Les certitudes du droit

Certainty and the Law

Sous la direction de
Ejan Mackaay
Editor

Les Éditions Thémis

Université de Montréal
Faculté de droit
Centre de recherche
en droit public

La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif)

André Jodouin*

Introduction 117

I. Les vices dans la production des normes pénales 117

A. L'incurie du Parlement 118

1. Les lacunes de la première codification 118
2. L'échec de la réforme 122
3. La législation par réaction 129

B. Le zèle des tribunaux 132

1. L'évolution du rôle créateur de normes 132
2. L'évolution des justifications du pouvoir de créer des normes 135
3. Les tribunaux et la règle des trois unités 136

II. Les tares congénitales des normes répressives : l'obscurité et les légitimations artificielles 139

A. Obscurité et légitimité 140

1. Un cas de figure : la *mens rea* 140
2. L'obscurité et ses séquelles 144

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, section de droit civil.

B. Les légitimations artificielles 145
1. Légitimation et motifs surabondants 145
2. Légitimation et préambules 146

Conclusion 149

Cette réflexion sur la légitimité des sources du droit pénal présente deux séries de constatations, d'abord que la production des normes pénales au Canada est entachée de vices systémiques qui mettent en cause sa légitimité. Ensuite que les normes produites par ce système sont tarées : elles sont obscures et les producteurs de normes ont recours à des moyens artificiels pour atteindre une légitimité qui ne s'impose pas d'elle-même.

I. Les vices dans la production des normes pénales

On raconte qu'à la cour de Louis XV, un marquis, rentrant inopinément dans ses appartements, y trouve sa marquise en flagrant délit avec un prélat de la cour. Sans sourciller, le marquis se rend à la fenêtre, l'ouvre toute grande et, se penchant dehors, se met à esquisser de grands gestes de bénédiction. L'évêque, interrompant ses coupables ébats, lui demande le sens de son manège. «Monseigneur», répond le marquis, «puisque vous vous chargez de remplir mes devoirs, je prends sur moi de m'acquitter des vôtres».

On retrouve une situation analogue parmi les producteurs de la norme pénale au Canada, mais l'étonnement produit n'est pas source d'hilarité. Par un curieux renversement des rôles, le Parlement semble avoir abandonné aux tribunaux le choix des grandes orientations du droit pour se contenter de fonctions plus modestes et ponctuelles. De leur côté, les tribunaux (en clair, la Cour suprême) se sont affranchis des limites que leur imposait la tradition de la common law et s'adonnent allègrement et sans détours à des activités qui relevaient naguère des législatures. Ces espèces de saturnales juridiques posent de graves problèmes sur le plan de la légitimité des normes.

Dans notre système, la production des règles juridiques relève du Parlement et des tribunaux, notamment de la Cour suprême. Une bonne partie des difficultés actuelles résultent d'un mauvais partage des responsabilités entre ces deux producteurs. Le Parlement ne légifère pas comme il devrait le faire, en dessinant les grandes orientations de la politique criminelle et en proposant aux exécutants des principes généraux aptes à guider l'exercice de leurs pouvoirs

d'application. Trop souvent, l'activité législative n'est que réactive : le Parlement réagit à l'opinion publique, aux interprétations que font les tribunaux de la Charte, aux pressions des groupes consacrés à la défense d'intérêts divers.

De leur côté, les tribunaux vont tenter de combler les lacunes de la dogmatique pénale. Alors que leur structure et leur méthode de travail conviennent particulièrement bien à l'interprétation et à l'application des normes, ils s'adonnent de plus en plus énergiquement à les créer.

Il faut dire que le manque d'initiative du Parlement est singulièrement conforté par les habitudes intellectuelles de la tradition juridique dominante au Canada, celles de la common law. Dans ce système, les principes généraux du droit pénal sont beaucoup plus le résultat d'une élaboration progressive par les tribunaux que l'effet d'une politique législative expresse. C'est ce qui ressort de l'histoire du droit pénal anglais; c'est de cette histoire que le droit pénal canadien est tributaire et le laconisme de la mère des parlements a donné naissance à l'incurie du nôtre. Au départ, le Parlement canadien est l'héritier de la tradition juridique dominante.

A. L'incurie du Parlement

1. Les lacunes de la première codification

Le premier *Code criminel* du Canada s'est fondé sur plusieurs modèles, notamment le *Digest* de Stephen[1], celui de Burbidge[2] (adapté du premier, avec la permission de l'auteur) et le projet de Code criminel de la Commission royale impériale[3] présenté, mais sans succès, au Parlement britannique. Dans toutes ces sources, l'influence de Stephen prédomine; il n'est donc pas inutile d'examiner la conception de la

1 James Fitzjames STEPHEN, *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, Londres, Macmillan, 1877.

2 George Wheelock BURBIDGE, *A Digest of Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*, Toronto, Carswell, 1890.

3 *The Criminal Code Indictable Offences Bill*, 1878.

codification qui ressort de son oeuvre. Or, cet examen révèle que Stephen avait une vue tronquée de ce qui constitue un code[4].

Ainsi, l'ouvrage charnière qui sert de modèle au projet anglais de codification (et partant, avec les aménagements qui se sont imposés, au nôtre) contient intentionnellement des lacunes :

> *Chapter II., [sic] entitled «General Exceptions», intentionally omits an examination of certain legal doctrines, too vague to be thrown into the form of propositions* [...]. *I have said nothing as to the doctrine of intention, as to the sense of the word «malice», or as to the maxim «Non est reus nisi mens sit rea.» These topics will find a more appropriate place in a commentary on the law than in a statement of the law itself* [...].[5]

Selon Stephen, la codification du droit criminel «*when fully understood, means only its reduction to an explicit systematic shape, and the removal of the technicalities and other defects by which it is disfigured*»[6]. Le code qu'il propose correspond donc au type de codification «palliative», destinée, «au premier chef, à atténuer les maux engendrés par le désordre

---

4 Ceci ne veut pas dire que le projet de codification de Stephen et l'adaptation qui en a été faite par les réformateurs canadiens ne représentaient pas un progrès énorme sur ce qui existait à l'époque. Le Code de 1892 a le mérite de faciliter la consultation des sources en ce qui concerne les définitions des infractions et la procédure criminelle. Cependant, en ce qui concerne l'énoncé des principes généraux du droit pénal, il est muet et ce mutisme semble avoir été voulu par Stephen. Voir Desmond H. BROWN, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, University of Toronto Press, 1989.

5 J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 1, p. xxix. Le chapitre III intitulé «General Exceptions», contient des dispositions visant la minorité pénale, l'aliénation mentale, la présomption que toute personne est saine d'esprit, l'ivresse, la présomption de contrainte en faveur de la femme mariée, la défense de contrainte, la défense fondée sur l'état de nécessité, l'ignorance de la loi et l'ignorance de fait.

6 James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, t. 3, Londres, Macmillan, 1883, p. 347.

et la surabondance des normes»[7]. Il ne révèle aucune volonté «organisatrice», dans la mesure où les principes généraux de la responsabilité pénale n'y sont pas exposés de façon systématique. Une partie intitulée «*Justification and excuse for acts which would be otherwise offences*»[8] aborde certaines défenses comme celles fondées sur la minorité pénale ou l'aliénation mentale, mais les conditions générales de la responsabilité demeurent implicites. Par contre, la possibilité pour les tribunaux d'appliquer les défenses de la common law à des situations nouvelles est expressément réservée[9].

Il est important de s'interroger sur les motifs de ce laconisme des modèles de notre première codification. Il s'agit en effet d'un choix délibéré des légistes de l'époque. Pour Stephen, il n'est pas souhaitable d'articuler les principes de la responsabilité en ce qui concerne «*the principles which declare what circumstances amount to a justification or excuse for doing what would be otherwise a crime, or at least would alter the quality of the crime*».

L'opposition de Stephen repose sans doute sur une conception de la règle de droit propre à la tradition juridique de common law. D'ailleurs, la conviction de l'auteur quant à la supériorité de son droit national s'est exprimée en d'autres lieux. Ainsi, on retrouve dans son *A History of the Criminal Law of England* les deux thèmes de la grandeur du droit anglais et de la misère des autres droits : le droit anglais

> *represents* [...] *the results of the labours of the most powerful legislature and the most authoritative body of judges known to history. In no other country in the world has a single legislature exercised without dispute and without rival the power of legislating over a compact and yet extensive nation for anything*

---

7 *Cf.* Alain François BISSON, *Aspects contemporains de la codification*, conférence publiée dans Ordre juridique et espace marchand, Actes des colloques Ottawa-Nantes, 1994-95, à paraître prochainement chez Wilson et Lafleur.

8 BRITISH PARLIAMENTARY PAPERS, *Royal Commission Select commitee and other reports on the Criminal Law with Procceedings Minutes of Evidence appendix and index 1847-79*, Shannon, Irish University Press Series.

9 *Id.*, Draft Code, art. 19.

> *approaching to so long a period as the parliament of England. In no other country has a small number of judges exercised over a country anything like so extensive and compact the undisputed power of interpreting written and declaring unwritten law, in a manner generally recognized as of conclusive authority* [...] ***Any code which was not founded upon and did not recognize these characteristics of the law of England would give up one of its most valuable characteristics.***[10]

À l'autorité morale et intellectuelle de ce système, on doit comparer le caractère facile et superficiel du droit des autres nations :

> *The generality of language which is characteristic of the foreign codes would be wholly unsuited to our own country, and it would necessitate the re-opening and fresh decision of a great number of points which existing decisions have settled. There is no doubt something attractive at first sight in broad and apparently plain enactments. Further acquaintance with the matter shows that such enactments are in reality nothing but simple and therefore descriptive descriptions of intricate subjects.*[11]

Le *Code criminel* du Canada, adopté en 1892 et entré en vigueur en 1893, reflète en très grande partie la conception de Stephen : même absence d'énoncés des principes généraux du droit, même recours à la voie judiciaire pour parfaire les excuses, justifications et défenses. Depuis son adoption, le Code a subi un certain nombre de changements et de mises à jour, notamment en 1955. Toutes les réformes ont été ponctuelles, visant soit une ou plusieurs infractions, soit une ou plusieurs règles de la partie générale : par exemple, la règle relative au seuil d'âge de la responsabilité pénale, ou la définition de l'ancienne aliénation mentale, devenue les «troubles mentaux».

---

10 J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 6, p. 355.

11 *Id.*, pp. 355 et 356.

2. L'échec de la réforme

L'adoption du *Code criminel* de 1892 représente un progrès quant à la situation antérieure et on ne peut vraiment blâmer le Parlement canadien d'avoir adopté une loi qui n'avait d'un code que le titre. Par contre, l'échec récent de la recodification ne mérite aucune indulgence. Les années 70 et 80 ont été marquées, en effet, par un mouvement de réforme du droit pénal. La Commission de réforme du droit, créée en 1971, s'était penchée sur l'état du droit pénal au Canada. Dans son troisième rapport au Parlement[12], la Commission avait proposé un vaste réaménagement de ce droit.

Sur le plan du fond, on proposait que le droit pénal n'intervienne que lorsqu'un comportement répréhensible enfreignait les valeurs fondamentales de la société. Ce principe de modération entraînait une restriction de la portée du pénal et une décriminalisation des comportements où la sanction pénale n'était pas à la fois nécessaire, efficace et appropriée. Il postulait la nécessité d'une revalorisation de la notion de faute personnelle, essentielle pour la légitimité morale de la sanction. Il limitait l'emploi du procès traditionnel et proposait la déjudiciarisation des cas moins graves. Il restreignait le recours à l'incarcération et recommandait «l'utilisation de sanctions plus créatrices et plus constructives»[13].

En ce qui concerne la législation pénale elle-même, la Commission, dès le départ, a affirmé la nécessité de sa rationalisation. Le Code est mal structuré, il ne contient pas de principes directeurs, il ne fait pas de distinction entre les infractions réglementaires et les crimes véritables. Il contient un excès de détails «qui brouille le message clair, simple et direct du Code»[14]. De là, la nécessité de légiférer[15].

En 1979, le gouvernement de l'époque a admis que le régime des modifications ponctuelles du Code avait donné lieu à

---

12 COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal. Rapport*, Ottawa, Information Canada, 1976.

13 *Id.*, p. 31.

14 *Id.*, p. 37.

15 *Id.*, p. 32.

une politique criminelle incohérente et inefficace; le ministre de la Justice a fait état de la nécessité d'une révision en profondeur du Code. La même année, les ministres provinciaux responsables de l'administration de la justice et le gouvernement fédéral sont convenus que cette révision du Code constituait une priorité législative. On a élaboré un plan d'action : recherche fondamentale, analyse et formulation de recommandations par la Commission de réforme, révision subséquente des recommandations par les ministères de la Justice et du Solliciteur général, et rédaction sous forme de projet de loi; ces deux étapes prévoyaient de vastes consultations avec les provinces, les barreaux, les associations de policiers et le public[16]. Enfin, le Parlement serait saisi du projet[17].

On connaît la suite : rapports de la Commission de réforme au Parlement, consultations, élaboration d'un livre blanc, proposition de modification de la Partie générale du Code. Le Canada, 100 ans après l'adoption et l'entrée en vigueur de son premier Code, allait enfin se doter d'une loi moderne, cohérente, claire : un véritable code.

Comme chacun le sait, le projet a fait long feu. La réforme en profondeur du code pénal a cessé d'être une priorité pour le gouvernement. Que s'est-il passé?

Plusieurs facteurs semblent avoir convergé pour contrer la réforme. Facteurs politiques, sans doute, au sens électoral du terme. Comme l'a écrit un auteur particulièrement bien placé pour connaître les aléas de la réforme,

> *il n'existe pas, il faut bien le reconnaître, de district électoral pour la réforme du droit criminel. Personne*

---

16 Il est bien évident que le processus adopté comportait un dédoublement des efforts, particulièrement quant à la consultation des intervenants non gouvernementaux. L'hypothèse du conflit de territoire entre la Commission et le ministère de la Justice est tout à fait plausible. Celle d'un sabotage du projet n'est pas non plus exclue.

17 Allen M. LINDEN, «Toward a New Criminal Code for Canada», dans Patrick FITZGERALD (dir.), *Crime, Justice and Codification — Essais à la mémoire de Jacques Fortin*, Toronto, Carswell, 1986, p. 164.

> *n'a encore été témoin de défilés sur la colline parlementaire pour réclamer, pancartes et slogans à l'appui, un nouveau* Code criminel *canadien.*[18]

Dans la mesure où le projet de recodification représente une amélioration de la juristique pénale, on voit mal, en effet, comment un gouvernement pourrait convaincre la population canadienne de la nécessité d'une telle réforme. L'*elegantia juris* ne semble pas figurer parmi les préoccupations les plus urgentes de la société canadienne[19].

La recodification s'est également heurtée à des obstacles institutionnels et méthodologiques. La Commission de réforme du droit était un organisme indépendant, relevant directement du Parlement du Canada. Or, la responsabilité de préparer la législation pénale revenait traditionnellement au ministère de la Justice. Le Ministère a insisté sur son obligation de reprendre le travail de la commission de réforme. Ainsi, dans le cadre de l'engagement du gouvernement de repenser le droit pénal, on a formé au ministère de la Justice un groupe de travail chargé d'étudier la situation dans le système de justice pénale de l'aliénation mentale (renommée «désordre mental» et éventuellement «troubles mentaux»). Le groupe de travail a produit un document de consultation et a entrepris des consultations auprès des ministères provinciaux, des autorités de la santé, des associations de police et de tous ceux que la question intéressait. Il en est résulté un vaste projet de loi sur le traitement par le système de justice pénale des personnes atteintes de troubles mentaux. La loi[20] a été adoptée en 1991,

---

18 Gilles LÉTOURNEAU, «Le Code criminel canadien ou la faillite du pouvoir législatif canadien», dans Josiah WOOD et Richard PECK (dir.), *100 Years of the Criminal Code — Essays Commemorating the Centenary of the Canadian Criminal Code*, Ottawa, Canadian Bar Association, 1993. L'honorable juge Létourneau est un ancien président de feu la Commission de réforme du droit du Canada.

19 À cet égard, on a raté l'occasion rêvée de lier le projet à un événement symbolique important : le centenaire de l'adoption (1992) ou de la mise en vigueur (1993) du premier *Code criminel*. Pour des raisons qui échappent à la logique, le chiffre 100 a un pouvoir d'entraînement qui équivaut quasiment à une dispense de preuve.

20 *Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1991, c. 34; *Cf.* pour l'historique de cette loi, Edwin A.

comme modification du *Code criminel.* La plupart de ses dispositions portent sur la procédure, encore que l'une d'entre elles modifie le verdict qui doit être rendu lorsqu'on détermine que l'accusé, au moment de la commission de l'infraction, était atteint de troubles mentaux. Ce n'est plus un verdict d'acquittement pour cause d'aliénation mentale, mais de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux[21]. Il s'agit donc d'une loi qui a des répercussions théoriques importantes pour la Partie générale du droit pénal.

On avait également entrepris, à l'époque même où la «réforme en profondeur» était engagée, une étude complète de la sanction pénale, sous l'angle de la détermination de la peine. La Commission Archambault, chargée de cette étude, a déposé en 1987 un rapport qui a inspiré d'importantes modifications, entrées en vigueur en 1994[22]. Pourtant, on voit mal comment on peut scinder la réforme des principes généraux de la responsabilité pénale de celle des peines, l'une étant logiquement tributaire de l'autre[23].

Parmi les causes de l'échec on peut compter, de plus, une certaine hostilité de la part de beaucoup de juristes canadiens à l'endroit de l'adoption d'une forme de droit perçue comme étrangère. En effet, on a pu constater que le principe même de la codification ne fait pas l'unanimité chez les professionnels du droit[24]. Ces résistances m'apparaissent, en

---

TOLLEFSON et Bernard STARKMAN, *Mental Disorder in Criminal Proceedings*, Scarborough, Carswell, 1993.

21 *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, modifié par L.R.C. (1985), c. 2 (1er supp.), art. 672.34.

22 La loi modificatrice n'a malheureusement pas repris certaines des recommandations les plus importantes de la Commission, notamment la réduction des peines maximales démesurées et l'adoption de «lignes directrices» destinées à éliminer les disparités dans les sentences imposées par les tribunaux. Néanmoins, la loi a articulé bon nombre de principes élaborés par la jurisprudence anglaise et canadienne.

23 Paul FAUCONNET, *La responsabilité : étude de sociologie,* Paris, Félix Alcan, 1920 : «Une théorie de la responsabilité supposerait une théorie des sanctions.» (p. 16).

24 Voir G. LÉTOURNEAU, *loc. cit.*, note 18, 84 : «[L']exercice de codification présuppose un engagement politique et doit pouvoir s'appuyer sur un consensus social. À cet égard, la résistance des juristes canadiens au principe même de la codification est déjà bien connue.»

partie, d'ordre culturel : la culture juridique dominante au Canada est celle de la common law. Or, traditionnellement, dans cette culture, le dispensateur du droit n'est pas le législateur, mais le juge. Le destinataire de la norme n'est pas le justiciable, mais l'avocat. On le voit bien dans la genèse du *Code criminel* canadien de 1892 : le point de départ du Code est un condensé des décisions judiciaires. On le voit, dans le rejet du projet de Code de la preuve de la Commission de réforme du droit. On le voit dans le style de rédaction de certaines lois, inintelligibles sauf pour certains spécialistes[25]. On le voit à de multiples indices, dans les réactions de la communauté juridique au projet de recodification[26].

---

25 Pour un exemple patent d'une loi qui ne s'adresse manifestement pas au public, voir la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19; la loi crée pourtant des infractions punissables de l'emprisonnement à perpétuité! On se demande si le manque de clarté de cette loi n'aurait pas des incidences constitutionnelles et si on ne pourrait dire, à l'instar de la déclaration que fait la Cour suprême au sujet de l'imprécision dans l'arrêt *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626 : «un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop obscures.»

26 Une des réactions les plus bizarres est celle de Brian Hogan dans A. M. LINDEN, *loc. cit.*, note 17, 67, où il écrit : «*By and large, as it seems to me, law reform agencies are confined to the reform of «lawyer's law». That is not a precise phrase, but it refers to the systematisation or codification of the criminal law, the law of contract, the law of tort and so on. Perhaps this is a laudable object but I do sometimes wonder if this is where the shoe is really pinching. Lawyers love debating what is, or what ought to be, the mens rea of murder but very few citizens ever find themselves charged with murder and fewer still find that their case exercises the minds of the judges on their supreme court. The shoe pinches, as it always does, down at street level where vastly more people find themselves stopped and questioned, or searched, or arrested. It has always seemed to me that law reform agencies should have designated police powers a first priority on their programme and relegated the reform of the substantive law of crime to a poor third.*»

Ces remarques paraissent assez saugrenues dans le cadre d'un ouvrage commémorant la mémoire de Jacques Fortin, un des principaux artisans du projet de code de la Commission de la réforme du droit du Canada. On remarquera, d'ailleurs, la conception des «codes» que semble évoquer l'auteur : la systématisation des *torts*, des contrats, du droit criminel. C'est, à peu de choses près, exactement la même conception que Stephen avait de la question.

Par ailleurs, l'auteur fait état d'un obstacle systémal considérable à l'établissement d'un véritable code : «*But while a code can supersede the common law, it cannot be supposed that it would ever oust the common law technique. We are unlikely ever to adopt the civil law approach to codes*

L'appartenance à une culture juridique a des conséquences politiques dans un pays comme le Canada où deux systèmes juridiques se côtoient. Si on peut qualifier le système juridique québécois de «mixte», ou de «hybride», on ne peut porter le même jugement sur le droit du reste du Canada, ce qui est à peu près normal, ni sur le droit fédéral, ce qui l'est moins. Le droit de source fédérale reste résolument rattaché à ses racines de common law; ainsi en est-il du droit pénal. Il en résulte que les juristes de formation civiliste n'auront de dialogue avec leurs homologues de common law qu'en acceptant un discours commun, celui de la common law[27]. Le projet de recodification de la Commission et, dans une moindre mesure, celui du Ministère auraient introduit un autre langage dans le discours juridique canadien, celui du système civiliste, avec ses énoncés de principe, son mode de rédaction concise, sa volonté de cohérence[28]. Le pari de la recodification n'était pas gagné au départ.

---

where the code is regarded as the authoritative, comprehensive and exclusive source of law. I would not claim for a moment that the common law technique is any better than that of civil law systems, but it is ***ours*** *and it works.*»

L'auteur est anglais, mais il me semble traduire des sentiments fréquemment exprimés au Canada. À noter, l'ineffable possessif *ours*, en italique dans le texte.

27 Jacques Fortin se plaisait d'ailleurs à répéter qu'un collègue ontarien l'avait qualifié de «*best common lawyer in Canada*»!

28 *Cf.* pour un exemple de résistance systémique fondée sur l'appartenance au système juridique dominant, Christopher NOWLIN, «Against a General Part of the Canadian *Criminal Code*», (1993) 27 U. *B. C. L. R.* 291, 296, 301 et 312. A. F. BISSON, *op. cit.*, note 7, impute charitablement les résistances de cet auteur «à l'air du temps»; il s'agit plus probablement d'une manifestation de l'ignorance endémique des *common lawyers* à l'endroit du système civiliste, sinon d'un réflexe de défense déclenché par la crainte d'être dépossédé du pouvoir que confèrent des connaissances ésotériques. Nowlin affirme que l'adoption d'une nouvelle partie générale aurait pour conséquence d'enchâsser dans le *Code criminel* des contre-valeurs telles la protection de la propriété et des droits sexuels des hommes («*male property rights, male sexual interests*»). L'auteur n'explique pas pourquoi ni comment ces contre-valeurs qu'il a découvertes dans le système actuel seraient renforcées par l'adoption d'un véritable code. Croit-il que la codification entraîne la rigidité des normes? Estime-t-il que les sociétés régies par des normes codifiées sont plus acharnées que les autres à défendre le patriarcat? Son traitement de l'argument selon lequel la clarté de la loi pénale favorise son appréhension par le public est d'ailleurs révélateur : «*If* [...] *public accessability [sic] to the criminal law is a genuine concern, then institutional barriers to*

Enfin, l'absence de volonté politique favorable à un changement en profondeur du droit pénal canadien peut aussi s'imputer au rejet de la philosophie de la modération qui a inspiré les travaux de la Commission de la réforme du droit. Le discours actuel sur la politique criminelle n'invoque plus ce principe. Au contraire, le discours politique reprend volontiers celui des médias qui, prétendument au nom de l'opinion publique, réclament un renforcement de la répression. Les associations pour la défense d'intérêts divers, depuis les droits des victimes jusqu'à ceux des animaux, en passant par les associations de policiers, tous réclament l'incrimination de comportements actuellement impunis ou l'aggravation des sanctions prévues pour des incriminations existantes[29]. Le phénomène est d'autant plus mystifiant que les statistiques criminelles révèlent plutôt une baisse qu'une augmentation de la criminalité.

En quoi la volonté répressive s'oppose-t-elle à l'élaboration de principes généraux légiférés? L'idéologie répressive a tendance à nier les distinctions morales sur lesquelles se fondent ces principes. Ainsi, Fauconnet définit les règles de la responsabilité comme

> *celles qui prescrivent comment doivent être choisis, à l'exclusion de tous autres, les sujets passifs d'une sanction et comment cette sanction doit être modifiée,*

---

understanding criminal legal theory and practice (such as academic preconditions for entering law school) would have been dismantled long ago.» C'est là que l'auteur révèle ses convictions inconscientes : le droit, le seul vrai, est un *lawyers' law.* Pour le comprendre, il faut avoir fait son cours de droit!

29 Parmi les comportements nouvellement érigés en infraction, on retrouve le «tourisme sexuel». À l'heure actuelle, le ministère de la Justice envisage d'augmenter les peines prévues pour l'infraction de cruauté envers les animaux. Cette infraction rend présentement son auteur passible d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 1000 $. La peine maximale passerait à 5 ans de pénitencier et 5000$ d'amende. On peut, sans être favorable à la promotion de la pédophilie ou insensible aux souffrances des animaux, douter que les moyens adoptés constituent la solution la plus efficace à ces problèmes.

> *dans sa grandeur ou dans sa nature, pour s'appliquer à ces patients, la modification pouvant aller jusqu'à l'annulation de la sanction.*[30]

Dans un système qui privilégie la répression, la seule mesure de la sévérité de la sanction est le préjudice que cause l'infraction, évalué généralement dans la perspective de la victime. Or, dans cette perspective, il n'y pas d'infraction triviale. Toutes les infractions sont graves; elles peuvent être *plus graves*, elles ne peuvent l'être moins. On constate cette tendance, par exemple, dans les revendications des groupes de victimes qui font de la sévérité de la peine l'étalon de la valeur que la société attache à leur personne : une peine qui tient compte de circonstances atténuantes dans le comportement de l'accusé est interprétée et dénoncée comme une négation des souffrances de la victime ou de son droit d'être protégée[31]. La tendance répressive va donc nier la pertinence des nuances qu'une théorie générale bien faite permet d'introduire dans le droit pénal[32].

3. La législation par réaction

Même si le gouvernement a ajourné *sine die* ses projets de codification, l'activité législative se poursuit allègrement. Cependant, au lieu de dominer les questions, au lieu de chercher

---

30 P. FAUCONNET, *op. cit.*, note 23, p. 11.

31 Voir, par exemple, la réaction de certains groupes de défense des intérêts des personnes handicapées à l'affaire *R.* c. *Latimer (R.W.)*, (1998) 172 Sask. R. 161; 185 W.A.C. 161. La récupération de la victime par l'idéologie répressive est un phénomène assez récent. Il ne faut pas oublier que l'établissement du droit pénal étatique a d'abord passé par la négation du droit de la victime de se faire justice à elle-même. L'actuel article 141 du *Code criminel* incriminant le fait de composer avec un acte criminel, est un rappel d'une vérité historique : l'action pénale appartient à la Couronne. À l'heure actuelle encore, même si le système répressif exploite abondamment l'image de la victime, elle ne lui accorde aucun pouvoir de décision quant à la poursuite pénale. *Cf.* pour une réflexion intéressante sur l'identification de la répression à la victime, Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1996, p. 96 et suiv., et Antoine GARAPON, *Bien juger*, coll. «Opus», Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 245 et suiv.

32 Le professeur Milsom soutient que le niveau de développement d'un droit se mesure à sa capacité d'appréhender le plus grand nombre possible de faits, S.F.C. MILSOM, «Law and Fact in Legal Development», (1967) 17 *U.T.L.J.* 1.

à structurer la matière pénale, au lieu de mettre en oeuvre une politique criminelle cohérente, le Parlement travaille à la pièce. En matière pénale, ce n'est plus le Parlement qui dirige; le Parlement suit. Si on cherche à qualifier l'activité législative depuis quelques années, l'idée qui vient inévitablement à l'esprit est que le Parlement réagit. Par un curieux retour des choses, le Parlement est comme un tribunal qui n'agit qu'après avoir été dûment saisi d'un cas particulier.

À quoi réagit-il? D'abord, aux faits divers. En Saskatchewan, un homme est acquitté d'un homicide parce que sa victime n'est pas décédée dans l'an et le jour qui a suivi l'agression. La ministre de la Justice n'a eu de cesse qu'elle n'eût présenté au Parlement du Canada une modification pour corriger cet anachronisme. Pourquoi un anachronisme? Parce que la règle était prétendument justifiée par l'incapacité de la science d'autrefois d'établir avec suffisamment de certitude qu'un décès survenu après ce délai avait bien été causé par l'acte délictueux[33]. Notons par ailleurs la règle générale selon laquelle les actes criminels sont imprescriptibles. Pourquoi? Parce que les poursuites criminelles étaient des actions royales et, comme chacun le sait, «*tempus non occurrit regi*». Pourtant, personne ne songe à remettre en question le principe de l'imprescriptibilité des actes criminels. Y-a-t-il des bons anachronismes et des mauvais?

Un autre exemple est la réaction du Parlement aux rivalités meurtrières des gangs à Montréal, lorsqu'un enfant est mort dans une explosion destinée à des membres d'un gang rival. Le Parlement a modifié le *Code criminel* par une loi qui range parmi les meurtres au premier degré ceux qui sont commis au moyen d'explosifs. Le préambule de la loi rappelle les faits divers qui l'ont inspirée : «Attendu [...] que l'usage de la violence par les gangs a tué ou blessé plusieurs personnes, *dont certaines sont des victimes innocentes* [...]»[34] [!]

---

33 GREAT BRITAIN LAW COMMISSION, *The Year and a Day Rule in Homicide*, London, Consultation paper, 1994, n° 136. La sollicitude du droit pour l'accusé, victime de l'imprécision de la science est une explication suspecte quand on sait que l'infraction de sorcellerie faisait l'objet de poursuites criminelles à cette époque.

34 *Loi modifiant le Code criminel (gangs) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1997, c. 23 (je souligne).

Il réagit aussi aux mouvements de l'opinion. Ainsi, le Canada s'est doté en 1997[35] d'une infraction de tourisme sexuel. Par la même occasion, il a incriminé spécifiquement l'excision. Le préambule de la loi modificatrice fait état des préoccupations du Canada à l'égard de la violence infligée aux femmes et de l'exploitation sexuelle des enfants. Il mentionne que l'action législative est en harmonie avec les obligations internationales du pays dans ces domaines.

Il réagit aussi beaucoup à la jurisprudence constitutionnelle. Si la Cour suprême déclare inconstitutionnelle une disposition du Code limitant le contre-interrogatoire des victimes d'agression sexuelle[36], le Parlement réplique en modifiant les conditions de la défense d'erreur quant au consentement[37]. Si la Cour suprême juge que la défense d'ivresse extrême peut être invoquée à l'encontre d'une accusation d'agression sexuelle[38], le gouvernement propose au Parlement le Projet de loi C-33[39]; le ministre qui le présente annonce fièrement : «C'est la réponse du gouvernement et du Parlement au jugement *Daviault* de la Cour suprême du Canada.»[40]

Notons que la majeure partie des réactions du Parlement vont dans le sens d'un renforcement de la répression. À cet égard, on semble considérer la Charte canadienne comme un

---

35 *Loi modifiant le Code criminel (prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilation d'organes génitaux féminins)*, L.C. 1997, c. 16.

36 *R.* c. *Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

37 *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38.

38 *R.* c. *Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

39 Devenu l'article 33.1 du *Code criminel*, précité, note 21. La loi modificatrice, *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)*, L.C. 1995, c. 32, contient un préambule qui, il va de soi, ne fait pas partie du Code. Le procédé est assez curieux et, me semble-t-il, assez contestable dans la mesure où un code a pour but de réunir et de rendre accessibles les diverses sources de droit. Chaque fois que l'on utilise ce procédé, le Code devient un peu moins complet et sa consultation de plus en plus insatisfaisante. Voilà une preuve de plus que le droit pénal canadien appartient à une tradition dans laquelle la norme s'adresse au *lawyer* plutôt qu'au justiciable.

40 Débats des Communes, 16 juin 1995. Au ministère de la Justice, on avait surnommé le projet de loi le «*in your face! amendment*».

empêchement de danser en rond : les *law officers* de sa Majesté qui défendent les projets ministériels devant les comités de la Chambre assurent les députés que leur projet est «*Charter risk-proof*», c'est-à-dire qu'il n'est pas susceptible de faire l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la part des tribunaux. Par ailleurs, on a l'impression, en lisant la législation récente, que les lois répressives tentent d'occuper tout l'espace constitutionnel disponible[41].

B. Le zèle des tribunaux

1. L'évolution du rôle créateur de normes

Peut-on croire que, de mémoire d'homme, il y a eu une époque où les juristes reprochaient aux tribunaux, et notamment à la Cour suprême, une excessive timidité dans la création judiciaires de normes? Pourtant, au début des années 60, bon nombre de professeurs et de praticiens pénalistes estimaient que la Cour suprême faisait montre d'une trop grande prudence à l'égard des sources de droit qui circonscrivaient son action. D'abord, la Cour ne prenait pas suffisamment ses distances vis-à-vis de la Chambre des lords, dont elle continuait à reconnaître le rôle prééminent d'oracle de la common law. Ensuite, elle ne tirait pas assez parti de la disposition du *Code criminel* qui maintenait en vigueur les défenses de common law. Enfin, au nom de la déférence constitutionnelle, elle hésitait à assumer tous les pouvoirs de contrôle des lois qu'une interprétation plus audacieuse de la *Déclaration canadienne des droits* aurait pu autoriser.

La situation s'est complètement renversée, au point où, maintenant, la Cour légifère sans détours. Bon nombre de facteurs ont contribué à cette révolution. D'abord, la *Loi constitutionnelle de 1982* qui affirme sans ambages l'inopérance des lois incompatibles avec les valeurs qu'elle protège. Il est clair que les nouveaux pouvoirs constitutionnels de la Cour lui ont montré une nouvelle voie et pas seulement en ce qui concerne l'interprétation de la Charte. En premier lieu, cette dernière déborde largement dans les autres disciplines du droit,

---

41 Voir à cet égard la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, précitée, note 24, qui évite, mais de justesse, les écueils sur lesquels l'ancienne *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1 s'était échouée.

notamment en droit pénal. Ensuite, l'exercice du pouvoir créateur dans un domaine où ce dernier est largement perçu comme légitime crée des habitudes de jugement qui persistent dans des domaines autres que le domaine constitutionnel[42].

Il ne faut pas oublier, non plus, que d'autres facteurs institutionnels ont joué pour transformer tant la perception qu'on a du rôle des tribunaux que les moyens à la disposition de ces derniers pour jouer un rôle plus actif. Depuis le début des années 70, les juges de la Cour suprême bénéficient de l'aide de secrétaires juridiques, de stagiaires.

Les stagiaires des juges n'ont sans doute pas, au Canada, l'influence idéologique que peuvent avoir leur homologues américains[43]. Néanmoins, à d'autres niveaux, de façon moins évidente et peut-être plus pernicieuse, cette influence peut être considérable[44]. Citons à cet égard un ancien stagiaire :

> *Because clerks are often responsible for the precise wording of judgments or portions of judgments, they have some influence over the «form» these judgments take. The first area in which this impact is felt is in the length of decisions. Unless given specific guidance* [...] *most clerks tend to write lengthy judgments* [...] *Second, clerks tend to have had their legal education* [...] *more influenced by law reviews* [...] *This academic style seeps into their approach to writing at the Court.*[45]

---

42 Voir Ian GREENE, Carl BAAR, Peter McCORMICK, George SZABLOSKI et Martin THOMAS, *Final Appeal*, Toronto, James Lorimier, 1998, p. 186. Les auteurs citent un juge de la Cour d'appel qui affirme : «*After the Charter gave the judges the right to strike down a statute, altering the common law was a piece of cake*». On ne peut s'empêcher de penser à la fable *Le chat et les deux moineaux*, Jean De La FONTAINE, *Fables*, vol. 2, coll. «Poésie», Livre 12e, 2e fable, Paris, Gallimard, 1974.

43 Encore que certains d'entre eux fassent état, dans leur curriculum vitæ, de jugements à la rédaction desquels ils ont participé de façon plus que mineure...

44 Voir Lorne SOSSIN, «The Sounds of Silence : Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada», (1996) 30 *U. B. C. L. R.* 278, 299 et suiv.

45 On pense à la critique que Milsom adressait à la jurisprudence anglaise : «*Longer judgments cite more cases to settle smaller questions less clearly.*» S.F.C. MILSOM, *loc. cit.*, note 33, 217.

Les stagiaires serviraient donc de courroie de transmission entre le monde universitaire et le pouvoir judiciaire.

Cette idée mérite qu'on s'y arrête. De quel monde universitaire s'agit-il? Bon nombre de professeurs canadiens ont fait leurs études aux États-Unis. Les principales orientations idéologiques que l'on constate dans le milieu universitaire canadien, qu'il s'agisse d'analyse économique, de théorie féministe, ou de *critical legal studies* ont été, en grande partie, articulées aux États-Unis. Même si les arrêts de la Cour suprême citent des Canadiens deux fois plus souvent que des Américains[46], la différence peut être plus apparente que réelle si l'auteur canadien formule les problèmes juridiques de la même façon que ses homologues américains[47].

En ce qui concerne le fond, certains des stagiaires sont «*result-oriented*» et croient que la Charte «*can accomplish policy ends*». Les stagiaires n'ont pas, selon Stossin, une «*significant and direct influence on the decisions of the Supreme Court*»; toutefois, «*in a variety of subtle and indirect ways, clerks affect the Court's decision-making process and the policy making that results*». L'auteur compare la Cour suprême «élargie» (c'est-à-dire juges et stagiaires confondus) au Cabinet du Premier ministre : les conseillers et techniciens qui entourent le Premier ministre contribuent à l'élaboration des grandes orientations du gouvernement, mais seul le Premier ministre en prend la responsabilité politique.

---

46 Voir I. GREENE, C. BAAR, P. McCORMICK, G. SZABLOSKI et M. THOMAS, *op. cit.*, note 43, p. 150.

47 Pour un exemple frappant de ce phénomène, voir l'article de Carol ROGERSON «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter : the Examples of Overbreadth and Vagueness», dans Robert J. SHARPE (dir.), *Charter Ligitation*, Toronto, Butterworths, 1987, p. 258, abondamment cité par la Cour suprême dans l'arrêt *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 25. La Cour a adopté des règles différentes à l'égard de l'imprécision et de la portée excessive, néanmoins, elle a accepté de considérer ces problèmes constitutionnels dans la même perspective analytique que celle qu'ont adoptée la doctrine et la jurisprudence américaines. Ce faisant, on s'est distancé de la perspective européenne qui aurait posé le problème en termes de légalité, un concept plus approprié pour l'analyse des textes répressifs.

La redéfinition du rôle des tribunaux, jointe aux changements institutionnels qui ont modifié leurs habitudes de travail et leur mode de rédaction ont créé des problèmes de légitimité pour les normes judiciaires. Les initiés commencent à formuler des doutes. Ainsi en est-il de l'avocat qui prétend que la jurisprudence est devenue inintelligible, du juge qui déclare ne plus la lire, du professeur qui capitule devant la quasi impossibilité de l'enseigner. La grogne n'est pas encore la révolte, mais on constate une insatisfaction croissante à l'égard de la façon dont le droit se construit. Inévitablement, les interrogations se portent sur le rôle de la Cour suprême parce que, à l'heure actuelle, c'est elle qui est sans doute le plus prolifique des producteurs de normes et celui dont l'activité est la plus visible.

2. L'évolution des justifications du pouvoir de créer des normes

À quelle aune mesurer la légitimité des normes prétoriennes? Aucun texte constitutionnel ou légal ne fonde directement le pouvoir des juges de créer des règles de droit. On peut toutefois le déduire de certains textes constitutionnels[48], à titre de présomption d'intention législative et de certains textes de loi, comme la *Loi d'interprétation*[49]. Même sans support textuel, personne aujourd'hui ne met en doute le pouvoir des juges de créer des règles. Il est très important, toutefois, de tenter d'identifier le fondement théorique de ce pouvoir, afin d'en délimiter la légitimité. Or, l'examen du fondement de la croyance révèle une évolution dans les motifs que l'on allègue pour justifier le rôle de créateur de règles qu'assument de plus en plus ouvertement les tribunaux et notamment la Cour suprême.

Le fondement traditionnel du pouvoir est la nécessité inhérente à la fonction même de juger. Le juge qui tranche un litige invoque une règle pour justifier son jugement, pour démontrer que ce dernier n'est pas arbitraire. Pour la même raison, c'est-à-dire pour éviter l'arbitraire, la même règle est

---

48 Par exemple, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) prévoit l'inopérance des lois inconstitutionnelles. La déclaration d'inopérance est créatrice de droit.

49 *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21.

appliquée aux affaires subséquentes, à moins que ces dernières soient suffisamment différentes pour justifier un jugement différent. Quand il n'y a pas de règle établie, la nécessité de juger devient la nécessité de créer. Dans ce système, le jugement est le principal et la règle l'accessoire. La règle est un sous-produit du jugement. Il s'ensuit que la règle judiciaire ne sera légitime que dans la mesure où elle aura été nécessaire pour conduire le tribunal à son dispositif. C'est la norme qu'on peut appeler la norme décisionnelle.

La nécessité découlant de la fonction de juger est en voie d'être remplacée par une autre nécessité : celle, générale et abstraite, du besoin de règles. Les partisans de cette théorie font état d'une vie sociale de plus en plus complexe, d'acteurs sociaux déboussolés qui ne savent plus ce qui est défendu ou permis, voire de groupes de justiciables tenus à l'écart du pouvoir et, partant, incapables de bénéficier de la bienveillance du législateur. Parce que ce besoin de règles existe et parce que les instances législatives ne sont pas en mesure de le combler, les tribunaux doivent colmater la brèche et produire des règles. La norme judiciaire cesse d'être un sous-produit de la nécessité de juger et devient un aspect autonome de la fonction judiciaire[50]. Elle cesse d'être accessoire et devient une des raisons d'être du jugement. Selon cette conception, la règle judiciaire n'est plus rattachée à sa matrice factuelle. Elle relève du pouvoir que le juge dérive de sa désignation comme juge : c'est la norme charismatique.

3. Les tribunaux et la règle des trois unités

Le remplacement de la norme décisionnelle par une norme charismatique aura des conséquences importantes sur la façon dont on fait le droit. L'ancienne norme forçait le tribunal à respecter une sorte de règle judiciaire des trois unités : unité

---

50 Notons que cette conception de la création judiciaire de normes n'est pas rattachée à une tradition juridique plutôt qu'à une autre. Voir, notamment, Frédéric ZENATI, *Méthodes du droit — la jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991. On ne peut prétendre non plus que le *rule enrichment model* est typique de la common law. Il est même plutôt atypique puisqu'il rejette la discipline du *stare decisis* fondée sur l'analyse du jugement par le juge interprète et sur la possibilité pour ce dernier de distinguer entre l'*obiter dictum* et la *ratio decidendi*; voir Matthieu DEVINAT, «L'autorité des obiter dicta de la Cour suprême», (1998) 77 *R. du B. can.* 1.

de lieu, de temps, d'action. La décision était rendue dans un lieu prescrit, soit dans l'enceinte d'un tribunal. Le pouvoir judiciaire agissait à compter de l'introduction de l'instance jusqu'au jugement final, après quoi ses détenteurs étaient *functi officio.* La question à laquelle on devait répondre était celle qui avait donné lieu à la saisine du tribunal.

La norme charismatique élimine, à la rigueur, toute nécessité de respecter la règle des trois unités. Ces dernières n'ont plus leur raison d'être puisque l'autorité de la règle découle de la nécessité sociale de la produire et de la qualité du personnage qui la produit. Ainsi, en ce qui concerne le respect de l'unité de lieu, on pense tout de suite à l'affaire *Askov*[51], où un juge de la Cour suprême, lors d'un colloque juridique à Cambridge, se plaint publiquement que les tribunaux inférieurs ont mal compris l'interprétation que la Cour suprême a donnée à la disposition constitutionnelle garantissant la tenue d'un procès sans délai abusif.

À partir du moment où le juge Cory fait cette déclaration, y a-t-il un seul pénaliste au Canada qui croit vraiment que l'arrêt *Askov* fait encore autorité? Qu'on le veuille ou non, à compter de la conférence de presse de Cambridge, le droit est changé. De fait, la Cour suprême confirme elle-même cette perception par son arrêt *Morin*[52], rendu quelque temps plus tard.

Ce n'est pas le seul exemple. L'arrêt *Stillman*[53] de la Cour suprême a donné lieu à des interprétations divergentes de la part des tribunaux inférieurs. Le juge Cory, toujours aussi soucieux de clarté, a mis les pendules à l'heure dans une conférence prononcée à Halifax, où il a précisé le sens que la Cour suprême voulait donner à la règle dans l'arrêt *Stillman.* La Cour d'appel de l'Ontario se fonde sur cette glose, qu'elle qualifie de «*extra-judicial statement*», dans un jugement (*R.* c. *Lewis*)[54] qui applique l'arrêt *Stillman.* La Cour des Territoires du Yukon reprend l'explication donnée par le juge Cory en

51 *R.* c. *Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

52 *R.* c. *Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

53 *R.* c. *Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

54 *R.* c. *Lewis* (1998), 13 C.R. (5th) 34 (C.A. Ont.).

affirmant qu'il est légitime de le faire puisque la Cour d'appel de l'Ontario l'a maintenant incorporée dans une décision![55]

On note également des violations de la règle prescrivant l'unité de temps[56]. Ainsi, dans l'arrêt *Delaronde*[57], la Cour suprême rend une décision le 30 janvier 1997, rejetant un pourvoi d'une décision de la Cour d'appel du Québec. La Cour motive le rejet par un renvoi aux motifs du juge Otis de la Cour d'appel[58]. Mais, surprise! La note suivante apparaît au dossier : «L'addenda suivant du juge en chef Lamer a été déposé le 27 février 1997.» L'ajout en question précise la portée de l'adhésion de la Cour suprême à la décision de la Cour d'appel.

Dans la même veine, on retrouve la séquence des arrêts *Feeney* dont le premier introduit de nouvelles exigences de mandat en cas d'arrestation dans une maison d'habitation, le second accorde une «période transitoire» avant l'entrée en vigueur générale de cette règle (qui a pourtant bénéficié à Feeney), et le troisième, une prolongation du sursis d'exécution «jusqu'au 19 décembre 1997 ou jusqu'à la date de la sanction royale du projet de loi C-16...»[59].

Enfin, quant à l'unité d'action, on n'y pense même plus, depuis l'interprétation extravagante que les tribunaux (y compris la Cour suprême) ont donné à l'arrêt *Sellars*[60], les exemples abondent où les tribunaux statuent *ultra petita.* On a déjà pu prétendre que «*A case is only authority for what it really*

---

55 *R.* c. *Davies*, [1998] Y.J. no. 64.

56 Voir : Hugo CYR, «Développements constitutionnels au Canada en 1997 — chronique» [à paraître]. L'auteur commente deux tendances qu'il constate à l'heure actuelle dans la jurisprudence de la Cour suprême : l'usage de la suspension d'exécution et l'extension de la saisine.

57 *R.* c. *Delaronde*, [1997] 1 R.C.S. 213.

58 *R.* c. *Delaronde*, [1996] R.J.Q. 591 (C.A.).

59 *R.* c. *Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R.* c. *Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117; *R.* c. *Feeney*, [1997] 3 R.C.S. 1008. Que veut-on dire lorsqu'on parle de la suspension d'une règle prétorienne? Est-ce qu'on refuserait à un justiciable qui se trouve dans la même situation que Feeney le droit d'invoquer le même argument constitutionnel que lui? Comment concilier cette suspension avec la croyance naïve mais nécessaire à la légitimité que le droit s'applique également à tous?

60 *R.* c. *Sellars*, [1980] 1 R.C.S. 527.

decides»[61]; ce n'est plus la règle. Ainsi, dans l'affaire *Delaronde*, l'ajout du juge en chef porte sur «une question qui n'était pas en litige mais qui a été discutée devant notre Cour et qui pourrait éventuellement être soulevée dans une autre cause...»[62]. Comme on le voit, la manoeuvre avait pour but d'ajouter un *obiter*...

L'arrêt *Hibbert*[63] est sans doute l'un des exemples les plus notoires de cette tendance. La question en litige est la défense fondée sur la contrainte par menaces. L'arrêt déborde largement cette question pour s'interroger sur le fondement théorique de ce moyen de défense, ses rapports avec d'autres moyens de défense comme la légitime défense, et sur la possibilité que la contrainte et l'intention criminelle puissent coexister. Le jugement se penche longuement sur les modes de participation à l'infraction et propose une lecture pour le moins originale de l'article 21 du *Code criminel*. La jurisprudence subséquente s'est inspirée de cet aspect de la décision[64].

Comme on le voit, ni le Parlement ni les tribunaux ne jouent leur rôle traditionnel en matière de création de règles. Le Parlement refuse de prendre ses responsabilités à l'égard des grandes orientations du droit. Il se confine à un rôle passif où il réagit aux mouvements de l'opinion publique. La Cour suprême, quant à elle, rejette la discipline de la tradition. Elle occupe tout l'espace que l'incurie du Parlement lui concède.

II. Les tares congénitales des normes répressives : l'obscurité et les légitimations artificielles

Il ne faut pas se surprendre si les normes créées sans égards pour les règles qui devraient régir cette création présentent des tares congénitales. Sur le seul plan technique, le Parlement est mieux situé que les cours pour dessiner les

---

61 *London Street Tramways Co.* v. *London County Council*, [1898] A.C. 375 (H. L.).

62 *R.* c. *Delaronde*, précité, note 57, 214.

63 *R.* c. *Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

64 Voir *R.* c. *Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825.

grandes orientations du droit. Il dispose de ressources beaucoup plus abondantes. Ses méthodes de travail et la façon dont les questions lui sont présentées lui permettent, en théorie du moins, d'envisager une multiplicité de solutions, alors que les tribunaux éprouvent la double restriction de la saisine par l'accusation et la procédure contradictoire. Il a à son service des légistes expérimentés, capables de produire des règles claires, cohérentes, conformes à l'idéal de notre société. Les tribunaux n'ont pas ces avantages. Il est donc normal de s'attendre à ce que les règles fondamentales du système pénal soient produites par l'organisme législatif.

À cet égard, il ne faut pas oublier que c'est la procédure et la preuve pénales qui font l'orgueil de la common law et non la théorie générale de la responsabilité. Dans ces domaines intimement liés à la production du jugement, les tribunaux ont la compétence voulue. On ne peut dire, toutefois, que la théorie pénale produite dans le cadre des droits de la common law est une des réalisations marquantes de l'esprit humain. Le droit pénal général canadien méritait amplement les critiques que les partisans de la réforme lui adressaient dans les années 70 et 80; comme la réforme a fait long feu, on présume qu'il les mérite encore. De fait, la situation s'est aggravée, notamment parce que la mission confiée au pouvoir judiciaire par la Charte a accéléré le processus de création judiciaire des normes fondamentales du droit répressif.

A. Obscurité et légitimité

1. Un cas de figure : la *mens rea*

Les normes produites selon les modes que nous avons décrits ne sont ni cohérentes ni claires. Or, en matière répressive, l'absence de clarté est plus qu'un défaut de forme : c'est une violation du principe de la légalité, principe à la fois politique et moral[65]. Qui plus est, l'obscurité des normes crée une distance entre le droit et les justiciables.

---

65 Encore que l'arrêt *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 25, ait considérablement émasculé ce principe en réduisant les exigences de clarté en matière pénale au critère de la justiciabilité. Il demeure que dans un droit pénal fait pour les justiciables plutôt que pour les professionnels du droit, les gens devraient avoir une bonne idée des principes fondamentaux de la responsabilité pénale.

L'exemple le plus éloquent de l'obscurité des normes fondamentales du droit répressif est le phénomène de la *mens rea*. Je dis bien phénomène car la *mens rea* est bien plus qu'une simple notion juridique. Elle est à la fois un mécanisme organisateur des infractions pénales, un principe moral et un champ de bataille idéologique.

Pour ceux qui ne sont pas des adeptes du gai savoir qu'est le droit pénal, l'expression «*mens rea*» aurait été employée la première fois par Saint Augustin, au sujet du parjure : «*Lingua non facit ream, nisi sit mens rea.*» En d'autres termes, pour mentir, il faut vouloir tromper. En droit anglais, «*mens rea*» est le nom qu'on a donné à la composante psychologique de l'infraction pénale, composante qui confère en même temps à cette dernière une signification morale. Par exemple, la différence entre un accident et un crime réside dans l'intention de l'auteur de l'acte. De même, la différence entre un meurtre et la négligence criminelle causant la mort se situe dans l'esprit qui a animé l'acte : l'auteur du premier a fait exprès, l'auteur du second a manqué gravement à son devoir de prudence.

Les difficultés que soulève cette notion fort simple et fort utile viennent de ce qu'on lui fait jouer un rôle démesurément important dans la dogmatique pénale de la common law. Dans les droits de l'Europe continentale, les infractions pénales comportent une composante psychologique appelée «élément moral». Par ailleurs, dans ces systèmes, la responsabilité pénale fait aussi appel à d'autres notions, comme l'illicéité et le blâme, auxquelles se rapportent des moyens de défense classés sous les rubriques de la justification et de l'excuse. Par conséquent, l'analyse de l'élément moral de l'infraction n'est qu'une étape préliminaire de la démarche conduisant à établir la culpabilité criminelle.

Dans les droits issus de la common law, la *mens rea* est l'alpha et l'oméga de la dogmatique pénale. Traditionnellement, la plupart des défenses s'expriment en termes d'insuffisance de la preuve de la *mens rea*. Ainsi, l'*error factis*, la provocation ou l'ivresse ont leur fondement théorique dans cette notion. Même si le droit canadien connaît l'excuse et la justification, ces

notions n'ont ni l'importance théorique ni l'efficacité qu'elles prennent dans d'autres systèmes[66].

Pourquoi la *mens rea* est-elle surutilisée dans les systèmes dérivés de la common law? Tout simplement parce que, dans ces systèmes, le procès pénal est le cadre dans lequel le droit se fabrique. Les matériaux de cette fabrication sont l'accusation, la procédure et la preuve. La partie générale du droit pénal est quasiment embryonnaire en common law. L'analyse du libellé de l'infraction constitue le seul mécanisme permettant au tribunal de tenir compte des variations de la culpabilité morale de l'accusé. Le juge doit donc se rabattre sur la partie spéciale et tenter de dégager les règles générales de la responsabilité à partir de la définition des infractions.

C'est pour cette raison que les deux grandes problématiques du droit pénal anglo-canadien tournent autour de cette question. D'abord, dans quelle mesure la *mens rea* est-elle une composante de l'infraction, ensuite, quelle est la nature exacte de cette composante? Avant l'adoption de la Charte, en 1982, la *mens rea* et, partant, la possibilité d'invoquer une défense logée à son enseigne, repose ou bien sur le libellé de l'infraction, ou bien sur le postulat qu'elle était voulue par le législateur. Ensuite, il s'agit de déterminer en quoi la *mens rea* consiste. S'agit-il du dol ou de la faute? Quelle gradation exacte de l'intention, de l'insouciance ou de la négligence la Couronne doit-elle prouver? L'infraction exige-t-elle la connaissance ou l'aveuglement volontaire, ce qui permet la défense d'erreur pourvu qu'elle soit sincère, ou la *mens rea* en est-elle une d'imprudence, auquel cas l'erreur, en plus d'être sincère doit être raisonnable. Mais attention! Il pourrait s'agir d'une infraction de responsabilité stricte, qui dispense le ministère public de la preuve de l'élément moral, tout en permettant l'exonération de l'accusé si ce dernier arrive à prouver par prépondérance qu'il a fait diligence.

L'adoption de la Charte a fait de la *mens rea* une exigence constitutionnelle. La situation est-elle plus simple? Depuis les premiers arrêts qui ont classé l'exigence de la *mens rea* parmi les principes de justice fondamentale, la Cour

---

66 La Cour suprême du Canada a tenté d'élucider ces catégories théoriques : voir *R.* c. *Perka*, [1984] 2 R.C.S. 232 et *R.* c. *Hibbert*, précité, note 63.

suprême a tellement multiplié les règles d'interprétation qu'Occam aurait plutôt besoin d'une faux que d'un rasoir pour y mettre de l'ordre. Ainsi, l'infraction exige-t-elle qu'on prouve une *mens rea* de prévisibilité subjective ou simplement la *mens rea* minimale? Seules les infractions comportant des stigmates particulières exigent, constitutionnellement, une *mens rea* plus que minimale. Quelles sont les infractions suffisamment stigmatisantes? Le meurtre et la tentative de meurtre, certes, et peut-être le vol, mais pas l'agression sexuelle, qui entraîne «un important degré d'opprobre moral», mais dont les stigmates n'ont pas le même effet constitutionnel. Pour ces infractions insuffisamment stigmatisantes, une *mens rea* de prévisibilité objective suffit, encore qu'il pourrait toujours s'agir d'un «critère objectif modifié». Qu'est-ce qu'un «critère objectif modifié»? Le juge en chef, dans l'arrêt *Creighton*, en propose une définition, légèrement différente de celle de madame McLachlin, dans le même arrêt[67].

À ce foisonnement de distinctions et de subtilités, qui serait moins déplacé dans des textes de doctrine (qu'on peut à la rigueur ignorer), que dans des arrêts qui constituent des sources de droit, on peut opposer la solution élégante et nuancée du Code pénal français dont l'article 121-3 énonce :

> *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.*
>
> *Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.*
>
> *Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.*

L'article du Code pénal français liquide élégamment en trois phrases un contentieux qu'entretient depuis plus de 100 ans la jurisprudence anglo-canadienne.

---

67 *R.* c. *Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

2. L'obscurité et ses séquelles

Quelle est la signification de cette obscurité pour la légitimité de la loi pénale?

En premier lieu, elle occulte les bases de la responsabilité pénale. Le principe selon lequel on ne doit pas punir un innocent, c'est-à-dire celui qui n'a pas volontairement mal agi, ne transparaît pas à travers les décisions judiciaires, essentiellement fondées sur une vision analytique des infractions criminelles. Par exemple, la règle selon laquelle un acteur ivre est considéré irresponsable si l'infraction dont on l'accuse en est une «d'intention spécifique» est inintelligible pour la plupart des juristes, ne parlons pas du grand public. On peut dire la même chose de la règle concernant l'ivresse extrême; la réaction du public à la décision *Daviault*, à peu près universellement hostile, paraît symptomatique d'une incompréhension profonde. L'incompréhension entraîne l'indignation et c'est moins la norme elle-même que l'impossibilité pour ses producteurs de la justifier qui cause scandale.

Ensuite, l'obscurité de la norme rend nécessaire des explications qui, sous prétexte d'éclairer, génèrent des quantités d'énoncés théoriques; or, ces énoncés portent en eux-mêmes la promesse de conflits futurs. En effet, comme on n'arrive plus à distinguer ce qui est règle de droit de ce qui est opinion ou doctrine, ces énoncés trouveront éventuellement un contexte où ils paraîtront obscurs et généreront à leur tour d'autres tentatives d'explications. Plus les règles se multiplient, plus la norme se complexifie, moins elle risque d'être comprise et plus le fossé se creuse entre les justiciables et la justice.

L'obscurité entraîne aussi des séquelles moins évidentes. Comme une partie de plus en plus considérable du discours juridique est consacrée à la dissiper (ou du moins à la commenter!), le débat est moins orienté sur le sens de la responsabilité pénale que sur d'autres objets plus ésotériques et spécialisés. Ainsi, en changeant l'objet du débat, en insistant, par exemple, sur le contenu conceptuel de l'infraction plutôt que sur la situation humaine qui est à l'origine de l'accusation, on supprime toute possibilité d'arriver à d'autres solutions au problème de la responsabilité. Par exemple, toujours en matière d'ivresse, le droit pénal ne fait aucun effort pour composer avec

la notion d'alcoolisme même si l'alcoolisme, dans un autre contexte, est considéré justiciable de traitements médicaux[68]. Si les seuls mécanismes permettant d'appréhender l'alcoolisme sont ceux qui ont été élaborés dans le cadre d'une accusation criminelle, on ne doit pas être surpris de leur manque de nuance : après tout, un procès pénal n'a que deux issues.

B. Les légitimations artificielles

Parce que les normes ne sont pas claires et parce que la forme qu'elles revêtent empêche qu'elles le soient, leur légitimité n'est pas manifeste. C'est pourquoi les producteurs de la norme tentent de leur fabriquer une légitimité artificielle. De plus en plus, un discours de légitimation accompagne la norme. Ce discours prend des formes différentes selon l'instance qui le prononce.

1. Légitimation et motifs surabondants

Ainsi, la jurisprudence contient de plus en plus souvent des références à des légitimations externes. Bon nombre de ces légitimations débordent le domaine strictement juridique et s'inspirent de la philosophie, de l'histoire, des sciences humaines. Or, en avançant des justifications non juridiques, en invoquant des raisons enracinées dans des disciplines que ni leur expérience ni leur formation ne leur ont permis de maîtriser, les juges prêtent le flanc aux critiques des spécialistes et finissent par diminuer la crédibilité de leurs jugements : les mauvaises raisons chassent les bonnes.

On connaît les critiques que certains historiens ont formulées au sujet de l'utilisation de l'histoire par les

---

68 En toute justice, le refus de considérer l'alcoolisme comme une condition pertinente dans l'appréciation de la responsabilité de l'acteur ivre n'est pas propre au droit canadien. Des droits dotés d'un appareil théorique beaucoup plus élaboré n'ont pas trouvé non plus de solution à ce problème.Voir, pour le droit pénal français, Georges LEVASSEUR, Albert CHAVANNE, Jean MONTREUIL, Bernard BOULOC, *Droit pénal général et procédure pénale*, 13e éd., Paris, Sirey, 1998, n° 198, p. 74. Néanmoins, les chances de le faire sont meilleures dans un système où la notion d'excuse est plus développée que dans un système où la majorité des moyens de défense se réduisent au concept de la *mens rea*.

tribunaux[69]; d'autres auteurs ont signalé l'usage intempestif par la Cour des citations de philosophes, critiquables tant sur le plan de la pertinence que sur celui du respect du contexte[70]. À l'heure actuelle, ce sont les sciences humaines qui sont à l'honneur. On a de plus en plus recours à des arguments fondés sur des théories socio-psychologiques pour justifier les normes pénales. Or, l'utilisation que font les tribunaux des thèses scientifiques est dénoncée avec vigueur par bon nombre d'auteurs[71]. La difficulté vient de ce que bon nombre de ces thèses ne font pas l'unanimité chez les chercheurs. En les adoptant comme justification, les tribunaux se trouvent à créer par ukase une sorte de science officielle. Le moins qu'on puisse dire de ce procédé, c'est qu'il est anti-scientifique.

2. Légitimation et préambules

On retrouve le même souci de légitimation artificielle du côté de la législation pénale, où il se manifeste par la prolifération des préambules. Ce genre spécialisé de la littérature juridique apparaît souvent dans la législation «réactive» où le gouvernement cherche à se rallier la sympathie du public. Certains les jugent inutiles, voire trompeurs :

> *Quand il y a un préambule dans une mesure législative, c'est généralement un écran de fumée politique dressé par le ministère qui a rédigé la mesure législative en question, en principe le ministère de la Justice.*[72]

---

69 Voir, notamment, pour une critique qui n'est pas d'hier, les remarques de Julius GOEBEL, *Felony and Misdemeanor : a study in the history of criminal law*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1976, publié à l'origine en 1937, dans la série Publications of the Foundation for Research in Legal History, Columbia University School of Law. Dans l'introduction à son ouvrage, l'auteur fustige les praticiens qui invoquent des arguments historiques sans tenir compte de leur contexte.

70 Alain F. BISSON, «Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges», (1989) 20 *R.G.D.* 391.

71 Voir, notamment, David M. PACIOCCO, *Getting Away with Murder*, Toronto, Irwin Law, 1999, p. 297 et suiv. Le chapitre recense les critiques adressées à la théorie de Lenore Walker, qui décrit le syndrôme de la femme battue.

72 Intervention de M. John BRYDEN, Journal des débats de la Chambre des communes, 7 octobre 1997. Ce qui est étonnant dans cette intervention, c'est que le député qui la fait est du parti ministériel.

Au cours de la dernière décennie, le Parlement du Canada a gratifié les justiciables d'une importante quantité de préambules, notamment dans le domaine pénal. Ces préambules, dont la *Loi d'interprétation* nous apprend qu'ils «[font]...partie du texte et en constitue[nt] l'exposé des motifs (en anglais : «*shall be read as part of an enactment intended to assist in explaining its purport and object*»), contiennent des attendus qui nous apparaissent assez peu efficaces comme guides de l'interprétation. Ils nous apprennent surtout que le Parlement a le coeur sensible et que le gouvernement a écouté les groupes de pression qui lui ont demandé d'adopter une loi. Ainsi que «les cas de violence et d'exploitation sexuelles préoccupent sérieusement le Parlement du Canada [...]»[73], que «la violence au sein de la société canadienne préoccupe sérieusement le Parlement du Canada»[74], que «les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne continuent de préoccuper sérieusement le Parlement du Canada»[75] (les lois précédentes n'ayant sans doute pas eu l'effet escompté), ces préoccupations, toutes électorales qu'elles soient, font honneur au Parlement, mais n'éclairent pas l'interprète qui cherche à préciser le sens et la portée de la nouvelle loi[76].

En réalité, en plus de démontrer la bonne volonté des gouvernements, les préambules ont une mission plus ou moins occulte : ils cherchent (naïvement, à mon sens) à immuniser la loi contre une éventuelle contestation constitutionnelle tout en dispensant le gouvernement d'invoquer l'article 33 de la Charte constitutionnelle. C'est peut-être la raison d'être de toutes ces «préoccupations», qui sont certainement «urgentes et réelles» au sens de l'arrêt *Oakes*[77].

---

73 *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, précitée, note 37.

74 *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)*, précitée, note 39.

75 *Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)*, L.C. 1997, c. 30

76 Pour une réflexion intéressante sur l'utilité des préambules et des exemples savoureux d'abus dans ce domaine, voir Alain F. BISSON, «Préambules et déclarations de motifs ou d'objets», (1980) 40 *R. du B.* 58.

77 *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

C'est sans doute pourquoi les préambules font souvent allusion aux valeurs constitutionnelles que la loi prétend protéger et qu'on oppose généralement aux garanties juridiques de la Charte : notons les second et sixième attendus de la loi abrogeant la règle de l'arrêt *Daviault*, qui citent expressément les articles 7, 11, 15 et 28 de la Charte.

Le procédé est grossier et se révèlera, espérons-le, inefficace. Il est inconcevable que le Parlement du Canada puisse résister à une interprétation de la Cour en déclarant unilatéralement qu'une loi ne viole pas un principe de justice naturelle, *contrairement à ce que la Cour suprême a déjà affirmé,* ou qu'elle devrait être protégée par l'article premier, *ce que la Cour suprême a déjà nié.* Si le Parlement estime sage, ou vertueux, ou rentable d'abolir la règle de l'arrêt *Daviault*, il n'a qu'à adopter une loi qui déroge expressément à la Charte aux termes de l'article 33. Encore faudrait-il que le gouvernement assume ses responsabilités en présentant une telle loi à la Chambre des communes. C'est sans doute là l'enjeu véritable de certains préambules et, notamment, celui de la loi modifiant la défense d'ivresse : dispenser le gouvernement d'invoquer l'article 33. La manoeuvre est transparente et il serait surprenant que la Cour suprême, qui aura sans doute à se prononcer un jour sur la validité constitutionnelle de la modification, risque sa réputation d'indépendance judiciaire en accepte de tirer les marrons du feu.

L'utilisation de plus en plus fréquente des préambules entraîne des difficultés techniques considérables lorsque ces préambules chapeautent des modifications au *Code criminel.* Qu'arrive-t-il au préambule d'une loi modificatrice lorsque la modification est adoptée? Le préambule et la loi modifiée se disent adieu; les modifications se retrouvent au Code et le préambule dans les recueils annuels des lois du Canada. Ce résultat, celui de la multiplication des sources matérielles du droit, est précisément ce que la codification cherche à éviter. Un code, au bas mot, est un document qui facilite la consultation des sources du droit. Par conséquent, chaque nouveau préambule, qui oblige à des efforts de recherche dans des sources autres que le Code, est un clou dans le cercueil de la codification.

Conclusion

Cette réflexion sur la légitimité des sources du droit pénal nous amène à des conclusions assez pessimistes. Il semble exister de sérieux problèmes de légitimité, tant en ce qui concerne le droit légiféré que le droit prétorien. De plus, comme ces problèmes paraissent reliés à l'appareil de production des normes, on voit mal comment la situation va s'améliorer. Au contraire, puisque c'est la production même des normes qui est en cause, on peut s'attendre à ce que les difficultés se reproduisent de façon constante.

La constitutionnalisation des principes généraux va, elle aussi, contribuer à perpétuer les dysfonctions constatées. Ainsi, le tribunal qui innove va très souvent revendiquer l'autorité de la Charte à l'appui de sa création. La norme prend donc une pesanteur que les principes généraux n'avaient pas dans le système antérieur. L'interprétation de la loi par la Cour suprême devient la loi suprême. Il en résulte une situation très délicate pour le Parlement et pour les interprètes subséquents de la jurisprudence constitutionnelle. Comment, en effet, révoquer une norme à laquelle on a reconnu un statut constitutionnel? Si la création par le Parlement d'une nouvelle partie générale du Code a déjà pu être envisagée, on peut se demander si l'entreprise est aujourd'hui réalisable.

Pourtant, même si les normes créées par les tribunaux participent au statut de la loi suprême, la profusion de normes entraînée par la nouvelle perception du rôle des tribunaux diminue leur vie utile. Qui invoque aujourd'hui les arrêts qui, hier, affirmaient les principes traditionnels du droit pénal? Il y a certainement là un paradoxe puisque ce sont ces sources traditionnelles qui constituent les principes de justice fondamentale de l'article 7. On dirait que la marge de manoeuvre que les tribunaux se sont reconnue pour créer des normes les autorise à ignorer, le cas échéant, leurs créations.

Si la situation change, ce ne sera ni pour des raisons d'*elegantia juris* ni pour des soucis de légalité ou de légitimité. Ce sont des motifs pratiques qui ont été à l'origine des grandes réformes de nos systèmes. La confusion des sources a été le moteur de bon nombre de codifications, y compris celle du Bas Canada et celle de 1892, en droit pénal. Si le droit en vient au point où il risque de crouler sous ses sources, ses arrêts, ses

opinions, ses lois ponctuelles, ses annexes et ses préambules, en un mot, sous le poids écrasant de son discours, il y aura changement. En attendant, faut-il espérer que les artisans de la règle continuent à pratiquer la politique du pire?