

Je remercie Jessie Horner pour sa permission de reproduire ce document.

**François Lareau
6 août 2011**

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ AU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE
ET DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL DE LA
CHAMBRE DES COMMUNES
CONCERNANT LA NOUVELLE CODIFICATION
DU DROIT PÉNAL

PAR : JESSIE HORNER, B.Sc., LL.B.

5552 Larch Street
Vancouver (C.-B.) V6M 4E1
(604) 264-1804
(604) 599-2222
Poste 4090 ou case 9331 (audio-messagerie)

LE 30 SEPTEMBRE 1992

TABLE DES MATIÈRES

NOTICE BIOGRAPHIQUE

- I. INTRODUCTION
- II. QU'EST-CE QUE LA CODIFICATION ET POURQUOI DEVRIONS-NOUS LA FAIRE?
- III. LA RAISON D'ÊTRE DE LA NOUVELLE CODIFICATION CANADIENNE
- IV. UN RÔLE DU DROIT PÉNAL MIEUX DÉFINI SOCIALEMENT?
- V. LE CONTEXTE CONTEMPORAIN DE LA JUSTICE PÉNALE
- VI. LES DIFFICULTÉS DE LA NOUVELLE CODIFICATION
 - 1. «Toutes les règles générales devraient être contenues dans le *Code*.»
 - Règles et principes
 - Généralités
 - Règles codifiées
 - 2. «Le *Code* devrait être mieux organisé, plus rationnel et plus logique.»
 - Philosophie de codification
 - Logique et ordre
 - 3. «Certaines règles devraient être énoncées en termes plus généraux qu'elles ne le sont à l'heure actuelle.»
 - 4. «Les valeurs sociales devraient être exprimées clairement et intégrées dans le *Code*.»
 - 5. «Le *Code* devrait être conforme à la *Charte*.»
- VII. ÉTUDE DE CAS
- VIII. RÉSUMÉ DES PROBLÈMES
- IX. CONCLUSION

NOTICE BIOGRAPHIQUE

J'ai été reçue au Barreau de la Saskatchewan en 1982 et j'ai travaillé dans cette province pendant huit ans comme avocate spécialisée en droit pénal, en droit de la famille et dans les causes relatives à la Charte. En 1991, je me suis inscrite au programme de maîtrise en droit (LL.M.) de la *University of British Columbia*, dans le cadre duquel j'ai pu continuer de m'intéresser au droit pénal et à son rôle dans la société. Ma thèse de maîtrise porte sur le débat public qu'a suscité le projet de loi C-49 et sur les théories sous-jacentes du droit pénal qui ont joué un rôle de premier plan dans le débat. J'enseigne à la faculté de criminologie du *Kwantlen College* et j'espère devenir membre du Barreau de la Colombie-Britannique sous peu. Outre mon expérience comme avocate, j'ai œuvré au sein de la Société Elizabeth Fry de la Saskatchewan et du Comité canadien d'action sur le statut de la femme, où je me suis occupée de questions de droit pénal. J'ai également joué des rôles de premier plan dans l'évolution de dossiers fondés sur la Charte et portant sur le traitement égal des contrevenantes en Saskatchewan ainsi qu'au sein du comité directeur et du comité de services juridiques du FAEJ de la Saskatchewan. Mon travail au sein du FAEJ, de la Société Elizabeth Fry et du CCA m'ont permis de participer à plusieurs conférences nationales dans le cadre desquelles les femmes ont examiné les rapports qui existent entre elles et le droit pénal.

I. INTRODUCTION

Le présent mémoire constitue une invitation à réfléchir sur les valeurs et sur les hypothèses qui sous-tendent le mouvement en faveur de la nouvelle codification du *Code criminel*. Il ne faudrait pas présumer que celle-ci représente un exercice gratuit visant à assurer le respect de valeurs non controversées telles l'uniformité et l'accessibilité. Il est périlleux de tenter de reprendre dans un code les principes généraux du droit pénal sans réfléchir sérieusement a) aux objectifs sociaux du droit pénal et b) aux intérêts servis et aux personnes qui en paieraient le prix. Le risque repose dans l'intégration de règles élaborées sans tenir compte des divers points de vue, notamment ceux des femmes et des autochtones.¹

Dans le présent mémoire, j'exposerai certains aspects théoriques de ce que signifie la codification pour le droit pénal et certaines questions d'actualité en droit pénal et social. J'examinerai certains dangers inhérents à la codification et je tenterai de déterminer s'ils ont influé sur la réforme du droit pénal. Je m'attarderai sur les motifs invoqués à l'appui de la codification et je soutiendrai que la codification proposée repose sur si peu de principes qu'elle aura pour effet de devancer la résolution des problèmes sociaux par l'entremise du droit pénal. J'avance en outre que cette codification ne s'attaque pas aux problèmes du système de justice pénale, tant ceux qui sont déjà admis que ceux qui devraient surgir selon toute vraisemblance dans l'avenir.

II. QU'EST-CE QUE LA CODIFICATION ET POURQUOI DEVRIONS-NOUS LA FAIRE?

La codification a une longue histoire qui s'appuie sur de nombreux programmes, notamment ceux de Dracon, dont la compilation systématique des lois grecques s'est traduite par un assouplissement de la sévérité de la loi, qui a mené à son accomplissement² et de Moïse qui, selon certains, a établi certaines règles simples pour aider son peuple divisé à vivre dans l'harmonie. En 1800, on a rapporté au Parlement britannique que les dossiers publics de la Chambre étaient menacés «d'effacement, de modification et de contrefaçon, d'être détruits tous les jours par l'humidité, et qu'ils risquaient toujours d'être détruits par le feu³. Par conséquent, la codification était nécessaire pour préserver les lois. De nombreux codificateurs du XVIII^e et du XIX^e siècle estimaient qu'il serait plus aisé de faire connaître la loi naturelle ou divine dans un code approprié.⁴ Jeremy Bentham, qui a inventé le mot «codification», croyait quant à lui qu'un ensemble de lois rationalisé donnerait à tous un accès plus facile à un droit plus prévisible et a fait la promotion de son principe de la maximisation du bonheur pour le plus grand nombre de personnes.⁵ Pour Bentham et pour d'autres codificateurs, il était très important d'atténuer le pouvoir discrétionnaire des juges.

Toutefois, le premier Code criminel du Canada se justifiait probablement tout autant par l'unité politique du pays et par la condition juridique des colonies que par une croyance dans le droit naturel ou dans la réforme du droit.⁶ Il ne fait aucun doute qu'un impérialisme magnanime était à la base la plupart des codifications britanniques du XIX^e siècle, de telles codifications étant la façon la plus efficace de transférer la justice britannique aux colonies.

Alors, que signifie donc le mot «codification»? Il existe deux lignes de pensée : la première, selon laquelle la codification n'est qu'une compilation et une refonte des lois et la seconde, voulant qu'il s'agisse d'une structuration ou d'une restructuration totale du droit pénal et des principes théoriques qui s'appliquent à l'ensemble du droit pénal. La consolidation des lois convient aux programmes d'unification politique et de colonialisme, tandis que la reconstruction est nécessaire pour refléter les exigences de la loi divine, naturelle ou rationalisée. Les propositions canadiennes de nouvelle codification cadrent dans cette dernière approche.⁷ Le projet vise à séparer le droit pénal en deux parties : la partie générale et la partie spéciale. La partie spéciale définira chacune des infractions, tandis que la partie générale énoncera tous les principes relatifs à l'élément moral et aux défenses qui s'appliqueront à l'ensemble des infractions et des contrevenants. En plus d'intégrer des principes indiscutés comme le principe selon lequel une personne ne devrait pas être punie en raison de sa seule situation, la partie générale énoncera et classera de façon exhaustive toutes les conditions relatives à l'élément moral, tous les devoirs qui pourraient donner lieu à la responsabilité pénale et toutes les défenses qui sont à la disposition des personnes accusées.

III. LA RAISON D'ÊTRE DE LA NOUVELLE CODIFICATION CANADIENNE

Le document cadre, intitulé *Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada*, propose une nouvelle codification du Code criminel parce que le Code actuel est incomplet, ambigu, mal organisé, trop précis, inintelligible, difficile à utiliser et inaccessible à la population en général. Ce document reprend une critique formulée par la Commission de réforme du droit du Canada, selon laquelle «ceci contribue donc à lui donner un aspect hautement technique et à rendre son accès difficile au non-spécialiste». Les auteurs du document soulignent que de nombreuses questions d'intérêt public et de nombreuses valeurs ne se trouvent pas dans le Code, mais émanent plutôt de décisions judiciaires qui ont été rendues au cours des siècles, et que certaines dispositions du Code ne sont pas conformes à la Charte. Les auteurs proposent les objectifs suivants :

1. Toutes les règles générales devraient être contenues dans le Code.

2. Le Code devrait être mieux organisé, plus rationnel et plus logique.
3. Certaines règles devraient être énoncées en termes plus généraux qu'elles le sont à l'heure actuelle.
4. Les valeurs sociales devraient être exprimées clairement et intégrées dans le Code.
5. Le Code devrait être conforme à la Charte.

Les trois premiers objectifs pourraient sembler être de nature systémique et interne en ce qui touche le droit pénal, tandis que les deux derniers, relatifs à la Charte et aux valeurs sociales, portent sur le rapport entre le droit pénal et la société. L'importance de l'examen visant à intégrer ces valeurs sociales doit être étudiée, tout comme les objectifs systémiques qui, eux aussi, peuvent avoir d'importantes répercussions au plan social.

Avant d'examiner la signification et les répercussions possibles de l'atteinte de ces objectifs (voir la partie IV, ci-dessous), il convient de souligner que leur ordre de priorité semble avoir été inversé au cours des deux dernières décennies dans la foulée de la réforme pénale. Bien que l'objectif concernant la conformité avec la Charte soit relativement récent, les autres ont toujours fait partie des discussions sur la nouvelle codification. Nous soutenons cependant qu'on y a accordé une importance très différente. Qu'il suffise de comparer les objectifs qui précèdent avec ceux que propose la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de 1976 intitulé *Pour une codification du droit pénal* :

1. Le droit pénal devrait être flexible de façon à être constamment adapté aux besoins sociaux en évolution et à éviter les difficultés que représente l'application de la lettre de la loi.
2. Le droit pénal devrait être raisonnablement prévisible.
3. Le droit pénal devrait être accessible de façon à pouvoir remplir sa fonction, à savoir informer.
4. Le droit pénal devrait être indiscutable pour que sa portée ne soit pas arbitraire.
5. Le droit pénal devrait s'attaquer aux véritables problèmes et aux préoccupations réelles afin de constituer une véritable force motrice favorisant l'évolution.⁸

Dans la liste qui précède, on reconnaît que le droit pénal n'a pas comblé les besoins sociaux mais qu'il devrait chercher à le faire en se fixant des objectifs. Les valeurs systémiques que sont l'accessibilité, le caractère prévisible et le caractère certain, étroitement liées entre elles, ne sont pas fondamentales, mais elles entrent en conflit avec cette autre valeur qu'est la souplesse. Cette dernière valeur reconnaît que le droit pénal peut apporter des solutions aux problèmes sociaux, que ceux-ci évolueront et que le droit doit évoluer en conséquence.

De même, dans *Notre droit pénal*, publié en 1976, la CRD estimait que la réforme du droit pénal devait s'inscrire dans le cadre d'une réforme sociale plus vaste. Les nobles aspirations de la réforme du droit pénal, soit le fait d'atteindre un triple objectif d'humanité, de liberté et de justice, supposaient que le droit pénal se borne à punir dans certaines limites seulement les personnes qui portent gravement atteinte aux droits d'autrui. La CRD soutenait que le droit pénal devrait s'attaquer aux «actions mauvaises qui menacent ou qui violent gravement les valeurs sociales fondamentales»⁹ et que par conséquent, un objectif marqué au coin de la modération fasse désormais partie des discussions.

Toutefois, en 1987, dans une publication intitulée *A Proposed New Criminal Code, "Evolutionary not Revolutionary"*, on a justifié la codification en affirmant que le Code actuel était désuet, incohérent, disparate, incomplet, trop complexe et parfois illogique et qu'il utilisait un langage que ne connaissent pas les personnes ordinaires. Bien que ce Code favorisait toujours «la justice, l'humanité et la liberté», ces idéaux ne se sont pas concrétisés, ce qui n'est pas surprenant compte tenu de leur niveau d'abstraction élevé et du fait que les questions relatives à la réforme sociale ont généralement été écartées de la discussion.¹⁰

En conséquence, dans l'introduction du Rapport n° 30, qui est le premier document relatif à la nouvelle codification, tandis que la CRD indique qu'elle estimait au départ que le droit pénal devrait régir que les violations graves de valeurs importantes - les «crimes véritables» - la justification fondamentale des modifications a été ramenée aux valeurs systémiques citées dans le document cadre : le Code actuel est illogique, ses règles manquent d'uniformité et sont incohérentes; le Code est excessivement compliqué, difficile à comprendre, et il est difficile pour le commun des mortels de savoir ce qu'il faut faire pour s'y conformer.¹¹

Par conséquent, tandis que les objectifs sociaux de la réforme du droit pénal n'ont pas été complètement éliminés, leur nombre et leur degré de priorité semble avoir perdu du terrain au profit des objectifs internes du droit pénal comme tel.

IV. UN RÔLE DU DROIT PÉNAL MIEUX DÉFINI SOCIALEMENT?

Les objectifs du projet de nouvelle codification ont été examinés en même temps que les visées plus vastes du droit pénal et l'on présument que celles-ci seraient à l'origine des valeurs qu'il

conviendrait d'intégrer au Code remanié. En 1969, la Commission Ouimet laissait entendre que le droit pénal a pour objectif ultime la protection de la société et que la meilleure façon d'atteindre cet objectif serait de favoriser la réhabilitation des contrevenants. La Commission voyait donc, en droit pénal, l'enchaînement arrestation-procès-peine comme une initiative sociale permettant de prévenir la criminalité dans l'avenir.¹² En 1974, la CRD a examiné la question de savoir ce qu'il fallait faire pour assurer la protection de la société en se demandant ce qu'est, ou ce que devrait être, un crime. Il convient de souligner que la CRD n'a pas fourni de réponse allant au-delà de nos conceptions communes du droit pénal. La CRD affirmait que la personne moyenne avait une connaissance intuitive de ce qu'était le crime. Elle s'est attardée sur le droit pénal afin d'établir ce qu'est le crime et ce qu'il devrait être, pour conclure :

...notre droit pénal repose sur cette distinction imprécise qui ne saurait être poussée trop loin, même si elle correspond à la réalité. D'un côté, il existe quelques crimes réellement graves, tels que le meurtre, le vol sur la personne et le viol qui, de tout temps, ont été considérés comme tels et qui constituent précisément la sorte de crimes qu'on s'attend de trouver dans n'importe quel droit criminel. Ce furent les premiers crimes à être définis par les juges qui ont façonné le *common law*, crimes qui figurent maintenant dans notre Code criminel, et qui relèvent du Parlement fédéral.¹³

La CRD a donc adopté ici une approche intuitive à l'égard de la définition du crime, approche fondée sur des notions de moralité historique. Elle affirmait que la justification de la punition repose dans le droit naturel des droits fondamentaux de la personne:

[Nous avons] le droit fondamental de la société à se protéger contre le mal, et en particulier contre les actes dommageables de ses membres. Le recours à la loi pour réprimer ces actes et en punir les auteurs constitue une façon d'assurer cette protection. Peu importe que la punition vise à la prévention particulière ou générale, à la réhabilitation du délinquant ou à sa mise hors d'état de nuire par l'incarcération, ou encore à la dénonciation du caractère mauvais de l'acte commis, cette auto-protection de la part de la société constitue, à notre avis, l'objectif premier et fondamental du droit pénal.¹⁴

Malheureusement, la CRD ne s'est pas interrogée plus longuement et n'a pas établi quels genres de protection le droit pénal devrait s'efforcer de fournir. La CRD a présumé qu'une valeur comme la préservation de l'intégrité physique de la personne était déjà bien protégée par le droit pénal tel qu'il existait.

La CRD a poursuivi son analyse dans son rapport au Parlement intitulé *Notre droit pénal*¹⁵, publié en 1976, époque qui, dans le domaine de la criminologie, se caractérise par le découragement. En effet, les espoirs de réhabilitation étaient alors anéantis par l'aphorisme déprimant voulant que rien ne fonctionne.¹⁶ (Le fait que des groupes comme la Commission Ouimet n'aient pas constaté que le traitement et la punition puissent constituer des objectifs incompatibles a certes contribué à ce manquement apparent du système correctionnel à rectifier). Dans ce document, la CRD a reconnu que le droit pénal ne prévenait le crime ni par la dissuasion ni par la réhabilitation parce qu'aucun de ces deux objectifs n'a été atteint. Néanmoins, a soutenu la Commission quelque peu nerveusement, le droit pénal était toujours utile comme moyen d'expression des valeurs sociales.¹⁷ Le crime a été défini comme une conduite qui constituait «une atteinte grave aux valeurs auxquelles nous croyons». Et le processus criminel était nécessaire parce que notre condition humaine exige que nous posions des gestes «...ne rien faire équivaldrait à tolérer le [crime] et même à le sanctionner».¹⁸ Ce rapport passe très rapidement sur le fait que le droit pénal a une incidence différente pour les pauvres et pour les riches¹⁹ et sur le fait que la protection des droits de propriété n'était pas claire en toutes circonstances. L'injustice sociale pourrait contribuer à créer un climat propice pour la perpétration de certaines infractions contre les biens.²⁰

Par conséquent, même si la protection de la société est demeurée un objectif constant du droit pénal, la justification de la punition a été redéfinie, passant de la protection de la société par le traitement des contrevenants ou la dissuasion à la protection de la société par l'expression idéologique de la moralité. La CRD a cherché à soutenir un système dont l'utilité avait été sérieusement ébranlée. Cependant, bien que la CRD ait traité de l'importance des valeurs et remis en question la hiérarchie actuelle des valeurs qui était implicite dans notre droit ainsi que les différences de fonctionnement du droit pénal selon les personnes, elle s'est contentée d'énoncer des généralités, soit des termes comme «grave», «normes communes» et «décence». La Commission n'a même pas tenté de déterminer si le droit pénal permettait d'assurer la «protection de la société» en termes expressifs.

À titre d'exemple, dans le Rapport au Parlement sur les infractions sexuelles,²¹ la CRD s'est plainte que la langue utilisée dans les dispositions actuelles du Code manque d'uniformité, est dépassée et archaïque et comporte des partis pris contre les hommes. Tandis que la Commission affirmait que «nul ne doit être forcé de se soumettre à un acte sexuel auquel il n'a pas consenti», et recommandait l'abolition de l'immunité des époux à

l'égard d'accusations de viol, elle a clairement remis en question l'intrusion du droit pénal dans une situation de nature familiale :

Enfin, est-ce bien le rôle du droit criminel de se mêler d'une question qui est de nature strictement privée et qui peut être mieux réglée par des processus et mécanismes autres que le droit criminel..²²

La protection des questions que l'on estime être de nature «privée» allait tout à fait à l'encontre de la protection de l'autonomie sexuelle des femmes. Toutefois, pour autant que l'on utilisait un langage neutre, rien n'y paraissait.

Dans le cadre de la révision générale du droit pénal, le gouvernement fédéral a publié, en 1982, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, étude dans laquelle il proposait un cadre d'examen. Le gouvernement énonçait alors l'objet suivant pour le droit pénal :

...contribuer à faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société au moyen d'un ensemble de prohibitions, de sanctions et de procédures destinées à réagir de façon équitable et appropriée aux comportements répréhensibles qui causent ou menacent de causer un préjudice grave aux personnes ou à la collectivité.²³

Tandis que le rapport et le document de travail de la CRD cherchaient à revendiquer un objet unique parmi les Canadiens (si seulement nous pouvions tomber pile) en presumant qu'il existait déjà un consensus au sujet de l'objet du droit pénal, le document du gouvernement tenait compte du fait qu'il existait un problème au niveau du consensus. Il a même reconnu qu'il pouvait exister des catégories de ce que nous considérons comme des crimes.²⁴

Toutefois, il n'était plus question de problème de consensus dans le rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, publié en 1988.²⁵ Ce rapport situait la fonction du droit pénal non pas dans un contexte social, mais bien dans un contexte juridique. Tout en acceptant le fait que le but du droit pénal est de préserver une société juste, pacifique et sûre, la Commission a vu la façon de le faire en respectant l'objectif fondamental de la détermination de la peine, soit de «préserver l'autorité de la loi et [d'en] promouvoir le respect par l'imposition de sanctions justes».²⁶ Par conséquent, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a considéré le débat comme un débat de légitimation non pas grâce au consensus sur le rôle que la loi devrait avoir, mais bien grâce à l'uniformité à l'échelle interne et au caractère rationnel de la loi comme telle.

En réponse aux recommandations de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, un comité parlementaire conjoint de la justice et du solliciteur général a été formé. Le Comité a mené de vastes consultations auprès des parties intéressées, notamment les groupes de femmes et de victimes et les autochtones. Il a examiné le contexte social du droit pénal et ses recommandations reflétaient une préoccupation à l'égard des problèmes pratiques en droit pénal et sur le plan social. Le Comité exigeait que l'on responsabilise les contrevenants, mais élargissait les possibilités d'atteindre cet objectif en y incluant la reconnaissance du préjudice causé, la réparation à fournir et la réconciliation entre les victimes et les contrevenants. Il proposait de nouveaux objectifs pour le droit pénal qui mettaient l'accent sur les aspects sociaux des infractions criminelles plutôt que sur les aspects juridiques. Dans son rapport destiné au Parlement, intitulé *Des responsabilités à assumer*, il ne présumait d'un consensus social ni quant à l'objet du droit pénal, ni quant à sa capacité d'atteindre ses objectifs. Il exigeait plutôt ce type de consensus.²⁷

Les discussions récentes sur le droit pénal au Canada ont donc porté sur deux thèmes : le premier adoptant une approche «juridique» et l'autre, une approche «sociale». Dans leurs travaux, la CRD, le gouvernement fédéral et la Commission canadienne sur la détermination de la peine ont relevé le fait qu'il existait une certaine dissension sociale de même que la possibilité de valeurs opposées. Ils ont néanmoins choisi de maintenir le cadre juridique actuel. Par contre, le Comité Daubney a reconnu des conditions qui nécessitaient l'intégration de nouvelles valeurs dans le droit pénal et a admis que certains membres de la société ne recevaient pas la protection du droit pénal. Ses recommandations reflètent la reconnaissance de ces problèmes et le début d'une tentative de modifier le cadre actuel du droit pénal. Toutefois, la proposition de nouvelle codification semble ne pas s'être inspirée du tout de l'approche sociale. Elle n'a tout simplement pas tenu compte des conditions de vie des personnes qui habitent au Canada et de l'effet du droit pénal sur elles, ou de la façon dont la nouvelle codification pourrait les toucher. Malgré des protestations à l'effet contraire, le projet de nouvelle codification paraît être une solution qui laisse beaucoup à désirer.

V. LE CONTEXTE CONTEMPORAIN DE LA JUSTICE PÉNALE

Avant de se demander de quelle façon la nouvelle codification pourrait influencer sur les tensions et les problèmes actuels en droit pénal et sur l'utilisation du droit pénal dans la société, il est utile d'établir quels sont ces tensions et ces problèmes. Cette présentation se limitera à mettre en relief les plus évidents d'entre eux pour mettre les arguments en contexte et situer la thèse selon laquelle la réforme du droit pénal doit être perçue en gardant à l'esprit nos aspirations et nos conventions sociales actuelles. Nous ne visons donc pas à cerner les tensions et à circonscrire les problèmes pertinents de façon exhaustive.

À ce jour, plusieurs groupes, notamment les femmes, les membres des Premières Nations et les victimes, estiment que le droit pénal tel qu'il existe actuellement ne sert pas leur intérêts. Le rapport du Parlement intitulé *La guerre contre les femmes*, ainsi que le rapport à venir du groupe de travail sur la violence contre les femmes, de nombreuses études réalisées par les provinces, des textes rédigés par la population et par des universitaires, et même certaines décisions de la Cour suprême du Canada²⁸ admettent que le droit pénal fait depuis toujours abstraction de la protection des femmes et n'a jamais compris que de nombreuses questions relatives au droit pénal pouvaient être envisagées de plus d'un point de vue. De même, de nombreux rapports ont fait état des éléments discordants qui existent entre les peuples des Premières Nations et le système de droit pénal, notamment le droit pénal comme tel.²⁹ Une multitude d'autres sources ont traité du choc culturel entre les autochtones et le système de droit pénal et de la façon dont le traitement réservé aux peuples autochtones a amplifié ce choc culturel. Les victimes, dont bon nombre sont des femmes et des autochtones, ont soulevé certains problèmes avec plus ou moins de succès. Elles ont cherché à obtenir davantage d'attention pour l'ensemble des victimes dans le processus pénal, une plus grande participation de leur part aux procédures pénales et certaines réparations pour les préjudices subis.³⁰

L'attention grandissante accordée aux dommages parfois irréversibles causés à l'environnement et à des collectivités toutes entières soulèvera très bientôt d'importantes questions au sujet de l'étendue de la négligence criminelle. Les violations des normes de santé et de sécurité, qui jusqu'à récemment étaient considérées «de nature privé» et non visées par le droit pénal, au même titre que la violence familiale, étaient souvent assimilées à des infractions réglementaires. Elles sont à présent considérées comme des infractions criminelles, car les gens s'arrêtent à l'étendue des préjudices personnels graves qu'elles leur font subir.

En ce qui concerne le système de justice pénale comme tel, il s'agit selon nous d'un système qui ne cesse de grandir et qui connaît un succès équivoque. Les tentatives visant à arrêter sa croissance inexorable ont rarement été couronnées de succès. Des programmes de déjudiciarisation par la médiation, la réforme et la surveillance du cautionnement, les programmes de service communautaire et de mode facultatif de paiement d'une amende ainsi que la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'ont pu réduire le nombre de personnes engagées dans le système, ce qui a amené J.S. Mohr, un éminent juriste canadien, à conclure que nous ne pouvons plus nous passer du droit pénal comme solution sociale.³¹

Il semble que la capacité du droit pénal de transmettre des messages relativement aux valeurs sociales constitue une autre lacune du système. En effet, certains criminologues prétendent que

le crime est si omniprésent dans notre société, il est inévitable que certaines affaires échapperont toujours au système. L'expérience post-Askov en Ontario, où plusieurs milliers d'accusés ont vu les accusations qui pesaient contre eux abandonnées parce que les tribunaux ne pouvaient régler leur dossier dans un délai raisonnable, montre que cela pourrait bien être vrai.³²

Ces tensions soulèvent des questions primordiales relativement au rôle du droit pénal dans la société, aux personnes que le droit pénal sert et protège, aux droits protégés, aux personnes exemptées de la responsabilité pénale et aux motifs pour lesquels il en est ainsi. Dans la partie qui suit, j'examinerai certains exemples de comment les femmes sont particulièrement touchées par les objectifs de la nouvelle codification et, si possible, j'indiquerai certaines des questions auxquelles il faudra répondre avant de procéder à la réforme.

VI. LES DIFFICULTÉS DE LA NOUVELLE CODIFICATION

Dans la présente partie, je passerai en revue les objectifs qui se dégagent du document cadre tels qu'énoncés à la partie III. Ensuite, j'examinerai certaines des difficultés que posent ces objectifs.

1. «Toutes les règles générales devraient être contenues dans le Code».

Cet objectif repose sur trois hypothèses : d'abord, il existe effectivement des règles; ensuite, ces règles sont de portée générale; et enfin, il y a lieu de codifier ces règles.

Règles et principes

Tous les arguments invoqués en faveur de la codification reposent, implicitement ou non, sur l'hypothèse qu'il existe effectivement des règles qui pourraient être insérées dans la partie générale. De nombreux arguments soulèvent la question de la place actuelle des règles (se trouvent-elles dans la jurisprudence ou dans les dispositions qui créent des infractions?)³³ et, ce faisant, passent outre à l'importante question de savoir si ces règles existent réellement et, le cas échéant, s'il convient de les conserver. Si notre droit pénal s'articule, ou devrait s'articuler, sur des principes fondamentaux pouvant être préalablement formulés, il serait raisonnable de regrouper ces principes, mais, comme il en sera question ci-dessous, la mesure dans laquelle des règles générales devraient sous-tendre ou former effectivement ou éventuellement une grande partie de notre droit est contestable.

La question de l'existence, en droit pénal, de principes fondamentaux ou d'une «structure de base» alimente les débats depuis les toutes premières propositions de codification.³⁴ Cette

question a son lot de défenseurs et d'opposants. Alors que Blackstone prétendait que le droit a une logique interne, Bentham niait l'existence d'une telle logique, mais admettait qu'il devrait y en avoir une.³⁵ Dans les années 1940, Lord Devlin a affirmé que si notre droit n'était pas foncièrement logique, il ne survivrait pas tandis qu'en 1889, Lord Salisbury a déclaré que notre droit était fondamentalement irrationnel.³⁶ De même, le juge Dickson, dans l'affaire *Sault Ste-Marie*, a accepté *a priori* un principe sous-jacent que Lord Atkins avait fermement rejeté dans *P.A.T.A.*³⁷ D'après George Fletcher, théoricien bien connu du droit pénal américain, la principale occupation des théoriciens du droit pénal depuis les cent dernières années a été la quête d'une partie générale.³⁸ Les sceptiques et les économistes peuvent laisser entendre que, si les principes généraux sont si insaisissables, il y aurait peut-être lieu de mettre fin à la quête et de se concentrer sur les problèmes autrement plus pressants et réels du droit pénal. Selon Nicola Lacey, théoricienne du droit pénal anglais, la quête des principes généraux du droit pénal dans laquelle nous nous sommes engagés est en fait un exercice de rationalisation après coup. Dépeignant l'avocate qui analyse le droit pénal, elle déclare : Et lorsqu'elle envisage le droit pénal, elle cherche à y trouver rationalité et cohérence.³⁹ De même, nous sommes portés à considérer les institutions, les coutumes sociales et le droit, qui ont évolué au cours des âges, non pas comme une création de l'homme, mais bien comme une oeuvre de la nature.⁴⁰

L'une des grandes difficultés de la quête des principes fondamentaux est que celle-ci nous rend prisonniers du passé, ou de la perception qui prévalait dans le passé.⁴¹ C'est à partir de l'étude et de la description du droit actuel que nous pouvons déduire les normes auxquelles nous voulons que notre droit actuel se conforme. Comme le déclare George Fletcher (sans chercher à critiquer), on cherche à déduire les aspects normatifs de la théorie du droit pénal à partir des aspects descriptifs.⁴² Nous regardons le droit pénal pour déterminer ce en quoi consiste le droit pénal et, par conséquent, ce en quoi il devrait consister. Finalement, c'est le monde à l'envers.

L'énonciation des principes ou de la structure du droit pénal n'engendre cependant pas forcément des difficultés, mais elle dépend largement des fins qu'elle est censée servir. Si elle nous permet d'acquérir le vocabulaire nécessaire pour faciliter la communication de diverses notions ou encore la compréhension des règles dans leur ensemble ou individuellement, l'énonciation des principes sert alors une fin utile. Par contre, si elle vise à donner une «essence» à quelque chose qui n'en a pas, l'énonciation des principes devient un exercice futile et improductif car il fausse la nature même du droit et restreint inutilement l'application du droit pénal. Si l'on dépouille les principes fondamentaux de leur qualité *a priori* et qu'on y substitue une relativité où il faut tenir compte du contexte pour déterminer le contenu des principes, on modifie alors la nature de ce que l'on

cherche et l'application que peuvent recevoir les principes fondamentaux. Ces derniers ne seraient non plus des règles, mais bien des lignes directrices, et l'argument selon lequel ils existent réellement perdrait sa pertinence.

Généralités

La codification canadienne constitue à dessein un exercice théorique qui contraste tout à fait avec les traditions de la common law britannique. En effet, celle-ci a toujours favorisé des solutions pratiques par rapport à des solutions correctes en théorie. Il convient de se demander si l'approche théorique devrait prévaloir sur la méthode jurisprudentielle. L'élaboration d'une théorie suppose une évolution du monde matériel vers le monde de l'idéal. La complexité et les nombreuses perspectives que peut englober un problème concret se retrouvent simplifiées et réduites au monde abstrait de la théorie. Dans le cadre de ce processus, il existe un risque de manquer de réalisme et de précision. De nombreux commentateurs⁴³ ont signalé que l'échafaudage de «grandes théories» a pour effet de camoufler plutôt que de clarifier car la théorie, pour prévoir toutes les circonstances, doit opter pour le thème dominant, et par conséquent adopter les tendances et la philosophie de ce thème. La généralisation nécessaire pour l'adoption d'énoncés théoriques ne tient pas compte de ce qui ne cadre pas ou de ce qui est impopulaire et prend le dessus sur la voix des personnes dont l'expérience ne se conforme pas à la norme. Elle rejette la signification de tout véritable consensus en niant simplement qu'il existe d'autres points de vue. Elle traite les gens comme un tout homogène.

En droit pénal, les nombreux cas pour lesquels le critère de la personne raisonnable est utilisé fournissent des exemples de ce genre d'abstraction, et il y a de plus en plus de cas où le contenu réel de ce critère, qui s'appliquerait non seulement aux personnes raisonnables mais surtout aux hommes, probablement anglo-saxons, instruits, occupant un emploi rémunéré, hétérosexuels et robustes, est actuellement révélé et penche en faveur des personnes montrant ces qualités et contre celles qui ne les possèdent pas.

Dans l'arrêt récent *R. c. Lavallee*,⁴⁴ la Cour suprême du Canada a examiné le contenu des notions d'«appréhension raisonnable» et de «force raisonnable» telles qu'elles s'appliquent en matière de légitime défense. Dans *Lavallee*, l'accusée était une femme qui avait atteint son conjoint de fait d'une balle derrière la tête et l'avait tué. Dans cette affaire, M^{me} Lavallee avait été battue gravement et à de nombreuses reprises par le défunt et à cette occasion en particulier, il l'a trouvée cachée dans un placard de leur demeure parce qu'elle avait peur de lui. Il lui a remis un pistolet et l'a menacée de la tuer une fois la visite partie si elle ne le tuait pas d'abord. La Cour a examiné l'effet de l'exigence inscrite dans la jurisprudence sur des dispositions relatives à la légitime défense, selon laquelle la personne doit

craindre un danger imminent pour que l'appréhension soit raisonnable. La juge Wilson a souligné que le motif justifiant cette prise de position était de refuser la protection de la légitime défense aux personnes motivées par la vengeance plutôt que par la peur réelle. Toutefois, elle ajoutée que tandis que la condition d'imminence est logique «cas type de l'échauffourée dans un bar entre deux hommes de taille et de force égales» les hypothèses qui la sous-tendent sont dénuées de sens dans le cas de femmes battues par leur conjoint. Elle a dit :

L'exigence, posée dans l'arrêt *Whynot*, qu'une femme battue attende que l'agression soit «en cours» pour que ses appréhensions soient reconnues comme juridiquement valables reviendrait, pour reprendre la formule d'un tribunal américain, à la condamner au [TRADUCTION] «meurtre à tempérament»; *State v. Gallegos*, 719 P.3d 1268 (N.M.).⁴⁵

Par conséquent, avant *Lavallee*, nous avons généralement interprété ce que signifiait le «caractère raisonnable» dans le contexte de la légitime défense en exigeant des femmes qu'elles répondent aux attentes de ce que les hommes pouvaient faire pour se défendre. Dans le cas des femmes battues, cela a causé une énorme injustice, niant, dans les faits, la situation de nombreuses femmes qui vivent constamment dans la peur, subissent des mauvais traitements et sont incapables de s'en sortir pour toute une gamme de motifs valables.

De même, dans *R. c. Hill*⁴⁶, une affaire portant sur l'utilisation de la provocation comme défense partielle dans un cas de meurtre, la Cour suprême du Canada a statué à l'unanimité que la question de savoir comment une personne raisonnable pouvait réagir à un geste ou un commentaire provocateur devait être examinée du point de vue d'une personne raisonnable du même âge et du même sexe que l'accusé.

Règles codifiées

Comme l'illustre l'arrêt *Lavallee*, dont il est question ci-dessus, il se peut que la tendance jurisprudentielle favorise des règles plus précises, selon le contexte de l'infraction en cause. Pour l'instant tout au moins, il semble que cette tendance favorise une meilleure compréhension des prévenus de la part des tribunaux et rendent ceux-ci conscients des partis pris ayant existés par le passé, tandis que la codification aura pour effet d'empêcher cette évolution.

2. «Le Code devrait être mieux organisé, plus rationnel et plus logique».

Philosophie de codification

La philosophie d'une partie générale du droit pénal est similaire à celle du «droit naturel». En effet, les deux tiennent pour acquis que la source du droit pénal ne relève pas uniquement de la création humaine. En droit naturel, cette source constitue la nature ou Dieu et en matière de codification, c'est plutôt le rationalisme appliqué à l'histoire.⁴⁷

Bon nombre des codificateurs contemporains dénonceraient, comme l'a fait Bentham, le droit naturel, qui se fonde sur le droit divin ou sur les lois de la nature, et soutiendraient que la codification n'est aucunement liée au droit naturel. Selon ces codificateurs, le droit naturel est les lois de la nature seraient plutôt aux antipodes. De fait, ils pourraient prétendre que la nouvelle codification représente la victoire de la rationalité sur la nature ou encore de la rationalité sur les dogmes religieux. Et tandis qu'il est vrai que le cadre de référence fondamentale de chaque approche diffère, il existe néanmoins deux similitudes importantes : en premier lieu, tant la codification que le droit naturel se fondent sur une source extérieure pour dire ce que le droit est ou devrait être; en second lieu, dans la mesure où la codification englobe les notions historiques du droit pénal et en est tributaire, elle intègre au droit pénal les préceptes et les notions des sources naturelles ou divines l'ayant formé au cours des âges.⁴⁸ Par conséquent, le droit naturel ou divin a tout autant d'importance dans un droit codifié qu'un droit non codifié; il n'est que moins apparent. Il s'est retranché au niveau de l'historique et des hypothèses fondamentales du droit. Les notions de la moralité et de la «nature humaine» d'une personne sous-tendent la moindre composante de notre droit pénal. Au surplus, il se pourrait fort bien que cette situation ne soit pas à la veille de changer. Cependant, il serait sage d'admettre que ce que nous faisons, c'est essentiellement maintenir la situation actuelle et mettre en veilleuse la moralité et la philosophie de la nature humaine sur lesquelles se fondent notre système de droit pénal, non seulement en ce qui concerne les infractions précises, mais également les prétendus principes généraux, l'établissement des moyens de défense et même l'aspect procédural du droit.

La décision rendue par le juge Dickson dans *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*⁴⁹, à laquelle il est fréquemment fait référence dans les exposés sur la nouvelle codification, fait ressortir l'utilisation d'un cadre externe. Dans cette décision, le juge Dickson nie au Parlement le pouvoir de dire ce qui pourrait et ne pourrait pas être un crime. Il était question en l'espèce d'une infraction de responsabilité stricte ayant des conséquences pénales. Il a déclaré :

Dans le présent pourvoi, la Cour doit examiner les infractions diversement appelées infractions ... [qui] ne sont pas criminelles au plein sens du terme, mais [qui]

sont prohibées dans l'intérêt public ... Bien qu'appliquées comme lois pénales par le truchement de la procédure criminelle, ces infractions sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s'appliquent que de façon limitée. Elles se rapportent à des questions quotidiennes, telles que les contraventions à la circulation, la vente de nourriture contaminée, les violations de lois sur les boissons alcooliques et autres infractions semblables. Le présent pourvoi a pour objet la pollution ... Dans le cas de crimes véritables, il existe la présomption que nul ne doit être tenu responsable de son acte illicite, s'il est fait sans *mens rea* ... (c'est moi qui souligne)⁵⁰

Par conséquent, la Cour a statué qu'une infraction n'était pas un crime à moins qu'elle n'ait été commise intentionnellement et, donc qu'elle contienne la notion de criminalité qui va au-delà des pouvoirs du législateur.

Le critère externe que le juge Dickson utilise semble être ancien ou historique : ce qui a été jugé criminel continue de l'être. Cependant, sa position n'a pas toujours été acceptée. En fait, elle s'écarte considérablement de la perception que l'on avait généralement du droit pénal. Quelque quarante ans plus tôt, Lord Atkins dans l'affaire *Proprietary Articles Trade Association v. A.G. of Canada*⁵¹ a exposé un point de vue plus pragmatique du droit pénal. Il s'est ainsi exprimé :

Le droit pénal ne fait que qualifier les actes ou les omissions qui sont interdites aux termes des dispositions pénales appropriées adoptées par l'État. L'essence criminelle d'un acte ne peut être déterminée par simple intuition; elle ne peut non plus être décelée par renvoi à une norme autre que la suivante : Est-ce que l'acte interdit a des conséquences pénales? La moralité et la criminalité sont loin d'être de même étendue; le domaine de la criminalité ne fait pas non plus nécessairement partie d'un champ plus vaste occupé par la moralité — à moins que la morale ne désapprouve nécessairement tous les actes interdits par l'État, auquel cas l'argument tourne en rond. Leurs Seigneuries semblent croire qu'il n'est pas utile de chercher à restreindre les crimes à une catégorie d'actes qui selon leur domaine de jurisprudence pénale ne peuvent être vérifiés qu'en déterminant quels actes à une période donnée sont déclarés criminels par l'État, et que leur seul point commun est qu'ils sont interdits par l'État et que ceux qui les commettent sont punis⁵².

Si on retient la position du juge Dickson plutôt que celle de Lord Atkins, il nous faudra soigneusement examiner les répercussions de ce choix. Si le droit pénal a une «nature» propre, peu importe ce que l'on croit être cette «nature» détermine la façon dont nous abordons le droit pénal. Cette approche exigera que les

nouvelles lois soient soumises à un examen minutieux selon les idéaux normatifs que nous avons relevés dans la tradition du droit pénal. Nous permettons au droit pénal de passer d'une structure de notre cru à un phénomène complètement nouveau, indépendant de nos aspirations.

Logique et ordre

On pourrait être tenté de demander qui à part un spécialiste voudrait consulter le *Code criminel* afin d'y trouver une certaine «logique»⁵³. On s'attend à ce que le simple citoyen consulte le *Code* pour prendre connaissance des conduites qui y sont interdites, et même s'il est mal structuré, une refonte appropriée et un bon index pourrait venir à bout de la difficulté de consultation. Pour ce qui est d'être difficile à lire, le *Code* gagne à être comparé à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à bien d'autres lois provinciales sur les sûretés mobilières et sur les droits immobiliers, la première sinon les dernières incarnant la logique et la systématisation législatives.

Cependant, la question est formulée de façon trop simple. Il ne s'agit pas simplement de trouver les infractions ou les moyens de défense ou même les principes. Il s'agit en réalité d'une question de classification et de taxinomie qui a d'importantes conséquences sur la gravité que nous accordons aux actes décrits comme étant criminels et sur la façon de les traiter. Par exemple, désirons-nous envisager les crimes en fonction de leurs résultats, des risques qu'ils représentent et des personnes qui en font les frais, ou en fonction de l'intention de l'accusé? Les infractions entraînant la mort et des lésions corporelles devraient-elles être séparées des infractions qui entraînent la perte d'un bien? Est-ce que des règles différentes devraient être appliquées aux infractions relatives aux biens et aux infractions entraînant des lésions corporelles? La crainte et la vulnérabilité de la victime devraient-elles être des critères de regroupement des infractions? La réponse à ces questions n'est pas sans soulever la controverse, étant donné que chacune de ces questions fait intervenir d'importants choix de valeur et, qu'une fois la décision prise, bien d'autres choses en découlent. Si le principal critère est l'intention plutôt que le résultat, alors les préjudices sérieux causés par négligence ne seront pas jugés aussi sérieux que les préjudices minimes causés intentionnellement. Nous devons donc nous demander si c'est ce que nous voulons.

De nombreux commentateurs se sont plaints que le *Code* actuel est incomplet parce qu'il n'énonce pas de principes généraux. Toutefois, la plainte formulée par de nombreux citoyens est probablement plus valable : le *Code* ne donne qu'une liste partielle des infractions. Cette dimension permet également d'illustrer le problème de la taxinomie et des valeurs. En continuant de limiter le *Code criminel* aux crimes traditionnels, soit à tout ce que nous nous attendons à y trouver⁵⁴, n'affirmons-nous pas implicitement

que ces infractions sont pires que toutes les autres? Et ne nous attachons-nous pas à d'anciennes valeurs qui sont irrémédiablement dépassées? Si nous nous guidons sur les préjudices causés, ou même sur la moralité, il n'est pas possible de comparer, par exemple, la plupart des cas de vol de moins de 1 000 \$ avec les fraudes fiscales dont l'enjeu est probablement plus élevé. Le voleur cause un préjudice moins grave, est plus susceptible d'être attrapé et est probablement davantage dans le besoin, tandis que le fraudeur fiscal abuse de la confiance dont dépend tout notre système fiscal. De la même façon, on peut mettre en doute la comparaison entre une agression et des violations répétées des règlements sur la sécurité industrielle qui peuvent entraîner non pas un mais de nombreux décès. Pourtant, l'agression est un crime tandis que les violations n'en sont pas nécessairement. Notre système de classification a déterminé d'avance la question des préjudices et la gravité des conséquences.

3. «Certaines règles devraient être énoncées en termes plus généraux qu'elles ne le sont à l'heure actuelle».

On a soutenu que les règles actuelles sont trop précises, surtout en ce qui a trait à la définition donnée aux différentes formes d'élément moral.⁵⁵ On propose que le soi-disant élément moral des infractions devrait être examiné séparément de l'élément matériel, évitant ainsi la prolixité des adverbess qui décrivent actuellement la façon dont les actes doivent être commis pour constituer des infractions. De façon générale, on propose que la partie générale définisse plusieurs formes d'élément moral qui correspondent à peu près aux expressions «intentionnellement», «sciemment», «par insouciance» et «par négligence» et que ces quatre expressions servent ensuite à caractériser toutes les infractions. Toutefois, il faut se rappeler que le concept de *mens rea*, le soi-disant élément moral de l'infraction, n'est qu'un outil permettant de comprendre et de désigner la manière avec laquelle une personne a fait quelque chose. Ce n'est pas une fin en soi, et sa séparation de l'élément matériel est arbitraire. Après tout, les gens agissent comme ils pensent et pensent comme ils le font à un nombre infini de niveaux de conscience, et il est reconnu depuis longtemps qu'il est presque impossible de connaître l'état d'esprit de quelqu'un d'autre. On ne peut y arriver que par inférences et moyens détournés. Mais plutôt que de tenter de préciser la façon avec laquelle les choses ne devraient pas être faites, la nouvelle codification nous amène à des niveaux plus élevés de généralisation qui deviennent des règles de droit et non des règles de conduite.

À titre d'exemple de la manière dont cette catégorisation peut entraver l'objectif du droit pénal, prenons le cas des infractions relatives à des activités potentiellement dangereuses. Si nous caractérisons l'attitude morale avec laquelle l'activité dangereuse est exercée de la même façon qu'une activité inoffensive, nous ne tenons pas compte de la différence que représente l'augmentation du danger.⁵⁶ Si nous traitons de la même façon l'insouciance avec

laquelle est maniée une arme à feu chargée et l'insouciance dont quelqu'un fait preuve envers l'état de son compte de banque au moment de faire un chèque, nous arrivons à un résultat irrégulier puisque nous exigeons la même attention dans les deux cas, alors qu'il faudrait s'attendre à plus d'attention dans le premier cas, même si l'on peut dire que l'élément moral dans les deux cas est l'insouciance. Toutefois, si nous définissons l'insouciance comme un terme univoque, nous risquons de nous faire répondre que l'insouciance quant au maniement d'une arme à feu est semblable, aux yeux du droit pénal, à ce qui devient de la pure insouciance concernant l'état du compte de banque. Si nous devons retenir la distinction arbitraire et artificielle entre l'esprit et le corps -- et il n'est pas tout à fait clair que nous devrions le faire -- il semblerait infiniment plus approprié d'examiner les conditions relatives à l'élément moral de chaque infraction en termes des différentes façons possibles de commettre une infraction, plutôt que d'essayer de généraliser systématiquement différents états d'esprit abstraits. Il sera question plus loin d'un argument semblable concernant le concept d'«agression sexuelle par négligence».

4. «Les valeurs sociales devraient être exprimées clairement et intégrées dans le Code.»

Les auteurs du document cadre prétendent que c'est dans la jurisprudence et non dans les lois que se trouvent un grand nombre de valeurs sociales. Toutefois, ils soutiennent que les valeurs inscrites dans les dispositions législatives sont plus actuelles et, par conséquent, on doit leur accorder la préférence plutôt qu'aux valeurs contenues dans la jurisprudence. Cette position présente deux problèmes apparents : d'abord, l'un des arguments en faveur de la nouvelle codification est que les règles de droit devraient être inscrites dans le Code parce qu'elles sont difficiles à trouver dans la jurisprudence. Ainsi, les auteurs soutiennent la position contradictoire qui veut qu'on ait recours moins souvent à la jurisprudence, mais favorisent l'insertion des règles de droit dans un code. Deuxièmement, pouvons-nous supposer que les lois resteront «contemporaines» ou «qu'elles traduiront les valeurs sociales actuelles»? En fait, l'un des défenseurs de la nouvelle codification fait valoir exactement le contraire quand il fait ce commentaire si souvent repris : «En parcourant le Code actuel, on rencontre encore le fantôme de tous les maux sociaux que l'on croyait, à une certaine époque, être une menace pour le fondement même de la société canadienne.»⁵⁷ On se plaît souvent à dire que le Code n'a pas beaucoup changé depuis qu'il a été adopté pour la première fois. (Même si de toute évidence des modifications importantes ont été apportées au fond et à la procédure, par exemple, si on se reporte aux diverses révisions apportées en matière d'infraction d'ordre sexuel et de prostitution). En fait, la codification peut compliquer le processus de modification et réduire le pouvoir des législateurs à venir concernant la mise en oeuvre des modifications. Une nouvelle

disposition devra non seulement régler convenablement un problème social mais devra aussi le faire dans le cadre fourni par le Code actuel, comme il en a été question plus haut.

Si le projet de nouvelle codification ne visait pas seulement à adopter des valeurs dépassées qu'il prétend rejeter et s'il lançait carrément le débat sur les valeurs importantes, l'argument aurait un certain mérite. Cependant, comme on l'a mentionné plus haut, les seules valeurs qui semblent être en cause en ce moment se rapportent exclusivement au droit pénal en tant que système et non en tant que solution aux problèmes sociaux.

On parle donc d'uniformité, de cohérence, de logique, de maniabilité et de facilité de consultation plutôt que de valeurs qui traduisent les points de vue ou les conceptions sur les problèmes contemporains. L'uniformité et les autres qualités ne sont pas sans importance, mais elles soulèvent plusieurs problèmes en raison de la façon dont elles sont traitées dans la nouvelle codification.

Il est important que le rôle de ces valeurs systémiques soit reconnu pour ce qu'elles sont. Elles ne font pas référence au champ de l'activité sociale dans lequel nous plaçons l'activité criminelle; ces valeurs ne constituent des normes que pour le droit. Par conséquent, elles doivent demeurer secondaires aux principaux objectifs du droit pénal. Elles ne peuvent pas constituer les principaux objectifs d'un projet législatif parce qu'elles n'existent pas indépendamment mais dépendent entièrement de la façon dont la validité des questions est d'abord perçue.

Prenons comme exemple l'uniformité ou la compatibilité; des manques d'uniformité évidents peuvent être trompeurs. Ils peuvent exister parce qu'on avait mal traité la question au départ, ou parce qu'on ne peut se fonder sur rien pour comparer deux situations. Ce serait de fermer les yeux que d'éliminer simplement le manque d'uniformité sans chercher à résoudre le problème. Bien que l'uniformité et la logique internes du droit pénal soient nécessaires pour la légitimité du droit, l'approche pragmatique ne favoriserait pas ces qualités au dépend du contexte et permettrait de constater que même l'uniformité peut être conçue de différentes façons dans différents contextes.

Deux décisions de la Cour suprême du Canada peuvent servir d'exemples pour illustrer comment l'uniformité peut donner des résultats différents en fonction des valeurs en cause. Dans l'affaire *Lavallee*,⁵⁸ la Cour a statué que le sexe est pertinent pour déterminer ce qui est raisonnable en ce qui concerne le critère applicable à la légitime défense. On peut considérer cette décision comme une amélioration étant donné que jusqu'à ce moment le critère n'avait pas été appliqué de façon neutre, mais avait été fait selon une généralisation qui correspond plus à l'expérience masculine de la violence qu'à celle de la femme. Il s'ensuit que

les femmes ont le droit de se défendre et de protéger leur vie et leur sécurité physique dans un plus grand nombre de situations qu'auparavant. La modification de la règle a donné plus d'importance à la valeur de la protection des femmes contre la violence.

Comparons cette interprétation du caractère raisonnable avec celle de l'affaire *R. c. Hill*⁵⁹, dans laquelle une personne de sexe masculin de 16 ans a tué un homme plus âgé qui lui a fait des avances sexuelles. L'adolescent a invoqué en défense que les avances sexuelles l'avaient provoqué à tuer le défunt. Le moyen de défense fondé sur la provocation pour une accusation de meurtre exige d'abord que l'on détermine si une «personne ordinaire» aurait perdu la maîtrise de soi dans les circonstances. En l'espèce, la majorité a conclu qu'il fallait tenir compte du sexe, de l'âge et de la race de cette personne ordinaire hypothétique. Ainsi, dans cette affaire, en essayant de déterminer ce qu'aurait fait une «personne ordinaire» si elle s'était trouvée à la place de l'accusé, le jury aurait été en droit de se guider sur un adolescent ordinaire de 16 ans de sexe masculin. En d'autres termes, le caractère «ordinaire» qui n'est pas étranger au concept du caractère «raisonnable» devrait être interprété en fonction du sexe et de l'âge de l'accusé. On pourrait soutenir qu'on arrive au même résultat que dans l'affaire *Lavallee* et que les deux décisions sont compatibles. Toutefois, placées dans un contexte social, les deux critères se contredisent de manière fondamentale. Le critère, tel qu'il est interprété dans l'arrêt *Lavallee*, permettra aux femmes de se protéger et, par conséquent, la loi protégera davantage les femmes, tandis que le critère énoncé dans l'affaire *Hill* permettra probablement aux hommes d'invoquer la provocation comme moyen de défense dans les cas de meurtre d'une femme, puisqu'il est beaucoup plus probable qu'un homme tue une femme et invoque la provocation comme moyen de défense que l'inverse. Ainsi, l'arrêt *Hill* aura comme conséquence de réduire la protection que la loi accorde aux femmes. Si la valeur ultime est la protection des femmes, alors les deux décisions sont complètement incompatibles.

Un autre problème découlant du fait que l'on insiste sur ces valeurs internes est l'effet que cela aura sur les valeurs fondamentales. Si tout le droit est le reflet des valeurs sociales, et si toutes les règles de droit doivent être compatibles, alors toutes les valeurs sociales doivent être aussi compatibles. Nous nous retrouvons alors devant une hiérarchie de valeurs qui est absolue et déterminée d'avance, et qui peut donner des résultats indésirables. Par exemple, il peut y avoir des cas où une valeur comme la liberté d'expression d'une personne peut être jugée plus importante que la tranquillité d'esprit d'une autre personne. Dans d'autres cas, comme dans celui de la littérature haineuse, ce sera l'inverse. Je ne rejette pas l'idée qu'il soit possible de créer une hiérarchie de valeurs qui pourraient faire l'unanimité, mais il semble peu probable que nous puissions y arriver en ce moment, et nous ne devrions certainement pas croire qu'une telle hiérarchie

existe déjà. Il nous faudrait rouvrir le débat que la CRD a lancé au début des années 1970 et s'assurer qu'en cherchant un terrain d'entente, on tienne compte du point de vue de tous les groupes. Étant donné la difficulté que l'on éprouve à s'entendre sur les questions constitutionnelles, il est douteux que nous puissions régler rapidement la question des valeurs sociales existantes.

5. «Le Code devrait être conforme à la Charte.»

Finale­ment, les auteurs du document cadre laissent entendre que le Code n'est pas conforme à la Charte. Toutefois, les dispositions contenues dans la Charte qui pourraient être utiles à l'interprétation et à l'examen minutieux du Code n'ont pas encore été déterminées de façon concluante. Il est certain que la Cour suprême a déclaré invalides diverses dispositions pénales, notamment des dispositions portant sur l'inversion du fardeau de la preuve, mais l'approche de la Cour suprême n'entraîne pas nécessairement le rejet en bloc de toutes les dispositions d'inversion du fardeau de la preuve dans toutes les situations.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*⁶⁰ en dit long à ce sujet. Dans cet arrêt, la Cour a examiné le contenu de l'expression «principes de justice fondamentale». Elle a conclu qu'une disposition qui prévoyait l'emprisonnement d'une personne pour quelque chose dont elle n'avait aucune connaissance ou pour laquelle elle n'avait reçu aucun préavis était contraire aux principes de justice fondamentale. Cependant, la Cour a pris soin de préciser qu'elle n'énonçait pas une règle générale devant s'appliquer à toutes les circonstances. Elle a précisé que les principes de justice fondamentale devraient être déterminés dans chaque cas selon le contexte. Elle a refusé de faire une interprétation a priori de l'art. 7.

Cette philosophie d'une approche contextuelle s'oppose à celle qui est fondée sur la notion d'essence du droit pénal. Il s'agit d'une approche pratique qui reconnaît que même les valeurs fondamentales peuvent parfois changer ou s'opposer les unes aux autres dans des circonstances différentes et que, par conséquent, bien que nous puissions discerner les objectifs utiles du droit pénal, et des valeurs importantes qui ne devraient pas être rejetées à la légère, nous ne sommes pas toujours en mesure de prédire quelles valeurs ou quels objectifs devraient avoir préséance avant que ne surgisse un vrai problème. Bien qu'une approche contextuelle puisse donner du poids à des lignes directrices et à une hiérarchie des valeurs, elle permettrait d'éviter de leur donner un caractère immuable et absolu. Cette approche, bien appliquée, tiendra compte de tous les intérêts et perspectives en cause. La justice fondamentale devient alors non pas un ensemble de règles mais un énoncé d'objectif pour le genre de société dans laquelle nous voulons vivre.

Si nous adoptons cette approche en relation avec l'interprétation de l'art. 7, c'est-à-dire que les principes ne sont ni gravés dans le roc ni en attente d'une révélation, mais sont fonction du contexte, nous les retenons afin qu'ils nous rappellent de nous préoccuper des notions de justice et d'équité et le concept reste assez souple pour s'adapter aux notions de justice et d'équité en évolution. Ce que nous comprenons de la notion de justice fondamentale inscrite dans la Charte est donc que nos vues normatives du droit ne sont pas dictées par ce qu'étaient nos vues normatives auparavant, mais par ce qu'elles devraient être dans le contexte actuel. Il doit être clair que les législateurs et les Canadiens peuvent jouer un rôle de premier plan dans l'énonciation de principes et de valeurs qui serviront de lignes directrices pour les décisions judiciaires, un peu comme ce qui s'est produit avec les modifications apportées par le projet de loi C-49 aux dispositions du Code portant sur la protection des victimes de viol.

VII. ÉTUDE DE CAS

Les arguments présentés dans le présent document peuvent être illustrés par le débat qu'a soulevé l'adoption du projet de loi C-49. L'objectif de ce projet de loi était de lutter contre les stéréotypes sur les femmes victimes d'agressions sexuelles au cours du procès. Par de nombreuses modifications, il vise à faire disparaître l'idée que les femmes sont trompeuses dans les affaires sexuelles et l'idée que les femmes sont bonnes ou mauvaises selon leurs activités sexuelles. Il modifie également la définition du consentement en ce qui a trait aux relations sexuelles, en précisant certains cas où on ne peut pas simplement présumer qu'il y a eu consentement. Ce projet de loi a reçu un traitement exceptionnel puisqu'il a fait l'objet d'un appui unanime de tous les partis représentés au Parlement. Il a été généralement bien accueilli par les femmes et les groupes de femmes, ayant été rédigé à l'issue d'un processus de consultation qui a permis de rencontrer des femmes de races et de conditions variées.

Cependant, même si ce projet est devenu loi, il a été contesté avec véhémence sur la place publique pour plusieurs raisons. On a soutenu, par exemple, que l'objectif du projet de loi débordait du champ d'application du droit pénal, qu'il ne reconnaissait pas la nature biologique fondamentale de l'homme et de la femme, et qu'il n'était pas conforme aux principes abstraits attribués au droit pénal et à la justice. Que la discussion ait pris une telle ampleur montre à quel point nous parvenons difficilement à nous entendre sur l'objectif du droit pénal et sur les principales valeurs que celui-ci devrait véhiculer. Mais mon but est d'examiner de plus près la façon dont la structure de principes abstraits peut contribuer à faire échouer cette loi si nous insistons sur la nouvelle codification telle que nous la voyons à l'heure actuelle, ou si la Cour suprême du Canada adopte l'approche sur laquelle repose la codification.

On a prétendu que les restrictions quant au recours au comportement sexuel antérieur du témoin principal ainsi que les modifications de la loi quant à la croyance erronée au consentement étaient mauvaises parce qu'elles sont contraires aux principes de justice. Alan Brudner, un spécialiste du droit canadien, est de ceux qui soutiennent que le principe exigeant de l'accusé qu'il ait pris «toutes les mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait alors connaissance pour s'assurer du consentement» viole probablement la *Charte des droits et libertés*.⁶¹ Il a laissé entendre que cet article du projet de loi crée un crime qui est commis par négligence plutôt qu'à dessein ou par insouciance et que l'agression sexuelle «par négligence» ou «non intentionnelle» ne devrait pas entraîner les mêmes stigmates ou la même peine, en droit, que l'agression sexuelle intentionnelle. Il se fonde sur des décisions de la Cour suprême du Canada qui a déclaré invalides les dispositions relatives au meurtre réputé intentionnel et au meurtre concomitant d'une infraction majeure à la lumière de l'art. 7 de la *Charte*. Dans ces décisions, la Cour a traité de l'élément moral nécessaire pour commettre un meurtre, en précisant que rien de moins que l'intention de causer la mort pouvait être suffisant pour constituer un meurtre en raison des stigmates et de la peine liés au meurtre. Brudner, dans son argument, vise à généraliser cette application particulière de l'art. 7 aux infractions en matière d'agression sexuelle, en soutenant que l'agression sexuelle intentionnelle a, et devrait probablement, donner lieu à un des stigmates et une peine plus sévères que l'agression sexuelle commise par négligence, qui vient tout juste d'être déclarée illégale avec l'adoption du projet de loi C-49. Afin d'éviter la violation de ce principe, il faudrait récrire le projet de loi C-49, en établissant une distinction entre deux infractions : l'une qui est commise intentionnellement, où une personne a l'intention de commettre non seulement les actes de l'agression sexuelle mais a l'intention de le faire sans consentement et l'autre, où une personne ne porte simplement pas attention ou suffisamment d'attention pour savoir si oui ou non il y a eu consentement. La dernière infraction serait une infraction moindre et incluse par rapport à l'agression sexuelle intentionnelle et elle entraînerait moins de stigmates et une peine maximale moins sévère. Brudner a conclu en précisant que l'agression sexuelle par négligence ne serait pas un «véritable crime» mais seulement une «infraction d'ordre public» parce qu'aucun crime véritable ne peut avoir été commis quand l'élément moral n'est que la négligence.

Sa position est inadmissible parce qu'elle confirme l'idée qu'il est possible, par exemple, de violer quelqu'un par négligence, ce qui ne correspond pas à la réalité de la relation sexuelle. Il est difficile de s'imaginer un viol commis par mégarde. Il en arrive pourtant à ce résultat par sa façon d'envisager le problème, en divisant un simple acte en deux parties discrètes : un acte et une omission, et en examinant chaque partie séparément. Son argument nous laisse croire que ce n'est pas l'acte qui constitue le problème ou le crime mais seulement le fait de ne

pas avoir obtenu de consentement. Ainsi, il nous est permis de voir le problème comme un simple «manque de souci» ou une simple négligence, et alors d'établir des comparaisons avec d'autres infractions pour voir comment la «négligence» devrait être traitée par le droit pénal, et dans le cas présent, comment un acte tout à fait atroce peut en être réduit à une infraction «d'ordre public».

Il va sans dire que l'argument de Brudner est fidèle à la méthodologie pénale traditionnelle qui consiste à diviser les infractions en plusieurs éléments et à examiner chacun pour y déceler l'élément matériel et l'élément moral nécessaires. Toutefois, dans ce cas-ci, la méthode donne un curieux résultat et renvoie un message très singulier à ceux qui souhaiteraient être protégés contre les agressions sexuelles et aussi à ceux qui commettent une agression sexuelle par insouciance. Si cette approche se matérialisait en principe général dans une loi, le Parlement serait incapable de modifier ce message.

Si par contre nous ne séparons pas les éléments de cette infraction de façon abstraite, nous qualifierons l'infraction, dans le cas type d'une personne qui commet une agression sexuelle mais qui prétend s'être méprise quant au consentement, non pas comme étant commise par négligence mais à tout le moins commise par insouciance, en renvoyant ainsi un message très différent.

Ce choix de traiter une infraction différemment des autres infractions, comme je propose de le faire dans l'exemple, dépendra en dernière analyse de l'importante que nous accordons aux différentes valeurs. Si nous insistons sur le fait que les infractions doivent être considérées comme ayant des structures analogues sur le plan abstrait, nous n'accordons qu'une importance secondaire à la valeur que l'infraction vise à protéger. Dans le cas de l'agression sexuelle par négligence, nous donnerions préséance à la valeur méthodologique sur la valeur de protection des femmes, même si la méthodologie peut être considérée comme un principe de base du droit pénal. Ce qui est dangereux à propos de la façon dont l'argument est structuré, c'est qu'il ne nous fait pas voir la véritable décision de valeur qui doit être prise. Elle est enfouie sous les conjectures et les croyances qui ont servi à la création de ce que nous appelons maintenant un principe général. Le problème se situe dans la relation entre le projet de loi et une conception abstraite de ce qu'est le droit pénal, c'est-à-dire un système pur et impartial.

VIII. RÉSUMÉ DES PROBLÈMES

De façon générale, les modifications au droit pénal sont abordées avec prudence puisque tout changement au droit, et surtout au droit pénal, peut entraîner des changements inattendus dans d'autres parties du système. On peut s'attendre à ce que tout changement donne lieu à un grand nombre de litiges dont le coût social est élevé, et il est tout à fait possible qu'une nouvelle loi produise des effets directement opposés à ceux qui étaient projetés.⁶²

Bien qu'un projet de nouvelle codification puisse présenter des avantages, comme une analyse du traitement de l'intoxication volontaire en droit pénal et une amélioration de certaines fictions juridiques qui ont été poussées trop loin, ce genre de projet présente nécessairement de grands dangers que les précautions générales qui sont prises à l'égard des changements apportés au droit pénal ne suffisent pas à écarter.

1. La partie générale signifie l'imposition de critères normatifs à toutes les infractions, peu importe qu'elles soient fondamentalement différentes. Cette partie établira une égalité officielle parmi les contrevenants et les victimes qui n'est pas conforme à la réalité, et qui plus est, reprend les catégories avec lesquelles ou dans lesquelles nous «faisons» le droit pénal, même si elles sont des plus dépassées. Elle confond les principes avec les valeurs qu'ils sont censés représenter. Le projet de nouvelle structuration de la logique interne crée une superstructure ou une ossature qui ne tient pas compte des valeurs sociales et qui renferme certaines conceptions sociales, par exemple qu'il y a un lien entre un droit pénal fort et la sécurité. Les catégories et les limites des problèmes sont définies avant que les problèmes ne soient examinés. La pertinence et l'uniformité sont exprimées en termes absolus. Plusieurs auteurs ont démontré comment, en droit, le contrôle de ces paramètres initiaux permet de prédire le résultat.⁶³ Ils citent des exemples tirés de la jurisprudence canadienne où ces paramètres ont fait échec à des intérêts qui prenaient naissance, comme ceux des femmes, ou ont favorisé, par exemple, des intérêts commerciaux au dépens de la sécurité des personnes. Aussi longtemps que notre société sera en mouvement constant et qu'il existera des groupes et des personnes qui lutteront pour la reconnaissance de leurs droits et de leurs intérêts distincts, nous pouvons être assurés que leurs intérêts ne seront pas reconnus en raison de la façon dont nous présentons les problèmes, et non pas seulement à cause des réponses auxquelles nous arrivons.

2. La nouvelle codification ne tient nullement compte de la diversité du Canada. Bien qu'elle soit perçue comme un mélange de traditions anglaises et françaises en ce sens que le droit et la procédure sont surtout d'origine anglaise et que la codification est principalement de tradition française, elle n'envisage ni n'accommode les coutumes des Premières nations, et nous sommes grandement perdants en raison de cette lacune. Avant de procéder à la nouvelle codification, il faudrait songer par exemple à l'optique morale des Cris⁶⁴ selon laquelle il est préférable d'admettre sa culpabilité que de plaider non coupable, et au fait que cette idée est diamétralement opposée à notre procédure pénale actuelle. Le fait que le système nous encourage à nier notre culpabilité est sûrement improductif. Nous devrions nous demander

si nous ne devrions pas accorder plus d'importance que nous le faisons actuellement à la réconciliation entre le contrevenant et la victime qui pourrait encourager les accusés à plaider non coupable dans les situations qui s'y prêtent.

Ensuite, nous devons être conscients qu'à l'heure actuelle il y a un élan vers un système de justice autochtone, et nous devons nous demander comment il sera possible de faire coexister deux systèmes si leurs approches de la culpabilité et de la peine sont diamétralement opposées comme elles semblent l'être aujourd'hui. Ne serait-il pas préférable de voir comment le système actuel pourrait profiter des idéaux et des valeurs contenues dans les systèmes autochtones au lieu de rendre son application encore plus rigide?

Enfin, nous n'avons pas commencé à examiner comment les différences culturelles peuvent influencer sur les règles de fond du droit, notamment la définition des infractions et des moyens de défense et si elles devraient faire une différence. Les critères de la «personne raisonnable» qui ont fait leur apparition un peu partout en droit pénal ont été critiqués comme désignant un homme blanc, anglo-saxon, de la classe moyenne au moins, assez instruit, hétérosexuel et sans aucun handicap.

3. La nouvelle codification peut faire diminuer l'impulsion de faire des changements importants en supprimant plutôt qu'en résolvant les irrégularités. Comme Thomas Kuhn l'a expliqué, les changements types surviennent lorsque se multiplient les irrégularités d'une situation donnée.⁶⁵ Si nous supprimons ces irrégularités en déplaçant nos points de référence du comportement à la loi elle-même, nous réduisons nos chances de pouvoir trouver des solutions aux problèmes sociaux à moins que les solutions ne correspondent au cadre actuel. Le processus de réforme du droit pénal qui, nous l'espérons, est la réponse aux véritables problèmes sociaux, y compris aux problèmes créés par le droit pénal même, aura un effet limité si on permet qu'une hiérarchie de principes ait préséance sur des objectifs sociaux valables. Une approche qui tient compte du contexte ne sera pas adoptée. La solution fournie par le droit pénal aux problèmes sociaux restera dictée par un cadre de peines, et des programmes comme la déjuciarisation par la médiation, la réconciliation entre la victime et le contrevenant et la réhabilitation seront bloqués par l'opposition entre leurs objectifs et le modèle axé sur la peine. Une telle approche nous empêchera d'avoir une vue plus globale du droit pénal et des auteurs d'infractions criminelles.

4. Il faut également se méfier de l'illusion de progrès qui accompagne toute action. Nous croyons faire quelque chose et notre attention est détournée des problèmes plus complexes que nous avons mentionnés ci-dessus, sans parler des pertes de temps et d'argent qui en résultent.

5. L'un des présumés avantages de la nouvelle codification est que les gens ordinaires pourront consulter la loi plus facilement. Cependant, elle peut très bien avoir l'effet contraire, et en réalité augmenter le pouvoir des «experts» quant à l'interprétation de la loi — de façon, par exemple, à éviter que des incompatibilités y soient ajoutées — et à faire un examen minutieux des changements qui y sont apportés. Étant donné que la «pureté» du droit sera mise en cause, le pouvoir des représentants élus diminuera.

6. Même si le pouvoir discrétionnaire des juges a fait l'objet de nombreuses plaintes de tous les côtés⁶⁶, l'augmentation du nombre de dispositions législatives ne permettra pas de l'atténuer. La nouvelle codification exigera l'interprétation de nouvelles règles, qui n'étaient auparavant que des principes, et donc convaincants plutôt qu'obligatoires, et comme Twining et Miers l'ont précisé, l'interprétation des règles soulève le doute. Plus nous aurons de règles, plus le pouvoir discrétionnaire sera nécessaire à leur interprétation.

IX. CONCLUSION

L'élan de la nouvelle codification du droit pénal canadien ne semble pas être venu des «pressions du public» pour l'obtention d'un droit pénal plus compréhensible. Il ne vient pas de plaintes voulant que les directives au jury soient tellement compliquées que les coupables sont acquittés et que les innocents sont déclarés coupables. Nous devrions nous demander qui devrait bénéficier de la nouvelle codification et qui a participé aux consultations sur le sujet. S'il s'agit d'un exercice philosophique, ou d'un projet qui a créé ses propres besoins et son propre empire, ou encore d'une aubaine pour les étudiants en droit de première année et les avocats de la défense procéduriers, le coût dépasse largement tout avantage qu'il pourrait avoir, à en juger par la façon dont le projet est conçu à l'heure actuelle.

Le droit pénal n'a pas atteint la perfection. Bien que le pouvoir discrétionnaire des juges n'ait pas bien servi la cause des femmes ou des autres groupes traditionnellement désavantagés par l'histoire, la tendance de la codification actuelle est de nous resservir ce que le pouvoir discrétionnaire des juges nous a donné par le passé. La conversion des principes en règles ne fera que nous enchaîner davantage à nos imperfections actuelles. Les procès criminels soulèveront encore plus de doute et l'objectif ultime du droit pénal sera enseveli et perdu parce que nous nous concentrerons à tort sur le sujet secondaire du droit lui-même.

NOTES EN FIN DE DOCUMENT

1. Le fait que cette initiative de premier plan n'ait pas tellement suscité la contribution des femmes et des groupes autochtones pourrait, en lui-même, être à la source de préoccupations. La Commission de réforme du droit qui, avec d'autres organismes, s'est faite la championne du projet de nouvelle codification, n'a eu aucun dialogue continu ou exhaustif avec ni l'un ni l'autre de ces deux groupes et, dans la mesure où elle a tenu de tels dialogues, ceux-ci portaient plutôt sur des questions spécialisées que sur les points fondamentaux. La Commission n'a pas examiné la question de la justice applicable aux autochtones avant 1990 et même à cette époque, elle n'a pas cherché à savoir comment la nouvelle codification pourrait toucher les autochtones et n'a pas examiné le mouvement en faveur d'un système de justice distinct. [Commission de réforme du droit du Canada, *Les peuples autochtones et la justice pénale* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1991)]. De même, la Commission ne s'est pas renseignée quant à savoir comment, le cas échéant, le droit pénal pouvait toucher les femmes différemment des hommes. Il convient de souligner que les questions de droit pénal qui sont les plus importantes pour les femmes, à savoir l'agression sexuelle, la prostitution et la pornographie, ont été complètement écartées des rapports 30 et 31, qui contenaient les propositions de nouvelle codification de la Commission; leur étude a été remise à une date ultérieure. Les articles qui traitent de la protection qu'accorde le droit pénal aux femmes comprennent "Feminist Perspectives on Violence Against Women and Children: Psychological, Social Service and Criminal Justice Concerns" (1989/90), 3 *Can. J. Women & L.* 420; R.H. Mohr, "Sentencing as a Gendered Process: Results of a Consultation" (1990), 32 *Can. J. Crim.* 479; *Women and Criminal Justice Issues: Workshop Proceedings*, Pat File ed., (Ottawa : Association nationale de la femme et du droit, 1987).

2. Kathleen Freeman, "Legal Code and Procedure" in J.C. Smith and D.N. Weisstub *The Western Idea of Law*, (Toronto: Butterworths, 1983), p. 296.

3. Desmond H. Brown, *Genesis of the Criminal Code of 1892*, (Toronto: University of Toronto Press, 1989), p. 14.

4. Sanford Kadish, "The Model Penal Code's Historical Antecedents" (1988) 19 *Rutgers Law Journal* 525.

5. *Ibid.*, p. 522.

6. J.W. Mohr, "Criminal Law: Is There a Legal or a Social Logic Left for its Renewal?" *Crime Justice and Codification* (Toronto: Carswell, 1986), p. 31.

7. Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une nouvelle codification du droit pénal, vol. 1, rapport n° 30* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1986), p. 3 (appelé dans le présent mémoire Rapport n° 30).
8. Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une codification du droit pénal* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1976).
9. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal, Rapport au Parlement* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1976).
10. Commission de réforme du droit du Canada, *A Proposed New Criminal Code, "Evolutionary not Revolutionary"*, publication non datée, parue aux environs de 1987.
11. *Rapport n° 30*, p. 3.
12. Comme il en est question dans *Des responsabilités à assumer, Rapport du Comité permanent de la justice et du solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel*, D. Daubney, président (Ottawa : Approvisionnement et Services, 1988), p. 33 et 43.
13. Commission de réforme du droit du Canada, *La notion de blâme -- La responsabilité stricte, Document de travail n° 2*, (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1976), p. 4.
14. *Ibid.*, p. 5.
15. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal, Rapport au Parlement*, (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1976).
16. Voir la note 4 ci-dessus.
17. *Notre droit pénal*, p. 3 et 5.
18. *Ibid.*
19. *Ibid.*, p. 13.
20. *Ibid.*, p. 21.
21. Commission de la réforme du droit du Canada, *Les infractions sexuelles, Rapport n° 10* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1978).
22. *Ibid.*, p.18.

23. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1982), p. 5.
24. *Ibid.*, p. 20.
25. *Réformer la sentence - Une approche canadienne, Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1987).
26. *Ibid.*, p. 166.
27. *Des responsabilités à assumer, Rapport du Comité permanent de la justice et du solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel*, D. Daubney, président, (Ottawa : Approvisionnement et Services, 1988).
28. Des articles dont il est question dans la note 1 traitant de certains de ces problèmes. Parmi les études sur l'inégalité des sexes en droit pénal, mentionnons le rapport récent de la *Law Society of B.C.* intitulé *Gender Equality in the Justice System*; l'étude de Mona Brown intitulée *Gender Equality in the Courts, Criminal Law*, (Winnipeg : Manitoba Association of Women and the Law, 1990). Des documents traitant de la façon avec laquelle le système de justice pénale réagit à la violence faite aux femmes : *Is Anyone Listening, Report of the British Columbia Task Force on Family Violence*, (Victoria: Minister of Women's Equality, (1992). Il s'en trouve des exemples dans les motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Lavallee*, note 44 ci-dessous et dans les motifs de la juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.
29. Citons par exemple *The Report of the Donald Marshall Jr. Inquiry*, Enquête publique sur l'administration de la justice et les populations autochtones, note 64 ci-dessous.
30. *Rapport du groupe d'étude fédéral-provincial canadien sur La justice pour les victimes d'actes criminels* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1983).
31. J.S. Mohr, note 6, ci-dessus.
32. Tel que mentionné dans "S.C.C. relaxes thight Askov pre-trial time limits", *Lawyers' Weekly*, 10 avril 1992.
33. Voir par exemple à la p. 7 du document cadre : *Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada*.

34. Patrick Fitzgerald, "Criminal Law, Rationality and Justice", *Crime, Justice and Codification*, (Toronto : Carswell, 1986), p. 5 et 6.
35. J.S. Mohr, note 6, p. 35.
36. Leon Razinowicz et Roger Hood, *A History of English Criminal Law*, vol. 5, p. 702.
37. Voir les notes 49 à 52 ci-dessous.
38. George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Toronto: Little Brown and Co., 1978), p. 393.
39. Nicola Lacey, Celia Wells et Dick Meure, *Reconstructing Criminal Law*, (Londres : Weidenfeld and Nicholson, 1990), p. 4 et 5.
40. J.S. Smith, *The Neurotic Foundations of Social Order*, (New York : New York University Press, 1990), p. 69, 73 et 77 à 79.
41. Par exemple, bien que l'on puisse citer Blackstone comme autorité en ce qui concerne la théorie voulant que la négligence ne fasse pas partie du droit pénal, la jurisprudence n'est pas aussi claire à ce sujet. Il y a eu dissidence sur la question à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436. Quoi qu'il en soit, certains, notamment les auteurs de la proposition de recodification de l'Association du Barreau canadien (à la p. 12), prétendent que la négligence est un principe de droit pénal.
42. Fletcher, p. 394.
43. Par exemple : Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, (Londres : Routledge, 1989), p. 68 et suivantes.
44. *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S., 852.
45. *Ibid*, p. 120.
46. *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313.
47. *Lord Lloyd of Hampstead, Introduction to Jurisprudence*, (Toronto : Carswell, 1979), p. 86 à 88.
48. *Ibid*.
49. *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.
50. *Ibid*, p. 1302.

51. *Proprietary Articles Trade Association v. A.G. of Canada*, [1931] A.C. 310, [1931] 2 D.L.R. 1, [1931] 1 W.W.R. 552. (C.P.)
52. *Ibid.*, p. 9 du D.L.R.
53. Dans *Pour une nouvelle codification de la partie générale*, p. 8, les auteurs laissent entendre que le manque de logique du Code actuel rend son accès difficile au non-spécialiste.
54. La CRD a utilisé cette expression pour aider à définir le crime dans *La notion de blâme*, p. 4.
55. *Pour une nouvelle codification de la partie générale*, p. 8.
56. C. Boyle, *Sexual Assault* (Toronto : Carswell, 1984), p. 86.
57. Vincent del Buono, "Towards a New Criminal Code for Canada", (1986) 28 *Crim. L. Q.* 370, p. 370.
58. *Lavallee*, note 44.
59. *R. c. Hill*, note 46.
60. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.
61. Alan Brudner, "'I thought she meant yes' isn't good enough", *Globe and Mail*, Toronto, 27 janvier 1992
62. Citons en exemple l'art. 142, la première tentative de légiférer afin de protéger les victimes d'agression sexuelle, en vigueur entre 1975 et 1982, qui a enlevé au témoin principal le droit de ne pas répondre aux questions relatives à son comportement sexuel antérieur et a transformé en question fondamentale ce qui était une question accessoire, exposant ainsi le témoin principal à une intrusion encore plus grande au cours du procès.
63. M.J. Mossman, "Feminism and Legal Method: the Difference it Makes", (1986) 3 *Australian Journal of Law and Society* 30; David Cohen et Alan Hutchison "Of persons and property: the politics of Legal Taxonomy", (1990) 13 *Dalhousie Law Journal* 20.
64. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, Vol. 1, The Justice System and Aboriginal People*. (Winnipeg: Queen's Printer, 1991), p. 36 à 39.
65. Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (Chicago: University of Chicago Press, 1970)
66. Brudner, note 61.