette époque. Mais cette critique de la common law est contenue dans les revues juridiques et dans certains jugements. Les parlementaires ne sauraient la formuler à voix haute sans violer ce qui demeure encore un tabou.

C'est en se réclamant de la réputation de certains juristes anglais que le ministre a pu mener à bien au Canada une réforme qui a échoué en Angleterre. À long terme, le code renforcera sans doute l'identité canadienne; à court terme, il est présenté comme un emprunt, même si dans les faits, un nombre non négligeable de ses dispositions reformule simplement la législation existante.

4. La codification de 1892 à nos jours

(a) Le rôle de la common law

En 1892, le juge Henri-Elzéar Taschereau rend publique une lettre adressée au ministre de la justice qui critique violemment le nouveau code. En plus de nombreuses incohérences concernant les peines, la formulation ou le plan suivi, il s'élève contre le caractère incomplet du texte :

[Traduction] Il me semble qu'il faut reconnaître que notre code de 1893 est encore plus déficient, en ce qui concerne la complétude, que celui à propos duquel le lord juge en chef [d'Angleterre] a émis son opinion au sujet des éléments essentiels d'une codification, compte tenu du fait que le second remplaçait l'ensemble de la common law, tandis que le premier laisse subsister celle-ci intégralement avec, en outre, un nombre de lois importantes, disséminées à travers les recueils de lois. Il s'ensuit qu'à l'avenir, quiconque veut déterminer l'état du droit pénal sur une

question déterminée devra examiner, premièrement, la common law, deuxièmement, notre législation non abrogée, troisièmement, la jurisprudence, quatrièmement, des lois impériales spéciales sur le sujet en vigueur au Canada, auxquelles le code ne fait même pas allusion et cinquièmement, le code³⁶⁴.

Taschereau déplore l'absence de certaines règles fondamentales en droit pénal, par exemple l'exigence de la *mens rea*³⁶⁵. Jusque-là, il avait toujours cru que la codification serait avantageuse; il éprouve maintenant des doutes sur le sujet³⁶⁶.

La critique de Taschereau ne convainc pas les juristes du ministère³⁶⁷. Selon Robert Sedgwick, un code ne peut contenir la totalité des règles applicables³⁶⁸. En outre, le Parlement canadien ne peut modifier les lois impériales qui visent expressément le Canada³⁶⁹. En ce qui concerne les infractions de common law qui ne sont pas prévues par le code, elles correspondent selon Sedgwick à une grave violation de la « loi morale ». L'individu qui y contrevient sait donc que sa conduite est répréhensible et illégale. Qui plus est, ces infractions ont été omises délibérément du code³⁷⁰. Dans certains cas, il n'a pas été jugé souhaitable de souligner l'existence de crimes devenus désuets³⁷¹. À son avis, il est souhaitable que la common law puisse suppléer aux lacunes que comporteraient les incriminations du code³⁷². Il est également nécessaire qu'elle continue d'offrir des moyens de défense dans des cas imprévus :

[Traduction] Tous les esprits n'ont pas une confiance si absolue et une si haute opinion de leur capacité de sorte qu'ils croient pouvoir affirmer sans risque que la formulation des règles concernant les excuses ou les justifications est à ce point complète que l'exclusion de la common law est justifiée³⁷³.

Sedgwick souligne également qu'en règle générale, le code n'avait pas pour objectif de modifier l'état du droit en vigueur³⁷⁴. Mis à part quelques erreurs de rédaction, il conclut que les critiques du juge ne sont pas fondées.

Comme chacun sait, après l'entrée en vigueur du code, la common law continue de jouer un rôle fondamental en droit pénal canadien. Elle peut être une source d'infractions, indépendamment de toute loi³⁷⁵. En 1950, la Cour suprême du Canada déclare que seul le Parlement peut créer de nouvelles incriminations, par opposition à celles qui sont déjà reconnues par la common law³⁷⁶. À l'occasion de la révision du Code, en 1954, le législateur reformule l'article 5 du code de 1892; il abroge les infractions prévues par des lois britanniques ou par des lois antérieures à l'entrée d'une province ou d'un territoire dans la Confédération canadienne, en plus des lois impériales qui visent expressément les possessions britanniques. Il abroge également les infractions prévues par la common law, à l'exception du « pouvoir [...] d'imposer une peine pour outrage au tribunal »; cette disposition est devenue l'article 9 du code actuel. Par ailleurs, les règles de common law qui constituent une justification, une excuse ou un moyen de défense demeurent en vigueur³⁷⁷.

La définition de l'expression « moyen de défense » a donné lieu à une controverse. Suffit-il que l'accusé mette de l'avant une qualification des faits conduisant à un acquittement pour que l'on puisse parler de défense? Ou faut-il qu'il invoque un principe qui soit distinct des éléments constitutifs de l'infraction, soit l'*actus reus* ou la *mens rea*³⁷⁸? La question s'est

posée avec acuité dans l'affaire *Jobidon*³⁷⁹. L'article 265 (1) dispose qu'il y a voies de fait si l'accusé use de la force sans le consentement du plaignant, sans définir ce concept; l'article 265 (3) précise que le consentement n'est pas valide dans un certain nombre de cas, sans mentionner les combats à mains nues. Les juges majoritaires décident que, dans cette hypothèse, le consentement n'est pas valide si les participants ont l'intention de s'infliger des blessures.

L'opinion majoritaire, rédigée par le juge Gonthier, voit dans l'absence de consentement un moyen de défense, même s'il s'agit d'un élément de l'*actus reus* qui doit être prouvé hors de tout doute raisonnable par la poursuite³⁸⁰. Si l'on retient cette dernière hypothèse, il demeure possible de recourir aux principes de common law pour décider si le terme « consentement » est limité par l'intérêt public; en énumérant des exceptions à l'article 265 (3) C.cr., le législateur n'a pas manifesté clairement sa volonté d'écarter la common law sur cette question³⁸¹. Dans son opinion minoritaire, le juge Sopinka soutient qu'en exigeant pas la preuve de l'absence de consentement, contrairement au texte du code, l'opinion majoritaire crée une infraction qui découle uniquement de la common law, ce qui est interdit par l'article 9 a) C.cr. En outre, elle fait peu de cas de « l'importance de la certitude dans la détermination des comportements qui constituent une infraction criminelle », ce qui constitue la raison d'être de la codification³⁸².

Cette affaire met en lumière le rôle particulier de la loi dans un système de common law. Le code peut toujours être complété par des principes de common law qui n'entretiennent aucun lien avec le texte de ses dispositions. Dans un système civiliste, les dispositions expresses du code peuvent constituer des cas d'application d'un principe plus général auquel les juges acceptent de donner effet³⁸³. À cet égard, l'arrêt *Jobidon* est à la croisée des chemins. En effet, l'article 265 (3) ne précise pas que la liste des cas d'invalidité du consentement qu'il énumère est exhaustive. Il est donc possible de tenter de trouver un dénominateur commun à ces exceptions - c'est la méthode civiliste - ou de délaisser le texte pour analyser les règles de common law antérieures à son adoption, quitte à reconnaître une exception qui n'a pas été prévue par le législateur³⁸⁴. Le juge Gonthier semble combiner ces deux méthodes³⁸⁵.

Il existe toutefois un autre tendance jurisprudentielle : certains arrêts ont conclu que la formulation du code écarte les principes de common law et constituent en quelque sorte un nouveau départ³⁸⁶. Dans ce contexte, le terme anglais *codification* peut désigner l'opération qui consiste à transformer une règle de common law en une disposition législative; elle s'oppose alors à une modification de l'état du droit. En français, le terme *codification* englobe simultanément l'énonciation et l'amélioration des règles suivies dans un domaine donné; il peut difficilement être employé lorsqu'il est question d'un seul article.

La Cour suprême a également eu à se pencher sur la règle de common law qui permet aux tribunaux d'imposer des sanctions pour outrage criminel; ce pouvoir est expressément préservé par l'article 9 du code actuel. Il y a outrage criminel lorsque le refus d'une personne de se conformer à une ordonnance d'un tribunal constitue un défi public à l'autorité de celui-ci (*public defiance*). Dans cette hypothèse, il n'y a pas de limites à la peine qui peut être imposée. Par contre, le simple fait de contrevenir à une telle ordonnance constitue un outrage civil; dans ce cas, la peine encourue est fixée par les lois provinciales.

En 1992, un tribunal entérine une ordonnance interdisant à un syndicat d'infirmières albertaines de faire la grève. Les syndiqués passent outre et deux condamnations pour outrage criminel sont prononcées; des amendes de 250 000 \$ et de 150 000 \$ sont imposées, par opposition à la somme maximale de 1 000 \$ prévu par la loi provinciale. La Cour d'appel de l'Alberta confirme ces décisions.

Devant la Cour suprême, le syndicat invoque « le principe selon lequel tous les crimes et toutes les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance ». Seuls les juges majoritaires se prononcent sur cette question. À leur avis, « une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe ». Deux motifs sont invoqués au soutien de cette affirmation : pendant des siècles, les crimes de common law n'étaient pas perçus comme une violation de cette règle; en outre, il faut parfois avoir recours à la common law pour déterminer la portée des crimes codifiés. En somme, à elle seule, l'absence de codification n'est pas fatale, car la common law a joué et continue de jouer un rôle important en droit pénal³⁸⁷. C'est faire peu de cas des nombreux juristes anglais ou canadiens qui, dès le XIX^e siècle, ont critiqué le caractère arbitraire des incriminations découlant de la common law. Si son corps embaumé n'était pas conservé précieusement par le *University College* de Londres, Jeremy Bentham se serait retourné dans sa tombe ...

La conclusion de la Cour est cependant justifiée par l'article 11 g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux termes de cette disposition, une déclaration de culpabilité ne saurait être fondée sur une action ou une omission « [...] qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »³⁸⁸. Il s'ensuit qu'une infraction peut découler uniquement de la common law, puisque celle-ci fait partie du « droit interne du Canada », et n'a pas à être prévue par un texte de loi³⁸⁹.

En ce qui concerne l'imprécision, l'outrage criminel exige que l'accusé viole une ordonnance en ayant conscience du fait que cette désobéissance publique contribue à miner l'autorité de la cour³⁹⁰. L'outrage criminel ne serait donc « ni vague ni arbitraire ». Il serait possible de prédire à l'avance si un comportement constitue une telle violation³⁹¹. En matière d'outrage au tribunal, la zone de risque dont parlait le juge Gonthier dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceuticals* est certes très étendue. Dans l'ensemble, la jurisprudence de la cour a clairement reconnu qu'une incrimination peut être prévue uniquement par la common law, comme dans le cas de l'outrage criminel. La portée d'un élément constitutif de l'infraction peut également être étendue par la common law. Le code criminel apparaît ainsi comme un recueil de principes dont la common law peut moduler la portée en fonction des circonstances, comme la jurisprudence peut le faire dans un système de droit codifié.

(b) Vers une recodification du droit pénal canadien?

De nos jours, la phraséologie et l'organisation du code actuel, qui est hérité du texte de 1892, sont très largement décriées³⁹². Cela résulte en partie des nombreuses modifications effectuées pendant un siècle, qui prennent dès le départ une orientation répressive marquée³⁹³. Les francophones sont d'ailleurs proportionnellement moins

nombreux à réclamer des amendements après l'adoption du code³⁹⁴. Outre le législateur, la jurisprudence continue de jouer un rôle fondamental en droit pénal canadien, mais elle augmente sans aucun doute sa complexité. Dans ces conditions, plus personne ne soutient que la codification a paralysé l'évolution du droit.

Qu'en est-il du projet de recodifier le droit pénal canadien? On sait que la Commission de réforme du droit du Canada a préparé un projet de code³⁹⁵ dans l'espoir de rendre le droit pénal plus accessible, plus clair et plus cohérent³⁹⁶. Le Parlement n'a pas donné suite à ce projet, pour des motifs complexes³⁹⁷. Sans discuter de ses mérites, on peut se demander s'il y a eu au Canada une hostilité semblable à celle qui s'est manifestée en Angleterre au XIX^e siècle³⁹⁸. Notons que pour certaines juristes féministes, le droit pénal est trop peu sensible aux problèmes vécus par les femmes pour qu'il soit opportun de le recodifier³⁹⁹.

L'idée d'inclure une définition des principaux moyens de défense suscite parfois des réactions déconcertantes. On répète à l'envie le mot de Portalis « *Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre* »⁴⁰⁰, sans mentionner l'importance fondamentale de la jurisprudence dans un système de droit codifié. Celle-ci joue pourtant un rôle essentiel en droit pénal français. Ainsi, en ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, le code français de 1810 et le code canadien de 1892 sont tout aussi lacunaires. Pourtant, les juges ont développé des règles à ce sujet.⁴⁰¹ Il en va de même pour la défense de nécessité. En Angleterre, Stephen a voulu l'inclure dans son code, mais ses collègues s'y sont opposé⁴⁰²; le *Code criminel* ne prévoit donc rien à ce sujet. En France, le Code pénal de 1810, qui est tout aussi silencieux sur la question, prévoit au surplus que « toute excuse ou mitigation de la peine doit être expressément prévue par la loi ». Pourtant les juges français et canadiens ont reconnu l'existence de cette défense⁴⁰³.

Au Canada, il serait peut-être inconstitutionnel d'interdire la reconnaissance de moyens de défense que le code n'aurait pas prévus⁴⁰⁴. Il est en effet très risqué d'établir une liste exhaustive des moyens de défense⁴⁰⁵. Cela ne change rien au fait qu'il serait avantageux de codifier ceux qui sont déjà reconnus en jurisprudence, en privilégiant les formules générales susceptibles d'englober un très grand nombre de cas. À cet égard, peut-on dire que le recours à des standards « vagues » se fait aux dépens de la complétude et de l'accessibilité et qu'il aurait été souhaitable de fournir davantage de précisions dans le projet de la Commission de réforme du droit du Canada, afin de limiter le recours à d'autres sources⁴⁰⁶? Oui, si l'on croit que le lecteur ou la lectrice doivent avoir une information aussi détaillée que possible; non, si l'on pense qu'une indication générale, sous forme de principe, est parfois préférable, quitte à laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de préciser son champ d'application⁴⁰⁷. Il ne va pas de soi que les non-juristes souhaitent avoir accès à l'ensemble du droit pénal, si tant est que cela soit possible pour les spécialistes eux-mêmes.

Les principaux utilisateurs du code sont les juristes et, dans une moindre mesure, les forces de l'ordre. Pour ces personnes, la lisibilité du texte de loi est un avantage non négligeable, même si la jurisprudence et la doctrine jouent un rôle essentiel. Les non-juristes y trouvent également leur compte, par exemple s'ils font partie d'un jury ou souhaitent se renseigner eux-mêmes. Dans cette dernière hypothèse, un principe général

codifié représente toujours un point de départ utile; en outre, un code dont le plan et les dispositions sont faciles à appréhender peut, dans certains cas, fournir rapidement une réponse. Même si elle ne se produit pas fréquemment, une telle démarche est légitime. Il serait désespérant de renoncer à s'en préoccuper.

V. Conclusion

La perception qu'ont les juristes du phénomène de la codification diffère selon le système dans lequel ils oeuvrent. En droit civil, la jurisprudence joue un rôle fondamental aussi bien dans la mise en oeuvre des principes généraux du code que dans la création de solutions lorsque des cas imprévus se présentent. Telle est la conception de Portalis, qui a été reprise en droit pénal français, sous réserve du fait que les incriminations doivent être prévues par un texte de loi. En Angleterre, les juristes ont longtemps adhéré à la conception de Bentham, qu'ils l'aient combattue ou approuvée. Dans cette perspective, la codification a pour but d'éliminer ou de restreindre considérablement la discrétion judiciaire, tout comme la loi dans le système de common law. Il devient alors nécessaire d'énumérer en détail les situations visées par le législateur. Dans une certaine mesure, le projet rédigé par Stephen en 1878 s'éloigne de ce modèle, mais on sait qu'il ne fut pas adopté par le Parlement. Au Canada, l'idée de codifier le droit pénal a été accueillie favorablement par les civilistes du Québec, qu'ils aient été anglophones ou francophones. Il en est allé de même pour la majeure partie des juristes ontariens et canadiens, qui ont peut-être cherché par là à promouvoir le sentiment d'identité canadienne.

Ainsi, à la fin du XIX^e siècle, des membres influents du gouvernement canadien adhèrent à la philosophie des codificateurs anglais. Le *Code criminel* de 1892 qui résulte de leurs activités conserve une large place à la jurisprudence, dont le rôle est quelque peu restreint en 1954, alors que les infractions de common law sont abrogées. Si l'on examine le Code pénal français de 1810, le traitement sommaire que le code canadien réserve aux moyens de défense ne détonne pas. En revanche, à la fin du XX^e siècle, cette lacune paraît anormale dans le monde occidental; elle se justifie difficilement quand on sait qu'aux États-Unis, de nombreux États se sont dotés d'un code pénal plus complet⁴⁰⁸. Certes, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il n'existe aucune obligation de codifier. Il est également vrai que les juges chargés d'interpréter un nouveau code feraient encore appel à certains concepts de common law, dans la mesure où ceux-ci ne seraient pas contredit par le nouveau texte. Sans faire disparaître la jurisprudence ou les problèmes d'interprétation, la recodification présenterait, au minimum, l'avantage de simplifier la tâche des individus qui doivent connaître le droit pénal.

En 1975, le juge Pigeon critiquait les changements apportés au *Code criminel* par les rédacteurs des *Statuts révisés du Canada* de 1906. Ses propos n'ont rien perdu de leur actualité :