



uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES
ET POSTDOCTORALES



FACULTY OF GRADUATE AND
POSTDOCTORAL STUDIES

Simon Roy

AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

LL.D.

GRADE / DEGREE

Faculté de droit

FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

La Communication de la norme pénale et la légitimité de la peine

TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

André Jodouin

DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

EXAMINATEURS (EXAMINATRICES) DE LA THÈSE / THESIS EXAMINERS

Nathalie Des Rosiers

Hélène Dumont

Rachel Groudin

Alvaro Pires

Gary W. Slater

LE DOYEN DE LA FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTDOCTORALES /
DEAN OF THE FACULTY OF GRADUATE AND POSTDOCTORAL STUDIES

LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE ET LA
LÉGITIMITÉ DE LA PEINE

SIMON ROY

Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention du
doctorat en droit (LL.D.)

8 juillet 2005



Library and
Archives Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Published Heritage
Branch

Direction du
Patrimoine de l'édition

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*

ISBN: 0-494-11016-3

Our file *Notre référence*

ISBN: 0-494-11016-3

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.


Canada

RÉSUMÉ

En droit canadien, la légitimité de la peine est notamment fondée sur le caractère volontaire de la transgression commise par le justiciable. Rappelons qu'un geste sera jugé volontaire s'il est posé en toute connaissance de cause par son auteur. Ce fondement de la légitimité de la sanction pénale est compromis dans les cas où l'infraction commise par le justiciable résulte de son ignorance de la norme pénale. En théorie, la communication de la norme pénale par l'État permet d'assurer la légitimité de la peine, car elle offre au justiciable l'opportunité de prendre connaissance de la norme pénale. En pratique, le processus canadien en matière de communication de la norme pénale s'avère incapable d'informer convenablement le justiciable et donc, de légitimer la peine. Deux motifs justifient cette conclusion.

D'une part, l'étude du droit canadien, du droit français et du droit sud-africain révèle que le droit canadien relatif à la communication de la norme pénale n'a pas su s'adapter à la prolifération des normes légales. Il en résulte un droit composé d'une série d'exceptions visant à pallier la désuétude de son principe général.

D'autre part, le processus canadien de communication de la norme pénale va à l'encontre de nombreux principes de base élaborés par les sciences de la communication. La consultation d'un modèle théorique de la communication de la norme pénale nous indique que le droit actuel ne met pas suffisamment l'accent

sur le rôle de l'État et refuse de prendre en considération le taux d'échec inhérent à la communication humaine.

Bien entendu, il est possible d'améliorer sensiblement l'efficacité du processus canadien de communication de la norme pénale, notamment en imposant à l'État une obligation de communiquer efficacement celle-ci. Cette amélioration ne saurait toutefois éliminer complètement les cas d'infractions commises en raison de l'ignorance de la norme pénale. Devant l'impossibilité de légitimer l'imposition d'une peine dans ces cas, l'État devrait renoncer à punir le justiciable qui contrevient, de bonne foi, à la norme pénale.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
1. Le lien entre la communication de la norme pénale et la légitimité de la peine	7
2. Les limites de notre sujet d'étude	10
3. L'état actuel de la recherche sur la communication de la norme pénale	13
4. Les considérations méthodologiques propres à notre étude	15
5. Un aperçu du contenu de notre étude	17

PARTIE I : LE PROCESSUS DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE AU CANADA ET À L'ÉTRANGER

1. LE DROIT CANADIEN EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE	21
1.1. Les obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale	22
1.1.1. Une première obligation pour l'État : créer des normes pénales prospectives	27
1.1.2. Une seconde obligation pour l'État : consigner les normes pénales par écrit	30
1.1.3. Une troisième obligation pour l'État : édicter des normes pénales précises	35

1.1.3.1.	<i>La norme de précision applicable aux infractions prévues par une loi qui ne met pas en jeu les droits constitutionnels de l'accusé</i>	39
1.1.3.2.	<i>La norme de précision applicable aux infractions prévues par une loi qui met en jeu les droits constitutionnels de l'accusé</i>	42
1.1.3.3.	<i>La norme de précision applicable aux infractions prévues par un règlement</i>	46
1.1.4.	Une quatrième obligation pour l'État : procéder à la publication des normes pénales	50
1.1.4.1.	<i>L'obligation de publier les normes pénales fédérales</i>	51
1.1.4.2.	<i>L'obligation de publier les normes pénales provinciales</i>	55
1.2.	Les obligations du justiciable en matière de communication de la norme pénale	62
1.2.1.	Les sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale	63
1.2.1.1.	<i>Les sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit fédéral</i>	65
1.2.1.2.	<i>Les sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit provincial</i>	70
1.2.2.	Le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale	75
1.2.3.	Quelques caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable	80
1.2.3.1.	<i>L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale</i>	81
1.2.3.2.	<i>La nécessité de distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait</i>	83
1.2.3.3.	<i>La nécessité de distinguer l'erreur de droit pénal de l'erreur de droit privé</i>	85
1.2.3.4.	<i>La reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité</i>	88
1.2.3.5.	<i>Le rejet de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux</i>	97

1.3. Un bilan préliminaire du processus canadien de communication de la norme pénale	105
1.3.1. Les aspects positifs de la solution canadienne	105
1.3.1.1. <i>L'ingéniosité des juristes canadiens</i>	106
1.3.2. Les lacunes de la solution canadienne	106
1.3.2.1. <i>La complexité du droit en matière de communication de la norme pénale</i>	107
1.3.2.2. <i>L'insuffisance du devoir de précision imposé à l'État</i>	109
1.3.2.3. <i>La possible inconstitutionnalité de l'article 19 du Code criminel</i>	112
2. LE DROIT FRANÇAIS EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE	119
2.1. Les obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale	120
2.1.1. Une première obligation pour l'État : créer des normes pénales prospectives	122
2.1.2. Une seconde obligation pour l'État : consigner les normes pénales par écrit	124
2.1.3. Une troisième obligation pour l'État : édicter des normes pénales précises	127
2.1.4. Une quatrième obligation pour l'État : procéder à la publication des normes pénales	130
2.2. Les obligations du justiciable en matière de communication de la norme pénale	134
2.2.1. Un rappel historique	135

2.2.1.1.	<i>De la sévérité de l'ancien droit...</i>	136
2.2.1.2.	<i>...à un léger relâchement sous le nouveau Code ?</i>	138
2.2.2.	Le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale	140
2.2.3.	Quelques caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable	147
2.2.3.1.	<i>L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale</i>	147
2.2.3.2.	<i>La nécessité de distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait</i>	149
2.2.3.3.	<i>Le traitement identique de l'erreur de droit pénal et de l'erreur de droit privé</i>	151
2.2.3.4.	<i>La reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité</i>	152
2.2.3.5.	<i>Une attitude prudente face à l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux</i>	155
2.3.	Un bilan du processus français de communication de la norme pénale	159
2.3.1.	Les aspects positifs de la solution française	159
2.3.1.1.	<i>L'importance accrue du texte de loi</i>	159
2.3.1.2.	<i>La prise en compte de l'erreur de droit par le biais de la notion d'imputabilité morale de l'infraction</i>	160
2.3.2.	Les lacunes de la solution française	162
2.3.2.1.	<i>L'insuffisance des obligations de l'État</i>	162
2.3.2.2.	<i>L'interprétation restreinte de la notion d'erreur inévitable</i>	163
2.3.2.3.	<i>L'impact possible de l'erreur de droit sur l'élément mental de l'infraction</i>	164

3. LE DROIT SUD-AFRICAIN EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE	167
3.1. Les obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale	170
3.1.1. Une première obligation pour l'État : créer des normes pénales prospectives	171
3.1.2. Une seconde obligation pour l'État : consigner les normes pénales par écrit	173
3.1.3. Une troisième obligation pour l'État : édicter des normes pénales précises	174
3.1.4. Une quatrième obligation pour l'État : procéder à la publication des normes pénales	177
3.2. Les obligations du justiciable en matière de communication de la norme pénale	178
3.2.1. Un rappel historique	178
3.2.1.1. <i>Une position orthodoxe avant De Blom</i>	179
3.2.1.2. <i>Une solution inédite depuis De Blom</i>	180
3.2.2. Le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale	182
3.2.3. Quelques caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable	185
3.2.3.1. <i>L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale</i>	186
3.2.3.2. <i>Le traitement identique de l'erreur de droit et de l'erreur de fait</i>	190
3.2.3.3. <i>Le traitement identique de l'erreur de droit pénal et de l'erreur de droit privé</i>	191
3.2.3.4. <i>L'abandon du concept d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité</i>	191

3.2.3.5. <i>La reconnaissance de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexactes d'un juriste ou aux jugements des tribunaux</i>	192
3.3. Un bilan du processus sud-africain de communication de la norme pénale	194
3.3.1. Les aspects positifs de la solution sud-africaine	195
3.3.1.1. <i>La position sud-africaine et la notion philosophique de blâme</i>	195
3.3.1.2. <i>Les conséquences pratiques de l'arrêt De Blom</i>	197
3.3.1.3. <i>La simplicité du droit sud-africain suite à l'arrêt De Blom</i>	199
3.3.2. Les lacunes de la solution sud-africaine	200
3.3.2.1. <i>L'insuffisance des obligations de l'État</i>	201
3.3.2.2. <i>Le traitement de l'erreur de droit dans le contexte des infractions de responsabilité absolue</i>	202
3.3.2.3. <i>L'impact de la reconnaissance de l'erreur de droit sur les justifications et les excuses</i>	203
3.3.2.4. <i>Les réticences de la doctrine et de la jurisprudence</i>	204
4. CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES QUANT À LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE	208
4.1. Le besoin commun de repenser la vision traditionnelle de la communication de la norme pénale	209
4.2. La similarité des résultats dans les trois systèmes	211
4.3. Le déséquilibre entre l'obligation du justiciable et les obligations de l'État	213

PARTIE II : UN PROCESSUS DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE INSPIRÉ PAR LES SCIENCES DE LA COMMUNICATION

1. QUELQUES NOTIONS DE BASE EN MATIÈRE DE COMMUNICATION	221
1.1. Qu'est-ce que la communication ?	221
1.1.1. La communication au sens général	222
1.1.1.1. <i>L'information : raison d'être de la communication</i>	224
1.1.2. L'intérêt de la légistique	225
1.2. Les particularités de la communication de la norme pénale	228
1.2.1. La communication de la norme pénale est formelle et autoritaire	228
1.2.2. L'auditoire visé par la communication de la norme pénale est vaste et variable	230
1.2.3. La communication de la norme pénale est un processus continu	231
1.2.4. La communication de la norme pénale nécessite l'utilisation d'un langage spécialisé	232
1.3. Les modèles théoriques de la communication	233
1.3.1. Le modèle langagier de Jakobson	234
1.3.2. Le modèle sociologique de Riley et Riley	239
1.3.3. Le modèle linéaire de Lasswell	245
1.3.4. Le modèle mécaniste de Shannon	250

2. REPENSER LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE À PARTIR D'UN MODÈLE THÉORIQUE	257
2.1. La source de l'information juridique pénale	258
2.1.1. Qui est la source de la communication de la norme pénale ?	259
2.1.2. Quel est le rôle exact de la source d'informations ?	262
2.2. L'encodage de l'information juridique pénale	265
2.2.1. L'encodage de la nécessaire complexité de la norme pénale	266
2.2.2. Le mirage d'un code juridique commun	271
2.3. Le choix du canal de transmission de la norme pénale	277
2.3.1. Les critères permettant de diriger la recherche d'un canal adéquat	278
2.3.2. L'évaluation des actuels canaux de transmission de l'information pénale	281
2.3.2.1. <i>La transmission du message pénal par les employés gouvernementaux</i>	281
2.3.2.2. <i>L'inefficacité des journaux officiels et des décisions judiciaires</i>	282
2.3.3.3. <i>Le recours aux services des juristes</i>	283
2.4. La notion de message	286
2.4.1. La déformation du message par le bruit technique	287
2.4.2. La mutation du message attribuable à sa désuétude	290
2.5. Le décodage de la norme pénale	294
2.5.1. L'impact néfaste du bruit sémantique	296

2.5.2.	Apprendre à composer avec le bruit sémantique	300
2.5.2.1.	<i>Le métalangage : une méthode paradoxale mais efficace</i>	300
2.5.2.2.	<i>L'interprétation téléologique : sortir du message pour en pallier l'incertitude</i>	303
2.6.	La réception de l'information pénale	306
2.6.1.	L'assimilation stratégique de la norme pénale par le justiciable	307
2.6.1.1.	<i>Le rôle de la connaissance diffuse</i>	309
2.6.1.2.	<i>Le rôle de la connaissance sélective</i>	311
2.6.2.	L'impact de la communication par étages	312
3.	DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE : UNE NOUVELLE CONCEPTION DE LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE	318
3.1.	La création d'une obligation de communiquer la norme pénale	321
3.1.1.	Pourquoi créer une obligation de communiquer la norme pénale ?	322
3.1.2.	Le contenu de l'obligation de communiquer la norme pénale	326
3.1.2.1.	<i>Quelques règles à respecter pour communiquer efficacement la norme pénale</i>	327
3.1.3.	L'intégration de l'obligation de communiquer la norme pénale au système actuel	339
3.2	Les limites d'une amélioration de la communication de la norme pénale	347
CONCLUSION		351

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES **359**

LISTE DES FIGURES **378**

**LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE
ET LA LÉGITIMITÉ DE LA PEINE**

INTRODUCTION

Malgré le développement fulgurant des outils modernes de communication, l'ignorance des normes pénales demeure une réalité pour bon nombre de justiciables canadiens.¹ En effet, le justiciable moyen éprouve de la difficulté à trouver la norme pénale applicable et, lorsqu'il y parvient, il est souvent incapable d'en comprendre le sens.²

Il faut dire que la multiplication exponentielle des normes juridiques a singulièrement compliqué la tâche de celui qui veut prendre connaissance de la norme pénale. Au dernier décompte, le droit canadien comptait plusieurs dizaines de milliers d'infractions criminelles ou pénales.³ Au Québec, pour ne prendre qu'un exemple, le justiciable est soumis à des normes pénales fédérales,

¹ Pour des données à ce sujet, on peut consulter les résultats de l'étude menée par Peter Bowal : BOWAL, P., « A Study of Lay Knowledge of Law in Canada », (1998) 9 *Ind. Int & Comp. L. Rev.*, 121. Ajoutons toutefois que le problème de l'ignorance de la norme pénale ne se limite pas au Canada. Pour un aperçu global de la situation, voir ALLOTT, A., *The Limits of Law*, Butterworths, Londres, 1980, 73-81 et DELMAS-MARTY, M. *Le flou du droit*, Quadrige/PUF, Paris, 2004, p. 55 et ss.

² Notons qu'en droit canadien, l'erreur quant à la norme pénale peut résulter de l'ignorance de son existence ou d'une compréhension erronée de son contenu : *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356, 362-63.

³ En 1976, la Commission de réforme du droit du Canada évaluait à plus de 40 000 le nombre d'infractions pénales canadiennes et ce, en excluant les infractions pénales municipales : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1976, p. 12. Moins de dix ans plus tard, soit en 1983, le ministère de la Justice du Canada relevait l'existence de 97 000 infractions dans les seules lois fédérales : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, Document de travail n° 51, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1986, p. 43. Quoiqu'il en soit, le nombre d'infractions pénales au Canada est « tout simplement ahurissant » : *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 67.

provinciales et municipales. Leur nombre est si élevé que les cours universitaires de droit pénal ne font pas mention de la plupart d'entre elles. Il est d'ailleurs universellement admis qu'il est impossible qu'un justiciable puisse connaître l'ensemble des normes pénales en vigueur.⁴

Ce constat n'est pas sans conséquence sur la légitimité de la sanction pénale, car la dogmatique pénale canadienne justifie moralement la punition du justiciable qui contrevient, en raison de son ignorance de celle-ci, à la norme pénale en postulant, notamment, que cette ignorance est intrinsèquement fautive.⁵ Il est vrai qu'il ne s'agit pas là du seul argument avancé pour justifier l'imposition d'une peine dans les cas d'ignorance de la norme pénale. Au fil des ans, la doctrine a aussi tenté de justifier un tel résultat en invoquant des considérations sociales prédominantes.⁶ Toutefois, le caractère répréhensible de l'ignorance de la norme pénale est le seul fondement qui fait appel à la faute du justiciable. Si ce fondement s'avère erroné, c'est donc la légitimité morale de la peine qui se trouve remise en question.

⁴ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 12 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵ STUART, D., *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3^e éd., Carswell, Scarborough, 1995, p. 295-298, cité avec approbation par le juge Lamer dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 5; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1098.

⁶ L'auteur Don Stuart souligne les considérations suivantes : « Allowing a defence of ignorance of the law would involve the courts in insuperable evidential problems. [...] It would encourage ignorance where knowledge is socially desirable. [...] Otherwise every person would be a law unto himself, infringing the principle of legality and contradicting the moral principles underlying the law. » : STUART, D., *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3^e éd., Carswell, Scarborough, 1995, p. 295-298, cité avec approbation par le juge Lamer dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 5. Voir au même effet CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1098. On notera que les justifications avancées en droit étranger s'avèrent essentiellement similaires : HALL, J., Comment on Error Juris, (1976) 24 *Am. J. Comp. Law*, 680; HOLMES, O. W., *The Common Law*, Little & Brown, Boston, 1956, p. 47-48.

C'est cette atteinte à la légitimité de la peine dans les cas d'ignorance de la norme pénale qui constitue le point de départ de notre réflexion. Plus spécifiquement, nous nous sommes intéressé aux arguments pouvant justifier l'exercice du pouvoir de punir de l'État dans une société où l'ignorance de la norme pénale atteint des proportions significatives.⁷ Nous en sommes venu à la conclusion qu'un processus de communication de la norme pénale adéquat pourrait parfois renforcer la légitimité de l'imposition d'une sanction pénale au contrevenant. En effet, un État qui communique convenablement les normes pénales en vigueur aux justiciables peut, par la suite, légitimement punir le contrevenant qui n'a pas fait les efforts nécessaires pour en prendre connaissance. Autrement dit, l'ignorance de la norme pénale peut parfois s'avérer fautive mais à la condition que l'État ait procédé, en temps opportun, à une communication suffisante de la norme en question.

Ce raisonnement nous a naturellement amené à étudier le processus de communication de la norme pénale au Canada afin de vérifier si son niveau d'efficacité pouvait justifier l'imposition d'une sanction pénale malgré l'ignorance, par le contrevenant, de la norme applicable. Or, il nous a semblé, à prime abord, que le processus de communication de la norme pénale actuellement en vigueur au Canada est si imparfait qu'il atténue la légitimité de l'imposition d'une sanction pénale plutôt que de la renforcer. En effet, le justiciable éprouve de la difficulté à trouver la norme pénale applicable et, s'il parvient à la trouver, il est alors incapable d'en comprendre le sens.

Nous tenterons, par ce travail, de confirmer cette première impression. Notre thèse traitera donc de la communication de la norme pénale dans une

optique de légitimité de la sanction pénale. De façon plus précise, nous étudierons la façon dont le droit canadien encadre la communication de la norme pénale afin d'être en mesure de déterminer si cela renforce ou atténue la légitimité de l'imposition de la sanction pénale.

Évidemment, la présente étude prend la forme d'une thèse et, à l'instar de tout travail de cette nature, elle vise principalement à vérifier une hypothèse de travail. Bien que notre hypothèse de départ puisse vraisemblablement se déduire des quelques paragraphes qui précèdent, il importe néanmoins de la formuler explicitement. Tout au long des pages qui suivent, nous essayerons de démontrer que le processus de communication de la norme pénale actuellement en vigueur au Canada est foncièrement inadéquat. En conséquence, nous postulons qu'un changement dans notre conception de la communication de la norme pénale s'impose afin de tenir compte de la nécessité d'imposer des sanctions pénales légitimes.

Avant d'attaquer de front la démonstration de cette thèse, il convient de traiter de quelques questions préliminaires susceptibles de mettre notre propos en contexte. En effet, il serait prématuré d'entrer dans le vif du sujet sans avoir, au préalable, discuté du lien qui existe entre la communication de la norme pénale et la légitimité de la sanction étatique. Nous serons ensuite en mesure de délimiter les contours de notre sujet, puis de présenter l'état actuel des recherches sur la question. Nous pourrions finalement clore notre introduction en précisant les considérations méthodologiques propres à notre étude et en exposant notre plan de travail.

⁷ BOWAL, P., « A Study of Lay Knowledge of Law in Canada », (1998) 9 *Ind. Int & Comp. L. Rev.*, 121, 124.

1. LE LIEN ENTRE LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE ET LA LÉGITIMITÉ DE LA PEINE

La principale prémisse de notre thèse est à l'effet qu'une communication efficace des normes pénales constitue une condition essentielle mais non suffisante à la légitimité de la sanction étatique des violations à ces normes pénales. Il est donc primordial d'expliquer dès le départ la nature du lien qui unit ces deux éléments.

La pertinence de l'étude du processus de communication de la norme pénale dans le contexte de la légitimité de la peine tient à l'importance du résultat visé par ce processus, soit l'acquisition d'un savoir juridique par le justiciable. En effet, le savoir juridique en matière pénale permet au justiciable de prévoir le champ d'application potentiel de la norme pénale et donc, d'adapter sa conduite future en conséquence.⁸ Autrement dit, le justiciable pourra, une fois informé des conséquences pénales d'un geste donné, agir de façon à favoriser les résultats qu'il désire tout en évitant ceux qui lui apparaissent néfastes. Grâce à la communication de la norme pénale, on pourra soutenir que le choix d'actions d'un justiciable sera effectué en toute connaissance de cause.

C'est cette possibilité qu'a le justiciable informé de faire un choix éclairé qui nous permet de faire un lien entre la communication de la norme pénale et la légitimité de la peine. Comme nous le savons, la notion de dignité inhérente de

⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 632 et ss. À ce sujet, ajoutons que le philosophe français Auguste Comte capture habilement les liens étroits entre le savoir, la prévisibilité et le pouvoir lorsqu'ils affirment qu'il faut «savoir pour prévoir et prévoir pour pouvoir ».

l'être humain est au cœur du système juridique canadien.⁹ En droit pénal, plus spécifiquement, le respect de la dignité humaine joue un rôle de premier plan dans la détermination des conditions de la responsabilité du contrevenant. En effet, la dignité humaine exige que seul un acte volontaire, donc résultant de l'exercice du libre arbitre du contrevenant, puisse donner lieu à l'imposition légitime d'une sanction pénale.¹⁰ Or, saint Thomas d'Aquin nous enseigne que l'acte dû à l'ignorance des circonstances particulières qui l'entourent ne saurait automatiquement être qualifié de volontaire :

Il y a d'autres causes, au contraire, qui inclinent la volonté à pécher en dehors de sa nature et de son ordre propres, alors qu'il lui est naturel de se mouvoir d'elle-même en toute liberté selon le jugement de la raison. Ce sont les causes qui diminuent le jugement de la raison, comme l'ignorance, ou celles qui diminuent le libre mouvement de la volonté, comme l'infirmité, la violence, la crainte, etc. De telles causes diminuent le péché comme elles diminuent le volontaire, tellement que si l'acte devient tout à fait involontaire, il n'a plus raison de péché.¹¹

Dans ce contexte, on peut conclure que le caractère volontaire de l'acte et, par ricochet, la légitimité de l'imposition de la sanction étatique, deviennent tributaires du niveau de connaissance juridique du contrevenant.¹²

⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

¹⁰ *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 47. Voir aussi HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 22-23 et FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1978, 735-36.

¹¹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique – seconde partie*, 1273, quest. 73, art. 6., version électronique disponible sur le site <http://wikisource.org/wiki/> (site consulté le 1^{er} septembre 2004). Toujours au sujet du rôle de la connaissance sur la responsabilité, voir aussi ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Coll. GF, Flammarion, Paris, 1992, p. 84.

¹² PARENT, H., « L'imputabilité pénale : mort d'un mythe, naissance d'une réalité », (2001) 35 *R.J.T.* 191, 230. Pour une analyse détaillée des liens entre la connaissance

Traditionnellement, le droit pénal canadien reconnaît ce lien étroit entre la connaissance de la norme et la légitimité de la sanction mais contourne la nécessité d'établir le niveau de connaissance légale du justiciable en postulant que l'ignorance de la norme pénale constitue une faute suffisante pour justifier, au plan moral, l'imposition d'une peine.¹³ Comme nous l'avons mentionné précédemment, un tel raisonnement prête toutefois le flanc à la critique dans un contexte où la communication de la norme pénale n'est pas efficace. En effet, l'État peut difficilement reprocher au contrevenant de ne pas avoir fait les efforts nécessaires pour prendre connaissance de la norme pénale s'il n'a pas, d'abord, tenté de communiquer efficacement sa norme pénale. Le caractère intrinsèquement fautif de l'ignorance de la norme étant dès lors remis en question, il faudra nécessairement fonder la légitimité de la sanction pénale du contrevenant qui ignore la norme sur un argument plus solide. Tel que nous l'avons déjà mentionné, cela supposera probablement une analyse de l'efficacité du processus de communication de la norme pénale, soit le sujet même de notre thèse.

Maintenant que nous avons précisé la nature du lien qui unit les notions de communication de la norme pénale et de légitimité de la peine, il convient de délimiter un peu mieux notre sujet d'étude.

et la responsabilité pénale en droit canadien, le lecteur pourra aussi consulter les autres textes du professeur Hugues Parent sur le sujet : PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 C. de D. 53; PARENT, H., *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Éditions Thémis, Montréal, 2001; PARENT, H., *Traité de droit criminel*, Tome I, Éditions Thémis, Montréal, 2003.

¹³ STUART, D., *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3^e éd., Carswell, Scarborough, 1995, p. 295-298, cité avec approbation par le juge Lamer dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 5.

2. LES LIMITES DE NOTRE SUJET D'ÉTUDE

Une bonne façon de délimiter un sujet d'étude est de le décrire par la négative. Commençons donc par préciser ce qui ne fera pas l'objet de notre thèse.

Nous ne traiterons pas, d'une part, des enjeux politiques entourant la légitimité des actions étatiques, car ce sujet déborde largement le cadre du droit pénal.¹⁴ Pour les fins du présent travail, nous postulons simplement qu'il s'avère souhaitable que l'imposition d'une sanction pénale apparaisse comme étant légitime compte tenu des circonstances particulières en cause.

D'autre part, nous n'avons pas non plus l'intention d'élaborer une théorie de la constitutionnalité des normes pénales. Il est vrai que nous allons examiner en détail l'impact du principe de légalité en droit pénal, car le processus canadien de communication de la norme pénale se base essentiellement sur ce principe. Il demeure toutefois que notre thèse ne porte pas sur la légalité des normes pénales mais bien sur les conditions propices à assurer la légitimité de leur application dans un contexte où la question de l'ignorance de la norme pénale se pose. C'est d'ailleurs l'une de ces conditions, soit la communication de la norme pénale, qui se trouve au cœur de notre étude.

¹⁴ Nous laisserons notamment de côté l'étude des implications de la théorie de Jurgen Habermas sur le recours à la communication dans la société civile. Pour plus de détails à ce sujet, voir HABERMAS, J., *The Theory of Communicative Action : Reason and the Rationalization of Society*, Vol. 1, Beacon Press, Boston, 1985 et HABERMAS, J., *The Theory of Communicative Action : Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Vol. 2, Beacon Press, Boston, 1985.

Cela dit, affirmer laconiquement que notre étude traite de la communication de la norme pénale ne saurait suffire pour en délimiter précisément l'objet. Comme nous le verrons plus loin, la source première de confusion en matière de communication est sans contredit la texture ouverte du langage. Dans cette optique, nous croyons opportun de mieux définir l'expression « communication de la norme pénale » en nous attardant à chacun des mots qui la composent.

Débutons tout d'abord par la communication. En utilisant ce terme, nous voulons désigner le processus de transfert d'informations entre l'État et le justiciable. Ces transferts de données peuvent être effectués de plusieurs façons, notamment par la distribution de dépliants explicatifs, par la diffusion de messages radiophoniques ou télévisés, par la mise en disponibilité de fonctionnaires ayant pour principale tâche de répondre de vive voix aux questions des justiciables, etc. En théorie, ce processus de communication résulte en l'acquisition de connaissances pour le justiciable. En pratique, ce résultat varie, comme nous allons le voir un peu plus loin, selon la qualité du processus de communication

Évidemment, ce n'est pas la communication au sens large qui nous intéresse mais bien la communication d'une norme. Dans le cadre de ce travail, le sens du mot norme est circonscrit à la notion de norme juridique. Celle-ci peut toutefois être créée par le biais de divers moyens, notamment la loi, le règlement et la décision judiciaire. Cette multiplicité de sources de la norme pénale explique d'ailleurs pourquoi nous préférons utiliser l'expression « communication de la norme » au lieu de « communication de la loi ». À nos yeux, le sens plus large du vocable norme reflète la diversité des sources de la règle pénale.

Ajoutons toutefois que ce n'est pas la communication de toutes les normes juridiques qui fera l'objet de la présente étude. En effet, seule la communication

des normes de nature pénale sera analysée, ce qui exclut toutes normes dont la transgression ne saurait mener à l'imposition d'une pénalité par l'État.¹⁵ En revanche, nous incluons dans la notion de norme pénale toutes les normes créatrices d'infractions, qu'il s'agisse d'infractions de nature réglementaire ou criminelle. Nous incluons aussi les normes pénales qui, bien que ne créant pas explicitement une infraction, affectent néanmoins implicitement la détermination de la légalité d'une conduite donnée. Les normes relatives à la défense de légitime défense sont un bon exemple de ce second type de normes pénales.

Avant de clore notre propos quant aux limites du présent travail, il importe de préciser que notre étude de la question de la communication de la norme pénale, bien qu'elle porte principalement sur le droit canadien, s'attaque à un problème commun à plusieurs systèmes juridiques. En effet, le processus canadien en matière de communication de la norme pénale s'avère similaire à d'autres processus de communication de la norme pénale en vigueur dans des pays étrangers.¹⁶ Nos conclusions quant au processus canadien pourraient donc se révéler pertinentes dans le contexte de systèmes juridiques autres.¹⁷

¹⁵ Notons que la communication des normes de droit privé (souvent supplétives) n'implique pas nécessairement une relation d'autorité entre l'État et le justiciable, ce qui permet de recourir à des moyens de communication plus souples. Voir à ce sujet VAN SCHOOTEN, H., *Instrumental Legislation and Communication Theories*, paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 185, 209 et, plus généralement, MACDONALD, F.A., « The Fridge-Door Statute », (2001) 47 *R.D. McGill* 11.

¹⁶ PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2002, par. 213 et ss. Notre étude du droit français et du droit sud-africain est d'ailleurs concluante à cet égard. Pour plus de détails, voir les chapitres 2 et 3 de la première partie du présent texte.

¹⁷ On pense notamment aux systèmes qui, à l'instar du droit canadien, s'inspirent du droit pénal anglais. Pour un aperçu du droit anglais en matière d'ignorance de la norme pénale, voir SMITH, J., HOGAN, B., *Criminal Law*, 9^e éd., Butterworths, Londres, 1999, p. 79 et ss.

Voilà qui clarifie un peu plus le sujet de notre étude. Il nous faut maintenant vérifier l'état des connaissances sur la question de la communication de la norme pénale afin de s'assurer de ne pas tenter de refaire ce qui a déjà été fait.

3. L'ÉTAT ACTUEL DE LA RECHERCHE SUR LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Le problème de l'ignorance de la norme pénale au Canada intéresse beaucoup la doctrine.¹⁸ À première vue, on pourrait donc croire que tout a été dit sur l'efficacité du processus de communication de la norme pénale. Une telle conclusion serait cependant un peu hâtive à notre avis.

En effet, les juristes canadiens ont traditionnellement abordé la question de l'efficacité de la communication de la norme pénale sous l'angle limité des conséquences de l'ignorance de la norme pénale sur la culpabilité ou l'innocence du justiciable. Cette préoccupation pour les considérations pratiques de la méconnaissance de la norme pénale ne s'avère guère étonnante si l'on considère que le droit pénal canadien est issu d'un système de *common law*. En effet, l'évolution du savoir juridique dans les systèmes de *common law* est souvent étroitement liée à la nature des situations susceptibles de se présenter fréquemment devant les tribunaux et la question de la communication de la norme pénale n'échappe pas à cette tendance. Il s'ensuit donc que l'attention des juristes

¹⁸ Parmi la multitude d'études consacrées à la question, on notera deux recherches académiques : DUMONT, H., *Ignorantia juris neminem excusat*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Montréal, 1972 et MANGANAS, A., *La défense d'erreur de*

canadiens a surtout porté sur la définition de l'ignorance de la norme pénale et sur les conséquences juridiques de celle-ci en matière de culpabilité, deux questions fréquentes dans les dossiers judiciaires où le contrevenant invoque une communication déficiente de la norme pénale.

À notre avis, ce point de vue occulte une partie importante du problème, car il force le juriste à postuler l'échec du processus de communication de la norme pénale. La prémisse de la recherche empêche nécessairement l'analyse des causes de cet échec et, peut-être, une éventuelle remise en question du principe de légalité comme modèle efficace de communication de la norme pénale.

Nous avons voulu rompre avec cette tradition. Nous ne tenterons pas d'expliquer pourquoi l'adage voulant que nul n'est censé ignorer la loi doit être abandonné au plus tôt. D'autres l'ont déjà fait et de façon beaucoup plus convaincante que nous ne pouvons espérer le faire. Notre contribution vise plutôt à resituer la question de la communication de la norme pénale dans un cadre théorique plus général, soit la recherche d'une peine légitime dans une société où la connaissance de la norme pénale est imparfaite. En d'autres termes, nous voulons faire de la communication de la norme un moyen de légitimer la sanction pénale. Cette façon novatrice d'aborder le problème de la sanction pénale dans un contexte d'ignorance de la norme nous permettra de nous concentrer sur les deux questions suivantes, questions toutes deux reliées au principe de légalité plutôt qu'à la question de la culpabilité de l'accusé :

- Quelles sont les modalités du processus de communication de la norme pénale actuellement en vigueur ?

- Ce processus est-il suffisamment efficace pour assurer la légitimité de la sanction pénale dans le contexte actuel ?

Bien sûr, nous traiterons également des conséquences qui doivent résulter d'une violation de la norme pénale en raison de l'ignorance de cette norme par le justiciable. Pour les raisons mentionnées ci-avant, cette question nous apparaît toutefois secondaire dans le cadre du présent travail. Il s'agit en fait d'un aspect, important il est vrai, d'une problématique beaucoup plus grande, soit la problématique entourant la communication de la norme pénale au Canada en tant que condition de la légitimité de la peine.

Cela dit, passons aux considérations méthodologiques propres à notre recherche.

4. LES CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES PROPRES À NOTRE ÉTUDE

Tel que mentionné précédemment, l'objectif premier de notre étude est de démontrer l'inefficacité des règles juridiques canadiennes entourant la communication de la norme pénale. Pour atteindre ce but, nous adopterons une démarche scientifique relativement simple, soit un processus de falsification de l'énoncé suivant : « les règles juridiques actuelles entourant la communication de la norme pénale sont efficaces ».

Québec, 1982.

Afin de nous aider à démontrer la fausseté de cette affirmation, nous aurons recours à deux outils distincts, soit le droit comparé et l'interdisciplinarité. Il convient de glisser un mot sur chacun de ces éléments.

D'abord, l'utilisation du droit comparé se révèle porteuse en raison des changements récents observés dans certains systèmes juridiques étrangers en matière de communication de la norme pénale. Un examen attentif de ces changements nous permettra vraisemblablement de mettre en lumière la désuétude et l'inefficacité de la position canadienne, tout en nous fournissant des pistes au moment de formuler des suggestions de modifications propres à renforcer la légitimité de la sanction pénale.

Ensuite, il nous apparaît essentiel de déborder du domaine juridique traditionnel afin de poser un diagnostic complet sur le processus de communication de la norme pénale actuellement en vigueur au Canada. En effet, l'efficacité de la communication de la norme pénale, comme toute autre forme de communication, dépend du respect de certaines règles de base.¹⁹ Il faut donc nous en remettre à l'étude scientifique de celles-ci, soit les sciences de la communication, pour correctement évaluer la conformité du processus canadien de communication de la norme pénale aux principes établis en matière de communication. À l'évidence, un niveau de conformité relativement faible sera un indice évident d'inefficacité.

Avant de clore ces brèves remarques sur les considérations méthodologiques, qu'il nous soit permis de traiter brièvement de la conception du droit sous-jacente à notre étude. Notre démarche suppose nécessairement une vision non idéalisée du droit. Plutôt que de concevoir celui-ci comme un objet

¹⁹ ALLOTT, A., *The Limits of Law*, Butterworths, Londres, 1980, p. viii.

universel et intemporel, nous nous efforcerons de faire ressortir le caractère parfois régional et passager des solutions juridiques en vigueur. Autrement dit, le droit constitue, à nos yeux, un outil en constante mutation et dont le perfectionnement passe, entre autres, par sa capacité d'adaptation à une donne sociale changeante. C'est pourquoi nous n'hésitons pas à confronter le droit canadien entourant la communication de la norme pénale aux réalités scientifiques de la communication dans une société moderne.

Ceci termine la description des considérations méthodologiques pertinentes à notre propos. La dernière tâche à accomplir avant de passer à notre étude proprement dite est de tracer sommairement les grandes lignes de celle-ci.

5. UN APERÇU DU CONTENU DE NOTRE ÉTUDE

Afin de faciliter la compréhension de notre raisonnement, il est essentiel de donner, dès maintenant, un aperçu du contenu de l'étude qui va suivre. Rappelons que notre objectif est de démontrer les insuffisances du processus actuel de communication de la norme pénale. Pour faire cette démonstration, nous avons choisi de procéder en deux étapes, chacune faisant l'objet d'une partie distincte.

La première de ces deux parties sera consacrée à la description et à l'analyse du processus de communication de la norme pénale au Canada. Pour accomplir cette tâche, nous examinerons successivement le droit canadien (chapitre I), le droit français (chapitre II) et le droit sud-africain (chapitre III), avant de conclure en soulignant les points communs à ces trois régimes (chapitre IV).

Lors de la seconde partie, nous verrons que les sciences de la communication offrent divers modèles théoriques de la communication et que l'un d'eux s'applique parfaitement en matière de communication de la norme pénale (chapitre I). Nous démontrerons toutefois que le processus canadien de communication de la norme pénale déroge à ce modèle théorique (chapitre II). Ce constat nous permettra de suggérer des modifications au processus actuel de communication de la norme pénale et d'en établir les limites (chapitre III).

PARTIE I

LE PROCESSUS DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE AU CANADA ET À L'ÉTRANGER

Procéder à la communication de la norme pénale peut paraître relativement simple en théorie. L'État conçoit le texte et le transmet au justiciable qui lui, le reçoit et en saisit le sens. Cependant, cette simplicité apparente laisse parfois place à une singulière complexité lorsqu'on examine en détail les modalités juridiques entourant, d'une part, la conception et la transmission de la norme pénale par l'État et, d'autre part, sa réception et sa compréhension par le justiciable.

C'est notamment le cas en droit canadien. Comme nous le verrons dans les pages qui suivent, la solution canadienne en matière de communication de la norme pénale consiste en une juxtaposition de règles juridiques partiellement contradictoires. Cette absence de construction théorique cohérente devient d'ailleurs manifeste si l'on compare la solution préconisée en droit canadien à celles en vigueur en droit français ou en droit sud-africain.

Ce sont ces constatations qui nous ont amené à poser l'hypothèse que le processus de communication de la norme pénale en vigueur au Canada est inadéquat. Après tout, si un processus est élaboré à la pièce, il y a de fortes chances que son efficacité laisse à désirer.

Cela dit, il nous faut, si l'on veut démontrer la validité de notre hypothèse, commencer par décrire en détail le contenu de la solution canadienne en matière de communication de la norme pénale. Cela nous permettra, ensuite, de porter un jugement éclairé sur celui-ci.

1. Le droit canadien en matière de communication de la norme pénale

Notre répartition actuelle des obligations en matière de communication de la norme pénale est typiquement canadienne. D'une part, le dédoublement des gouvernements aptes à imposer des sanctions pénales nous oblige à composer avec des processus de communication partiellement distincts selon que la norme pénale émane du législateur fédéral ou de l'un des législateurs provinciaux. D'autre part, les obligations du justiciable canadien en matière de connaissance de la norme pénale sont au cœur d'une période de transformation en profondeur, ce qui en rend les contours imprécis. Cette transformation progressive est plutôt lente, car elle s'effectue par le biais de décisions judiciaires épisodiques.

Cela dit, le processus canadien de communication de la norme pénale est implicitement régi par deux principes complémentaires. Les règles entourant la conception et la transmission de la norme pénale, donc le volet obligations de l'État, découlent du principe de légalité alors que les règles relatives à la réception et à la compréhension de la norme pénale, donc le volet obligations du justiciable, ont surtout été élaborées en fonction de la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi, maxime essentiellement reprise par l'article 19 du *Code criminel*.²⁰

Dresser un portrait global de la solution canadienne en matière de communication de la norme pénale exige que l'on se penche successivement sur chacun de ces volets. Nous examinerons donc d'abord les obligations de l'État en vertu du principe de légalité. Nous aborderons ensuite les obligations du justiciable à la lumière de l'article 19 du *Code criminel*. Une fois cela fait, nous serons en mesure de clore notre description du droit canadien en proposant un

bilan préliminaire de celui-ci; bilan où nous soulignerons les points forts et les points faibles de la solution canadienne en matière de communication de la norme pénale.

Débutons, sans plus tarder, notre étude du premier volet de la communication de la norme pénale, soit les obligations de l'État.

1.1. LES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Au Canada, la description des divers devoirs de l'État en matière de communication de la norme nous oblige d'abord à déterminer quels sont les paliers de gouvernement qui, dans notre système politique, possèdent le pouvoir de créer des normes pénales. En effet, les règles juridiques applicables à la communication de la norme pénale sont susceptibles de varier en fonction de l'origine de celle-ci.

Au départ, rappelons que le pouvoir de créer des infractions criminelles appartient au Parlement fédéral en vertu de l'alinéa 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; alinéa qui attribue les pleins pouvoirs de faire des lois relevant de la catégorie touchant:

²⁰ *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, 960.

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle mais y compris la procédure en matière criminelle.²¹

Cela dit, les infractions criminelles ne constituent qu'une faible proportion de l'ensemble des infractions canadiennes. Pour dresser un tableau complet de celles-ci, nous devons également y inclure les infractions pénales. Le pouvoir de créer des infractions pénales est explicitement conféré aux législatures provinciales par le biais de l'alinéa 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, alinéa qui permet de légiférer quant à :

15. L'infliction de punitions par voie d'amende, pénalité ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toute loi de la province décrétée au sujet des matières tombant dans aucune des catégories de sujets énumérés dans le présent article.²²

Précisons toutefois que le pouvoir de créer des infractions pénales ne relève pas du ressort exclusif des provinces. Bien que la constitution canadienne soit muette à ce sujet, il appert que le Parlement fédéral possède un pouvoir ancillaire de créer des infractions pénales afin de favoriser le respect de toutes lois édictées par lui.²³ En conséquence, les deux principaux paliers de gouvernement peuvent créer des infractions pénales valables.

Évidemment, ces divers pouvoirs de créer des infractions peuvent être délégués à une entité quelconque afin que celle-ci édicte des règlements relatifs à

²¹ Al. 91(27), *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R-U., c.3, L.R.C. (1985) App. II, no. 5.

²² Al. 92(15), *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R-U., c.3, L.R.C. (1985) App. II, no. 5.

certaines sujets précis. La délégation du pouvoir provincial québécois de légiférer en matière municipale, et par ricochet de créer des infractions pénales en ce domaine, constitue un exemple concret de cas où le rôle de créateur de la norme pénale de l'État est assumé par une entité autre que le gouvernement fédéral ou provincial.

En résumé, le gouvernement fédéral peut créer des infractions criminelles et pénales alors que les législatures provinciales peuvent, quant à elles, édicter des infractions pénales. Tous deux peuvent de plus déléguer leurs pouvoirs. On aura deviné que cette division du pouvoir de créer des normes pénales ne facilite pas leur communication efficace.

Quoiqu'il en soit, la nuance quant à la nature des infractions, par ailleurs fort importante sur bien des points, peut être écartée pour le moment. À moins d'indications contraires, le terme « État » englobera donc, à la fois, le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et les entités qui jouissent de pouvoirs délégués par ceux-ci. Cette question préliminaire réglée, passons à l'étude du principe de légalité et des obligations en matière de communication de la norme pénale qui en découlent pour l'État.

Fondamentalement, le principe de légalité établit certains critères formels de validité des lois. Cette fonction première du principe de légalité fait toutefois en sorte qu'il dicte, implicitement, certains paramètres pertinents à notre étude des obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale. En effet, le principe de légalité pose, en droit canadien, les exigences suivantes en matière criminelle et pénale :

²³ CÔTÉ-HARPER, G et *als.*, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais,

1. Il est nécessaire qu'il **existe un texte de loi** prévoyant une infraction et imposant une pénalité. De plus, il est nécessaire de **donner une certaine publicité à la loi** pour que celle-ci puisse être portée à l'attention des justiciables;

2. le principe de légalité des délits et des peines a comme corollaire le principe de la non-rétroactivité d'une loi de nature criminelle et pénale. **Ce principe veut qu'une loi substantielle ne puisse s'appliquer rétroactivement** sauf si le législateur le prévoit expressément et si pareille disposition se justifie au regard de la Charte;

3. cette loi doit **présenter un caractère de certitude suffisante, de précision et de spécificité**. Un texte de loi qui manque de précision au point de ne pas être «un guide suffisant pour susciter un débat judiciaire» sera déclaré inconstitutionnel. Il en est de même si les moyens choisis par le législateur font en sorte que ce texte a une portée excessive.²⁴

(caractère gras ajouté)

Cette énumération reprend les propos tenus dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, une affaire où le juge Lamer résume l'essence et les implications du principe de légalité en matière pénale:

Les principes formulés dans ces deux citations ne sont pas nouveaux dans notre droit. En fait, ils sont fondés sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* -- **il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive**. La raison d'être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre

Cowansville, 1998, p. 64-65.

²⁴ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 83.

et démocratique que les justiciables soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites [...] **Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les justiciables peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi.**²⁵

(caractère gras ajouté)

À la lecture de ces passages, on peut conclure qu'en droit canadien le principe de légalité formule quatre obligations distinctes pour l'État. Ainsi, le principe de légalité oblige l'État, aussi bien fédéral que provincial, à créer des infractions prospectives, à consigner les infractions par écrit, à édicter des infractions précises et finalement, à procéder à la publication de ses infractions. On note que ces obligations affectent toutes la composition de la norme pénale ou sa transmission au justiciable, soit les deux volets du processus de communication qui relèvent de la responsabilité de l'État.

Il convient d'ouvrir une parenthèse afin de rappeler que le principe de légalité introduit, en théorie, une autre règle pertinente en l'espèce, soit l'interprétation restrictive des textes créant une infraction pénale.²⁶ Ce volet complète en quelque sorte l'obligation de l'État de rédiger des infractions précises, car il stipule que toute imprécision sera tranchée en faveur de l'accusé.²⁷ À première vue, une telle règle pourrait avoir des répercussions indéniables sur le

²⁵ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1152 (opinion du Juge Lamer). Notons que ce point de vue du juge Lamer fut partagé par les juges Dickson, La Forest et Sopinka (p. 1141).

²⁶ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 142 et ss.

processus de communication de la norme pénale. En droit canadien, l'impact de cette règle d'interprétation est cependant limité dans la mesure où l'évolution de la jurisprudence a entraîné une diminution considérable de son champ d'application.²⁸ Bref, le droit canadien ne consacre donc pas le principe de légalité dans sa totalité. Cela ne sera pas sans conséquence sur l'efficacité du processus de communication de la norme pénale.²⁹

Cela étant dit, il convient de détailler le contenu de chacune des quatre obligations découlant du principe de légalité afin de tracer un portrait du rôle dévolu à l'État dans le processus canadien de communication de la norme pénale.

1.1.1. Une première obligation pour l'État : créer des normes pénales prospectives

Interprétée *a contrario*, cette obligation signifie que l'État ne peut subitement transformer en infraction un geste survenu avant l'entrée en vigueur de la prohibition. Autrement dit, il ne peut modifier *ex post facto* la qualification légale d'un geste pour en faire une infraction.

Ce principe de non-rétroactivité des lois à caractère pénal s'applique autant à l'égard des lois fédérales que des lois provinciales, car il jouit d'une protection constitutionnelle. En effet, la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à tout inculpé le droit :

²⁷ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 142-143.

²⁸ Voir à ce sujet les arrêts *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, 411 et ss.; *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, par. 4; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 31.

11. [...]

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;³⁰

Outre cette garantie constitutionnelle, le justiciable québécois peut également invoquer la protection contre les infractions rétroactives consentie par l'article 37 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Cet article stipule que :

37. Nul accusé ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une violation de la loi.³¹

Cette limite imposée au pouvoir de l'État de créer des normes pénales assure le maintien d'une certaine stabilité juridique, une condition essentielle à un processus efficace de communication de la norme pénale. En effet, une communication efficace de la norme pénale suppose que la transmission de celle-ci permette au justiciable de déterminer, au préalable, la légalité d'une conduite future.³² À l'évidence, il serait physiquement impossible pour l'État de transmettre,

²⁹ Nous reviendrons sur cette question lors de notre description de l'obligation de l'État de rédiger des normes pénales précises, soit à la section 1.1.3 du présent chapitre.

³⁰ Al. 11(g), *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), App. II, no 44.

³¹ Art. 37, *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. (1977) c. C-12.

³² *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1152.

en temps opportun, le contenu des normes pénales régissant une conduite antérieure à leur adoption.

Cela dit, l'interdiction faite à l'État d'aggraver *ex post facto* les conséquences juridiques d'un comportement précis n'est pas sans faille. Il est vrai que le texte de l'infraction doit être en vigueur au moment du geste reproché. Toutefois, l'interprétation jurisprudentielle de ce texte peut varier considérablement entre le moment où le geste en question est posé et celui où la légalité de ce geste sera soumise à l'appréciation des tribunaux. De plus, la modification rétroactive de la norme pénale d'origine prétorienne ne semble pas être couverte par l'alinéa 11g) de la *Charte Canadienne des droits et libertés* ou par l'article 37 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il s'ensuit que la norme pénale issue de la jurisprudence n'est pas visée par l'obligation de l'État de créer des normes pénales prospectives.

À titre de preuve, on peut considérer l'arrêt *Cuerrier*.³³ Dans cette affaire, l'accusé, bien qu'étant séropositif et conscient de son état, participe délibérément à des activités sexuelles non protégées avec les victimes. Notons qu'afin d'obtenir le consentement de ces dernières aux activités sexuelles, l'accusé s'abstient de leur faire part au préalable de sa condition physique. Confrontée à cette trame factuelle, la Cour suprême doit décider si la conduite de l'accusé constitue des voies de fait graves au sens de l'article 268 du *Code criminel*. Pour résoudre le litige, la Cour reconsidère sa jurisprudence antérieure et élargit la notion de vice de consentement de façon à assimiler la non-divulgence d'un fait important à une

³³ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. Notons que les arrêts *Daviault* et *Jobidon* constituent aussi des exemples de modifications rétroactives de la norme pénale par la jurisprudence : *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714.

fraude viciant le consentement.³⁴ Malgré le principe de la non-rétroactivité des infractions pénales, Monsieur Cuerrier est déclaré coupable suite à cette modification subite de l'état du droit canadien, modification survenue dans sa propre cause. Notons que le droit pénal canadien ne voit rien d'injuste dans cette situation à première vue paradoxale, car la décision d'un tribunal « déclare » le droit existant et ne saurait donc, en théorie, générer *ex post facto* une responsabilité auparavant inexistante.³⁵

Cela dit, pour déterminer si la création d'une infraction précède le geste qu'elle sanctionne, il est utile d'avoir une trace écrite de ladite infraction. Cette évidence nous amène à traiter de la seconde obligation tirée du principe de légalité qui s'avère pertinente dans le contexte de la communication de la norme pénale, soit la nécessité de consigner celle-ci par écrit.

1.1.2. Une seconde obligation pour l'État : consigner les normes pénales par écrit

Tel que mentionné auparavant, la première partie du principe de légalité, soit le principe de non-rétroactivité des infractions, jouit d'un statut constitutionnel en vertu de l'alinéa 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le degré de protection constitutionnelle dont bénéficie la seconde partie du principe de

³⁴ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par 125 et ss. Voir aussi, toujours dans l'arrêt *Cuerrier*, les remarques de la juge McLachlin au sujet de la modification du droit applicable par les tribunaux, par. 42-75.

³⁵ *R. c. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334, 341. Pour un commentaire critique à ce sujet voir : ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 561 et aussi JODOUIN, A., « La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif) », dans MACKAAY, E., *Les certitudes du droit*, Éditions Thémis, Montréal, 1999, p. 115.

légalité, soit l'obligation de l'État de consigner les infractions par écrit, est toutefois moins évident.

Il est vrai que la doctrine affirme que le respect du principe de légalité suppose l'existence d'un texte de loi décrivant l'infraction et prévoyant la pénalité qui y est rattachée en tant que condition préalable à la sanction pénale étatique.³⁶ Cependant, cette exigence semble étrangère au libellé de l'alinéa 11(g) de la *Charte canadienne*, alinéa qui constitutionnalise la préexistence de l'infraction mais non la nécessité de la consigner sous la forme écrite qu'est le texte de loi.³⁷

Peut-on malgré tout conclure que toute infraction devra impérativement être consignée par écrit ? Instinctivement, on serait tenté de répondre par l'affirmative. La brièveté de cette réponse ferait cependant fi de la jurisprudence de la Cour suprême, jurisprudence qui n'est pas aussi catégorique qu'on pourrait le croire. À preuve, cet extrait de l'arrêt *United Nurses of Alberta* dans lequel la Cour se penche sur la nécessité pour une infraction d'être consignée par écrit:

En premier lieu, le syndicat soutient que tous les crimes de *common law* non codifiés sont inconstitutionnels. Selon un principe fondamental de justice, prétend-il, tous les crimes doivent être prévus dans un code. L'outrage criminel au tribunal, bien que mentionné à l'art. 9 du *Code*, n'est pas codifié, tant son *actus reus* que sa *mens rea* étant définis en *common law*.

³⁶ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 83; JODOUIN, A., «La Charte canadienne et la nouvelle légalité», paru dans BEAUDOIN, G-A., MENDES, E.P., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 1996, p. 794.

³⁷ À des fins de commodité, voici à nouveau le texte de l'alinéa 11g) de la *Charte canadienne* : «11. Tout inculpé a le droit : [...] g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.»

Aucune jurisprudence ne nous a été soumise pour étayer la prétention selon laquelle la justice fondamentale requiert la codification de tous les crimes. Le syndicat invoque le principe selon lequel tous les crimes et toutes les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance. Mais une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe. Pendant des siècles, la plupart de nos crimes n'étaient pas codifiés et n'étaient pas perçus comme constituant une violation de cette règle fondamentale. Et, réciproquement, une codification n'apporte pas la garantie que tout est prévu dans le *Code*; la détermination de certains éléments de crimes codifiés nécessite fréquemment le recours aux notions de *common law*: voir l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, dans lequel le juge Gonthier au nom de notre Cour signale le rôle important que la *common law* continue à jouer en droit criminel.³⁸

(caractère gras ajouté)

Évidemment, il faut replacer ce passage de la Cour suprême dans le contexte de l'affaire. Il s'agissait en l'espèce d'une infraction d'outrage au tribunal. La nature particulière de cette infraction fait en sorte que les tribunaux sont bien placés pour en régir le contenu et cela explique, par ricochet, le rôle plutôt effacé du législateur en ce domaine.³⁹

Au surplus, il ne faudrait pas oublier que le législateur fédéral, tout en reconnaissant le caractère particulier de l'outrage au tribunal, a clairement exclu, autant en matière criminelle qu'en matière pénale, les infractions non-écrites par le biais de l'article 9 du *Code criminel*. Cette disposition est formulée en ces termes :

³⁸ *United Nurses of Alberta c. Procureur-général de l'Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 930.

³⁹ Une réserve similaire peut être apportée en matière de crimes contre l'humanité. Voir à cet effet *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 784.

9. Nonobstant toute autre disposition de la présente loi ou de quelque autre loi, nul ne peut être déclaré coupable ou absous en vertu de l'article 730 des infractions suivantes :

a) une infraction en *common law*;

b) une infraction tombant sous le coup d'une loi du Parlement d'Angleterre ou de Grande-Bretagne, ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande;

c) une infraction visée par une loi ou ordonnance en vigueur dans une province, un territoire ou un endroit, avant que cette province, ce territoire ou cet endroit ne devînt une province du Canada.

Toutefois le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au pouvoir, à la juridiction ou à l'autorité qu'un tribunal, juge, juge de paix ou juge de la cour provinciale possédait, immédiatement avant le 1^{er} avril 1955, d'imposer une peine pour outrage au tribunal.⁴⁰

Cette disposition est d'ailleurs compatible avec la jurisprudence de la Cour suprême à l'effet que les tribunaux canadiens ne possèdent plus le pouvoir de créer des infractions nouvelles en vertu de la *common law*.⁴¹

Toujours au sujet des tribunaux, notons que l'État n'a pas l'obligation de consigner par écrit la norme pénale issue de la jurisprudence. Bien qu'une décision récente de la Cour suprême conclut que les juges canadiens ont un devoir de motiver leurs décisions,⁴² cela peut, en pratique, être fait oralement.⁴³

⁴⁰ *Code criminel*, L.R.C. (1985) c. C-46, art. 9.

⁴¹ *Frey v. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *United Nurses of Alberta c. Procureur-général de l'Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 930.

⁴² *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869.

Que nous faut-il conclure de tout ceci ? À notre avis, il semble clair que toute infraction fédérale, qu'elle soit de nature criminelle ou pénale, doit être prévue dans une loi ou un règlement et donc consignée par écrit. Cela constitue d'ailleurs une composante fondamentale du principe de légalité, tel que le confirme le passage suivant tiré de l'opinion du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel* :

Les principes formulés dans ces deux citations ne sont pas nouveaux dans notre droit. En fait, ils sont fondés sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* -- **il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi** qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive.⁴⁴

(caractère gras ajouté)

Ajoutons qu'il n'existe aucune raison pour laquelle cette règle ne pourrait s'appliquer en matière pénale provinciale et, encore moins au Québec. Effectivement, le justiciable québécois bénéficie de la protection accordée par l'article 24 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, protection énoncée en ces termes :

24. Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.⁴⁵

⁴³ L'article 227 du *Code de procédure pénale* du Québec prévoit d'ailleurs cette possibilité : *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1.

⁴⁴ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1152 (opinion du Juge Lamer). Notons que ce point de vue du juge Lamer fut partagé par les juges Dickson, La Forest et Sopinka (p. 1141).

Nous concluons donc que les législateurs fédéraux et provinciaux ont tous deux le devoir de consigner leurs infractions dans un texte de loi écrit bien que l'existence de cette obligation ne semble pas jouir d'une reconnaissance constitutionnelle.

À l'évidence, cette seconde obligation découlant du principe de légalité affecte sensiblement le processus de communication de la norme pénale. En effet, l'État se voit ainsi tenu d'exprimer la majorité de ses normes pénales par écrit, un support qui permet aisément une diffusion fidèle et à grande échelle de la norme pénale.⁴⁶ L'imposition d'une obligation de consigner les normes pénales par écrit constitue donc un pas important vers un processus de communication efficace.

Cela dit, l'utilité d'une description écrite de l'infraction dépend inévitablement de son degré de précision. C'est d'ailleurs le degré de précision requis de l'État qui fait l'objet de la troisième obligation en matière de communication de la norme pénale.

1.1.3. Une troisième obligation pour l'État : édicter des normes pénales précises

D'entrée de jeu, précisons que l'obligation de l'État de rédiger des normes pénales précises ne s'appliquent pas aux normes pénales issues de la

⁴⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. (1977) c. C-12.

⁴⁶ Afin d'apprécier les mérites du support écrit, il est utile de le comparer au support oral. Comme nous le savons, le support oral entraîne parfois une déformation du message (le phénomène du téléphone arabe) et il exige, si l'on veut en faire une diffusion à

jurisprudence. Cette obligation est plutôt limitée aux normes pénales d'origine législative.

Cela dit, l'obligation de l'État d'édicter des normes pénales précises découle, tel que mentionné plus tôt, du principe de légalité. En se basant sur ce principe, la Cour suprême a développé une version canadienne de la théorie de l'imprécision.⁴⁷ Selon la Cour, la nécessité, pour le législateur, de rédiger des lois (et par implication nécessaire, des infractions) précises découle de deux impératifs clairs. D'une part, il est essentiel, surtout dans un contexte pénal, que le justiciable reçoive un avertissement raisonnable quant aux conduites qui sont prohibées.⁴⁸ D'autre part, les pouvoirs étatiques doivent être suffisamment encadrés par la loi pour éviter des interventions arbitraires ou discrétionnaires des représentants de l'ordre.⁴⁹ Dans le contexte de notre étude, c'est évidemment le premier impératif, soit la nécessité d'un avertissement raisonnable au justiciable, qui doit retenir toute notre attention. Après tout, la notion de « nécessité d'un avertissement raisonnable au justiciable » constitue essentiellement la raison d'être du processus de communication de la norme pénale.

grande échelle, l'utilisation de moyens techniques coûteux telles la radiodiffusion ou la télédiffusion.

⁴⁷ L'arrêt charnière en ce domaine est sans contredit l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Précisons dès maintenant que notre description de la théorie de l'imprécision ne couvrira pas spécifiquement la possibilité qu'une loi ait une portée excessive au sens de l'affaire *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, car une loi de portée excessive n'est pas nécessairement imprécise ce qui nous mène à des considérations étrangères à notre propos.

⁴⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 632; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P-G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 15-16.

⁴⁹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 632; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P-G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 15-16.

Cela étant dit, on constate, à la lecture de l'opinion du juge Gonthier, écrivant au nom de la Cour suprême dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, que ce qui compte surtout c'est que le justiciable soit informé de l'idée générale des lois. Un avertissement n'a donc pas toujours à être formel pour être qualifié de raisonnable. Dans bien des cas, le législateur pourra même s'abstenir de procéder à la publicité formelle d'une infraction, car l'avertissement raisonnable résidera :

«[D]ans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société.»⁵⁰

Autrement dit, tout justiciable sait pertinemment bien, selon le juge Gonthier, que le vol du bien d'autrui, pour ne prendre qu'un exemple, entraîne des conséquences pénales et ce, peu importe le degré de précision du texte de loi qui prohibe le vol ou prévoit ses conséquences pénales. Cette conscience subjective suffit donc, aux yeux de la Cour, pour constituer un avertissement raisonnable et cet avertissement raisonnable implicite facilite en retour la conclusion que la prohibition est suffisamment précise.

Si l'avertissement n'a pas à être toujours formel, il devra toutefois obligatoirement l'être dans les cas où le texte de loi porte sur des sujets nouveaux ou encore très pointus.⁵¹ Ainsi, si le législateur désire rendre obligatoire le port du casque de vélo dans certaines situations données, on peut s'attendre à ce que les situations en question soient définies avec précision. Cet avertissement formel par

⁵⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 634.

⁵¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 634-35.

le biais d'une loi précise permettra au justiciable de régler à l'avance sa conduite. Pour reprendre les termes mêmes du juge Gonthier :

La faiblesse ou l'absence de l'avertissement quant au fond avant l'adoption du texte législatif peut être compensée en attirant l'attention du public sur le libellé de la loi, de sorte qu'il y aura avertissement quant au fond.⁵²

(caractère gras ajouté)

Bref, la notion d'avertissement raisonnable au justiciable élaborée par le juge Gonthier n'est guère exigeante. Il semble que le droit canadien prévoit qu'il n'est pas nécessaire pour l'État d'avertir les justiciables des normes pénales qu'il crée, à moins que celles-ci ne touchent un sujet se situant, jusque-là, hors du champ pénal. Tout compte fait, le raisonnement du juge Gonthier postule presque l'inutilité du processus de communication de la norme pénale dans les cas où la norme en cause s'inspire de valeurs sociales fortes.

Cela dit, la nature du comportement prohibé par la norme pénale n'est pas le seul facteur susceptible d'influer sur le degré de précision exigé de l'État lors de la rédaction d'une norme pénale. En effet, un rapide tour de la jurisprudence pertinente nous enseigne que le devoir d'édicter des infractions précises varie selon que l'infraction est prévue dans une loi ou dans un règlement. Plus encore, nous devons faire une troisième distinction dans les cas où l'infraction prévue dans une loi imprécise contrevient à un droit constitutionnel de l'accusé. Bref, plusieurs normes de précision sont possibles selon le cas. Il convient d'aborder successivement les normes de précision applicables à une infraction prévue (i) dans une loi qui ne met pas en jeu les droits constitutionnels de l'accusé, (ii) dans

⁵² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 635.

une loi qui met en jeu les droits constitutionnels de l'accusé, (iii) dans un règlement.

1.1.3.1. *La norme de précision applicable aux infractions prévues par une loi qui ne met pas en jeu les droits constitutionnels de l'accusé*

Avant l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il semblait possible d'invoquer l'imprécision d'une loi par le biais de l'alinéa 1(a) de la *Déclaration canadienne des droits*.⁵³ Cet alinéa se lit ainsi:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe :

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;⁵⁴

À la lecture de l'alinéa 1(a), il appert que, dans la mesure où la condamnation en vertu d'une infraction imprécise ne met pas en péril le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité ou à la jouissance de ses biens d'un individu, il n'est pas nécessaire que cette condamnation résulte de l'application régulière de la loi. Autrement dit, même en presumant que l'application régulière de la loi inclut l'obligation de rédiger des infractions précises, cette garantie n'est d'aucun secours face à une infraction punissable d'une amende par exemple.

⁵³ *R. c. Morgentaler*, [1976] 1 R.C.S. 616, 634.

⁵⁴ Al. 1(a), *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), c. C-12.3.

La situation n'a guère changé depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, selon la jurisprudence de la Cour suprême, l'imprécision d'une loi s'évalue uniquement au regard de l'article premier ou de l'article 7 de la *Charte*.⁵⁵ Cette considération limite grandement la portée de l'obligation de l'État de rédiger des infractions précises. En effet, toute analyse de l'imprécision au sens de l'article premier présuppose la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Dans l'affaire *Lucas*, par exemple, la conclusion préalable que les articles 298 à 300 du *Code criminel* (libelle diffamatoire) restreignent la liberté d'expression autorise la Cour à se pencher sur le degré de précision de ces dispositions au regard de l'article premier.⁵⁶ Il faut alors en conclure que si l'infraction imprécise ne porte pas atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnels, il devient futile de soumettre la précision de son libellé à un examen en vertu de l'article premier.

Un problème identique se pose au niveau de l'article 7 de la *Charte*. Là aussi, seuls les textes de lois qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'un individu se doivent d'être conformes aux principes de justice fondamentale sous peine d'inconstitutionnalité.⁵⁷ Une loi créant une infraction imprécise échappe donc au contrôle de l'article 7 de la *Charte* si sa contravention n'est passible que d'une amende.⁵⁸

Au regard de la *Charte canadienne*, il nous faut donc conclure que, dans l'état actuel du droit, l'imprécision d'une infraction ne fait pas obstacle à son

⁵⁵ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626.

⁵⁶ *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

⁵⁷ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 631-32.

⁵⁸ *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525.

application, à moins que la loi créatrice de l'infraction imprécise porte, au surplus, atteinte à d'autres droits constitutionnels de l'accusé.

Cette solution n'est pas étonnante si l'on se rappelle que la *common law* ne permet pas d'invalider une loi pour cause d'imprécision.⁵⁹ En effet «le Parlement souverain p[eut] se permettre d'être peu précis, de légiférer dans le vague; le justiciable n'a qu'à se plaindre aux élus.»⁶⁰ De toute façon, l'idée même qu'une loi puisse être imprécise au point de devoir être invalidée a longtemps tenu de l'hérésie juridique. D'ailleurs, la *Loi d'interprétation* québécoise refuse toujours d'admettre qu'une loi puisse être imprécise au point d'empêcher un juge de trancher. L'article 41.2 de cette loi se lit ainsi :

41.2. Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.⁶¹

Invoquer l'obscurité de la loi n'est donc qu'un « prétexte », un faux-semblant. Armé des nombreuses règles d'interprétation, il semble que le juge puisse élucider n'importe quelle norme pénale.

⁵⁹ PÉPIN, G., «La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision: une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle?», (1996) 56 *R. du B.* 643, 645.

⁶⁰ GARANT, P., « L'imprécision en droit et en droit constitutionnel: un défi à l'intelligence moyenne», (1993) 4 *N.J.C.L.* 75, p. 78.

⁶¹ Art. 41.2, *Loi d'interprétation*, L.R.Q. (1977), c. I-16. On notera que cette disposition s'apparente à l'article 4 du *Code civil* français, article qui stipule que « [l]e juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.»

1.1.3.2. *La norme de précision applicable aux infractions prévues par une loi qui met en jeu les droits constitutionnels de l'accusé*

L'impact d'un texte imprécis est tout autre si la loi potentiellement imprécise permet l'emprisonnement de l'accusé, une atteinte au droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*, ou encore prohibe l'expression d'opinions personnelles, une atteinte à la liberté d'expression protégée par l'alinéa 2(b) de la *Charte*.⁶² En effet, ces atteintes obligent les tribunaux à recourir à la théorie de l'imprécision, théorie constitutionalisée aux articles 1 et 7 de la *Charte canadienne*. Rappelons que l'article 7 de la *Charte* stipule que toute atteinte au droit à la liberté d'un justiciable doit être effectuée en conformité avec les principes de justice fondamentale, principes qui supposent, entre autres, la nécessité d'un texte d'incrimination clair.⁶³ Soulignons aussi que l'article premier de la *Charte* ne justifie que les atteintes prescrites « par des règles de droit », expression qui exclut les textes légaux imprécis.⁶⁴

Cela étant, quel est le critère permettant de tracer une ligne de démarcation entre les lois suffisamment précises et celles qui souffrent d'une imprécision entraînant leur invalidité ? Afin de répondre à cette question, le juge Gonthier prend d'abord le soin de rappeler, dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, deux données contextuelles primordiales dans l'analyse de l'imprécision d'une loi. D'une part, il faut savoir que toute analyse de l'exigence de précision des lois doit être entreprise en ayant à l'esprit l'idée que la perfection n'est pas de ce monde. L'État ne pourra jamais rédiger une loi totalement dépourvue d'ambiguïtés ou de zones grises. Plus spécifiquement, le juge Gonthier écrit à ce sujet :

⁶² Voir *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439

⁶³ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626.

⁶⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 626.

Les arguments sémantiques, fondés sur une conception du langage en tant que moyen d'expression sans équivoque, ne sont pas réalistes. **Le langage n'est pas l'instrument exact que d'aucuns pensent qu'il est.**⁶⁵

(caractère gras ajouté)

D'autre part, l'État moderne doit composer avec des réalités sociales qui appellent des lois visant des objectifs fort précis mais couchées dans des termes souples afin d'assurer une application large de la loi. Une norme de précision trop stricte pourrait mettre en péril l'application intégrale de ces lois :

[L]es lois qui sont conçues en termes généraux sont peut-être mieux faites pour la réalisation de leurs objectifs, en ce sens que, dans les domaines où l'intérêt public est en cause, les circonstances peuvent varier considérablement dans le temps et d'une affaire à l'autre. Un texte de loi très détaillé n'aurait pas la souplesse nécessaire et pourrait en outre masquer ses objectifs derrière un voile de dispositions détaillées. L'État moderne intervient de nos jours dans des domaines où une certaine généralité des textes de loi est inévitable. Mais quant au fond, ces textes restent néanmoins intelligibles. **Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet.** Il y a lieu d'assurer un délicat dosage des intérêts de la société et des droits de la personne. Une certaine généralité peut parfois favoriser davantage le respect des droits fondamentaux car un texte précis pourrait ne pas être invalidé dans certaines circonstances, alors

⁶⁵ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 639.

qu'un texte plus général pourrait adéquatement régir ces mêmes circonstances.⁶⁶

(caractère gras ajouté)

C'est donc en raison de ces éléments contextuels particuliers que la norme de précision retenue s'avère relativement peu contraignante. Il suffira en effet que le texte légal constitue un « guide suffisant pour un débat judiciaire ». Le contenu exact de cette norme, *a priori* fort générale, est précisé en ces termes par le juge Gonthier :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, **c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques.** Elle ne **délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux justiciables** ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, **et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire.** Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C'est là une norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique. Le terme "débat judiciaire" n'est pas utilisé ici pour exprimer une nouvelle norme ou pour s'écarter de celle que notre Cour a déjà énoncée. Au contraire, elle traduit et englobe la même norme et le même critère d'avertissement raisonnable et de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi considérés dans le contexte plus global d'une analyse de la qualité et des limites de la connaissance et de la compréhension qu'ont les particuliers de l'application de la loi.⁶⁷

⁶⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 642.

⁶⁷ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 639-640.

Que faut-il retenir de ce long extrait ? Simplement qu'une loi sera suffisamment précise si elle fournit des indications au pouvoir judiciaire quant à son sens. Pour le justiciable, l'emploi de cette norme de précision signifie qu'il sera, dans le meilleur des cas, averti que certaines sphères d'activités sont étroitement réglementées. La détermination exacte de la légalité ou l'illégalité d'un comportement donné sera toutefois toujours tributaire de l'interprétation judiciaire du texte de loi.⁶⁸ Faute d'interprétation judiciaire, le justiciable devra éviter, ou adopter à ses risques et périls, les comportements, pourtant parfois légaux, qui se situent dans la sphère d'activités visée par la loi.

Le choix d'une telle norme de précision donne à réfléchir. Logiquement, on pourrait croire que le degré de précision d'une norme pénale doit être évalué en tenant compte de son auditoire cible. Est-ce à dire que ce sont les tribunaux, et non les justiciables, qui constituent l'auditoire cible des normes pénales créées par l'État ?⁶⁹ Si tel est le cas, n'est-il pas paradoxal que le justiciable soit, par le biais de l'article 19 du *Code criminel*, réputé connaître une norme pénale qui ne lui est pas spécifiquement destinée ?

⁶⁸ Voir l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P-G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76, où la juge McLachlin écrit, au nom des juges majoritaires (par. 17): « Les décisions judiciaires peuvent comme il se doit préciser une loi. Le législateur ne peut jamais prévoir toutes les situations qui peuvent se présenter et, s'il le pouvait, il lui serait pratiquement impossible de toutes les énumérer. Dans notre régime juridique, il est donc naturel qu'il existe des zones d'incertitude et que les juges clarifient et étoffent de façon ponctuelle le droit. »

⁶⁹ Voir à ce sujet l'explication de KEYES, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ott. L.R.*, 579. Selon cet auteur, la complexité et l'imprécision des lois favorisent l'hégémonie de la profession juridique en matière d'interprétation légale (p. 585): « This comment recognizes not only the necessity of accessible law, but also the limited nature of that access : the law need only be accessible to "legal advisers". Although this no doubt reflects the complexity of much of the law, it also discards any hope of the law ever being accessible to non-lawyers and invites a continuation of the legal profession's monopoly over legal information. ».

Malgré ces faiblesses, il appert que le critère de précision des normes légales élaboré dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society* est maintenant bien ancré en droit pénal canadien. En effet, les arrêts *Canadien Pacific*, en matière pénale, et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, en matière criminelle, ont tous deux appliqués le critère dégagé par le juge Gonthier pour statuer sur l'imprécision des dispositions légales en cause.⁷⁰

1.1.3.3. *La norme de précision applicable aux infractions prévues par un règlement*

La complexité grandissante de la société moderne nécessite l'adoption de règles juridiques fort techniques. À titre d'exemple, réglementer la pollution industrielle ne saurait se faire sans l'aide de chimistes ou de biologistes. Cette réalité amène souvent l'État à déléguer son pouvoir de créer des normes pénales en faveur d'instances mieux informées et donc mieux placées pour concevoir des règlements appropriés. Cette délégation de pouvoir entraîne l'application des règles du droit administratif, ce qui n'est pas sans conséquence lors de la détermination du degré de précision requis de l'État ou, dans ce cas-ci, de l'instance bénéficiant du pouvoir délégué. Il nous faut donc décrire la norme de précision exigée en matière réglementaire.

D'entrée de jeu, notons que la théorie de l'imprécision constitutionnelle exposée ci-avant s'applique aussi aux règlements lorsque ceux-ci mettent en jeu

⁷⁰ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P-G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

les droits constitutionnels de l'accusé.⁷¹ En fait, la nécessité d'un avertissement raisonnable au justiciable est accrue en matière réglementaire dans la mesure où il n'y a alors pas, pour reprendre les termes du juge Gonthier, de «conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société».⁷²

Cela étant, la personne accusée d'une infraction réglementaire peut, en plus d'invoquer la théorie de l'imprécision constitutionnelle, plaider subsidiairement le vice administratif d'imprécision. Un auteur de doctrine décrit ce second motif d'imprécision dans les termes suivants:

En résumé, il résulte de l'arrêt *Arcade Amusements* que les règles du droit administratif [...] autorisent les juges à annuler un règlement pour cause d'imprécision. **Un règlement est trop imprécis si une personne raisonnablement intelligente, visée par le texte, est dans l'impossibilité d'en saisir la portée.**⁷³

(caractère gras ajouté)

On remarquera que la norme de précision en droit constitutionnel, *i.e.* le texte doit être un guide suffisant pour un débat judiciaire, et la norme de précision en droit administratif, *i.e.* le texte doit être compris par une personne

⁷¹ Pour un exemple de contestation d'un règlement au motif d'imprécision constitutionnelle, voir l'affaire *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S., 267.

⁷² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 634.

⁷³ PÉPIN, G., «La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision: une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle?», (1996) 56 *R. du B.* 643, 656. Notons, de plus, que le règlement imprécis sera invalide au plan du droit administratif, car il confère au décideur un pouvoir discrétionnaire en négligeant d'élaborer des normes concrètes sur lesquelles ce dernier peut baser une décision: GARANT, P., *Droit administratif*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1996, p. 444.

raisonnablement intelligente et visée par le texte, diffèrent grandement. Un auteur de doctrine souligne l'ampleur de l'écart entre les deux normes ainsi:

Inutile d'insister longuement sur le fait que l'inintelligibilité «civile» [la norme de droit administratif] est distincte de l'inintelligibilité «judiciaire» [la norme de droit constitutionnel]; la première est la source d'une norme de contrôle moins restrictive, plus favorables aux justiciables. Une personne raisonnable assujettie à un règlement n'a pas le bagage de connaissances qui permet aux juges, grâce notamment à l'éclairage d'un débat contradictoire et à l'usage de la méthode téléologique d'interprétation, de déceler entre les lignes d'un texte des «précisions» non apparentes à l'œil non averti.⁷⁴

(caractère gras ajouté)

En d'autres mots, l'obligation imposée à l'État de rédiger des infractions précises s'avère plus lourde en matière réglementaire, car l'imprécision sera évaluée selon le point de vue du justiciable et non selon celui du juge.

Somme toute, le défaut de conférer un sens véritablement contraignant à l'obligation de l'État de rédiger des normes pénales précises affaiblit considérablement l'efficacité potentielle du processus canadien de communication de la norme pénale. Dans le contexte actuel, l'État peut transmettre au justiciable une norme pénale inintelligible et, par la suite, lui imposer une sanction pénale s'il fait défaut de se conformer à celle-ci. Seule la communication de l'infraction réglementaire échappe à cette règle. En effet, la rédaction de la norme pénale réglementaire est soumise à un degré de précision plus élevé, ce qui oblige l'État

⁷⁴ PÉPIN, G., «La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision: une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle ?», (1996) 56 *R. du B.* 643, 657.

à transmettre au justiciable une norme dont ce dernier est susceptible de saisir le sens.

Traditionnellement, le caractère peu contraignant de la norme de précision exigée par le principe de légalité était acceptable dans la mesure où la règle de l'interprétation restrictive de la norme pénale venait corriger partiellement la situation. En effet, l'imprécision de la norme pénale était peu conséquente pour le justiciable, car elle jouait nécessairement en sa faveur lors du procès.⁷⁵ Tel que nous l'avons mentionné précédemment, cette règle d'interprétation a toutefois été quelque peu mise de côté par la jurisprudence récente.⁷⁶ Malheureusement, la norme de précision n'a pas pour autant été revue à la hausse. Il s'ensuit que l'imprécision de la norme pénale peut désormais mener à l'élargissement de la responsabilité du justiciable, notamment en matière réglementaire où l'interprétation de la norme pénale doit être faite en fonction de son objet.⁷⁷

Jusqu'à présent, les obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale s'avèrent minimes. Espérons que la quatrième et dernière obligation de l'État, soit l'obligation de procéder à la publication des normes pénales, sera plus substantielle.

⁷⁵ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 142-43.

⁷⁶ *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, 411 et ss.; *R. c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856, par. 4; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 31.

⁷⁷ *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, 414-15.

1.1.4. Une quatrième obligation pour l'État : procéder à la publication des normes pénales

Bien que traitée en dernier lieu, l'obligation de procéder à la publication des normes pénales s'avère une obligation déterminante pour l'efficacité d'un processus de communication de la norme pénale. En effet, à quoi bon prévoir une obligation d'édicter des normes pénales prospectives s'il est impossible pour le justiciable d'en prendre connaissance, faute de publication ? Et que vaut l'obligation de consigner les normes pénales dans un écrit si cet écrit est gardé secret ? Toujours dans la même veine, toute la précision du monde ne saurait rendre plus accessible un texte inconnu du justiciable. Bref, si le texte n'est pas rendu public, tout le reste est sans importance. C'est d'ailleurs là l'essence même de la communication de la norme pénale, rendre la norme publique.

Malgré ce rôle prépondérant, il n'existe aucune obligation étatique de publier les normes pénales d'origine prétorienne⁷⁸ et l'obligation de publier les textes de lois créateurs de normes pénales ne fait l'objet d'aucune protection constitutionnelle. L'État s'est plutôt imposé cette obligation par le biais de quelques lois particulières. Il importe d'examiner en détail ces lois.

⁷⁸ Soulignons toutefois que le procès pénal doit, sauf en de rares exceptions, être tenu en public : al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

1.1.4.1. *L'obligation de publier les normes pénales fédérales*

Au niveau de la législation fédérale, l'obligation de publier les lois est prévue par le *Règlement sur les textes réglementaires*. L'article 12 de ce règlement est libellé dans les termes suivants :

12. Les lois d'intérêt public de chaque session du Parlement du Canada doivent être publiées dans la Partie III de la *Gazette du Canada*.⁷⁹

En ce qui a trait aux règlements fédéraux, c'est l'article 11 de ce même *Règlement sur les textes réglementaires* qui précise les modalités de publication:

11. (1) [...]

(2) Tout règlement, sauf un règlement soustrait à la publication, doit être publié dans la Partie II de la *Gazette du Canada*.⁸⁰

On notera que certains règlements ne sont pas soumis à l'exigence de publication. Les motifs pouvant justifier ce passe-droit sont clairement délimités à l'article 15 du *Règlement sur les textes réglementaires*:

15. (1) Sont soustraites à la publication les catégories de règlements qui sont soustraites à l'enregistrement.

(2) Sont soustraits à la publication les règlements et catégories de règlements suivants dont le

⁷⁹ *Règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C., c. 1509 (S-22).

⁸⁰ *Règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C., c. 1509 (S-22).

gouverneur en conseil est convaincu **qu'ils n'intéressent ou ne sont susceptibles d'intéresser que peu de personnes et qu'ils ont fait ou feront l'objet de mesures raisonnables pour que les intéressés soient informés de leur teneur [...].**⁸¹

(caractère gras ajouté)

Autrement dit, l'État a choisi d'effectuer un tri parmi la masse de règlements fédéraux adoptés annuellement et il ne publie que ceux susceptibles d'intéresser le public tout en s'imposant l'obligation subsidiaire de procéder à la transmission d'informations ciblées dans les autres cas. Un tel effort s'avère louable et mérite d'être encouragé dans la mesure où il mène à une diminution du corpus législatif publié, ce qui facilite la recherche et la consultation, et à une communication efficace des règlements à portée restreinte.

Évidemment, l'absence de publication d'un règlement à portée restreinte peut mener à des résultats injustes. Pensons, par exemple, à la personne concernée par ce règlement qui y contrevient avant que l'État n'ait pu prendre des mesures raisonnables pour l'en informer. Est-elle coupable d'avoir enfreint un règlement qui n'a jamais été publié ou même porté à sa connaissance ? L'article 11 de la *Loi sur les textes réglementaires* vient répondre à cette question :

11. (1) [...]

(2) Un règlement n'est pas invalide au seul motif qu'il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*. Toutefois **personne ne peut être condamné pour violation d'un règlement qui, au moment du fait reproché, n'était pas publié sauf dans le cas suivant :**

⁸¹ *Règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C., c. 1509 (S-22).

a) d'une part, le règlement était soustrait à l'application du paragraphe (1), conformément à l'alinéa 20c), ou il comporte une disposition prévoyant l'antériorité de sa prise d'effet par rapport à sa publication dans la *Gazette du Canada*;

b) d'autre part, **il est prouvé qu'à la date du fait reproché, des mesures raisonnables avaient été prises pour que les intéressés soient informés de la teneur du règlement.**

⁸²

(caractère gras ajouté)

Bref, l'État s'impose le fardeau de prouver la suffisance des mesures d'information choisies et permet l'acquiescement du contrevenant en cas de mesures d'information insuffisantes.

S'il est clair que les normes pénales fédérales doivent faire l'objet d'une publication dans la *Gazette du Canada*, une question demeure : le justiciable canadien peut-il avoir aisément accès à la *Gazette du Canada* et, par ricochet, aux plus récentes lois et aux tous derniers règlements canadiens ? La réponse à cette question dépend de notre définition du qualificatif "aisément". Il est vrai que la *Gazette du Canada* est disponible en vente libre tel que le stipule l'article 20 du *Règlement sur les textes réglementaires* :

20. Toute personne peut acheter un exemplaire de la Partie I, de la Partie II ou de la Partie III de la *Gazette du Canada* sur paiement du prix indiqué à l'annexe II.⁸³

⁸² *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22.

⁸³ *Règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C., c. 1509 (S-22).

Cependant, son prix d'achat n'est pas à la portée de toutes les bourses.⁸⁴ Dans la mesure où le justiciable canadien a, comme nous le verrons d'ailleurs en détail un peu plus tard, l'obligation de connaître les normes pénales fédérales, il peut sembler paradoxal que l'accès à celles-ci soit dispendieux. Soulignons cependant qu'une version officielle de la *Gazette du Canada* est, depuis le 1^{er} avril 2003, disponible sur Internet⁸⁵ et qu'il est également possible de consulter la *Gazette du Canada* en se rendant dans certaines bibliothèques publiques.⁸⁶

Ceci complète notre aperçu de l'obligation faite à l'État de publier les normes pénales fédérales. Il va sans dire que la reconnaissance d'une obligation de publier les normes fédérales est primordiale pour assurer l'efficacité du processus de communication de la norme pénale. Toutefois, le fait que le droit canadien stipule que la publication doit se faire dans un document dont le niveau de diffusion est faible diminue sensiblement les chances que le processus de communication de la norme pénale permette un transfert d'informations entre l'État et un nombre significatif de justiciables.

Cela dit, jetons un coup d'œil à l'obligation de l'État de publier les normes pénales provinciales.

⁸⁴ En date du 2 septembre 2004, le coût d'un abonnement annuel à la section « lois et règlements » de la *Gazette du Canada* (parties II et III) se chiffrait à 96\$: *Règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C., c. 1509 (S-22) Annexe II; <http://canadagazette.gc.ca> (site consulté le 2 septembre 2004).

⁸⁵ <http://canadagazette.gc.ca> (site consulté le 2 septembre 2004).

⁸⁶ Ce qui inclut les bibliothèques des diverses facultés de droit du pays, pour ne donner qu'un exemple.

1.1.4.2. *L'obligation de publier les normes pénales provinciales*

Dans la mesure où il serait répétitif d'examiner le droit applicable dans chacune des dix provinces canadiennes; nous avons décidé de limiter notre étude à la situation en vigueur au Québec.

C'est la *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics* qui prévoit l'obligation faite au gouvernement québécois de publier ses propres lois. L'article 23 de cette loi se lit comme suit :

23. L'Éditeur officiel imprime et publie, ou fait imprimer et publier:

1° les lois du Québec [...].⁸⁷

Cette publication des lois se fera par l'intermédiaire de la *Gazette officielle du Québec* ou encore, par la vente du texte de loi.⁸⁸

Les modalités entourant la publication des règlements québécois s'avèrent un peu plus complexes. D'abord, il appert que tout règlement doit faire l'objet d'une publication dans la *Gazette officielle du Québec*. L'article 15 de la *Loi sur les règlements* est explicite à ce sujet :

15. Tout règlement est publié à la *Gazette officielle du Québec*.⁸⁹

⁸⁷ *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics*, L.R.Q. (1977), c. S-6.1.

⁸⁸ *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics*, L.R.Q. (1977), c. S-6.1, art. 25.

Cette obligation de publier les règlements est implicitement confirmée par l'article 17 de la même loi, article qui énonce le principe suivant lequel l'entrée en vigueur du règlement se fait au moins quatorze jours après sa date de publication à la *Gazette officielle du Québec* :

17. Un règlement entre en vigueur le quinzième jour qui suit la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou à une date ultérieure qu'indique le règlement ou la loi en vertu de laquelle le règlement est édicté ou approuvé.⁹⁰

Ce délai minimal entre la publication du règlement et son entrée en vigueur favorise une communication plus efficace de la norme pénale. En effet, on peut penser qu'un tel délai permet à un plus grand nombre de justiciables de prendre connaissance de la norme pénale réglementaire avant son entrée en vigueur, soit en temps opportun pour modifier leur conduite en conséquence.

Cela dit, le gouvernement québécois s'est laissé une échappatoire qui lui permet de passer outre au respect de ce délai entre le moment de la publication du règlement et celui de son entrée en vigueur. Les conditions d'application de cette exception sont prévues à l'article 18 de la *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics* :

18. Un règlement peut entrer en vigueur dès la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* ou entre celle-ci et celle applicable en vertu de l'article 17, lorsque l'autorité qui l'a édicté ou

⁸⁹ *Loi sur les règlements*, L.R.Q. (1977) c. R-18.1.

⁹⁰ *Loi sur les règlements*, L.R.Q. (1977) c. R-18.1.

approuvé est d'avis qu'un motif prévu par la loi en vertu de laquelle le règlement peut être édicté ou approuvé ou que l'un des motifs suivants le justifie:

1° l'urgence de la situation l'impose;

2° le règlement établit, modifie ou abroge des normes de nature fiscale.

Le motif justifiant une telle entrée en vigueur doit être publié avec le règlement.⁹¹

Dans de telles circonstances, l'État a toutefois jugé bon d'écarter la responsabilité de celui qui transgresse, en toute bonne foi, un règlement pénal québécois fraîchement publié. Pour ce faire, le législateur québécois a édicté la règle suivante à titre de protection contre les conséquences pénales découlant de l'entrée en vigueur accélérée d'un règlement :

19. Lorsqu'un règlement entre en vigueur conformément à l'article 18, une personne ne peut être condamnée pour une infraction commise à l'encontre de ce règlement entre la date d'entrée en vigueur et le quinzième jour qui suit celle de sa publication à la *Gazette officielle du Québec*, à moins qu'il ne soit prouvé que les personnes susceptibles d'être visées par le règlement pouvaient en prendre connaissance avant la commission de l'infraction.⁹²

⁹¹ *Loi sur les règlements*, L.R.Q. (1977) c. R-18.1.

⁹² *Loi sur les règlements*, L.R.Q. (1977) c. R-18.1. On remarquera la similitude entre ce texte et l'article 11 de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, commenté ci-avant.

La prévoyance de l'État ne s'arrête pas là. Une autre disposition de la *Loi sur les règlements* ajoute que la méconnaissance d'un texte non publié auquel renvoie un règlement justifie, à défaut de mesures d'information appropriées, la relaxe du contrevenant :

16. L'article 15 n'a pas pour effet de rendre obligatoire la publication à la *Gazette officielle du Québec* d'un texte auquel renvoie un règlement.

Toutefois, une personne ne peut être condamnée pour une infraction commise à l'encontre d'un texte non publié à la *Gazette officielle du Québec* et auquel renvoie un règlement, à moins qu'il ne soit prouvé que ce texte a été autrement publié et que les personnes susceptibles d'être visées par celui-ci pouvaient en prendre connaissance avant la commission de l'infraction.⁹³

À l'évidence, l'État reconnaît l'importance de protéger le justiciable contre une condamnation basée sur une norme pénale provinciale non publiée. Cela dit, tous ces efforts pour publier les lois et règlements québécois portent-ils réellement fruit ? On peut certes en douter si l'on se fie au tirage de la partie II de la *Gazette officielle du Québec*.⁹⁴ En date du mois d'août 2004, le tirage hebdomadaire moyen de la partie II de la *Gazette officielle du Québec* pour 2004 était de 1650 copies papier, auxquelles il faut ajouter 559 abonnements électroniques.⁹⁵ Ce faible tirage s'explique partiellement par le coût de l'abonnement à l'hebdomadaire. En date du 1^{er} septembre 2004, Publications Québec exigeait la rondelette somme de 225 dollars pour un abonnement annuel à la partie II de la *Gazette officielle du*

⁹³ *Loi sur les règlements*, L.R.Q. (1977) c. R-18.1.

⁹⁴ Les lois et règlements du Québec sont publiés dans la partie II de la *Gazette officielle du Québec*, d'où notre intérêt pour cette partie de l'hebdomadaire.

⁹⁵ Ces statistiques nous ont été fournies par Madame Patricia Shea, responsable de la *Gazette officielle du Québec*.

Québec version papier ou de 195 dollars pour un abonnement à la version électronique.⁹⁶ Précisons toutefois qu'une version électronique de la *Gazette officielle du Québec* est, depuis 1996, disponible gratuitement sur le site de Publications Québec.⁹⁷ Il est également possible de consulter gratuitement la *Gazette officielle du Québec* en se rendant dans certaines bibliothèques publiques, dont les bibliothèques des facultés de droit québécoises.

Du point de vue de l'efficacité de la communication de la norme pénale, les modalités entourant l'obligation de l'État de publier les normes pénales provinciales suscitent des réserves similaires à celles exprimées au sujet de l'obligation de publier les normes pénales fédérales. Plus spécifiquement, il nous semble que la publication des normes pénales provinciales par le biais d'un hebdomadaire au tirage modeste ne permet pas la diffusion à grande échelle que nécessite un processus de communication de la norme pénale vraiment efficace.

Avant de clore notre description de l'obligation de publier les normes pénales provinciales, qu'il nous soit permis de glisser quelques mots sur une initiative prometteuse du gouvernement québécois, soit la création de la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ). Selon le texte de sa loi constitutive, cette société a pour mission première de rendre facilement accessible à la collectivité une information juridique de qualité.⁹⁸ Une des façons d'atteindre ce noble objectif est prévue à l'article 21 de la même loi, article qui stipule que :

21. La Société collabore avec l'Éditeur officiel du Québec à la publication des jugements rendus par les

⁹⁶ <http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/home.php> (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

⁹⁷ L'adresse de ce site est la suivante : <http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/home.php> (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

⁹⁸ *Loi sur la Société québécoise d'information juridique*, L.R.Q. (1977), c. S-20, art. 19.

tribunaux judiciaires siégeant au Québec et des décisions rendues par les personnes ou les organismes y exerçant des fonctions juridictionnelles.⁹⁹

À notre avis, il s'agit là d'une mesure essentielle à l'accomplissement de l'obligation de l'État de procéder à la publication des normes pénales. En effet, dans la mesure où les tribunaux « joue[nt] toujours un rôle de médiateur dans l'actualisation du droit »,¹⁰⁰ la connaissance de l'interprétation judiciaire de la norme pénale devient, dans un contexte de communication efficace des normes pénales, tout aussi fondamentale que la connaissance de la norme pénale elle-même. Soulignons d'ailleurs à ce sujet que la Cour d'appel du Québec considère que l'État a l'obligation constitutionnelle de permettre au justiciable qui le désire de consulter les décisions judiciaires rendues par ses tribunaux.¹⁰¹ Une telle interprétation est certes de nature à favoriser la mise en place d'un processus de communication efficace de la norme pénale, bien que les modalités exactes de cette obligation s'avèrent encore nébuleuses.

Ceci clôt notre étude de la quatrième et dernière obligation de l'État canadien en matière de communication de la norme pénale, soit le devoir de procéder à la publication de celles-ci. On retiendra que malgré la présence de règles juridiques détaillées à cet égard, la question de l'impact réel de la publication des normes pénales demeure en suspens. En bout de ligne, il faut se demander si la faible diffusion des diverses publications officielles de l'État est suffisante pour conclure que celui-ci transmet efficacement son message au

⁹⁹ *Loi sur la Société québécoise d'information juridique*, L.R.Q. (1977), c. S-20, art. 19.

¹⁰⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 641.

¹⁰¹ Voir l'arrêt *Wilson & Lafleur inc. c. Société québécoise d'information juridique*, [2000] R.J.Q. 1086, où la Cour écrit (p. 1088) : «[L]e droit d'accès au texte intégral de l'ensemble des décisions des tribunaux québécois [est] un droit reconnu par le législateur québécois et enchâssé dans la constitution canadienne.»

justiciable. Notre description du droit canadien nous laisse avec l'impression que l'obligation de publier les normes pénales, à l'instar de l'obligation de rédiger des normes pénales précises, ne tient pas compte du besoin du justiciable d'être informé du contenu des normes pénales.

En fait, cette dernière remarque peut s'appliquer à l'ensemble des obligations de l'État canadien en matière de communication de la norme pénale. Après en avoir fait la description, il nous faut conclure qu'il s'agit d'obligations relativement peu contraignantes. Au niveau de la conception de la norme pénale, celle-ci n'aura qu'à être relativement précise et non-rétroactive pour constituer un message acceptable. Au niveau de la transmission de la norme pénale, il suffira pour le l'État de procéder par écrit et avec une certaine forme de publicité pour que la transmission soit jugée satisfaisante. À première vue, le respect de ces obligations ne nous permet pas nécessairement de conclure que le contrevenant qui ignore la loi a néanmoins eu une opportunité d'en prendre connaissance suffisante pour légitimer l'imposition d'une sanction pénale à son endroit.

Cette conclusion préliminaire est encore plus justifiée dans le cas des normes pénales d'origine prétorienne. Comme nous l'avons vu, l'État n'assume aucune obligation substantielle en matière de communication de ces dernières. La décision judiciaire peut être rétroactive, imprécise, orale et non-publiée. Ce résultat est certes paradoxal dans la mesure où la Cour suprême reconnaît pourtant l'importance, pour le justiciable, d'être informé de la teneur de la décision judiciaire :

De manière générale, on peut dire que c'est en faveur du public plutôt qu'en faveur des parties à l'instance qu'est établie l'obligation [du juge] de donner des motifs. Grâce aux décisions motivées, le grand public est avisé des règles de conduite applicables à ses

activités futures. Le fait de connaître la raison d'être d'une règle aide souvent ceux qui tentent de s'y conformer à en définir la portée. La *common law* évolue en grande partie par l'application, à des situations nouvelles, d'analogies motivées tirées de la jurisprudence.¹⁰²

Cela dit, les obligations de l'État ne constituent que la moitié d'un processus de communication efficace de la norme pénale. Il est possible que la seconde partie de ce processus, soit les obligations incombant au justiciable, permette d'en assurer l'efficacité. Si tel est les cas, le processus de communication de la norme pénale pourrait devenir un outil de légitimation de la sanction étatique.

1.2. LES OBLIGATIONS DU JUSTICIABLE EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Toute activité de communication met en scène au moins deux parties, l'émetteur du message et le ou les récepteurs de celui-ci. Logiquement, les obligations assumées par l'un trouvent leur pendant dans celles incombant à l'autre. Reste à déterminer si cet équilibre des obligations se retrouve dans le processus de communication de la norme pénale élaboré par le droit canadien. À cette fin, nous avons déjà détaillé les obligations qui reposent sur l'émetteur de la norme pénale, en l'occurrence, l'État. Il est maintenant temps de s'attarder aux obligations assumées par le récepteur de ce message, soit, dans le cas de la norme pénale, le justiciable.

¹⁰² *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 22.

Précisons d'entrée de jeu que le justiciable canadien assume une obligation de connaissance de la norme pénale. Afin de décrire correctement cette dernière, nous avons choisi de procéder en trois étapes. D'abord, nous tenterons d'identifier les sources de l'obligation, pour le justiciable, de prendre connaissance de la norme pénale. Une fois cela fait, nous serons en mesure de décrire le contenu, et les limites, de cette obligation. Finalement, nous terminerons notre étude de l'obligation du justiciable canadien en nous attardant sur quelques caractéristiques des règles canadiennes en matière de connaissance de la norme pénale. L'examen de ces caractéristiques nous permettra de mieux saisir les nuances de l'obligation de connaissance de la norme pénale incombant au justiciable.

1.2.1. Les sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale

Au plan théorique, on peut affirmer que l'obligation de connaissance de la norme pénale trouve sa source dans le contrat social qui unit l'État et le justiciable.¹⁰³ Conformément à ce pacte, le droit canadien protège le justiciable contre l'application d'une norme pénale secrète en imposant à l'État l'obligation de respecter le principe de légalité et il impose au justiciable l'obligation corrélative de se renseigner sur le contenu de la norme pénale avant d'agir.¹⁰⁴ Le professeur Hugues Parent résume la situation ainsi :

¹⁰³ FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969, 39-40; PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 C. de D. 53, 75; LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296, 296; HUSAK, D.N., VON HIRSCH, A., « Culpability and Mistake of Law », paru dans SHUTE, A., GARDNER, J., HORDER, J., *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 157, 160.

¹⁰⁴ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1098; MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son*

Parmi les différentes concessions qui se trouvent en matière criminelle, mentionnons notamment le principe voulant que l'État ne punisse pas les citoyens sans les informer au préalable des limites qui partagent les domaines respectifs du légal et de l'illégal. Cette concession, une fois admise, oblige en contrepartie le citoyen à se renseigner sur l'existence et le contenu des prescriptions de la loi qui, une fois transgressée, dévoile au grand jour l'absence de respect de l'accusé par rapport à la législation pénale.¹⁰⁵

Notons que cette obligation civique de connaissance de la norme pénale sera d'autant plus fondée dans les cas où le justiciable entreprend une activité étroitement réglementée. Dans de telles circonstances, le justiciable sera réputé connaître et avoir accepté de se conformer aux normes légales rattachées à l'exercice de l'activité en question.¹⁰⁶

En droit canadien, il semble que la confirmation juridique de l'existence de l'obligation de connaissance imposée au justiciable en matière de communication de la norme pénale résulte du traitement réservé à la défense d'ignorance de la norme pénale. En effet, le refus de reconnaître une telle défense indique, implicitement, que le justiciable aurait dû connaître la norme pénale et ne peut

application en droit canadien, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982, p. 162, 178; DUMONT, H., *Ignorantia juris neminem excusat*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Montréal, 1972, p. 115. Cela dit, le lien étroit entre les obligations de l'État et celle du justiciable en matière de communication de la norme pénale ressort implicitement à la lecture de l'extrait suivant de l'arrêt *Hasselwander* : « Nul n'est censé ignorer la loi. Cela étant, il incombe au législateur d'être clair dans la rédaction des lois pénales. » : *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, 406.

¹⁰⁵ PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 C. de D. 53, 75.

¹⁰⁶ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 227-233; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, par. 108 et ss. Voir au même effet LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296, 301.

donc se prévaloir de son défaut de ce faire à titre d'excuse.¹⁰⁷ La présence de textes légaux interdisant le recours à la défense d'erreur de droit renforce donc notre conclusion quant à l'existence d'une obligation de connaître la norme pénale.

Tel que mentionné plus tôt, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux peuvent créer des normes pénales. Dans ce contexte, il importe de s'attarder aux textes de lois, autant au niveau de la législation fédérale que de la législation provinciale, qui interdisent le recours à une défense d'ignorance de la norme pénale. Ce sont ces textes qui confirmeront l'existence de l'obligation de prendre connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien.

1.2.1.1. *Les sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit fédéral*

En droit fédéral, la principale disposition traitant de la connaissance de la norme pénale se retrouve à l'article 19 du *Code criminel*.¹⁰⁸ À la lecture de cet article, on remarque d'abord son libellé lapidaire :

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941. La juge Wilson confirme, dans cette décision, que la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi fait partie de l'article 19 du *Code criminel* (p. 960).

¹⁰⁸ Notons que l'article 19 du *Code criminel* s'applique également en droit pénal fédéral. L'ignorance d'une disposition pénale réglementaire ne constitue donc pas une excuse en droit fédéral. À preuve, la décision *R. c. Duong*, J.E. 95-889 qui applique l'article 19 *C.cr.* dans le cadre d'une accusation en vertu de l'article 29(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985) c. C-29.

¹⁰⁹ Art. 19, *Code criminel*, L.R.C. (1985) c. C-46.

À l'évidence, cette disposition se contente de prohiber la défense d'erreur de droit tout en demeurant muette sur l'existence ou sur les conditions d'une éventuelle obligation pour le justiciable de prendre connaissance de la norme pénale fédérale. Cette absence de confirmation de l'obligation de connaissance de la norme pénale ne date pas d'hier. En effet, dès la première mouture du *Code criminel* canadien, la question de la connaissance, ou de l'ignorance, de la norme pénale faisait l'objet d'une disposition essentiellement équivalente à l'actuel article 19 du *Code* :

14. Le fait qu'un délinquant ignorait la loi ne peut servir d'excuse à aucune infraction commise par lui.¹¹⁰

Cette formulation est conservée lors de la refonte du *Code criminel* en 1906, bien que le numéro de l'article change, passant de 14 à 22.¹¹¹

Laissée intacte lors de la refonte de 1927, la disposition concernant l'ignorance de la norme pénale a finalement acquis la forme, et le numéro d'article, qu'on lui connaît aujourd'hui lors de la refonte de 1953-54¹¹² et ce, malgré la refonte de 1970.¹¹³

Si l'on fait le calcul, il s'est écoulé plus d'un siècle entre la première version codifiée de la règle et aujourd'hui.¹¹⁴ Malgré toutes ces années, le texte de l'article

¹¹⁰ Art. 14, *Code criminel*, (1892) 55-56 Vict. c. 29.

¹¹¹ Art. 22, *Code criminel*, L.R. (1906) c. 146.

¹¹² Art. 19, *Code criminel*, L.R. (1953-54) c. 51.

¹¹³ Art. 19, *Code criminel*, L.R.C. (1970) c. C-34.

¹¹⁴ Notons toutefois que cette disposition s'inspire de la maxime latine *Ignorantia juris neminem excusat*, maxime dont le fondement remonte à l'Antiquité. Pour un aperçu des origines de celle-ci, voir PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 C. de D. 53, 63-74; MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son*

19 du *Code criminel* ne fonde toujours pas explicitement une obligation pour le justiciable de prendre connaissance de la norme pénale fédérale. La jurisprudence a toutefois quelque peu corrigé la situation en interprétant largement l'article 19 du *Code criminel*.

En effet, il appert que cette disposition codifie la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi.¹¹⁵ Il s'ensuit que tous les justiciables canadiens «sont censés connaître la loi et agir en conséquence».¹¹⁶ On remarquera que la jurisprudence n'affirme pas que tous les justiciables « sont tenus » de connaître la norme pénale fédérale mais plutôt qu'ils sont « censés » connaître celle-ci. Une telle formulation révèle la présence d'une présomption irréfragable de connaissance de la norme pénale, présomption dispensant l'État de faire la preuve de la connaissance de la norme pénale fédérale par le justiciable.¹¹⁷

C'est donc par le biais d'une présomption que le droit canadien incite le justiciable à se renseigner sur le contenu de la norme pénale fédérale. En d'autres termes, le droit canadien postule qu'une présomption irréfragable de faute forcera le justiciable à s'acquitter religieusement de son obligation civique de connaître la norme pénale.¹¹⁸ Cette conclusion est renforcée par l'opinion concurrente du juge

application en droit canadien, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982, p. 9 et ss.; DUMONT, H., *Ignorantia juris neminem excusat*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Montréal, 1972, p. 5 et ss.

¹¹⁵ *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, 960.

¹¹⁶ *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 96. Voir au même effet *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226, 250; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, 406.

¹¹⁷ STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 324; PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 C. de D. 53, 75.

¹¹⁸ On peut ici faire un parallèle intéressant entre l'article 19 du *Code criminel* et l'infraction de responsabilité absolue. Dans les deux cas, le droit suppose que l'absence d'un moyen de défense basé sur la diligence raisonnable incitera le justiciable à faire preuve de plus de vigilance. Pourtant, rien ne prouve que cette

Lamer dans l'arrêt *Jorgensen*.¹¹⁹ Dans cette affaire, le juge Lamer commence par identifier les fondements de la règle énoncée à l'article 19 du *Code criminel*. Il invoque notamment le fondement suivant :

L'admission du moyen de défense d'ignorance de la loi [...] encouragerait l'ignorance alors que la connaissance est souhaitable du point de vue social.¹²⁰

Le juge détermine ensuite quels sont les critères d'évaluation de la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. À cette étape de son raisonnement, il prend bien soin de rappeler que l'article 19 du *Code criminel* vise à inciter, sans toutefois directement obliger, le justiciable à prendre connaissance de la norme pénale :

Lorsqu'il est déterminé qu'il s'agissait d'une erreur de droit, il faut ensuite démontrer que l'accusé a envisagé les conséquences juridiques de ses actes. En exigeant qu'un accusé ait envisagé la possibilité que sa conduite soit illégale et que, en conséquence, il cherche à obtenir conseil, **nous veillons à ce que ne soit pas ébranlée l'incitation faite aux citoyens d'être responsables et informés**. Il ne suffit pas qu'un accusé qui souhaite profiter de cette excuse présume simplement que sa conduite était acceptable.¹²¹

(caractère gras ajouté)

Que faut-il retenir de tout cela ? Deux choses à notre avis.

supposition est fondée, dans un cas comme dans l'autre : ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 574; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1311.

¹¹⁹ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

¹²⁰ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 64.

D'une part, retenons qu'on ne peut simplement conclure que l'article 19 du *Code criminel* se contente de prohiber la défense d'erreur de droit tout en demeurant muet quant à une éventuelle obligation pour le justiciable de prendre connaissance de la norme pénale fédérale. Conclure ainsi serait faire abstraction de l'effet implicite de la disposition et de son interprétation par la jurisprudence. En vertu de l'article 19 du *Code criminel*, toute personne court le risque d'être condamnée pour un geste qu'elle croyait par ailleurs légal. Dans cette optique, la seule façon de se prémunir contre des condamnations surprises s'avère de prendre connaissance de la norme pénale. Autrement dit, en bloquant toute allégation d'ignorance de la loi ou d'erreur de droit, l'article 19 du *Code criminel* ne laisse guère le choix au justiciable; soit celui-ci prend connaissance de la prohibition fédérale par lui-même, soit l'État se charge de la porter à son attention par le biais d'une sanction pénale. Il s'ensuit que l'on peut affirmer, pour les fins de notre étude, que l'article 19 du *Code criminel* oblige implicitement le justiciable canadien à s'acquitter de son obligation civique de prendre connaissance de la norme pénale.

D'autre part, il s'agit d'un bien long détour pour obtenir ce qui aurait pu se faire par le biais d'une simple disposition créant une obligation expresse, pour le justiciable, de prendre connaissance de la norme pénale. D'ailleurs, l'étude des sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit québécois nous prouvera à quel point il aurait été facile de procéder ainsi.

¹²¹ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 79.

1.2.1.2. *Les sources de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit provincial*

Au niveau provincial, les dispositions traitant spécifiquement des obligations imposées au justiciable en matière de connaissance de la norme pénale sont rares. Il s'agit en quelque sorte d'un paradoxe, car la question de la connaissance de la norme est plus délicate en matière d'infractions pénales, un domaine de compétence provinciale et fédérale, qu'en matière d'infractions criminelles, un domaine de compétence exclusivement fédérale.¹²² Dans ce contexte, il importe, si l'on veut dresser un portrait complet de l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale provinciale, de donner un aperçu du droit en vigueur dans toutes les provinces canadiennes.

Débutons ce tour d'horizon par l'Ontario. Cette province fait preuve d'un certain souci de clarté en consacrant une disposition particulière à l'obligation faite au justiciable de connaître la norme pénale. Cela étant dit, le libellé de l'article 81 de la *Loi sur les infractions provinciales* ressemble à s'y méprendre à celui de l'article 19 du *Code criminel*:

81. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.¹²³

La similarité des textes appelle inévitablement une interprétation analogue. À l'instar du *Code criminel*, la *Loi sur les infractions provinciales* incite le justiciable

¹²² En effet, on peut supposer que la connaissance d'une prohibition criminelle est facilitée par le fait que ces dernières expriment, en théorie, les valeurs fondamentales d'une société : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 634.

¹²³ Art. 81, *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. (1990), c. P-33.

à prendre connaissance de la norme pénale ontarienne. Plusieurs décisions confirment d'ailleurs cette affirmation.¹²⁴ Examinons d'un peu plus près l'une de ces affaires, soit la décision *City of Niagara Falls*.¹²⁵

Dans cette cause, qui n'est pas sans rappeler les faits du célèbre arrêt *Sault Ste-Marie*,¹²⁶ la ville de Niagara Falls est accusée d'avoir permis la collecte de matières résiduelles sur son territoire d'une façon non-conforme aux prescriptions de l'article 41 de la *Loi sur la protection de l'environnement*¹²⁷ de l'Ontario. En défense, la Ville prétend ignorer qu'il lui incombe de s'assurer de la conformité légale du travail de l'entrepreneur auquel la collecte des déchets avait été confiée. Évidemment, cet argument va directement à l'encontre du libellé de l'article 81 de la *Loi sur les infractions provinciales*. Le juge du procès a donc rejeté sommairement le moyen de défense en se contentant de citer cette disposition à titre de justification.

Au Québec, l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale est explicitement prévue à l'article 39 de la *Loi d'interprétation*. Cet article se lit ainsi :

39. Une loi est publique, à moins qu'elle n'ait été déclarée privée.

Toute personne est tenue de prendre connaissance des lois publiques mais les lois privées doivent être plaidées.¹²⁸

¹²⁴ Voir entre autres *R. c. Cristiano*, [1992] O.J. No. 3891; *R. c. Starr*, [1991] O.J. No. 845; *R. c. Transfer Genetics Ltd.*, [1988] O.J. No. 2545.

¹²⁵ *R. c. City of Niagara Falls*, [1998] O.J. No. 6286.

¹²⁶ *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

¹²⁷ *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. (1990), c. E-19.

De plus, L'article 60 du *Code de procédure pénale* nous réfère aux règles de droit criminel en matière de moyen de défense. Ceci confirme implicitement le rejet de la défense d'ignorance de la loi en droit pénal provincial et, par ricochet, l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale québécoise. L'article 60 du *Code de procédure pénale* prévoit ce qui suit :

60. Les moyens de défense ainsi que les justifications et excuses reconnus en matière pénale ou, compte tenu des adaptations nécessaires, en matière criminelle s'appliquent sous réserve des règles prévues dans le présent code ou dans une autre loi.¹²⁹

La combinaison de l'article 19 du *Code criminel* et de ces deux dispositions a poussé les tribunaux québécois à conclure que l'erreur de droit ne constituait pas un moyen de défense valable.¹³⁰ L'affaire *Boutique Relaxe Flamme Inc.*¹³¹ est d'ailleurs l'illustration parfaite de ce courant jurisprudentiel. Dans cette cause, le juge Lévesque souligne que le fait de s'être fié à l'interprétation jurisprudentielle d'une loi pénale donnée n'est d'aucun secours pour le justiciable si cette interprétation s'avère par la suite être erronée.¹³² Autrement dit, le justiciable assume l'obligation de prendre connaissance de la norme pénale québécoise et le manquement à cette obligation ne saurait justifier sa relaxe.

L'Alberta, pour sa part, adopte une solution partiellement comparable à celle en vigueur au Québec, si ce n'est que le renvoi aux règles de droit criminel est,

¹²⁸ *Loi d'interprétation*, L.R.Q. (1977) c. 1-16, art. 39.

¹²⁹ *Code de procédure pénale*, L.R.Q. (1977), c. C-25.1, art. 60.

¹³⁰ *Québec (Procureur général) c. Gauthier*, [2001] R.J.Q. 1087; *R. c. Beaudry*, [2000] J.Q. no 1311; *Québec (Procureur général) c. Pêcheries Norpro ltée*, J.E. 96-1581; *Montréal (Ville de) c. Napolitano*, J.E. 95-803; *Marcheland c. R.*, [1991] R.J.Q. 799.

¹³¹ *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc.*, [2002] J.Q. no 3565.

dans ce cas, plus clair. À titre de preuve, voici le libellé de l'article 3 du *Provincial Offences Procedure Act* :

3. Except to the extent that they are inconsistent with this Act and subject to the regulations, all provisions of the Criminal Code (Canada), including the provisions in Part XV respecting search warrants, that are applicable in any manner to summary convictions and related proceedings apply in respect of every matter to which this Act applies.¹³³

Ce renvoi incorpore donc la règle énoncée à l'article 19 du *Code criminel* en droit albertain. C'est, du moins, ce qu'affirme le tribunal dans la décision *R. c. Boyle*.¹³⁴

Pour ce qui est des provinces canadiennes restantes, la situation se complique quelque peu. Dans tous les cas, la législation n'aborde pas directement la question de la connaissance de la norme pénale par le justiciable. En fait, la Colombie-Britannique¹³⁵, la Saskatchewan¹³⁶, le Manitoba¹³⁷, Terre-Neuve¹³⁸, le Nouveau-Brunswick¹³⁹, la Nouvelle-Écosse¹⁴⁰ et l'Île du Prince-Édouard¹⁴¹ se sont tous contentés de lois plutôt incomplètes à ce sujet. Le contenu typique de ces législations peut être illustré par cette disposition de la loi manitobaine:

¹³² *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relax Flamme Inc.*, [2002] J.Q. no 3565, par. 35, 36.

¹³³ *Provincial Offences Procedure Act*, R.S.A. (2000), c. P-34.

¹³⁴ *R. c. Boyle*, [2001] A.J. no 1142.

¹³⁵ *Provincial Offence Act*, R.S.B.-C. (1996), c. 338.

¹³⁶ *Summary Offences Procedure Act*, R.S.S. (1978), c. S-63.1.

¹³⁷ *Loi sur les poursuites sommaires*, C.P.L.M., S230.

¹³⁸ *Provincial Offences Act*, S.N.L. (1995), c. P - 31.1.

¹³⁹ *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.R.N.-B., c. P-22.

¹⁴⁰ *Summary Proceedings Act*, R.S.N.S. (1989), c. 450.

3(1). Sauf disposition expresse contraire, les dispositions suivantes du *Code criminel* (Canada) s'appliquent, compte tenu des modifications et des adaptations de circonstance, dans tous les cas d'application de la présente loi, comme si elles avaient été édictées par celle-ci et en faisaient partie : les parties XIX et XXIV, les articles 20, 21, 22, 440, 443, 444, 446, 451, 453.3, 455.1, 455.2, 455.4, et l'article 460 dans la mesure où il se rapporte au témoin, ainsi que les articles 645 à l'exception du paragraphe (3), 649, 650, 660, 662, 662.1, 663, 664, 665, 666, 667, 710, 711, 712 et 717.¹⁴²

On notera l'absence de référence à l'article 19 du *Code criminel*. Ce vide législatif se révèle toutefois moins significatif si l'on se remémore les propos tenus par la Cour suprême dans l'affaire *MacDougall*.¹⁴³ Confronté à une prétention d'ignorance de la loi provinciale par l'accusé, le juge Ritchie, écrivant au nom de la Cour, rejette l'argument en invoquant l'article 19 du *Code criminel*; il écrit :

Cette disposition [l'article 19 *C.cr.*] qui ne fait que codifier la règle de la *common law*, s'applique sans aucun doute en l'espèce.¹⁴⁴

Devant cette affirmation sans équivoque, il nous faut conclure que la règle énoncée à l'article 19 du *Code criminel* s'applique également en droit pénal provincial advenant le silence du législateur de la province concernée.

¹⁴¹ *Summary Proceedings Act*, R.S.P.E.I. (1988), c. S-9.

¹⁴² *Loi sur les poursuites sommaires*, C.P.L.M., S230, art. 3.

¹⁴³ *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605.

¹⁴⁴ *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, 612.

Ce bref tour d'horizon de la législation provinciale confirme que l'obligation de connaître la norme pénale est tout aussi présente en matière provinciale qu'en matière fédérale. Effectivement, que ce soit par le biais d'une loi spécifique ou encore par le recours à la *common law*, chaque province applique intégralement la règle énoncée à l'article 19 du *Code criminel*.

Cela étant, il nous faut maintenant déterminer quel est le contenu et surtout, quelles sont les limites, de la très répandue obligation de prendre connaissance de la norme pénale imposée au justiciable dans le cadre du processus canadien de communication de la norme pénale.

1.2.2. Le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale

L'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable est double. D'abord, le justiciable doit être au courant de l'existence de la prohibition légale.¹⁴⁵ Pour reprendre notre analogie avec le processus de communication, le justiciable/récepteur doit s'assurer de recevoir le message créé par l'État/émetteur. Une fois le message reçu, le justiciable doit ensuite cerner la portée exacte de la norme pénale afin d'être en mesure de déterminer au préalable les conséquences juridiques de ses actes.¹⁴⁶ Autrement dit, le justiciable/récepteur doit, à cette étape-ci, décrypter le message créé par l'État/émetteur. En peu de mots, le justiciable a la double obligation de trouver la norme pénale et d'en saisir le sens.

¹⁴⁵ L'ignorance de l'existence de la norme pénale n'est donc pas une excuse, car elle constitue un manquement à l'obligation de recevoir le message du législateur : *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356, 362-63.

Cette double obligation s'avère, en pratique, très lourde. La professeure Sullivan résume d'ailleurs l'ampleur de la tâche qui attend le justiciable en ces termes :

« Much legislation is drafted in long, convoluted sentences and relies on obscure jargon. But this is the least of the public's problems. The first challenge faced by would-be users of legislation is getting hold of an accurate and up-to-date copy of the legislation, including not only the act, but also regulations and documents incorporated by reference. The second challenge is to locate the parts of the legislation that are relevant. Users must then read those parts and make sense of them, a challenge that takes more than an ability to decipher badly written prose. Finally, and most importantly, users must appreciate the import of what they have read in terms of their personal circumstances and interests.»¹⁴⁷

Cela dit, on ne peut correctement décrire le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien sans en préciser les multiples exceptions. Voici donc une brève description de six exceptions au principe voulant que nul n'est censé ignorer la loi. Notons que chacune de ces exceptions constitue, par le fait même, une limite à l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien.

En premier lieu, un accusé peut invoquer avec succès son ignorance de la norme pénale pour nier la *mens rea* de certaines infractions. En effet, la Cour

¹⁴⁶ L'erreur quant à la portée d'une norme pénale n'est donc pas une excuse, car elle constitue un manquement à l'obligation de comprendre le message du législateur: *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, 346.

¹⁴⁷ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 100.

suprême précise, dans l'arrêt *Docherty*, que si la perpétration d'un acte illégal fait partie de l'*actus reus* d'une infraction, l'élément mental correspondant inclura la connaissance, par l'accusé, du caractère illégal de cet acte.¹⁴⁸ Prenons par exemple, l'infraction de complicité après le fait de fraude,¹⁴⁹ infraction dont la *mens rea* exige la connaissance de l'illégalité du geste frauduleux commis par la personne aidée selon la règle dégagée dans l'arrêt *Docherty*.¹⁵⁰ Le complice après le fait qui ignore que le geste de l'auteur de l'infraction constitue une fraude au sens de la loi pourra invoquer son erreur de droit avec succès lors du procès.¹⁵¹

En second lieu, l'erreur de droit du justiciable sera aussi un moyen de défense valable si l'article créant l'infraction ouvre la porte à l'apparence de droit.¹⁵² C'est, entre autres, le cas pour le crime de vol, prévu à l'article 322 du *Code criminel* et pour le crime de méfait, prévu à l'article 430.¹⁵³ Une croyance sincère mais erronée en la légalité d'un virement de fonds pourrait donc justifier l'acquiescement de l'accusé sous une accusation de vol.¹⁵⁴

En troisième lieu, la jurisprudence limite l'obligation de connaissance de la norme pénale aux dispositions légales de nature pénale.¹⁵⁵ Ainsi, la

¹⁴⁸ *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, 960.

¹⁴⁹ Articles 23, 380 et 463 du *Code criminel*.

¹⁵⁰ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 830 et ss.

¹⁵¹ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 831.

¹⁵² GAGNÉ, J., RAINVILLE, P., *Les infractions contre la propriété: le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1996, p. 76 et ss.; *R. c. Jones*, [1991] 3 R.C.S. 110, 117.

¹⁵³ Dans le cas du méfait, voir l'article 429(2) du *Code criminel*.

¹⁵⁴ *R. c. Lilly*, [1983] 1 R.C.S. 794, 798-99.

¹⁵⁵ *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1082 et ss.

méconnaissance des règles juridiques entourant la validité d'un divorce peut faire obstacle à une condamnation sous le chef de bigamie.¹⁵⁶

En quatrième lieu, l'ignorance d'un règlement fédéral ou provincial non publié entraînera également l'acquiescement de l'accusé.¹⁵⁷

En cinquième lieu, il appert que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité peut, malgré un certain flottement quant à ses paramètres, être invoquée par l'accusé.¹⁵⁸ Nous détaillerons d'ailleurs la valse-hésitation de la Cour suprême à ce sujet un peu plus loin.¹⁵⁹

En sixième et dernier lieu, la méconnaissance de la norme pénale par l'accusé sera parfois une cause de clémence lors du prononcé de peine.¹⁶⁰ Il est vrai que cette dernière exception ne constitue pas, en théorie, une limite à l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien mais plutôt une atténuation des conséquences du manquement à celle-ci. Cette atténuation pourra toutefois être totale dans la mesure où la clémence des tribunaux se traduira occasionnellement par l'absolution de l'accusé.¹⁶¹

¹⁵⁶ Le crime de bigamie est prévu à l'article 290 du *Code criminel*.

¹⁵⁷ *R. c. Catholique*, (1980) 49 C.C.C. (2d) 65; *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), c. S-22, art. 11(2); STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 333.

¹⁵⁸ *R. c. Larivière*, (2000) 38 C.R. (5th) 130.

¹⁵⁹ Voir à ce sujet la section 1.2.3.4 du présent chapitre.

¹⁶⁰ Voir, entre autres, *R. c. Scheper*, (1986) 5 Q.A.C. 270 (absolution inconditionnelle); *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26, 36 (absolution inconditionnelle); *R. c. Pitchford*, [1982] O.J. 220, p. 8 (absolution conditionnelle); *R. c. Lillie*, [1988] O.J. 1476, p. 10 (amende totale de 10\$ suite à des condamnations sous 18 infractions); CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1097; KEYES, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ott. L.R.* 579, 589.

¹⁶¹ Voir, entre autres, *R. c. Scheper*, (1986) 5 Q.A.C. 270 (absolution inconditionnelle); *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26, 36 (absolution inconditionnelle) et *R. c. Pitchford*, [1982] O.J. 220, p. 8 (absolution conditionnelle).

Notons que ces six exceptions peuvent être regroupées en deux grandes catégories. Il a, d'une part, les exceptions qui nient ou atténuent la culpabilité de l'accusé, soit les trois premières exceptions ainsi que la sixième. On retrouve, d'autre part, les exceptions fondées sur un manquement de l'État en matière de communication de la norme pénale. Cette seconde catégorie inclut le défaut de publication ainsi que l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente. Il faut en déduire que l'ignorance de la norme pénale n'est pas seulement une question qui relève de l'étude de la culpabilité de l'accusé.¹⁶²

Cela dit, toutes ces exceptions nous amène à nous questionner sur l'opportunité du principe général voulant que nul n'est censé ignorer la loi en droit canadien.¹⁶³ Quoiqu'il en soit, l'article 19 du *Code criminel* et ses équivalents

¹⁶² Au sujet de la catégorisation des exceptions en matière d'ignorance de la norme pénale, voir KEYES, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ott. L.R.* 579, 588 et ss.

¹⁶³ En 1987, la Commission de réforme du droit du Canada avait d'ailleurs suggéré de codifier certaines de ces exceptions; voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n° 30, édition révisée et augmentée, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1987, p. 38. Cette codification devait se faire par l'ajout, dans le *Code criminel*, de la disposition suivante :

Nul n'est responsable d'un crime commis en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi dans les cas suivants :

- a) l'erreur ou l'ignorance concernent des droits privés visés par le crime en cause;
- b) l'erreur ou l'ignorance peuvent raisonnablement être imputées à l'une des circonstances suivantes :
 - (i) la non-publication de la règle de droit en cause,
 - (ii) une décision judiciaire rendue par la cour d'appel de la province ayant compétence sur le crime reproché,
 - (iii) l'interprétation donnée par une autorité administrative compétente.

provinciaux demeurent en vigueur et consacrent, sous réserve des exceptions énoncées ci-avant, l'obligation de connaissance de la norme pénale reposant sur les épaules du justiciable. Afin de mieux comprendre la portée d'une telle obligation et d'en mesurer l'impact sur l'efficacité du processus de communication de la norme pénale, il est essentiel de s'attarder à certaines des caractéristiques de cette obligation, caractéristiques susceptibles de nous renseigner sur son application quotidienne.

1.2.3. Quelques caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable

L'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable comporte plusieurs facettes. Pour se faire une meilleure idée de sa portée, nous avons toutefois choisi de discuter des cinq caractéristiques suivantes: (i) l'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale, (ii) la nécessité de distinguer l'erreur de droit et l'erreur de fait, (iii) la nécessité de distinguer l'erreur de droit pénal et l'erreur de droit privé, (iv) la reconnaissance timide de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et finalement (v), le rejet de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux.

Ces cinq repères nous seront indispensables lorsque viendra le temps de comparer le processus canadien de communication de la norme pénale aux solutions préconisées par le droit français et le droit sud-africain en la matière. Examinons donc en détail chacune de ces caractéristiques de l'obligation du justiciable canadien de prendre connaissance de la norme pénale.

1.2.3.1. *L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale*

Dès le départ, il importe de s'interroger sur l'intensité de la double obligation imposée au justiciable canadien en matière de connaissance de la norme pénale.¹⁶⁴ En d'autres termes, le justiciable peut-il uniquement faire des efforts raisonnables pour recevoir et comprendre le message de l'État, ce qui indiquerait une obligation de diligence¹⁶⁵ ou, encore, doit-il impérativement mener à bien cette double tâche, ce qui supposerait une obligation de résultat ?¹⁶⁶

La réponse à cette interrogation n'a jamais fait de doute en droit canadien. La Cour suprême a rappelé à maintes reprises qu'une recherche diligente de la norme pénale ne suffit pas pour s'acquitter de l'obligation d'en prendre connaissance :

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle,

¹⁶⁴ Bien que la notion d'intensité des obligations soit un concept de droit privé québécois, nous croyons qu'il s'avère utile pour décrire le contenu des obligations propres à la communication de la norme pénale. Pour plus de détails quant à la notion d'intensité des obligations, voir CRÉPEAU, P-A. *L'intensité de l'obligation juridique*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal, 1989.

¹⁶⁵ L'obligation de diligence, aussi nommée obligation de moyens, est une «obligation par laquelle le débiteur est seulement tenu de se conduire avec prudence et diligence afin de parvenir au résultat souhaité par les parties.» : CRÉPEAU, P-A, et *als.*, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1991.

¹⁶⁶ L'obligation de résultat est une «obligation par laquelle le débiteur est tenu de fournir un résultat précis et déterminé, sauf dans l'éventualité d'un cas fortuit.» : CRÉPEAU, P-A, et *als.*, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1991.

même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé.¹⁶⁷

(caractère gras ajouté)

Le justiciable ne doit donc pas seulement tenter, par des moyens raisonnables, de trouver et de comprendre la norme pénale pertinente; il doit obligatoirement trouver et comprendre celle-ci et ce, peu importe le niveau de difficulté inhérent à ces tâches. Autrement dit, l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit canadien est une obligation de résultat. L'ignorance de la norme pénale, aussi raisonnable soit-elle dans les circonstances, ne constitue généralement pas un moyen de défense.¹⁶⁸

Ce constat effectué, une dernière question se pose. Qu'est-ce que cette « norme pénale » que le justiciable a l'obligation de trouver et de comprendre ? Le vocable « loi » utilisé à l'article 19 du *Code criminel* inclut évidemment les lois¹⁶⁹ mais aussi les règlements¹⁷⁰ et la jurisprudence.¹⁷¹ Cette interprétation de l'article 19 est d'ailleurs conforme à la version anglaise de la disposition, version qui traite de l'ignorance « of the law », et non de l'ignorance des « statutes ». ¹⁷² L'obligation de connaissance de la norme pénale exige donc pour le justiciable de recevoir et de comprendre parfaitement non seulement les messages émanant de

¹⁶⁷ *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, 346. Voir aussi *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356, 364; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 63.

¹⁶⁸ *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356, 364.

¹⁶⁹ Article 2 du *Code criminel*.

¹⁷⁰ *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356, 363.

¹⁷¹ *R. c. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334, 341. Ce sera au moins le cas pour prendre connaissance de l'infraction de *common law* d'outrage au tribunal : *United Nurses of Alberta c. Procureur-général de l'Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901.

¹⁷² En ce qui a trait à la pertinence de recourir aux deux versions du texte légal pour interpréter celui-ci, voir *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217.

l'organe législatif mais aussi ceux du pouvoir judiciaire. C'est sûrement là une tâche à temps plein pour le justiciable.

1.2.3.2. *La nécessité de distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait*

L'imposition d'une obligation de connaissance de la norme pénale au justiciable a pour seconde caractéristique d'obliger les juristes à distinguer les questions qui relèvent de la connaissance du droit de celles qui concernent plutôt la connaissance des faits. En effet, l'erreur de fait de l'accusé nie parfois la *mens rea* requise par l'infraction et entraîne donc, par ricochet, un verdict d'acquiescement.¹⁷³ À l'opposé, l'erreur de droit de l'accusé ne constitue pas, règle générale, une excuse.¹⁷⁴ C'est cette dissemblance d'effets qui oblige les juristes canadiens à distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait. Malheureusement, les deux catégories d'erreurs ne sont pas complètement étanches. Parfois, la méprise du justiciable semble porter à la fois sur les faits et le droit, ce qui ouvre la porte à une qualification d'erreur mixte de droit et de fait.¹⁷⁵

Afin de jeter un peu de lumière sur cette distinction, la doctrine trace une ligne de démarcation entre les divers types d'erreurs selon le critère suivant:

On dit qu'il y a erreur de fait lorsque le prévenu croit à l'existence de faits qui n'existent pas, ou à l'inexistence de faits qui existent. Par contre, il y a erreur de droit

¹⁷³ *R. c. Pappajohn*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906.

¹⁷⁴ Article 19 *Code criminel*; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1033-34.

¹⁷⁵ À l'image de l'erreur de fait, l'erreur mixte pourra justifier un verdict d'acquiescement : STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 351. Notons toutefois que l'erreur sur les conséquences juridiques d'un fait constitue une erreur de droit : *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, 346.

lorsque l'erreur ne porte pas sur des faits mais sur leur pertinence, conséquence ou signification juridiques.¹⁷⁶

Une fois aidé de ce critère, on pourrait croire que départager l'erreur de droit et l'erreur de fait devient plus facile. Or, il n'en est rien. La jurisprudence, dans un souci évident de contourner l'excessive sévérité de l'article 19 du *Code criminel*, nous enseigne que l'ignorance d'une disposition légale de droit privé équivaut, contre toute logique, à une erreur de fait.¹⁷⁷ Notons que l'incohérence flagrante d'une telle affirmation n'est pas passée inaperçue en doctrine.¹⁷⁸

Si l'on résume, l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable oblige le droit canadien à distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait. La jurisprudence considère cependant, dans un souci d'équité, que l'ignorance de certaines lois constitue une erreur de fait. On conviendra que si l'objectif à la base de cet illogisme est louable, le moyen utilisé pour l'atteindre est inadéquat. Il aurait été préférable, à notre avis, de reconsidérer l'opportunité de l'actuelle obligation de connaissance de la norme pénale, plutôt que de conclure, contre toute logique, que l'ignorance d'une norme de droit privé constitue une erreur de fait.

¹⁷⁶ CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1033. Voir au même effet STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 352.

¹⁷⁷ *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547; *R. c. Larivière*, (2000) 38 C.R. (5th) 130, par. 17-18.

¹⁷⁸ STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 352 et ss.. Voir aussi l'arrêt *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, où les juges dissidents commentent ainsi l'arrêt *Prue* (par. 99) : « En ce qui concerne le premier point, j'admets qu'il est difficile de concilier l'arrêt *MacDougall* avec les motifs majoritaires de l'arrêt *Prue*. J'estime, cependant, que le raisonnement suivi dans les motifs de dissidence de l'arrêt *Prue* est meilleur que celui des motifs majoritaires et plus compatible avec les arrêts subséquents de notre Cour relativement à l'erreur de droit. **L'ignorance d'une loi provinciale ne saurait constituer une erreur de fait aux fins de l'application d'une loi fédérale; il s'agit plutôt d'une erreur de droit en vertu d'une loi provinciale.**» (caractère gras ajouté).

1.2.3.3. La nécessité de distinguer l'erreur de droit pénal de l'erreur de droit privé

Traiter de la dichotomie erreur de fait / erreur de droit nous amène inéluctablement à aborder une autre caractéristique de l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale, soit la nécessité de distinguer l'erreur de droit pénal de l'erreur de droit privé.

Selon la doctrine, l'erreur touchera le droit privé chaque fois que la portée ou l'existence d'une norme extra-pénale est en cause.¹⁷⁹ Tel que mentionné précédemment, l'erreur de droit privé sera assimilée à l'erreur de fait et pourra donc, par ricochet, mener à l'acquittement de l'accusé.¹⁸⁰ Par conséquent, l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien ne s'étend pas aux concepts de droit privé nécessaires à l'application du droit pénal. L'ignorance ou la méprise du justiciable à ce sujet sera parfois sans conséquence, même si elle est déraisonnable. En effet, dans la mesure où l'erreur de fait sincère peut, dans le cas d'une infraction d'intention subjective, conduire à l'acquittement de l'accusé même si elle est déraisonnable, il y a tout lieu de conclure qu'une croyance déraisonnable mais sincère quant à l'existence ou à l'inexistence d'une norme de nature privée nierait toute responsabilité.¹⁸¹ Le justiciable canadien n'est donc aucunement incité à prendre connaissance des normes de droit privé susceptible d'influer sur la légalité d'une conduite donnée.

¹⁷⁹ HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1082 et ss.

¹⁸⁰ *R. c. Prue; R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547; *R. c. Larivière*, (2000) 38 C.R. (5th) 130, par. 17-18; STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 351; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1082 et ss.

Bien entendu, cette particularité du droit canadien mène à des résultats parfois incongrus. Ainsi, l'ignorance d'une suspension légale du droit de conduire en vertu du droit provincial constitue une erreur de droit privé dans le contexte d'une accusation en vertu du droit fédéral¹⁸² ou une erreur de droit pénal dans les cas où l'accusation résulte d'un texte provincial.¹⁸³

L'incohérence ne s'arrête toutefois pas là. L'article 2 du *Code criminel* définit le vocable « loi » selon les paramètres suivants :

2. [...]

«loi» S'entend notamment :

- a) d'une loi fédérale;
- b) d'une loi de la législature de l'ancienne province du Canada;
- c) d'une loi provinciale;
- d) d'une loi ou ordonnance de la législature d'une province, d'un territoire ou d'un endroit, en vigueur au moment où cette province, ce territoire ou cet endroit est devenu une province du Canada

Si l'article 19 du *Code criminel* rend sans effet l'ignorance de la « loi », peut-on opérer une distinction là où l'article 2 du même *Code* précise spécifiquement qu'il n'y a pas lieu d'en faire ? Dans les circonstances, assimiler la

¹⁸¹ Voir, par analogie, *R. c. Pappajohn*, [1980] 2 R.C.S. 120.

¹⁸² *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547.

¹⁸³ *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605. Voir aussi *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 65.

méconnaissance des textes légaux provinciaux à une erreur de fait contrevient directement aux libellés des articles 2 et 19 du *Code criminel*.¹⁸⁴

Quoiqu'il en soit, la distinction erreur de droit pénal / erreur de droit privé limite significativement l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale, car elle en exclut toutes les normes de droit privé susceptibles d'influencer l'application de la norme pénale. Cela favorise donc, en bout de ligne, l'efficacité de la communication de la norme pénale en réduisant considérablement le nombre de normes légales qui doivent faire l'objet d'une communication.¹⁸⁵

Cela dit, la création d'une distinction entre l'erreur de droit privé et l'erreur de droit pénal n'est pas le seul subterfuge utilisé pour atténuer l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien. La reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité constitue, elle aussi, une limitation implicite de cette obligation.

¹⁸⁴ Pour en terminer quant à l'opportunité générale de la distinction erreur de droit pénal / erreur de droit privé, soulignons la critique suivante, formulée par les auteurs du *Traité de droit pénal canadien*, avec laquelle on ne peut qu'être d'accord: « l'assimilation d'une erreur extra-pénale à une erreur de fait ne constitue pas une solution souhaitable. Qualifier les éléments normatifs incorporés dans les textes d'incrimination comme des faits ne servira qu'à compliquer davantage les choses. La question principale sera déplacée une fois de plus. Au lieu de se demander si l'erreur de droit a été excusable ou raisonnable, on cherchera à déterminer si l'erreur porte sur un autre domaine du droit que le droit pénal » : HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1084.

¹⁸⁵ Selon les théories de la communication, plus le message à communiquer est volumineux, plus il y a de chances que le processus de communication échoue au moins partiellement, d'où la nécessité pour l'émetteur du message de trier soigneusement l'information à transmettre. Pour plus de détails à ce sujet, voir la section 2.1.2 de la seconde partie du présent texte.

1.2.3.4. *La reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité*

Le recours aux conseils d'une personne en autorité constitue une bonne façon, pour le justiciable, de prendre connaissance de la norme pénale. Cette méthode n'est cependant pas infaillible, car il arrive que la personne en autorité consultée induise le justiciable en erreur quant au contenu réel de la norme pénale. Une telle situation est même relativement fréquente, du moins si l'on se fie à la multitude de décisions canadiennes traitant de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.¹⁸⁶ Cela étant, la Cour suprême du Canada refuse, pour l'instant de se prononcer sur l'admissibilité d'une telle défense. La consécration, en droit canadien, de la défense d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente se fait donc attendre depuis maintenant plus de vingt ans. Pourquoi cette hésitation ? On peut penser que la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente remet directement en question l'absolutisme de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien. Autrement dit, la consécration de cette défense paverait vraisemblablement la voie à une contestation plus large de la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi, règle codifiée à l'article 19 du *Code criminel*.

¹⁸⁶ Depuis 1995, on compte au moins sept décisions des cours d'appel provinciales sur la question : *R. c. Cranbrook Swine Inc.*, [2003] O.J. no. 1423; *R. c. Larivière*, J.E. 2000-1795; *R. c. Allard*; *R. c. Simard* (2001) 155 C.C.C. (3d) 206; *R. c. Nurnber*, [1998] N.S.J. no. 385; *R. c. Alexander*, [1999] N.J. no. 19; *R. c. Nickerson*, [1999] N.S.J. no. 210; *R. c. Morreau*, (1997) 33 W.C.B. (2d) 368. À cette liste, ajoutons le désormais célèbre arrêt *R. c. Cancoil Thermal Corporation*, (1986) 27 C.C.C. (3d) 295 de la Cour d'appel de l'Ontario. Les instances inférieures québécoises traitent aussi fréquemment de la question : *R. c. Whiting*, J.E. 2000-2135; *Ville de Montréal c. Triassi*, J.E. 99-831; *P.G. Québec c. Émond*, B.E. 2002BE-428; *Ville de Gatineau c. Bonneau*, B.E. 99BE-1185; *R. c. Transport André Trudeau & Fils inc.*, B.E. 97BE-717.

Afin de mieux faire ressortir l'importance des enjeux derrière la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, retraçons les grands moments de la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada sur le sujet.

Bien que désigné sous un vocable quelque peu différent,¹⁸⁷ le concept d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité fait sa première apparition dans une décision de la Cour suprême en 1982 dans l'affaire MacDougall.¹⁸⁸ Les faits qui donnent lieu au pourvoi sont plutôt anodins. En mars 1979, MacDougall est condamné pour avoir commis un délit de fuite. En raison de cette condamnation, le registraire des véhicules à moteur de la Nouvelle-Écosse lui retire son permis de conduire au début du mois d'avril 1979. Cette sanction administrative est cependant suspendue en date du premier mai 1979, car la condamnation de MacDougall est, à ce moment, portée en appel.

Le pourvoi est finalement rejeté en décembre 1979 et MacDougall est informé, par son avocat, du résultat défavorable au début du mois de janvier 1980.

Malgré cette mauvaise nouvelle, MacDougall persiste à conduire sa voiture jusqu'au moment où un policier l'arrête, au matin du 25 janvier 1980. De cette interception résultera une accusation de conduite sans permis en vertu d'une loi provinciale relative à la sécurité routière. C'est cette accusation qui fait l'objet du pourvoi devant la Cour suprême.

¹⁸⁷ Le juge Ritchie utilise l'expression: «erreur de droit provoquée par un fonctionnaire»; *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, 612.

¹⁸⁸ *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605.

Signalons que la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait fait droit à la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité de MacDougall pour les motifs suivants:

Assuming however that the error of the respondent as to revocation was one of law I am prepared to say that the facts as found by the trial Judge **give rise to a defence of justification based upon reliance by the respondent on a previous course of conduct on the part of the Registrar. This defence might be classified as officially induced error** or perhaps as a form of colour of right.

The mistake of the respondent was reasonable under the circumstances. Not only is there an apparent ambiguity between s. 250(1) and s. 250(2) and (3) of the Act but the procedure employed by the Registrar in sending the previous order of revocation and later, the notice of reinstatement of licence, obviously led Mr. MacDougall to believe (if he was aware of s. 250) that the Registrar felt that the operative section was s. 250(1). **Such action by the Registrar could (and here, as I interpret the trial Judge, did) lead the respondent to believe that a licence revocation whether automatic or not was only effective on notice from the Registrar -- thus the respondent had been innocently led into the mistake of law by the actions of the Registrar** (and possibly by the statutory ambiguity).¹⁸⁹

(caractère gras ajouté)

Cette conclusion n'est toutefois pas partagée par le juge dissident Jones. Ce dernier conclut à l'inexistence d'une défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité en droit canadien :

¹⁸⁹ *R. c. MacDougall*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 137, 158.

I can find no authority for giving effect to the so-called defence of officially induced error and, indeed, I find such a suggestion repugnant to what I infer is the general spirit of the decision in *Molis v. The Queen*, supra. Needless to say, the availability of any such defence has far-ranging significance in the enforcement of public welfare offences.¹⁹⁰

(caractère gras ajouté)

L'affaire MacDougall, avec sa dissidence marquée, est donc une belle opportunité, pour la Cour suprême, de statuer sur l'existence en droit canadien de la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Cependant, la Cour, par l'entremise du juge Ritchie, refuse de se commettre. Elle se contente plutôt d'une vague allusion à la possibilité d'invoquer l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité dans certains cas par ailleurs non définis. Le passage exact se lit comme suit:

On envisage sans difficulté une situation où une infraction pourrait être commise par suite d'une erreur de droit «provoquée par un fonctionnaire» et, s'il existait en l'espèce des éléments de preuve à l'appui de l'existence de pareille situation, il y aurait **peut-être** lieu d'appliquer le raisonnement du juge MacDonald [position majoritaire en Cour d'appel]. Cependant, rien n'indique que dans la présente affaire l'accusé a été induit en erreur par le registraire.¹⁹¹

(caractère gras ajouté)

Avec le recul, on constate que l'affaire MacDougall donne le ton au traitement réservé par la Cour suprême du Canada à la défense d'erreur de droit

¹⁹⁰ *R. c. MacDougall*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 137, 143.

¹⁹¹ *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, 612.

provoquée par une personne en autorité. Entre 1992 et 2001, la Cour aura cinq autres occasions de reconnaître l'existence d'une telle défense et donc de remanier les paramètres de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien. Chaque fois, la Cour refusera de se prononcer sur la question.

Dans l'affaire *Forster*,¹⁹² le juge Lamer refuse de traiter de la question au motif que le procureur de l'appelante n'a pas insisté outre mesure sur le sujet. Plus spécifiquement, le juge écrit:

Je n'écarte pas la possibilité que, dans un cas approprié, une erreur quant à l'état du droit provoquée par une personne en autorité puisse constituer un moyen de défense. Toutefois, je ne considère pas qu'il serait approprié de trancher cette question dans le contexte du présent pourvoi. Au procès, l'avocat de la défense a bien soulevé la possibilité d'un moyen de défense fondé sur une erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Cependant, la théorie précisément avancée par la défense était quelque peu vague et, quoi qu'il en soit, le juge-avocat a conclu qu'il n'y avait pas d'élément de preuve justifiant le recours à ce moyen de défense, même s'il existait. [...]

Dans son exposé des faits soumis à notre Cour, l'appelante dit s'être fondée sur certaines remarques que lui a faites le colonel Buckham lors de la rencontre de février 1988, qui l'ont amenée à croire qu'elle pouvait démissionner des Forces comme elle l'a fait. **Dans les plaidoiries, toutefois, on n'a pas insisté sur l'erreur provoquée par une personne en autorité et il n'est pas certain si on l'a invoquée ou dans quelle mesure on l'a fait.** Plutôt que de tenter d'éclaircir ce dossier quelque peu embrouillé, on devrait laisser au juge du nouveau procès le soin de se

¹⁹² *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339.

prononcer, si ces points sont soulevés, sur la possibilité d'invoquer le moyen de défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et sur la question de savoir s'il y a lieu de le faire d'après les faits de l'espèce.¹⁹³

(caractère gras ajouté)

Il est vrai que la Cour suprême n'a pas l'obligation de traiter des points de droit qui n'ont pas été soulevés par les parties. Cela dit, refuser d'examiner la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité au motif que la partie appelante n'a pas suffisamment insisté sur la question peut, en l'espèce, sembler inutilement rigoureux.

Dans l'affaire *Tremblay*,¹⁹⁴ les appelants sont accusés d'avoir tenu une maison de débauche en vertu de l'article 193 du *Code criminel*, maintenant l'article 210 *C.cr.*, et ils soulèvent explicitement la question de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité comme moyen de défense. Bien que la majorité de la Cour tranche le pourvoi en faveur des appelants, elle le fait en statuant uniquement sur la notion d'actes d'indécence et escamote donc la question de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. En dissidence, les juges Gonthier et La Forest abordent toutefois la question et ils émettent des commentaires fort intéressants dans les circonstances :

Les défenses d'absence de *mens rea* et d'erreur provoquée par les autorités sont avancées sur le fondement commun que les appelants n'avaient pas l'intention d'enfreindre la loi et ont été amenés par des sources officielles à croire qu'ils n'étaient pas en infraction. [...] **Quant à la défense d'erreur provoquée par les autorités, elle ne s'applique pas**

¹⁹³ *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, 346.

¹⁹⁴ *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

aux faits de l'espèce pour deux motifs. Premièrement, la plus convaincante forme d'incitation invoquée en l'espèce, un permis délivré aux appelants, couvrait des activités très différentes de celles qui ont finalement eu lieu au Pussy Cat, puisqu'il visait un "bureau de conversations érotiques en personne". **Un lien évident doit exister entre l'incitation invoquée et l'activité des défendeurs.** En deuxième lieu, la défense n'a pas pour effet d'empêcher les tribunaux de décider du caractère indécent d'une activité. **Une telle défense est généralement restreinte aux infractions de nature réglementaire, où la foi prêtée à l'incitation est plus raisonnable.**¹⁹⁵

(caractère gras ajouté)

À l'intérieur de ce court passage, les deux juges dissidents reconnaissent non seulement l'existence de la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité mais en précisent même certaines des conditions d'application.

La Cour suprême a l'occasion de poursuivre sur cette lancée lors de l'affaire *Pontes*¹⁹⁶. Ce pourvoi concerne la classification d'une infraction provinciale de conduite sans permis. Le Ministère public prétend que ladite infraction est de responsabilité stricte, car l'accusé bénéficie d'une défense d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente. La majorité de la Cour ignore toutefois l'argument et il faut à nouveau s'en remettre aux juges dissidents pour nous enseigner ce qui suit:

Enfin, je remarque que l'appelante a soulevé la possibilité qu'un conducteur dont le permis est suspendu et à qui il est interdit de conduire par

¹⁹⁵ *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, 947.

¹⁹⁶ *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44.

application de la loi peut également invoquer le moyen de défense fondé sur "l'erreur provoquée par les autorités" ("officially induced error"). Ce moyen de défense, qui n'a pas été invoqué en l'espèce, n'a pas encore été officiellement reconnu par notre Cour.¹⁹⁷

(caractère gras ajouté)

Notons que ce passage provient de la plume du juge Gonthier, auteur de la dissidence dans l'arrêt *Tremblay*. On remarque un net repli quant à la question de l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente. De la reconnaissance implicite de la défense dans l'affaire *Tremblay*, on passe à une défense «sans statut officiel» dans l'affaire *Pontes*.

La tendance se poursuit avec l'affaire *Jorgensen*.¹⁹⁸ Cette fois, il est question de vente de matériel obscène¹⁹⁹ et une défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité est avancée au motif qu'une commission de contrôle provinciale a approuvé le matériel en question. Le juge Lamer, dans une opinion concurrente, analyse en long et en large la question et va jusqu'à élaborer des critères pour l'examen de l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente.²⁰⁰ Cependant, la majorité de la Cour refuse toujours de se prononcer sur l'existence de cette défense en droit canadien. Le juge Sopinka, avec l'appui de sept de ses collègues, écrit :

Après avoir rédigé mes motifs, j'ai lu ceux du Juge en chef. Je n'ai pas examiné la question de l'erreur de

¹⁹⁷ *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, par. 88.

¹⁹⁸ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

¹⁹⁹ Article 163 du *Code criminel*.

²⁰⁰ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55. Le juge Lamer consacre une vingtaine de pages à la question de l'erreur de droit (p. 63-82).

droit provoquée par une personne en autorité parce qu'elle n'a été soulevée ni devant notre Cour ni devant les juridictions inférieures. Aucune partie des présents motifs ne devrait être considérée comme souscrivant ou ne souscrivant pas aux motifs du Juge en chef mais je préférerais examiner la question de l'erreur provoquée par une personne en autorité dans une affaire où elle est soulevée et débattue à bon droit.²⁰¹

Que conclure de tout cela ? Deux choses selon nous.

D'abord, la reconnaissance, par la Cour suprême, de la défense d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente en droit canadien est devenue inévitable.²⁰² Considérant l'état de la jurisprudence des cours inférieures, il ne s'agit vraisemblablement que d'une question de temps.

Ensuite, la Cour suprême est soucieuse des conséquences d'une telle reconnaissance sur l'intégrité de l'article 19 du *Code criminel* et sur l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien. Qui pourrait d'ailleurs l'en blâmer ? Il est manifeste que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'est que la première vague et que toute concession à ce sujet mènera rapidement à des contestations plus directes de l'opportunité de l'article 19 du *Code criminel*. Au surplus, la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente conférerait une valeur juridique à une seconde version du message législatif, version émise cette fois par l'autorité administrative. Cela modifierait significativement la façon dont le droit canadien

²⁰¹ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 121.

²⁰² La Cour d'appel du Québec considère d'ailleurs que les propos du juge Lamer dans l'affaire *Jorgensen* énoncent les principes applicables jusqu'à nouvel ordre : *R. c. Larivière*, (2000) 38 C.R. (5th) 130, par. 30.

conçoit le processus de communication de la norme pénale en y ajoutant une obligation de transmission fidèle du message à l'État et à ses préposés.²⁰³

Pour toutes ces raisons, on peut croire que la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente, bien qu'encore timide, annonce une période de transition pour le droit canadien en matière de communication de la norme pénale.

1.2.3.5. *Le rejet de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux*

Dans un contexte de complexité grandissante des normes législatives, on peut s'attendre à ce que le justiciable diligent ait recours aux services d'experts en ce domaine pour s'acquitter de son obligation de comprendre la norme pénale. Après tout, il s'agit sûrement là d'une façon efficace d'être informé des prohibitions en vigueur. C'est à tout le moins ce que postule la *common law* anglaise, car elle justifie la rigueur de la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi en invoquant justement le recours aux services de juristes formés à l'interprétation des lois :

But the very justification for that basic maxim [nul n'est censé ignorer la loi] is that the whole of our law, written or unwritten, is accessible to the public – **in the sense of course, that, at any rate, its legal advisers have access to it, at any moment, as of right.**²⁰⁴

(caractère gras ajouté)

²⁰³ Voir au sujet de la possible existence d'une telle obligation *Livingstone c. P.E.I.*, (1989) 79 N.F.L.D. & P.E.I.R. 153, 156.

²⁰⁴ *Blackpool Corp. c. Locker*, [1948] 1 K.B. 349, 361. Notons que le droit français encourage aussi le recours, par le justiciable, aux conseils d'un juriste compétent : *Crim.*, 19 mars 1997, *Bull. crim.* n° 115.

Dans cette perspective, il est étonnant que l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste soit écartée du revers de la main en droit canadien. En effet, on pourrait croire que le recours aux services d'un juriste doit être encouragé à titre de façon pratique de recevoir et de comprendre le message légal sur un point donné. Autrement dit, le juriste, à titre d'intermédiaire qualifié, ne peut que faciliter une communication efficace de la norme pénale. Pourquoi alors ne pas reconnaître l'effort du justiciable qui a consulté un juriste en jugeant qu'il a ainsi rempli son obligation de connaissance de la norme pénale ?

La réponse à cette question est relativement simple. Les juristes souffrent parfois d'une réputation douteuse. C'est cette perception teintée qui milite à l'encontre de l'admissibilité de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste. Antoine Maganas résume l'argument ainsi :

[L]argument traditionnel est qu'on risque d'encourager des avocats peu scrupuleux à exploiter cette exception [l'erreur de droit] en donnant des mauvais conseils. Moins l'avocat sera scrupuleux, plus le client aura des chances de bénéficier de la défense. Ainsi, on croit que les avocats ont déjà suffisamment de tentations pour commettre certaines irrégularités et il ne fallait pas en ajouter d'autres.²⁰⁵

(caractère gras ajouté)

²⁰⁵ MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son application en droit canadien*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982, p. 406. Ces craintes sont aussi reprises par KASTNER, N.S., « Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error », (1985-86), 28 *C.L.Q.* 308, 326 et ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 581.

Que l'on soit d'accord ou non avec ce raisonnement,²⁰⁶ il demeure que l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ne constitue pas un moyen de défense valable en droit canadien. Les affaires *Dunn*,²⁰⁷ *Pitchford*,²⁰⁸ *Kotch*,²⁰⁹ *Clarkson*,²¹⁰ *Whelan*²¹¹ et *Scheper*,²¹² en matière criminelle, et l'affaire *Bourgault*,²¹³ en matière pénale, ne laissent d'ailleurs aucun doute à cet égard.²¹⁴ Bref, le justiciable qui fait appel aux services d'un juriste pour s'acquitter de son obligation de connaissance de la norme pénale doit assumer le risque inhérent

²⁰⁶ Voir la critique faite par ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 580 et ss.

²⁰⁷ *R. c. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334. L'accusé avait refusé de soumettre l'échantillon d'haleine requis en vertu de l'article 254(3) du *Code criminel*, car son avocat lui avait mentionné que la procédure suivie était entachée d'une vice.

²⁰⁸ *R. c. Pitchford*, [1982] O.J. 220. Les accusés avaient consulté un avocat afin de s'enquérir de la légalité des activités de nature sexuelle se déroulant dans leur demeure. Magnanime, la Cour d'appel a réduit leurs peines au motif que « The point [la question en litige] is a novel one and the law with respect to what is indecent is far from settled. The appellants sought legal advice before they entered upon this operation. » (p. 7).

²⁰⁹ *R. c. Kotch*, (1990) 61 C.C.C. (3d) 132. La Cour d'appel de l'Alberta condamne un accusé qui, suite aux conseils d'un avocat, offre à la victime d'un crime antérieur un cadeau en échange de l'abandon de la plainte portée contre un tiers.

²¹⁰ *R. c. Clarkson*, (1991) 15 W.C.B. (2d) 16. L'accusé fut condamné pour enlèvement suite à une information erronée quant à l'étendue de ses droits de garde à l'égard de ses propres enfants.

²¹¹ *R. c. Whelan*, (2002) 170 C.C.C. (3d) 151. Dans une affaire d'outrage au tribunal en vertu de l'article 127 *C.cr.*, la Cour d'appel de Terre-Neuve déclare sans effet la prétention de l'accusé voulant qu'il ait requis les services d'un avocat afin de s'enquérir de la portée de l'injonction subséquemment violée.

²¹² *R. c. Scheper*, (1986) 5 Q.A.C. 270. Suite aux conseils d'un avocat, l'accusé et son ami croyaient de bonne foi en la légalité d'une opération de type pyramidal, opération pourtant prohibée par l'article 206(1)e) *C.cr.*

²¹³ *R. c. Bourgault*, [1999] S.J. 707. L'accusé avait requis les services d'un avocat au sujet d'un problème de zonage. Ce fait n'a cependant pas empêché sa condamnation par le tribunal.

²¹⁴ Voir aussi KASTNER, N.S., « Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error », (1985-86), 28 *C.L.Q.* 308, p. 325 et ss. et CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1095.

d'erreur, car le juriste, contrairement au justiciable, a seulement l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'enquérir de la norme pénale.²¹⁵

La sévérité du point de vue canadien en matière de connaissance de la norme pénale s'avère encore plus déroutante lorsqu'il est question de l'erreur de droit attribuable à un jugement. Effectivement, il appert qu'en plus de recevoir et de comprendre les messages émanant du pouvoir judiciaire, le justiciable doit également être en mesure d'opérer un tri parmi ces messages afin d'écarter tout jugement non conforme à l'état du droit. Quatre décisions distinctes nous mènent à cette conclusion étonnante mais tout de même fort significative pour le contenu de l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale.

La plus récente de ces décisions est l'affaire *MacIntyre*.²¹⁶ Cette cause résulte du refus de l'accusé de se soumettre à la prise d'un échantillon d'haleine requis en vertu de l'article 254(3) du *Code criminel*. Afin de justifier sa décision, l'accusé invoque un jugement récent ayant déclaré l'article 254(3) *C.cr.* inconstitutionnel.²¹⁷ Malheureusement pour lui, le jugement sur lequel il prend appui a été renversé en appel.²¹⁸ Malgré ce fait, la Cour d'appel de l'Ontario n'éprouve aucune sympathie pour MacIntyre et conclut à sa culpabilité au motif que :

A motorist's mistaken belief that a police officer has no right to require a sample of his breath is not a reasonable excuse for not providing a sample [...] **Nor does the fact that the mistaken belief is based upon**

²¹⁵ Voir, par analogie, *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

²¹⁶ *R. c. MacIntyre*, (1983) 24 M.V.R. 67.

²¹⁷ Le jugement en question était l'affaire *R. c. MacDonald*, (1982) 16 M.V.R. 101.

²¹⁸ *R. c. MacDonald*, (1982) 17 M.V.R. 185.

an erroneous judgement of a Provincial Court Judge make the excuse reasonable.²¹⁹

(caractère gras ajouté)

Un raisonnement en tout point identique est avancé dans la décision *Campbell*.²²⁰ Bien que le juge Kerans reconnaisse l'absurdité de la situation devant laquelle se trouve l'accusée, il justifie l'imposition d'un verdict de culpabilité en ces termes :

I have given some consideration as to whether or not this position varies at all, because of the unique circumstances here, where the appellant relied upon a specific judgment of a Court very immediate in terms of time and place, as opposed to a solicitor's opinion or some understanding as to the law. There is no question that there is something of an anomaly here. Reliance on a specific order, of a specific Judge, granted at a specific time and place, seems, at first sight, not to be ignorance of the law, but knowledge of the law. If it turns out that that Judge is mistaken, then, of course, the reliance on that Judge's judgment is mistaken. **The irony is this: people in society are expected to have a more profound knowledge of the law than are the Judges. I am not the first person to have made that comment about the law, and while it is all very amusing, it is really to no point.**

The principle that ignorance of the law should not be a defence in criminal matters is not justified because it is fair, it is justified because it is necessary, even though it will, sometimes produce an anomalous result.²²¹

(caractère gras ajouté)

²¹⁹ *R. c. MacIntyre*, (1983) 24 M.V.R. 67, 73.

²²⁰ *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26.

²²¹ *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26, 32.

Si le dénouement de ces deux premiers cas peut sembler injuste, que dire alors de l'affaire *Lillie*.²²² En 1988, la Couronne accuse Monsieur Lillie d'exercer la profession de détective privé sans être détenteur des permis requis par la loi. Ce dernier ne s'inquiète pas outre mesure car il a, en 1982, été acquitté d'une accusation identique fondée sur des faits tout aussi identiques. Au procès, l'accusé invoque donc sa croyance en la légalité de sa conduite. Cet argument est toutefois sommairement rejeté par le juge :

The argument rests again on the proposition that having been tried and acquitted in 1982 that he was misled into believing that the acts which he did to earn a living were lawful and that he was labouring under a mistake of fact. **As mentioned above, reliance upon a judicial decision found [...] to be an error, is a mistake of law and not of fact, thus this defence is not open to the respondent in this case.**²²³

(caractère gras ajouté)

Et le cas *Lillie* n'est pas unique. En droit pénal québécois, une trame factuelle similaire a donné lieu à des accusations dans l'affaire *Boutique Relaxe Flamme Inc.*²²⁴ Fort d'un verdict d'acquittement en 1999, l'accusé se croyait à l'abri de poursuites subséquentes relativement à son statut de maître mécanicien en tuyauterie. Or, ce n'est pas le cas. Une poursuite postérieure à ce verdict d'acquittement mais basée sur des faits identiques, mène plutôt à la condamnation de l'accusé. Lors de ces secondes procédures, le juge Lévesque écarte la

²²² *R. c. Lillie*, [1988] O.J. 1476.

²²³ *R. c. Lillie*, [1988] O.J. 1476, p. 4.

²²⁴ *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc.*, [2002] J.Q. 3565.

défense d'erreur de droit attribuable à un jugement au motif qu'un tribunal n'est pas une personne en autorité.²²⁵

Ces quatre décisions sont donc unanimes; le droit canadien refuse d'accorder une quelconque valeur à l'erreur de droit attribuable à un jugement.²²⁶ Cela place le justiciable dans une position délicate. Il doit, d'une part, porter attention aux messages véhiculés par la jurisprudence tout en demeurant, d'autre part, méfiant quant à la valeur réelle de ce message. Autrement dit, il ne lui suffit pas de recevoir et de comprendre la jurisprudence, il lui faut aussi en évaluer la conformité à la loi. À notre avis, c'est là une obligation démesurée qui mène à des résultats remettant en cause la légitimité de la sanction pénale.²²⁷

C'est sur cette note que se termine notre description de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable canadien. On retiendra surtout que le droit canadien adopte une position ambivalente en imposant, d'une part, une obligation de connaissance de la norme pénale fort étendue tout en reconnaissant, d'autre part, une multitude d'exceptions vraisemblablement

²²⁵ *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relax Flamme Inc.*, [2002] J.Q. 3565, p. 10.

²²⁶ Voir aussi STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 339 et ss; KASTNER, N.S., « Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error », (1985-86), 28 *C.L.Q.* 308, p. 327 et ss.; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1095 et ss.

²²⁷ La Commission de réforme du droit du Canada proposait d'ailleurs de reconnaître une défense d'erreur raisonnable de droit imputable à une décision judiciaire rendue par la cour d'appel de la province où l'infraction a été commise. À l'appui de cette proposition, la Commission écrivait : « nul ne peut être tenu à une plus grande sagesse que le plus haut tribunal de sa province. Le citoyen doit plutôt s'en remettre aux décisions de celui-ci et y voir le reflet du droit positif, à moins que la Cour suprême du Canada n'en décide autrement. » : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n° 30, édition révisée et augmentée, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1987, p. 38.

destinées à atténuer les effets pervers qui découleraient de l'application stricte de cette obligation de connaissance.

Il n'en demeure pas moins que l'obligation de connaissance de la norme pénale apparaît fort contraignante lorsque comparée aux obligations en matière de communication de la norme pénale incombant à l'État. Ce constat nous amène à dresser un bilan préliminaire de l'efficacité du processus canadien de communication de la norme pénale pour le moins sombre.

1.3. UN BILAN PRÉLIMINAIRE DU PROCESSUS CANADIEN DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Dans la mesure où nous en sommes seulement à la description du processus canadien de communication de la norme pénale, il serait prématuré de dresser un bilan définitif quant à l'efficacité de celui-ci. Cela dit, certains aspects de la solution canadienne en matière de communication de la norme pénale méritent d'être soulignés. Procédons donc à un bilan préliminaire en identifiant les avantages et les inconvénients du processus canadien de communication de la norme pénale qui ressortent jusqu'à maintenant.

1.3.1. Les aspects positifs de la solution canadienne

À la lecture de notre description du processus canadien de communication de la norme pénale, on peut comprendre qu'il est difficile d'y trouver des éléments positifs. Cela étant, il nous faut au moins souligner brièvement l'ingéniosité des juristes canadiens qui ont su contourner la rigidité de la règle prévue à l'article 19 du *Code criminel*. En créant de nombreuses exceptions à celle-ci, ils ont réussi à réduire le nombre de cas où l'imposition d'une sanction étatique malgré l'ignorance de la norme pénale du contrevenant s'avère discutable. Examinons d'un peu plus près cet aspect positif du processus actuel.

1.3.1.1. *L'ingéniosité des juristes canadiens*

Il aurait été facile, pour les juristes canadiens, de se contenter d'appliquer servilement l'article 19 du *Code criminel* et de jeter le blâme sur le législateur en cas de résultats injustes. Certains juristes ont cependant préféré pallier la désuétude de la loi en créant des exceptions susceptibles de limiter les injustices. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, l'assimilation de l'erreur de droit privé à l'erreur de fait et l'insertion de la connaissance de la norme pénale à l'intérieur de la *mens rea* de certaines infractions sont autant d'échappatoires à la rigidité de l'article 19 *Code criminel* issues de la débrouillardise des juristes.

Paradoxalement, cette volonté d'atténuer subtilement les injustices inhérentes à la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi explique probablement pourquoi cette règle subsiste encore. Sans ces ajustements, il y a fort à parier que le droit canadien, à l'instar du droit français et du droit sud-africain, aurait été dans l'obligation de modifier substantiellement son processus de communication de la norme pénale afin d'en moderniser l'application. Cette absence de modernisation explique d'ailleurs les quelques lacunes que nous avons relevées jusqu'à maintenant.

1.3.2. **Les lacunes de la solution canadienne**

Plusieurs auteurs ont déjà mis en évidence certaines des faiblesses du droit canadien en matière de communication de la norme pénale.²²⁸ Il serait, par

²²⁸ Voir, entre autres, MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son application en droit canadien*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982; MEWETT, A.W.,

conséquent, redondant de vouloir reprendre ici tous les arguments servis auparavant. Soulignons toutefois que le défaut de l'État d'assouplir la rigidité de l'article 19 du *Code criminel*²²⁹ et de reconsidérer la suffisance des obligations découlant du principe de légalité s'avère vraisemblablement la cause de ces lacunes. En fait, les trois problèmes que nous soulèverons ci-après, soit la complexité de la solution canadienne, l'insuffisance de l'obligation de précision imposée à l'État et la possible inconstitutionnalité de l'article 19 du *Code criminel*, pourraient tous être résolus en rééquilibrant les obligations réciproques des deux parties impliquées dans le processus de communication de la norme pénale. Cela étant dit, Il importe de discuter de chacune des lacunes que nous venons d'énumérer.

1.3.2.1. *La complexité du droit en matière de communication de la norme pénale*

Le principe de base est connu de tous; nul n'est censé ignorer la loi. Mais, nous l'avons vu, les nombreuses exceptions à cette règle rendent son application hasardeuse. Est-ce une erreur de fait ou une erreur de droit ? Si c'est une erreur

MANNING, M., *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3^e éd., Butterworth, Markham, 1994, p. 380 et ss.; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1031 et ss.; STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 323 et ss.; BARTON, P.G., « Officially Induced Error as a Criminal Defence : A Preliminary Look », (1979-80) 22 *C.L.Q.* 314; WARD, R., « Officially Induced Error of Law », (1988) 52 *Sask. L. R.*, 89; STEWART, H., « Mistake of Law Under the Charter », (1998) 40 *C.L.Q.* 476; PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 *C. de D.* 53; KASTNER, N.S., « Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error », (1985-86), 28 *C.L.Q.* 308; ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559.

²²⁹ Pourtant, ce ne sont pas les propositions de réforme qui manquent; voir notamment COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle*

de droit, porte-t-elle sur le droit privé ? L'avis erroné d'une autorité compétente a-t-il joué un rôle ? Est-ce que le libellé de l'infraction incorpore la connaissance de la norme pénale à titre d'élément essentiel ? Et la défense d'apparence de droit dans tout cela; est-elle applicable ? Voilà autant de questions présentement pertinentes en droit canadien.

L'exemple typique de l'incertitude canadienne entourant le processus canadien de communication de la norme pénale demeure la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Dans ce cas, la Cour suprême refuse systématiquement de confirmer l'existence d'un moyen de défense appliqué de façon routinière par les tribunaux inférieurs depuis maintenant plus d'une décennie. Pourtant, il s'agit là d'une question fondamentale pouvant éventuellement mener à une modernisation du processus actuel de communication de la norme pénale. En effet, rappelons que l'opinion concurrente du juge Lamer dans l'affaire *Jorgensen* précise que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité doit être assimilée à la provocation policière.²³⁰ Il s'ensuit que cette défense mène à un arrêt des procédures en raison de la conduite jugée abusive de l'État.²³¹ Doit-on en conclure que la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité sanctionne le manquement à une obligation étatique de transmettre avec exactitude le contenu des normes pénales ? Une telle conclusion modifierait notre conception actuelle de la communication de la norme pénale, car elle suppose que la responsabilité de l'ignorance de la norme, et donc de l'échec du processus de communication, puisse être imputée à l'État plutôt qu'au justiciable.²³² Évidemment, il est

codification du droit pénal, Rapport n° 30, édition révisée et augmentée, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1987, p. 38.

²³⁰ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 81 et ss.

²³¹ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 82

²³² Voir les commentaires de STUART, D., « Annotation : R. v. Jorgensen », (1995) 43 *C.R.* (4th) 139.

impossible, pour l'instant, de d'affirmer avec certitude que le point de vue du juge Lamer représente l'état actuel du droit canadien sur la question.²³³ On ne peut que le souhaiter, car cela mènerait à une redéfinition des obligations réciproques de l'État et du justiciable en matière de communication de la norme pénale.

1.3.2.2. *L'insuffisance du devoir de précision imposé à l'État*

En théorie, les normes pénales canadiennes s'adressent d'abord et avant tout aux justiciables régis par celles-ci. Pourtant, le critère d'intelligibilité de la norme retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society* ne reflète pas cette nécessité. Bien au contraire, le critère dégagé permet de valider toute norme pénale qui procure un guide suffisant pour un débat judiciaire ou, autrement dit, un guide suffisant pour que les tribunaux puissent rendre une décision.²³⁴ Il est d'ailleurs paradoxal que la Cour suprême, toujours dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, s'étende longuement sur la nécessité d'un avertissement raisonnable au justiciable avant de finalement proposer un test qui ignore cette notion et qui ne requiert pas un degré de précision plus élevé en matière pénale.²³⁵

En plus, ce critère peu contraignant n'est pas applicable à toutes les normes pénales. Rappelons qu'une prohibition dont la contravention est punissable d'une

²³³ Notons que la Cour d'appel du Québec considère que les propos du juge Lamer dans l'affaire *Jorgensen* énoncent les principes applicables jusqu'à nouvel ordre : *R. c. Larivière*, (2000) 38 C.R. (5th) 130, par. 30. Voir cependant l'arrêt *R. c. Allard*, [2001] A.Q. no. 169, où la même Cour casse une ordonnance d'arrêt des procédures rendue en raison d'une défense d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente et prononce plutôt un verdict d'acquittement tout en citant, à l'appui de sa conclusion, l'opinion du juge Lamer dans l'arrêt *Jorgensen*.

²³⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 639-640.

amende ne met pas en jeu le droit à la vie, à la sécurité ou à la liberté d'un inculpé. En l'absence d'atteinte à l'une de ces valeurs constitutionnellement protégées, il ne saurait donc être question d'exiger, à titre de principe de justice fondamentale, que l'infraction en question soit libellée avec précision. Une règle totalement dépourvue de sens pourra donc fonder une déclaration de culpabilité et justifier la condamnation au paiement d'une amende à titre de sanction. Cela est encore plus vrai dans le cas de la norme pénale issue de la jurisprudence, car aucune norme de précision n'est alors exigée de la part de l'État.

L'analyse de l'obligation de l'État en matière de précision des normes pénales nous permet de conclure que le processus canadien de communication de la norme pénale n'est pas conçu en fonction du justiciable. Son auditoire premier est plutôt constitué de la masse des professionnels du droit, soit les avocats, les notaires, les professeurs de droit et les juges.²³⁶ La professeure Sullivan écrit d'ailleurs à ce sujet :

Historically, drafters have focused on the first challenge, that of "in-texting" the law, and have paid little attention to the challenge of communication. The result is a statute book that declares the law in thousands of carefully written pages that are incomprehensible to all but a handful of legal insiders. [...] To the rest of the public, however, the statute book is a walled fortress, bristling with bizarre weaponry. Who would want to go there?²³⁷

²³⁵ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 642.

²³⁶ Pour une analyse des différents auditoires de la norme légale et de leurs attentes respectives, voir LAJOIE, A. et *als.* «Jean Beetz: sur la société libre et démocratique», (1994) 28 *R.J.T.* 559.

²³⁷ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 100.

La professionnalisation du langage juridique pénale est donc indiscutable. À preuve, le critère de précision des normes pénales fait appel aux connaissances des tribunaux et ces normes sont publiées dans des journaux officiels qui circulent quasi-exclusivement parmi les juristes. Bref, la norme pénale s'adresse au juriste engagé par le justiciable et non au justiciable lui-même.²³⁸

Ajoutons, finalement, que la futilité de l'obligation de précision imposée à l'État canadien est accentuée par la règle de l'article 19 du *Code criminel* voulant que nul n'est censé ignorer la loi. La connaissance de la norme pénale étant réputée, il serait certes souhaitable que toute norme pénale soit suffisamment précise pour être susceptible d'être comprise par le justiciable. Cette situation est d'autant plus problématique depuis la mise au rancart progressive de la règle favorisant une interprétation restrictive en matière pénale. Auparavant, cette règle permettait au juge de pallier l'imprécision de la norme pénale en interprétant celle-ci en faveur du justiciable. Le professeur Arnold souligne d'ailleurs le rôle salutaire de l'interprétation stricte en cas d'imprécision de la norme pénale :

If the law is inherently uncertain, at least at its edges, such uncertainty should, fairness suggests, work to the disadvantage of the law formulator, the state, rather than to the disadvantage of the law consumer, the individual. Thus can some check be placed upon the considerable advantage held by the state over the individual in criminal matters.²³⁹

²³⁸ KEYES, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ott. L.R.* 579, 585. La nécessité, pour le justiciable, de recourir aux services d'un juriste afin de connaître la norme pénale est d'ailleurs reconnue par la *common law* (*Blackpool Corp. c. Locker*, [1948] 1 K.B. 349) et le droit français (Crim., 19 mars 1997, *Bull. crim.* n^o 115).

²³⁹ ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 576.

Sans une règle d'interprétation stricte, il devient donc difficile, pour le justiciable, de déterminer à l'avance le sens approximatif de la norme pénale qu'il est pourtant réputé connaître.

1.3.2.3. *La possible inconstitutionnalité de l'article 19 du Code criminel*

La dernière lacune qui nous intéresse concerne la validité constitutionnelle de l'article 19 du *Code criminel*. Jusqu'à présent, les juristes canadiens semblent peu empressés de contester la validité constitutionnelle de cette disposition. Malgré une recherche jurisprudentielle élaborée, il nous a été impossible de répertorier une seule décision ayant tranchée la question.²⁴⁰ Un arrêt aborde toutefois le sujet en *obiter*. Effectivement, le juge Gonthier, écrivant au nom des juges dissidents dans l'affaire *Pontes*, commente longuement la possible inconstitutionnalité de l'article 19 du *Code criminel*. Il conclut ainsi:

[L]e législateur fédéral ou provincial a un choix de principe à faire en décidant si une personne assujettie à la réglementation [...] est «morale­ment innocente» lorsqu'elle peut démontrer son ignorance de la loi pertinente. Dans leur sagesse, nos corps dirigeants peuvent décider qu'il sera nécessaire [...] d'accepter ce moyen de défense mais ils peuvent aussi décider le contraire. **Cependant, quelle que soit leur décision, la Constitution ne dicte pas un choix de principe particulier.** Conclure le contraire reviendrait à convertir

²⁴⁰ Notons cependant qu'une décision de première instance conclut que des procédures pénales intentées dans le contexte de l'ignorance non fautive de la norme pénale par le justiciable peuvent parfois être considérées abusives au sens de l'article 7 de la *Charte Canadienne* : *R. c. Yusuf*, [1998] O.J. no. 3975. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette décision lors du troisième chapitre de la seconde partie de ce texte.

ce qui est fondamentalement une décision de principe,
en une exigence de la Constitution.²⁴¹

(caractère gras ajouté)

À la lecture de ce passage, on peut conclure que les juges dissidents dans l'arrêt *Pontes*, soit les juges Gonthier, L'Heureux-Dubé, La Forest et McLachlin, sont peu favorables à la thèse de l'inconstitutionnalité de l'article 19 du *Code criminel*.

Une partie de la doctrine n'appuie toutefois pas cette position.²⁴² L'étude des récents travaux du professeur Hugues Parent en matière d'acte volontaire²⁴³ nous permet d'ailleurs de formuler un argument en sens contraire. Cet argument procède d'une analogie avec l'article 16 du *Code criminel*. Rappelons qu'en vertu de cet article, la responsabilité pénale d'une personne ne sera pas retenue dans les cas où cette personne était incapable, en raison de troubles mentaux, de savoir que son acte était mauvais. En bout de ligne, l'article 16 du *Code criminel* est donc une application du principe de justice fondamentale à l'effet que la responsabilité pénale est tributaire de la capacité de discerner le geste moral du geste immoral :

²⁴¹ *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 100.

²⁴² Voir notamment STEWART, H., « Mistake of Law Under the Charter », (1998) 40 *C.L.Q.* 476, 491; PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 *C. de D.* 53, 79, 84 et ss.; BOISVERT, A-M., « Innocence morale, diligence raisonnable et erreur de droit », (1995) 41 *C.R.* (4th) 243, 245.

²⁴³ PARENT, H., « L'imputabilité pénale : mort d'un mythe, naissance d'une réalité », (2001) 35 *R.J.T.* 191; PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 *C. de D.* 53; PARENT, H., *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Éditions Thémis, Montréal, 2001; PARENT, H., *Traité de droit criminel*, Tome I, Éditions Thémis, Montréal, 2003.

[L]a défense d'aliénation mentale a pour fondement la conviction que les aliénés devraient être soustraits à l'application des règles habituelles de la responsabilité pénale et, par le fait même, aux peines et à la stigmatisation qu'elles comportent. **Cette conviction découle du principe que c'est parce que l'individu sait distinguer le bien du mal qu'on lui impute la responsabilité pénale.**²⁴⁴

(caractère gras ajouté)

Dans le même ordre d'idées, l'arrêt *Ruzic* nous rappelle qu'une condamnation en l'absence de la capacité, chez l'accusé, de distinguer et de choisir entre le bien et le mal est contraire aux principes de justice fondamentale et peut donc potentiellement enfreindre l'article 7 de la *Charte*.²⁴⁵ Dans cette affaire, la Cour fait siens les propos suivants du professeur Parent :

C'est cette double capacité -- la raison et le choix -- qui constitue la justification morale de l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines aux contrevenants. **Si une personne peut distinguer le bien du mal et si elle a la capacité de choisir entre le bien et le mal, alors l'imputation de la responsabilité et l'imposition de peines sont moralement justifiées et méritées quand la personne choisit consciemment le mal.**²⁴⁶

(caractère gras ajouté)

²⁴⁴ *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1396.

²⁴⁵ Il y aurait restriction au droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte* dans les cas où une condamnation en l'absence de capacité de discerner et de choisir entre le bien et le mal pourrait mener à l'emprisonnement de l'accusé par exemple : *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 42 et ss.

²⁴⁶ *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 45.

Si l'on résume, il est manifeste, à la lecture de l'opinion des juges dissidents dans l'arrêt *Pontes*, qu'un geste illicite mais posé de bonne foi suite à une erreur de droit de la part de l'acteur, n'est pas irréprochable au sens moral.²⁴⁷ Le geste demeure mauvais et son auteur n'est pas moralement innocent au sens de l'article 7 de la *Charte*.²⁴⁸ Cela dit, éviter de punir la personne moralement innocente n'est pas le seul principe de justice fondamentale pertinent en l'espèce. Un second principe veut que la capacité de distinguer et de choisir entre le bien et le mal soit un préalable à l'imposition d'une sanction pénale légitime.²⁴⁹ En l'absence de cette capacité de discernement et de choix, l'acte de l'accusé est considéré involontaire au sens moral et ne peut donc justifier l'imputation d'une responsabilité pénale.²⁵⁰

En quoi cela nous amène-t-il à douter de la constitutionnalité de l'article 19 du *Code criminel* ? Dans la mesure où discerner et choisir entre le bien et le mal exige parfois de discerner et de choisir entre le légal et l'illégal, l'impossibilité, pour le justiciable, de distinguer l'acte licite et l'acte illicite devient problématique. En effet, suite à l'arrêt *Chaulk*, il est désormais acquis que le qualificatif mauvais utilisé à l'article 16 du *Code criminel* signifie moralement répréhensible.²⁵¹ Cela dit, la capacité ou l'incapacité de savoir qu'un acte est illégal s'avère souvent un indice permettant de déterminer si l'accusé savait que son geste était moralement répréhensible. À preuve, ces explications de l'auteur Mewett, explications citées avec approbation par la Cour suprême dans l'affaire *Chaulk* :

²⁴⁷ STEWART, H, « Mistake of Law Under the Charter », (1998) 40 *C.L.Q.* 476, 500-501.

²⁴⁸ *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 100. Cette position est d'ailleurs parfaitement compatible avec l'opinion concurrente du juge Lamer dans l'arrêt *Jorgensen*. Rappelons que le juge Lamer soutient que l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente n'annihile pas la culpabilité morale de l'accusé : *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 81.

²⁴⁹ *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 45.

²⁵⁰ *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 47; voir aussi les commentaires de PARENT, H., *Traité de droit criminel*, Tome I, Éditions Thémis, Montréal, 2003, p. 351-52.

S'il [l'accusé] était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi mais capable de savoir que l'acte était condamné par les gens en général, alors le moyen de défense [de troubles mentaux] encore là ne devrait pas être admis. **Mais s'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi et incapable de savoir que c'était un acte réprouvé par la morale publique, alors le moyen de défense devrait être admis.**²⁵²

(caractère gras ajouté)

Précisons que la capacité de déterminer la légalité d'un geste se confond complètement avec la capacité d'en apprécier la moralité dans les domaines où le caractère mauvais d'un geste découle uniquement de sa prohibition légale.²⁵³ Par exemple, rouler à 75 km/h sur un chemin de gravier est, *a priori*, ni bien, ni mal, donc moralement neutre. Cela dit, dans la mesure où le *Code de la sécurité routière* fixe à 70 km/h la vitesse maximale permise sur ce type de route,²⁵⁴ il nous faut conclure que se déplacer à une vitesse de 75 km/h dans de telles circonstances est mauvais, car prohibé.

Imaginons qu'un accusé réussisse à convaincre un tribunal qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances n'aurait jamais pu conclure en l'illégalité et l'immoralité du geste qui donne lieu à l'accusation en raison de l'obscurité du droit.²⁵⁵ Peut-on alors condamner cet accusé malgré la

²⁵¹ *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68.

²⁵² *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1414.

²⁵³ FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1978, p. 730 et ss. Ces infractions entrent dans la catégorie des « *mala in prohibita* », soit les conduites qui sont jugées mauvaises, car prohibées.

²⁵⁴ *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2, art. 328(3).

²⁵⁵ L'affaire *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc.*, [2002] J.Q. no 3565 donne justement lieu à cette hypothèse. Rappelons que dans cette cause, l'accusé fut condamné en raison de faits pourtant

preuve de son incapacité à discerner et à choisir entre le bien (le légal) et le mal (l'illégal) ? L'ignorance de la loi, à l'instar des troubles mentaux, peut-elle parfois permettre de conclure que le geste de l'accusé était involontaire au sens moral?²⁵⁶ À l'évidence, l'article 19 du *Code criminel* s'avère impitoyable et prescrit, dans ce cas comme dans les autres, l'imposition d'une sanction pénale. Reste toutefois à déterminer si ce verdict est compatible avec la consécration constitutionnelle de la défense d'acte involontaire au sens moral.²⁵⁷ Notons, à cet égard, que la Cour constitutionnelle italienne a récemment déclaré l'article 5 du *Code pénal* italien (l'équivalent de l'article 19 du *Code criminel* canadien) inconstitutionnel, car l'imposition d'une sanction pénale dans les cas d'erreurs de droit invincibles s'avère, de l'avis des juges, contraire au principe de la responsabilité personnelle. Ce principe consacre, en droit italien, la nécessité du caractère volontaire de la contravention. Dans les circonstances, il semble possible que l'exclusion de la défense d'erreur de droit pénal en droit canadien soit inconstitutionnelle.

Cela dit, il nous faut apporter une nuance importante à cette conclusion. Rappelons que l'article 7 de la *Charte canadienne* protège la vie, la liberté et la sécurité de la personne. En l'absence d'une atteinte à l'un de ces trois droits, l'imposition d'une sanction en violation d'un principe de justice fondamentale sera sans conséquence au plan constitutionnel.²⁵⁸ Dans la mesure où la majorité des infractions réglementaires ne sont pas punissables d'emprisonnement, il appert

identiques à ceux mis en preuve lors d'une accusation ultérieure au même effet, le hic étant que l'accusation ultérieure en question s'était soldée par un acquittement, laissant ainsi croire en la légalité de la conduite de l'accusé.

²⁵⁶ Un auteur de doctrine suggère quatre critères pour déterminer si l'ignorance de la norme pénale est irrésistible au point de justifier une reconnaissance constitutionnelle de la défense dans un cas donné. Ces critères sont la nature de l'infraction (nature criminelle ou pénale), sa notoriété, la généralité du libellé et la facilité d'accès au texte légal pertinent : STEWART, H, « Mistake of Law Under the Charter », (1998) 40 *C.L.Q.* 476, 502 et ss..

²⁵⁷ BERNARDI, A., « Les principes de droit national et leur développement au sein des systèmes pénaux français et italien », [1994] *Rev. sc. crim.* 11, 27.

que l'application de l'article 19 du *Code criminel* dans ce contexte est constitutionnellement inattaquable.²⁵⁹

C'est sur cette remarque que se termine notre tour d'horizon du droit canadien en matière de communication de la norme pénale. Le portrait tracé n'est guère positif. On retiendra surtout le déséquilibre manifeste des obligations imposées, d'une part, à l'État et, d'autre part, au justiciable. Évidemment, il était, et il est toujours, possible de procéder autrement. L'étude du droit français en matière de communication de la norme pénale démontre d'ailleurs qu'il est parfois préférable de tout simplement se départir de l'absolutisme de la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi et d'accepter de remodeler les paramètres du processus de communication de la norme pénale.

²⁵⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 512.

²⁵⁹ Notons que la possibilité d'emprisonnement en cas de non-paiement d'une amende pourrait peut-être constituer une atteinte à la liberté au sens de l'article 7 de la *Charte canadienne* : *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525.

2. Le droit français en matière de communication de la norme pénale

La jurisprudence occupe une place centrale en droit pénal canadien. En effet, la décision judiciaire, en plus de disposer du litige, façonne la dogmatique pénale.²⁶⁰ À titre d'exemple, les règles de droit canadien relatives à la défense d'automatisme ne sont pas énoncées dans le *Code criminel* mais plutôt dans les arrêts *Stone*,²⁶¹ *Rabey*²⁶² et *Parks*.²⁶³

Évidemment, cela n'est pas sans poser problème. Incertitudes, contradictions et copieuses décisions de la Cour suprême sont autant d'écueils qui parsèment le paysage juridique canadien.²⁶⁴ Ce mode particulier de création des normes pénales a aussi d'importantes répercussions sur le processus de communication de la norme pénale. En effet, le justiciable canadien a non seulement l'obligation de trouver et de comprendre les lois mais aussi l'obligation de suivre l'évolution de la jurisprudence.

À cet égard, le droit pénal de la France diffère fondamentalement du droit pénal canadien. En effet, le droit pénal français est un système de droit codifié à l'intérieur duquel la création de la norme pénale incombe au législateur. Théoriquement exclus du processus de création de la norme pénale, les juges se

²⁶⁰ JODOUIN, A., «La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif)», dans MACKAAY, E., *Les certitudes du droit*, Éditions Thémis, Montréal, 1999, p. 115.

²⁶¹ *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.

²⁶² *R. c. Rabey*, [1980] 2 R.C.S. 513.

²⁶³ *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871.

²⁶⁴ La complexité des règles entourant la communication de la norme pénale en droit canadien illustre d'ailleurs bien les inconvénients inhérents à une dogmatique pénale issue du prétoire.

limitent souvent à appliquer celle-ci à des situations concrètes.²⁶⁵ Cette répartition des tâches explique d'ailleurs les jugements souvent laconiques des tribunaux français.

Cela étant, la méthode française donne-t-elle de meilleurs résultats lorsqu'il est question de communication de la norme pénale ? Les obligations de l'État sont-elles plus substantielles ? Les obligations du justiciable sont-elles aussi rigides ? Bref, le processus de communication de la norme pénale est-il plus cohérent dans un pays de droit codifié ? Pour le savoir, il nous faut examiner les obligations en matière de communication de la norme pénale que le droit français impose d'une part à l'État, et d'autre part, au justiciable. Nous serons ainsi en mesure de jeter un regard informé sur les avantages et les inconvénients du processus français de communication de la norme pénale.

2.1. LES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

La France, à l'instar de la majorité des pays occidentaux, base son système de droit pénal sur le principe de légalité.²⁶⁶ Ce principe apparaît déjà dans la

²⁶⁵ DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 156. Notons que la jurisprudence française amène parfois une évolution des normes pénales mais sans toutefois jouer un rôle aussi important que celui dévolu à la jurisprudence en *common law*. Pour une description comparée du rôle du juge en matière pénale, voir GRANDE, E., « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : vision globale », 2004 *R.I.D.C.* 119.

²⁶⁶ STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 101; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 154; PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 29-33; SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 54.

Déclaration des droits de l'Homme et du justiciable de 1789. On retrouve à l'article 5 de cette *Déclaration* la garantie suivante :

5. La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. **Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché**, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

(caractère gras ajouté)

L'attachement de la France pour le principe de légalité ne s'est jamais démenti depuis, le principe étant d'ailleurs enchâssé dans la Constitution de 1958.²⁶⁷ Le *Code pénal* se fait aussi un devoir de faire mention, dès ses premiers articles, des effets du principe de légalité en droit pénal français.²⁶⁸

Dans la mesure où les systèmes juridiques canadien et français reconnaissent le principe de légalité, notre analyse des principales obligations de l'État français en matière de composition et de transmission de la norme pénale peut se faire en fonction de paramètres identiques à ceux utilisés lors de notre analyse des obligations de l'État canadien. Ceci facilitera de plus une comparaison révélatrice des deux systèmes. Par conséquent, les obligations de l'État français feront l'objet d'une étude en quatre volets, nommément : (i) l'obligation de créer des normes pénales prospectives, (ii) l'obligation de consigner les normes pénales par écrit, (iii) l'obligation d'édicter des normes pénales précises et, finalement, (iv) l'obligation de procéder à la publication des normes pénales.

²⁶⁷ Voir l'art. 34 de la *Constitution de 1958*.

²⁶⁸ Voir les articles 111-2 et ss. du *Code pénal*.

Sans plus tarder, débutons notre tour d'horizon des obligations de l'État français en matière de communication de la norme pénale en nous attardant à l'obligation de créer des normes pénales prospectives.

2.1.1. Une première obligation pour l'État : créer des normes pénales prospectives

Depuis des siècles, le droit français reconnaît l'obligation pour l'État de ne pas criminaliser rétroactivement un comportement passé. La *Déclaration des droits de l'Homme et du justiciable*, adoptée au lendemain de la révolution française, faisait déjà mention de ce principe cardinal :

8. La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et **nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.**

(caractère gras ajouté)

Cette obligation de ne prévoir que des infractions prospectives se retrouve également codifiée au tout début du premier *Code pénal*. Plus spécifiquement, l'article 4 du *Code pénal* de 1810 stipule que :

4. Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis.

Au fil des ans, la France a réitéré à maintes reprises son aversion pour les

incriminations rétroactives. Notons, entre autres, son adhésion à la *Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948* et à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, deux textes internationaux prohibant l'emploi d'incriminations rétroactives.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que le nouveau *Code pénal* confirme l'obligation de l'État de ne pas recourir aux infractions rétroactives. Ce principe est codifié dès l'un des tous premiers articles du *Code* :

112-1 Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.

(caractère gras ajouté)

Cette multitude de textes légaux ne laisse planer aucun doute. Le droit français impose à l'État une obligation claire de ne rédiger que des incriminations prospectives.²⁶⁹

Si l'existence de cette obligation de l'État français est incontestable, une nuance d'application fort intéressante mérite d'être soulignée. Rappelons que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme précise que l'article 7

²⁶⁹ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 109; STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris,

de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme* protège le prévenu français contre toute application rétroactive de la loi pénale qui serait à son détriment.²⁷⁰ À première vue, ce n'est là rien de bien nouveau, sauf que cette protection semble maintenant s'étendre non seulement à la loi pénale mais aussi au revirement jurisprudentiel soudain. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme laisse entendre qu'un prévenu n'aurait pas à faire les frais d'un renversement jurisprudentiel si ce renversement se produit à l'occasion de sa propre cause.²⁷¹ Cette façon d'aborder les cas de revirements de jurisprudence serait particulièrement utile au Canada considérant les récents soubresauts jurisprudentiels de la Cour suprême.²⁷²

En résumé, le droit français impose à l'État une obligation de ne pas édicter des normes pénales rétroactives selon des paramètres similaires à ceux du droit canadien. Cette similitude n'appelle pas de commentaires autres que ceux déjà émis à propos du droit canadien, si bien que nous pouvons immédiatement passer à la description de la deuxième obligation de l'État français, soit l'exigence de consigner les normes pénales par écrit.

2.1.2 Une seconde obligation pour l'État : consigner les normes pénales par écrit

Un peu à l'instar de l'obligation de rédiger des normes pénales prospectives, l'obligation de l'État français de consigner ses incriminations par écrit

2000, p. 146; SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 64.

²⁷⁰ CEDH 27 sept. 1995, *G. c. France*, D. 1996, somm. 197.

²⁷¹ Voir à ce sujet BOURIN, V.J., « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal », *Gaz. Pal.* 1995 2, doct. 599.

n'est pas une innovation récente. Dès 1789, le droit français consacre ce volet du principe de légalité des délits par le biais de l'article 5 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du justiciable*. Le nouveau *Code pénal* confirme cette obligation de l'État tout en en précisant les modalités d'exécution :

111-3 Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas **définis par la loi**, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas **définis par le règlement**.
[...]

(caractère gras ajouté)

Le nouveau *Code pénal* énonce donc clairement l'obligation de l'État français de consigner par écrit toute infraction.²⁷³ Une précision supplémentaire est toutefois donnée. À la lecture de cette disposition, on constate que seule une loi peut créer un crime ou un délit et que seul un règlement peut prévoir une contravention.²⁷⁴ Autrement dit, le droit français ne se contente pas d'exiger que les infractions revêtent la forme écrite; il ajoute que l'État devra obligatoirement utiliser une loi, et non un règlement, s'il désire conférer à sa nouvelle infraction le niveau de gravité propre aux crimes ou encore aux délits.

Cette obligation additionnelle s'avère lourde de sens pour le justiciable. En effet, dans la mesure où les contraventions ne sauraient, règle générale, être

²⁷² Voir nos commentaires sur l'arrêt *Cuerrier* à la section 1.1.1 de la présente partie.

²⁷³ PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 33; STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 101; SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 54 et ss.

²⁷⁴ Art. 111-3 du *Code pénal*.

passibles d'emprisonnement²⁷⁵, seule une loi peut prévoir une infraction punissable de l'incarcération. Ainsi, l'ignorance ou la méconnaissance des dispositions pénales d'un texte réglementaire n'entraînera pas de conséquences potentiellement aussi graves que celles résultant de l'ignorance ou de la méprise quant aux dispositions pénales d'une loi. Une telle règle offre l'indéniable avantage d'éviter qu'un justiciable puisse être privé de sa liberté en raison d'une contravention à un règlement difficile à repérer. Il va sans dire que cette mesure visant à faciliter la communication des normes pénales dont la violation est passible de l'emprisonnement mériterait d'être instaurée en droit canadien.²⁷⁶

Rappelons, avant de clore notre étude de l'obligation de consigner les infractions par écrit, que les juges français ne possèdent pas le pouvoir de créer des infractions.²⁷⁷ Toute la problématique entourant les crimes de *common law* ne se pose donc pas en droit français.

Cela étant, l'obligation de consigner les infractions par écrit n'est d'aucun secours pour le justiciable français si les termes employés sont imprécis au point d'être dénués de sens. Cette réalité donne lieu à une troisième obligation pour l'État français en matière de communication de la norme pénale, soit l'obligation d'édicter des normes pénales précises.

²⁷⁵ Art. 131-12 et ss. du *Code pénal*; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 312; SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 182; STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 433.

²⁷⁶ Notons qu'en droit pénal québécois, la commission d'une infraction réglementaire ne pourra pas, règle générale, entraîner l'emprisonnement du contrevenant : *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, art. 231. En ce qui a trait au droit pénal canadien, on y note une pléiade d'infractions réglementaires punissables de l'emprisonnement. Voir, à titre d'exemple, les règlements suivants : *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., c. 1041, art. 71; *Règlement sur la circulation aux aéroports*, C.R.C., c. 886, art. 39; *Règlement sur la pollution de l'air*, C.R.C., c. 1404, art. 8.

²⁷⁷ DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 156.

2.1.3. Une troisième obligation pour l'État : édicter des normes pénales précises

Le principe de légalité constitue, pour reprendre les propos d'un auteur, « la clé de voûte du droit criminel » français.²⁷⁸ On pourrait donc croire que l'obligation de précision des textes créateurs d'infractions, en tant que corollaire du principe de la légalité, occupe une place de choix en droit français. Or, tel n'est pas le cas. Deux raisons peuvent être avancées en guise d'explication.

La première raison tient au fait qu'il est impensable, pour le juriste français, d'affirmer qu'un texte de loi souffre d'imprécision.²⁷⁹ Selon les termes même du *Code civil*, la loi est réputée intelligible et doit être puni le juge qui osera prétendre le contraire :

4. Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.²⁸⁰

L'utilisation, par les rédacteurs du *Code civil*, des termes « prétexte d'obscurité ou d'insuffisance de la loi » s'avère particulièrement révélatrice dans la mesure où un « prétexte » se définit comme étant une « raison alléguée pour

²⁷⁸ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 25.

²⁷⁹ Pour une description et une critique du « culte de la loi » en France, voir : GÉNY, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1954.

²⁸⁰ Art. 4 du *Code civil*. Voir au sujet de cette disposition DELMAS-MARTY, M. *Le flou du droit*, Quadrige/PUF, Paris, 2004, p. 61 et ss.

dissimuler le véritable motif d'une action ». ²⁸¹ Bref, le juge qui allègue l'obscurité ou l'insuffisance de la loi se méprend.

Cela dit, l'obligation de juger faite aux magistrats français est atténuée par l'article 111-4 du *Code pénal*. Cet article leur offre en effet une porte de sortie en cas de doute entre les diverses interprétations possibles d'un même texte légal, car il impose alors une interprétation stricte de la norme pénale. ²⁸²

La seconde raison expliquant la place limitée du devoir de précision tient à la répartition des compétences judiciaires. Ce ne sont pas tous les tribunaux français qui ont le pouvoir d'examiner la constitutionnalité d'une loi et donc, par implication nécessaire, d'étudier son degré de précision. ²⁸³ Plus spécifiquement, l'examen de la constitutionnalité d'une loi relève du Conseil constitutionnel et non des tribunaux. ²⁸⁴ Ce Conseil a déjà censuré des lois pour défaut de précision ²⁸⁵ mais rappelons que son intervention est aléatoire et, surtout, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi. ²⁸⁶ Soulignons toutefois que cette limitation du pouvoir des

²⁸¹ *Nouveau Petit Robert*, Éd. Dictionnaires Le Robert, Paris, 1994, p. 1775.

²⁸² L'article 111-4 du *Code pénal* est libellé ainsi : « La loi pénale est d'interprétation stricte. » Pour plus de détails voir PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 47 et ss. Comme nous l'avons souligné précédemment, la règle de l'interprétation stricte en matière pénale est en déclin en droit canadien. Il s'agit donc là d'une différence notable entre la conception française du principe de légalité et la conception canadienne de ce même principe.

²⁸³ PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 35 et ss.; STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 107.

²⁸⁴ DESPORTES, F., LE GUNEHÉC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 172-73; PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 37.

²⁸⁵ Cons. const., 10-11 oct. 1984, n° 84-181 DC; Cons. const. 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC.

²⁸⁶ PORTERON, C., « Lois et décrets » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 39-40; STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 103.

tribunaux de prononcer l'inconstitutionnalité d'un texte légal pour vice d'imprécision ne s'étend pas à la contravention, infraction prévue par règlement.²⁸⁷

Si l'on note, en droit interne français, un relatif désintérêt face à l'obligation de l'État de rédiger des normes pénales précises, il en va tout autrement au niveau européen. La *Convention européenne des droits de l'Homme* oblige l'État français à concevoir précisément ses normes pénales par le biais de son article 7. La Cour européenne des droits de l'Homme définit le sens exact de l'article 7 de la *Convention* en ces termes:

Il faut d'abord que la loi soit suffisamment accessible; le justiciable doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné; en second lieu, on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à un justiciable de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé.²⁸⁸

(caractère gras ajouté)

Rappelons que les tribunaux français doivent s'assurer que la législation nationale respecte la *Convention européenne des droits de l'Homme*.²⁸⁹

²⁸⁷ ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, p. 296; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 173.

²⁸⁸ CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n^o 82.

²⁸⁹ Article 55 de la *Constitution de 1958*; SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 57-58; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 174; ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, p. 296.

S'autorisant de ce rôle, la Cour de cassation a d'ailleurs récemment privé d'effet une loi jugée «trop vague et trop large» au sens de la *Convention*.²⁹⁰

Que doit-on conclure de tout cela ? Simplement que le l'État français assume tout de même l'obligation de rédiger des normes pénales précises.²⁹¹ Il est vrai que la sanction de cette obligation par les tribunaux s'avère complexe. Cependant, le recours à un critère faisant appel au niveau de compréhension du justiciable en tant que mesure du degré de précision de la norme pénale constitue un pas dans la bonne direction si l'objectif est de favoriser la communication entre l'État et le justiciable. Une fois encore, il s'agit d'un élément dont devrait s'inspirer le droit canadien en matière de communication de la norme pénale.

Si l'obligation de l'État français de rédiger des textes légaux précis peut sembler floue, il en va tout autrement de l'obligation de procéder à la publication des normes pénales.

2.1.4. Une quatrième obligation pour l'État : procéder à la publication des normes pénales

Tel que nous l'avons mentionné plus tôt, l'obligation faite à l'État de procéder à la publication des textes légaux est étroitement liée à l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale. En effet, si l'on exige du justiciable qu'il connaisse la norme pénale, encore faut-il lui donner la possibilité

²⁹⁰ Crim. 20 févr. 2001, *D.* 2001, p. 908.

²⁹¹ STEFANI, G., et *als*, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 125 et ss.; PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n°35; DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 172 et ss.

d'acquérir cette connaissance. C'est donc cette nécessité qui est à la base de l'obligation de l'État français de procéder à la publication de ses normes pénales.

Un auteur écrit à ce sujet :

Plus on applique de manière rigoureuse l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi pénale, **plus les Tribunaux doivent veiller à ne faire entrer en vigueur une loi qu'après qu'elle ait été effectivement portée à la connaissance des justiciables.**[...]

C'est pourquoi, en France, il a toujours été admis que la loi ne devient exécutoire qu'après avoir été rendue publique.²⁹²

(caractère gras ajouté)

Un décret datant du 19^e siècle mais toujours applicable, conforte le point de vue de cet auteur. En effet, le *Décret relatif à la promulgation des lois et décrets* laisse au justiciable au moins un jour franc pour prendre connaissance de la loi avant l'entrée en vigueur de celle-ci:

1. Dorénavant, la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel* de la République française, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois*. [...]
2. Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation **et, partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le**

²⁹² DOUCET, J.P., « L'Entrée en vigueur d'une nouvelle loi d'incrimination », *Gaz. Pal.* 1990.2, doct. 427. Pour une application récente de ce principe, voir Cass. crim., 15 octobre 2002, *Bull crim.* n° 186.

***Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement.**²⁹³

(caractère gras ajouté)

Ce décret précise également qu'un texte législatif français devra faire l'objet d'une publication dans le *Journal officiel* avant de pouvoir prendre effet et ainsi légalement fonder la condamnation du justiciable qui y contrevient.²⁹⁴ À titre exceptionnel, certaines infractions routières nécessitent, au surplus, l'installation d'une signalisation appropriée avant de prendre effet.²⁹⁵

En ce qui a trait à l'impact de cette obligation de publier la norme pénale sur la diffusion de celle-ci, notons que le tirage du *Journal Officiel*, version papier, s'élève annuellement à plus de trente milles copies.²⁹⁶ Soulignons de plus que le *Journal officiel* est désormais disponible sur Internet²⁹⁷ et qu'il est possible d'en consulter des copies papier dans la plupart des préfectures, mairies et bibliothèques françaises.²⁹⁸ Cela étant, il est difficile de déterminer si le nombre de justiciables français qui consultent régulièrement le *Journal officiel* est suffisant

²⁹³ Décret relatif à la promulgation des lois et décrets, 5 novembre 1870, art. 1 et 2.

²⁹⁴ DOUCET, J.P., « L'Entrée en vigueur d'une nouvelle loi d'incrimination », *Gaz. Pal.* 1990.2, doct. 427, 428; PORTERON, C., « Lois et décrets » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 108; DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 613.

²⁹⁵ Cass. crim., 23 novembre 1935, Bull. crim. n° 134; DOUCET, J.P., « L'Entrée en vigueur d'une nouvelle loi d'incrimination », *Gaz. Pal.* 1990.2, doct. 427, 428; MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 734.

²⁹⁶ Pour des statistiques détaillées à ce sujet, le lecteur pourra consulter le document *Journaux officiels - Rapport annuel 2003* qui est disponible à l'adresse électronique suivante : <http://www.journal-officiel.gouv.fr/accueil.php> (site consulté le 1er septembre 2004.)

²⁹⁷ Les versions postérieures au 1er janvier 1990 sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.journal-officiel.gouv.fr/> (site consulté le 1er septembre 2004.)

²⁹⁸ Selon les informations recueillies sur le site <http://www.adminet.com/jo/>. (site consulté le 1^{er} septembre 2004.)

pour conclure à une publicité effective des normes pénales. Considérant la nature très spécialisée de cette publication, on peut probablement présumer que ce n'est pas le cas.

Ceci termine notre aperçu des obligations de l'État français en matière de communication de la norme pénale. Bien que plus contraignantes que leurs équivalents canadiens, surtout en ce qui a trait à l'obligation de précision, ces obligations demeurent, à notre avis, incomplètes. Ainsi, on note la présence de considérations propres à assurer une certaine forme de communication de la norme pénale mais on ne retrouve pas une obligation générale de communiquer efficacement celle-ci au justiciable. Sans une telle obligation, la possibilité que le processus de communication de la norme pénale confère une certaine légitimité à la sanction pénale s'avère mince.

Évidemment, les obligations de l'État français sont intimement liées aux obligations assumées par ses justiciables en matière de connaissance de la norme pénale.²⁹⁹ Pour saisir l'essence du processus français en matière de communication de la norme pénale, il est donc essentiel de se pencher sur les obligations du justiciable en matière de réception et de compréhension du message étatique.

²⁹⁹ Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux, p. 1049; Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2144; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 1.

2.2. LES OBLIGATIONS DU JUSTICIABLE EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

La France est, nous l'avons mentionné précédemment, un pays de droit codifié. Les infractions de *common law* y sont donc inconnues. Dans ce contexte, on pourrait croire que la tâche du justiciable qui veut s'enquérir des normes pénales se trouve grandement facilitée. Nul besoin de lire une multitude de jugements; il suffit, en théorie, d'ouvrir le *Code pénal* et les textes législatifs connexes.

Paradoxalement, la réalité est tout autre. S'il est vrai que le justiciable français n'a pas à composer avec les normes d'origine prétorienne, son obligation de prendre connaissance de la norme pénale est néanmoins lourde dans certaines circonstances. La technique législative du renvoi, par exemple, pose problème. À l'aide de cette technique, l'État peut, par le biais d'une seule disposition, prohiber toute contravention à n'importe quelle disposition d'un texte légal donné.³⁰⁰ Un auteur écrit à ce sujet :

L'une des techniques législatives les plus contestables [...] est celle qui consiste à prévoir dans la disposition finale d'un code ou d'une loi particulière la sanction d'un ensemble de dispositions techniques en renvoyant globalement, pour la définition des comportements incriminés, aux articles concernés du code ou de la loi. Le texte répressif se réduit à la formule suivante : « *Toute infraction aux dispositions du présent chapitre (ou de la présente loi) est punie de...* ». **Il est alors souvent très difficile de déterminer exactement quels sont les manquements pénalement**

³⁰⁰ PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 41.

sanctionnés et ceux qui ne le sont pas. En raison de sa commodité, la technique est pourtant fréquemment utilisée par le législateur.³⁰¹

(caractère gras ajouté)

Donc, il est probable, même au sein d'un système de droit codifié, qu'un justiciable enfreigne, par inadvertance, une disposition pénale. Comment réagit le droit français face à cette éventualité ? Qui assumera la responsabilité de cet échec de la communication de la norme pénale ? Pour le savoir, il faut se tourner vers les règles entourant l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable français. En raison des récents changements survenus en la matière, débutons notre description de cette obligation par un bref rappel historique.

2.2.1. Un rappel historique

Le 1^{er} mars 1994 marque un point tournant en droit pénal français, car c'est à cette date qu'est entré en vigueur le nouveau *Code pénal*.³⁰² L'un des traits distinctifs de ce nouveau *Code pénal* est certes la reconnaissance de la défense d'erreur de droit. En effet, l'article 122-3 du *Code* innove à cet égard en reconnaissant officiellement l'erreur de droit invincible.

³⁰¹ DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 174. Voir aussi DELMAS-MARTY, M. *Le flou du droit*, Quadriga/PUF, Paris, 2004, p. 69. Notons que cette méthode de rédaction législative est aussi utilisée en droit pénal canadien. Voir, à titre d'exemple, l'article 88 du *Règlement sur le contrôle et le soin des animaux*, Règlement no. 2003-77, Règlements de la Ville d'Ottawa.

³⁰² Rappelons que l'ancien *Code pénal* français datait de 1810.

Déjà, sous l'égide de l'ancien *Code pénal*, la doctrine et la jurisprudence, à l'occasion, avaient conjointement préparé le terrain. Afin de comprendre la portée et les limites inhérentes à l'actuel article 122-3 du *Code pénal*, il est donc nécessaire de débiter son étude en donnant un aperçu de l'obligation de connaissance de la norme pénale sous l'ancien *Code*. Cette toile de fond nous permettra de mettre en relief les changements apportés par le droit nouveau.

2.2.1.1. *De la sévérité de l'ancien droit...*

L'ancien *Code pénal* ne traitait pas directement de l'obligation faite au justiciable de connaître la norme pénale. Cela dit, la jurisprudence avait clairement confirmé, dès le départ, que nul n'est censé ignorer la loi en créant une présomption irréfragable de connaissance de la norme pénale par le justiciable.³⁰³ Cette prise de position jurisprudentielle a été confortée par l'adoption subséquente d'un décret contenant l'article suivant :

4. Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation.³⁰⁴

Le raisonnement est simple : si le législateur a tenu à préciser que l'ignorance de la norme pénale par le contrevenant peut justifier sa relaxe pour une contravention survenue dans les trois jours de la promulgation du texte, il faut

³⁰³ Crim., 24 fév. 1820, B. n° 33.

³⁰⁴ *Décret relatif à la promulgation des lois et décrets*, 5 novembre 1870, art. 4.

conclure qu'une fois ce délai expiré, l'obligation de connaître la norme pénale est absolue.³⁰⁵

La sévérité de la jurisprudence n'est pas sans soulever les critiques de la doctrine, cette dernière étant majoritairement partisane d'une obligation de connaissance plus souple.³⁰⁶ Peu à peu, la théorie doctrinale de l'erreur de droit invincible fait son chemin et justifie même, à l'occasion, la relaxe du prévenu.³⁰⁷ Ces décisions demeurent toutefois isolées et le modeste essor de la théorie est bientôt abruptement stoppé par une décision de la Cour de cassation rappelant que l'erreur de droit du prévenu est juridiquement inopérante.³⁰⁸ La Cour de cassation confirme de nouveau ce principe quelques années plus tard en écrivant ceci :

Attendu [...]

Que le refus réitéré de remettre l'enfant, affirmé par l'arrêt attaqué, constitue l'élément intentionnel du délit, **la prétendue erreur de droit alléguée par [le prévenu] ne constituant ni un fait justificatif ni une excuse admis par la loi.**³⁰⁹

(caractère gras ajouté)

³⁰⁵ HOSNI, N., « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », [1999] 4 *Rev. sc. crim.* 711, 713.

³⁰⁶ PLAWSKI, S., « L'erreur de droit », paru dans *Les Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXX, Presse de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 1982, p. 131, 142; *Crim.*, 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 470; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 1.

³⁰⁷ Voir à ce sujet le compte-rendu de COUTURIER, J.P., « L'Erreur de droit invincible en matière pénale », (1969) 23 *Rev. sc. crim.* 547, 554 et ss.

³⁰⁸ *Crim.*, 28 févr. 1961, *Bull. crim.* n° 124.

³⁰⁹ *Crim.*, 8 févr. 1966, *Bull. crim.* n° 36.

Évidemment, la doctrine déplore un tel recul. Un auteur commente d'ailleurs ainsi le repli de la jurisprudence face à la théorie de l'erreur invincible :

D'une manière générale la Cour de cassation préfère sans doute **revenir prudemment à une position qui n'est pas très réaliste ni très juste** mais qui évite de maintenir ouverte une brèche grâce à laquelle le régime pourrait éventuellement se dissoudre dans l'avenir.³¹⁰

(caractère gras ajouté)

Consciente de l'imminence d'une réforme du *Code pénal*, la doctrine se tourne finalement vers le législateur afin de faire codifier l'exception d'erreur de droit invincible.³¹¹ L'inclusion de l'article 122-3 dans la version finale du nouveau *Code pénal* est donc la consécration directe des efforts de la doctrine française du dernier demi-siècle.³¹²

2.2.1.2. ...à un léger relâchement sous le nouveau Code ?

Avant d'entamer une analyse du nouvel article 122-3, il est essentiel d'en reproduire le contenu :

122-3 N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle

³¹⁰ COUTURIER, J.P., « L'Erreur de droit invincible en matière pénale », (1969) 23 *Rev. sc. crim.* 547, 563.

³¹¹ VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 3.

³¹² SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 115.

n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.

On notera d'abord que s'il est vrai que le nouveau *Code pénal* atténue implicitement l'obligation de connaissance de la norme pénale du justiciable français en faisant place à l'erreur de droit invincible, l'ampleur de ce changement demeure, au plan pratique, modeste. En effet, les travaux parlementaires entourant l'adoption de l'article 122-3 du *Code pénal* restreignent son champ d'application à deux situations précises, soit le défaut de publication de la norme et l'information erronée fournie par l'administration publique.³¹³ La portée limitée de l'article 122-3 du *Code pénal* est d'ailleurs confirmée par la première décennie de jurisprudence sur la question, période au cours de laquelle les relaxes pour erreur de droit se sont faites plutôt rares pour ne pas dire rarissimes.³¹⁴

Un tel dénouement était toutefois prévisible, car le texte même de l'article 122-3 appelle une application d'exception. Plus spécifiquement, l'erreur de droit commise par le justiciable doit pouvoir être qualifiée «d'inévitable» afin qu'on puisse lui attribuer un quelconque effet. Avec un tel libellé, il n'est pas surprenant que l'impact pratique de l'article 122-3 du *Code pénal* demeure minime. Cela dit, cet article modifie néanmoins les paramètres de l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale. Pour s'en convaincre, examinons en détail le contenu de cette obligation en droit français.

³¹³ STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 363; PRADEL, J., *Droit pénal*, 10^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1995, p. 561; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 609.

³¹⁴ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 574. Un auteur avait d'ailleurs prévu un tel résultat : «[I]l est toutefois vraisemblable que cette innovation [l'article 122-3] ne provoquera pas de nombreux acquittements ou relaxes. [...] Présentée comme une bombe à retardement, l'erreur sur le droit pourrait bien n'être qu'un pétard mouillé.» : DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Le nouveau droit pénal*, Tome I, 3^e éd., Economica, Paris, 1996, p. 520.

2.2.2. Le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale

Théoriquement, le droit français aborde la question de la connaissance de la norme pénale par le prévenu de deux façons distinctes, soit en examinant l'élément psychologique de l'infraction ou par le biais de la notion d'imputabilité morale de l'acte. Il convient de traiter brièvement de l'impact du rattachement de l'obligation de connaissance de la norme pénale du justiciable à l'une ou l'autre de ces notions.

Débutons par le lien entre l'élément psychologique de l'infraction³¹⁵ et la connaissance de la norme pénale. Parmi les formes possibles de l'élément psychologique de l'infraction,³¹⁶ on compte la faute intentionnelle, aussi appelée dol. Cette forme de faute nécessite, comme le prouve sa définition, une certaine connaissance de la norme pénale chez l'auteur de l'infraction:

³¹⁵ L'élément psychologique de l'infraction équivaut plus ou moins à la notion de *mens rea* en droit canadien.

³¹⁶ En droit français, l'élément psychologique de l'infraction peut prendre trois formes : la faute intentionnelle, la faute pénale d'imprudence, et la faute pénale contraventionnelle: DESPORTES, F., LE GUNEHÉC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 406; PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 84 et ss. L'article 121-3 du *Code pénal* classifie d'ailleurs les infractions en fonction de l'élément psychologique requis; en voici le texte: «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 de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.»

La faute intentionnelle peut être définie comme la volonté de commettre un acte **que l'on sait interdit** ou, autrement dit, comme **l'intention de violer la loi pénale**. Les infractions intentionnelles sont donc celles pour lesquelles la loi exige que le comportement incriminé soit commis par une personne qui **sait que ce comportement est sanctionné** mais qui décide néanmoins de le commettre.³¹⁷

(caractère gras ajouté)

En d'autres mots, la faute intentionnelle se compose de deux éléments, soit la volonté de poser un geste et la connaissance que ce geste est prohibé par la loi pénale française. Or, il s'avère que la deuxième composante n'est que purement théorique. En effet, il appert que la connaissance de la norme pénale par le justiciable fait l'objet d'une présomption irréfragable à cette étape :

La preuve de la faute intentionnelle est [...] facilitée par le fait que le ministère public est juridiquement dispensé de prouver l'une des composantes du dol : la connaissance, par l'auteur des faits, que son comportement tombe sous le coup de la loi pénale. **Cette connaissance est en effet présumée conformément au principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » (nullum censetur ignorare legem).**³¹⁸

(caractère gras ajouté)

³¹⁷ DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 406. Voir au même effet : MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 733; Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux, p. 1049; PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 87.

³¹⁸ DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 408. Voir au même effet : MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 733; Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux, p. 1049; PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 88.

En conséquence, l'impact de l'absence de connaissance de la norme pénale sur la preuve de la faute intentionnelle s'avère, au plan pratique, nul. Dans la mesure où les deux autres formes de faute, soit la faute pénale et la faute contraventionnelle, font abstraction de la perception de la norme pénale par l'accusé,³¹⁹ on peut avancer, sans craindre de se tromper, que l'erreur de droit n'affecte pas la formation de l'élément psychologique de l'infraction.

Ce constat est-il suffisant pour conclure que le justiciable français assume, à l'instar du justiciable canadien, une obligation de résultat en matière de connaissance de la norme pénale ? À notre avis non, car si l'erreur de droit ne peut nier l'élément psychologique de l'infraction, elle peut toutefois permettre de conclure à la non-imputabilité morale de l'acte. Deux textes légaux distincts nous mènent à cette conclusion. Le premier texte est l'article 4 du décret du 5 novembre 1870.³²⁰ Cette disposition crée une exception à l'obligation de connaissance de la norme pénale, exception formulée en ces termes :

4. Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation.³²¹

³¹⁹ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 494 et p. 512.

³²⁰ MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 735; STEFANI, G., et al., *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 362.

³²¹ *Décret relatif à la promulgation des lois et décrets*, 5 novembre 1870, art. 4.

Évidemment, le bref intervalle de vie de ce moyen, soit trois jours francs à compter de la date de la promulgation de la loi, fait en sorte qu'il s'avère futile dans l'immense majorité des cas d'erreurs de droit.

C'est dans ce contexte qu'entre en scène l'article 122-3 du *Code pénal*, deuxième base potentielle de non-imputabilité morale d'un acte commis sous l'emprise d'une erreur de droit et donc, par ricochet, autre limitation de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable français.³²² L'applicabilité de cette disposition est cependant soumise à plusieurs conditions, autant de forme que de fond.

Au niveau des conditions de forme, notons principalement qu'il incombe au justiciable ayant commis une infraction en toute bonne foi de signaler son erreur de droit et d'en apporter la preuve de façon convaincante.³²³ Il s'agit donc là d'un fardeau de présentation et d'un fardeau de persuasion.

Quant aux conditions de fond posées par le texte de l'article 122-3 du *Code pénal*, elles sont au nombre de trois. Premièrement, L'erreur devra porter sur une règle de droit.³²⁴ Cette précision est primordiale, car l'erreur de fait ne saurait, en règle générale, être considérée comme une cause de non-imputabilité morale en

³²² À des fins de commodité, voici à nouveau le libellé de l'article 122-3 du *Code pénal* : « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte. »

³²³ CONTE, P. MAISTRE DU CHARBON, P., *Droit pénal général*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 216; LEVASSEUR, G., et *als*, *Droit pénal général et procédure pénale*, 13^e éd., Sirey, Paris, 1999, p. 72; ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, p. 296; BOULOC, B., « Chronique de jurisprudence », [1997] 4 *Rev. sc. crim.* 827.

³²⁴ VÉRON, M., ROBERT, J.H., « Le Code pénal de l'an 2000 en 200 décisions », *Droit pénal*, Déc. 1999 (hors série), p. 32; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 15 et ss.; Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2144.

droit français.³²⁵ Par ailleurs, il importe peu que la méprise du prévenu résulte de son ignorance de l'existence de la prohibition, soit un manquement à l'obligation de réception du message légal, ou encore d'une interprétation erronée de cette dernière, soit un manquement à l'obligation de compréhension du message légal.³²⁶ Notons de plus que la règle de droit méconnue peut être de nature pénale ou de nature privée.³²⁷ *A fortiori*, l'erreur de droit pourra également porter sur un texte prévoyant les modalités d'une cause de non-imputabilité, comme la légitime défense pour ne donner qu'un exemple.³²⁸

Deuxièmement, cet erreur de droit devra être inévitable.³²⁹ Il s'agit là d'un critère essentiellement objectif.³³⁰ Selon la doctrine, cette seconde condition de

³²⁵ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 552; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 609; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 17; STEFANI, G., et *als*, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 364-65.

³²⁶ VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 21; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 607; STEFANI, G., et *als*, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 361.

³²⁷ DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 608-09; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 19. Afin de mieux saisir le sens de cette affirmation, prenons pour exemple une accusation de bigamie. Dans le contexte de la bigamie, l'erreur de droit peut aussi bien porter sur les règles en matière de divorce (erreur quant à une loi non-pénale) ou sur celles prohibant la bigamie (erreur quant à une loi pénale).

³²⁸ MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 740; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 21; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 609.

³²⁹ L'article 122-3 parle d'une erreur «qu'elle [la personne] n'était pas en mesure d'éviter»; VÉRON, M., ROBERT, J.H., « Le Code pénal de l'an 2000 en 200 décisions », *Droit pénal*, Déc. 1999 (hors série), p. 32; Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2144-45; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 609. On peut croire que cette notion d'erreur inévitable recoupe celle d'erreur invincible : Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux p. 1051.

fond postule un acte positif de la part du justiciable concerné, soit une tentative raisonnable d'obtenir l'information juridique pertinente à la détermination de la légalité du geste projeté.³³¹ Cette quête de renseignements amènera habituellement le justiciable à solliciter l'aide d'un tiers compétent (administration publique, juriste qualifié, etc.).³³² On remarque ici que l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable n'en est pas une de résultat comme c'est le cas en droit canadien. Cette obligation s'apparente plutôt à une obligation de diligence, quoiqu'il s'agisse d'une obligation de diligence particulièrement sévère dans la mesure où l'absence de résultat doit être inévitable dans les circonstances pour ne pas équivaloir à un manquement.

La troisième et dernière condition de fond posée par l'article 122-3 du *Code pénal* exige que le prévenu ait sincèrement cru son comportement licite.³³³ Il s'agit là d'une norme subjective, visant à s'assurer que le prévenu croyait bel et bien avoir rempli son obligation de connaissance de la norme pénale dans les circonstances. Parmi les considérations pertinentes à cette étape-ci, notons le

³³⁰ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 472; DESPORTES, F., LE GUNEHÉC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 609; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 23.

³³¹ CONTE, P. MAISTRE DU CHARBON, P., *Droit pénal général*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 216; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 23.

³³² MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 738-39; Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 473; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 23; ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, p. 296; PRADEL, J., *Droit pénal*, 10^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1995, p. 560; Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2145.

³³³ VÉRON, M., ROBERT, J.H., « Le Code pénal de l'an 2000 en 200 décisions », *Droit pénal*, Déc. 1999 (hors série), p. 32; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 53; ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, p. 296; Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2145.

niveau d'éducation du prévenu³³⁴ ou sa qualité de professionnel,³³⁵ l'existence d'une condamnation préalable pour des faits similaires ou encore la médiatisation préalable de l'incrimination.³³⁶ Sans surprise, ces faits influent tous sur la capacité du justiciable d'identifier et de comprendre la norme pénale applicable.

Une fois ces conditions de forme et de fond respectées, l'erreur de droit du prévenu fera obstacle à sa condamnation et justifiera donc la relaxe.³³⁷ Si, au contraire, une ou plusieurs des conditions font défaut, le tribunal pourra, tout au plus, faire preuve d'une certaine indulgence à l'occasion du prononcé de la peine.³³⁸ Bref, le justiciable français n'assume pas une obligation absolue de connaissance de la norme pénale. Contrairement au droit canadien, le droit français refuse de punir le justiciable qui contrevient à une norme pénale par ignorance, sauf si cette erreur pouvait, par ailleurs, être évitée. La légitimation de la peine en cas d'ignorance de la norme pénale passe donc, en droit français, par l'étude de la conduite du justiciable et le processus de communication de la norme pénale est conçu de façon à permettre cette étude.

Voilà qui nous donne un aperçu général du droit français en ce qui a trait à l'obligation de connaissance de la norme pénale. Comme nous l'avons fait pour le droit canadien, il est maintenant temps de se pencher sur quelques

³³⁴ C.A. Grenoble, 13 nov. 1996, Juris-data n° 046322; PRADEL, J., *Droit pénal*, 10^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1995, p. 561.

³³⁵ MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 737; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 571.

³³⁶ VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 49 et ss.

³³⁷ DESPORTES, F., LE GUNEHÉC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 616; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 53.

³³⁸ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 473; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 65.

caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale susceptibles de nous renseigner un peu plus sur celle-ci.

2.2.3. Quelques caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable

Afin de pouvoir éventuellement tracer des parallèles révélateurs entre les solutions canadiennes, françaises et sud-africaines, il importe de mettre en lumière les principales caractéristiques de ces trois systèmes juridiques sur la question de l'obligation de connaissance de la norme pénale. C'est dans cette optique que nous commenterons les aspects suivants du droit français : l'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale, la nécessité de distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait, le traitement identique de l'erreur de droit pénal et de l'erreur de droit privé, la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et, finalement, la position adoptée face à l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux.

2.2.3.1. L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale

Le justiciable français assumait, avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code pénal*, une obligation de résultat en matière de connaissance de la norme pénale.³³⁹ Tel que nous l'avons mentionné précédemment, la situation a changé

³³⁹ La seule porte de sortie étant la minuscule exception prévue à l'article 4 du *Décret relatif à la promulgation des lois et décrets*, 5 novembre 1870; COUTURIER, J.P., « L'Erreur de droit invincible en matière pénale », (1969) 23 *Rev. sc. crim.* 547, 552 et ss.

depuis. En reconnaissant l'erreur de droit inévitable, le nouveau *Code pénal* vient atténuer l'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale. Désormais, le justiciable français doit s'assurer de prendre toutes les mesures nécessaires pour découvrir la norme pénale et en comprendre le sens.³⁴⁰ Il s'agit donc d'une double obligation de diligence, bien que celle-ci s'avère assez lourde en pratique. En effet, les moyens mis en oeuvre par le justiciable devront être suffisants pour éliminer toute erreur de droit évitable.³⁴¹

Cela dit, une question se pose. Qu'arrive-t-il du justiciable qui, malgré des efforts louables, ne peut obtenir une confirmation de la légalité de la conduite projetée ? Peut-il tout de même agir au motif qu'il a rempli, dans la mesure du possible, son devoir de connaissance de la norme pénale ? Dans ce contexte, la doctrine française parle de doute intellectuel et précise qu'un simple doute quant à la légalité de l'acte projeté suffit pour exclure le recours à l'erreur de droit.³⁴² Cette affirmation est d'ailleurs confirmée par le *Code pénal*. En effet, l'existence d'un doute quant à la légalité du geste empêche le prévenu de se prévaloir de l'article 122-3, article qui exige que le prévenu ait cru pouvoir légitimement accomplir l'acte. À l'évidence, on ne peut croire en la légalité d'une conduite si l'on ignore tout de la question.

En résumé, le justiciable français peut se contenter de faire tous les efforts raisonnables pour éviter de se méprendre sur la norme pénale mais à la condition expresse qu'il s'estime, suite à ses efforts, convaincu de la légalité du geste projeté. Cela sera suffisant pour s'acquitter de l'obligation de connaissance de la norme pénale qui repose sur ses épaules.

³⁴⁰ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 472.

³⁴¹ Article 122-3 du *Code pénal*.

³⁴² Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2144; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 53; Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux p. 1051.

2.2.3.2. La nécessité de distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait

Une deuxième caractéristique marquante du droit français en matière de connaissance de la norme pénale réside dans la nécessité, tout comme en droit canadien, de départager l'erreur de droit et l'erreur de fait. L'établissement d'une telle dichotomie se justifie sous deux aspects. D'une part, les conséquences juridiques de l'erreur du prévenu varient selon son objet. D'autre part, l'erreur de fait, à la différence de l'erreur de droit, n'a pas à être inévitable afin d'être prise en considération. Examinons successivement ces deux points.

L'erreur de droit peut être soulevée à l'encontre des crimes, des délits ou des contraventions. Bref, la défense d'erreur de droit s'applique peu importe le degré d'intention requis par l'infraction. À l'opposé, l'erreur de fait du prévenu aura une incidence surtout dans les cas où l'incrimination nécessite la démonstration d'une intention coupable.³⁴³ Cette différence s'explique par les effets distincts de l'erreur de droit et de l'erreur de fait. L'erreur de droit, en tant qu'excuse, annihile l'imputabilité morale de l'auteur et en l'absence d'imputabilité morale, il ne saurait y avoir de sanction pénale.³⁴⁴ L'erreur de fait, pour sa part, n'influe habituellement pas sur l'imputabilité morale du geste.³⁴⁵ Ce type d'erreur nous force plutôt à

³⁴³ STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 364; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 17. Crim., 16 nov. 1866., *DP*. 1867.1.87.

³⁴⁴ CONTE, P. MAISTRE DU CHARBON, P., *Droit pénal général*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 188.

³⁴⁵ DESPORTES, F., LE GUNEHÉC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 607; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 552. Sauf dans la très rare hypothèse où l'erreur de fait peut être qualifiée d'invincible, auquel cas il s'agira alors d'une situation de force majeure au sens de l'article 121-3 du *Code pénal* : Crim., 16 nov. 1866., *DP*. 1867.1.87; STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p.

conclure que le geste du prévenu n'était pas fautif.³⁴⁶ Dans la mesure où seuls les crimes et certains délits requièrent la preuve de l'intention coupable de l'accusé, le champ d'application de l'erreur de fait se limite principalement à ces infractions.³⁴⁷ On ne saurait donc, règle générale, opposer une erreur de fait à l'encontre d'une contravention.³⁴⁸

Le second motif justifiant la distinction erreur de droit / erreur de fait touche la question du caractère évitable de l'erreur. L'article 122-3 du *Code pénal* précise en effet que seule l'erreur de droit inévitable entraîne la relaxe du prévenu. L'erreur de droit sincère mais déraisonnable n'est donc d'aucun secours. Il en va tout autrement de l'erreur de fait sincère. Ainsi, dès que l'erreur de fait s'avère vraisemblable, elle entraîne un doute sérieux sur l'intention du prévenu et mène à l'acquittement pour défaut d'intention coupable.³⁴⁹ Il n'est donc pas nécessaire de se demander si cet erreur de fait du prévenu était, dans les circonstances, inévitable.

Quoiqu'il en soit, la nécessité de distinguer les erreurs de droit et les erreurs de fait ne semble pas poser de problèmes insolubles à la doctrine française. Celle-ci se contente d'un critère de distinction lapidaire :

365-66; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 559.

³⁴⁶ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 552 et ss.; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 607.

³⁴⁷ STEFANI, G., et *als*, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 364 et ss.; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 607-08.

³⁴⁸ Sauf, encore une fois, dans la mesure où cette erreur de fait équivaut à force majeure au sens de l'article 121-3 *Code pénal*; DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 608.

³⁴⁹ Crim., 6 novembre 1963, *D.* 1965.323; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 557.

L'erreur de fait porte sur la matérialité de l'acte alors que l'auteur connaît parfaitement le droit applicable.³⁵⁰

D'ailleurs, dans la mesure où la nécessité de distinguer l'erreur de droit et l'erreur de fait se présentait déjà sous l'ancien *Code pénal*, la consécration de l'erreur de droit par le nouveau *Code pénal* ne devrait pas entraîner l'apparition de problèmes supplémentaires.

2.2.3.3. *Le traitement identique de l'erreur de droit pénal et de l'erreur de droit privé*

Voilà toutefois une caractéristique de l'obligation de connaissance de la norme pénale qui change avec l'arrivée du nouveau *Code pénal*. Sous le règne de l'ancien *Code pénal*, une partie de la doctrine avait tenté d'opérer une distinction entre l'erreur de droit pénal et l'erreur de droit privé, la seconde se voulant assimilable à une erreur de fait.³⁵¹ Une seule décision a cependant repris l'idée,³⁵² si bien que le tout est resté en suspens.³⁵³

Sous le nouveau *Code*, la question d'une éventuelle séparation des erreurs selon la nature des normes légales impliquées ne se pose pas. L'article 122-3 ne distingue pas entre l'erreur quant au droit pénal et l'erreur quant à une norme civile

³⁵⁰ VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 17.

³⁵¹ DASKALAKIS, E., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Presses universitaires de France, Paris, 1975, p. 58 et ss; COUTURIER, J.P., « L'Erreur de droit invincible en matière pénale », (1969) 23 *Rev. sc. crim.* 547, 552 et ss.

³⁵² Paris, 2 déc. 1924, *Recueil de droit commercial*, 1925.2.359.

³⁵³ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 471; MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 736; PRADEL, J., *Droit pénal*, 10^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1995, p. 559.

ou administrative incorporée à la prohibition pénale.³⁵⁴ Dans ce contexte, les juristes français n'ont pas à se soucier de la qualification juridique de la norme en cause. Bien entendu, il faudra toutefois que l'erreur invoquée par le prévenu soit suffisante pour fonder une croyance en la légalité du geste qu'on lui reproche.³⁵⁵ Ainsi, un justiciable ne saurait, par exemple, demander sa relaxe en arguant qu'il s'est mépris sur la peine applicable en matière de vol.

C'est là une position qui nous semble préférable, dans un contexte de recherche d'efficacité du processus de communication, à celle mise en oeuvre par le processus canadien en matière de communication de la norme pénale. Rappelons qu'en droit canadien, le justiciable n'est pas toujours tenu de s'enquérir des normes de droit privé susceptibles de jouer lors de la détermination de la légalité d'une conduite donnée. La solution française a le mérite d'obliger le justiciable à tenter de trouver et de comprendre toutes les normes pertinentes et non pas seulement les normes pénales.

2.2.3.4. *La reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité*

Une autre des nouvelles caractéristiques du droit pénal français en matière de connaissance de la norme pénale est la reconnaissance de l'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente. D'ailleurs, l'article 122-3 du *Code pénal* doit

³⁵⁴ DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 608-09; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 19.

³⁵⁵ Voir, par analogie, les exigences relatives à l'erreur de fait : PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 554; DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 607-08.

vraisemblablement son existence au profond sentiment d'injustice qu'inspire la condamnation d'un prévenu ayant agi suite à un renseignement erroné donné par une personne en autorité.³⁵⁶ Déjà, sous l'empire de l'ancien *Code*, des décisions isolées concluaient à la relaxe du prévenu qui avait fait l'effort de soumettre son problème à l'attention de l'administration publique.³⁵⁷ Le principe demeurait toutefois à l'effet que l'erreur de droit, fut-elle due à une erreur de l'administration, ne constituait pas une excuse.³⁵⁸

Le nouveau *Code pénal* remédie à cette situation. En effet, l'erreur provoquée par une personne en autorité constituera potentiellement une erreur de droit inévitable au sens de l'article 122-3. Pour ce faire, il faudra toutefois qu'il y ait d'abord eu échange d'informations entre l'administration et le prévenu.³⁵⁹ La simple remise, par un agent des douanes, de documents pornographiques ne saurait donc, par exemple, fonder une croyance en la légalité des documents.³⁶⁰ L'information obtenue devra ensuite être à la fois pertinente et décisive. Autrement dit, le prévenu devra faire la preuve qu'il a orienté sa conduite conformément à l'avis reçu.³⁶¹ Dans l'hypothèse où ces deux conditions

³⁵⁶ Les travaux parlementaires entourant l'adoption de l'article 122-3 traitent abondamment de cette question : Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 473; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 24; MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997, p. 739.

³⁵⁷ Voir, entre autres, Crim., 9 oct. 1958., *D.* 1959.68.

³⁵⁸ Dans une célèbre affaire en matière d'urbanisme, la Cour de Cassation déclarait sans effet juridique une missive de la mairie à l'origine de l'erreur du prévenu quant à l'obtention d'un permis de construction : Crim., 26 févr., 1964, *Bull. crim.* n° 71; Voir aussi LÉGAL, A., « Chronique de jurisprudence », (1966) 20 *Rev. sc. crim.* 887.

³⁵⁹ VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 30.

³⁶⁰ Crim., 9 juin 1999, *Juris-data* n° 002986; VÉRON, M., ROBERT, J.H., « Le Code pénal de l'an 2000 en 200 décisions », *Droit pénal*, Déc. 1999 (hors série), p. 33.

³⁶¹ VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 30.

préliminaires sont remplies, l'erreur provoquée par une personne en autorité sera alors soumise aux trois critères généraux de l'article 122-3 énoncés ci-avant.

Admissible en théorie, l'erreur de droit provoquée par l'administration publique conduit-elle à des résultats concrets ? La réponse est mitigée si l'on se fie à la jurisprudence subséquente à l'adoption de l'article 122-3 du *Code pénal*. Il est vrai, d'une part, que l'erreur de droit provoquée par l'administration fut reconnue à quelques reprises. D'abord, dans le cas d'un individu accusé de pratique illégale de la médecine vétérinaire malgré l'appui préalable de la préfecture et l'octroi d'une subvention à son projet.³⁶² Ensuite, en faveur d'un gérant d'entreprise qui, en raison d'un avis favorable mais erroné du médiateur de l'administration publique, a toléré une prolongation excessive de la durée de travail de ses employés.³⁶³ Cependant, l'erreur provoquée par l'administration fut, d'autre part, sommairement rejetée en plusieurs occasions. Parfois, au motif que la compagnie disposait de juristes qualifiés et en mesure de l'informer convenablement sur la marche à suivre.³⁶⁴

Somme toute, la jurisprudence semble hésitante à adopter une attitude libérale en matière d'erreur de droit provoquée par l'administration publique. Pourtant, la consultation de l'autorité compétente est certainement, pour le justiciable, l'un des moyens les plus sûrs de s'acquitter de son obligation de connaissance de la norme pénale. Un assouplissement de la tendance actuelle reste donc à espérer.

Cette tendance conservatrice ne se manifeste pas seulement en matière d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente. La méfiance judiciaire

³⁶² Dijon, 15 juin 1994, *Gaz Pal.* 2. Somm. 681.

³⁶³ Crim., 24 nov, 1998, *JCP* 1999.10208.

³⁶⁴ Crim., 19 mars 1997, *Bull. crim.* n^o 115.

caractérise aussi le droit français lorsque l'erreur de droit prend sa source dans les conseils d'un juriste ou dans la consultation de la jurisprudence.

2.2.3.5. Une attitude prudente face à l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux

De façon générale, le droit français se montre réticent à l'idée de reconnaître l'erreur de droit due aux conseils inexacts d'un juriste. Il fait cependant preuve d'une certaine ouverture à l'égard de l'erreur de droit fondée sur un jugement.

La question de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste s'est présentée devant la Cour de cassation française dans le contexte d'une procédure en divorce ayant tournée au vinaigre. En peu de mots, le prévenu croyait pouvoir légalement regagner la résidence familiale suite au rejet de la requête en divorce présentée par son épouse. Cette croyance était confortée par l'avis favorable d'un juriste au courant de l'affaire. Cependant, le juriste se trompait et une accusation de violation de domicile fut immédiatement déposée contre le prévenu. Devant ces faits, la Cour de cassation rejette rapidement la défense d'erreur de droit du prévenu :

[L]e prévenu, en l'état de sa culture et de son éducation, ne pouvait justifier de l'erreur de droit en se bornant à faire état d'une correspondance complaisante d'un avoué.³⁶⁵

³⁶⁵ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996.469.

Compte tenu des faits particuliers de l'affaire, on pourrait penser qu'il ne s'agit là que d'une décision d'espèce, ne laissant en rien présager l'attitude future de la jurisprudence à l'égard de l'erreur de droit due à l'avis erroné d'un juriste. Or, la doctrine est d'avis contraire. Il s'agirait plutôt d'une décision de principe qui nous rappelle que :

[U]ne personne privée, fût-ce un professionnel tel qu'un notaire, un avocat, ou – comme dans la présente affaire – un avoué, ne peut être considérée comme une autorité qualifiée en la matière : il peut se tromper **et l'individu raisonnable doit savoir qu'un professionnel n'est pas infaillible et peut commettre une erreur.**³⁶⁶

(caractère gras ajouté)

En d'autres mots, il est inutile d'invoquer le recours aux conseils d'un juriste pour appuyer une prétention d'erreur de droit devant la Cour de cassation.³⁶⁷ Cette solution nous semble, à première vue, incompatible avec l'obligation de diligence imposée au justiciable français. Le recours à l'avis désintéressé d'un tiers compétent ne constitue-t-il pas, justement, une façon exemplaire de s'acquitter de cette obligation de connaissance de la norme pénale ? On oserait croire que si.

Cela étant, le prévenu qui base sa conduite sur une décision judiciaire isolée se retrouve dans une position, *a priori*, tout aussi délicate. En effet, la décision isolée, à l'instar du conseil inexact d'un juriste, ne peut être suivie aveuglément, car elle ne reflète pas nécessairement, selon la jurisprudence, l'état

³⁶⁶ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 473.

³⁶⁷ DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 611.

du droit positif.³⁶⁸ Ici encore, il incombe au justiciable de détecter l'erreur de droit et de ne pas se laisser bernier par le statut de professionnel du droit du juriste ou du juge.³⁶⁹ C'est là une lourde commande, à tel point que l'imposition d'une sanction dans de telles circonstances apparaît difficile à légitimer.

Heureusement, une approche plus conciliante prévaut lorsque l'erreur de droit résulte d'un jugement qui s'avère, par suite d'un revirement jurisprudentiel soudain, désuet. En effet, la jurisprudence relative à la *Convention européenne des droits de l'Homme* fait du jugement une source de droit au même titre que la loi.³⁷⁰ Ceci suppose que le jugement pénal, comme la loi pénale, ne saurait avoir un effet rétroactif. Un auteur explique ce raisonnement en ces termes :

L[a] relaxe s'impose puisque [l']acte n'était pas délictueux avant la survenance de l'interprétation contraire, pour la raison péremptoire **qu'on ne pouvait exiger de l'agent qu'il anticipe sur la nouvelle interprétation.**³⁷¹

(caractère gras ajouté)

Bien sûr, le revirement jurisprudentiel soudain est plutôt rare et doit être distingué de l'évolution prévisible du droit. Pour reprendre le critère établi par la doctrine :

³⁶⁸ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 472.

³⁶⁹ BOURIN, V.J., « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal », *Gaz. Pal.* 1995 2, doct. 599, 600; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n° 41.

³⁷⁰ CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, n° 176.

³⁷¹ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 573. Voir aussi BOURIN, V.J., « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal », *Gaz. Pal.* 1995 2, doct. 599, 602.

Seul un revirement brutal, transformant par exemple dans le silence du texte une faute intentionnelle en une faute d'imprudence simple constituerait un revirement imprévisible.³⁷²

Notons que c'est justement en raison d'un revirement total et imprévisible de la jurisprudence que la relaxe fut prononcée dans une affaire de licenciement illégal datant de 1994.³⁷³ À l'évidence, le revirement imprévu de la jurisprudence entraîne une erreur de droit inévitable au sens de l'article 122-3 du *Code pénal*. C'est donc parce que le nouvel état du droit était imprévisible que le justiciable n'assumait pas l'obligation d'en connaître la teneur à l'avance.

Ceci termine notre brève description de l'état actuel du droit français en ce qui a trait à l'obligation de connaissance de la norme imposée au justiciable. Évidemment, le droit français à cet égard n'est pas parfait. Malgré l'existence d'une disposition potentiellement favorable à l'atténuation de l'obligation de connaissance de la norme pénale, on note une certaine réticence à délaissier la rigueur de la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi.

Une fois considéré dans son ensemble, le processus français de communication de la norme pénale contient, à la fois, des éléments qui favorisent l'efficacité de la communication et d'autres qui y nuisent. Pour mieux identifier ces avantages et ces inconvénients, passons immédiatement au bilan de la solution juridique française en matière de communication de la norme pénale. L'élaboration du bilan français nous permettra de mettre en perspective le bilan préliminaire du processus canadien de communication de la norme pénale.

³⁷² BOURIN, V.J., « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal », *Gaz. Pal.* 1995 2, doct. 599, 602.

³⁷³ C.A. Reims, 1^{er} avr. 1994, *Gaz Pal.*, 1994.1.316.

2.3. UN BILAN DU PROCESSUS FRANÇAIS DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Dresser un bilan significatif du droit français en matière de communication de la norme pénale se révèle ardu. La relative nouveauté de l'article 122-3 du *Code pénal* fait en sorte que la doctrine et la jurisprudence sur le sujet traversent, pour l'instant, une certaine période d'ajustement. Malgré ce flottement, quelques aspects du processus français de communication de la norme pénale méritent d'être soulignés. Il importe donc de s'attarder aux éléments intéressants ainsi qu'aux lacunes de ce nouveau régime.

2.3.1. Les aspects positifs de la solution française

Il va sans dire que le droit français diffère grandement du droit canadien. L'importance accrue du texte de loi au détriment de la jurisprudence et le traitement de l'erreur de droit par le biais de la notion d'imputabilité morale sont particulièrement à noter. Il convient d'ailleurs de glisser quelques mots sur chacun de ces deux éléments.

2.3.1.1. L'importance accrue du texte de loi

Le texte de loi constitue sans contredit le point de départ du processus de

communication entre l'État et le justiciable. C'est habituellement là l'essentiel de la matière à communiquer. Or, le texte de loi est, nous l'avons déjà dit, au cœur du droit français. Toutes les incriminations font l'objet d'un texte qui en définit les éléments constitutifs.³⁷⁴ Il en est de même des conditions d'application des causes d'exonération de responsabilité telles la contrainte³⁷⁵, la légitime défense³⁷⁶ et la nécessité.³⁷⁷ La tâche du justiciable français qui cherche à prendre connaissance de la norme pénale en est donc simplifiée. Alors que le justiciable canadien doit se procurer et déchiffrer les arrêts *Hibbert*³⁷⁸ et *Ruzic*³⁷⁹ pour jeter un peu de lumière sur la défense de contrainte, il suffit de lire l'article 122-2 pour connaître l'état du droit français à cet égard.

Bref, à la vue du droit français, on constate que le principe de légalité fait l'objet d'une application moins rigoureuse au Canada qu'en France. Sans surprise, la communication de la norme pénale semble définitivement plus facile lorsque le droit est codifié.

2.3.1.2. La prise en compte de l'erreur de droit par le biais de la notion d'imputabilité morale de l'infraction

Le droit français a choisi de considérer l'erreur de droit sous l'angle de l'imputabilité morale. Cette prise de position présente l'indéniable avantage d'étendre la défense à toutes les incriminations, du crime à la contravention en

³⁷⁴ Article 111-3 du *Code pénal*.

³⁷⁵ Article 122-2 du *Code pénal*.

³⁷⁶ Article 122-5 du *Code pénal*.

³⁷⁷ Article 122-7 du *Code pénal*.

³⁷⁸ *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

³⁷⁹ *R. c. Ruzic*, [2001] 1 R.C.S. 687

passant par le délit.³⁸⁰ De cette façon, l'erreur de droit peut être invoquée à l'encontre des infractions réglementaires prévues par des textes légaux parfois difficiles à retrouver et dont la portée risque d'échapper au justiciable. Bref, l'obligation de connaissance de la norme pénale est atténuée dans des circonstances qui appellent justement une application souple de celle-ci.

Bien que la notion d'imputabilité morale ne fasse pas partie des éléments de l'infraction en droit canadien, il serait possible d'obtenir un résultat similaire en faisant de l'erreur de droit une excuse, au même titre que la contrainte, par exemple.³⁸¹ Rappelons qu'une défense d'excuse ne remet pas en cause les éléments essentiels de l'infraction, si bien que l'admissibilité d'une telle défense n'est pas tributaire de la présence d'un élément mental parmi les éléments constitutifs de celle-ci.³⁸² En termes clairs, l'excuse s'oppose aux infractions criminelles, aux infractions de responsabilité stricte et aux infractions de responsabilité absolue.

Cela étant dit, le processus de communication de la norme pénale proposé par le droit français n'attire pas que les éloges.

³⁸⁰ DESPORTES, F., LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 609; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 21; Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux, p. 1049; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 513.

³⁸¹ MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son application en droit canadien*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982, p. 115 et ss.

³⁸² CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1169.

2.3.2. Les lacunes de la solution française

En théorie, le droit français en matière de communication de la norme pénale semble s'être considérablement amélioré suite à l'adoption de l'article 122-3 du *Code pénal*. La réalité nous force toutefois à nuancer ce constat. En effet, l'insuffisance des obligations de l'État français, l'interprétation restrictive de la notion d'erreur inévitable et la confusion qui entoure l'impact de l'erreur de droit sur l'élément mental de l'infraction réduisent la possibilité d'une communication efficace de la norme pénale selon les paramètres actuels du droit français. Reprenons un à un ces trois problèmes.

2.3.2.1. L'insuffisance des obligations de l'État

À l'instar du droit canadien, le droit français n'est guère exigeant lorsqu'il est question des obligations de l'État. Ainsi, le processus de composition de la norme pénale est négligé, car le culte français de la loi rend saugrenue l'idée même qu'une loi puisse être imprécise. Et s'il est vrai que les textes légaux français doivent obligatoirement faire l'objet d'une publication au *Journal officiel*, on peut douter que cela soit suffisant pour assurer une quelconque publicité effective.³⁸³

Bref, le droit français ne se démarque pas sensiblement de la tendance observée en droit canadien. La question de l'ignorance de la norme pénale est, là aussi, principalement liée à l'obligation de connaissance imposée au justiciable. Pourtant, on peut penser que la réussite de la communication nécessite des efforts

³⁸³ Voir, à cet égard, les commentaires de PRADEL, J., *Droit pénal*, 10^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1995, p. 558.

de la part de l'émetteur du message. Malgré des changements récents louables, cette constatation semble toujours échapper au droit français.

2.3.2.2. *L'interprétation restreinte de la notion d'erreur inévitable*

La seconde lacune du droit français découle plus de la réticence des juristes chargés d'appliquer le droit que du droit lui-même. Effectivement, l'arrivée de l'article 122-3 du nouveau *Code pénal* offrait à la jurisprudence française une belle occasion de rééquilibrer, un tant soit peu, les obligations respectives de l'État et du justiciable en matière de communication de la norme pénale. On peut présumer qu'une interprétation généreuse de ce moyen de défense aurait forcément poussé l'État à faire des efforts supplémentaires pour publiciser de façon efficace ses normes pénales.

Or, la jurisprudence a rapidement opté pour l'option inverse.³⁸⁴ Le commentaire suivant, tiré d'une annotation jurisprudentielle, résume bien l'interprétation jusqu'à présent rigide de la notion d'erreur de droit inévitable :

Pour la jurisprudence, l'erreur devient inévitable lorsque la personne poursuivie ne ménage pas ses efforts pour connaître la loi. **Aucune piste ne doit rester inexplorée dans la recherche de la vérité.** Le prévenu a-t-il pris la précaution de se renseigner auprès de chaque service compétent dans le domaine litigieux **sans en omettre aucun** ?

³⁸⁴ PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 574.

Seuls des efforts considérables mais restés vains peuvent amener la jurisprudence à penser que l'erreur est insurmontable.³⁸⁵

(caractère gras ajouté)

Après bientôt une décennie d'application, l'article 122-3 du *Code pénal* fait donc figure de « pétard mouillé » conclut un auteur.³⁸⁶ D'ailleurs, en feuilletant la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière d'erreur de droit, on remarque avec surprise que la plus haute juridiction reproche à un premier prévenu de s'en être remis aux conseils d'un juriste³⁸⁷ tout en statuant, moins de deux ans plus tard, qu'un second prévenu ne peut invoquer l'erreur de droit, faute d'avoir requis l'assistance de juristes qualifiés.³⁸⁸ Voilà un beau paradoxe pour le justiciable; il a parfois l'obligation de recourir aux services d'un juriste mais tout en se méfiant des conseils de ce dernier.³⁸⁹

2.3.2.3. *L'impact possible de l'erreur de droit sur l'élément mental de l'infraction*

La troisième faiblesse du droit français en matière de connaissance de la norme pénale trouve sa source dans un débat doctrinal dont l'issue pourrait avoir

³⁸⁵ Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2144.

³⁸⁶ DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 616.

³⁸⁷ Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996.469.

³⁸⁸ Crim., 19 mars 1997, *Bull. crim.* n^o 115; voir à ce sujet : BOULOC, B., « Chronique de jurisprudence », [1997] 4 *Rev. sc. crim.* 827.

³⁸⁹ Voir à ce sujet les commentaires des auteurs suivants : VÉRON, M., ROBERT, J.H., « Le Code pénal de l'an 2000 en 200 décisions », *Droit pénal*, Déc. 1999 (hors série), p. 32-34; AMAR, J., « Erreur sur le droit et parties au procès pénal », 6 *Droit pénal*, Janv. 1999, p.4.

des conséquences néfastes sur l'obligation de connaissance de la norme pénale du justiciable.

Comme il fut mentionné précédemment, la notion de dol suppose la connaissance, par le prévenu, du caractère prohibé de son geste.³⁹⁰ Certains auteurs invoquent cette règle pour rattacher l'erreur de droit à l'élément mental de l'infraction plutôt qu'à la question distincte de l'imputabilité morale.³⁹¹ Jusqu'à présent, le débat demeure ouvert, bien que l'argument de l'erreur de droit à titre de cause de non-imputabilité semble prévaloir.³⁹²

Pourquoi ce débat doctrinal importe-t-il ? La réponse est simple. Le rattachement de l'erreur de droit à l'élément mental de l'infraction aurait pour effet de limiter sérieusement l'applicabilité de cette défense en matière d'infractions non-intentionnelles. Plus spécifiquement, une prétention d'erreur de droit serait désormais inopérante face à une contravention,³⁹³ justement le type d'infractions à l'égard duquel l'argument risque d'être le plus souvent utilisé.

Notons que la jurisprudence, par ses contradictions quant à l'effet théorique de l'erreur de droit, est loin d'éclairer le débat. À preuve, une décision affirme que

³⁹⁰ DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001, p. 406.

³⁹¹ PUECH, M., « L'erreur en droit pénal », paru dans *Les Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXX, Presse de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 1982, p. 65, 71; VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 65; LARGUIER, J., « Chronique de jurisprudence », (1977) 31 *Rev. sc. crim. dr. comp.*, 319, 322.

³⁹² Crim, 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux, p. 1049.

³⁹³ PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris, n^o 138; PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 512 et ss.

l'élément intentionnel de l'infraction fait défaut lorsque le prévenu agi de bonne foi suite à une erreur de l'administration publique.³⁹⁴

Bref, ce n'est pas seulement la place conceptuelle de l'erreur de droit qui est présentement débattue par la doctrine française mais la portée même du moyen de défense. Dans l'hypothèse où les tenants de la thèse de l'élément mental finiraient par l'emporter, le champ d'application déjà restreint de l'article 122-3 du *Code pénal* serait alors de nouveau réduit. L'atténuation de l'obligation de connaissance de la norme pénale ne serait alors plus applicable en matière d'infractions réglementaires, domaine où une telle atténuation s'avère le plus souhaitable.

C'est sur cette remarque que se termine notre tour d'horizon du droit français en matière de communication de la norme pénale. On en retiendra surtout la similitude du droit français et du droit canadien quant à l'insuffisance des obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale et la récente atténuation, en droit français, de l'obligation de connaissance de celle-ci imposée au justiciable. Bref, le droit pénal français a fait un pas de plus vers une communication efficace de la norme pénale mais il traîne toujours en ce qui a trait aux obligations de l'État en la matière.

Cela dit, l'exemple du droit français nous prouve que la mise au rancart de la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi est possible dans un pays de droit codifié. Une modification de cette envergure aurait-elle été envisageable dans un système de *common law* comme le droit canadien ? L'étude du droit sud-africain en matière de communication de la norme pénale nous permettra de répondre à cette question.

³⁹⁴ Dijon, 15 juin 1994, *Gaz Pal.* 2. Somm. 681.

3. Le droit sud-africain en matière de communication de la norme pénale

Notre intérêt pour le droit sud-africain en matière de communication de la norme pénale peut sembler, à prime abord, inusité. Pourtant, un examen attentif du système de droit pénal sud-africain nous laisse entrevoir un terrain d'étude fertile en matière de communication de la norme pénale et ce, pour deux raisons intimement liées : la tradition juridique du droit sud-africain et son approche résolument révolutionnaire. Il convient d'expliquer brièvement en quoi ces deux aspects font du droit sud-africain un droit digne d'intérêt pour les fins de notre étude.

Une comparaison des solutions canadienne et française en matière de communication de la norme pénale pourrait nous amener à conclure que la tradition juridique d'un système de droit influence directement sa façon de trancher la question. En effet, le système de droit pénal canadien, digne représentant de la tradition juridique anglo-saxonne, aborde l'ignorance de la norme pénale par le biais d'une série d'exceptions d'origine prétorienne, exceptions lentement élaborées au gré des causes entendues. À l'opposé, le droit français, inspiré par le droit romain comme les autres systèmes de droit continentaux européens, incorpore l'analyse de la question de l'ignorance de la norme pénale à une structure théorique plus large, soit la notion d'imputabilité morale de l'acte, notion d'ailleurs étrangère au droit anglo-saxon. On constate donc une différence marquée dans la façon d'aborder un même problème.

Les aléas de l'histoire ont voulu que le droit pénal sud-africain soit grandement influencé autant par la *common law* anglo-saxonne que par la tradition juridique continentale européenne. En effet, la colonisation de l'Afrique

du Sud par les Hollandais vers le milieu du 17^e siècle a eu pour conséquence directe l'implantation du système de droit pénal hollandais de l'époque en territoire sud-africain.³⁹⁵ L'emprise du système pénal hollandais a persisté jusqu'à la toute fin du 18^e siècle, date à laquelle d'importantes modifications furent apportées suite à l'occupation de l'Afrique du Sud par les Anglais.³⁹⁶ Sous le régime anglais, la procédure devient accusatoire plutôt qu'inquisitoire et l'accusé a désormais le droit d'être représenté par un avocat.³⁹⁷ Cela dit, les changements demeurent principalement d'ordre procédural et de nombreuses règles fondamentales de *common law* demeurent inconnues en droit pénal sud-africain.³⁹⁸ Somme toute, le droit pénal sud-africain est résolument un droit d'origine mixte, s'inspirant à la fois du souci procédural propre à la *common law* et des grandes constructions théoriques associées aux systèmes de droit pénal de l'Europe continentale.

Cette double origine explique peut-être, et c'est là notre deuxième source d'intérêt, la propension du droit pénal sud-africain à se démarquer des solutions en vigueur dans les autres pays de *common law*. À titre d'exemple, considérons un instant la question de l'intoxication volontaire de l'accusé à titre de moyen de défense contre un crime d'intention générale. La position du droit anglais sur cette question est énoncée dans l'affaire *Beard*,³⁹⁹ une cause datant du début du siècle dernier, et fut reprise récemment dans les arrêts *Majewski*⁴⁰⁰ et *Kingston*.⁴⁰¹ Ces

³⁹⁵ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 16. Signalons que le droit hollandais, à l'instar du droit français, est un système de droit continental européen inspiré du droit romain.

³⁹⁶ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 16.

³⁹⁷ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 17.

³⁹⁸ Ce sera le cas, par exemple, de la distinction entre les «felonies» et les «misdemeanours»; voir à ce sujet BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 18.

³⁹⁹ *D.P.P. c. Beard*, [1920] A.C. 479.

⁴⁰⁰ *D.P.P. c. Majewski*, [1976] 2 All. E.R. 142.

⁴⁰¹ *D.P.P. c. Kingston*, [1994] 3 All. E.R. 353.

trois affaires concluent que l'intoxication volontaire de l'accusé ne lui est d'aucune utilité face à un crime d'intention générale. La position canadienne est sensiblement au même effet, la seule différence étant une minuscule brèche pour les cas d'intoxication extrême.⁴⁰² Cette solution traditionnelle de *common law* n'est cependant plus en vigueur en Afrique du Sud. En effet, dans un jugement unanime, les juges de la Cour suprême sud-africaine ont qualifié de « juridically impure » l'approche traditionnelle de la *common law* et ont permis une défense d'intoxication volontaire dans le cas d'infractions d'intention générale en invoquant la suprématie du principe théorique selon lequel il ne peut y avoir de crime sans intention coupable.⁴⁰³ Notons que suite à cette décision, le Parlement sud-africain a adopté une loi créant une infraction d'intoxication dangereuse, ce qui permet de punir l'accusé intoxiqué en conformité avec les principes fondamentaux de droit pénal.⁴⁰⁴

Bref, on constate que le droit pénal sud-africain se distingue à la fois par son origine et son originalité. Cette deuxième caractéristique laisse d'ailleurs présager que la solution sud-africaine en matière de communication de la norme pénale sera innovatrice.

Afin de décrire l'essence du droit sud-africain et de faciliter sa comparaison au droit canadien, nous en examinerons le détail selon la dichotomie utilisée depuis le début. Ainsi, nous commencerons par la description des obligations de l'État sud-africain en matière de communication de la norme pénale avant de nous attarder à l'obligation du justiciable sud-africain de prendre connaissance de celle-

⁴⁰² Voir à ce sujet *R. c. Bernard* [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, ainsi que l'article 33.1 du *Code criminel*.

⁴⁰³ *S. c. Chretien*, [1981] 1 S.A. 1097, 1103.

⁴⁰⁴ Voir *The Criminal Law Amendment Act*, Act 1 of 1988, ainsi que BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 265-267.

ci. Nous terminerons ensuite notre tour d'horizon du processus sud-africain de communication de la norme pénale en dressant un bilan de celui-ci.

3.1. LES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

À l'instar des systèmes canadien et français, le système de droit pénal sud-africain accorde une grande importance au principe de légalité. Ce principe jouit là aussi d'une reconnaissance constitutionnelle depuis le relativement récent *Bills of Rights*. Plus spécifiquement, le sous-paragraphe 35(3)(l) de cette loi constitutionnelle prévoit que :

35(3) Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right :

- (l) not to be convicted for an act or an omission that was not an offence either under national or international law at the time it was committed or omitted.⁴⁰⁵

La position prépondérante du principe de légalité en droit sud-africain fait en sorte que l'État sud-africain est soumis, grosso modo, au même type d'obligations que ses homologues français et canadien en matière de communication de la norme pénale. Ce constat nous permet donc d'adopter la même structure d'analyse. Plus spécifiquement, nous discuterons des obligations de l'État sud-africain de composer et de transmettre ses normes pénales en abordant successivement les points suivants : l'obligation de créer des normes pénales

⁴⁰⁵ Art. 35(3)(l), *Bill of Rights*, Constitution of the Republic of South Africa, Act 108, 1996.

prospectives, l'obligation de consigner les normes pénales par écrit, l'obligation d'édicter des normes pénales précises et, finalement, l'obligation de procéder à la publication des normes pénales.

Notons toutefois que ce n'est pas parce que les obligations sont du même type que leur contenu sera nécessairement identique. Au contraire, on notera parfois certaines variations entre les divers systèmes de droit, variations probablement attribuables aux divergences entre les versions canadienne, française et sud-africaine de l'obligation corollaire de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable.

Cela étant dit, examinons sans plus tarder la première des obligations de l'État sud-africain en matière de communication de la norme pénale, soit l'obligation de créer des normes pénales prospectives.

3.1.1. Une première obligation pour l'État : créer des normes pénales prospectives

Il serait redondant de traiter en détail de cette obligation de l'État sud-africain, car elle ne diffère pas sensiblement des obligations de l'État canadien ou de l'État français. À l'évidence, l'obligation de ne pas punir de façon rétroactive un comportement passé constitue un principe juridique tellement fondamental que son contenu est quasi-identique en droit canadien, en droit français et en droit sud-africain. Donc, en Afrique du Sud, comme dans la plupart des pays civilisés, le texte de loi qui crée une infraction s'applique uniquement de façon prospective.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 65.

Toute application rétroactive irait d'ailleurs expressément à l'encontre du sous-paragraphe 35(3)(l) du *Bill of Rights* reproduit auparavant.

Cela étant, le droit sud-africain apporte tout de même une nuance à la notion de rétroactivité des normes pénales fort pertinente dans le contexte de notre étude. En effet, une cause sud-africaine du début du siècle dernier, l'affaire *Forlee*, précise que la violation de toute interdiction prévue par les lois sud-africaines constitue une infraction et ce, même si la loi en question se contente d'interdire un comportement précis sans traiter des conséquences de la désobéissance à l'interdiction.⁴⁰⁷ Cette situation, un peu à l'image de l'anomalie en cause dans l'affaire canadienne *Cuerrier*, permet aux tribunaux sud-africains de punir un justiciable de façon plus ou moins rétroactive en ce sens que le jugement de condamnation constitue, en fait, le jugement déclarant les conséquences pénales de l'interdiction. Notons cependant que la possibilité d'une condamnation en vertu de cette règle pour la moins étonnante, a perdu de sa vraisemblance avec les années, suite aux commentaires de la doctrine⁴⁰⁸ et à un *obiter* récent mettant en doute sa validité actuelle.⁴⁰⁹

Quoiqu'il en soit, on peut conclure que l'État sud-africain assume, lui aussi, l'obligation de ne pas utiliser d'incriminations rétroactives. Comme nous l'avons déjà mentionné, il s'agit là d'une obligation essentielle à tout processus de communication de la norme pénale, car pour être potentiellement efficace, la communication doit impérativement précéder le comportement qui fait l'objet de la sanction. Cela dit, les obligations de l'État sud-africain en matière de

⁴⁰⁷ *R. c. Forlee*, [1917] T.P.D. 52.

⁴⁰⁸ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 65-66.

⁴⁰⁹ *S. c. Francis*, [1994] 1 S.A.C.R. 350.

communication de la norme pénale ne se limitent pas à la seule question de la rétroactivité.

3.1.2. Une seconde obligation pour l'État : consigner les normes pénales par écrit

À ce niveau aussi, le droit sud-africain s'avère fort semblable au droit canadien. Ainsi, les tribunaux sud-africains ne peuvent plus créer de nouvelles infractions en vertu de la *common law*, quoique les anciens crimes de *common law* demeurent en vigueur.⁴¹⁰ La création d'infractions relève donc exclusivement du pouvoir législatif :

[T]he only source of new crimes in modern law is by a legislative act of a competent legislature [...] in order for persons to be liable to punishment they shall have contravened the provisions of an *existing* statute that is *in force*.⁴¹¹

(emphase de l'auteur)

Autrement dit, seul le pouvoir législatif compétent peut créer des nouvelles infractions. Dans la mesure où le pouvoir législatif s'exprime par le biais de textes légaux, les infractions seront généralement consignées par écrit, sous réserve des quelques crimes de *common law* qui n'ont pas été abolis. Dans ce contexte, on

⁴¹⁰ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 59.

⁴¹¹ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 59.

peut donc conclure que l'État sud-africain assume l'obligation de consigner ses infractions par écrit.

3.1.3. Une troisième obligation pour l'État : édicter des normes pénales précises

Si les deux premières obligations de l'État sud-africain en matière de communication de la norme pénale s'apparentent aux obligations de l'État canadien, il en va tout autrement de l'obligation de rédiger des normes pénales précises. À cet égard, le droit sud-africain présente plutôt des affinités avec le droit français.

Ainsi, on se rappellera que le droit canadien en matière d'obligation de rédiger des normes pénales précises est peu soucieux du justiciable dans la mesure où le libellé d'une infraction sera jugé suffisamment précis s'il peut donner lieu à un débat judiciaire, une norme minimale s'il en est une. Au surplus, la constitution canadienne n'offre qu'une garantie partielle contre l'imprécision en matière criminelle et pénale.⁴¹² L'obligation de rédiger des normes pénales précises est beaucoup plus contraignante en droit sud-africain et ce, sous deux aspects.

D'une part, la jurisprudence sud-africaine consacre l'existence d'une garantie complète contre l'imprécision par le biais du droit à un procès équitable prévu au paragraphe 3 de l'article 35 du *Bill of Rights*.⁴¹³ En effet, le juge Cloete,

⁴¹² RIBEIRO, M., « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », 1998, 32 *R.J.T.* 663.

⁴¹³ Ce paragraphe se lit ainsi : «35 (3) Every accused person has a right to a fair trial [...]».

dans l'affaire *Friedman*, fait appel à la notion de procès équitable pour analyser la prétention de l'accusé selon laquelle le sens du terme «préjudice» serait indûment large dans le cas du crime de *common law* de fraude.⁴¹⁴ Cette reconnaissance implicite de la garantie contre l'imprécision fait en sorte que l'État sud-africain doit rédiger des normes pénales précises, même si celles-ci ne sont pas passibles de l'emprisonnement ou ne portent pas atteinte à un droit constitutionnel du justiciable. Autrement dit, l'imprécision du libellé de la norme pénale constitue un motif autonome d'inconstitutionnalité, ce qui n'est pas actuellement le cas en droit canadien.⁴¹⁵

D'autre part, la norme applicable pour déterminer si le libellé d'une norme pénale est imprécis fait appel, comme en droit français, à la perception du justiciable confronté à celle-ci plutôt qu'à la perception du tribunal devant éventuellement en faire l'application. Un auteur de doctrine écrit à ce sujet :

In principle, the legislature, when proscribing conduct under pain of punishment, ought to describe that which it prohibits in language so clear **that persons of ordinary intelligence need not guess or speculate in order to determine what is that is forbidden or required.** From this it follows that the description of the prohibition ought to be in terms that are particular, precise and clear.⁴¹⁶

(caractère gras ajouté)

Il s'agit encore là d'une perspective fort intéressante dans la mesure où la norme pénale s'adresse d'abord et avant tout au justiciable qui doit s'y soumettre.

⁴¹⁴ *S. c. Friedman*, [1996] 1 S.A.C.R. 181.

⁴¹⁵ Voir à ce sujet RIBEIRO, M., « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », 1998, 32 *R.J.T.* 663.

Il nous apparaît alors tout à fait logique d'examiner la question de l'imprécision d'un texte pénal selon le point de vue de l'auditoire premier de celui-ci, soit le justiciable doté d'un niveau d'intelligence moyen, plutôt qu'en fonction d'un éventuel auditeur secondaire et spécialisé dans le domaine, soit le tribunal chargé d'entendre l'affaire. Le droit constitutionnel canadien en matière d'imprécision aurait certes avantage à examiner de plus près la position sud-africaine sur cette question, d'autant plus qu'une norme de précision de ce type favorise un processus de communication efficace. En effet, rédiger la norme pénale avec un degré de précision qui tient compte des capacités du justiciable augmente les probabilités que celle-ci soit comprise par ce dernier. Dans les circonstances, il devient possible de légitimer la sanction pénale du justiciable qui n'a pas fait des efforts raisonnables pour comprendre une norme dont le sens lui était pourtant accessible.

Dans l'ensemble, nous pouvons conclure que l'État sud-africain devra formuler ses prohibitions légales dans un langage à la portée du justiciable sud-africain d'intelligence moyenne, ce qui est de nature à favoriser un processus de communication de la norme pénale efficace. Cela dit, rédiger des normes écrites prévoyant des infractions prospectives dans un langage précis ne suffit pas. Une fois cela fait, il restera à s'assurer que le justiciable aura l'opportunité d'en prendre connaissance. Pour cette raison, on pourrait croire que l'État sud-africain a aussi l'obligation de publier ses normes pénales afin de les rendre accessibles au justiciable. Voyons ce qu'il en est.

⁴¹⁶ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 63.

3.1.4. Une quatrième obligation pour l'État : procéder à la publication des normes pénales

L'obligation pour l'État de publier ses normes pénales ne préoccupe pas outre mesure le droit sud-africain pour la simple et bonne raison que le justiciable peut, comme nous le verrons bientôt, invoquer son ignorance de la norme pénale à titre de moyen de défense. Dans cette optique, on peut penser que la publication des normes pénales vise autant à informer le justiciable sud-africain qu'à rendre invraisemblable toute prétention subséquente d'ignorance de la norme pénale par ce dernier. En effet, l'État qui omet de prendre des mesures adéquates pour informer le justiciable des normes pénales en vigueur court le risque de voir les infractions commises demeurées impunies par les tribunaux.⁴¹⁷ L'obligation de procéder à la publication des normes pénales en droit sud-africain est donc implicite. À défaut de ce faire, l'État expose sa norme pénale à une application réduite. Somme toute, on peut valablement conclure que l'obligation de l'État de procéder à la publication des normes pénales découle de l'obligation limitée faite au justiciable sud-africain de prendre connaissance de celles-ci.

Ceci termine notre aperçu des obligations de l'État sud-africain en matière de communication de la norme pénale. On en retiendra surtout l'absence d'une obligation explicite de publication de la norme pénale. Cette absence est toutefois compensée par une attitude conciliante à l'égard de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable sud-africain. Afin de mieux comprendre le lien étroit entre ces deux aspects du processus de communication de la norme

⁴¹⁷ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 64; BURCHELL, J., *Criminal Law and Procedure – General Principles of Criminal Law*, Vol. 1, 3e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 29.

pénale, abordons dès maintenant l'étude des obligations du justiciable sud-africain.

3.2. LES OBLIGATIONS DU JUSTICIALE EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

À l'instar du droit français, le droit sud-africain en matière d'obligation de connaissance de la norme pénale a récemment vécu une transformation substantielle. Toute description de la situation actuelle se doit de mettre en évidence cette modification majeure et c'est pourquoi nous débuterons notre étude par un rappel historique du traitement de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit sud-africain. Une fois ce rappel effectué, il nous sera alors possible de brosser un tableau des obligations du justiciable actuellement en vigueur, avant de terminer en soulignant, au passage, quelques caractéristiques propres à l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit sud-africain.

3.2.1. Un rappel historique

L'arrêt *De Blom*⁴¹⁸, rendu en 1977, s'avère un point tournant dans l'évolution du droit pénal sud-africain en matière d'obligation de connaissance de la norme pénale. Afin de saisir l'ampleur de ce changement de cap, il est essentiel de scinder notre historique en deux parties distinctes, soit *l'avant-De Blom* et *l'après-De Blom*.

⁴¹⁸ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636.

3.2.1.1. Une position orthodoxe avant *De Blom*

Jusqu'au 16 mai 1977, la position sud-africaine en matière d'obligation de connaissance de la norme pénale était calquée sur la *common law* anglaise.⁴¹⁹ Le justiciable assumait l'obligation de connaître la norme pénale et son ignorance de celle-ci ne constituait une défense qu'en de très rares exceptions.⁴²⁰ L'erreur de droit du justiciable se voulait tout au plus un facteur atténuant au moment de la détermination de la peine.⁴²¹

Bref, les règles de droit sud-africaines de l'époque étaient, à quelques nuances près, identiques aux règles actuellement en vigueur au Canada. En vertu d'impératifs sociaux jugés prédominants, le justiciable assumait donc une obligation de résultat en matière de connaissance de la norme pénale,⁴²² ce qui n'était pas sans attirer les critiques d'une partie de la doctrine.⁴²³

⁴¹⁹ SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 177.

⁴²⁰ Parmi les exceptions reconnues, notons l'apparence de droit : SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 177; et l'erreur provoquée par une personne en autorité : SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 180.

⁴²¹ VAN DER MERWE, D.P., « The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli* and *De Blom* Revisited », (1982) 99 *S.A.L.J.* 430, 432.

⁴²² SLOME, E., « *Mens Rea* and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences », (1977) 94 *S.A.L.J.* 86, 87.

⁴²³ SLOME, E., « *Mens Rea* and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences », (1977) 94 *S.A.L.J.* 86, 90-91; BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 327.

3.2.1.2. Une solution inédite depuis *De Blom*

Que s'est-il donc passé dans cette révolutionnaire affaire *De Blom* ? Notons d'abord que la trame factuelle à la base du pourvoi est somme toute banale. L'accusée s'apprête à quitter l'Afrique du Sud pour un bref séjour en Argentine. Avant le départ du vol, ses bagages font l'objet d'une inspection routinière et un douanier y découvre alors plusieurs liasses de dollars américains et des bijoux en or. Cette découverte met en jeu la disposition réglementaire suivante:

3 (1) Subject to any exemption which may be granted by the Treasury or a person authorised by the Treasury, **no person shall**, without permission granted by the Treasury or a person authorised by the Treasury and in accordance with such conditions as the Treasury or such authorised person may impose :

a) **take or send out of the Republic any bank-notes, gold, securities or foreign currency**, or transfer any securities from the Republic elsewhere.⁴²⁴

(caractère gras ajouté)

La preuve révèle que l'accusée n'a jamais tenté d'obtenir les autorisations nécessaires afin de pouvoir transporter avec elle des devises étrangères et des bijoux,⁴²⁵ pour la simple et bonne raison qu'elle ignorait que de telles autorisations

⁴²⁴ *Exchange Control Regulations*, Government notice R1111, December 1st, 1961, s. 3.

⁴²⁵ Précisons qu'une autorisation automatique est accordée si la valeur du bijou est inférieure à 600 rands soit approximativement 110 dollars canadiens. La valeur des bijoux de l'accusée dépassait toutefois largement cette limite: *S. c. De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 641-643.

étaient requises par la loi sud-africaine. Face à une accusation d'avoir contrevenu à l'article 3(1) des *Exchange Control Regulations*, madame De Blom prétend, en désespoir de cause, que le poursuivant n'a pas prouvé la connaissance de la réglementation, si bien qu'il n'a pas rempli son fardeau de prouver la *mens rea* requise par l'infraction.⁴²⁶

Un peu à la surprise de tous, la Cour suprême sud-africaine retient, unanimement, cette prétention de Madame De Blom et sonne, du même coup, le glas de la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi en droit sud-africain :

At this stage of our legal development it must be accepted that the cliché that «every person is presumed to know the law» has no ground for its existence and that the view that «ignorance of the law is no excuse» is not legally applicable in the light of the present-day concept of *mens rea* in our law.⁴²⁷

Suite à l'arrêt *De Blom*, la connaissance du caractère illicite du geste reproché fait désormais partie de l'élément mental requis afin de justifier la condamnation de l'accusé. Cette solution est actuellement unique, n'ayant d'équivalent dans aucun autre système juridique en vigueur.⁴²⁸ Cela étant dit,

⁴²⁶ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 647.

⁴²⁷ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 648.

⁴²⁸ SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 178; WHITING, R.C., «Changing the Face of *Mens Rea*», (1978) 95 S.A.L.J., 1, 8. Ironiquement, une cause à la trame factuelle similaire à celle de l'arrêt *De Blom* fut entendue en 1980 par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'affaire *Walker & Somma*, on reprochait aux accusés, tous deux justiciables américains, d'avoir amené un diamant de grande valeur au Canada sans avoir indiqué ce fait aux douaniers canadiens. Tout comme dans l'arrêt *De Blom*, les accusés ont invoqué leur ignorance de la disposition rendant la déclaration de l'importation de diamants obligatoire. Cette affirmation était d'autant plus crédible que les accusés n'avaient nullement l'intention de vendre le diamant lors de leur séjour au Canada. S'inspirant de décisions rendues en Angleterre, la Cour d'appel a pourtant accueilli l'appel et a condamné les accusés au motif que l'erreur de

cette solution singulière semble fonctionner, car, plus de vingt-cinq ans après l'affaire *De Blom*, la catastrophe prédite par les tenants de la solution traditionnelle se fait toujours attendre.⁴²⁹ Afin d'apprécier à sa juste valeur l'originalité de la solution sud-africaine, il convient de faire une brève description de l'obligation de connaissance de la norme pénale suite à l'arrêt *De Blom*.

3.2.2. Le contenu de l'obligation de connaissance de la norme pénale

Dans la mesure où l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable sud-africain a été créée de toute pièce par la jurisprudence, il est normal de se référer à cette dernière pour en déterminer le contenu exact. Effectivement, la Cour suprême sud-africaine, dans l'affaire *De Blom*, ne s'est pas seulement contentée de renverser le droit relatif à l'obligation de connaissance de la norme pénale; elle a aussi précisé la conduite que devront dorénavant adopter les tribunaux en cette matière :

In a case like the present one it must be accepted that, when the State has led evidence that the prohibited act has been committed, an inference can be drawn, depending on the circumstances, that the accused willingly and knowingly (i.e. with the knowledge of the unlawfulness) committed the act. If the accused wishes to rely on a defence that she did not know that her act was unlawful, her defence can succeed if it can be inferred from the evidence as a whole that there is a

droit ne constitue pas une défense. Selon toute vraisemblance, il appert que la décision *De Blom* n'a pas été soumise à l'attention de la Cour d'appel. Pour plus de détails, voir *R. c. Walker & Somma*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 423.

⁴²⁹ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 328 et 339.

reasonable possibility that she did not know that her act was unlawful; and further, when culpa *only*, and not *dolus* alone, is required as a *mens rea*, that there is also a reasonable possibility that juridically she could not be blamed, i.e. that, having regard to all the circumstances, it is reasonably possible that she acted with the necessary circumspection in order to inform herself of what was required of her in connection with the question of whether or not permission was required to take money out. Should there be, on the evidence as a whole, i.e. including evidence that the act was committed, a reasonable doubt whether the accused did in fact have *mens rea*, in the sense described above, the State would not have proved its case beyond a reasonable doubt.⁴³⁰

Afin d'aider à schématiser les propos de la Cour, il est utile de reformuler ce qu'il faut retenir de ce passage au moyen des trois énoncés suivants:

1. Suite à la preuve de la poursuite, il sera possible de présumer que l'accusé agissait intentionnellement et en toute connaissance de cause (ce qui inclut la connaissance de la prohibition). Il s'agit là d'une déduction de simple bon sens que le tribunal est libre de faire selon les circonstances.⁴³¹

2. L'accusé assume le fardeau de présenter sa défense d'ignorance de la norme pénale afin de contrer la preuve de *mens rea* de la poursuite.⁴³²

⁴³⁰ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 651.

⁴³¹ La possibilité de déduire l'existence de la *mens rea* requise en se servant du bon sens fait aussi partie du droit canadien; voir *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683 et *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252.

⁴³² Il s'agit pour l'accusé d'établir la vraisemblance de la défense d'ignorance de la loi, fardeau aussi propre au droit canadien en matière de défenses : *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3.

3. La poursuite devra alors prouver, hors de tout doute raisonnable, l'un ou l'autre de ces éléments selon le cas:

a) dans les cas de crimes d'intention subjective (*dolus*): que l'accusé savait que le geste était prohibé;

b) dans les cas de crimes d'intention objective (*culpa*): que l'accusé savait que le geste était prohibé ou alors que son ignorance résulte de son défaut de prendre des mesures raisonnables pour s'informer au préalable de la légalité du geste.

Précisons toutefois que la poursuite n'aura jamais à prouver que le contrevenant était au courant du texte exact de la norme pénale ou même du titre de la loi ou du règlement qui édicte cette norme. L'accusé sera en effet réputé connaître l'existence de la prohibition s'il a prévu, ou pouvait raisonnablement prévoir dans certains cas, que sa conduite était susceptible d'être prohibée par la loi au sens large.⁴³³ La doctrine énonce le critère applicable en ces termes :

It is not necessary to prove that [the accused] knew the detailed requirements of the offence charged, or the exact section or wording of the law in question, or the penalty for transgression, **but merely that he knew, or at least foresaw the possibility, that what he was doing was contrary to law in the broad sense.**⁴³⁴

(caractère gras ajouté)

⁴³³ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 648.

⁴³⁴ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 330. Soulignons que les tribunaux sud-africains n'ont pas encore déterminé si la conscience de l'immoralité du geste pouvait suffire pour conclure que l'accusé

Si l'on résume, le justiciable sud-africain n'assume pas une obligation de connaissance de la norme pénale dans le cas des infractions d'intention. Il assume cependant une obligation de tenter de prendre connaissance de la norme pénale dans le cas des infractions de négligence. Finalement, ce même justiciable a l'obligation absolue de connaître les normes pénales prévoyant des infractions dépourvues d'élément mental. Le tout peut sembler complexe mais l'examen des principales caractéristiques de la position sud-africaine en matière d'obligation de connaissance de la norme pénale devrait nous permettre d'illustrer adéquatement ces nuances subtiles.

3.2.3. Quelques caractéristiques de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable

L'obligation de connaissance de norme pénale en droit sud-africain est, nous l'avons vu, directement tributaire de l'élément mental de l'infraction en cause. Évidemment, ce n'est pas là son seul trait marquant. Nous avons relevé cinq autres caractéristiques qui nous permettront d'établir des points de comparaison entre le droit sud-africain et le droit canadien en matière d'obligation de connaissance de la norme pénale. Ces cinq caractéristiques du droit sud-africain touchent les sujets suivants : l'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale, le traitement de l'erreur de droit et de l'erreur de fait, le traitement de l'erreur de droit pénal et de l'erreur de droit privé, l'abandon du concept d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et, finalement, la reconnaissance de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux.

savait que le geste était illégal : BURCHELL, J., *Criminal Law and Procedure – General Principles of Criminal Law*, Vol. 1, 3e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 250.

Sans plus tarder, débutons notre examen de ces divers sujets.

3.2.3.1. *L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale*

Nous l'avons mentionné précédemment, l'obligation de connaître la norme pénale imposée au justiciable sud-africain en est une à géométrie variable, car elle est susceptible de prendre trois formes.

La première forme d'obligation de connaissance de la norme pénale s'appliquera dans la majorité des infractions sud-africaines, soit celles qui font de la négligence⁴³⁵ l'élément mental requis pour fonder la culpabilité du contrevenant. Dans la mesure où la connaissance de la norme pénale fait partie de l'élément mental de ce type d'infractions, il est logique que le justiciable sud-africain assume une obligation de diligence à cet égard, nommément faire preuve de diligence en s'assurant au préalable de la légalité du geste qu'il projette de poser.⁴³⁶ Cette obligation sera d'autant plus justifiée si le geste en cause se situe à l'intérieur

⁴³⁵ La négligence en droit sud-africain se caractérise ainsi : « Negligence is the term used in law to indicate that the conduct of person has not conformed to a prescribed standard. The failure to ensure that conduct does conform to the standard is reprehensible and thus negligence is regarded as a form of fault [...] The test of negligence is not what the actor thought or foresaw but rather what a reasonable person would have done in the circumstances. The enquiry is thus not as to the state of the actor's mind but rather as to the nature of his conduct. The test is 'objective' » : BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 352.

⁴³⁶ *S. c. Du Toit*, [1981] 2 S.A. 33; BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 367-369; SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 180.

d'une sphère d'activité hautement réglementée.⁴³⁷ La Cour suprême sud-africaine affirme d'ailleurs à ce sujet :

In our case law, there are at present at least two guidelines for determining *culpa* in respect of the lawfulness of the wrongdoer's conduct. In *Wandrag's* case the Court held that an employer in the building industry could reasonably be expected to keep abreast of the law relating to the employment of employees in the building industry. If he neglects to do this, his consequent ignorance of the law may give rise to the blame of carelessness. **The same will presumably apply to a person who in a modern state, where numerous facts of a legal subject's conduct are regulated by legal provisions, betakes himself to a specific field.** It can surely reasonably be expected of a garage owner to be acquainted with legislation regulating his sphere of operations and it can surely be expected of an angler to ascertain what the regulations affecting angling are.⁴³⁸

(caractère gras ajouté)

La deuxième forme que peut prendre l'obligation de connaissance de la norme pénale résulte du fait que certaines infractions sud-africaines requièrent plutôt une intention subjective, la poursuite devant dans ces cas prouver que le justiciable avait une connaissance réelle du caractère prohibé de son geste.⁴³⁹ Le justiciable sud-africain peut alors invoquer avec succès son ignorance sincère de la norme pénale, même si cette ignorance sincère s'avère déraisonnable ou résulte d'une absence d'efforts raisonnables pour se renseigner.⁴⁴⁰ Dans le cas des infractions d'intention subjective, on peut donc conclure que le justiciable sud-

⁴³⁷ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 329-330.

⁴³⁸ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 650.

⁴³⁹ S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 650.

africain n'assume aucune obligation légale de prendre connaissance ou même de tenter raisonnablement de prendre connaissance de l'existence et de la portée de la norme pénale. Notons que ce principe s'applique même si le geste envisagé se situe dans un domaine d'activité hautement réglementé.⁴⁴¹

Finalement, il ne faut pas perdre de vue que l'ignorance de la prohibition légale s'attaque uniquement, en droit sud-africain, à la preuve de l'élément mental de l'infraction. C'est ce qui explique la troisième forme que peut prendre l'obligation de connaissance de la norme pénale. En effet, lorsque l'infraction est de responsabilité absolue,⁴⁴² l'obligation de connaître la norme pénale devient tout aussi absolue, car il s'avère alors futile d'invoquer la méconnaissance de la norme pénale à l'encontre d'une infraction ne nécessitant pas la preuve d'un élément mental. Les auteurs sud-africains Burchell et Milton définissent d'ailleurs l'infraction de responsabilité absolue en soulignant l'inadmissibilité de la défense d'erreur de droit à son égard:

«Strict liability relieves the prosecution of proving the fundamental element of fault (at least in the form of negligence) and **so deprives the accused of the opportunity of raising a defence excluding fault.**⁴⁴³

(caractère gras ajouté)

⁴⁴⁰ WHITING, R.C., «Changing the Face of *Mens Rea*», (1978) 95 *S.A.L.J.*, 1.

⁴⁴¹ SNYMAN, C.R., «Confusion Concerning the Defence of Ignorance of Law», (1994) 111 *S.A.L.J.*, 1, 2; BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 329-330. Voir toutefois à l'effet contraire : *S. c. Coetzee*, [1993] 2 *S.A.C.R.* 191.

⁴⁴² Nous avons choisi de traduire l'expression «strict liability» par le vocable «responsabilité absolue», car la notion de strict liability en droit sud-africain correspond à la notion de responsabilité absolue en droit canadien. Pour plus de précisions quant à la nomenclature des catégories d'infractions en *common law*, voir l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 *R.C.S.* 1299.

⁴⁴³ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 375.

Dans le contexte des infractions de responsabilité absolue, l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable sud-africain en est donc une de garantie.⁴⁴⁴ Le justiciable est tenu de connaître la norme pénale et il ne pourra faire valoir son ignorance de celle-ci, peu importe le facteur à l'origine de sa méconnaissance.⁴⁴⁵

Résumons donc le tableau. L'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale en droit sud-africain est tributaire du type de *mens rea* requis par l'infraction. Un degré de *mens rea* élevé, l'intention subjective, éliminera l'obligation de prendre connaissance de la norme pénale alors qu'à l'autre extrémité du spectre, le cas des infractions de responsabilité absolue, cette obligation sera incontournable.

À la vue de cette solution pour la moins particulière, on peut certes s'interroger sur l'efficacité du processus sud-africain de communication de la norme pénale. En effet, ce processus comporte une obligation très lourde pour le justiciable en matière typiquement réglementaire alors que c'est justement là que la légitimité de la sanction étatique en cas d'ignorance de la norme pénale pose le plus problème. À l'opposé, le justiciable sud-africain n'assume pas d'obligation de prendre connaissance des normes pénales les plus graves, un domaine où le processus de communication de la norme pénale doit être des plus efficaces en raison du caractère fondamental de ces normes. Cet aspect de la solution sud-

⁴⁴⁴ L'obligation de garantie est une «obligation par laquelle le débiteur est tenu de fournir un résultat précis et déterminé, même dans l'éventualité d'un cas fortuit.» : CRÉPEAU, P-A, et *als.*, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1991.

⁴⁴⁵ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 375.

africaine est peut-être juste au plan de la théorie pénale mais il pourrait s'avérer discutable dans le contexte des sciences de la communication.

3.2.3.2. *Le traitement identique de l'erreur de droit et de l'erreur de fait*

Cette seconde caractéristique du droit sud-africain en matière de communication de la norme pénale fera l'envie des juristes canadiens. En effet, quiconque est familier avec le droit canadien relatif à l'erreur de droit sourcille immanquablement devant la distinction prétorienne entre les erreurs de droit et les erreurs de fait. Cette distinction est inconnue en droit pénal sud-africain pour la simple et bonne raison que toutes les erreurs, qu'elles soient de droit ou de fait, font l'objet d'un traitement identique.⁴⁴⁶ En effet, l'erreur de fait et l'erreur de droit attaquent toutes deux l'élément mental de l'infraction et, à cet égard, sont analysées de la même façon. Si la *mens rea* requise s'avère, à titre d'exemple, subjective, il suffira que l'erreur, de droit ou de fait, soit sincère.⁴⁴⁷ De la même manière, seule une erreur, de droit ou de fait, raisonnable pourra annihiler la preuve de négligence exigée par les infractions à l'élément mental objectif⁴⁴⁸ et aucune erreur, de droit ou de fait, ne saurait remettre en cause la commission d'une infraction de responsabilité absolue. Bref, le droit sud-africain examine l'impact de l'erreur sur l'élément mental de l'infraction et non son objet.

⁴⁴⁶ S. c. *Sam*, [1980] 4 S.A. 289; VAN DER MERWE, D.P., «The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli* and *De Blom* Revisited», (1982) 99 S.A.L.J. 430, 434; WHITING, R.C., «Changing the Face of *Mens Rea*», (1978) 95 S.A.L.J., 1, 6.

⁴⁴⁷ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 336; WHITING, R.C., «Changing the Face of *Mens Rea*», (1978) 95 S.A.L.J., 1, 5.

⁴⁴⁸ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 367.

3.2.3.3. *Le traitement identique de l'erreur de droit pénal et de l'erreur de droit privé*

Autrefois fort pertinente en droit sud-africain,⁴⁴⁹ cette distinction est désormais désuète suite à l'affaire *De Blom*.⁴⁵⁰ En effet, dès que l'erreur de droit pénal a été reconnue en tant que moyen de défense valable en droit sud-africain, il est devenu superfétatoire de conserver une distinction visant uniquement à contourner la rigidité de l'ancienne règle. Notons que le droit sud-africain partage cette caractéristique avec le droit français. Tel que nous l'avons mentionné précédemment, cette solution nous semble préférable à celle prévalant en droit canadien, solution au sein de laquelle le justiciable n'assume aucune obligation de prendre connaissance des normes de droit privé.

3.2.3.4. *L'abandon du concept d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité*

Un peu à l'image de la dichotomie erreur de droit / erreur de fait, la notion d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente fut mise au rancart suite à la reconnaissance générale de l'erreur de droit dans l'affaire *De Blom*.⁴⁵¹ Depuis ce jour, il n'existe donc plus de règles particulières à l'égard de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, celle-ci étant considérée au même titre

⁴⁴⁹ SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 177.

⁴⁵⁰ REDGMENT, J., PAIN, J.H., «*De Blom* in Bophuthatswana», (1989) 106 *S.A.L.J.* 36, 37.

⁴⁵¹ Pour un aperçu de la situation avant l'affaire *De Blom*, voir l'arrêt *S. c. Zemura*, [1974] 1 S.A. 584, où la Cour acquitte l'accusé au motif que (p. 595-596) : «If a member of the public honestly relies on such advice and, through the supineness or inefficiency of the official, finds himself subjected to criminal penalties, the confidence of the public in their government officials will be sadly shaken».

que toutes les autres erreurs de droit.⁴⁵² Cela dit, la consultation d'une personne en autorité sera évidemment une preuve pertinente lors de l'évaluation du caractère raisonnable de l'erreur de droit commise par une personne accusée d'une infraction de négligence.⁴⁵³

Notons de plus que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité mène, en droit sud-africain, à un acquittement et non à un arrêt des procédures, contrairement à ce qui semble être le cas au Canada.⁴⁵⁴ Cela s'explique par le fondement différent de la défense d'erreur de droit en droit sud-africain.⁴⁵⁵

3.2.3.5. *La reconnaissance de l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste ou aux jugements des tribunaux*

Avant 1977, il ne faisait aucun doute que l'erreur de droit résultant des conseils inexacts d'un juriste ne pouvait donner lieu à l'acquittement du contrevenant qui s'était fié sur ces conseils.⁴⁵⁶ Suite à l'affaire *De Blom*, l'erreur de droit causée par les conseils inexacts d'un juriste ou par la lecture d'un jugement

⁴⁵² SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 180.

⁴⁵³ Rappelons que l'erreur de droit devra être raisonnable pour contrer l'élément mental requis par une infraction de négligence: BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 367-369; SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 180.

⁴⁵⁴ Voir *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, opinion du juge Lamer, p. 61 et ss.

⁴⁵⁵ En effet, le droit sud-africain considère que l'erreur de droit annihile l'élément moral de l'infraction, ce qui justifie un acquittement, alors que le droit canadien classe la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité parmi les cas d'abus de procédures, domaine où la question de la culpabilité de l'accusé n'entre pas en jeu. Ajoutons toutefois que le raisonnement du droit canadien en cette matière pourrait être repris par le droit sud-africain dans le contexte des infractions de responsabilité absolue, un domaine où le justiciable sud-africain ne peut, dans l'état actuel du droit, invoquer l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

⁴⁵⁶ SLOME, E., «*Mens Rea and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences*», (1977) 94 S.A.L.J. 86, 88.

qui s'avère erroné peut désormais justifier la relaxe de l'accusé. Le raisonnement à l'origine de ce brusque revirement de situation est exposé en ces termes par la doctrine:

Before *De Blom*, it was held in a number of cases that it is no defence for X to allege and even prove that before committing the act in question he obtained a lawyer's opinion on the legality of the proposed conduct, if it subsequently appears that the opinion was wrong. The basis of this rule was that to hold otherwise would mean, first that the lawyer's opinion on the law would overrule that of the court, and secondly, that the door would be open to dishonest lawyers to give favourable opinions to clients. **However, it would seem that this rule will not survive the decision in *De Blom*: a person who goes to the trouble of obtaining a legal opinion before he acts, cannot be put in a worse position than a person who fails to obtain such an opinion.** Since, according to *De Blom*, the latter now has a defence if he is ignorant of the law, it would be grossly unfair to refuse that defence to the former.⁴⁵⁷

(caractère gras ajouté)

Ce raisonnement s'avère des plus convaincants. Si l'État veut encourager le justiciable à prendre connaissance de la norme pénale, il est tout à fait logique de récompenser les efforts, même infructueux, en ce sens par la reconnaissance de l'erreur de droit qui puise sa source dans les conseils inexacts d'un juriste ou dans la lecture d'un jugement. C'est là une façon directe de favoriser un processus de communication de la norme pénale efficace, car les justiciables seront vraisemblablement plus nombreux à consulter les juristes, ce qui leur procurera une meilleure connaissance de la norme pénale, soit le but ultime du processus de communication.

⁴⁵⁷ SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 180.

Bien entendu, le recours aux services d'un juriste ou la lecture attentive de la jurisprudence ne constituent pas des échappatoires à toute épreuve. Il faudra de plus que le conseil et l'interprétation soient raisonnables.⁴⁵⁸ Pour reprendre les termes employés dans l'affaire *Longdistance Ltd* :

Legal advice has no magic which justifies the recipient in jettisoning his common sense.⁴⁵⁹

C'est sur ces paroles que se termine notre description du droit pénal sud-africain en matière d'obligation de connaissance de la norme pénale. De cette solution peu commune, on retiendra surtout les paramètres particuliers de l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale. Suite à cette description du processus sud-africain de communication de la norme pénale, il nous faut en dresser le bilan.

3.3. UN BILAN DU PROCESSUS SUD-AFRICAIN DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Le processus sud-africain de communication de la norme pénale est, nous l'avons déjà souligné, inusité. Afin d'être en mesure de le comparer au processus canadien en la matière, il est essentiel de faire ressortir certains de ses aspects intéressants et quelques-unes de ses lacunes.

⁴⁵⁸ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 368.

⁴⁵⁹ *S. c. Longdistance Ltd.*, [1990] 2 S.A. 277, 283.

3.3.1. Les aspects positifs de la solution sud-africaine

L'approche sud-africaine de la communication de la norme pénale se distingue par son originalité. L'audace des juristes sud-africains en ce domaine mérite d'être louangée, d'autant plus que la question de la connaissance de la norme pénale a toujours été abordée avec traditionalisme par la *common law* anglaise.⁴⁶⁰ Cela dit, trois autres aspects particuliers du droit sud-africain méritent d'être signalés. Nous traiterons donc, dans l'ordre, de l'importance de la notion de blâme, des conséquences pratiques de l'arrêt *De Blom*, et, finalement, de la simplicité d'application du droit sud-africain en matière de communication de la norme pénale.

3.3.1.1. La position sud-africaine et la notion philosophique de blâme

La notion de blâme est au cœur du raisonnement unanime des juges siégeant dans l'affaire *De Blom*. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire l'extrait suivant:

The point is, however, that one cannot blame the wrongdoer for acting intentionally unless he was also aware of the wrongfulness of his conduct.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Pour un aperçu de la non-évolution du droit anglais en matière d'ignorance de la norme pénale, on peut comparer SMITH, J., HOGAN, B., *Criminal Law*, 9^e éd., Butterworths, Londres, 1999, p. 79 et ss. et *R. c. Esop*, (1836) 7 Car. & P. 457.

⁴⁶¹ *S. c. De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 648.

Au fond, l'arrêt *De Blom* ne porte qu'accessoirement sur l'erreur de droit. L'arrêt traite d'abord et avant tout de la notion de blâme, et plus spécifiquement, des conditions pouvant entraîner un blâme suffisant pour justifier l'imposition d'une sanction pénale à l'accusé. À ce sujet, les juges furent d'avis qu'il était temps pour le système de droit pénal sud-africain de faire un pas en avant et de se débarrasser du vétuste principe voulant que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. On peut lire à cet effet dans l'affaire *De Blom* :

At this stage of our legal development it must be accepted that the cliché that «every person is presumed to know the law» has no ground for its existence and that the view that «ignorance of the law is no excuse» is not legally applicable **in the light of the present-day concept of *mens rea*** in our law.⁴⁶²

(caractère gras ajouté)

À la lecture de ce passage, on constate que la conclusion retenue dans l'arrêt *De Blom* n'est que l'aboutissement logique d'une prise de position beaucoup plus fondamentale quant à la notion de blâme.⁴⁶³ La position sud-africaine en matière de connaissance de la norme pénale s'inscrit donc à l'intérieur d'un processus historique de raffinement graduel des conditions de la responsabilité pénale. En passant de la responsabilité sans faute, à la responsabilité basée sur la faute objective pour finalement consacrer une responsabilité fondée sur la faute subjective de l'accusé, les systèmes juridiques progressent lentement vers un plus

⁴⁶² S. c. *De Blom*, [1977] 3 S.A.L.R. 636, 648.

⁴⁶³ SNYMAN, C.R., «Confusion Concerning the Defence of Ignorance of Law», (1994) 111 S.A.L.J., 1, 3; DU PLESSIS, J.R., « Awareness of Illegality : Phasing Out the Subjective Test ? », (1991) 108 S.A.L.J. 426; VAN DER MERWE, D.P., «The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli* and *De Blom* Revisited», (1982) 99 S.A.L.J. 430, 434.

grand souci de la dignité humaine, signe de la modernité.⁴⁶⁴ À l'évidence, la conclusion qu'une personne ne saurait être punie si elle ignore que son geste est illicite se révèle conforme à notre respect de la dignité humaine.

Évidemment, mettre en oeuvre une vision philosophique de la responsabilité pénale peut parfois mener à des résultats pratiques difficiles à gérer au quotidien. Ce ne fut toutefois pas le cas en Afrique du Sud.

3.3.1.2. *Les conséquences pratiques de l'arrêt De Blom*

En Afrique du Sud comme ailleurs, les partisans de la règle voulant que l'ignorance de la norme pénale ne constitue pas une excuse justifient leur position en arguant que l'abolition de cette règle mènerait inéluctablement le système pénal à la catastrophe. Impossibilité d'évaluer la sincérité de la prétention d'ignorance de la norme pénale, prime à l'ignorance de la norme pénale, reconnaissance implicite de multiples versions «personnelles» de la norme pénale; voilà autant de fléaux qui guettent le système juridique qui osera reconnaître l'erreur de droit en tant que moyen de défense.⁴⁶⁵ Un auteur va même jusqu'à écrire que :

The policy behind the *ignorantia juris non excusat* principle is, first, the discouragement of legal ignorance where the law requires persons to know and obey it,

⁴⁶⁴ FAUCONNET, P., *La responsabilité: étude de sociologie*, Alcan, Paris, 1920, p. 91 et ss.

⁴⁶⁵ SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 173.

and, secondly, **the prevention of what, in practice, would open the floodgates of abuse and fraud.**⁴⁶⁶

(caractère gras ajouté)

L'expérience sud-africaine confirme que ces craintes s'avèrent grandement exagérées. Plus de 25 ans après l'arrêt *De Blom*, le système pénal sud-africain fonctionne toujours. Deux auteurs sud-africains concluaient d'ailleurs, en 1997, que :

[T]he *De Blom* decision in South Africa has not in fact led to a rash of cases where the defence of ignorance or mistake of law has been claimed or upheld.⁴⁶⁷

L'expérience sud-africaine avec la nouvelle règle en matière de connaissance de la norme pénale n'est pas sans rappeler l'expérience canadienne suite à l'arrêt *Daviault*,⁴⁶⁸ arrêt qui a modifié les règles applicables à la défense d'intoxication volontaire de l'accusé. Au Canada aussi, le raz-de-marée appréhendé⁴⁶⁹ suite à l'affaire *Daviault* se fait toujours attendre.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ SLOME, E., «*Mens Rea* and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences», (1977) 94 *S.A.L.J.* 86, 87. Voir aussi WHITING, R.C., «Changing the Face of *Mens Rea*», (1978) 95 *S.A.L.J.*, 1, 7.

⁴⁶⁷ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 328 et 339.

⁴⁶⁸ *R. c. Daviault*, [1993] 3 R.C.S. 63.

⁴⁶⁹ Dans l'affaire *R. c. Bernard*, [1988] 2. R.C.S. 833, le juge McIntyre faisait, aux pages 879-880, la réflexion suivante: «l'exclusion de la défense d'ivresse dans le cas des infractions d'intention générale n'est pas dénuée de tout fondement logique mais, quelles que puissent être ses faiblesses sur le plan de la logique, cette exclusion peut trouver une justification irrésistible dans la politique générale, une politique si impérieuse qu'elle est dotée de sa propre logique. **Qu'elle soit provoquée par l'alcool ou par des stupéfiants, l'intoxication est à l'origine d'un bon nombre, sinon de la plupart, des agressions violentes: sans conteste, l'intoxication est une cause majeure de crimes violents. Quel parti faut-il donc préférer, celui de reconnaître ce fait et d'adopter une politique visant à enrayer le problème, ou**

Somme toute, l'audace du système pénal sud-africain a incontestablement permis de démontrer que la règle *ignorantia juris non excusat* n'est pas absolument nécessaire socialement. L'exemple sud-africain permet donc de faire avancer le débat sur l'opportunité de maintenir en vigueur une telle règle et, plus généralement, sur les façons de gérer la communication de la norme pénale.

Bien que l'arrêt *De Blom* n'a pas eu l'impact anticipé par certains, il demeure que son arrivée a grandement simplifié le quotidien des juristes sud-africains en ramenant un peu de logique en droit pénal. C'est décidément là un avantage non négligeable.

3.3.1.3. *La simplicité du droit sud-africain suite à l'arrêt De Blom*

Même les plus ardents critiques de la position sud-africaine en matière de connaissance de la norme pénale doivent admettre que la solution actuelle a l'avantage indéniable de la simplicité. Finie l'indécision chronique au moment de départager les erreurs de droit et les erreurs de fait.⁴⁷¹ Abolie la distinction nébuleuse entre l'erreur de droit pénal et l'erreur de droit privé.⁴⁷² Disparue

celui d'appliquer ce qu'on dit être logique en créant une règle de droit voulant que quiconque participe volontairement à ce qui est la cause du crime doive pour cette raison être excusé des conséquences de son crime ? Si c'est là la logique, je préfère la politique générale.» (caractère gras ajouté)

⁴⁷⁰ Voir notre étude à ce sujet: ROY, S., *L'erreur de fait attribuable à l'intoxication comme moyen de "défense" en droit criminel canadien*, mémoire de maîtrise, Université Laval, Québec, 2001, p. 85 et ss.

⁴⁷¹ S. c. *Sam*, [1980] 4 S.A. 289; VAN DER MERWE, D.P., «The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli* and *De Blom* Revisited», (1982) 99 S.A.L.J. 430, 434; WHITING, R.C., «Changing the Face of *Mens Rea*», (1978) 95 S.A.L.J., 1, 6.

⁴⁷² REDGMENT, J., PAIN, J.H., «*De Blom* in Bophuthatswana», (1989) 106 S.A.L.J. 36, 37.

l'analyse en trois étapes de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.⁴⁷³ Voilà autant de problèmes délicats qui n'existent plus en droit sud-africain, le sort de toutes ces questions étant désormais réglé par le principe général énoncé dans l'arrêt *De Blom*. Cette simplicité a définitivement de quoi faire rêver les juristes aux prises avec les multiples exceptions prévues par le droit pénal canadien en matière de communication de la norme pénale.

Cela étant dit, le processus sud-africain de communication de la norme pénale ne présente pas que des avantages.

3.3.2. Les lacunes de la solution sud-africaine

À trop vouloir se débarrasser d'un problème, on finit parfois par en créer un autre. C'est un peu ce qui s'est produit avec la conception sud-africaine de la communication de la norme pénale. En effet, une étude attentive permet de déceler quatre lacunes distinctes dans ce système, soit l'insuffisance des obligations de l'État, le traitement de l'erreur de droit dans le contexte des infractions de responsabilité absolue, l'impact insoupçonné de la reconnaissance de l'erreur de droit sur les conditions d'ouverture des justifications et des excuses et, finalement, la réticence de la doctrine et de la jurisprudence face à l'application de l'arrêt *De Blom*. Il est essentiel de traiter succinctement de chacune de ces quatre lacunes.

⁴⁷³ SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 180.

3.3.2.1. L'insuffisance des obligations de l'État

À l'instar des systèmes canadien et français, le système pénal sud-africain s'attaque au processus de communication de la norme pénale en s'attardant surtout à l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale. Il est déplorable que le problème posé par l'ignorance de la norme pénale ne soit considéré que sous cet angle, car la communication efficace de la norme pénale dépend tout autant, sinon plus, des efforts de l'État, créateur et diffuseur de celle-ci.

Pis encore, l'accent mis sur les obligations du justiciable en matière de connaissance de la norme pénale est exacerbé par l'acceptation de l'erreur de droit à titre de défense. En effet, pourquoi un accusé soulèverait-il l'imprécision de la loi pénale ou son absence de publicité effective s'il lui suffit de plaider qu'il ignorait la portée ou l'existence de la norme pénale? Cette solution de facilité empêche la question des obligations de l'État en matière de confection et de transmission de la norme pénale d'être pleinement débattue devant les tribunaux sud-africains.

Bref, il est vrai que le système pénal sud-africain pallie les effets pervers d'une mauvaise communication de la norme pénale en reconnaissant l'erreur de droit mais cela diminue vraisemblablement l'efficacité du processus de communication entre l'État et le justiciable auquel ce dernier adresse ses normes pénales.

3.3.2.2. *Le traitement de l'erreur de droit dans le contexte des infractions de responsabilité absolue*

La seconde lacune du droit sud-africain découle de l'analyse de la connaissance de la norme pénale par le biais de la théorie de l'élément mental de l'infraction. Rappelons-nous que l'élément mental ne fait pas partie de toutes les infractions sud-africaines. Plus spécifiquement, cet élément est absent dans le cas des infractions de responsabilité absolue.

Or, c'est probablement à l'encontre de ce type d'infractions que les probabilités statistiques d'ignorance ou de méconnaissance de la prohibition légale sont les plus grandes. En Afrique du Sud, comme ailleurs dans le monde, les infractions de responsabilité absolue se concentrent surtout dans des domaines souvent étrangers au droit pénal traditionnel, tels la sécurité, l'environnement et d'autres sujets touchant le bien-être public en général.⁴⁷⁴

Évidemment, le justiciable ordinaire ne peut connaître d'instinct toutes les subtilités de ces infractions et la possibilité d'invoquer son ignorance de celles-ci à titre d'excuse, comme c'est le cas en droit français, lui serait alors d'un grand secours. Cette option est toutefois étrangère au droit sud-africain, car celui-ci, tel que mentionné plus tôt, pardonne l'ignorance de la norme pénale uniquement par le biais de la négation de l'élément mental requis par l'infraction.

⁴⁷⁴ BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 372.

3.3.2.3. *L'impact de la reconnaissance de l'erreur de droit sur les justifications et les excuses*

Cette lacune est mise en évidence par l'affaire *S. c. Nel*⁴⁷⁵ dans laquelle les accusés, des policiers, affirment ne pas avoir eu l'intention de commettre l'infraction reprochée, car ils croyaient, erronément, avoir le droit d'agir comme ils l'ont fait en vertu de leur pouvoir d'arrestation. Cette prétention fut éventuellement rejetée au motif que la croyance des accusés n'était pas sincère.

Cela étant dit, l'affaire porte à réflexion. Que faire de l'accusé qui croit sincèrement que le droit sud-africain relatif à la provocation l'autorise à frapper son conjoint pris en flagrant délit d'adultère ? Et qu'arrive-t-il de celui qui dépasse largement les bornes de la légitime défense sans le savoir ?

La solution sud-africaine à ces questions est simple à trouver mais difficile à concilier avec la logique. En effet, ces accusés devront être acquittés de toute infraction exigeant la preuve d'une intention subjective en raison de leur ignorance sincère de l'illégalité de leur geste.⁴⁷⁶

Un tel résultat n'est pas sans soulever des critiques doctrinales.⁴⁷⁷ Soulignons notamment l'argument, fort valable, à l'effet que l'acceptation de l'ignorance de la norme pénale en droit sud-africain a pour effet de parfois obliger les juges à analyser la défense de légitime défense à la lumière d'un critère

⁴⁷⁵ *S. c. Nel*, (1980) 4 S.A. 28.

⁴⁷⁶ Voir par analogie : BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 349.

⁴⁷⁷ VAN DER MERWE, D.P., « The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli and De Blom Revisited* », (1982) 99 S.A.L.J. 430, 437.

purement subjectif, ce qui va à l'encontre de la notion de justification, notion qui suppose la comparaison du comportement du contrevenant à une norme objective prédéterminée.⁴⁷⁸

3.3.2.4 Les réticences de la doctrine et de la jurisprudence

Cette dernière lacune découle moins du système de droit sud-africain que de l'attitude des personnes chargées d'en faire l'application quotidienne. En effet, si l'arrêt *De Blom* fut rendu à l'unanimité, on ne peut pas dire qu'il fait consensus parmi les juristes sud-africains. Ces derniers se font réticents lorsque vient le temps de reconnaître l'erreur de droit sincère mais déraisonnable.

Les auteurs de doctrine, par exemple, n'hésitent pas à condamner l'adoption d'une norme parfois subjective pour évaluer l'erreur de droit de l'accusé. Pour s'en convaincre, il suffit de reproduire les deux extraits suivants. Le premier date de 1978, soit au cours de l'année suivant l'arrêt *De Blom* :

[I]t is respectfully submitted that the principle adopted by the [court in *De Blom*] unduly favours the wrongdoer, and that the fairest and most practical solution would be to have a general rule that mistake of law will not negative liability even for crimes requiring *dolus* unless it is reasonable.⁴⁷⁹

(caractère gras ajouté)

⁴⁷⁸ VAN DER MERWE, D.P., « The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli* and *De Blom* Revisited », (1982) 99 S.A.L.J. 430, 437.

⁴⁷⁹ WHITING, R.C., « Changing the Face of *Mens Rea* », (1978) 95 S.A.L.J., 1, 6.

Le second passage prouve que, quinze ans plus tard, la doctrine doute toujours de la justesse de la position avancée dans l'affaire *De Blom* :

I do not advocate a return to the pre-*De Blom* era, when every person was presumed to know the law and ignorance of the law could never be an excuse. **All that I plead for is a qualification of the rule in *De Blom* so that only unavoidable ignorance of the law would be regarded as an excuse.**⁴⁸⁰

(caractère gras ajouté)

Dans ce contexte, Il n'est guère étonnant que la jurisprudence emboîte le pas et refuse parfois, plus ou moins implicitement, d'appliquer les préceptes de l'arrêt *De Blom* dans toute leur vigueur. Ainsi, dans l'arrêt *Coetzee*, l'accusé fut trouvé coupable de l'infraction d'intention subjective d'outrage à cadavre malgré son ignorance sincère de la norme pénale. Selon la Cour, l'accusé, à titre d'entrepreneur en pompes funèbres, aurait dû savoir ce qui lui était permis de faire et de ne pas faire dans le cadre de l'exercice de cette activité spécialisée.⁴⁸¹

À l'évidence, ce raisonnement est incompatible avec les principes émis dans l'affaire *De Blom*, principes qui exigent que l'erreur de droit de l'accusé soit évaluée subjectivement dans les cas d'infractions d'intention subjective. D'ailleurs, un auteur écrit au sujet de la divergence entre les affaires *De Blom* et *Coetzee* :

The case referred to above raises the following intriguing question : should we merely dismiss it as an unfortunate misinterpretation of *De Blom*, or should we

⁴⁸⁰ SNYMAN, C.R., «Confusion Concerning the Defence of Ignorance of Law», (1994) 111 *S.A.L.J.*, 1, 5

⁴⁸¹ S. c. *Coetzee*, [1993] 2 *S.A.C.R.* 191.

view it as proof that the courts, in certain circumstances consciously or unconsciously treat pleas of ignorance of the law in a way that differs from the rule set out in *De Blom* ? It is submitted that the latter is indeed the case. **This case [Coetzee] draws attention to the weak points in the law as set out in *De Blom*. It reminds us of the merits of the criticism levelled at that case.**⁴⁸²

(caractère gras ajouté)

Soulignons que l'affaire *Coetzee* n'est pas la seule décision où l'application des règles concernant l'erreur de droit semble contraire à l'esprit de l'arrêt *De Blom*. Un raisonnement similaire à celui tenu dans *Coetzee* fut avancé pour justifier la condamnation d'un policier pour voies de fait, suite à une arrestation illégale, dans l'arrêt *Molubi*.⁴⁸³ Notons également l'arrêt *Visagie*,⁴⁸⁴ dans lequel la Cour, sans même mentionner l'arrêt *De Blom*, condamne l'accusé pour vol, même si celui-ci croyait sincèrement agir en toute légalité.⁴⁸⁵

On le constate aisément, les opposants à l'arrêt *De Blom* font régulièrement entendre leur voix et il ne serait pas nécessairement surprenant que, au fil des ans, on assiste à un certain recul de l'évaluation subjective de l'erreur de droit en Afrique du Sud.⁴⁸⁶ L'avenir de l'arrêt *De Blom* est donc encore incertain.

⁴⁸² SNYMAN, C.R., «Confusion Concerning the Defence of Ignorance of Law», (1994) 111 *S.A.L.J.*, 1, 3; voir aussi SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984, p. 178-179.

⁴⁸³ *S. c. Molubi*, [1988] 2 S.A. 576.

⁴⁸⁴ *S. c. Visagie*, [1991] 1 S.A. 177.

⁴⁸⁵ Pour d'autres exemples de jugements refusant implicitement de suivre l'affaire *De Blom*, voir l'article de PAIN, J.H., «*De Blom* in Bophuthatswana: Now the Onus of Proof», (1989) 106 *S.A.L.J.* 600.

⁴⁸⁶ C'est d'ailleurs la prédiction faite par un auteur : DU PLESSIS, J.R., «Awareness of Illegality : Phasing Out the Subjective Test ?», (1991) 108 *S.A.L.J.* 426, 429.

Sur le tout, il nous faut conclure que la solution sud-africaine, bien qu'attrayante et inusitée, demeure controversée et ne porte pas suffisamment attention aux obligations qui incombent à l'État en matière de communication de la norme pénale. Cependant, cette dernière lacune semble commune à l'ensemble des systèmes juridiques qui ont retenu notre attention. Cette similitude mérite certainement notre attention au moment de conclure notre étude comparée du processus canadien de communication de la norme pénale.

4. CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES QUANT À LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

À première vue, les solutions canadiennes, françaises et sud-africaines en matière de communication de la norme pénale semblent diverger considérablement. En effet, le droit canadien postule que nul n'est censé ignorer la loi, le droit français excuse l'erreur de droit si elle s'avère invincible et le droit sud-africain fait de la connaissance de la norme pénale une composante de l'élément mental de l'infraction.

Cette diversité est cependant plus apparente que réelle. En effet, les trois systèmes à l'étude partagent des traits communs fondamentaux. Premièrement, tous les systèmes ont, implicitement ou explicitement, repensé leur approche en matière de communication de la norme pénale dans les trois dernières décennies. Deuxièmement, les résultats pratiques de ces modifications s'avèrent similaires bien que chacune des modifications se révèlent fort distinctes au plan théorique. Troisièmement, les ajustements effectués suite à cette remise en question ont, dans les trois cas, porté sur l'obligation du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale plutôt que sur l'obligation de l'État de communiquer efficacement celle-ci.

Évidemment, ces traits communs pourraient indiquer que notre hypothèse de départ voulant que le processus canadien de communication de la norme pénale s'avère inefficace au point d'être incapable de légitimer l'imposition d'une sanction pénale soit susceptible de s'appliquer à d'autres systèmes de droit pénal. Pour le savoir, il est nécessaire de discuter de chacun des trois points communs identifiés précédemment.

4.1. LE BESOIN COMMUN DE REPENSER LA VISION TRADITIONNELLE DE LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

Au milieu des années 1970, les droits canadien, français et sud-africain en matière d'erreur de droit proposaient des solutions similaires. En effet, le principe voulant que nul n'est censé ignorer la loi prévalait dans ces trois pays malgré les critiques de la doctrine.⁴⁸⁷ À partir de 1977, les trois systèmes se sont tour à tour éloignés, implicitement ou explicitement, de ce principe en reconnaissant que l'échec du processus de communication de la norme pénale n'est pas toujours directement imputable à la faute du justiciable.⁴⁸⁸ En droit sud-africain, ce changement de cap, orchestré par les tribunaux, a été à la fois brusque et complet.⁴⁸⁹ En droit français, c'est suite à une intervention législative que la création doctrinale de l'erreur de droit inévitable s'est imposée à des tribunaux jusque-là réticents.⁴⁹⁰ En droit canadien, c'est la jurisprudence qui multiplie les

⁴⁸⁷ En doctrine canadienne, voir DUMONT, H., *Ignorantia juris neminem excusat*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Montréal, 1972. En doctrine française, voir COUTURIER, J.P., « L'Erreur de droit invincible en matière pénale », (1969) 23 *Rev. sc. crim.* 547. En doctrine sud-africaine, voir SLOME, E., « *Mens Rea and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences* », (1977) 94 *S.A.L.J.* 86, 90-91.

⁴⁸⁸ Notons que la France, le Canada et l'Afrique du Sud ne sont pas les seuls pays où l'État a assoupli ou tout simplement abandonné la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi. L'Allemagne, l'Italie, la Grèce, l'Autriche, le Portugal, l'Espagne, la Suisse, la Hollande, la Suède, la Belgique, le Liban et l'Égypte ont tous fait de même lors de la seconde portion du XX^e siècle. Pour plus de détails à ce sujet, voir notamment BERNARDI, A., « Les principes de droit national et leur développement au sein des systèmes pénaux français et italien », [1994] *Rev. sc. crim.* 11, 27; HOSNI, N., « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », [1999] 4 *Rev. sc. crim.* 711, 714-15; FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1978, p. 745 et ss.

⁴⁸⁹ *S. c. De Blom*, [1977] 3 *S.A.L.R.* 636.

⁴⁹⁰ Article 122-3 du *Code pénal* français, code entré en vigueur en 1994.

exceptions à l'article 19 du *Code criminel*, ce qui provoque une subtile mais progressive érosion de la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi.⁴⁹¹

On remarquera que dans les pays de *common law*, soit le Canada et, dans une moindre mesure, l'Afrique du Sud, ce sont les tribunaux qui ont procédé aux modifications des règles de droit entourant la communication de la norme pénale. À l'opposé, la France, pays de droit codifié, s'est fiée à son législateur. Dans les trois cas, l'innovation s'est donc faite conformément à la tradition juridique du pays concerné.

Cela dit, que faut-il conclure de la quasi-simultanéité de ces modifications en droit canadien, français et sud-africain ? L'hypothèse qui nous apparaît la plus vraisemblable est à l'effet que le développement technologique et économique rapide a mené à un accroissement notable du rôle de l'État, accroissement qui a, à son tour, provoqué une inflation législative et réglementaire souvent incontrôlée. Devant la multiplication exponentielle des normes pénales, il est subitement devenu évident que la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi ne pouvait désormais plus faire l'objet d'une application rigide. Bref, cette nécessité commune de procéder à des changements laisse croire que le processus de communication de la norme pénale jusqu'alors en vigueur dans les trois pays n'était pas efficace et ne pouvait donc plus légitimer la sanction pénale étatique.

Dans la mesure où des problèmes identiques appellent des solutions fonctionnellement équivalentes peu importe le pays concerné; il serait normal de penser que la solution apportée au problème de la communication de la norme

⁴⁹¹ Voir, entres autres, les arrêts *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941 (l'erreur de droit permet parfois de nier l'élément mental de l'infraction); *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55 (dans une opinion concurrente le juge Lamer élabore les critères de la défense d'erreur de droit provoquée par l'autorité compétente); *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547 (l'erreur de droit privé est assimilée à une erreur de fait).

pénale s'avère similaire et ce, autant en droit canadien, en droit français ou en droit sud-africain. Vérifions ce qu'il en est.

4.2. LA SIMILARITÉ DES RÉSULTATS DANS LES TROIS SYSTÈMES

Au plan théorique, les solutions canadiennes, françaises et sud-africains diffèrent fondamentalement.

Au Canada, l'assouplissement de la règle énoncée à l'article 19 du *Code criminel* s'est fait à la pièce. Les tribunaux canadiens ont, au cas par cas, forgé des exceptions au principe général sans pour autant tenter d'expliquer leur démarche en ayant recours à des constructions théoriques plus larges.

En France, le *Code pénal* a conféré à l'erreur de droit inévitable le statut d'excuse. Cette classification théorique permet de répondre à une multitude d'interrogations au sujet de la nouvelle défense. Qui assume le fardeau de la preuve ? Quelle sera l'intensité de ce fardeau de preuve ? L'inévitabilité doit-elle être évaluée objectivement ou subjectivement ? Les réponses à toutes ces questions découlent implicitement de la classification de l'erreur de droit en tant qu'excuse.

En Afrique du Sud, c'est plutôt au niveau des éléments essentiels de l'infraction que l'erreur de droit du prévenu sera prise en compte. En effet, suite à l'arrêt *De Blom*, l'élément mental des infractions sud-africaines inclut dorénavant la connaissance du caractère prohibé du geste posé ou la négligence à cet égard dans le cas des infractions de négligence. Une fois encore, cette classification

théorique permet de solutionner à l'avance une multitude de questions pratiques. Qui assumera le fardeau de preuve ? À l'encontre de quels types d'infractions pourra-t-on soulever l'erreur de droit ? Suffit-il que l'erreur soit sincère ou devra-t-elle également être raisonnable ? Toutes ces interrogations trouvent leurs réponses dans les conséquences théoriques de l'inclusion de la connaissance de la norme pénale dans l'élément mental de l'infraction.

Bref, le premier système s'est modifié de façon désordonnée, le second a inséré ses changements par le biais de la théorie des excuses et le dernier a opté pour une altération des éléments essentiels de ses infractions.

Paradoxalement, ces trois façons distinctes de procéder mèneront à des résultats similaires. Ainsi, le verdict final dans une cause pénale donnée sera, dans la majorité des cas, étrangement identique dans les trois systèmes. Par exemple, un justiciable qui, en toute bonne foi, pose un geste illégal en se fiant sur l'assentiment préalable de l'autorité compétente sera vraisemblablement acquitté, et ce, qu'il soit canadien,⁴⁹² français⁴⁹³ ou sud-africain.⁴⁹⁴ Autre exemple, un entrepreneur qui se lance dans une activité de production spécialisée sans s'assurer au préalable de la réglementation applicable fera, dans les trois pays, l'objet de sanctions pénales si, ce faisant, il outrepassé, même de bonne foi, les limites légales.⁴⁹⁵

Plus encore que ces deux situations, c'est l'attitude respective des juristes canadiens, français et sud-africains qui nous force à conclure à la similitude des

⁴⁹² *R. c. Larivière*, (2000) 38 C.R. (5th) 130.

⁴⁹³ *Crim.*, 24 nov, 1998, *JCP* 1999.10208.

⁴⁹⁴ *S. c. Zemura*, [1974] 1 S.A. 584.

⁴⁹⁵ *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, 96 et ss. (Canada); *Crim.*, 19 mars 1997, *Bull. crim.* n° 115 (France); BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997, p. 329-330 (Afrique du Sud).

résultats en matière de communication de la norme pénale. Effectivement, les juristes canadiens s'efforcent, nous l'avons vu, de contourner la rigidité du processus canadien de communication de la norme pénale. Les juristes français et sud-africains, d'autre part, font preuve d'un conservatisme de bon aloi dans l'interprétation et l'application des principes plus conciliants récemment ajoutés à leur système de droit respectif. Bref, là où la règle est conservatrice, l'interprétation est libérale et *vice versa*.

Un troisième facteur contribue certainement à la similarité des résultats canadiens, français et sud-africains en matière de communication de la norme pénale. Dans les trois pays, les problèmes de communication de la norme pénale sont principalement abordés sous l'angle de l'erreur de droit. Il s'ensuit souvent un déséquilibre entre les obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale et celle du justiciable. Attardons-nous de plus près à cette réalité et à ses conséquences.

4.3. LE DÉSÉQUILIBRE ENTRE L'OBLIGATION DU JUSTICIALE ET LES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT

Imaginons, un instant, qu'un émetteur tente à deux reprises de transmettre un message à un récepteur. La première tentative se solde par un échec, car le message ne parvient jamais au récepteur. Le second essai s'avère aussi infructueux, car le récepteur reçoit le message mais est incapable d'en déchiffrer le contenu. Que doit-on faire pour solutionner ce problème de communication ? En toute logique, il faudrait travailler, à la fois, sur la transmission du message, sur la réception du message, sur la composition du message et sur la compréhension

du message. En améliorant ces quatre facettes, on couvre toutes les possibilités de déficiences dans le processus de communication du message.

La communication des normes pénales n'étant pas foncièrement différente de tout autre type de communication, on pourrait s'attendre à ce qu'un problème à ce niveau soit résolu en améliorant chacun des quatre volets ci-haut décrits. Or, les systèmes juridiques canadien, français et sud-africain ont tous trois systématiquement tenté de régler leurs problèmes de communication des normes pénales en redéfinissant uniquement les obligations du justiciable. Nous l'avons vu, aucun de ces trois systèmes ne s'est sérieusement penché sur la notion de publication efficace de la norme pénale. De plus, la composition déficiente de celle-ci, bien que relevant de l'obligation étatique de rédiger des infractions précises, n'est jamais invoquée pour expliquer la méprise du justiciable.

Autrement dit, ces trois systèmes juridiques se basent, nous l'avons vu, sur le principe de légalité mais aucun ne se soucie d'actualiser les exigences du principe de légalité à la réalité sociale moderne. Si la communication d'un message nécessite deux acteurs, ne serait-il pas logique que l'amélioration du processus passe par une redéfinition des obligations de chacun de ces deux acteurs ?

Prenons l'exemple du Canada. Discuter des mérites de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, de l'erreur de droit privé ou de l'ajout de la connaissance de la norme pénale parmi les éléments essentiels d'une infraction est évidemment utile. Cependant, il est tout aussi utile de s'interroger sur la nécessité d'une publication efficace des normes pénales, sur l'utilisation d'une norme de précision qui fasse référence au point de vue du justiciable, ainsi que sur des mécanismes de renseignements efficaces pour celui qui désire connaître l'état

du droit sur un point précis.

L'argument vaut tout autant pour le système juridique français. C'est bien de reconnaître l'erreur de droit inévitable. Il ne serait toutefois pas superflu d'assujettir l'entrée en vigueur d'un texte pénal à des formalités plus contraignantes qu'une simple parution dans le *Journal officiel*.

Évidemment, le système sud-africain n'échappe pas non plus à la tendance. Avoir la logique d'acquitter l'accusé qui a agi sous l'emprise d'une erreur de droit est louable mais s'assurer de réduire au minimum les cas d'erreurs de droit en améliorant le processus de communication de la norme pénale serait une façon tout aussi cohérente d'éviter la condamnation d'un individu victime d'une méprise sur le droit applicable.

Bref, les trois systèmes juridiques étudiés ont simultanément voulu assouplir les règles du jeu en matière de connaissance de la norme pénale. Ce que ces trois systèmes n'ont toutefois pas reconnu c'est que parallèlement à cet assouplissement en matière de connaissance de la norme pénale, il conviendrait de resserrer les obligations de l'État en matière de confection et de transmission de la norme pénale. De cette façon, on éviterait non seulement de condamner un justiciable pour un geste posé de bonne foi mais on s'attaquerait également à la racine du problème en réduisant le nombre de gestes illégaux posés de bonne foi. Bref, on mettrait sur pied un système de communication de la norme pénale efficace et donc capable de légitimer l'imposition d'une sanction étatique.

En théorie, repenser les obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale augmentera l'efficacité du processus canadien en la matière. Pour confirmer cette affirmation et obtenir des pistes sur la façon de remodeler les

obligations de l'État en matière de communication de la norme pénale, il convient de retourner aux principes de base en matière de communication. C'est ce que nous comptons faire lors de la seconde partie de ce travail.

PARTIE II

UN PROCESSUS DE COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE INSPIRÉ PAR LES SCIENCES DE LA COMMUNICATION

Revenons un instant à notre raisonnement de départ. Idéalement, un système juridique devrait permettre à l'État d'imposer une sanction pénale à l'un de ses justiciables seulement dans les cas où une telle sanction paraît légitime. Il s'agit là d'une règle importante, car l'imposition systématique de sanctions pénales contestées ou contestables entraînerait inéluctablement un doute quant au bon fonctionnement du système pénal ou, pis encore, quant à son opportunité. La légitimité de la peine assure donc la pérennité du système juridique pénal.

C'est dans ce contexte qu'entre en jeu la communication de la norme pénale. L'annonce préalable des comportements que l'État entend sanctionner confère une bonne dose de légitimité à toutes sanctions futures de ces comportements interdits. Le justiciable a été prévenu du contenu de la norme pénale, il se doit donc de la respecter ou, à défaut, subir les conséquences de son choix.

Malheureusement, le processus canadien de communication de la norme pénale, pourtant gage partiel de la légitimité de la sanction étatique, semble dépassé, particulièrement à la lumière du droit français et du droit sud-africain. Malgré des modifications ponctuelles permettant de contourner un tant soit peu la rigidité d'une règle de base désuète, l'efficacité de ce processus est compromise. C'est du moins le diagnostic préliminaire qui se dégage d'une étude comparée du droit canadien en la matière.

Pour confirmer ce diagnostic préliminaire et proposer des pistes de solution, nous devons maintenant nous tourner, à l'occasion de cette seconde partie de notre thèse, vers l'étude des sciences de la communication. En effet, la communication, en tant que phénomène, est désormais le sujet de recherches fouillées. L'analyse du fonctionnement de la communication dans la société a

d'ailleurs mené à l'élaboration de principes de base en la matière, principes qui pourraient facilement et avantageusement être appliqués au processus de communication de la norme pénale afin d'en augmenter l'efficacité.⁴⁹⁶

Cela étant dit, notre seconde partie sera divisée en trois chapitres distincts. Nous débuterons par donner un aperçu de la communication et de ses principaux modèles généraux de fonctionnement. Ensuite, nous nous inspirerons de l'un de ces modèles généraux pour créer un modèle théorique de la communication de la norme pénale ce qui nous permettra du même coup de jauger l'actuel processus canadien de communication de la norme pénale. Finalement, nous suggérerons des règles juridiques permettant d'améliorer l'efficacité du processus canadien de communication de la norme pénale tout en signalant les limites d'une telle amélioration. Avant d'entreprendre ce programme, il importe cependant de faire une observation préliminaire. En fait, il s'agit plutôt d'une mise en garde quant à la portée de cette seconde partie.

D'entrée de jeu, il faut spécifier que la recherche interdisciplinaire favorise la modestie. Aborder une science inconnue en ayant pour objectif d'en dresser un portrait fidèle et nuancé relève de l'utopie. Notre champ d'expertise est le droit et non pas les sciences de la communication. Cette limite doit être gardée à l'esprit.

Par conséquent, notre propos ne constitue pas un essai dans le domaine des communications. Il s'agit, tout au plus, d'une humble suggestion de pistes susceptibles d'intéresser les juristes. Dans cette optique, plusieurs nuances ou critiques, fort valables aux yeux des chercheurs en communication, doivent être laissées de côté. Bien entendu, le modèle de la communication que nous utiliserons ci-après peut apparaître simpliste pour les experts en matière de

⁴⁹⁶ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97,

communication. Si tel est le cas, il reviendra alors à ces experts d'apporter les modifications nécessaires et de poursuivre la réflexion.

En d'autres mots, notre objectif premier n'est pas de décrire avec exactitude les sciences de la communication. Nous désirons plus simplement démontrer que les sciences de la communication s'intéressent à des questions et proposent des réponses potentiellement pertinentes dans le contexte de la communication de la norme pénale.

Cela étant dit, entamons sans plus tarder notre incursion au sein du monde de la communication.

1. Quelques notions de base en matière de communication

Les sciences de la communication constituent un territoire encore inexploré pour bien des gens. Dans les circonstances, il serait téméraire de se lancer dans un long exposé théorique sans d'abord apporter quelques précisions quant aux paramètres de base de ce domaine scientifique.

Pour exposer les notions fondamentales en matière de communication, nous avons choisi de procéder en trois étapes. Dans un premier temps, il est impératif de faire une brève présentation de la communication en tant qu'objet de science. Dans un second temps, nous tenterons de mettre en relief les particularités de la communication juridique afin de placer notre étude en contexte. Une fois ce contexte en place, nous nous intéresserons finalement aux modèles théoriques de l'activité de communication développés par les chercheurs en ce domaine. Cela nous permettra de choisir un modèle susceptible de nous renseigner sur la façon dont la norme pénale doit être communiquée au justiciable.

Débutons sans plus tarder avec une brève présentation de l'objet des sciences de la communication.

1.1. QU'EST-CE QUE LA COMMUNICATION ?

Le contexte de notre étude nous oblige à distinguer la communication au

sens général et la communication juridique, aussi désignée sous le vocable de légistique formelle. Penchons-nous d'abord sur la notion générale de communication avant de revenir un peu plus tard à celle de légistique.

1.1.1. La communication au sens général

La définition de la communication évolue au fil des ans. Au départ, les chercheurs en science de la communication percevait la communication comme un phénomène relativement simple : une personne transmettait un message à une autre personne.⁴⁹⁷ Selon cette vision traditionnelle, la communication constitue :

La transmission d'informations, d'idées, d'attitudes ou de sentiments d'une personne à une autre ou d'un groupe à un autre essentiellement à l'aide de symboles.⁴⁹⁸

Il s'agit là d'une façon linéaire de concevoir la communication, celle-ci étant la transmission unilatérale d'informations par la personne «A» à la personne «B». Cette perception de la communication est toutefois de plus en plus remise en question. En effet, des études récentes semblent indiquer que la communication n'est pas un processus net au flux unidirectionnel mais plutôt un échange constant d'informations entre différents acteurs.⁴⁹⁹ Cette vision plus moderne de la communication mène donc à une définition qui met en évidence la nécessité d'une

⁴⁹⁷ ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 204 et ss.

⁴⁹⁸ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 18.

⁴⁹⁹ Voir à ce sujet ROGERS, E.M., *Communication Technology : The New Media in Society*, Free Press, New York, 1986.

certaine synergie entre les parties à l'activité communicationnelle. Les partisans de cette vision affirment que la communication est en fait :

Un processus au cours duquel les intervenants créent et partagent de l'information entre eux en vue de parvenir à une compréhension mutuelle.⁵⁰⁰

Pour les fins de notre étude, nous avons opté pour une définition qui est un composite de ces deux variantes. Le modèle linéaire traditionnel constituera donc notre point de départ mais il sera parsemé d'ajouts propres à le rapprocher d'une vision plus moderne. Nous adopterons donc la définition mitoyenne proposée par les auteurs Laramée et Vallée. Ces derniers décrivent la communication de la façon suivante :

Un lien établi entre deux partenaires par l'intermédiaire d'un moyen de transmission et qui permet l'échange d'informations symbolique entre ces correspondants.⁵⁰¹

Autrement dit, la communication nécessite deux ou plusieurs personnes et une ou plusieurs informations à partager. Une question se pose alors : quelle est cette information qui est communiquée ? Pour y répondre, il convient d'examiner la notion d'information.

⁵⁰⁰ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 18.

⁵⁰¹ LARAMÉE, A., VALLÉE, B., *La recherche en communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1991, p. 77.

1.1.1.1. *L'information : raison d'être de la communication*

D'un point de vue pragmatique, l'information est en fait la raison d'être de la communication. En l'absence d'informations à communiquer, il ne saurait, règle générale, y avoir communication.⁵⁰²

Dans ce contexte, il importe de définir le vocable « information ». Cette tâche s'avère complexe étant donnée la nature disparate des sujets de communication possibles. Un premier point de vue quant à la définition de l'information susceptible d'être l'objet d'une communication décrit celle-ci par son effet. Ainsi, pourrait être qualifiée d'information tout ce qui, une fois communiqué, entraîne une réduction de l'incertitude.⁵⁰³

Une telle définition nous apparaît potentiellement réductrice. En effet, les motifs qui poussent une personne à entrer en communication avec autrui sont nombreux. Il est vrai que la cueillette d'informations, et donc la réduction de l'incertitude, constitue une raison souvent invoquée. Toutefois, le besoin de se divertir, pour ne prendre qu'un exemple, justifie aussi la participation à certaines activités de communication.⁵⁰⁴

Cela étant dit, le contexte de notre étude, c'est-à-dire la communication de la norme pénale, nous permet de nous rallier à la notion d'information en tant

⁵⁰² Quoique l'absence d'informations nouvelles constitue parfois une information en soi. Ce sera notamment le cas lorsqu'une nouvelle d'envergure est attendue, par exemple l'élection d'un nouveau pape.

⁵⁰³ WINDAHL, S. et *als.*, *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 19.

⁵⁰⁴ Ainsi, l'écoute du monologue d'un humoriste s'explique bien plus souvent par un besoin de se détendre que par une volonté de réduire son incertitude à l'égard d'une

qu'élément de réduction de l'incertitude. Pour justifier ce choix, mentionnons simplement qu'il nous apparaît improbable qu'une personne participe à la communication de la norme pénale à des fins ludiques. Plus vraisemblablement, la communication de la norme pénale aura pour but l'obtention d'informations sérieuses et susceptibles de réduire l'incertitude entourant un point de droit donné.

La portée plus restreinte de la notion d'information en matière de communication de la norme pénale nous permet de constater que notre vision de la communication peut varier selon l'objet communiqué. On admettra sans peine que la communication d'un texte de loi diffère grandement d'une communication publicitaire pour ne donner qu'un exemple. C'est cette constatation qui justifie l'intérêt de la légistique pour les fins de notre étude.

1.1.2. L'intérêt de la légistique

La légistique est une discipline relativement récente.⁵⁰⁵ On peut définir son objet d'étude de façon assez précise :

La légistique est une science de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités

question donnée. Voir à ce sujet MCQUAIL, D., *Sociology of Mass Communications*, Penguin, Harmondsworth, 1972.

⁵⁰⁵ Le premier ouvrage significatif traitant de légistique date du début des années 1970. Pour plus de détails voir CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 4 (<http://webdroit.unige.ch/>)

d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes.⁵⁰⁶

De toute évidence, la légistique est une science aux dimensions multidisciplinaires. Après tout, l'élaboration, la rédaction, l'édiction et l'application d'une norme légale font notamment appel à des notions de science politique, de sociologie, d'économie et, bien entendu, de communication. L'intérêt des sciences de la communication pour la légistique s'explique d'ailleurs aisément :

L'adoption d'une loi peut être conçue comme un acte de communication. C'est dès lors tout naturellement que les sciences de la communication peuvent servir à comprendre comment fonctionnent les informations émises par le législateur. Elles permettent aussi d'établir un certain nombre de préceptes permettant d'améliorer la qualité de la communication.⁵⁰⁷

Cela étant dit, ce ne sont pas tous les aspects de la légistique qui s'avèrent pertinents dans le contexte de notre étude. En effet, la légistique peut se diviser en un volet matériel et un volet formel. Le volet matériel de la légistique concerne surtout la planification des normes et le rôle social du législateur.⁵⁰⁸ Le volet formel de la science s'intéresse quant à lui à la transformation du projet normatif

⁵⁰⁶ CHEVALIER, J., « L'évaluation législative : un enjeu politique », paru dans DELCAMP, A. et als, *Contrôle parlementaire et évaluation*, Documentation française, Paris, 1995, p. 15.

⁵⁰⁷ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 17 (<http://webdroit.unige.ch/>)

⁵⁰⁸ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 35, 162 (<http://webdroit.unige.ch/>).

en un texte de loi susceptible d'être communiqué.⁵⁰⁹ À l'évidence c'est ce second volet qui nous intéresse le plus.

À première vue, on pourrait croire que le sujet de notre étude est déjà couvert par la légistique formelle et que nos propos sont donc redondants. Ce n'est toutefois pas le cas. En effet, les recherches en légistique formelle se sont plutôt attardées sur les modalités juridiques d'adoption des lois et sur les conditions de leur validité.⁵¹⁰ Rares sont les études qui se consacrent à l'efficacité des modes actuels de communication de la norme pénale. C'est sur ce terrain largement inexploré que se situe notre recherche.

Bref, la légistique éclaire certainement notre démarche mais sans toutefois la conditionner. Science de juristes pour des juristes, la légistique cherche rarement à intégrer les connaissances issues des sciences de la communication. Nous voulons briser cette habitude en nous intéressant à la communication de la norme pénale d'un point de vue communicationnel. Il y a là, comme nous le verrons bientôt, des éléments susceptibles d'éclairer la question de la légitimité de la sanction pénale.

Nous avons maintenant cerné les domaines respectifs de la communication et de la légistique et avons conclu que la communication doit constituer notre

⁵⁰⁹ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 159 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵¹⁰ Voir, par exemple, l'ouvrage de RÉMY, D., *Légistique. L'art de faire des lois*, Éd. Romillot, Paris, 1994. On peut donc dire que la légistique se concentre surtout sur l'émission du message légal et non sur sa réception : CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 159 (<http://webdroit.unige.ch/>).

principal point de référence. Ce choix étant fait, il nous faut signaler que la communication d'une norme pénale comporte des particularités uniques.

1.2. LES PARTICULARITÉS DE LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

La communication de la norme pénale entre l'État et le justiciable ne peut être considérée comme une situation typique de communication.⁵¹¹ Il nous faudra donc choisir un modèle théorique de la communication susceptible d'être adapté à la singularité de ce processus. Afin de nous éclairer dans notre choix, jetons d'abord un coup d'œil aux caractéristiques qui font de la communication de la norme pénale une activité résolument distincte. Ces caractéristiques sont au nombre de quatre, soit le caractère formel et autoritaire de la communication, le vaste et variable auditoire visé, la dimension continue de l'information transmise et, finalement, la nécessité du recours à un langage spécialisé. Examinons ces caractéristiques à tour de rôle en débutant par l'aspect formel et autoritaire de la communication de la norme pénale.

1.2.1. La communication de la norme pénale est formelle et autoritaire

L'adoption d'une loi pénale revêt un caractère très formel. Dans la mesure où des droits et des obligations naissent de la loi, la promulgation de cette dernière

⁵¹¹ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 193 (<http://webdroit.unige.ch/>).

est soumise à des formalités rigides. Dans les circonstances, il est normal que la communication de la norme pénale soit généralement aussi très formelle.⁵¹² La communication de la norme pénale est donc une opération sérieuse où il n'y a pas de place pour la fantaisie. Ce trait la distingue nettement des autres types de communication, par exemple la communication à des fins publicitaires, dans lesquelles un certain niveau de familiarité peut parfois favoriser un meilleur échange d'informations entre les parties impliquées dans le processus de communication.

Dans le même ordre d'idées, on notera que la communication de la norme pénale suppose une relation hiérarchique claire.⁵¹³ L'émetteur transmet un message et le récepteur le reçoit. Il ne saurait être question, du moins en matière pénale, de discussions sur l'opportunité de la solution retenue ou encore d'échanges réciproques d'informations.⁵¹⁴ Autrement dit, la communication de la norme pénale est unidirectionnelle; elle va toujours de l'État vers le justiciable et les rôles ne sont jamais inversés.⁵¹⁵

⁵¹² CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 197 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵¹³ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 197 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵¹⁴ Ces considérations pourraient toutefois être pertinentes dans un contexte légal qui se prête à une certaine forme d'auto-régulation. Voir à ce sujet MACDONALD, F.A., « The Fridge-Door Statute », (2001) 47 *R.D. McGill* 11.

⁵¹⁵ Notons toutefois que le monologue étatique peut parfois être interrompu par une demande de précisions du justiciable quant à la signification exacte du message. Cette situation confirme d'ailleurs l'existence d'une hiérarchie en matière de communication juridique, car le justiciable recherche là encore la transmission d'informations détenues par l'État.

1.2.2. L'auditoire visé par la communication de la norme pénale est vaste et variable

Un second élément inusuel propre à la communication de la norme pénale découle de la particularité de l'auditoire visé. Le *Code criminel* canadien, par exemple, s'adresse à toutes les personnes se trouvant en territoire canadien. Le *Code de la sécurité routière* du Québec décrit, pour sa part, les droits et obligations de tous les piétons, cyclistes ou automobilistes qui circulent sur les routes de cette province.⁵¹⁶ Le *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées* prescrit, quant à lui, des normes qui doivent être respectées par les propriétaires de toutes les résidences isolées situées sur le territoire québécois.⁵¹⁷ Ces trois exemples illustrent à quel point la communication de la norme pénale vise un nombre variable de récepteurs parmi des groupes variés.

Rejoindre un auditoire considérable ou difficile à identifier pose manifestement un défi de taille en matière de communication. Si l'auditoire visé par la norme pénale est vaste, comme dans le cas du *Code criminel*, l'émetteur devra concevoir un message qui tient compte des fluctuations linguistiques, sociales et intellectuelles au sein du groupe.⁵¹⁸ Si, à l'inverse, l'auditoire potentiel de la norme pénale est déterminé avec une très grande précision, comme dans le cas du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences*

⁵¹⁶ *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2.

⁵¹⁷ *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*, R.R.Q., c. Q-2, r.8.

⁵¹⁸ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 196 (<http://webdroit.unige.ch/>).

isolées, la difficulté résidera alors dans la sélection d'un ou de moyens de communication permettant de cibler adéquatement ce groupe distinct.⁵¹⁹ Finalement, dans les cas où l'auditoire sera à la fois déterminé et vaste, comme dans le cas du *Code de la sécurité routière*, les deux problèmes mentionnés auparavant se poseront. Bref, les difficultés inhérentes à l'auditoire potentiel en matière de communication de la norme pénale distinguent cette activité de la masse des activités communicationnelles typiques.

1.2.3. La communication de la norme pénale est un processus continu

Une troisième caractéristique propre à la communication de la norme pénale réside dans son aspect continu. La norme pénale étant en perpétuelle modification, il devient impossible de communiquer, une fois pour toutes le contenu définitif de celle-ci.⁵²⁰ C'est là une première raison pour laquelle la communication de la norme pénale est une opération à jamais inachevée.

Une seconde explication du caractère continu de la communication de la norme pénale réside dans le renouvellement quotidien de l'auditoire visé. En effet, chaque jour, des personnes naissent et d'autres atteignent un âge leur permettant de jouir de droits nouveaux et d'assumer des obligations légales additionnelles.⁵²¹

⁵¹⁹ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 196 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵²⁰ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 198 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵²¹ Ainsi, une personne qui atteint l'âge de douze ans doit, dès lors, respecter les normes prévues au *Code criminel*, sous peine de sanctions criminelles : art. 13 du *Code criminel*.

Au même moment, un autre individu démarre une entreprise, ou se voit accorder un permis de conduire, ou achète un animal domestique, ou, de façon plus générale, pose un geste susceptible d'entraîner l'application à son égard de textes légaux jusqu'alors non pertinents. Dans toutes ces circonstances, il devient nécessaire de retransmettre le message légal afin d'offrir, à ces nouveaux venus, une opportunité véritable d'en saisir le sens.

Bref, la mouvance ininterrompue du message et la variation constante de la composition de l'auditoire font en sorte que la communication de la norme pénale est constamment à reprendre. C'est là aussi une caractéristique qui distingue la communication de la norme pénale des autres types de communication.

1.2.4. La communication de la norme pénale nécessite l'utilisation d'un langage spécialisé

La norme pénale est habituellement consignée à l'aide de termes juridiques dont le sens précis échappe au justiciable,⁵²² ce qui complique manifestement sa compréhension. À première vue, on pourrait croire qu'il s'agit d'un problème facile à résoudre dans la mesure où il suffit, pour l'État, de recourir à un niveau de langage plus accessible afin de remédier à la situation. Malheureusement, cette solution ne serait que partielle. En effet, la réglementation d'activités toujours plus complexes exige des nuances subtiles, nuances susceptibles d'être perdues en

⁵²² CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 200 (<http://webdroit.unige.ch/>).

l'absence d'un langage technique approprié.⁵²³ Bref, l'utilisation d'un langage spécialisé en matière de communication de la norme pénale est une donnée avec laquelle il vaut peut-être mieux composer.⁵²⁴

Ceci termine notre aperçu des caractéristiques propres à la communication de la norme pénale. On retiendra surtout que la communication de la norme pénale est une activité communicationnelle d'exception. À l'évidence, l'élaboration d'un modèle théorique illustrant le processus de communication de la norme pénale devra se faire en tenant compte de cette situation. C'est avec cette nécessité bien en tête qu'il convient maintenant de choisir, parmi les différents modèles théoriques avancés par les sciences de la communication, celui qui convient le mieux à la communication de la norme pénale. Rappelons que c'est à l'aide de ce modèle théorique que nous serons en mesure d'évaluer l'efficacité du processus canadien de communication de la norme pénale.

1.3. LES MODÈLES THÉORIQUES DE LA COMMUNICATION

L'identification du modèle théorique de la communication adéquat s'avère une étape primordiale dans le processus visant à améliorer l'efficacité d'une activité communicationnelle. En effet, la conception théorique retenue dictera les mesures susceptibles d'être mises de l'avant afin de faciliter la communication. Le choix d'un modèle théorique inadéquat est donc lourd de conséquences.

⁵²³ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 200 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁵²⁴ Voir à ce sujet SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97. Nous traiterons aussi abondamment des liens entre l'accessibilité du langage légal et son exactitude technique lors de la section 2.2 de la présente partie.

Cela dit, les chercheurs en science de la communication ont, au fil des ans, élaboré plusieurs modèles théoriques pour illustrer les multiples variantes de l'activité communicationnelle. Évidemment, chacun de ces modèles perçoit l'équation d'un point de vue particulier. Ainsi, certains modèles se concentrent surtout sur le volet sémantique de la communication, alors que d'autres insistent plutôt sur sa dimension sociologique. Devant ce constat, rappelons que notre objectif premier n'est pas de faire l'énumération exhaustive des diverses façons d'illustrer les mécanismes de la communication. Nous nous contenterons d'étudier quatre grands modèles susceptibles de s'appliquer en l'espèce et ce, afin de sélectionner celui qui est le plus approprié en matière de communication de la norme pénale. C'est dans cette optique bien déterminée que nous aborderons successivement le modèle langagier de Jakobson, le modèle sociologue de Riley et Riley, le modèle linéaire de Lasswell et le modèle de transmission mécaniste de Shannon.

Débutons notre recherche en exposant les tenants et aboutissants du modèle langagier de Jakobson. Cela nous permettra de déterminer si ce modèle est en mesure de refléter les caractéristiques particulières de la communication de la norme pénale énoncées auparavant.

1.3.1. Le modèle langagier de Jakobson

Roman Jakobson est un linguiste d'origine russe qui est venu s'établir aux États-Unis lors de la seconde guerre mondiale. Professeur de métier, il a enseigné dans de nombreux établissements universitaires renommés⁵²⁵

C'est dans un article intitulé *Linguistique et poétique* que Jakobson présente son modèle théorique de la communication.⁵²⁶ Notons que ce modèle se concentre exclusivement sur les fonctions du langage utilisé lors du processus de communication, ce qui est d'ailleurs compréhensible considérant la formation en linguistique de Jakobson. Cela étant dit, le modèle de Jakobson est illustré par le schéma suivant :

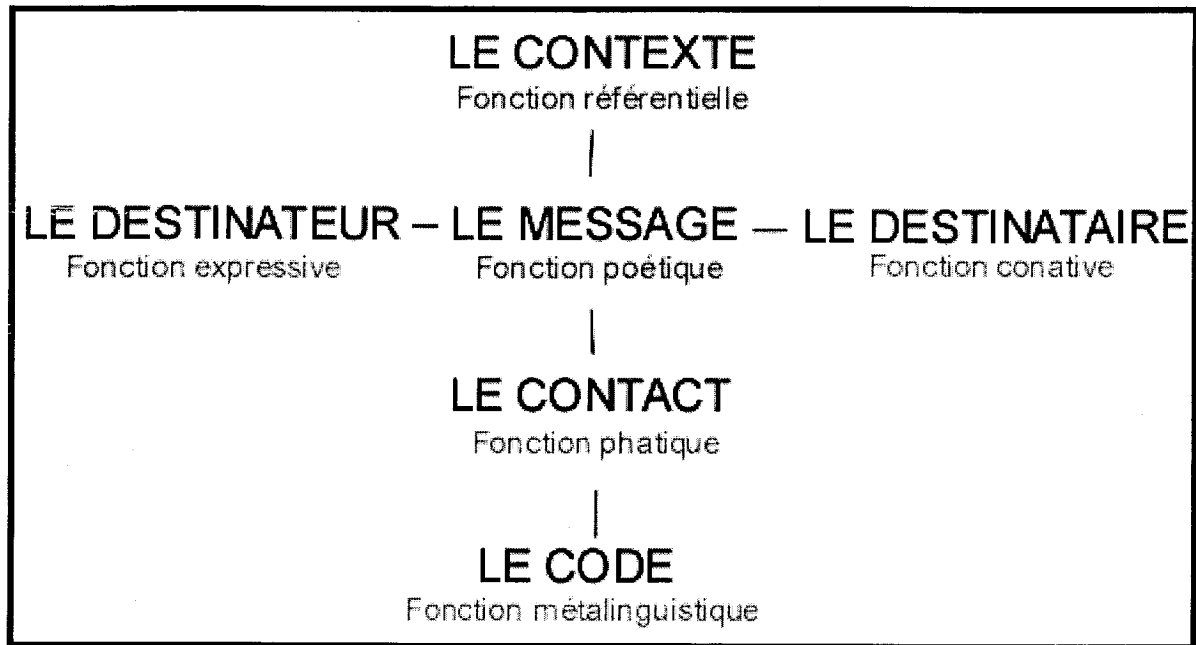


Figure 1 : *Schéma de la communication selon Jakobson*⁵²⁷

À défaut d'explications détaillées, cette représentation de la communication peut sembler difficile à comprendre. Il importe donc de décrire brièvement

⁵²⁵ -----, *Webencyclo*, Éditions Atlas, France, 2001, <http://www.webencyclo.com/> (site consulté le 2 septembre 2004).

⁵²⁶ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 209-248.

⁵²⁷ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 214.

chacune des six parties du schéma en précisant les fonctions que leur attribue Jakobson.

À la gauche du schéma, on note d'abord la présence du destinataire à qui Jakobson confère une fonction expressive. Le destinataire est évidemment le concepteur du message et celui qui lance la communication. Pour cet acteur, le langage est un véhicule lui permettant d'exprimer ses émotions, son attitude, réelle ou feinte, face au message (*i.e.* ironie, sarcasme, espoir, etc.).⁵²⁸ Il s'agit donc là de l'aspect expressif du langage.⁵²⁹

Au centre du tableau, on retrouve d'abord le contexte de la communication, contexte qui assume la fonction référentielle. La fonction référentielle est en fait la fonction de base de plusieurs types de communication, dont la communication de la norme pénale. Il s'agit simplement de la fonction informative du message.⁵³⁰

La troisième partie du schéma, le message, est associée à la fonction poétique du langage. À ce niveau, c'est l'aspect matériel du langage qui est mis en évidence. La répétition des sons, communément appelée rime, sera par exemple, étudiée à cette étape. Autrement dit, la fonction poétique du langage est en quelque sorte le «côté palpable des signes».⁵³¹

Viennent ensuite le contact et la fonction phatique. À cette étape, ce qui compte c'est le lien communicationnel. Le langage, par sa fonction phatique,

⁵²⁸ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 214-15.

⁵²⁹ MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 67.

⁵³⁰ MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 67.

⁵³¹ MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 68.

permet de créer, de vérifier ou de renforcer le lien entre le destinataire et le destinataire en créant certaines expressions à cette fin.⁵³² Les formules de politesse et les salutations d'usage constituent de bons exemples de la fonction phatique du langage.⁵³³

La dernière partie centrale du schéma de la communication de Jakobson s'intéresse au code utilisé lors de l'activité communicationnelle.⁵³⁴ Selon Jakobson, le langage assume une fonction métalinguistique, car le destinataire peut transmettre des indices sur la signification des termes qu'il a choisis pour former le message et ainsi en faciliter la compréhension par le destinataire.⁵³⁵ L'exemple typique d'une communication métalinguistique est l'enseignement d'une langue maternelle à un enfant en bas âge. Dans un tel type de conversation, le message informatif porte sur le code lui-même.

Finalement, on retrouve, à la droite du schéma, le destinataire, pour qui le langage aura une fonction conative. Ce terme signifie que le langage peut provoquer diverses réactions chez le destinataire. Ainsi, le destinataire peut douter de la véracité du contexte ou, encore, agir conformément aux ordres du destinataire, si le message est de type impératif.⁵³⁶ Bref, la fonction conative du langage peut être impérative (ordre) ou déclarative (information).⁵³⁷

⁵³² JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 217.

⁵³³ MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 67-68.

⁵³⁴ MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 68.

⁵³⁵ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 218.

⁵³⁶ MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993, p. 67.

D'apparence fort complexe, le modèle de Jakobson prend son sens au moment de son application. En effet, il faut savoir que si toute communication langagière inclut potentiellement ces six fonctions, l'importance de chacune d'elles varie considérablement selon la nature de la communication en question.⁵³⁸

Jakobson affirme à ce sujet :

La diversité des messages réside non dans le monopole de l'une ou l'autre fonction mais dans les différences de hiérarchie entre celles-ci. La structure verbale d'un message dépend avant tout de la fonction prédominante.⁵³⁹

Ainsi, la fonction poétique du message et la fonction expressive du destinataire seront particulièrement évidentes lors de communications à teneur artistique, tels des poèmes ou des chansons. Dans ces types de communication, le contexte, et donc la fonction référentielle du message, est souvent limité. Inversement, un discours scientifique, comme la communication de la norme pénale, insiste surtout sur le contexte, parfois au détriment des fonctions expressives ou poétiques.

Cela étant dit, on doit conclure que le modèle de Jakobson reflète plutôt mal les caractéristiques intrinsèques de la communication de la norme pénale. En effet, les fonctions expressives ou poétiques sont quasi inexistantes en raison de la nature formelle et impersonnelle de la communication juridique. En d'autres mots, le modèle de Jakobson s'intéresse à des données non pertinentes à la

⁵³⁷ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 216-17.

⁵³⁸ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 214.

⁵³⁹ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 214.

communication de la norme pénale, car il est essentiellement conçu pour représenter une variété impressionnante de communications et non un type en particulier. Pour cette raison, il nous faut rejeter ce modèle.

Notons toutefois que l'étude du modèle de Jakobson n'aura pas été vaine, car l'idée d'une fonction métalinguistique du langage est particulièrement porteuse en matière de communication de la norme pénale. Comme nous le verrons plus loin, le langage technique propre à la communication de la norme pénale explique en partie la mauvaise réception du message étatique. L'incorporation plus fréquente d'un volet métalinguistique substantiel, c'est-à-dire l'inclusion de définitions des termes utilisés, pourrait certainement constituer une piste de solution à explorer.

Quoiqu'il en soit, nous devons nous tourner vers un second modèle théorique de la communication. Tout comme Jakobson, les auteurs du prochain modèle perçoivent la communication par le biais d'un contexte scientifique bien déterminé. Il s'agit cette fois-ci du contexte sociologique.

1.3.2. Le modèle sociologique de Riley et Riley

Tous deux sociologues de formation, John et Mathilda Riley ont principalement fait carrière dans la recherche et l'enseignement.⁵⁴⁰ C'est dans le

⁵⁴⁰ Pour plus de détails au sujet de ces deux auteurs, le lecteur pourra parcourir le résumé de leurs carrières respectives en visitant le site de l'Université Bowdoin : http://www.bowdoin.edu/giving/benefactors/special_purpose/the_matilda_and_john_riley_fund_for_sociology_and_anthropology.shtml, (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

cadre de l'ouvrage collectif *Sociology Today*, qu'ils exposent leur modèle sociologique de la communication pour la première fois.⁵⁴¹

Avant de décrire les diverses composantes du schéma proposé par Riley et Riley, il importe d'en reproduire la version originale :

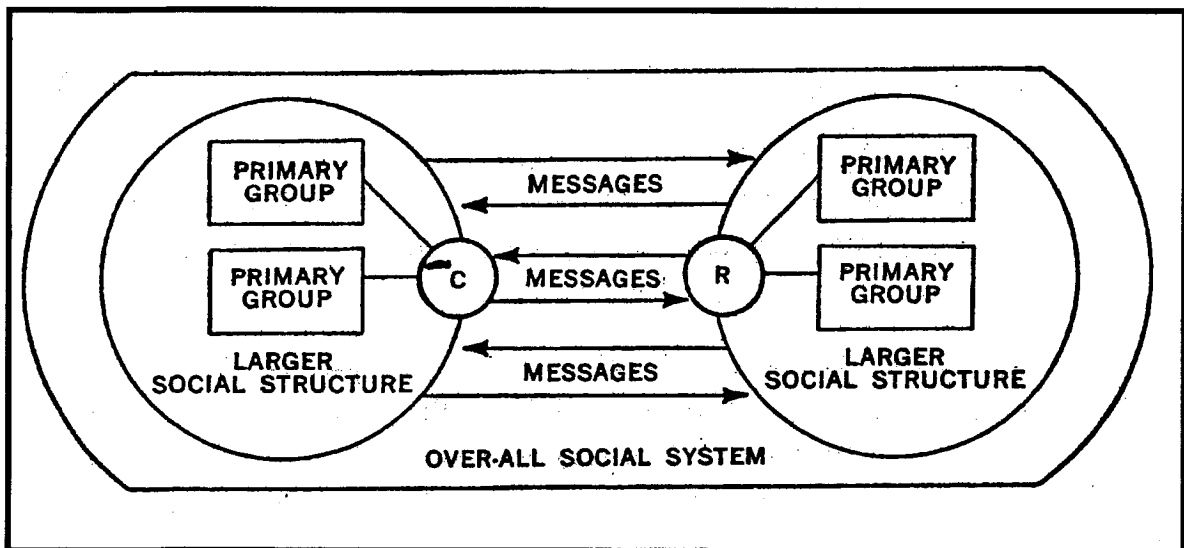


Figure 2 : Schéma de la communication selon Riley et Riley⁵⁴²

Le système proposé par Riley et Riley comporte plusieurs éléments. Afin de vérifier son applicabilité à la communication de la norme pénale, explicitons brièvement chacun de ceux-ci.

Au centre du schéma, on aperçoit deux entités distinctes soit « C » et « R ». Ces deux lettres représentent respectivement le *communicator*, celui qui lance la

⁵⁴¹ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959.

⁵⁴² RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 577.

communication, et le *recipient*, celui qui reçoit le message initial. On note l'existence de flèches bidirectionnelles entre l'unité « C » et l'unité « R ». Ces flèches indiquent une communication initiale et une certaine forme de rétroaction émise par le récepteur à l'attention de l'émetteur. Pour Riley et Riley, la communication suppose donc une rétroaction :

[A] degree of feedback clearly tends to exist – scant, indirect, and obscure though it may be. Some kind of reciprocal channel is needed if the communicator is to learn whether and how his message was perceived, if he is to have any basis for sending further messages [...] If the communication is at all successful, the audience responds in some way, and its response affects future communication.⁵⁴³

Le trait réellement distinctif du modèle sociologique de la communication résulte toutefois de l'insertion des parties à l'activité communicationnelle dans un contexte social plus large. Cette caractéristique est exprimée par l'accent placé sur les liens étroits qui unissent « C » et « R » à divers *primary groups*. Selon Riley et Riley, la composition du message par l'émetteur et sa perception par le récepteur sont influencées par l'appartenance de ceux-ci à certains groupes sociaux.⁵⁴⁴ Pour appuyer cette affirmation, les auteurs citent notamment les croyances déformées des soldats de l'armée nazie lors de la seconde guerre mondiale. Évidemment, une multitude d'autres situations nous viennent à l'esprit. Prenons, par exemple, l'annonce par le gouvernement québécois des grandes lignes de son budget annuel. Devant les réactions habituellement stéréotypées des membres du parti de l'opposition, des membres du conseil du patronat et des

⁵⁴³ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 566-67.

⁵⁴⁴ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 552-53.

membres des grandes centrales syndicales, on peut facilement conclure que l'appartenance à l'un ou l'autre de ces groupes influence fortement la perception du discours budgétaire. Précisons que le membre d'un *primary group* gagne la sympathie de ses pairs en se conformant à la position du groupe et, à l'opposé, encourt la désapprobation de ceux-ci, ou même l'exclusion du groupe, s'il exprime fréquemment des opinions dissidentes.⁵⁴⁵ L'imposition d'une ligne de parti en matière politique est un bon exemple de l'importance, pour le membre, de se conformer au groupe ainsi que de la réalité de la sanction en cas de défaut de le faire.

Cela dit, on remarque la présence de deux *primary groups* de chaque côté de l'équation de Riley et Riley. Ce dédoublement illustre la possible contradiction résultant de l'appartenance à de nombreux groupes. Évidemment, nous faisons tous partie d'une multitude de groupes et d'organisations diverses. Ainsi, une personne peut être à la fois catholique, néo-démocrate et membre d'une organisation féministe. Ces diverses appartenances risquent cependant de mener à de sérieux dilemmes dans certains cas. Sur la question de l'avortement, pour ne prendre qu'un exemple, notre personne fictive sera influencée dans un sens par le groupe des catholiques et probablement en sens inverse par les groupes des néo-démocrates et des féministes. Riley et Riley posent les paramètres de ce problème en ces termes :

This mention of other group memberships lead to the highly important point that the individual belongs and refers, not just to one group, but to many. The expectations of such groups may reinforce one another so that he uses them jointly as a reference. If their

⁵⁴⁵ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 548.

values conflict, however, he is in a role conflict or under cross-pressure.⁵⁴⁶

C'est donc cette réelle possibilité d'influence concordante ou contradictoire des divers *primary group* qui justifie leur dédoublement à l'intérieur du schéma reproduit plus tôt.

Riley et Riley continuent la mise en contexte de l'activité communicationnelle en ajoutant à leur modèle la structure sociale plus large (*larger social structure*) et la société dans son ensemble (*over-all social system*). Selon les auteurs, l'émetteur du message, son récepteur et les groupes sociaux qui les influencent n'existent pas dans un vide conceptuel. Par conséquent, il est impossible de dresser un portrait de la communication sans tenir compte de l'influence des groupes secondaires, soit les structures sociales plus larges et la société dans lesquelles évoluent ces acteurs.⁵⁴⁷ Ainsi, le fait d'être canadien ou encore de vivre au sein d'une société industrialisée deviennent des facteurs pertinents lors de l'analyse de la communication.

Finalement, on notera l'existence de plusieurs flèches, toutes bidirectionnelles, entre le groupe émetteur et le groupe récepteur. Cela illustre l'aspect général et continu de la communication. Les auteurs écrivent à ce sujet :

This relationship [entre l'émetteur et le récepteur] does not consist of a single communication which potentially elicits only a single reply. Any given communication is, rather, one link in a chain of communication which extends over time. This chain, of course, is by no

⁵⁴⁶ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 557 et ss.

⁵⁴⁷ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 576-77.

means limited to a simple personal relationship between C and R exclusively, in which C beams his message to R and R replies directly. [...] Much of the C-R relationship is, rather, indirect, proliferating through the other members and groups to which C and R belong, so that the message is transmitted from individuals in C's groups to individuals in R's groups who in turn reply.⁵⁴⁸

Bref, la communication fait appel, selon Riley et Riley, à beaucoup plus que l'émetteur et le récepteur. Le contexte dans lequel ceux-ci évoluent s'avère un élément qui influence directement le niveau d'efficacité d'un processus de communication donné.

Cela étant dit, le modèle proposé par les sociologues Riley et Riley représente-t-il adéquatement les particularités de la communication de la norme pénale ? Il est vrai que l'accent mis sur l'influence des groupes primaires et secondaires auxquels appartient le récepteur est utile. L'attention portée au message juridique sera effectivement parfois tributaire des groupes sociaux qui entourent le justiciable. On peut ainsi supposer que le justiciable membre d'un groupe criminalisé percevra différemment le message étatique. Malgré cela, nous sommes d'avis que le modèle élaboré par Riley et Riley ne saurait convenir en l'espèce, car ce modèle sociologique conçoit la communication comme étant un dialogue entre des acteurs comparables qui tentent mutuellement de s'influencer. Or, nous avons vu que la communication de la norme pénale est un processus formel et autoritaire et non un dialogue à vocation persuasive entre acteurs interdépendants. Somme toute, le modèle de Riley et Riley ne reflète pas suffisamment les particularités de la communication de la norme pénale et doit, par conséquent, être écarté.

⁵⁴⁸ RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans

Devant l'échec de deux schémas plus complexes de l'activité communicationnelle, nous n'avons d'autres choix que de nous tourner vers des modèles plus simples. L'un de ces modèles est l'œuvre d'Harold Lasswell.

1.3.3. Le modèle linéaire de Lasswell

Le sociologue américain Harold Lasswell s'est surtout intéressé au phénomène de la communication lors de ses études des effets de l'utilisation de la propagande lors de la seconde guerre mondiale.⁵⁴⁹ C'est donc dans l'optique des communications de masse qu'il a développé son modèle théorique de la communication.⁵⁵⁰

Partisan de la méthode socratique, Lasswell répond à une question sur la forme de la communication par cinq autres questions. Selon lui, la personne qui s'interroge sur la nature du processus communicationnel peut trouver des réponses en solutionnant les cinq interrogations contenues dans le schéma suivant:

MERTON, R.K., et *als*, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959, p. 569.

⁵⁴⁹ SEVERIN, W., et TANKARD, J., *Communication Theories*, 4^e éd., Longman, New York, 1997, p. 47.

⁵⁵⁰ LASSWELL, H.D., « The Structure and Function of Communication in Society », paru dans BRYSON, L., *The Communication of Ideas*, Harper, New York, 1948, p. 37-51; UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

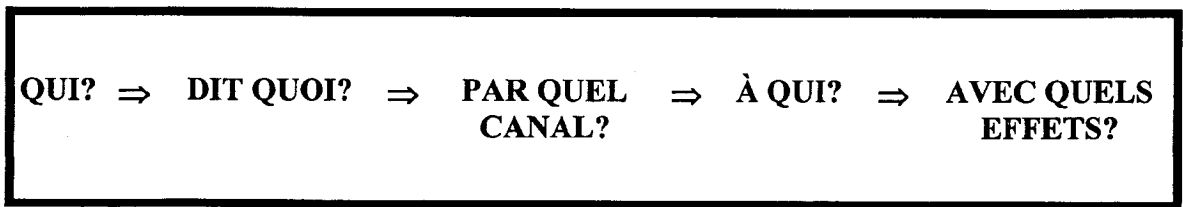


Figure 3 : *Schéma de la communication selon Lasswell*⁵⁵¹

Afin de pouvoir se prononcer de façon rigoureuse sur l'opportunité de recourir au modèle théorique élaboré par Lasswell pour illustrer la communication de la norme pénale, il nous faut évidemment détailler chacune des cinq composantes de ce schéma.

Débutons par la gauche du schéma. On y retrouve la première question, soit plus spécifiquement : « qui ? » ou, en de plus amples détails, « qui entame la communication » ? Cette recherche de l'émetteur du message peut sembler relativement simple. Or, il n'en est rien, car l'analyse de Lasswell dépasse le stade de l'émetteur apparent pour s'intéresser aux entités qui contrôlent, directement ou indirectement, le contenu du message.⁵⁵² Ainsi, c'est manifestement le journaliste qui signe le reportage mais qui décide des sujets de reportage ? Qui place le reportage à la une ou en page 17 ? Qui, en d'autres mots, contrôle la diffusion de la nouvelle ? Les mêmes questions se posent en matière juridique. C'est l'assemblée législative qui vote les lois mais qui siège à cette assemblée et quels sont les intérêts qui motivent ces personnes ? Voilà

⁵⁵¹ Ce schéma est une traduction libre de celui se trouvant dans : LASSWELL, H.D., « The Structure and Function of Communication in Society », paru dans BRYSON, L., *The Communication of Ideas*, Harper, New York, 1948, p. 44.

deux exemples de questions pertinentes à l'étude de la communication selon le modèle théorique de Lasswell.

La seconde partie du schéma de Lasswell porte sur le message et se résume par la question « dit quoi ? ». Une fois encore, cette question s'avère plus complexe qu'il n'y paraît. En effet, le message doit, à cette étape, être soumis à une analyse de contenu.⁵⁵³ Les mots choisis par l'émetteur pour véhiculer son message traduisent-ils un sentiment favorable ou défavorable à l'égard d'une minorité ? Le ton est-il agressif ? Conciliant ? Dubitatif ?⁵⁵⁴ Transposée dans le domaine juridique, l'analyse de contenu permettrait surtout de cerner les décisions politiques à la base des orientations législatives mises de l'avant par l'État. Bref, le « dit quoi ? » de Lasswell porte autant sur le message explicite transmis que sur les messages implicites qui l'accompagnent.

C'est la question « par quels canaux ? » qui occupe le centre du modèle théorique de Lasswell. Cette portion de l'analyse s'intéresse aux médias susceptibles de transmettre le message. L'expérience nous indique qu'il existe cinq façons par lesquelles un récepteur est susceptible d'emmagasiner une information, soit la vue, l'ouïe, l'odorat, le toucher et le goût.⁵⁵⁵ Le médium choisi par l'émetteur devra donc faire appel à l'un ou à plusieurs des sens du récepteur.

⁵⁵² UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁵³ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 229.

⁵⁵⁴ UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁵⁵ UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

Évidemment, certains sens permettent une communication facile et efficace. On pense tout de suite à la vue et à l'ouïe.

Cela étant dit, le choix d'un médium est aussi directement influencé par le type d'auditoire visé et par le nombre de personnes qui le constituent.⁵⁵⁶ Imaginons que l'État veuille entrer en contact avec les propriétaires de résidence isolées pour les informer de l'existence et du contenu du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*.⁵⁵⁷ Pour atteindre son auditoire cible, l'État devra utiliser un médium approprié. Une publicité visuelle en milieu urbain constituera vraisemblablement une dépense futile dans de telles circonstances. Dans la même veine, une publicité écrite visant à inciter les analphabètes à faire appel aux services d'un organisme d'aide à l'apprentissage risque également de se solder par un échec. Bref, la troisième partie du schéma de Lasswell nous oblige à faire une analyse contextuelle de l'efficacité des médias de communication utilisés par l'émetteur.⁵⁵⁸

Après l'émetteur, le message et le médium, c'est au tour du récepteur de passer sous la loupe. En effet, la quatrième portion du modèle de Lasswell nous demande « à qui ? » est adressé le message. Il s'agit alors d'identifier et d'analyser l'auditoire visé.⁵⁵⁹ Qu'est-ce qui intéresse les membres de l'auditoire ? Que savent-ils du sujet abordé dans le message ? Combien de temps vont-ils

⁵⁵⁶ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 259 et ss.

⁵⁵⁷ *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*, R.R.Q., c. Q-2, r.8, art. 87.18.

⁵⁵⁸ UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁵⁹ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 283 et ss.; UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media*

consacrer à la réception du message ? On conviendra qu'il s'agit là de questions pertinentes en matière de communication de la norme pénale. Ainsi, cette portion de la théorie de Lasswell nous permet d'apprendre que le message légal de l'État devra souvent être bref, simple et percutant, car son auditoire sera typiquement pressé, néophyte et désintéressé.

Le schéma de Lasswell se termine par la question « avec quels effets ? ». À ce niveau, c'est l'analyse des effets de la communication qui retient l'attention. Selon Lasswell, toute communication suppose un but quelconque de la part de l'émetteur.⁵⁶⁰ Le plus souvent, le processus communicationnel visera à influencer le récepteur.⁵⁶¹ Par exemple, la publicité de Bell Canada tente de faire augmenter la vente de services téléphoniques, les campagnes de Santé Canada visent à entraîner une diminution du tabagisme, etc. Évidemment, cette question sous-entend l'utilisation d'une méthode permettant de mesurer scientifiquement l'effet d'un message. La méthode la plus révélatrice à cet égard est certes l'analyse de la rétroaction émise par le récepteur suite à la réception du message.⁵⁶²

Ceci termine notre présentation du schéma de la communication selon Lasswell. Il nous reste donc à déterminer si ce modèle théorique reflète fidèlement les particularités de la communication de la norme pénale. À ce sujet, on retient surtout que les travaux de Lasswell s'attardent considérablement aux aspects cachés de la communication, tels l'identité réelle de l'émetteur ou les

Studies Infobase by Mick Underwood, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁶⁰ UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁶¹ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 323.

effets indirects de la communication. Cet intérêt s'explique sûrement par l'objet premier des travaux de Lasswell, soit la propagande politique. Par conséquent, nous sommes forcé de conclure que le modèle de Lasswell, bien que fort intéressant, doit être mis de côté pour le moment, car il ne fournit pas suffisamment de précisions sur l'aspect logistique du processus de communication de la norme pénale.

Cela étant dit, passons au dernier modèle à l'étude, soit le modèle mécaniste proposé par Claude Shannon.

1.3.4. Le modèle mécaniste de Shannon

Mathématicien de formation, l'américain Claude Shannon s'intéresse d'abord et avant tout à la logistique du processus de transmission de l'information.⁵⁶³ En 1949, Shannon publie, avec son collègue Warren Weaver, un recueil d'articles scientifiques sur le sujet, recueil intitulé *The Mathematical Theory of Communication*.⁵⁶⁴ C'est dans ce recueil qu'ils exposent le modèle théorique de la communication développé par Shannon, modèle qui dépeint surtout l'aspect mécanique du processus communicationnel. Voici d'ailleurs le schéma qui illustre le fonctionnement du modèle mécaniste de Shannon :

⁵⁶² UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁶³ -----, *Webencyclo*, Éditions Atlas, France, 2001, <http://www.webencyclo.com/> (site consulté le 2 septembre 2004).

⁵⁶⁴ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967 (date de la 11^{ème} impression).

The fundamental problem of communication is that of reproducing at one point either exactly or approximately a message selected at another point. Frequently the messages have meaning; that is they refer to or are correlated according to some system with certain physical or conceptual entities. These semantic aspects of communication are irrelevant to the engineering problem.⁵⁶⁷

Autrement dit, ce schéma dépeint la façon dont circule l'information tout en ignorant la signification intrinsèque de l'information elle-même.⁵⁶⁸ Ce changement de perspective provoque nécessairement une certaine confusion quant au sens exact du schéma. Pour mieux saisir la pensée de Shannon, il est donc essentiel d'examiner successivement chacune des parties de son modèle théorique de la communication. Débutons immédiatement par la portion « source / encodage ».

Selon Shannon et Weaver, la fonction de l'activité communicationnelle est la transmission d'un message entre deux ou plusieurs esprits.⁵⁶⁹ Cette optique présuppose l'existence d'un esprit source, ou pour tracer un parallèle avec les modèles précédents, d'un émetteur.⁵⁷⁰ La nécessité de communiquer résulte donc du désir de cet esprit source de transmettre une information à un esprit destinataire. Faute de télépathie, l'esprit source doit donner une forme

Underwood, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁶⁷ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 31.

⁵⁶⁸ ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 180.

⁵⁶⁹ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 3.

⁵⁷⁰ UNDERWOOD, M., « The Shannon-Weaver Model » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase* by Mick Underwood, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>; SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 7.

transmissible à l'information qu'il souhaite partager. Cette opération de matérialisation de l'information constitue l'encodage.⁵⁷¹ L'écriture constitue un bon exemple d'encodage d'une idée. Notons qu'un encodage déficient diminuera significativement l'efficacité de la transmission de l'information.⁵⁷²

Une fois encodée, l'information devient, selon Shannon, un message susceptible d'être véhiculé par un des divers canaux de transmission existants.⁵⁷³ Ainsi, l'envoi par la poste (un canal) d'une lettre (un message) permet la transmission d'informations par l'esprit source. Le schéma illustre cette réalité en plaçant le message au centre et en l'entourant du canal.

Évidemment, il ne suffit pas d'envoyer une lettre par la poste pour transmettre infailliblement une information. Il est possible que la lettre soit égarée par le facteur ou, encore, que la mauvaise qualité du papier et de l'encre utilisés en rende la lecture laborieuse. Toutes ces possibilités constituent des exemples de bruit selon le schéma de Shannon. En effet, il y a eu du bruit chaque fois que le canal restitue au destinataire une information différente de celle qui lui a été confiée par la source.⁵⁷⁴ Le bruit, on l'aura deviné, affecte parfois

⁵⁷¹ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 7.

⁵⁷² UNDERWOOD, M., « The Shannon-Weaver Model » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁷³ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 7.

⁵⁷⁴ ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 177-78; UNDERWOOD, M., « The Shannon-Weaver Model » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

considérablement l'efficacité de la transmission de l'information entre l'esprit source et l'esprit destinataire, car il déforme le message.⁵⁷⁵

Supposons que la transmission de la lettre n'a pas posé problème en l'espèce, est-ce à dire que la communication de l'information est réussie ? Non, car le schéma de Shannon prévoit alors une étape finale, soit le décodage du message par l'esprit destinataire. En quelques mots, le décodage est le procédé inverse de l'encodage; c'est un message codé qui se transforme en une information susceptible d'être comprise.⁵⁷⁶ Évidemment, le décodage de l'information, à l'instar de son encodage, est une opération délicate qui nécessite l'existence d'un code commun entre l'esprit source et l'esprit destinataire.⁵⁷⁷ Ainsi, un message rédigé en portugais risque de ne jamais être décodé si l'esprit destinataire ne connaît pas cette langue.

Ces remarques résument l'essence du modèle mécaniste de Shannon. À première vue, il s'agit d'un schéma qui convient parfaitement en matière de communication de la norme pénale.⁵⁷⁸ En effet, le modèle de Shannon représente particulièrement bien le fonctionnement des processus de communications unidirectionnels et anonymes. Or, nous avons vu que la communication de la norme pénale n'est pas une conversation soutenue entre deux personnes, ou deux

⁵⁷⁵ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 19.

⁵⁷⁶ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 7; ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 179.

⁵⁷⁷ UNDERWOOD, M., « The Shannon-Weaver Model » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

⁵⁷⁸ WITTEVEEN, W.J., « Significant, Symbolic and Symphonic Laws », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 27, 31.

groupes de personnes mais plutôt un processus formel et autoritaire,⁵⁷⁹ donc essentiellement unidirectionnel et anonyme. Bref, il s'agit du type même de communication que Shannon avait en tête au moment d'élaborer son modèle.

Au surplus, le modèle théorique de Shannon met l'accent sur la nécessité d'encoder et de subséquemment décoder le message. Cette double opération est omniprésente en matière de communication de la norme pénale en raison, d'une part, de l'emploi d'un langage technique par l'État et, d'autre part, de l'importance numérique et de la diversité de l'auditoire visé. Le modèle théorique de Shannon représente donc fidèlement le lien étroit entre l'efficacité du processus de communication de la norme pénale et le choix d'un code à la fois technique et accessible à un grand nombre d'individus aux capacités variées et variables. Autrement dit, ces deux caractéristiques de la communication de la norme pénale sont mises en lumière par le modèle de Shannon.

Pour ces raisons, nous sommes d'avis qu'il faut nous baser sur le modèle théorique développé par Claude Shannon afin d'évaluer précisément le niveau d'efficacité du processus canadien de communication de la norme pénale.⁵⁸⁰ Si le besoin le justifie, nous pourrions également nous inspirer de ce modèle théorique pour suggérer des modifications visant à améliorer ce processus.

Dans cette optique, passons maintenant au second chapitre de cette partie traitant des sciences de la communication, soit l'élaboration d'un modèle théorique

⁵⁷⁹ Voir nos remarques au sujet du caractère formel et autoritaire de la communication de la norme pénale à la section 1.2.1 du présent texte.

⁵⁸⁰ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 204 (<http://webdroit.unige.ch/>); WITTEVEEN, W.J., « Significant, Symbolic and Symphonic Laws », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 27, 31.

de la communication de la norme pénale à partir du modèle général de la communication de Shannon.

2. Repenser la communication de la norme pénale à partir d'un modèle théorique

En matière de communication, les solutions retenues découlent souvent directement de la théorie à laquelle adhère le planificateur de la communication.⁵⁸¹ Évaluer et remanier une activité communicationnelle donnée à la lumière d'une base théorique scientifiquement reconnue n'est donc pas une opération futile. Au contraire, ce processus permet de vérifier si ce qui est fait en pratique correspond à ce qui devrait se faire en théorie et, au besoin, de corriger le tir.

À l'évidence, l'efficacité relative des modalités canadiennes de communication de la norme pénale s'explique notamment par l'absence d'une conception théorique quant à la façon de procéder efficacement à celle-ci. C'est à cette lacune fondamentale que le présent chapitre entend remédier. En effet, nous tenterons, dans les pages qui suivent, d'élaborer un cadre théorique susceptible de dicter, en pratique, les paramètres du processus de communication de la norme pénale. L'élaboration de ce cadre théorique nous permettra, de plus, d'identifier les déficiences du système en vigueur.

Tel qu'expliqué lors du chapitre précédent, nous avons choisi le modèle de la communication de Shannon comme ossature de notre modèle théorique de la communication de la norme pénale. Évidemment, des modifications mineures devront être apportées à ce modèle afin de s'assurer qu'il reflète la spécificité de la communication de la norme pénale. Nous insisterons, par exemple, sur la composante sémantique de la communication de la norme pénale, un aspect

⁵⁸¹ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 5 et ss.

quelque peu négligé par le modèle de Shannon.⁵⁸² Cela étant, nous conserverons, par souci de clarté, la structure générale du modèle de Shannon. Nous tracerons donc un cadre théorique de la communication de la norme pénale en examinant successivement les notions de source, d'encodage, de canal, de message, de décodage et finalement de destinataire. S'il peut sembler que nous escamotons la notion de bruit, mentionnons immédiatement que ce n'est pas le cas. Nous avons simplement choisi de traiter de celle-ci à l'intérieur des notions d'encodage et de message.

Sur ce, entamons l'élaboration de notre modèle théorique de la communication de la norme pénale en traitant des particularités de la source de l'information juridique pénale.

2.1. LA SOURCE DE L'INFORMATION JURIDIQUE PÉNALE

En théorie, c'est la source, aussi désignée sous le vocable d'émetteur, qui déclenche le processus de communication de la norme pénale. L'identification précise des entités qui assument ce rôle et la description des tâches qu'elles accomplissent s'avèrent donc des renseignements cruciaux dans l'élaboration d'un modèle théorique révélateur. Pour obtenir ces données, nous devons répondre aux deux questions suivantes : qui est la source de la communication de la norme pénale et que fait cette entité ou plutôt que devrait-elle faire ?

⁵⁸² UNDERWOOD, M., « The Shannon-Weaver Model » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase* by Mick Underwood, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

2.1.1. Qui est la source de la communication de la norme pénale ?

Dans la société canadienne, plusieurs personnes ou entités transmettent quotidiennement des messages quant au contenu de la norme pénale. La liste de ces personnes ou entités inclut notamment les divers paliers de gouvernement, les tribunaux, les avocats, les notaires, les journalistes, les fonctionnaires et plusieurs simples justiciables qui s'intéressent au sujet.⁵⁸³ Est-ce que chacun de ces intervenants peut être qualifié de source en matière de communication de la norme pénale ? Bien sûr que non, car il faut distinguer une source officielle de communication et un intermédiaire qui assure une plus grande diffusion du message provenant initialement de la source.

Dans cette optique, nous croyons que seul l'État, par le biais des divers législateurs et des tribunaux, peut jouer le rôle de source d'informations en matière pénale. Cette position est d'ailleurs compatible avec la théorie juridique pénale canadienne, théorie qui partage le pouvoir de créer le droit pénal entre le législateur et les tribunaux, deux entités étatiques.⁵⁸⁴ Dans la mesure où ces deux entités étatiques sont les seules titulaires du pouvoir de créer la norme pénale,⁵⁸⁵ il

⁵⁸³ Pour ce qui est du rôle joué par le justiciable moyen dans la communication de la norme pénale, un bref survol d'Internet permet de saisir l'ampleur étonnante du phénomène. En effet, on y retrouve de nombreuses informations, souvent exactes mais parfois erronées, quant au contenu de la norme pénale. À titre d'exemple, voir http://ca.geocities.com/jfcavanagh/droit/Droit_main.htm. (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

⁵⁸⁴ Quant au pouvoir créateur des tribunaux, voir *United Nurses of Alberta c. Procureur-général de l'Alberta*, [1992] 1 R.C.S. 901, 930; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, 736 et ss. et, généralement, *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

⁵⁸⁵ Évidemment, le rôle de créateur principal de la norme est assumé, en droit pénal canadien, par les divers législateurs alors que les tribunaux se contentent du rôle de créateur secondaire de la norme pénale.

est normal que la responsabilité de communiquer le fruit de leur travail échoie à l'État.

Pour ce qui est des autres entités ou personnes sur notre liste, il faut conclure qu'elles font office d'intermédiaires entre la source officielle et les destinataires. Elles ne sont donc pas des sources primaires d'informations au sens de notre modèle théorique. Cette conclusion est renforcée par le fait que la communication de la norme pénale présente un aspect formel et autoritaire. Dans ce contexte, Il est impératif que le lancement de l'activité communicationnelle soit assumé par une entité officielle et à l'aide de véhicules hautement formels telles la législation et la décision judiciaire.

Cela étant dit, le législateur et les tribunaux se subdivisent chacun en trois sous-sources d'informations potentielles, ce qui nous donne un total de six sources d'informations en matière de communication de la norme pénale. À ce stade-ci, il convient d'illustrer nos propos à l'aide d'un tableau résumant les diverses sources d'informations possibles :

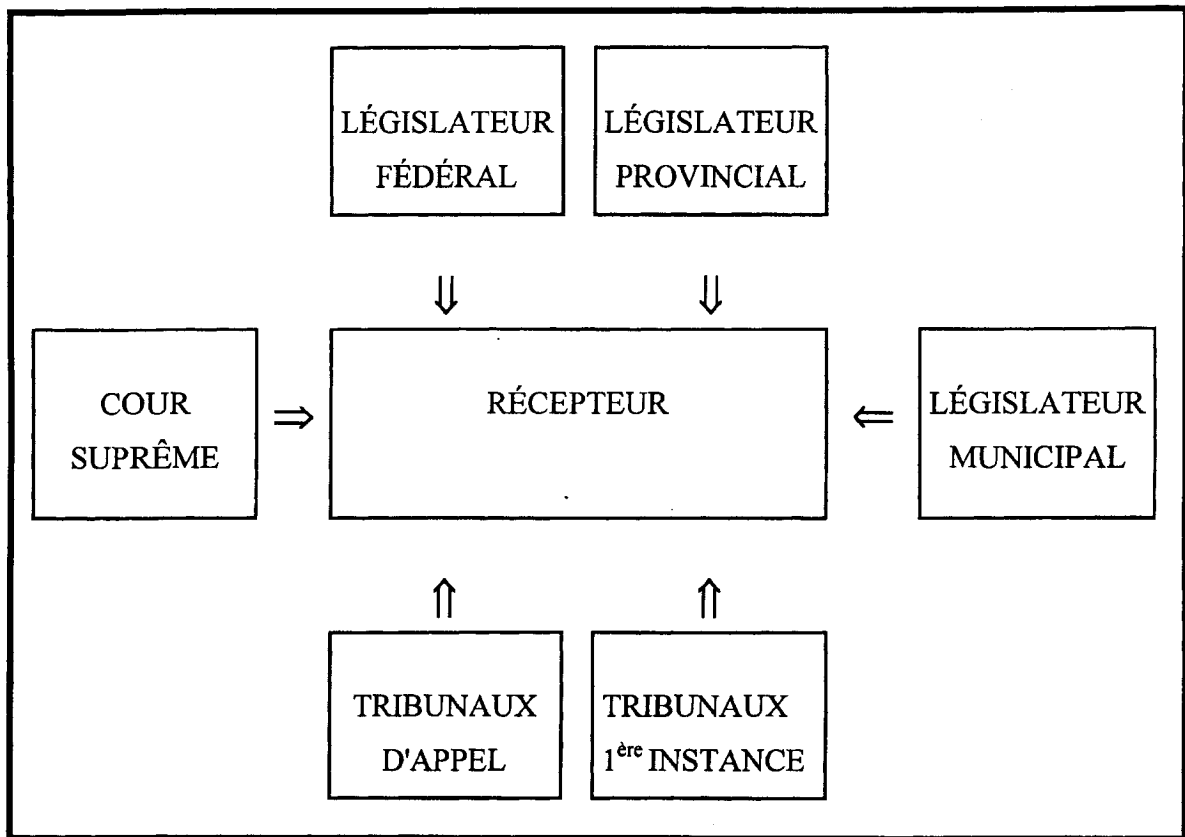


Figure 5 : *Les six sources d'informations possibles en matière de communication de la norme pénale*

Précisons que cette figure illustre une version idéalisée du processus de communication de la norme pénale. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le message pénal n'est pas directement adressé, en droit canadien, au justiciable.⁵⁸⁶ Quoiqu'il en soit, l'identification des sources d'informations possibles en matière de communication de la norme pénale, nous permet de poser le premier jalon d'un modèle théorique adapté à ce contexte particulier. En effet, nous savons maintenant que c'est l'État qui joue le rôle de source de la norme pénale et qui doit assumer, à ce titre, des tâches précises.

2.1.2. Quel est le rôle exact de la source d'informations ?

À première vue, le rôle de la source d'informations en matière de communication de la norme pénale semble évident; elle doit enclencher le processus de communication. Ce n'est cependant pas là le seul rôle d'une source d'informations. Selon les sciences de la communication, la source doit aussi soigneusement sélectionner l'information qu'elle désire transmettre parmi une foule d'informations possibles.⁵⁸⁷

Pourquoi est-il impératif que la source de la norme pénale opère un tri parmi les informations juridiques potentiellement transmissibles ? Imaginons un instant un monde où chaque article de chaque loi et de chaque règlement ainsi que toutes les lignes de chaque décision judiciaire font l'objet d'une tentative de communication efficace au justiciable. Nous savons tous qu'une grande partie des lois, des règlements et des décisions judiciaires n'altère pas le contenu de la norme pénale applicable. À preuve, si le législateur provincial modifie la *Loi sur l'assurance automobile* pour augmenter le quorum du groupement des assureurs automobiles,⁵⁸⁸ est-ce vraiment nécessaire d'en informer systématiquement tous les justiciables ?

Dans cette optique, il est indispensable que la source d'informations en matière pénale, en l'occurrence l'État, opère un tri rigoureux de l'information à transmettre afin d'éviter de surcharger le canal de transmission ou, à plus long

⁵⁸⁶ Voir à ce sujet les commentaires formulés à la section 1.3.2.2 de la première partie de ce travail.

⁵⁸⁷ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 215 et ss.

terme, de perdre l'intérêt des récepteurs. En d'autres mots, la source doit aussi assumer le rôle de *sélectionneur* de l'information.⁵⁸⁹

Cela dit, la tâche du sélectionneur est délicate. Un tri insuffisant mène inexorablement à une communication excessive qui fait perdre du temps au récepteur.⁵⁹⁰ À l'opposé, une sélection indûment restrictive prive ce dernier d'informations cruciales dans certaines occasions ou l'oblige à faire lui-même le travail pour dénicher l'information pénale requise mais non-sélectionnée pour fins de communication.⁵⁹¹

Pour éviter ces dangers et donc opérer un tri convenable, le sélectionneur de l'information pénale à communiquer doit se poser, entre autres, les questions suivantes :

- Parmi les informations disponibles, quelles sont celles que les membres de l'auditoire ont besoin de connaître ?
- Qu'est-ce que l'auditoire sait déjà ?
- Qu'est-ce que l'auditoire saura comprendre ?⁵⁹²

Sélectionner l'information qui mérite d'être transmise s'avère donc une tâche complexe aux résultats incertains.⁵⁹³ Cependant, les réponses aux

⁵⁸⁸ *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 164.

⁵⁸⁹ LEWIN, K., « Channels of Group Life », (1947) 1 *Human Relations*, 143,153.

⁵⁹⁰ WINDAHL, S. et *als.*, *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 216.

⁵⁹¹ ROGERS, E.M., ROGERS, R.A., *Communication in Organizations*, Free Press, New York, 1976, p. 103.

⁵⁹² WINDAHL, S. et *als.*, *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 215.

questions précédentes permettent à l'État, source d'informations en matière pénale, d'identifier plus aisément les parties de la production de normes qui méritent de faire l'objet d'une communication systématique. À notre avis, le seul fait de sélectionner plus soigneusement les informations pénales qui doivent impérativement être transmises améliorera de façon marquée le processus canadien de communication de la norme pénale. En effet, l'une des principales lacunes du système actuel est définitivement la transmission en bloc de l'ensemble du corpus légal. Un peu plus de retenue, et surtout d'ordre, à cet égard ne feraient certainement pas de tort.

Voilà qui complète nos remarques théoriques quant à la source d'informations et quant au rôle qu'elle joue en matière de communication de la norme pénale. Déjà, notre modèle théorique nous indique une faiblesse du processus canadien de communication de la norme pénale, car l'État n'y assume pas une obligation de trier l'information pénale avant de la transmettre au justiciable. Cette observation nous sera d'ailleurs utile lorsque viendra le temps de suggérer des modalités nouvelles de communication de la norme pénale.

Avant de se faire, nous devons toutefois continuer l'élaboration de notre cadre théorique de la communication de la norme pénale en abordant la notion d'encodage de l'information.

⁵⁹³ ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 226 et ss.; MANNING WHITE, D., « Le sélectionneur : étude sur la sélection des nouvelles », paru dans BALLE, F., PADIOLEAU, J.G., *Sociologie de l'information*, Larousse, Paris, 1973, p. 203 et ss.

2.2. L'ENCODAGE DE L'INFORMATION JURIDIQUE PÉNALE

Que se passe-t-il une fois que la source en matière de communication de la norme pénale a sélectionné une information qui mérite d'être transmise ? L'information pénale en question doit alors être codée afin de pouvoir être expédiée au destinataire visé.⁵⁹⁴ En effet, l'encodage est une étape nécessaire en communication, car le destinataire ne peut pas lire dans les pensées de la source. Celle-ci doit donc donner une forme matérielle à l'information pénale qu'elle a sélectionnée afin de pouvoir la communiquer efficacement à autrui. Évidemment, seule la source de l'information pénale, soit l'État, dispose d'un accès à l'information à l'état brut et c'est pourquoi la tâche d'encoder celle-ci lui incombe. Dans les faits, ce sont l'organe législatif et l'organe judiciaire de l'État qui confèrent une forme codée à la norme pénale.

Sans surprise, cette opération d'encodage est délicate, car il s'agit essentiellement de réduire à quelques symboles les nuances d'une idée souvent complexe. Par conséquent, l'encodeur doit être particulièrement vigilant s'il veut que le message encodé corresponde, autant que possible, à l'information qu'il désire communiquer.

Ce n'est pas toutefois pas la fidélité de l'encodage mais plutôt le choix du code utilisé qui pose le plus souvent problème. En effet, un encodage efficace présuppose l'utilisation d'un code commun à l'encodeur, soit l'État, et au décodeur,

⁵⁹⁴ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 7.

soit le justiciable.⁵⁹⁵ Si, par exemple, la majorité des décodeurs visés ignore les subtilités du code morse, il ne seront vraisemblablement pas en mesure de saisir la signification de la série de sons qui leur est transmise par l'encodeur et donc d'en extraire l'information. En ce cas, on peut dire que le choix du code morse par l'encodeur s'avère discutable, car il s'agit d'un code peu accessible dans les circonstances.

Malencontreusement, les codes accessibles ne sont pas toujours ceux susceptibles de traduire adéquatement les subtilités de la communication humaine. C'est particulièrement vrai en matière de communication de la norme pénale. En ce domaine, l'encodage oblige souvent l'État à choisir entre un code imprécis mais accessible et un code précis mais inaccessible. Pour mieux saisir le sérieux de ce dilemme, procédons en deux étapes. Expliquons, d'abord, pourquoi la nature de l'information juridique pénale requiert l'emploi d'un code spécialisé. Suite à cette explication, nous serons en mesure d'identifier les conséquences de l'utilisation du code légal typique sur le niveau d'efficacité du processus de communication de la norme pénale.

2.2.1. L'encodage de la nécessaire complexité de la norme pénale

Pour illustrer les préoccupations propres à l'encodage, nous avons choisi de situer notre étude dans le contexte du droit de l'environnement. Plus spécifiquement, nous nous sommes demandé s'il était préférable d'encadrer l'émission de substances polluantes sans avoir recours à un code technique, donc

⁵⁹⁵ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 206 (<http://webdroit.unige.ch/>).

inaccessible pour la majorité des justiciables concernés. La norme suivante, tirée du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées* nous donne une idée du type de code technique qui prévaut parfois en matière de normes environnementales :

87.18. L'effluent du système de traitement tertiaire doit respecter les normes maximales de rejet suivantes, selon le type de système de traitement tertiaire installé:

Paramètre	Norme selon le type de système de traitement tertiaire		
	Avec déphosphatation	Avec désinfection	Avec déphosphatation et désinfection
DBO5C	15 mg/l	15 mg/l	15 mg/l
MES	15 mg/l	15 mg/l	15 mg/l
Phosphore total	1 mg/l	-	1 mg/l
Coliformes fécaux	50 000 UFC/100 ml après réactivation	200 UFC/100 ml après réactivation	200 UFC/100 ml après réactivation

Il y a dépassement de l'une de ces normes si la concentration pour un même paramètre dans 2 échantillons prélevés à l'intérieur d'une période de 60 jours excède la norme indiquée ci-dessus pour ce paramètre.⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*, R.R.Q., c. Q-2, r.8, art. 87.18.

Notons que le défaut de se conformer à cette norme pointue constitue une infraction passible d'une amende variant entre cinq cents dollars et deux mille dollars dans le cas d'une première infraction.⁵⁹⁷ Cette norme peut donc être qualifiée de norme pénale au sens de notre étude.

Supposons, pour les fins de la discussion, que le justiciable concerné soit au courant de l'existence de l'article 87.18 du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*. Est-ce à dire qu'il peut alors décoder l'information juridique contenue dans cette disposition ? On peut en douter. Sans l'assistance d'un expert en matière de systèmes de traitement des eaux usées, il y a plutôt fort à parier que le code langagier technique de cette norme pénale la rende inintelligible pour le justiciable ordinaire.

Dans ce cas, on pourrait croire qu'il suffit à l'État d'employer un code plus simple pour se faire comprendre. Un bon exemple de norme environnementale codée en termes relativement accessibles se trouve à l'article 13 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario. Cet article se lit comme suit :

13. (1) Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit déposer, ajouter, émettre ou rejeter un contaminant, ou causer ou permettre le dépôt, l'ajout, l'émission ou le rejet dans l'environnement naturel d'un contaminant qui :

a) cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel

⁵⁹⁷ *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*, R.R.Q., c. Q-2, r.8, art. 89.

relativement à tout usage qui peut en être fait
[...].⁵⁹⁸

Si l'on résume, le droit ontarien prohibe, entre autres, le rejet d'un contaminant qui cause une dégradation de la qualité de l'environnement relativement à tout usage qui peut en être fait. L'article 87.18 du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées* et l'article 13 de la *Loi sur la protection de l'environnement* créent donc tous deux une norme environnementale dont la violation constitue une infraction pénale. On conviendra toutefois que l'encodage de ces deux normes diffère fondamentalement.

À première vue, le code utilisé pour énoncer la norme prévue par la *Loi sur la protection de l'environnement* semble préférable à celui employé par l'État dans le cadre du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*. Après tout, la notion de dégradation de l'environnement est une notion plus accessible que celle de quantité de phosphore rejetée par un système de traitement tertiaire avec déphosphatation et désinfection.

⁵⁹⁸ Art. 13, *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. (1980) ch. 141. Soulignons que le droit québécois comporte aussi une infraction de ce genre, soit l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. (1977) c. Q-2 :

20. Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens.

Cette apparente accessibilité s'avère toutefois trompeuse. En pratique, la notion de dégradation de l'environnement est fuyante pour ne pas dire imprécise. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs dû intervenir pour clarifier le sens du terme « usage » dans l'expression « dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait ». ⁵⁹⁹

Cette situation ne favorise certainement pas un processus efficace de communication de la norme pénale. Le code employé par la *Loi sur la protection de l'environnement* est peut-être accessible mais la généralité de ce code accessible empêche tout décodage précis et exige donc l'intervention judiciaire pour en saisir la portée exacte. C'est justement ce pourquoi les chercheurs en légistique nous mettent en garde contre la volonté de vouloir simplifier à outrance le code légal :

L'édition de lois simples serait extrêmement trompeuse. **Très vite, la jurisprudence compléterait le texte législatif. Or, la jurisprudence est encore plus inaccessible au commun des mortels que la loi;** la loi simple retournerait ainsi très vite à son état de communication adressée à des spécialistes. Le mouvement visant à rédiger des lois simples et compréhensibles par tous ne fournit dès lors qu'une illusion de simplification. ⁶⁰⁰

(caractère gras ajouté)

À tout bien considérer, la norme mathématique complexe mais précise du *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées* paraît désormais plus accessible. Au moins, le justiciable propriétaire d'une

⁵⁹⁹ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031.

résidence isolée munie d'un système de traitement tertiaire avec déphosphatation et désinfection n'a pas à éplucher les recueils jurisprudentiels pour déterminer si le rejet de dix milligrammes de phosphore par litre d'eau usée est « susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens », le tout en contravention à l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Plus simplement, sacrifier la précision de la norme pénale pour augmenter son niveau d'accessibilité devient un pari dangereux. L'emploi d'un code accessible est théoriquement louable mais, dans certains domaines d'activités spécialisées, la nécessité d'utiliser un langage technique précis doit prévaloir lorsque vient le moment d'encoder la norme légale.⁶⁰¹ Cela étant dit, dans quelle mesure l'emploi d'un langage technique lors de l'encodage affecte-t-il l'efficacité de la communication de la norme pénale ? Pour le savoir, penchons-nous sur la notion de code commun.

2.2.2. Le mirage d'un code juridique commun

D'entrée de jeu, établissons une chose : il n'existe pas deux interprétations en tout point identiques d'un même code langagier.⁶⁰² La texture ouverte des mots entraîne inexorablement un certain pourcentage de divergence de sens lors du

⁶⁰⁰ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 200 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁶⁰¹ Dans une telle hypothèse, on peut souhaiter qu'il appartiendra alors au justiciable de consulter un professionnel compétent pour déchiffrer la norme pénale et à l'État de reconnaître la nécessité de cette consultation par le biais d'une défense d'erreur de droit provoquée par les conseils inexacts d'un juriste.

⁶⁰² CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 207 (<http://webdroit.unige.ch/>).

décodage d'un même texte par deux ou plusieurs décodeurs distincts. L'ampleur de cette divergence sera inversement proportionnelle à la taille de la fraction du code qui est commune. Pour bien saisir cette relation entre l'efficacité du décodage et la taille du code commun, il est essentiel de l'illustrer au moyen de trois figures.

Débutons par l'hypothèse idéale. La Figure 6 dépeint une situation dans laquelle le code utilisé par l'émetteur du message coïncide en grande partie avec celui du récepteur.⁶⁰³ Plus spécifiquement, le code de type elliptique « B » recoupe le code rectangulaire « A » dans la proportion de l'espace « C ».

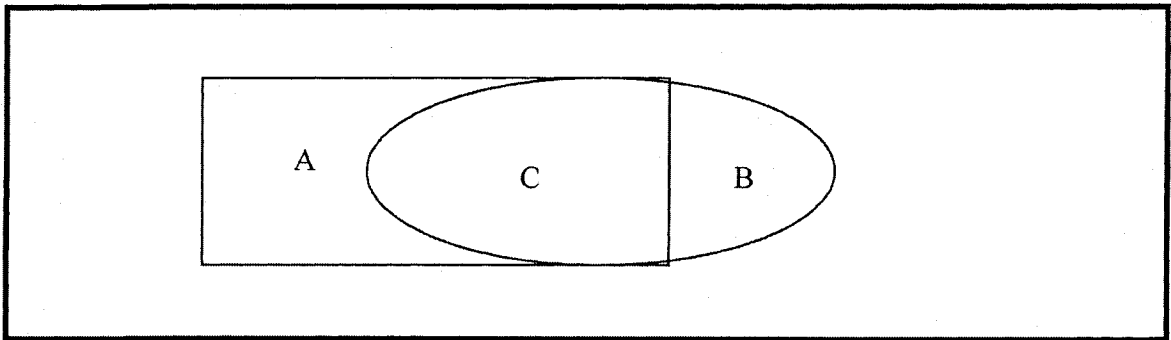


Figure 6 : *Illustration d'un code commun large*

Dans l'hypothèse illustrée par la Figure 6, le processus de communication est potentiellement très efficace, car le récepteur (« B ») sera en mesure de décoder une portion substantielle (l'espace « C ») du message transmis par

⁶⁰³ Il s'agit d'une situation idéale, car il ne saurait y avoir, dans le contexte d'une communication écrite, adéquation parfaite entre le code de l'émetteur et le code du récepteur : CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 207 (<http://webdroit.unige.ch/>).

l'émetteur (« A »). Évidemment, une information correctement décodée est plus susceptible d'être comprise.

Bien entendu, le contexte de la communication n'est pas toujours idéal. Dans bien des cas, la signification du code utilisé par l'émetteur échappe en grande partie au récepteur. Imaginons par exemple un touriste francophone qui tente de communiquer avec un serveur anglophone. Avec un peu de chance et beaucoup d'efforts, ces deux personnes pourront échanger des informations de base grâce à un mélange de codes verbaux et non verbaux. Toute transmission d'informations complexes entre ces deux acteurs se soldera cependant par un échec en raison de l'impossibilité pour le récepteur de décoder avec précision les messages de l'émetteur. C'est cette hypothèse d'efficacité réduite du processus de communication qui est illustrée par la Figure 7 ci-dessous :

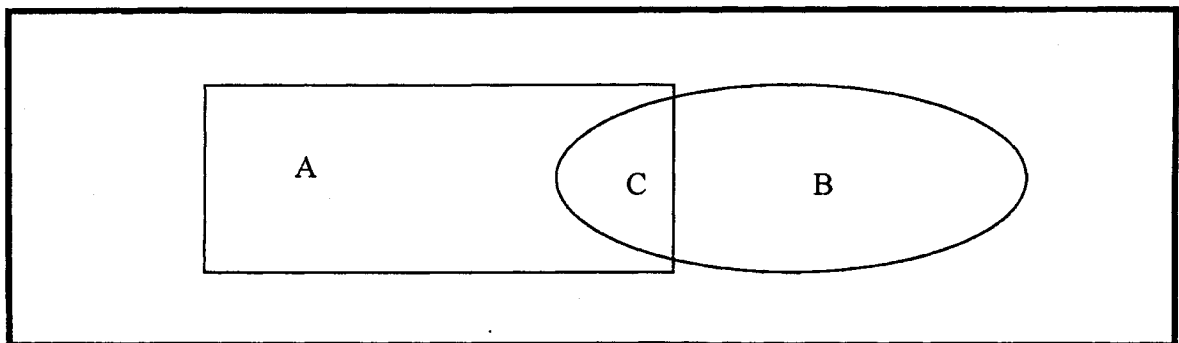


Figure 7 : *Illustration d'un code commun restreint*

En observant la Figure 7, on remarque immédiatement une diminution sensible de la portion « C ». En effet, le code rectangulaire utilisé par l'émetteur (« A ») ne recoupe que marginalement le code elliptique familier au récepteur (« B »). Dans une telle situation, seul un faible pourcentage du message sera

correctement décodé et la majorité de l'information transmise par « A » échappera donc à « B ».

Nos deux premières figures illustrent des hypothèses où l'émetteur « A » et le récepteur « B » partagent à tout le moins un code commun minimal. Cependant, il arrive parfois que le récepteur ignore tout du code utilisé par l'émetteur. Ce sera, par exemple, le cas si le récepteur d'un message écrit est analphabète. Pour illustrer cette troisième hypothèse, il nous faut recourir à la Figure 8, figure dans laquelle le code rectangulaire de l'émetteur « A » est totalement distinct du code elliptique accessible au récepteur « B ». Il en résulte une absence de code commun ou, au plan géométrique, l'inexistence d'un espace « C ».

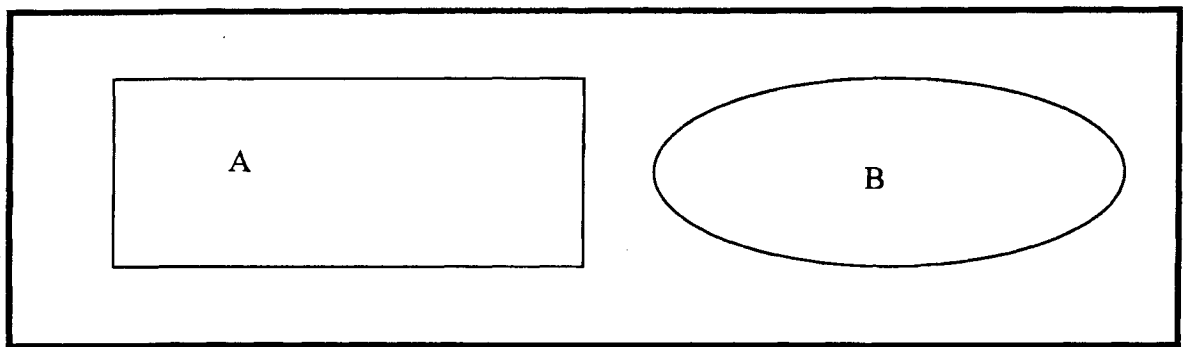


Figure 8 : *Illustration d'une absence de code commun*

Inévitablement, cette absence de code commun ou d'espace « C » entre l'émetteur et le récepteur conduira à l'échec de l'activité communicationnelle.⁶⁰⁴ La

⁶⁰⁴ WITTEVEEN, W.J., « Significant, Symbolic and Symphonic Laws », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 27, 32.

Figure 8 dépeint donc une situation d'incompréhension totale et la seule façon d'y remédier serait d'employer un code plus accessible pour le récepteur.

Si l'on résume, les trois figures précédentes illustrent les divers degrés de communauté du code et leurs conséquences sur l'efficacité du processus de communication. À première vue, on pourrait croire que les deux dernières hypothèses, des situations où le code commun est limité ou inexistant, s'avèrent en pratique rarissimes. Est-ce toutefois vraiment le cas lorsqu'il est question de la communication de la norme pénale ? Le recours à un langage technique lors de l'encodage des normes pénales nous amène à en douter. Ainsi, le code utilisé par l'État pour rédiger la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est certainement pas substantiellement partagé par une portion significative de la population canadienne.⁶⁰⁵ Pourtant, cette loi comporte des dispositions pénales.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) ch. 1 (5^e supp). Devant l'embarras du choix de dispositions fiscales rédigées dans un langage technique inaccessible au commun des mortels, soulignons l'alinéa 14 (1) qui se lit (!) comme suit :

14. (1) Lorsque, à la fin d'une année d'imposition, le total des montants représentant chacun la valeur, déterminée relativement à une entreprise d'un contribuable, de l'élément E de la formule applicable figurant à la définition de "montant cumulatif des immobilisations admissibles" au paragraphe (5) (appelé "montant en immobilisations admissible" au présent article) ou de l'élément F de cette formule excède le total des valeurs des éléments A à D de cette formule relativement à l'entreprise, la somme des montants ci-après est à inclure dans le calcul du revenu du contribuable tiré de l'entreprise pour l'année.

a) le montant éventuel égal au moins élevé des montants suivants:

- (i) l'excédent en question,
- (ii) la valeur de l'élément F à la fin de l'année relativement à l'entreprise;

b) le montant éventuel obtenu par la formule suivante: $\frac{2}{3} \times (A - B - C - D)$ où,

A représente l'excédent en question,
B la valeur de l'élément F à la fin de l'année relativement à l'entreprise,

C'est à ce moment que l'on se retrouve devant un paradoxe. D'une part, certaines normes nécessitent l'emploi d'un encodage si précis que le recours à un langage technique s'impose de lui-même. D'autre part, l'efficacité de la communication de la norme pénale passe habituellement par l'utilisation d'un code commun au plus grand nombre de récepteurs. Au moment de l'encodage, le choix se résume donc à être imprécis ou à être incompris.

Heureusement, une solution mitoyenne est envisageable. En effet, il devient possible de rédiger des normes pénales à l'aide d'un code technique si l'État compense cette lacune en s'assurant de la présence d'intermédiaires en mesure de vulgariser, au besoin, le code utilisé. Les couches de la population qui ne sont pas familières avec le code de la norme pénale pourraient donc recourir à ces intermédiaires afin de prendre connaissance du contenu du message étatique qui leur est adressé.⁶⁰⁷

On notera que le processus de communication de la norme pénale en vigueur au Canada n'incite pas le justiciable à recourir à l'aide d'experts pour procéder au décodage de la norme pénale. En effet, ce processus n'accorde aucune valeur à l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste. Pourtant, on peut penser que dans l'immense majorité des cas, les conseils d'un juriste aident le justiciable à décoder correctement la norme pénale ce qui, en bout

C la moitié de la valeur de l'élément Q de la formule applicable figurant à la définition de "montant cumulatif des immobilisations admissibles", au paragraphe (5), à la fin de l'année relativement à l'entreprise,
D le montant demandé par le contribuable, jusqu'à concurrence de son solde des gains exonérés relativement à l'entreprise pour l'année.

⁶⁰⁶ Voir les articles 238 et ss., *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) ch. 1 (5^e supp).

de ligne, augmente l'efficacité du processus de communication de celle-ci. Manifestement, il s'agit là d'un autre point où le processus canadien de communication de la norme pénale diverge de notre modèle théorique en la matière.

C'est sur cette observation que se termine notre étude de l'encodage de la norme pénale. Jusqu'à présent, notre modèle théorique nous enseigne que l'information pénale doit être sélectionnée et encodée et nous avons constaté que le processus canadien de communication de la norme pénale comporte des déficiences à l'égard de chacun de ces deux aspects. Cela étant dit, continuons néanmoins d'élaborer notre modèle théorique.

Une fois la sélection et l'encodage de la norme pénale effectuée, celle-ci peut alors être transmise. C'est à ce moment que se pose la question du choix du canal de transmission. Pour en savoir plus à ce sujet, examinons l'importance du choix du canal de transmission dans le processus de communication de la norme pénale.

2.3. LE CHOIX DU CANAL DE TRANSMISSION DE LA NORME PÉNALE

Quelle est la façon la plus rentable, en terme de coûts et d'efficacité, pour rejoindre l'auditoire visé ? C'est là une question fondamentale en matière de communication, la sélection d'un canal inadéquat menant systématiquement à l'échec, tout au moins partiel, de l'activité communicationnelle. Dans un contexte

⁶⁰⁷ Évidemment, se posera alors la question de la distorsion du contenu de la norme pénale lors de sa vulgarisation. Nous aborderons ce problème à la section 2.4.1 de la

de communication normale, le choix d'un canal approprié est un processus à la fois complexe et incertain.⁶⁰⁸ Ces difficultés inhérentes se trouvent accentuées en matière de communication de la norme pénale, car l'auditoire visé est varié et variable, donc particulièrement difficile à rejoindre.

Heureusement, les chercheurs en science de la communication ont mis au point des critères permettant d'orienter le choix d'un canal de transmission de l'information pénale. Nous examinerons, dans un premier temps, le fruit de leur travail. Une fois muni de ces renseignements, il nous sera possible, dans un second temps, de dresser la liste des canaux présentement utilisés pour procéder à la communication de la norme pénale et de vérifier si cette sélection s'avère appropriée dans les circonstances.

2.3.1. Les critères permettant de diriger la recherche d'un canal adéquat

Le choix d'un canal de transmission ne se fait habituellement pas au hasard. Au contraire, plusieurs données théoriques et pratiques doivent être prises en considération si la source d'information veut faire une sélection éclairée à ce sujet. Les données ou facteurs susceptibles d'influer sur le choix d'un canal de transmission ont fait l'objet d'une étude détaillée de la part du professeur Robert Hornik de l'Université Stanford.⁶⁰⁹ Ce dernier a identifié quatre critères à

présente partie.

⁶⁰⁸ WINDAHL, S. et *als.*, *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 259.

⁶⁰⁹ HORNIK, R.C., « Channel Effectiveness in Development Communication Programs », paru dans RICE, R.E., ATKIN, C., *Public Communication Campaigns*, 2^e éd., Sage, Newbury Park, 1989, p. 309-330.

considérer lors de la sélection d'un canal de transmission. Ces critères sont les suivants :

- *L'efficacité* : Un canal sera efficace si sa portée est vaste et qu'il permet d'influencer l'auditoire dans le sens voulu par la source d'informations.⁶¹⁰ En matière de communication de la norme pénale, l'efficacité du canal se mesure donc en fonction du nombre de personnes contactées et de la quantité de connaissances nouvelles acquises par chacune des ces personnes suite à la communication.

- *Les coûts* : Ce critère s'intéresse aux coûts financiers liés à l'utilisation d'un canal donné. À l'évidence, la sélection du canal est influencée par le budget de la source d'information.⁶¹¹ En matière de communication de la norme pénale, les moyens financiers sont, bien entendu, relativement limités.

- *La faisabilité* : Le choix d'un canal sera parfois dicté par la disponibilité d'une structure de communication déjà mise en place à d'autres fins.⁶¹² C'est particulièrement vrai en ce qui a

⁶¹⁰ HORNIK, R.C., « Channel Effectiveness in Development Communication Programs », paru dans RICE, R.E., ATKIN, C., *Public Communication Campaigns*, 2^e éd., Sage, Newbury Park, 1989, p. 316.

⁶¹¹ HORNIK, R.C., « Channel Effectiveness in Development Communication Programs », paru dans RICE, R.E., ATKIN, C., *Public Communication Campaigns*, 2^e éd., Sage, Newbury Park, 1989, p. 318.

⁶¹² HORNIK, R.C., « Channel Effectiveness in Development Communication Programs », paru dans RICE, R.E., ATKIN, C., *Public Communication Campaigns*, 2^e éd., Sage, Newbury Park, 1989, p. 319.

trait à la communication de la norme pénale, car l'État peut aisément recourir à sa puissante machine gouvernementale pour transmettre son message.

- *La durabilité:* Ce dernier critère nous renvoie à la durée de l'exposition au message.⁶¹³ Par exemple, une publicité radiophonique qui ne dure habituellement qu'une dizaine de secondes est moins durable que l'achat d'un espace publicitaire dans une revue. Dans le contexte de la communication de la norme pénale, la durabilité du canal est un élément crucial en raison du renouvellement incessant de l'auditoire visé.

Notons que la sélection d'un canal de transmission approprié nécessite l'évaluation de l'ensemble de ces critères.⁶¹⁴ Ainsi, le degré d'efficacité optimal peut parfois être hors de prix ou alors carrément nuire à la durabilité de la transmission. Le canal retenu doit donc constituer un compromis acceptable au niveau de l'efficacité, des coûts, de la faisabilité et de la durabilité.

En raison de leur simplicité, ces critères de sélection du canal de transmission s'intègrent parfaitement à notre modèle théorique de la communication de la norme pénale. En se servant de ceux-ci, nous serons en mesure de vérifier si les canaux de transmission actuellement utilisés au Canada en matière de communication de la norme pénale s'avèrent adéquats.

⁶¹³ HORNİK, R.C., « Channel Effectiveness in Development Communication Programs », paru dans RICE, R.E., ATKIN, C., *Public Communication Campaigns*, 2^e éd., Sage, Newbury Park, 1989, p. 322.

⁶¹⁴ WINDAHL, S. et *als.*, *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 260.

2.3.2. L'évaluation des actuels canaux de transmission de l'information pénale

L'identification précise des canaux de transmission de l'information actuellement utilisés pour procéder à la communication de la norme pénale n'est pas une opération facile. En effet, les journalistes, les fonctionnaires, l'Internet, les divers journaux officiels, les décisions judiciaires et les juristes⁶¹⁵ transmettent tous de l'information pénale. Pour mettre un peu d'ordre dans cette situation *a priori* confuse, il est absolument nécessaire d'opérer un tri et de ne retenir que les canaux primaires ou, autrement dit, ceux qui jouissent d'un statut officiel. Quatre canaux peuvent, à notre avis, revendiquer ce titre, soit les fonctionnaires, les divers journaux officiels, les décisions judiciaires et les juristes. Examinons donc succinctement le rendement de chacun de ces canaux de transmission de l'information pénale.

2.3.2.1. La transmission du message pénal par les employés gouvernementaux

Au Canada, l'État peut miser sur une véritable armée de fonctionnaires dont l'une des principales tâches consiste justement à jouer le rôle de canal de transmission de l'information vers le justiciable. Ainsi, les policiers, les inspecteurs municipaux ou la multitude d'agents d'information des ministères du Revenu ou de l'Environnement, pour ne donner que quelques exemples, renseignent quotidiennement le justiciable sur les normes pénales applicables dans divers

⁶¹⁵ Pour les fins de notre étude, ce terme englobe les avocats et les notaires québécois ainsi que les avocats des autres provinces canadiennes.

domaines. Cette structure unique permet une transmission efficace, durable et peu coûteuse de la norme pénale. Il est vrai que le fonctionnement de ce canal est parfois ralenti par les diverses coupures de services étatiques ou encore par le dédale administratif moderne. On peut néanmoins conclure que l'utilisation de ce canal de transmission est généralement conforme aux critères de sélection des canaux de transmission dictés par notre modèle théorique.⁶¹⁶

2.3.2.2. *L'inefficacité des journaux officiels et des décisions judiciaires*

En théorie, la transmission de l'information pénale est assurée par la publication des normes pénales dans divers types de journaux officiels ainsi que par le caractère public des décisions judiciaires. En pratique, ces deux canaux s'avèrent particulièrement inefficaces en raison de leur portée extrêmement limitée.⁶¹⁷

On peut certes se demander combien de justiciables consultent fréquemment la *Gazette du Canada* ou la *Gazette officielle du Québec* ou, encore, assistent régulièrement au prononcé des jugements ou se procurent copie de ceux-ci aux greffes des diverses cours. Selon toute vraisemblance, ce nombre est si peu élevé qu'il convient de partager le pessimisme du juriste anglais Allott au sujet de l'efficacité de la publication des lois : « [T]he average citizen is less likely to see a copy [of a Bill] than to climb Mont Blanc.»⁶¹⁸

⁶¹⁶ Soulignons que la société québécoise SOQUIJ constitue un exemple du potentiel de la mobilisation de fonctionnaires dans le processus de transmission de la norme pénale.

⁶¹⁷ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 214 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁶¹⁸ ALLOTT, A., *The Limits of Law*, Butterworths, Londres, 1980, p. 75. Le juge Mason de la High Court d'Australie est sensiblement du même avis; il affirme, dans l'affaire

Il est vrai que l'objectif premier de ces canaux de transmission n'est pas nécessairement la diffusion massive du contenu de la norme pénale. Cela étant, il faut toutefois cesser de professer qu'une loi doit être connue de tous dès sa publication à la *Gazette officielle du Canada*. Cette étape ne permet pas, et ne permettra probablement jamais, d'assurer une diffusion suffisante de l'information pénale pour qu'on puisse présumer, sur cette seule base, la connaissance de la norme pénale et ainsi légitimer la peine de celui qui transgresse cette norme en toute bonne foi.

Somme toute, les journaux officiels et les décisions judiciaires sont des canaux de transmission qui s'avèrent sûrement abordables et durables mais tout en se révélant néanmoins profondément inefficaces. Ce dernier point suffit pour conclure qu'il s'agit de canaux inadéquats en matière de communication de la norme pénale. Il nous reste à souhaiter que le dernier canal de transmission de l'information pénale saura mieux rencontrer les critères de sélection dictés par notre modèle théorique.

2.3.3.3. *Le recours aux services des juristes*

Certains s'opposeront à l'inclusion des juristes parmi les canaux officiels de transmission de l'information pénale. Il est vrai que le juriste, contrairement au fonctionnaire, ne travaille pas pour l'État. Aux yeux du justiciable, il demeure cependant que le juriste possède un permis de pratique, et donc de transmission

Watson v. Lee : « [I]t is quite ludicrous to suggest that the arid information which it [the Gazette] purveys is read by the ordinary citizen. » : *Watson v. Lee*, [1979] H.C.A. 53, 81.

de l'information juridique, émanant d'une autorité créée par le pouvoir étatique.⁶¹⁹ Cette reconnaissance étatique suffit pour faire du juriste un canal de transmission officiel.⁶²⁰

De toute façon, le juriste constitue une source importante d'informations juridiques de qualité pour une partie des justiciables. C'est du moins l'avis de la professeure Sullivan :

Given these multiple challenges, it is not surprising that access to law for most people is impossible without the assistance of lawyers or other professionals. These professionals not only locate the law and explain it, but also apply it in a way that benefits their clients to the greatest possible extent. They are both expected and obliged to use their knowledge and skills to develop interpretations that favour their client's position. For those who can afford a professional to look after their needs and interests, dealing with the statute book is not a problem: the professional acts as intermediary between the client and the text. For the rest of the public, however, the statute book remains an intimidating and impenetrable fortress.⁶²¹

⁶¹⁹ Au Québec, les juristes relèvent de deux entités, soit le Barreau du Québec, créé par la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q. (1977) c. B-1, et la Chambre des notaires du Québec, créée par la *Loi sur le notariat*, L.R.Q. (1977) c. N-3.

⁶²⁰ Notons, à cet égard, les remarques du professeur Arnold : « [The lawyers] have a public element to their duties, they are officers of the court and they are, in essence, licensed by the state to practise law and are given a monopoly in that enterprise. » : ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 583. Voir au même effet STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 350-51.

⁶²¹ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 100.

Rappelons qu'en *common law*, la présomption de connaissance de la norme pénale se base, en grande partie, sur une proposition voulant que les justiciables ont accès aux conseils d'un juriste lorsque vient le temps pour eux de saisir le sens d'un texte légal.⁶²² De la même manière, le droit français incite le justiciable à consulter un juriste compétent en cas de doute.⁶²³ Somme toute, les juristes jouent un rôle crucial dans la transmission de l'information pénale au Canada et ailleurs dans le monde. Sans eux, le justiciable devrait invariablement s'en remettre aux fonctionnaires pour prendre connaissance d'une version officielle de la norme pénale.

Cela dit, le recours aux juristes n'est pas un canal de transmission parfait. En effet, les honoraires exigés en échange d'une consultation juridique ne sont pas à la portée de toutes les bourses, ce qui réduit grandement la portée de ce canal dans les segments pauvres d'une population donnée et, par le fait même, son efficacité.⁶²⁴

Au surplus, le recours aux conseils d'un juriste exige une mesure pro-active de la part du justiciable. Or, les sciences de la communication nous enseignent que, dans la majorité des cas, le destinataire de l'information joue plutôt un rôle passif.⁶²⁵ Dans les circonstances, le recours aux juristes comme canal de transmission de l'information juridique doit surtout être vu comme une option complémentaire. Son niveau d'efficacité et les coûts qu'il engendre pour le justiciable sont deux critères qui nous empêchent de conclure autrement.

⁶²² *Blackpool Corp. c. Locker*, [1948] 1 K.B. 349, 361.

⁶²³ *Crim.*, 19 mars 1997, *Bull. crim.* n^o 115.

⁶²⁴ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 100.

⁶²⁵ MCQUAIL, D., *Communication*, 2^e éd., Longman, Londres, 1975, p. 217.

Sur le tout, il appert que le principal canal de transmission de l'information en matière de communication de la norme pénale, soit le journal officiel, ne constitue pas un canal approprié au regard des critères retenus par notre modèle théorique. Bien que deux autres canaux de transmission de l'information, en l'occurrence les fonctionnaires et les juristes, corrigent quelque peu la situation, il n'en demeure pas moins que le processus canadien de communication de la norme pénale s'écarte à nouveau du modèle idéal de communication. Nous en sommes donc rendu à trois divergences significatives entre la théorie et la pratique.

Quoiqu'il en soit, il nous faut continuer l'élaboration de notre modèle théorique de la communication de la norme pénale. Dans cette optique, passons à la quatrième portion de celui-ci, soit le message.

2.4. LA NOTION DE MESSAGE

Jusqu'à présent, nous avons examiné les notions de source, d'encodage et de canal. Ces trois éléments relèvent clairement de la section « émetteur » du modèle théorique de Shannon. Un peu plus tard, nous nous pencherons sur le processus de décodage du message et sur le rôle du destinataire de l'information dans le processus de communication. Il va sans dire que ces deux sujets touchent exclusivement la portion « récepteur » du modèle théorique.

Entre ces pôles « émetteur » et « récepteur », on retrouve le message, un élément du schéma de communication de Shannon bien particulier, car son évolution échappe partiellement au contrôle de l'émetteur ou du récepteur. En

effet, lors du voyage entre l'émetteur et le récepteur, le message acquiert en quelque sorte une vie propre. Ce phénomène s'explique essentiellement par l'effet potentiel des facteurs de mutation du message. Soulignons que toute mutation du message, si minime soit-elle, compromet sérieusement l'efficacité du processus de communication. Il est donc impératif, dans le contexte de la communication de la norme pénale, de comprendre les causes de ces mutations du message pénal afin de pouvoir les prévenir.

Dans les pages qui suivent, nous traiterons donc de deux éléments susceptibles de provoquer une mutation du message pénal. Nous débuterons par une étude de l'impact du bruit technique sur le contenu de ce message avant de nous intéresser ensuite aux conséquences des changements rapides du droit sur l'exactitude du contenu du message pénal.

2.4.1. La déformation du message par le bruit technique

Selon Shannon et Weaver, la présence de bruit technique⁶²⁶ découle des lacunes technologiques du canal de transmission utilisé pour relayer le message.⁶²⁷ Les parasites qui perturbent la réception du signal d'une station de radio constituent l'exemple parfait d'une forme de bruit technique.

Bien entendu, la forme que prendra le bruit technique dépend entièrement du canal de transmission de l'information utilisé. Ainsi, la musique tonitruante d'un bar constitue un bruit technique certain pour un couple qui désire converser sur

⁶²⁶ Notons que le concept de bruit technique n'inclut pas le bruit sémantique. Nous traiterons du bruit sémantique à la section 2.5.1 du présent chapitre.

une piste de danse. De la même façon, le jeu du téléphone arabe nous enseigne que la présence d'une multitude d'intermédiaires entre l'émetteur du message et son récepteur final entraînera quasi-certainement une déformation du message initial en raison du bruit technique inhérent à ce canal humain.

Cela étant dit, il faut s'interroger sur le niveau de bruit technique propre aux canaux utilisés en matière de communication de la norme pénale. Pour les fins de notre étude, il convient de s'attarder uniquement à deux des trois principaux canaux officiels de transmission de la norme pénale, soit les fonctionnaires et les juristes. Précisons que la faible diffusion des divers journaux officiels et des décisions judiciaires rend superflue l'étude des bruits techniques associés à ces canaux.⁶²⁸

À peu de choses près, la transmission des normes pénales par le biais de fonctionnaires ou par l'intermédiaire des juristes occasionne des niveaux de bruit technique similaires. Cela n'est guère étonnant, car l'information transite, dans les deux cas, par un canal humain, soit un instrument de communication imparfait par définition.

Pour se convaincre de l'existence de bruits techniques inhérents à la transmission d'informations pénales par l'intermédiaire de fonctionnaires, il suffit de relire quelques décisions portant sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. La liste inclut notamment les affaires *Cranbrook Swine Inc.*, *Larivière*, *Allard*, *Simard*, *Nurnber*, *Alexander*, *Nickerson*, *Morreau*, *Cancoil*

⁶²⁷ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 18 et ss.

⁶²⁸ Soulignons néanmoins que le canal de l'écrit est particulièrement fiable, les sources de bruit technique, et donc de déformation du message, étant relativement limitées : CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de*

Thermal Corporation, Whiting, Triassi, Émond, Bonneau, Transport André Trudeau & Fils inc..⁶²⁹ Bien entendu, le niveau de bruit technique associé au canal de transmission que sont les juristes est aussi amplement documenté en droit canadien; à preuve, les affaires *Dunn, Pitchford, Kotch, Clarkson, Whelan, Scheper* et *Bourgault*.⁶³⁰ Dans tous ces exemples, le processus de communication de la norme pénale entre l'État et le justiciable a échoué en raison de bruits techniques inhérents au canal utilisé pour la transmission de l'information pénale. Les fonctionnaires et les juristes ont tout simplement retransmis au justiciable un message partiellement différent de celui qui leur avait été confié par l'État.

Au plan théorique, la prise en considération du bruit technique à l'intérieur du modèle de la communication de la norme pénale est fondamentale. Cet ajout au processus de communication permet, entre autres, d'asseoir sur des fondements intellectuels solides une défense d'erreur de droit provoquée par un fonctionnaire. C'est là une preuve que l'analyse théorique du processus de communication de la norme pénale peut mener à une évaluation du traitement de l'erreur de droit de l'accusé. D'ailleurs, dans la mesure où le droit canadien reconnaît l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, on peut affirmer que le processus canadien de communication de la norme pénale

cours – Certificat de formation continue en légistique, Université de Genève, 2002, p. 212 (<http://webdroit.unige.ch/>).

⁶²⁹ *R. c. Cranbrook Swine Inc.*, [2003] O.J. no. 1423; *R. c. Larivière*, J.E. 2000-1795; *R. c. Allard*; *R. c. Simard* (2001) 155 C.C.C. (3d) 206; *R. c. Nurnber*, [1998] N.S.J. no. 385; *R. c. Alexander*, [1999] N.J. no. 19; *R. c. Nickerson*, [1999] N.S.J. no. 210; *R. c. Morreau*, (1997) 33 W.C.B. (2d) 368; *R. c. Cancoil Thermal Corporation*, (1986) 27 C.C.C. (3d) 295; *R. c. Whiting*, J.E. 2000-2135; *Ville de Montréal c. Triassi*, J.E. 99-831; *P.G. Québec c. Émond*, B.E. 2002BE-428; *Ville de Gatineau c. Bonneau*, B.E. 99BE-1185; *R. c. Transport André Trudeau & Fils inc.*, B.E. 97BE-717.

⁶³⁰ *R. c. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334; *R. c. Pitchford*, [1982] O.J. 220; *R. c. Kotch*, (1990) 61 C.C.C. (3d) 132; *R. c. Clarkson*, (1991) 15 W.C.B. (2d) 16; *R. c. Whelan*, (2002) 170 C.C.C. (3d) 151; *R. c. Scheper*, (1986) 5 Q.A.C. 270; *R. c. Bourgault*, [1999] S.J. 707.

concorde partiellement avec notre modèle théorique à cet égard. Pour concorder en tous points, il lui faudrait faire de même avec l'erreur de droit attribuable aux conseils inexacts d'un juriste.

Cela étant, il n'y a pas que le bruit technique qui met en péril la communication de la norme pénale. Les changements du droit applicable peuvent aussi occasionner une communication confuse en rendant désuet le message transmis.

2.4.2. La mutation du message attribuable à sa désuétude

Notre analyse de la notion de message a pour objectif de mettre en évidence les causes de mutations du contenu de celui-ci. La première cause étudiée, le bruit technique, altère substantiellement ce contenu. La seconde source de mutation des messages opère de façon beaucoup plus subtile. Plutôt que de modifier le contenu du message, elle en affecte l'exactitude. Ainsi, un message donné peut subitement passer de reflet fidèle de l'information pénale à interprétation désormais erronée de la règle pénale en raison d'un changement du droit applicable. En d'autres termes, c'est comme si l'émetteur du message changeait d'avis entre le moment de l'émission du message et celui de sa réception. On peut alors dire qu'il y a eu mutation de la valeur intrinsèque du message, car ce dernier ne contient plus une information qui s'avère rigoureusement exacte.

Malheureusement, la caducité soudaine du message pénal n'empêche pas la poursuite de sa transmission au justiciable. Des messages inexacts émanent

d'ailleurs fréquemment des sources d'informations de la norme pénale, semant ainsi la confusion chez les destinataires. Examinons de plus près deux dossiers où un changement rapide de la règle de droit a entraîné une mutation de la valeur du message et, par ricochet, un échec de la communication de la norme pénale.

Le premier cas porte sur l'infraction criminelle de participation à un spectacle indécent, infraction libellée comme suit :

Commet une infraction quiconque participe comme acteur ou exécutant, ou aide en n'importe quelle qualité, à une représentation, à un spectacle ou à un divertissement immoral, indécent ou obscène, ou y figure de la sorte, dans un théâtre.⁶³¹

Cet article constitue un message émanant de l'État et destiné aux justiciables canadiens. Cependant, la portée exacte du message de l'État peut sembler incertaine. En effet, les qualificatifs « immoral », « indécent » et « obscène » supposent tous des jugements sociaux susceptibles de se modifier au fil des époques.⁶³² Il est donc nécessaire que ces qualificatifs soient précisés par une autre source officielle de la norme pénale, en l'occurrence, les tribunaux. La décision judiciaire interprétant l'alinéa 167(2) du *Code criminel* constitue donc un message qui vient compléter le message initial de l'État.

Qu'arrive-t-il cependant si les multiples messages judiciaires quant à l'interprétation de l'alinéa 167(2) du *Code criminel* s'avèrent contradictoires ? Selon toute vraisemblance, le niveau d'efficacité du processus de communication de la norme pénale diminue. C'est du moins la conclusion qu'il faut tirer de l'affaire

⁶³¹ *Code criminel*, L.R.C. (1985) c. C-46, art. 167(2).

Campbell et Mlynarchuk,⁶³³ affaire dans laquelle une justiciable a basé sa conduite sur une décision judiciaire subséquemment contredite. Afin de bien illustrer notre propos, il convient de résumer brièvement les faits de cette affaire.

L'accusée exerçait le métier de danseuse érotique. Suite à un jugement qui fut porté à son attention, elle a cru pouvoir légalement danser nue dans le cadre de son travail. Cependant, le jugement en question fut renversé en appel et l'accusée a été subséquemment déclarée coupable, malgré son erreur de droit manifeste, d'avoir commis l'infraction aujourd'hui prévue à l'article 167 du *Code criminel*.⁶³⁴

Dans un cas de ce genre, c'est la mutation de la valeur du premier message judiciaire en raison d'un changement de l'état du droit qui explique l'échec de la communication et donc l'erreur de droit du justiciable. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le message et ses mutations échappent au contrôle de l'émetteur et du récepteur.⁶³⁵ Ceux-ci ne sauraient donc, en théorie du moins, être blâmés dans les circonstances. En pratique, le droit canadien contredit cependant la théorie en punissant malgré tout le récepteur.

⁶³² Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la conclusion retenue dans l'affaire *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26 et celle proposée dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

⁶³³ *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26.

⁶³⁴ Pour plus de détails, voir *R. c. Campbell et Mlynarchuk*, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26. Notons seulement que l'interprétation de la norme pénale faite dans le jugement de première instance sur lequel s'était basée l'accusée fut finalement confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Johnson*, [1975] 2 R.C.S. 160. Il appert donc que la conduite de l'accusée dans l'affaire *Campbell et Mlynarchuk* était, en fait, légale.

⁶³⁵ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 232.

Le second dossier digne d'intérêt est l'affaire *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc.*⁶³⁶ Dans cette cause dont nous avons exposé les faits plus tôt,⁶³⁷ le message initial transmis directement au justiciable lors d'un premier procès fut ensuite contredit par un second message émis lors d'une instance subséquente. Le problème résulte du fait que l'État reproche, justement lors de cette instance subséquente, à ce justiciable d'avoir fondé sa conduite sur le premier message dans l'intervalle. À l'évidence, une telle proposition est incompatible avec notre modèle théorique, car les sciences de la communication concluent, un peu à l'instar du principe de légalité, qu'un message ne peut produire des effets avant même d'être émis.⁶³⁸ C'est pourtant là le postulat communicationnel implicite véhiculé par la décision *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc.*; le justiciable aurait dû se conformer au second message avant même que celui-ci ne lui soit transmis.

Somme toute, ces deux décisions démontrent que le processus canadien de communication de la norme pénale confère parfois une portée rétroactive à la norme d'origine prétorienne. Rappelons que cela ne constitue toutefois pas une application rétroactive de la norme pénale au sens du principe de légalité selon le droit canadien,⁶³⁹ bien que le droit français conclut autrement.⁶⁴⁰

Cela dit, que faut-il retenir de notre étude du message en matière de communication de la norme pénale ? Essentiellement, retenons que le message

⁶³⁶ *Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc.*, [2002] J.Q. no 3565.

⁶³⁷ Voir à ce sujet la section 1.2.3.5 de la première partie de ce travail.

⁶³⁸ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 281.

⁶³⁹ Voir notre analyse de la question à la section 1.1.1 de la première partie de ce texte.

⁶⁴⁰ BOURIN, V.J., « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal », *Gaz. Pal.* 1995 2, doct. 599.

est susceptible de voir sa valeur intrinsèque varier en raison du bruit technique inhérent au canal de transmission utilisé ou suite aux changements de l'état de droit. Ces mutations entraînent invariablement des problèmes de communication allant parfois même jusqu'à l'échec complet du processus. Il faut cependant se garder d'attribuer la responsabilité de cet échec aux parties à l'activité communicationnelle. En effet, le message possède une existence autonome en ce que les mutations de son contenu échappent au contrôle de l'émetteur ou du récepteur. Ajoutons finalement que le processus canadien de communication de la norme pénale contrevient en grande partie à cet idéal théorique.

Nos remarques au sujet du message étant maintenant terminées, passons à l'élaboration de la partie de notre modèle théorique qui s'intéresse au décodage du message pénal.

2.5. LE DÉCODAGE DE LA NORME PÉNALE

Peu importe le modèle théorique auquel on adhère, l'activité communicationnelle typique nécessite au moins deux acteurs. On retrouve, d'une part, l'émetteur ou le groupe-émetteur et, d'autre part, le récepteur ou le groupe-récepteur. Dans la mesure où ces deux groupes se situent aux extrémités de notre modèle linéaire de communication, il est logique que le processus de réception du message soit l'inverse du processus d'émission.⁶⁴¹ En conséquence, la réception consiste à prendre un message codé et à en extraire, par le biais du décodage, une information compréhensible. Sous cette nouvelle forme, l'information pourra ainsi être assimilée par le récepteur. En d'autres termes, le

⁶⁴¹ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 7; ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 179.

processus de réception d'un message se décompose en deux opérations distinctes : le décodage du message et l'assimilation de l'information décodée. Cette nuance étant apportée, précisons que, pour le moment, notre analyse portera uniquement sur le décodage.

Tel que nous venons de le mentionner, le décodage est l'image miroir de l'encodage. Dans les circonstances, nous pourrions nous contenter de reprendre nos commentaires relatifs à l'encodage et d'y apporter les correctifs nécessaires. Ce serait toutefois escamoter une problématique bien réelle et propre au décodage. Plus spécifiquement, l'analyse du décodage amène l'interrogation suivante : est-il possible de décrypter un message sans nécessairement altérer une partie de son contenu initial dans le processus ? Autrement dit, l'idée qui se formera dans la tête du récepteur suite au décodage est-elle uniquement fonction des mots, des images, des sons, bref, des symboles transmis par la source ou varie-t-elle en fonction de caractéristiques propres au décodeur ? C'est d'abord sur cette épineuse question que nous nous pencherons. Une fois cela fait, nous serons en mesure de réfléchir sur les règles à suivre pour faciliter un décodage aussi fidèle que possible de l'information pénale transmise. Cette démarche en deux temps nous permettra donc de brosser un portrait des problèmes inhérents au processus de décodage de l'information pénale et, également, de donner un aperçu des solutions qui peuvent y être apportées.

2.5.1. L'impact néfaste du bruit sémantique

Il est nécessaire d'introduire, à cette étape-ci, une nouvelle notion théorique à l'intérieur de notre modèle de la communication de la norme pénale, soit la

notion de bruit sémantique. Qu'est-ce que le bruit sémantique et pourquoi cette forme de bruit, au sens de Shannon et Weaver, vient-elle compliquer le processus de décodage ? La réponse à ces questions est simple. Selon les chercheurs en sémantique, le langage humain est un code inexact aux interprétations aussi variables que multiples.⁶⁴² Un des principaux chercheurs américains en matière de communication, David Berlo, précise les conséquences pratiques de cette affirmation en énonçant toute une série de propositions quant à la recherche d'une signification du langage. Les propositions de Berlo peuvent se résumer ainsi :

- Meanings are in people.
- Communication does not consist of the transmission of meanings, but of the transmission of messages.
- Meanings are not in the message; they are in the message-users.
- Words do not mean at all; only people mean.
- People can have similar meanings only to the extent that they have had, or can anticipate having, similar experiences.
- Meanings are never fixed; as experience changes, so meanings change.
- No two people can have exactly the same meaning for anything.⁶⁴³

Bref, selon Berlo, la signification du langage, donc du code de la norme pénale, est partiellement subjective. Il est en conséquence impossible de

⁶⁴² Voir généralement à ce sujet : ECO, U., *Les limites de l'interprétation*, Éd. Grasset et Fasquelle, Paris 1992; , BERLO, D., *The Process of Communication*, Holt, Rinehart and Winston Inc, New York, 1960; WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, 2^e éd., Blackwell, Oxford, 1958. Notons de plus que la Cour suprême rejette aussi l'idée d'une signification unique, précise et finie du langage : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 639.

⁶⁴³ BERLO, D.K., *The Process of Communication*, Holt, Rinehart and Winston Inc., New York: 1960, p. 97et ss.

transposer dans son intégralité une pensée en des mots pourvus d'un sens objectif accessible à tous ou, pour un décodeur, d'extraire un sens uniquement objectif des mots composant le message reçu. Pour désigner ce phénomène, les chercheurs parleront souvent de la « texture ouverte du langage ». L'adjectif « indécent » est un bon exemple de mot à texture ouverte, car ce terme suppose nécessairement un contenu variable et partiellement indéterminé.⁶⁴⁴ Si l'on résume, la notion de bruit sémantique désigne donc la portion de l'information initiale qui ne sera pas, ou sera incorrectement, décodée en raison de l'indétermination partielle du code utilisé par l'émetteur.

Cela n'est pas sans conséquence sur le processus de communication de la norme pénale. En effet, il nous faut conclure, suite aux travaux des sémanticiens, que le décodage d'un texte pénal mène inéluctablement à une modification du contenu de la norme qui y est codée.⁶⁴⁵ Autrement dit, la norme pénale transmise par l'État est toujours en partie impossible à décoder avec exactitude étant donné l'incertitude entourant le sens des codes ou, en l'occurrence, des mots utilisés pour consigner la norme.

Soulignons que Weaver avait perçu les difficultés sémantiques compliquant la tâche du décodeur. Pour cette raison, il suggérerait une altération du modèle théorique de Shannon pour illustrer la distorsion de contenu propre au processus

⁶⁴⁴ Un bref tour d'horizon de la jurisprudence canadienne en matière d'actions indécentes (art. 173 du *Code criminel*) confirme la volatilité du concept d'indécence et la difficulté de lui attribuer un sens objectif. Voir, à titre d'exemples, les affaires : *R. c. Therrien*, J.E. 2001-1353; *R. c. Pelletier*, [1999] 3 R.C.S. 863; *R. c. Porte*, J.E. 99-2263; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Losier*, J.E. 91-447; *R. c. Roux*, J.E. 2001-646, *R. c. Lebrasseur*, J.E. 95-257; *R. c. Laroque*, J.E. 93-534. Notons que ces affaires traitent uniquement du caractère indécent de gestes posés par des danseuses érotiques.

⁶⁴⁵ Évidemment, la portée de cette affirmation n'est pas limitée à la forme écrite. Le décodage de symboles encore moins déterminés, tels la musique ou l'image, entraîne *a fortiori* un niveau de bruit sémantique supérieur.

de décodage.⁶⁴⁶ Une fois la modification proposée par Weaver intégrée, le schéma illustrant le fonctionnement du modèle théorique de Shannon prend la forme suivante :

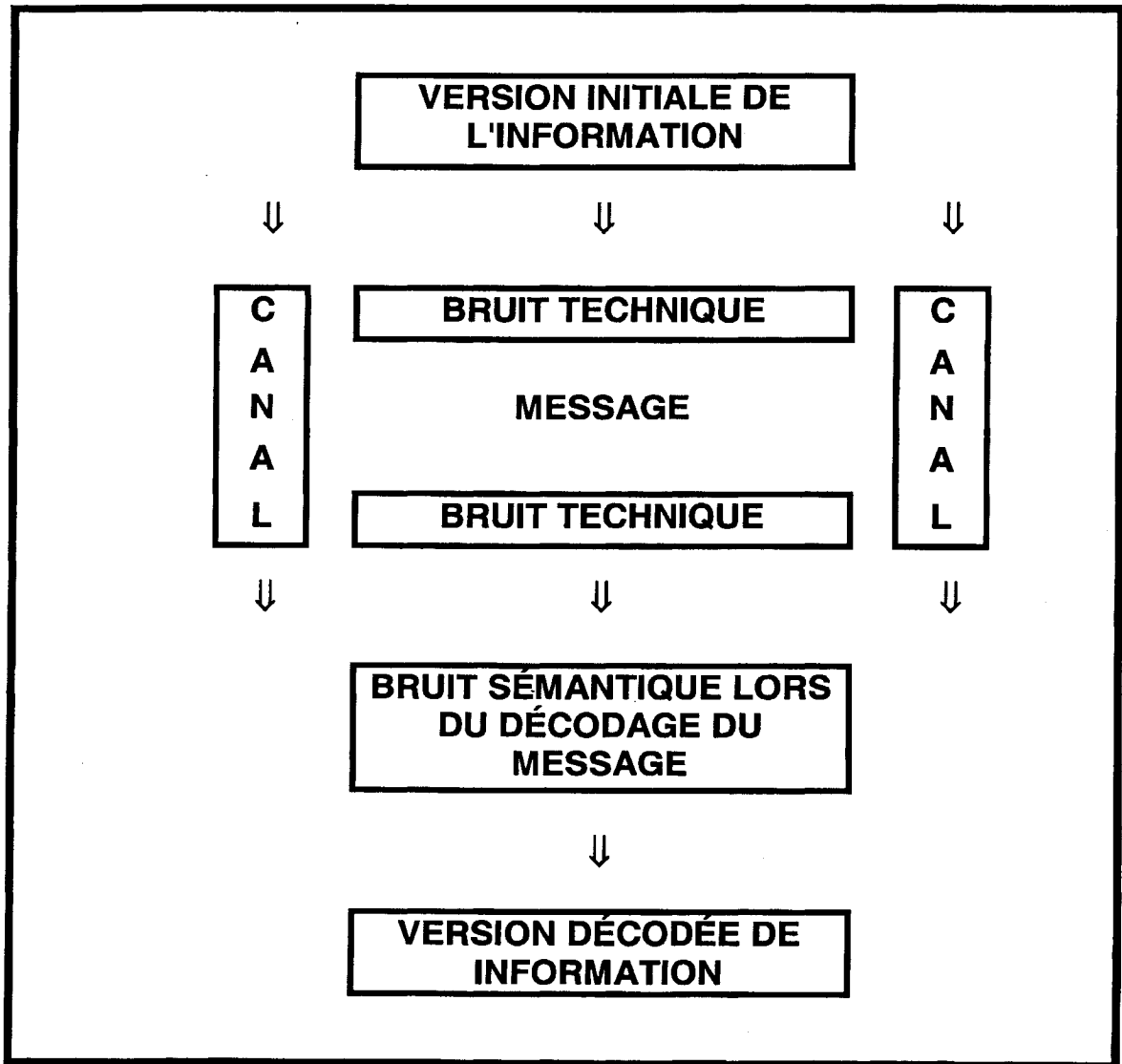


Figure 9 : *L'impact du bruit sémantique dans le modèle de la communication de Shannon*

⁶⁴⁶ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*,

Ce qu'il faut retenir de ce schéma c'est que la version décodée de l'information pénale diffère sensiblement de l'information que la source voulait transmettre, soit la version initiale de l'information pénale. C'est là une conséquence inévitable du degré d'imprécision inhérent au processus de décodage de l'information.⁶⁴⁷

Si le bruit sémantique est incontournable, il existe néanmoins des façons de réduire son impact au moment du décodage. Examinons donc quelles sont les solutions qui s'offrent aux parties à l'activité communicationnelle aux prises avec le bruit sémantique.

2.5.2. Apprendre à composer avec le bruit sémantique

Tel que mentionné auparavant, le bruit sémantique nuit au processus de communication de la norme pénale en empêchant le justiciable de décoder correctement les mots utilisés par l'État. En toute logique, une diminution du bruit sémantique améliore donc les probabilités de transmission efficace de la norme pénale entre l'État et le justiciable. Comment faire alors pour réduire le niveau de bruit sémantique ? Deux méthodes viennent à l'esprit, soit l'utilisation de la fonction métalinguistique du langage et le recours à une interprétation téléologique du message. Voyons en quoi ces deux procédés s'avèrent utiles pour contrer le bruit sémantique.

University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 26.
⁶⁴⁷ SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967, p. 26.

2.5.2.1. *Le métalangage : une méthode paradoxale mais efficace*

En apparence complexe, le métalangage est pourtant tout ce qu'il y a de plus simple en pratique. Il s'agit essentiellement pour l'émetteur du message de préciser le sens voulu des mots utilisés en définissant ceux-ci à l'aide d'autres mots.⁶⁴⁸ Pour mieux illustrer ce procédé, donnons un exemple. Nous savons que l'État a fait de la conduite automobile dangereuse une infraction criminelle. Cependant, le qualificatif « dangereuse » est partiellement indéterminé. En effet, l'évaluation de la dangerosité d'une action varie selon les facteurs considérés par l'évaluateur. Le vocable « dangereuse » introduit donc un niveau de bruit sémantique élevé. Ce problème est toutefois atténué par l'utilisation de la fonction métalinguistique du langage par l'État. À preuve, voici le libellé de l'article 249 du *Code criminel* :

Commet une infraction quiconque conduit, selon le cas:

- a) un véhicule à moteur d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état du lieu, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible dans ce lieu [...].⁶⁴⁹

À l'aide du métalangage, l'État a donc cerné plus précisément la notion de conduite dangereuse, ce qui facilite le décodage fidèle de cette norme pénale par le justiciable. C'est là un exemple parfait de ce dont traite Jakobson dans l'extrait suivant de son article intitulé *Linguistique et poétique* :

⁶⁴⁸ Paradoxalement, expliquer la fonction métalinguistique du langage requiert l'utilisation de cette fonction.

⁶⁴⁹ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 249.

Une distinction a été faite dans la logique moderne entre deux niveaux de langage, le « langage-objet » parlant des objets, et le « métalangage » parlant du langage lui-même. Mais le métalangage n'est pas seulement un outil scientifique nécessaire à l'usage des logiciens et des linguistes; il joue aussi un rôle important dans le langage de tous les jours. [...] Chaque fois que le destinataire et / ou le destinataire jugent nécessaire de vérifier s'ils utilisent bien le même code, le discours est centré sur le code : il remplit une fonction métalinguistique (ou de glose).⁶⁵⁰

Évidemment, il peut sembler paradoxal de tenter de réduire l'incertitude entourant un terme en le décrivant à l'aide d'autres termes à la signification potentiellement tout aussi incertaine.⁶⁵¹ Malgré ce paradoxe, l'usage du métalangage est fréquent et fonctionne relativement bien en pratique.⁶⁵²

Cela dit, on pourrait soutenir que l'utilisation du métalangage n'a rien à voir avec le processus de décodage, car elle relève du choix de l'émetteur et non du récepteur. Ce serait toutefois ignorer l'interrelation entre les activités d'encodage et de décodage. Tel que nous l'avons mentionné auparavant, un encodage efficace suppose l'utilisation d'un code connu par le destinataire ou, à tout le moins, aisément accessible.⁶⁵³ Cette exigence de communauté du code a simplement pour objet de faciliter le décodage fidèle de l'information pénale par le destinataire. L'emploi du métalangage par l'émetteur s'inscrit dans la même optique. Il s'agit, là aussi, d'une méthode d'encodage sensible aux besoins du décodeur éventuel.

⁶⁵⁰ JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, p. 214.

⁶⁵¹ Pour reprendre les propos de Lord Halsbury : « plus il y a de mots, plus il y a de mots au sujet desquelles des doutes peuvent surgir. » : extrait cité dans CÔTÉ, P-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1990, p. 61.

⁶⁵² CÔTÉ, P-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1990, p. 61.

Soulignons que l'idée de réduire le bruit sémantique par le biais du métalangage est déjà présente dans le processus canadien de communication de la norme pénale. La présence d'une section « définitions » à l'intérieur d'une multitude de lois et de règlements le démontre éloquemment.⁶⁵⁴ Cela étant, il s'agit d'une pratique qui aurait avantage à être plus répandue si l'État veut réellement s'assurer que la version décodée de l'information pénale corresponde aussi fidèlement que possible à la version initiale de celle-ci.⁶⁵⁵

Bien que l'emploi du métalangage incombe à l'émetteur, il ne s'ensuit pas que le décodeur joue un rôle totalement passif dans la réduction du bruit sémantique. En effet, la deuxième façon de s'attaquer au problème relève directement de sa responsabilité.

2.5.2.2. L'interprétation téléologique : sortir du message pour en pallier l'incertitude

Du point de vue du décodeur, le principal moyen de lutter contre les effets néfastes du bruit sémantique consiste à se fier aux bienfaits de l'interprétation téléologique. Cela dit, l'utilisation de ce moyen présuppose une certaine collaboration de l'émetteur du message. Voyons ce qu'il en est exactement.

⁶⁵³ Voir nos remarques à ce sujet à la section 2.2.2 du présent chapitre.

⁶⁵⁴ Voir, à titre d'exemple, les articles 2, 3, 84, 183, 214, 321 et 428 du *Code criminel*.

⁶⁵⁵ Louis-Philippe Pigeon recommandait l'usage de la définition en ces termes : « Les mots de la langue sont loin d'être, en règle générale, univoques. La plupart des mots ont plusieurs sens. [...] Souvent, le contexte suffit à permettre de se rendre compte du sens dans lequel un mot est employé, et on aurait tort de croire qu'il faut définir tous les mots équivoques, parce qu'on chargerait le texte d'innombrables définitions. Cependant, il est beaucoup de cas où l'équivoque est à redouter. Il faut la dissiper. On peut parfois le faire en choisissant un terme approprié. C'est loin d'être toujours

À ce stade-ci, rappelons que la méthode d'interprétation téléologique exige du lecteur d'un texte qu'il détermine le sens de celui-ci à la lumière des objectifs visés par le créateur du texte.⁶⁵⁶ Évidemment, le recours à cette méthode d'interprétation sera particulièrement utile lorsque le sens des mots utilisés prête à confusion. Pierre-André Côté le souligne d'ailleurs dans l'extrait suivant :

C'est sans doute l'usage le plus courant et le moins controversé de la finalité d'un texte que celui qui consiste à s'y référer pour préciser le sens d'un terme vague, pour arrêter un choix entre divers sens possibles ou pour lever toute autre incertitude quant à sa signification.⁶⁵⁷

Sans contredit, le décodeur qui est conscient des objectifs de l'émetteur peut se servir de la méthode d'interprétation téléologique pour réduire le bruit sémantique qui nuit au décodage du message qui lui est adressé. Évidemment, sa tâche sera facilitée si l'émetteur encode non seulement la norme pénale qu'il désire transmettre mais précise également, dans le préambule de la loi, les motifs qui justifient l'existence de cette norme pénale.⁶⁵⁸ Disposant de ces deux données, le décodeur / destinataire sera alors mieux placé pour décoder le sens voulu par l'émetteur. Dans un contexte d'interprétation téléologique, l'énonciation des objectifs de l'émetteur est, somme toute, une sorte de variante du métalangage, sauf que cette fois-ci, l'information supplémentaire fournie au décodeur n'est pas une définition des mots utilisés mais plutôt des indications quant aux motifs sous-jacents à la norme. L'émetteur cherche donc, une fois

possible et c'est donc un autre cas où il y a lieu de recourir à la définition législative. » : PIGEON, L-P., *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965, p. 20.

⁶⁵⁶ CÔTÉ, P-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1990, p. 353.

⁶⁵⁷ CÔTÉ, P-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1990, p. 370.

encore, à améliorer la qualité de l'encodage en fournissant des informations susceptibles de faciliter le décodage.

Ceci complète nos remarques quant au décodage de l'information, au bruit sémantique inhérent à ce processus et aux façons de contourner ce problème. On retiendra surtout que le processus de décodage cause inexorablement une certaine distorsion entre l'information pénale transmise par l'État et la version décodée de celle-ci. Cette perte de contenu résulte du sens partiellement indéterminé des codes, phénomène désigné sous le terme de bruit sémantique lorsqu'il s'agit de mots. En raison de l'interrelation entre les opérations d'encodage et de décodage, il est possible de réduire le bruit sémantique, sans toutefois l'éliminer complètement, lors du décodage à l'aide d'un encodage réfléchi. En l'absence de recours au métalangage ou à l'interprétation téléologique, le bruit sémantique mènera invariablement à l'échec d'un certain pourcentage de communications. Notons que l'insuccès de ces tentatives de communication ne saurait, en théorie, être imputé au justiciable, ce dernier n'ayant aucun contrôle sur le processus d'encodage de l'information pénale. Il nous faut donc conclure qu'un processus efficace de communication de la norme pénale devra tenir compte de cette réalité. Comme nous l'avons vu lors de la première partie de ce travail, ce n'est actuellement pas le cas en droit canadien, notamment en raison des faibles exigences en matière de précision des normes pénales. Une fois encore, la pratique légale s'écarte de la théorie.

Jusqu'à présent, nous nous sommes attardé aux règles entourant la sélection, l'encodage, la transmission et le décodage de l'information juridique. Il nous reste donc à examiner le dernier volet de notre modèle théorique de la

⁶⁵⁸ ROACH, K., « The Uses and Audiences of Preambles in Legislation », (2001) 47 *R.D. McGill*, 129.

communication de la norme pénale, soit l'assimilation de l'information par le justiciable.

2.6. LA RÉCEPTION DE L'INFORMATION PÉNALE

Nous voilà enfin arrivé en bout de parcours. L'information est finalement parvenue à son destinataire. Qu'est-ce que ce dernier en fera ? Va-t-il lui accorder toute l'attention nécessaire et en mémoriser le contenu entier pour une utilisation future ? Ou y jettera-t-il simplement un coup d'œil désinvolte avant d'en oublier la totalité d'ici quelques instants ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord se replacer dans le contexte actuel, un contexte de surcharge d'informations adressées au récepteur-type. Selon une étude américaine récente, 968 735 livres, 22 643 journaux et plus de 120 000 revues furent publiés à l'échelle mondiale durant l'année 1996 seulement.⁶⁵⁹ À cette production astronomique, il faut ajouter la prolifération exponentielle de l'Internet, prolifération qui complique singulièrement la recherche rapide d'informations pertinentes sur la toile.⁶⁶⁰

Sans surprise, le droit n'échappe pas à cette tendance vers « l'infobésité » et la taille des décisions annuelles de la Cour suprême du Canada en est une preuve flagrante. En effet, le Recueil des arrêts rendus par la Cour suprême pour

⁶⁵⁹ LYMAN, P. et VARIAN, H., *How Much Information*, School of Information Management and Systems at the University of California at Berkeley, 2000, p. 161. ([http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info.](http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info)) (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

⁶⁶⁰ Voir à ce sujet : BERGHEL, H. et *als.*, « Cyberbrowsing : Information Customization on the Web », (1999) 50 *Journal of American Society for Information Science*, 505-513.

l'année 1973 se résume à un volume comptant 965 pages.⁶⁶¹ Un peu plus de vingt ans plus tard, soit en 1995, la collection des décisions annuelles du plus haut tribunal du Canada s'étale sur quatre volumes représentant un total de plus de 3700 pages de jugements, sans compter les divers index et tables des matières. La quantité d'informations juridiques émises par la Cour suprême du Canada a donc, à quelques pages près, quadruplé entre 1973 et 1995.

Nul doute, nous vivons dans un monde où la mer d'informations disponibles risque parfois d'engloutir le récepteur imprudent ou désorganisé. Pour contrer ce danger de surcharge, ce dernier doit donc faire un usage parcimonieux de son pouvoir de réception de l'information. À cette fin, deux options s'offrent à lui. D'une part, ce récepteur peut procéder à une assimilation stratégique de l'information. D'autre part, le récepteur peut simplifier le repérage de l'information pertinente en se fiant aux personnes qui composent son cercle social. Voyons en quoi ces deux possibilités peuvent faciliter le travail de réception de la norme pénale et ainsi augmenter l'efficacité du processus de communication de celle-ci.

2.6.1. L'assimilation stratégique de la norme pénale par le justiciable

L'objectif ultime de la communication de la norme pénale est l'assimilation de cette norme légale par le justiciable. En théorie, une amélioration du processus de communication de la norme pénale permet une augmentation du taux d'assimilation de celle-ci par le justiciable. Cet accroissement du taux

⁶⁶¹ Soulignons que 50 des 965 pages du volume sont occupées par des tables et des index et non par des jugements.

d'assimilation moyen des normes pénales existantes est bénéfique pour la société et ce, à deux niveaux.

D'abord, on peut présumer que le justiciable qui aura pris connaissance de la liste des comportements prohibés par l'État modifiera, dans la plupart des cas, sa conduite de façon à se conformer à ces normes pénales. Il s'ensuivra donc, vraisemblablement, une diminution du nombre d'infractions commises de bonne foi. Selon ce raisonnement, la communication de la norme pénale facilite donc son application subséquente.⁶⁶²

Ensuite, et c'est là la prémisse de notre thèse, la preuve de la transgression consciente d'une norme pénale connue par le justiciable permet de justifier beaucoup plus solidement l'imposition subséquente d'une sanction par l'État. Une fois l'information juridique assimilée par le justiciable, le choix de respecter ou non la norme pénale appartient clairement à ce dernier. La décision du justiciable de passer outre à la norme en toute connaissance de cause permet de qualifier l'infraction ainsi commise d'acte volontaire au plan moral, car cet acte est libre et il est, surtout, réfléchi.⁶⁶³

Ces deux avantages seraient optimisés dans l'hypothèse où il y aurait assimilation de la totalité des normes pénales par l'ensemble des justiciables. On aura toutefois compris de ce qui précède que cette hypothèse s'avère utopique dans un contexte de multiplication exponentielle des normes pénales.

Si l'objectif de la connaissance parfaite de la masse de normes pénales s'avère hors d'atteinte pour le récepteur, il n'en demeure pas moins que la

⁶⁶² KEYES, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ott. L.R.* 579, 586.

⁶⁶³ PARENT, H., *Traité de droit criminel*, Tome I, Éditions Thémis, Montréal, 2003, p. 13.

conjugaison de deux types de savoir partiel peut donner des résultats fort satisfaisants. Ainsi, plutôt que de chercher à acquérir une chimérique connaissance de la globalité des normes pénales, le justiciable a avantage à se doter d'une connaissance diffuse et de connaissances sélectives de celles-ci. Pour bien comprendre de quelle façon l'assimilation de connaissances pénales diffuses et sélectives peut augmenter l'efficacité du processus de communication de la norme pénale, examinons successivement ces deux types de connaissances et leur rôle complémentaire.

2.6.1.1. Le rôle de la connaissance diffuse

Qu'est-ce que la connaissance diffuse ? En quelques mots, ce concept se résume à un niveau de connaissance très général sur un sujet donné.⁶⁶⁴ La connaissance est alors qualifiée de diffuse, car elle est nécessairement vague ou floue. Grâce à la connaissance diffuse, le justiciable peut se faire une idée approximative des normes pénales en vigueur sans recourir aux services d'un expert. L'exemple typique de connaissance diffuse est la culture générale d'une personne. Par expérience, nous savons tous à quel point une vaste culture générale permet de saisir plus rapidement certains concepts nouveaux. C'est exactement là le principe à l'œuvre en matière de connaissance diffuse. Selon les chercheurs en communication :

Lorsqu'on offre à tous la même quantité d'information,
ceux qui ont le plus de connaissances préalables (et

⁶⁶⁴ CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 216-17. (<http://webdroit.unige.ch/>).

qui disposent d'autres ressources) sont ceux qui vont en tirer le plus profit.⁶⁶⁵

Bien qu'il existe plusieurs moyens de favoriser l'augmentation de la connaissance diffuse des normes pénales dans la société,⁶⁶⁶ l'un d'eux mérite particulièrement notre attention. La méthode de propagation diffuse de la norme pénale qui nous intéresse est l'enseignement des notions pertinentes dans le cadre du parcours académique normal de tout justiciable. À notre avis, l'enseignement des grandes lignes du droit pénal à l'école permet de faire d'une pierre deux coups, car cela facilite l'acquisition d'un niveau suffisant de connaissance diffuse de la norme pénale en plus d'élargir le vocabulaire juridique du justiciable.⁶⁶⁷ Pour l'instant, il semble que le contenu général des normes pénales ne fasse pas l'objet du programme académique de niveau secondaire.⁶⁶⁸ Notons toutefois que l'organisme sans but lucratif Éducaloi tente d'élaborer des programmes d'éducation juridique destinés aux adolescents.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 355. Voir aussi TICHENOR, P.J. et als., « Mass Media and the Differential Growth in Knowledge », (1970) 34 *Public Opinion Quarterly* 158-70.

⁶⁶⁶ Pour un inventaire des moyens possibles, voir CADER, L., *Évaluation des initiatives de vulgarisation et d'information juridiques*, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, Ottawa, 2002.

⁶⁶⁷ Évidemment, l'enseignement du vocabulaire juridique au justiciable augmente la communauté du code légal, ce qui facilite la communication de la norme pénale : WITTEVEEN, W.J., « Significant, Symbolic and Symphonic Laws », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 27, 32.

⁶⁶⁸ BOWAL, P., « A Study of Lay Knowledge of Law in Canada », (1998) 9 *Ind. Int & Comp. L. Rev.*, 121, 124-25. On peut consulter le programme académique des études secondaires sur le site du ministère de l'éducation du Québec : <http://www.meq.gouv.qc.ca/DGFJ/index.html> (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

⁶⁶⁹ Pour plus de détails au sujet de ces programmes, on peut consulter le site de l'organisme : http://www.educaloi.qc.ca/EDU_Portail/00_Accueil/ (site consulté le 1^{er} septembre 2004).

Si l'on résume, la connaissance diffuse permet au justiciable d'assimiler plus facilement l'information nouvelle. Dans la même veine, on peut présumer que le bénéficiaire d'une connaissance diffuse étendue sera en mesure, dans une situation particulière, de combler les lacunes de sa connaissance diffuse en ayant recours à l'acquisition de connaissances sélectives.

2.6.1.2. Le rôle de la connaissance sélective

Le besoin du récepteur d'acquérir une connaissance sélective de la norme pénale résulte le plus souvent d'un projet ou d'un problème bien précis.⁶⁷⁰ Ainsi, le justiciable qui veut, par exemple, démarrer une entreprise de transport de matières dangereuses tentera vraisemblablement de se renseigner sur la réglementation entourant les permis de conduire, l'entreposage des marchandises dangereuses et leur manutention. Ce projet créera donc un besoin de connaissances légales sélectives.

Évidemment, le justiciable doit disposer d'un large bassin de connaissances diffuses afin d'être en mesure de prendre conscience de la nécessité d'acquérir des connaissances sélectives dans un domaine donné. Autrement dit, seule une large connaissance diffuse de la norme pénale peut permettre au justiciable d'identifier les domaines d'activités faisant potentiellement l'objet d'une réglementation pointue. Grâce à ses connaissances diffuses, le justiciable saura alors qu'il doit acquérir une connaissance sélective des règles pénales propres au domaine d'activité qui l'intéresse. Somme toute, on peut conclure que le niveau

⁶⁷⁰ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 103; CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002, p. 215. (<http://webdroit.unige.ch/>).

d'attention porté par le récepteur au message pénal sera surtout fonction de ses besoins en matière de connaissance diffuse et sélective.⁶⁷¹

Bien qu'il y ait consensus sur l'importance de la connaissance sélective de la norme pénale, les moyens permettant de favoriser l'acquisition de cette connaissance n'ont pas fait l'objet de nombreuses recherches. Il appert toutefois que, bien des cas, le récepteur se procurera l'information sélective dont il a besoin en consultant son cercle social. Les chercheurs en science de la communication désignent ce phénomène sous le terme de « communication par étages ». Pour les fins de notre modèle théorique, il importe d'examiner l'impact du processus de communication par étages sur la réception de la norme pénale.

2.6.2. L'impact de la communication par étages

La notion de communication par étages est un concept fondamental en science de la communication.⁶⁷² Ce sont les auteurs Katz et Lazarsfeld qui traitèrent de cette idée pour la première fois au milieu des années 50.⁶⁷³ En bref, la notion de communication par étages présume que les justiciables puisent

⁶⁷¹ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 297.

⁶⁷² Voir à l'appui de cette affirmation GITLIN, T., «Media Sociology : The Dominant Paradigm », (1978) 6 *Theory and Society*, 205-53; WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 94 et ss.; ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 111 et ss.

⁶⁷³ Les bases de la théorie de la communication par étages furent exposés pour la première fois par KATZ, E., LAZARFELD, P.F., *Personal Influence*, Free Press, Glencoe, 1955. La notion fut ensuite rediscutée notamment par KATZ, E., « The Two-Step Flow of Communication: An Up-to-date Report on an Hypothesis », (1957) 21 *Public Opinion Quarterly*, 61-78.

parfois leurs informations non pas de la source émettrice mais plutôt d'une source indirecte nommée leader (ou meneur) d'opinion.⁶⁷⁴ Ce meneur d'opinion fait partie du groupe d'appartenance du récepteur et est perçu, à l'intérieur de ce groupe, comme un expert sur le sujet ou, à tout le moins, comme une personne fort bien renseignée et donc digne de confiance.⁶⁷⁵ Autrement dit, le message de l'émetteur est, selon le modèle de la communication par étages, d'abord reçu par les divers meneurs d'opinions et ces derniers retransmettent ensuite l'information aux « suiveurs » qui font partie de leur groupe d'influence.⁶⁷⁶ Un bon exemple d'un processus de communication par étages serait la diffusion d'informations à l'intérieur d'une famille. Les parents, en leur qualité de meneurs d'opinion, font souvent office d'intermédiaires entre leurs enfants, les suiveurs, et les informations complexes provenant du monde extérieur.⁶⁷⁷ Il ne s'agit évidemment pas là du seul exemple; les relations unités syndicales / syndiqués ainsi que les relations professeurs / étudiants constituent deux autres applications des préceptes de la communication par étages.

Au plan théorique, l'aspect novateur du paradigme de la communication par étages tient à ce qu'il s'oppose totalement au paradigme, auparavant dominant, de la communication selon un modèle hypodermique. Pour mieux illustrer ces deux concepts ainsi que leurs différences, il convient de s'en remettre à la Figure 10 que voici :

⁶⁷⁴ ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 111-12.

⁶⁷⁵ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 94-95.

⁶⁷⁶ Pour une analyse détaillée des notions de « meneur d'opinion » de « suiveur » et de « groupe d'influence », voir entre autres SEVERIN, W.J., TANKRED, J.W., *Communication Theories : Origin, Methods, Use*, 2^e éd., Longman, New York, 1988, p. 63.

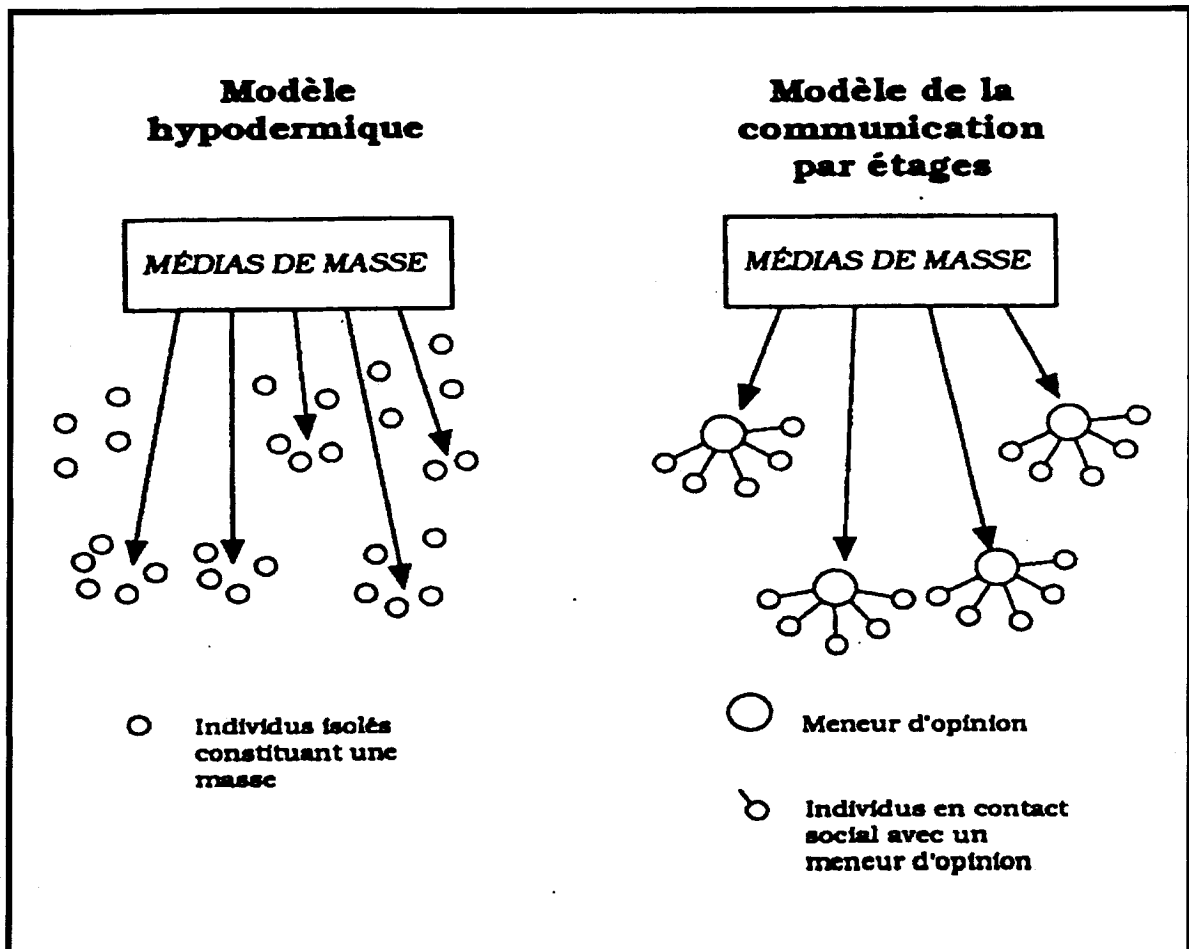


Figure 10 : *Modèle hypodermique et modèle de la communication par étages*⁶⁷⁸

Dès le premier coup d'œil à la Figure 10, on note une différence marquée entre le modèle hypodermique de communication et le modèle de la communication par étages, soit le nombre de récepteurs auxquels parvient, en bout de ligne, le message. En effet, le modèle de la communication par étages donne naissance à un mode additionnel de propagation de l'information, soit la

⁶⁷⁷ On peut ainsi supposer que ce sont les parents, et non l'État, qui expliqueront à leurs enfants qu'il est interdit de voler, pour ne prendre qu'un exemple.

transmission de celle-ci entre récepteurs ou, plus spécifiquement, entre les récepteurs / meneurs d'opinion et les récepteurs / suiveurs. Cela permet aux récepteurs / suiveurs qui ne peuvent recevoir ou décoder le message de l'émetteur initial d'avoir tout de même accès à une version indirecte de celui-ci. Ce type de réception secondaire n'est pas possible selon le modèle théorique de la communication hypodermique.

L'atteinte d'un plus grand nombre de récepteurs n'est toutefois pas le seul avantage de la communication par étages. La communication entre le récepteur / meneur d'opinion et les récepteurs / suiveurs se base sur une relation interpersonnelle d'influence.⁶⁷⁹ On peut donc supposer que le niveau d'attention porté au message par le récepteur / suiveur sera supérieur à celui qu'il porterait au message impersonnel étatique. La communication interpersonnelle propre au modèle de la communication par étages constitue donc une avenue intéressante pour compléter le travail amorcé lors d'un processus de communication impersonnel et autoritaire comme la communication de la norme pénale.⁶⁸⁰

C'est justement parce qu'elle permet de transformer une activité de communication impersonnelle étatique en une activité de communication interpersonnelle que la notion de la communication par étages trouve sa place dans notre modèle théorique de la communication de la norme pénale. Les chercheurs en science de la communication s'entendent tous pour dire qu'une

⁶⁷⁸ Figure tirée de WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 95.

⁶⁷⁹ ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989, p. 112.

⁶⁸⁰ Pour plus de détails sur le rôle complémentaire de la communication impersonnelle et de la communication interpersonnelle voir CHAFFEE, S.H., « Mass Media and Interpersonal Channels : Competitive, Convergent, or Complementary ? », paru dans GUMPERT, G., CATHCART, R., *Inter Media : Interpersonal Communication in a Media World*, 3^e éd., Orford University Press, New York, 1986, p. 70 et ss.

communication de masse réussie nécessitent plusieurs canaux et plusieurs étapes.⁶⁸¹ En insérant un canal de rediffusion de l'information pénale au niveau des récepteurs, l'accessibilité de cette information et son décodage deviennent moins problématiques. En d'autres mots, favoriser le processus de communication par étapes de la norme pénale mène, en bout de piste, à une communication plus efficace de celle-ci. Il est difficile, dans les circonstances actuelles, de voir en quoi le processus canadien de communication de la norme pénale encourage la mise en place d'un réseau de communication par étapes. C'est cependant un aspect qui sera à considérer lorsque viendra le moment de formuler des suggestions susceptibles d'augmenter l'efficacité du processus de communication en vigueur.

Ceci complète notre étude de l'aspect récepteur de notre modèle théorique de la communication de la norme pénale. On retiendra surtout de celle-ci que le récepteur moderne est bombardé d'informations et qu'il ne saurait donc engranger aveuglément toutes les données qui lui tombent sous la main. Pour optimiser le processus de réception, il lui faut alors faire appel à une assimilation stratégique de l'information ou, encore, recourir à des canaux interpersonnels d'information.

L'élaboration de notre modèle théorique étant désormais achevée, il est temps de poser un regard global informé sur le processus canadien de communication de la norme pénale. À l'évidence, ce processus n'est pas satisfaisant au plan théorique, car il ne tient pas compte de plusieurs règles essentielles dégagées par les sciences de la communication. Parmi les principales lacunes, on note l'absence d'un mécanisme de sélection de l'information pénale, l'utilisation de codes inaccessibles, le choix discutable des canaux de transmission de l'information, l'émission de messages contradictoires,

⁶⁸¹ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de

etc. Bref, le processus canadien de la communication de la norme pénale est un échec théorique.

Cette constatation confirme notre thèse de départ. Rappelons que le but de ce travail était de démontrer l'inefficacité du processus de communication de la norme pénale, ce que nous avons fait. Cela dit, notre réflexion se situe dans un cadre théorique plus large, soit celui de la légitimité de la sanction pénale étatique. Dans cette optique, notre tâche n'est pas terminée, car il importe de remanier le processus de communication de la norme pénale afin de le rendre conforme au modèle théorique que nous venons d'élaborer. Cette conformité théorique permettrait peut-être au processus de communication de la norme pénale d'atteindre un niveau d'efficacité suffisant pour conférer une certaine légitimité à la sanction pénale étatique.

3. De la théorie à la pratique : une nouvelle conception de la communication de la norme pénale

Dans les pages qui précèdent, nous avons souligné les déficiences théoriques du processus canadien de communication de la norme pénale. Nous n'avons toutefois pas l'intention de nous arrêter là. En effet, notre étude ne saurait être complète sans l'élaboration d'un ensemble de règles juridiques qui tient compte des vices mis à jour.

Le modèle théorique de la communication de la norme pénale élaboré précédemment nous fournit une multitude de données pertinentes à cet égard. Ainsi, nous savons maintenant que le processus de communication de la norme pénale n'est pas une opération simple dont l'échec est automatiquement imputable au récepteur tel que le postule l'article 19 du *Code criminel* canadien. Au contraire, une communication de la norme pénale efficace nécessite une sélection de l'information pertinente, l'utilisation d'un langage accessible mais précis lors de l'encodage, un choix de canaux de transmission adéquat, une absence de distorsion du message, un décodage minutieux et finalement, une réception attentive par le récepteur. Le moindre manquement à l'une ou l'autre de ces six étapes peut faire échouer tout le processus. Il s'agit donc d'un mécanisme complexe et le droit relatif à la communication de la norme pénale devrait refléter cette donnée.

Or, ce n'est pas le cas en droit canadien. Tel que nous venons de le mentionner, la forme actuelle du processus de communication de la norme pénale contrevient à notre modèle théorique à maints égards. On peut résumer les

nombreux points de divergence entre le droit canadien et la théorie sous deux grands thèmes, soit le rôle prédominant de l'État et l'attribution du blâme en cas d'échec du processus de communication. Un bref retour sur chacun de ces deux éléments s'impose si l'on veut en tirer une leçon utile.

En droit canadien, le rôle de l'État en tant qu'émetteur de la norme pénale se résume, nous l'avons vu, à bien peu. Il lui suffit d'édicter des infractions prospectives dans un langage clair et de publier une version écrite de celles-ci dans le journal officiel. Nul part n'est-il fait mention d'une obligation de sélectionner l'information à communiquer, de procéder à son encodage en tenant compte du code maîtrisé par le justiciable moyen ou, encore, de choisir un canal de transmission efficace et durable. Autrement dit, notre système juridique postule qu'il est aisé de connaître la norme pénale dans les circonstances actuelles et qu'il appartient, par conséquent, au justiciable d'en prendre connaissance. En bout de ligne, le droit canadien conçoit la communication de la norme pénale comme un mécanisme dont le contrôle relève du justiciable.

Bien entendu, la réalité est toute autre. Comme l'illustre notre modèle théorique, la capacité du justiciable de prendre connaissance de la norme pénale est largement tributaire des efforts préalables de l'émetteur. Si l'État effectue une mauvaise sélection de l'information à transmettre ou choisit un canal de transmission totalement inapproprié, il y a fort à parier que la communication va échouer et ce, peu importe la bonne volonté du récepteur. Somme toute, le contrôle du processus de communication de la norme pénale appartient principalement à l'émetteur, en l'occurrence, l'État.

On constate tout de suite l'ampleur de la divergence entre la solution canadienne et notre modèle théorique quant au rôle joué par l'État. À notre avis,

toute modification du processus actuel de communication de la norme pénale doit chercher à résoudre cette divergence en reconnaissant, enfin, l'importance primordiale du rôle de l'État dans la réussite ou l'échec de la communication pénale.

En fait, ce premier point de divergence est si fondamental qu'il explique, en partie, la seconde grande différence entre le droit canadien en matière de communication de la norme pénale et notre modèle théorique, soit la divergence quant aux causes possibles de l'échec de la communication. Rappelons à cet égard, que le caractère prétendument fautif de l'ignorance de la norme pénale est l'une des justifications avancées pour soutenir la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi.⁶⁸² Les systèmes juridiques qui appliquent cette maxime affirment donc implicitement que la responsabilité de l'échec du processus de communication de la norme pénale repose sur les épaules du justiciable. C'est certainement le cas en droit canadien.

À la lumière des sciences de la communication, cette affirmation du caractère intrinsèquement fautif de l'ignorance de la norme pénale apparaît carrément erronée. Comme le démontre notre modèle théorique, le succès du processus de communication de la norme pénale résulte de plusieurs facteurs et la plupart de ceux-ci ne relèvent pas du contrôle du justiciable. À titre d'exemple, un encodage déficient de la part de l'émetteur entraînera l'échec du processus de communication, car le récepteur ne sera pas en mesure de décoder correctement le message transmis. Peut-on alors affirmer que l'incompréhension du récepteur lui est imputable ?

⁶⁸² STUART, D., *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3^e éd., Carswell, Scarborough, 1995, p. 295-298, cité avec approbation par le juge Lamer dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 5.

En postulant le caractère fautif de l'ignorance de la norme pénale, le droit canadien refuse donc de reconnaître les multiples causes potentielles de l'échec d'un processus de communication de la norme pénale. Il va sans dire que cette conception dépourvue de nuances contraste avec la vision beaucoup plus subtile propre aux sciences de la communication. Toute modification du système actuel devra être faite en ayant ce second constat à l'esprit.

Le rappel de ces deux grands axes de divergences entre le droit canadien et notre modèle théorique nous permet de poser les prémisses d'une nouvelle façon d'aborder la communication de la norme pénale. Il est maintenant temps de bâtir un système de règles à partir de ces prémisses. Ces règles devront refléter le rôle prédominant de l'État en matière de communication et ne pas uniquement imputer l'échec du processus au récepteur. Selon nous, il est possible d'atteindre ce double objectif en créant une obligation de communiquer la norme pénale, obligation qui incomberait à l'État. Voyons, dans un premier temps, quels sont les tenants et les aboutissants de cette proposition. Il sera aussi nécessaire, dans un second temps, d'en exposer les limites.

3.1. LA CRÉATION D'UNE OBLIGATION DE COMMUNIQUER LA NORME PÉNALE

En vertu du droit pénal canadien actuellement en vigueur, la principale limite restreignant le pouvoir de l'État d'intenter une poursuite de nature pénale contre l'un de ses justiciables est le principe de légalité. Ce principe garantit, nous l'avons déjà mentionné, que toute incrimination sera fondée sur un texte légal préexistant, public et décrivant de façon relativement précise le comportement

prohibé.

Tous seront d'accord pour reconnaître le caractère fondamental des garanties offertes par le principe de légalité. Il n'est donc pas ici question de remettre son existence en cause. Force est toutefois d'admettre que le principe de légalité ne suffit plus pour assurer la communication efficace de la norme pénale. Dans les circonstances, le temps est venu d'ajouter une exigence supplémentaire en matière de communication de la norme pénale. Cette nouvelle exigence pourrait être formulée ainsi : l'État ne peut demander l'imposition d'une pénalité sans avoir, au préalable, pris des mesures suffisantes pour communiquer la norme légale dont la transgression entraîne cette pénalité.

Afin de bien décrire notre suggestion, nous devons commencer par exposer les raisons qui la justifient. Nous serons par la suite en mesure de nous attarder au contenu de cette obligation et à son intégration au système pénal actuel.

3.1.1. Pourquoi créer une obligation de communiquer la norme pénale ?

Notre proposition de créer une obligation de communiquer la norme pénale s'appuie essentiellement sur deux arguments. Le premier de ces arguments repose sur les fondements historiques du principe de légalité et sur son évolution naturelle. Pour bien exposer ce premier point, il est nécessaire de fouiller le passé afin de redécouvrir les travaux de Cesare Beccaria.

La publication, en 1764, de l'essai de Beccaria intitulé *Des crimes et des peines* constitue certes l'un des points tournants de l'histoire de la théorie du droit

pénal, car l'auteur y pose les bases de l'application du principe de légalité en droit pénal. On note que Beccaria souligne déjà l'importance de permettre au justiciable de connaître, à l'avance, les comportements prohibés par l'État.⁶⁸³ Il est par conséquent inacceptable, selon lui, que les lois pénales soient impossibles à connaître en raison de l'obscurité de leur libellé. Il écrit à ce sujet :

This evil [obscurity of laws] will be still greater if the laws be written in a language unknown to the people; who, being ignorant of the consequences of their own actions, become necessarily dependent on a few, who are interpreters of the laws, which, instead of being public and general, are thus rendered private and particular.⁶⁸⁴

Considérant que Beccaria s'oppose, au nom du principe de légalité, à la norme impossible à connaître, car obscure, il est fort probable qu'il s'objecterait également devant une norme claire mais impossible à connaître, car noyée dans une mer d'informations légales.⁶⁸⁵ Après tout, la multiplication exponentielle des normes pénales ne diffère pas ostensiblement de l'obscurité des libellés décriée par Beccaria. Ces deux phénomènes transforment une norme pénale publique et générale en une affaire privée et particulière dont l'application devient soumise à la volonté d'une minorité savante. Sans l'aide d'un juriste, rare sera celui ou celle capable de savoir, à tout moment et dans toutes situations, ce qui est prohibé et ce qui est permis. Il ne fait donc nul doute que l'évolution sociale récente nous

⁶⁸³ Cette préoccupation trouve d'ailleurs écho dans la notion d'avertissement raisonnable examinée par le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 633.

⁶⁸⁴ BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Italie, 1764, chap. 5, texte traduit par YOUNG, D., *On crimes and punishments*, Hackett Publications Co., Indianapolis, 1986.

⁶⁸⁵ Un auteur résume l'impact de la multiplication des normes pénales sur le principe de légalité en ces termes : [I]s Fuller's rule-of-law contract valid if the list of contractual obligations is half a million pages long, so that it patently lacks publicity in any practical

oblige à ajouter au principe de légalité afin de faciliter la tâche du justiciable qui désire prendre connaissance du contenu de la norme pénale. La meilleure façon de ce faire passe, à notre avis, par la création d'une obligation de communiquer la norme pénale.

On pourrait évidemment rétorquer que si la communication de la norme pénale est si fondamentale, Beccaria en aurait sûrement fait mention dans son célèbre essai. En réponse à cet argument, il faut signaler que selon Beccaria, la large diffusion de la norme pénale, et donc la possibilité pour tous les justiciables d'en prendre connaissance, est efficacement assurée par le biais de l'imprimerie. Il exprime d'ailleurs sa grande confiance dans le potentiel de cette technologie de la communication lors de l'extrait suivant de son essai :

Hence we see the use of printing, which alone makes the public, and not a few individuals, the guardians and defenders of the laws. It is this art which by diffusing literature, has gradually dissipated the gloomy spirit of cabal and intrigue.⁶⁸⁶

Pour bien comprendre le sens de cet extrait, il faut se rappeler qu'au moment où Beccaria écrit son ouvrage, l'imprimerie est un outil technologique encore relativement récent.⁶⁸⁷ La question de la saturation de la capacité de réception du justiciable ne se pose donc pas. Dans un tel contexte, on peut supposer que l'impression des normes pénales constitue un moyen de communiquer efficacement celles-ci.

sense ?» : LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296, 296.

⁶⁸⁶ BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Italie, 1764, chap. 5, texte traduit par YOUNG, D., *On crimes and punishments*, Hackett Publications Co., Indianapolis, 1986.

⁶⁸⁷ En effet, la bible de Johann Guttenberg, soit le premier ouvrage imprimé, date de 1452.

Quoiqu'il en soit, la foi de Beccaria dans le pouvoir de l'imprimerie nous apparaît aujourd'hui bien naïve. L'évolution de la société depuis le 18^e siècle a fait en sorte que l'impression d'un texte ne suffit plus à en assurer la diffusion. Pourtant, le droit canadien, un peu comme Beccaria à l'époque, soutient implicitement le contraire. Selon nous, le temps est venu de moderniser les exigences du principe de légalité en matière de communication de la norme pénale et cette ouvrage de modernisation passe par la création d'une obligation de communiquer la norme pénale incombant à l'État.

Cela étant dit, les raisons justifiant l'application du principe de légalité en droit pénal ne sont pas le seul argument qui appuie notre proposition. L'ajout d'une obligation de communiquer la norme pénale serait aussi conforme au modèle théorique de la communication de la norme pénale précédemment élaboré. En effet, la création d'une obligation de communiquer la norme pénale permet de rapprocher la conception juridique et la conception théorique de ce processus, car cette obligation reposerait sur les épaules de l'État, soit l'émetteur de la norme pénale. Ce serait donc une façon directe, pour la conception juridique, de finalement reconnaître le rôle prédominant de l'État dans le processus de communication de la norme pénale.

On pourrait également ajouter que l'imposition à l'État d'une obligation de communiquer la norme pénale rétablirait un certain équilibre entre la part de responsabilité du justiciable et celle de l'État. En effet, la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi, reprise en droit canadien par l'article 19 du *Code criminel*, devient un peu plus acceptable si elle est appliquée dans un contexte où la norme en question a été préalablement communiquée par l'État. Un tel partage de responsabilité présuppose que l'échec du processus de communication

de la norme pénale peut tout aussi bien résulter d'une transmission déficiente de l'émetteur que d'une réception incorrecte du récepteur. Une fois encore, l'ajout d'une obligation de communiquer la norme pénale permet un rapprochement entre la conception juridique de la communication et le modèle théorique de celle-ci.

À l'évidence, notre proposition de créer une obligation de communiquer la norme pénale se justifie pleinement dans le contexte actuel. Il nous reste alors à spécifier le contenu exact de cette nouvelle obligation.

3.1.2. Le contenu de l'obligation de communiquer la norme pénale

À prime abord, la détermination du contenu de l'obligation de communiquer la norme pénale paraît simple. Ainsi, on pourrait penser qu'il faut, pour se décharger de son obligation, que l'émetteur de la norme pénale communique celle-ci au justiciable. Une telle formulation présuppose toutefois que l'obligation de communiquer la norme pénale en est une de résultat. Ce serait, à notre avis, aller trop loin. Rappelons que le modèle théorique de la communication de la norme pénale élaboré plus tôt nous a permis d'illustrer les nombreux aléas qui font de la communication une activité au résultat incertain. Imposer une obligation de résultat à l'État serait donc déraisonnable.

Dans les circonstances, il nous faut plutôt conclure que l'obligation de communiquer la norme pénale devrait en être une de diligence. C'est-à-dire que l'émetteur de la norme pénale est uniquement tenu de prendre les moyens raisonnables pour communiquer efficacement celle-ci. Cela suppose que le récepteur ne saurait imputer l'échec du processus de communication à l'État dans

l'hypothèse où ces moyens raisonnables s'avèrent insuffisants. En d'autres termes, nous proposons que l'État assume l'obligation de tenter de communiquer la norme pénale, sans toutefois être tenu de réussir.

Affirmer qu'il suffit que l'État prenne des mesures raisonnables pour communiquer la norme pénale nous amène tout naturellement à nous interroger sur les mesures susceptibles de lui permettre de se décharger de son obligation. Sans vouloir être exhaustif, il convient d'identifier quelques critères pertinents à cet égard.

3.1.2.1. *Quelques règles à respecter pour communiquer efficacement la norme pénale*

Il n'est pas facile de déterminer, *in concreto*, ce que l'émetteur de la norme pénale doit faire pour tenter de communiquer celle-ci. Cela dit, il est certes possible de s'inspirer de notre modèle théorique de la communication de la norme pénale pour fixer des paramètres généraux. Bien entendu, ces paramètres généraux pourraient sembler fort abstraits sans une certaine mise en contexte. Nous avons donc choisi de présenter ceux-ci en calquant la formule utilisée par le professeur Lon Fuller pour décrire les paramètres généraux de rédaction des lois.⁶⁸⁸ Cette méthode de présentation s'est logiquement imposée à nous, car la rédaction d'une loi et la communication de la norme pénale sont des opérations étroitement liées. À preuve, quelques-unes des huit règles de Fuller concernent

⁶⁸⁸ Au début des années 60, le professeur Fuller publie le célèbre ouvrage *Morality of the Law*, ouvrage dans lequel il formule une série de huit règles propres à assurer la légalité d'un texte en spécifiant la façon dont les lois doivent être faites. Notons que les huit règles de Fuller sont aujourd'hui devenues incontournables en matière de rédaction législative. Pour plus de détails, voir FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969.

indirectement la communication de la norme pénale. Il en est notamment ainsi de la nécessité de promulguer la loi⁶⁸⁹ et de la nécessité d'assurer l'adéquation entre la loi écrite et l'action de l'État.⁶⁹⁰ Ces deux règles ont clairement pour effet accessoire de permettre au justiciable de prendre plus aisément connaissance de la norme légale applicable.

Dans les circonstances, il devient, nous l'avons dit, tout naturel de nous inspirer de la formule de Fuller pour mettre au point une série de règles visant à assurer une communication efficace de la norme pénale. Comme nous l'expliquerons plus tard, cette nouvelle série de règles s'ajoute à la série créée par Fuller de la même façon que la question de la communication de la norme pénale complète nécessairement la question de la rédaction de celle-ci. Cela dit, nous avons dégagé cinq règles fondamentales permettant d'augmenter l'efficacité du processus de communication de la norme pénale. Ces cinq règles sont les suivantes :

- L'émetteur doit trier l'information juridique avant de la transmettre;
- L'émetteur doit utiliser un code accessible;
- L'émetteur doit choisir un canal approprié;
- Les justiciables doivent posséder une connaissance juridique de base;
- Les modifications du message juridique doivent être claires.

⁶⁸⁹ FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969, p. 49.

⁶⁹⁰ FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969, p. 81.

On remarquera que ces cinq règles sont toutes tirées de notre modèle théorique de la communication de la norme pénale élaboré plus tôt. Dans cette optique, il convient de préciser que ces cinq règles ne sont pas nécessairement les seules règles susceptibles d'être pertinentes dans l'évaluation de l'obligation de communiquer la norme pénale que nous proposons d'imposer à l'État. Nous croyons que l'État, à titre d'émetteur de la norme pénale, doit tenir compte de l'ensemble du modèle théorique de la communication afin de communiquer efficacement son message. Cela dit, le respect des cinq règles précédentes constitue certes un bon début. D'ailleurs, il convient, afin de bien expliciter notre raisonnement, de détailler le contenu de chacune de ces cinq règles.

Règle 1: Trier l'information juridique à communiquer

Tel que nous l'avons mentionné précédemment, l'époque actuelle est marquée par une surcharge d'informations. Nous vivons à l'ère de «l'infobésité». L'émetteur de la norme pénale doit composer avec cette réalité, car son message entre en concurrence avec une foule d'autres messages de diverses natures. Dans ce contexte, l'État doit placer la norme pénale à l'avant-plan de son message légal et non plus l'enfourer sous une montagne de considérations administratives secondaires, tel le nombre d'administrateurs requis pour atteindre le quorum.

Un remède partiel à ce problème pourrait consister en l'élaboration de deux versions d'une même loi.⁶⁹¹ En plus de la version officielle actuelle, l'État pourrait

⁶⁹¹ JACKSON, B.S., « Legislation in the Semiotics of Law », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 5, 15-16. Ce remède s'avère partiel, car il ne vise que les normes pénales d'origine législative.

adopter une version abrégée de la loi, version qui serait épurée des détails étrangers aux normes pénales imposées par la loi.⁶⁹² Évidemment, c'est cette seconde version qui ferait l'objet d'une communication au justiciable, car son élaboration présuppose un tri de l'information juridique à transmettre. En cas de divergence entre les deux versions, la version officielle actuelle prévaudrait mais le justiciable accusé d'y avoir contrevenu pourrait toutefois invoquer la version épurée au soutien d'une éventuelle requête en arrêt des procédures en raison d'une communication étatique déficiente.⁶⁹³

Règle 2 : Utiliser un code accessible lors de l'encodage de la norme pénale

À première vue, cette règle semble faire double emploi avec une exigence du principe de légalité à l'effet que la norme légale doit être claire et précise. Or, il n'en est rien, car l'exigence de précision dans la rédaction des lois a été interprétée de façon limitative par la Cour suprême du Canada. Comme nous l'avons vu précédemment, une norme légale sera jugée suffisamment précise si son libellé peut donner lieu à un débat judiciaire.⁶⁹⁴ Essentiellement, ce critère garantit que la norme pénale sera pourvue d'un sens intrinsèque mais sans toutefois assurer l'accessibilité du langage dans lequel la norme est rédigée. Rappelons qu'une norme dotée d'un sens précis n'est pas pour autant accessible

⁶⁹² Notons que le gouvernement canadien accompagne parfois ses lois pénales de guides explicatifs rédigés en «langage simple». Voir, par exemple, la publication électronique intitulée *Un guide en langage simple : modifications apportées par le projet de loi C-45 aux dispositions du Code criminel sur la responsabilité pénale des organisations* (<http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/c45/> - site consulté le 1^{er} septembre 2004).

⁶⁹³ Nous exposerons les possibles paramètres de ce moyen de défense à la section 3.1.3 du présent chapitre.

⁶⁹⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

au commun des mortels. L'exemple de la transcription de normes fiscales en formules mathématiques complexes le prouve bien.⁶⁹⁵

Pour se conformer à cette règle, l'État, à titre d'émetteur de la norme pénale, devra s'assurer que le code qu'il utilise puisse être décodé par le justiciable et non seulement par les professionnels du droit comme c'est le cas actuellement. La meilleure façon de ce faire est de rédiger dans un langage simplifié. Des initiatives en ce sens ont déjà vu le jour et il s'agit d'une avenue prometteuse.⁶⁹⁶ Cela dit, certaines normes pénales se prêtent difficilement à une rédaction dans un langage simple.⁶⁹⁷ Dans ces cas, l'émetteur de la norme pénale doit utiliser le métalangage afin de s'assurer que le code complexe qu'il emploie demeure accessible. Rappelons que le métalangage consiste à inclure, dans un texte, des indices quant au contenu des notions qui s'y trouvent. L'ajout d'une série de définitions à l'intérieur d'un texte créant une norme pénale constitue un exemple typique de métalangage. Le recours à cette méthode de rédaction des normes pénales accentue l'accessibilité du code utilisé et constitue certes une façon pour l'État de tenter de communiquer plus efficacement la norme pénale au justiciable.

⁶⁹⁵ Pour obtenir des exemples de l'utilisation de formules mathématiques pour traduire des normes fiscales, il suffit de feuilleter la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) ch. 1 (5^e supp).

⁶⁹⁶ Pour une étude du potentiel des programmes de rédaction de textes législatifs en langage simple (le « Plain Language Drafting »), voir SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97. Sur le sujet, on peut également consulter JACKSON, B.S., *Making Sense in Law*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1995, p. 114 et ss.; LAW REFORM COMMISSION OF IRELAND, *Report on Statutory Drafting and Interpretation : Plain Language and the Law*, LRC 61-2000, I.P.C. House, Dublin, 2000 et ROBINSON, V., *Rewriting Legislation – Australian Federal Experience*, Office of Parliamentary Counsel, Australian Gouvernement, 2001. (texte disponible sur le site <http://www.opc.gov.au/plain/docs.htm> - site consulté le 2 septembre 2004).

Règle 3 : Choisir un canal de transmission approprié

L'essence même du processus de communication est la transmission d'informations. Il s'avère donc impératif que les canaux de transmission utilisés pour relayer les données soient adéquats. Il s'ensuit que l'État devra choisir des canaux de transmission appropriés afin de remplir son obligation de communiquer la norme pénale.

D'entrée de jeu, mentionnons que la publication de la norme pénale dans un journal officiel au tirage minime ne saurait constituer un canal adéquat. L'époque de Beccaria est depuis longtemps révolue; il ne suffit plus d'imprimer un texte pour en assurer la diffusion. Cela dit, il faut également tenir compte des ressources limitées de l'État et de la nature souvent complexe du message pénal. Ces considérations font en sorte qu'une communication efficace de la norme pénale procède souvent en deux temps. Premièrement, l'État doit utiliser un ou des canaux de transmission assurant une large diffusion d'un aperçu de la norme pénale afin de rejoindre le plus grand nombre de justiciables possible. Une fois cette opération initiale complétée, l'État devra parfois recourir à un ou des canaux spécialisés pour transmettre un surplus d'informations détaillées au justiciable qui en fait la demande ou qui est susceptible d'en avoir directement besoin en raison de ses activités.

En pratique, la deuxième étape de ce processus existe déjà. En effet, le justiciable ayant besoin de renseignements au sujet des normes pénales peut s'adresser à divers fonctionnaires, dont la tâche première est justement de

⁶⁹⁷ SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97,

répondre aux questions des justiciables sur l'application des normes légales. Évidemment, si le fonctionnaire désigné par l'État transmet une information erronée, il faudra alors conclure que l'État ne s'est pas déchargé de son fardeau de communiquer la norme pénale. Cette solution s'impose, car le préposé étatique assume, selon la jurisprudence, une double obligation en la matière, obligation consistant à répondre aux questions du justiciable et à connaître les normes légales dont l'application relève de sa responsabilité :

The purpose of government, and of each employee of government, is to serve the public. Where government imposes responsibilities and obligations upon the public, **each member of the public, when he seeks assistance, is entitled to be informed of the jurisdiction of that responsibility or obligation**, which, of course, is not to say that every public servant in the employ of government is required to be knowledgeable of all the intricacies of every facet of government. **It is to say, however, that it is, in my opinion, incumbent upon any public servant to be cognizant not only of what may be his own narrow field of responsibility, but be generally aware, as well, in a general way, of allied matter reasonably collateral to his own responsibility.**⁶⁹⁸

(caractère gras ajouté)

Bien entendu, la mise en disponibilité d'une masse de préposés compétents ayant pour fonction de répondre aux moindres questions des justiciables quant à la norme pénale nécessiterait des dépenses importantes. Par souci d'économie, l'État peut donc parfois se décharger de son obligation de communiquer la norme pénale en conseillant simplement au justiciable désireux de connaître la norme pénale applicable de consulter un juriste. L'utilisation de ce canal de transmission

106.

⁶⁹⁸ *Livingstone c. P.E.I.*, (1989) 79 Nfld & P.E.I.R 153, 156.

a toutefois pour conséquence la participation d'un intermédiaire, soit le juriste, sur lequel l'État n'a pas de contrôle. Cela devient problématique, car il est possible que le juriste, à l'instar du fonctionnaire, transmette des informations erronées quant au contenu de la norme pénale applicable. Dans un tel cas, nous croyons que l'État manque à son obligation de communiquer la norme pénale, le recours aux juristes ne devant pas être une façon, pour l'État, de se défilier aisément d'une obligation qui lui est propre. Nous partageons donc l'opinion du professeur Tom Arnold à ce sujet :

If the *only* state-sanctioned source of legal advice in many cases is the lawyer the state arguably has some responsibility to uphold the integrity of its process and protect one who utilizes the appropriate source.⁶⁹⁹

En d'autres mots, le processus canadien de communication de la norme pénale devrait protéger le justiciable qui agit conformément aux conseils inexacts d'un juriste compétent.

Règle 4 : Encourager l'acquisition d'un niveau suffisant de connaissance diffuse et de connaissances sélectives

Cette quatrième règle s'avère probablement la plus instructive quant à la nature exacte de l'obligation de communiquer la norme pénale que nous suggérons. En raison de la prolifération des normes pénales, il est devenu impensable de communiquer le détail de chacune de celles-ci à l'ensemble des justiciables. Il apparaît beaucoup plus efficace de communiquer la norme pénale

⁶⁹⁹ ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559, 583.

selon les besoins variables de tous et chacun. C'est dans cette optique qu'interviennent les notions de connaissance diffuse et de connaissances sélectives.

Plutôt que de transmettre immédiatement le menu détail de chacune de ses normes pénales, l'État peut, dans un premier temps, procéder à la transmission des grandes lignes de celles-ci.⁷⁰⁰ Autrement dit, l'État doit, à cette étape, signaler qu'une activité donnée fait l'objet d'une réglementation pénale.⁷⁰¹ Le justiciable qui recevra ce premier message pourra alors se faire une idée très approximative de ce qui est prohibé. On peut donc affirmer que ce justiciable aura une connaissance diffuse de la norme pénale. La transmission d'un message assurant un niveau superficiel de connaissance sera, dans la majorité des cas, suffisante pour conclure que l'État s'est déchargé de son obligation de communiquer efficacement la norme pénale.⁷⁰² Cette transmission pourrait, entre autres, s'effectuer par le biais d'un cours académique obligatoire.

⁷⁰⁰ Notons que le niveau de publicité requis pour assurer la connaissance diffuse d'une norme pénale parmi la population sera souvent fonction de la norme pénale concernée. Une norme pénale dont l'existence est profondément ancrée dans la conscience collective n'aura pas besoin de faire l'objet d'une publicité soutenue. Il en va de même en ce qui a trait aux normes pénales qui touchent des domaines où la présence d'une réglementation pénale est évidente (*i.e.* sécurité routière). À ce sujet, voir les commentaires du juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 634-35 ainsi que LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296, 302.

⁷⁰¹ LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296, 301. L'auteur affirme que le citoyen doit être informé des gestes qui sont « regulable-in-se ». Cela rejoint le concept d'avertissement raisonnable développé dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 633 et ss.

⁷⁰² En effet, une communication efficace de la norme pénale ne signifie pas que le justiciable doit « s'asseoir et lire de façon méthodique toutes les normes pénales existantes » : FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969, p. 51.

Dans certains cas, le justiciable particulièrement concerné par l'application d'une norme pénale cherchera à connaître le détail exact de celle-ci, afin d'évaluer précisément la légalité de sa conduite. Devant une telle demande, l'État devra, pour satisfaire à son obligation de communiquer la norme pénale, transmettre une quantité d'informations suffisante pour faire en sorte que le justiciable puisse acquérir une connaissance utile de la norme en question. Autrement dit, l'État doit aussi, pour communiquer la norme pénale, permettre au justiciable qui le juge nécessaire d'acquérir une connaissance sélective du contenu de celle-ci. Cela peut se faire en mettant sur pied une équipe de fonctionnaires chargée de répondre aux questions des justiciables en matière pénale.

Notons que l'État devra parfois prendre l'initiative de la transmission d'informations détaillées, notamment dans les cas où la prohibition d'un comportement ne fait pas l'objet d'un niveau de connaissance diffuse adéquat. Dans ces cas, le droit canadien pourrait s'inspirer du droit français et ne permettre une poursuite pénale que dans l'hypothèse où une mise en demeure préalable n'aura pas permis de mettre fin au comportement prohibé.⁷⁰³

⁷⁰³ À titre d'illustration du recours à la mise en demeure pénale en droit français, voir l'article L. 231-4 du *Code du travail*, article qui se lit comme suit :

Lorsque cette procédure est prévue, les inspecteurs et les contrôleurs du travail, avant de dresser procès-verbal, doivent mettre les chefs d'établissements en demeure de se conformer aux prescriptions des décrets mentionnés aux articles L. 231-2 et L. 233-5-1. [...]

La mise en demeure est faite par écrit selon les modalités prévues aux articles L. 611-14 et L. 620-3. Elle est datée et signée. Elle indique les infractions constatées et fixe un délai à l'expiration duquel ces infractions devront avoir disparu. Ce délai qui ne peut être inférieur à quatre jours, est fixé en tenant compte des circonstances, à partir du minimum établi pour chaque cas par les décrets pris en application des articles L. 231-2 et L. 233-5-1.

Règle 5 : Éliminer les messages caducs

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, la norme pénale n'est pas éternelle. Chaque année, des jugements et des nouveaux textes législatifs viennent modifier ou parfois abroger, implicitement ou explicitement, les normes pénales existantes. Cette perpétuelle mouvance du contenu de la norme pénale exige une mise à jour continue de la validité de l'information préalablement transmise par l'État dans le cadre de son obligation de communiquer la norme pénale.⁷⁰⁴ Si l'État néglige de signaler explicitement les modifications apportées aux normes pénales existantes, il y a tout lieu de craindre que le justiciable soit trompé par un message pourtant désuet.

Somme toute, cette cinquième règle oblige l'État à donner au justiciable une image claire de l'état des normes pénales en vigueur à un moment précis. Cela suppose d'informer ce dernier de la création, de la modification et de l'abrogation de la norme pénale.

Voilà donc cinq règles permettant de déterminer, un peu plus rigoureusement, si l'État a rempli son obligation de communiquer la norme pénale. Rappelons, une fois encore, que cette liste de règles n'est pas exhaustive. Plutôt que d'approcher mécaniquement la question, il convient de se demander,

Notons qu'en droit québécois, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q. c. S-2.1, prévoit, à son article 182, la possibilité pour le préposé étatique d'émettre un avis de correction plutôt qu'une constat d'infraction «s'il l'estime opportun». Il s'agit toutefois là d'une faculté et non d'une obligation, comme c'est le cas en droit français.

globalement, si l'État a respecté les grandes lignes du modèle théorique de la communication de la norme pénale élaboré plus tôt. Si la réponse à cette question est affirmative, il va de soi que l'État s'est déchargé de son obligation de communiquer la norme pénale.

Qu'arrivera-t-il cependant si l'on conclut que l'une, ou plusieurs de ces règles n'ont pas été respectées ? Devra-t-on alors nécessairement conclure que l'État a manqué à son obligation de communiquer la norme pénale ? L'idée même d'une évaluation globale de la conduite de l'État présuppose que les critères utilisés le seront à titre indicatif. On ne saurait donc appliquer strictement les critères décrits auparavant de façon à conclure que l'État a manqué à son obligation de communiquer la norme pénale simplement parce qu'il n'a pas opéré un tri rigoureux de l'information transmise ou que certains messages caducs sont demeurés accessibles. Fondamentalement, les cinq règles décrites sont issues d'un idéal théorique impossible à atteindre mais vers lequel l'État doit tendre. Bien que leur respect ne soit pas de rigueur, elles donnent un aperçu général de ce à quoi le justiciable est en droit de s'attendre de l'État, nommément une tentative raisonnable de transmettre efficacement la norme pénale. Chaque fois que l'État communique la norme pénale d'une façon qui est sensiblement conforme au modèle théorique élaboré plus tôt, on pourra dire qu'il aura rencontré son obligation. Le justiciable ne saurait exiger plus car, rappelons-le, l'État assume uniquement une obligation de diligence en cette matière.

Jusqu'ici, nous avons traité de la possible création d'une obligation de communiquer la norme pénale en omettant de préciser de quelle façon cette

⁷⁰⁴ WITTEVEEN, W.J., « Significant, Symbolic and Symphonic Laws », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, p. 27, 61.

obligation pouvait s'insérer à l'intérieur du système juridique canadien existant. Il est maintenant temps d'aborder cette question.

3.1.3. L'intégration de l'obligation de communiquer la norme pénale au système actuel

Notre suggestion d'imposer une obligation de communiquer la norme pénale à l'État fait de l'ignorance de la norme pénale un problème relevant de la notion de légalité. Ce point de vue exclut toute analyse de la question de la culpabilité du justiciable. Pour cette raison, notre suggestion n'a pas automatiquement pour conséquence la redéfinition complète du système juridique canadien en matière de communication de la norme pénale. En fait, il nous apparaît possible, bien que pas nécessairement souhaitable, d'intégrer notre suggestion sans compromettre l'existence de la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi. Un tel aménagement pourrait s'avérer essentiel, car tout indique que la règle voulant que nul n'est censé ignorer la loi ne sera pas abolie de sitôt au Canada,⁷⁰⁵ et ce, malgré les critiques persistantes, et justifiées, de ses nombreux détracteurs.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ Dans l'arrêt *Jorgensen*, le juge Lamer écrit à ce sujet : « Bien que, selon [l'auteur de doctrine] Stuart, la règle relative à l'ignorance de la loi soit sommaire et que ces principes ne soient pas convaincants de nos jours, cette maxime constitue un principe directeur de notre droit criminel qui ne devrait pas être perturbé à la légère. » : *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 64.

⁷⁰⁶ Voir, entre autres, MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son application en droit canadien*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982; MEWETT, A.W., MANNING, M., *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3^e éd., Butterworth, Markham, 1994, p. 380 et ss.; CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998, p. 1031 et ss.; STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001, p. 323 et ss.; BARTON, P.G., « Officially Induced Error as a Criminal Defence : A Preliminary Look », (1979-80) 22 *C.L.Q.* 314; WARD, R., « Officially Induced Error of Law », (1988) 52 *Sask. L. R.*, 89; STEWART, H, « Mistake of Law Under the Charter », (1998) 40 *C.L.Q.* 476; PARENT,

De toute façon, reprendre le débat maintes fois tenus sur l'opportunité de maintenir ou d'abolir la règle consignée à l'article 19 du *Code criminel* place encore l'accent sur le rôle du récepteur dans le processus communicationnel alors que, nous l'avons vu, c'est l'émetteur de la norme, donc l'État, qui joue un rôle prédominant dans le succès ou l'échec de celui-ci. Conférer à l'ignorance invincible de la norme pénale le statut d'excuse, à l'image du droit français,⁷⁰⁷ ou faire de la connaissance de la norme pénale une composante de l'élément mental de l'infraction, à l'instar du droit sud-africain, s'avèrent donc des pistes de solution intéressantes pour le droit canadien mais non essentielles à la mise en œuvre de notre suggestion.

En s'intéressant uniquement aux obligations de l'État, notre proposition ramène l'émetteur de la norme de pénale au centre du processus de communication, ce qui est conforme au modèle théorique élaboré plus tôt. Mentionnons de plus que l'ajout d'une obligation, pour l'État, de communiquer la norme pénale permet, dans une certaine mesure, de faire contrepoids à l'obligation de connaître celle-ci imposée au justiciable. En fait, les modalités actuelles de l'obligation de prendre connaissance de la norme pénale paraissent moins sévères si l'on s'assure, au préalable, que cette norme est communiquée de façon adéquate par l'État.

H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 C. de D. 53; KASTNER, N.S., « Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error », (1985-86), 28 C.L.Q. 308; ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559.

⁷⁰⁷ Rappelons que c'était là la solution avant-gardiste préconisée par le professeur Antoine Manganas en 1982 : MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son application en droit canadien*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982, p. 481 et ss.

Nous le répétons, l'ajout d'une obligation de communiquer la norme pénale peut se faire sans remettre en cause l'existence de la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi. Bien entendu, il serait préférable de reconsidérer l'ensemble du processus canadien de communication de la norme pénale et de réduire, du même coup, l'intensité de l'obligation de connaissance de la norme pénale imposée au justiciable. Soulignons à ce sujet que notre proposition de créer une obligation de communiquer la norme pénale pourrait être jumelée à l'importation, en droit canadien, de la notion française d'erreur de droit inévitable. En fait, une telle combinaison permettrait d'optimiser le degré de conformité du processus canadien de communication de la norme pénale à notre modèle théorique en la matière, car il serait ainsi possible de conclure que l'échec de la communication n'est pas imputable à l'État ou au justiciable.

Cela étant dit, il ne faudrait pas conclure que l'imposition d'une obligation de communiquer la norme pénale serait dépourvue de conséquences pratiques. Au contraire, le justiciable poursuivi pour avoir contrevenu à une norme pénale n'ayant pas fait l'objet d'une communication adéquate doit disposer d'un recours pour invoquer le manquement de l'État. Selon nous, ce recours devrait être identique à celui existant dans les cas d'erreurs de droit provoquées par une personne en autorité, soit une requête en arrêt des procédures.

Cette solution s'impose, car les faits à la base de l'arrêt *Jorgensen*⁷⁰⁸ constituent l'exemple parfait d'une situation où l'État a manqué à son obligation de communiquer la norme pénale applicable. Rappelons que dans l'arrêt *Jorgensen*, le juge Lamer conclut que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité entraîne un arrêt des procédures et non un acquittement, ce moyen ne mettant pas en cause la culpabilité ou l'innocence du justiciable accusé. Il s'agit plutôt de

⁷⁰⁸ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

déterminer si les circonstances entourant la commission de l'infraction font en sorte que les procédures pénales peuvent être considérées abusives.⁷⁰⁹

Le raisonnement du jugement Lamer dans l'arrêt *Jorgensen* s'applique parfaitement au contexte plus large de l'erreur résultant d'une communication déficiente de l'État. Dans ce genre de situation, on peut affirmer qu'il est abusif pour l'État de réclamer l'imposition d'une pénalité au contrevenant alors que la contravention résulte en grande partie de la conduite étatique. Autrement dit, la question de l'erreur de droit provoquée par une communication étatique déficiente touche une question préalable au procès pénal, soit la légitimité de l'exercice du droit de punir de l'État dans les circonstances.

Pour cette raison, nous croyons que la création d'une obligation de communiquer la norme pénale pour l'État doit nécessairement être accompagnée de la reconnaissance d'une défense d'erreur de droit provoquée par une communication étatique déficiente. Bien que cette nouvelle défense serait valable en matière criminelle et en matière pénale, on peut croire qu'elle s'appliquerait surtout dans ce dernier domaine.⁷¹⁰ Cette défense pourrait être soulevée en tout temps par l'inculpé au moyen d'une requête en arrêt des procédures. Au soutien de sa requête, l'inculpé devrait démontrer, par prépondérance de preuve, que l'État a manqué à son obligation de communiquer la norme pénale et que ce manquement l'a empêché de prendre connaissance de la norme en temps opportun.⁷¹¹ Si la preuve soumise par les deux parties confirme cette prétention,

⁷⁰⁹ *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 37.

⁷¹⁰ Voir, par analogie, *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, par. 26.

⁷¹¹ Notons que certains auteurs sont d'avis que le justiciable devrait bénéficier d'un moyen de défense de communication étatique déficiente même en l'absence d'une erreur de droit de sa part : HUSAK, D.N., VON HIRSCH, A., « Culpability and Mistake of Law », paru dans SHUTE, A., GARDNER, J., HORDER, J., *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 157, 166. Nous croyons au contraire que la preuve de la connaissance de la norme pénale en temps opportun par le

le tribunal saisi de la requête aurait alors la possibilité d'ordonner l'arrêt définitif des procédures. Évidemment, cette avenue ne saurait être empruntée à la légère. Seuls les cas les plus clairs d'abus devraient donc être ainsi sanctionnés.⁷¹²

La viabilité de notre suggestion est confirmée par trois décisions. La première est la décision ontarienne *Yusuf*.⁷¹³ Dans cette affaire, un membre de la communauté somalienne résidant au Canada a été accusé d'avoir contrevenu à une loi fédérale en important une substance contrôlée. Cette accusation apparaît particulièrement inappropriée, car l'interdiction légale d'importer la substance en question était entrée en vigueur huit jours avant la commission de l'infraction par l'accusé. Au surplus, la communauté somalienne, qui faisait un usage quasi-exclusif de cette substance, n'avait pas été expressément avisée de la modification législative et ce, malgré l'existence de mécanismes simples assurant une communication efficace entre cette communauté et le gouvernement canadien.

Devant ces faits, le juge Cowan de la Cour provinciale de l'Ontario a ordonné l'arrêt des procédures au motifs que celles-ci étaient contraires à l'article 7 de la *Charte Canadienne*. Il justifie son ordonnance en ces termes :

In the case before me, these men had both been involved in the importation of this substance on prior occasions. They were part of a class of people (the

justiciable démontre le succès du processus de communication et fait donc obstacle à une conclusion de communication étatique déficiente.

⁷¹² Soulignons que la consécration d'une défense d'erreur de droit provoquée par une communication étatique déficiente rendrait superflu le maintien de la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité est, en quelque sorte, incluse dans la défense d'erreur de droit provoquée par une communication étatique déficiente.

⁷¹³ *R. c. Yusuf*, [1998] O.J. no. 3975.

Somalian community) who were the only ones to be affected by the change in the legislation. They had had no such notice although the Somali community had taken diligent steps to become aware of the changes in the legislation. The conduct of the importation of the khat and its use was a part of their tradition for thousands of years and to suddenly criminalize it without any discussion or notice to the community would not be seen to be fair and fundamental justice.⁷¹⁴

La seconde décision qui appuie notre suggestion provient de la Cour suprême des États-Unis. Il s'agit de l'arrêt *Lambert v. California*.⁷¹⁵ Dans cette affaire, l'État de la Californie reprochait à l'accusée de ne pas avoir informé le chef de police de la municipalité de Los Angeles de son arrivée alors qu'elle était tenue de le faire en raison d'un règlement municipal prévoyant l'enregistrement obligatoire des visiteurs ayant des antécédents judiciaires. La Cour suprême devait donc décider si l'imposition d'une sanction pénale malgré l'ignorance de la norme pénale par l'accusée portait atteinte au droit constitutionnel garantissant le «due process of law». La Cour conclut par l'affirmative et casse donc le verdict de culpabilité rendu en première instance pour les motifs suivants :

Nevertheless, this appellant on first becoming aware of her duty to register was given no opportunity to comply with the law and avoid its penalty, even though her default was entirely innocent. [...] [The law] severity lies in the absence of an opportunity either to avoid the consequences of the law or to defend any prosecution brought under it. **Where a person did not know of the duty to register and where there was no proof of the probability of such knowledge, he may not be convicted consistently with due process. Were it otherwise, the evil would be as great as it is when**

⁷¹⁴ *R. c. Yusuf*, [1998] O.J. no. 3975, par. 60.

⁷¹⁵ *Lambert v. California*, (1957) 355 U.S. 225.

the law is written in print too fine to read or in a language foreign to the community.⁷¹⁶

(caractère gras ajouté)

La troisième et dernière décision qui appuie notre suggestion est l'affaire *Émond*. Dans cette cause, l'État reproche au justiciable de ne pas avoir respecté une disposition du *Règlement sur les oiseaux migrateurs*.⁷¹⁷ En défense, ce dernier invoque son impossibilité de prendre connaissance de la norme pénale à laquelle il a contrevenu, celle-ci étant entrée en vigueur seulement dix-huit jours avant l'infraction. Devant ces faits, le juge Poirier ordonne l'arrêt des procédures. À l'appui de cette ordonnance, il écrit :

[L]e Tribunal considère qu'il était pratiquement impossible pour le défendeur de savoir que ce nouveau règlement était en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1999. En effet, malgré la présomption de l'article 19 du *Code criminel du Canada*, et en acceptant le jeu légal qui consiste à présumer que tout citoyen prend connaissance de la publication des règlements dans la Gazette du Canada, **il est évident que la façon de rédiger ce règlement et ses modalités d'entrée en vigueur rendaient à peu près impossible sa compréhension, non seulement pour un citoyen ordinaire mais également pour un juriste.**⁷¹⁸

(caractère gras ajouté)

⁷¹⁶ *Lambert v. California*, (1957) 355 U.S. 225, 229-230.

⁷¹⁷ *Règlement sur les oiseaux migrateurs*, C.R.C., c. 1035.

⁷¹⁸ *Québec (Procureur général) c. Émond*, B.E. 2002BE-428, par. 3. On notera que le juge Poirier évalue l'accessibilité du règlement en fonction de la capacité de compréhension du citoyen et du juriste. Il convient de se demander quelle serait la solution retenue par le juge dans le cas d'un règlement que seul un juriste pourrait comprendre.

À la lecture de ces trois décisions, il appert que l'absence d'un processus de communication efficace de la norme pénale constitue parfois un motif suffisant pour justifier un arrêt des procédures pénales. Notre suggestion en ce sens n'est donc pas totalement dépourvue de fondement.

Avant de conclure sur la façon dont une éventuelle obligation de communiquer la norme pénale pourrait s'intégrer au système actuel, il convient de rappeler qu'un justiciable ne saurait invoquer la communication déficiente de la norme pénale afin de poursuivre une activité qu'il sait clandestine. En effet, la communication déficiente de la norme pénale empêche, à notre avis, l'imposition légitime d'une peine au contrevenant de bonne foi. Ce manquement de l'État ne fait toutefois pas obstacle à l'application régulière de la norme, car une communication inadéquate ne remet pas en cause la validité constitutionnelle du texte légal. Ainsi, bien qu'un justiciable puisse invoquer la défense d'erreur de droit provoquée par une communication étatique déficiente pour échapper à sa responsabilité pénale, cela ne le dispense pas de se conformer à la norme une fois que le contenu de celle-ci lui est signalé.⁷¹⁹

Voilà qui complète nos remarques quant à l'intégration de l'obligation de communiquer la norme pénale au système actuel. À notre avis, il est indéniable que la création d'une telle obligation pourrait améliorer le processus canadien de communication de la norme pénale. Il faut toutefois nous demander si cette amélioration sera suffisante pour fonder la légitimité de la sanction pénale dans les cas où une infraction est commise en raison de l'ignorance de la norme pénale par le justiciable. Pour le savoir, il convient de nous attarder aux limites de notre suggestion.

⁷¹⁹ Voir, par analogie, FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1978, p. 734.

3.2 LES LIMITES D'UNE AMÉLIORATION DE LA COMMUNICATION DE LA NORME PÉNALE

En introduction, nous avons émis l'hypothèse qu'une amélioration du processus de communication de la norme pénale pourrait assurer la légitimité de l'imposition de la peine dans les cas où le transgresseur a agi par ignorance de la norme pénale. Maintenant que notre étude du droit canadien et des sciences de la communication s'achève, nous sommes en mesure de reconnaître les limites propres à une amélioration du processus de communication de la norme pénale. Notre étude démontre que la communication n'est pas, même avec la technologie moderne, un remède miracle. Il est vrai que grâce à la communication de masse, il est désormais possible pour un émetteur de rejoindre un grand nombre de récepteurs en peu de temps et de transmettre assez fidèlement un message précis.⁷²⁰ Il s'agit donc là d'un instrument essentiel pour l'État qui veut informer ses justiciables du contenu des normes pénales en vigueur sur son territoire.

Il faut cependant se résoudre; l'amélioration significative du processus de communication de la norme pénale ne saurait complètement éliminer les cas d'infractions commises en raison d'une ignorance de la norme pénale.⁷²¹ Notre

⁷²⁰ WINDAHL, S. et als., *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993, p. 67.

⁷²¹ Les diverses expériences en matière de « Plain Language Drafting » ne laissent aucun doute sur l'impossibilité d'établir un processus de communication sans faille en matière de communication de la norme pénale. Dans un article sur le sujet, la professeure Sullivan tire la conclusion suivante quant au potentiel des mécanismes de « plain language drafting » : « I am not reckless enough to imagine that plain language drafting will actually achieve direct and effective communication with the subjects of legislation -- not in my lifetime. But the goal is worth pursuing and a number of benefits are likely to flow from the attempt. » : SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97, 128.

modèle théorique prouve qu'il restera toujours des cas où la communication de la norme pénale va échouer, sans que l'on puisse pourtant blâmer l'État ou le justiciable. Il est vrai qu'un processus communicationnel optimal pourrait atténuer l'ampleur de ce problème en portant à l'attention du justiciable un plus grand pourcentage des normes pénales existantes, mais sans plus. Bien que moins fréquente, la question de la légitimité de peines systématiques dans les cas où la transgression résulte de l'ignorance de la norme pénale demeure, dans notre modèle théorique, entière.

Que faire alors pour composer avec l'ignorance de la norme pénale ? À première vue, une diminution massive du nombre d'infractions existantes, et donc une limitation du rôle du droit pénal,⁷²² pourrait certainement être jumelée à une amélioration du processus de communication de la norme pénale. À l'heure où les capacités cognitives du justiciable sont saturées par l'information disponible, la possibilité d'une telle action concertée constitue une avenue qui mérite d'être explorée. Cela aurait l'avantage de faciliter la communication de la norme pénale et, en bout de ligne, de réduire encore plus le nombre d'infractions commises en raison de l'ignorance de la norme pénale par le justiciable. Malheureusement, on peut penser que, même dans ce contexte, l'ignorance de la norme pénale ne sera pas complètement enrayée.

Finalement, la seule solution au problème de la légitimité de la peine dans un contexte d'ignorance de la norme pénale ressort de l'étude de notre modèle théorique de la communication. Ce modèle théorique nous enseigne que la communication de la norme pénale ne sera jamais parfaite, car la communication

⁷²² L'idée d'une réduction notable, ou même de l'abolition, du droit pénal n'est pas nouvelle. Voir à ce sujet BERNARD DE CELIS, J., « Les grandes options de politique criminelle, la perspective de Louk Hulsman », [1982] *Archives de politique criminelle*, 31 et VAN DE KERCHOVE, M., « Éclatement et recomposition du droit pénal », (2000) *Rev. sc. crim.* 5.

humaine comporte un taux inhérent d'inefficacité. La recherche d'une plus grande conformité entre les règles juridiques relatives à la communication de la norme pénale et le modèle théorique que nous avons élaboré nécessite donc un remaniement de notre façon de traiter ces échecs inévitables. Dans le système actuel, la possibilité d'un échec de la communication de la norme pénale est couverte par la règle prévue à l'article 19 du *Code criminel*, article qui mène souvent à la condamnation du justiciable. C'est justement cette condamnation et la peine l'accompagnant qui posent des problèmes de légitimité. S'il s'avère impossible de légitimer la peine dans certains cas d'ignorance de la norme pénale, pourquoi ne pas tout simplement abandonner l'idée d'imposer une peine dans ces cas ?

Un tel résultat pourrait être atteint en fusionnant notre proposition quant aux obligations de l'émetteur de la norme pénale avec le système d'obligations du récepteur de la norme pénale développé en droit français.⁷²³ Rappelons que l'article 122-3 du *Code pénal* permet essentiellement d'éviter l'imposition d'une sanction pénale dans les cas d'erreurs de droit inévitables, donc lorsque l'acte du justiciable peut être considéré comme étant involontaire au sens normatif. Dans cette optique, la juxtaposition de notre suggestion et de la solution française pourrait former un système global de communication de la norme pénale qui s'avère théoriquement cohérent et qui mène uniquement à l'imposition de peines légitimes dans les cas d'ignorance de la norme pénale, car il prévoit la possibilité

⁷²³ Notons que le droit canadien pourrait aussi s'inspirer du droit canonique dans sa quête d'une solution de rechange à l'actuel article 19 du *Code criminel*. En effet, l'article 1323 du *Code de droit canonique* stipule que :

«N'est punissable d'aucune peine la personne qui, lorsqu'elle a violé une loi ou un précepte :

[...]

3° ignorait, sans faute de sa part, qu'elle violait une loi ou un précepte; toutefois, l'inadvertance et l'erreur sont équiparées à l'ignorance.»

d'échec inhérente au processus de communication de la norme pénale et l'absence de peine dans ces cas. Cela nous laisse donc avec trois qualifications possibles face à une infraction commise par ignorance de la norme pénale :

1. L'ignorance du justiciable résulte d'une communication étatique déficiente de la norme pénale. Une exigence préalable à la procédure pénale est donc absente et l'imposition d'une peine en cas de condamnation serait illégitime. Il convient d'ordonner l'arrêt des procédures.
2. L'ignorance du justiciable résulte de sa négligence à prendre connaissance de la norme pénale. L'acte du justiciable peut alors être considéré comme étant volontaire, car son absence de connaissance est fautive. L'imposition d'une peine en cas de condamnation est légitime.
3. L'ignorance du justiciable résulte des lacunes inhérentes à la communication humaine. L'ignorance de la norme pénale étant invincible, l'acte du justiciable s'avère involontaire au sens normatif et l'imposition d'une peine en cas de condamnation serait illégitime. Il convient d'ordonner un acquittement.

Sur le tout, nous devons conclure qu'il apparaît impossible de justifier la légitimité de l'imposition d'une peine dans tous les cas où le justiciable agit par ignorance de la norme pénale. Imposer systématiquement une peine dans de telles circonstances ne fait que réduire la légitimité du processus d'imposition de la sanction pénale dans son ensemble.

Conclusion

Au Canada, le droit pénal appartient à la famille du droit public. L'étude de la théorie du droit pénal nous amène donc inévitablement à nous interroger sur la nature de la relation entre l'État et le justiciable. Rappelons que l'un des modèles théoriques les plus largement acceptés pour illustrer la relation entre l'État et le citoyen est la théorie du contrat social développée en grande partie par Jean-Jacques Rousseau.⁷²⁴ Cette théorie affirme que la naissance de l'État résulte d'un pacte social au moyen duquel chaque citoyen cède sa puissance individuelle à l'État, lequel s'engage, en contrepartie, à user de la puissance collective ainsi formée conformément à la volonté générale. L'objet même du contrat social se résume donc à cette clause type :

Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout.⁷²⁵

Cette aliénation de puissance en faveur de l'État confère au citoyen le statut de partie de l'État. En effet, l'État n'est autre chose qu'un tout formé de l'ensemble de ses citoyens selon Rousseau. En conséquence, il appartient à chaque citoyen

⁷²⁴ ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, 1762, texte intégral reproduit dans ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, Éditions du Seuil, Paris, 1977. On notera la proximité temporelle entre l'essai de Rousseau et celui de Beccaria. Ce dernier se réfère d'ailleurs à la notion de contrat social en introduction : BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Italie, 1764, Introduction, texte traduit par YOUNG, D., *On crimes and punishments*, Hackett Publications Co., Indianapolis, 1986. Dans un tout autre ordre d'idées, on remarquera que Rousseau utilise la notion de citoyen et non celle de justiciable pour élaborer sa théorie. Bien qu'il existe une différence importante entre ces deux concepts, cette différence ne change pas la teneur de notre raisonnement.

⁷²⁵ ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, 1762, texte intégral reproduit dans ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, Éditions du Seuil, Paris, 1977, p. 184.

de participer à la détermination de ce qui constitue la volonté générale devant guider les actions de l'État. En d'autres termes, ce sont les citoyens qui, par le biais de la volonté générale, dictent la conduite de l'État.

Afin de s'assurer que la volonté générale soit pleinement mise en œuvre, il est impératif que chacun des citoyens reconnaissent à l'État un pouvoir de coercition.⁷²⁶ Cela est parfaitement logique, car un citoyen ne saurait participer à l'élaboration de la volonté générale tout en refusant, par la suite, d'être tenu d'obéir à celle-ci. En fait, c'est là que la théorie de Rousseau prend tout son sens au regard du droit pénal. En faisant du citoyen une partie de l'État, la théorie du contrat social rend légitime l'imposition d'une peine au citoyen, car on peut soutenir que c'est le citoyen, à titre de membre du corps social, qui s'impose lui-même sa sanction. Autrement dit, la théorie du contrat social de Rousseau nous permet de conclure que l'exercice du pouvoir de coercition de l'État se justifie par le refus du citoyen d'obéir à une norme dont il connaît l'existence, car il en est, à titre de membre du corps social, l'auteur et l'émetteur. La question de la communication de la norme pénale au citoyen ne se pose donc pas dans ce contexte.

Évidemment, la théorie de Rousseau ne saurait décrire parfaitement la réalité. Plus spécifiquement, l'idéal de démocratie directe avancé par Rousseau contraste avec le système politique canadien, système où rares sont les citoyens qui participent réellement à l'élaboration de chacun des aspects de la volonté générale dictant les actions de l'État. En lieu et place, on retrouve un système

⁷²⁶ ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, 1762, texte intégral reproduit dans ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, Éditions du Seuil, Paris, 1977, p. 197.

politique au sein duquel la détermination de la volonté générale est une tâche dévolue à un groupe de représentants élus par l'ensemble des citoyens.⁷²⁷

Cela n'est pas sans conséquence sur la légitimité de l'imposition de la peine par l'État. En effet, l'éloignement du citoyen du processus de détermination de la volonté générale le confine au rôle de récepteur de la norme pénale. Il n'en est plus l'auteur direct. Il s'ensuit que l'exercice du pouvoir de coercition de l'État sur le citoyen ne peut plus se fonder sur le fait que le non-respect de la norme par son auteur direct indique nécessairement un refus d'obéir. Avant d'exercer son pouvoir de coercition, l'État doit désormais s'assurer qu'il y a bel et bien refus volontaire d'obéir de la part du citoyen. Ce refus volontaire ne peut être présumé dans un système démocratique basé sur la représentation.

Au surplus, présumer le refus volontaire d'obéir du citoyen se concilie plutôt mal avec la raison d'être du droit pénal. Fondamentalement, le droit pénal cherche, par la menace de sanctions, à favoriser le respect des normes légales. Dans cette optique, peut-on réellement punir un citoyen sans d'abord lui offrir l'opportunité de se conformer à la norme légale; bref, sans lui offrir l'opportunité de volontairement obéir ? Nous ne le croyons pas. La question qui se pose dans un système politique basé sur la représentation est donc simple : comment offrir au citoyen l'opportunité de se conformer volontairement à la norme pénale et ainsi justifier l'imposition d'une sanction étatique en cas de refus ?

C'est là qu'entre en jeu la communication de la norme pénale. Informer le citoyen, et à plus forte raison le justiciable qui n'est pas citoyen,⁷²⁸ des normes à

⁷²⁷ Pour un commentaire sur les liens entre la représentation et la volonté générale, voir BURDEAU, G., *La démocratie*, Coll. Politique n° 1, Seuil, Paris, 1966, p. 39 et ss.

⁷²⁸ Rappelons que le justiciable canadien ne sera pas toujours un citoyen canadien. En effet, le droit canadien s'applique généralement à toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire canadien, que ce soit à titre permanent ou temporaire (art. 8 du *Code*

suivre permet à l'État de conclure que toute désobéissance future constitue un manquement au contrat social qui les unit. Ce manquement justifie alors le recours au pouvoir de coercition de l'État, soit le droit pénal, pour forcer le justiciable à se conformer à la volonté générale exprimée par le biais de la norme. Bref, la communication de la norme pénale permet potentiellement de pallier les lacunes d'un système où la participation du justiciable à l'élaboration de celle-ci est indirecte. La communication de la norme pénale rétablit le lien entre le justiciable et cette dernière, lien indispensable pour justifier le devoir d'obéir du justiciable.⁷²⁹

Considérant son importance théorique, on pourrait croire que la communication de la norme pénale a fait l'objet de nombreuses études en droit canadien. Or, nous l'avons vu, ce n'est pas nécessairement le cas.⁷³⁰ Si plusieurs

criminel). De plus, on peut présumer que la question de l'ignorance de la norme pénale est particulièrement susceptible de se poser dans le contexte d'une contravention commise, de bonne foi, par un visiteur étranger, donc par un justiciable qui n'est pas un citoyen canadien. À ce sujet, voir l'analyse de ROBERT, M-P. *La défense culturelle: un moyen de défense non souhaitable en droit pénal canadien*, Coll. Minerve, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 2004, p. 88-90.

⁷²⁹ Le professeur Lon Fuller écrit à ce sujet : «There is a kind of reciprocity between government and the citizen with respect to the observance of rules. Government says to citizen in effect, "These are the rules we expect you to follow. If you follow them, you have our assurance that they are the rules that will be applied to your conduct." **When this bond of reciprocity is finally and completely ruptured by government, nothing is left on which to ground the citizen's duty to observe the rules.**» : FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969, p. 39-40 (caractère gras ajouté).

⁷³⁰ Notons toutefois qu'en France, Montaigne soulevait déjà, en 1595, les difficultés entourant la communication de la norme légale : « Pourquoi est-ce, que nostre langage commun, si aisé à tout autre usage, devient obscur et non intelligible, en contract et testament : Et que celui qui s'exprime si clairement, quoy qu'il die et escrive, ne trouve en cela, aucune maniere de se declarer, qui ne tombe en doute et contradiction ? Si ce n'est, que les Princes de cet art s'appliquans d'une pecculiere attention, à trier des mots solempnes, et former des clauses artistes, ont tant poisé chasque syllabe, espluché si primement chasque espece de cousture, que les voila enfraquez et embrouillez en l'infinité des figures, et si menuës partitions : qu'elles ne peuvent plus tomber sous aucun reiglement et prescription, ny aucune certaine intelligence. » : MONTAIGNE, *De l'expérience*, La petite collection, Éd. Mille et une nuits, Paris, 1999, p. 19.

auteurs se sont intéressés à la connaissance de la norme pénale par le contrevenant, peu d'entre eux se sont penchés sur le processus à la base de cette connaissance, soit la communication de la norme pénale.

Notre travail cherchait à combler, un tant soit peu, cette lacune. Dès le départ, le processus canadien de communication de la norme pénale actuellement en vigueur nous a paru voué à l'échec. Notre étude tentait donc de démontrer scientifiquement cette constatation première, constatation qui est, par le fait même, devenu notre thèse.

Le raisonnement que nous avons élaboré afin de dévoiler les lacunes de la communication de la norme pénale en droit canadien se résume aisément. Nous avons d'abord décortiqué le modèle canadien de communication de la norme pénale, ce qui nous a, entre autres, permis de relever un déséquilibre important entre les obligations de l'émetteur de la norme, soit l'État, et les obligations du récepteur de celle-ci, soit le justiciable. Cette observation initiale s'est confirmée lors de notre analyse subséquente des droits français et sud-africain en matière de communication de la norme pénale.

Il nous restait alors à vérifier si un tel déséquilibre diminuait l'efficacité du processus de communication de la norme pénale. Pour ce faire, nous avons d'abord remanié le modèle théorique de la communication élaboré par Claude Shannon afin qu'il reflète les particularités de la communication de la norme pénale. L'élaboration de ce modèle théorique nous a permis d'apprendre que l'émetteur de la norme pénale, soit l'État, joue un rôle primordial en matière de communication. L'émetteur doit, notamment, trier l'information qu'il désire transmettre, encoder celle-ci de façon à faciliter son décodage ultérieur, choisir des canaux de transmission appropriés, s'assurer que le récepteur possède une

connaissance diffuse de l'ensemble des normes pénales disponibles ainsi qu'une connaissance, dite sélective, des normes qui le concerne particulièrement. Évidemment, le succès du processus de communication de la norme pénale dépend de chacune de ces opérations et de bien d'autres. Bref, il s'agit d'un processus aux résultats foncièrement incertains et dont l'efficacité repose en grande partie sur les épaules de l'émetteur.

Une fois ce constat effectué, nous avons pu comparer le processus canadien de communication de la norme pénale à notre modèle théorique en la matière. Cette comparaison nous a permis d'apprendre que le système de communication de la norme pénale en vigueur au Canada diverge sensiblement du processus idéal de communication de la norme pénale élaboré en s'inspirant des sciences de la communication. Cela nous justifie de conclure que le processus canadien est foncièrement inefficace et que cette inefficacité affecte la légitimité de la sanction pénale dans les cas où le contrevenant ignorait de bonne foi la norme pénale applicable.

Bien que la constatation de cette inefficacité suffise à démontrer notre thèse, l'étude de l'impact favorable de la création d'une obligation étatique de communication de la norme pénale renforce notre argument. En effet, nous avons cru opportun de suggérer la création d'une obligation, pour l'État, de prendre des moyens raisonnables pour communiquer efficacement la norme pénale. Une telle obligation peut, nous l'avons vu, aisément être intégrée au système actuel. Il suffit de sanctionner un éventuel manquement de l'État à cette obligation en empêchant la poursuite des procédures pénales dans les cas où l'ignorance de la norme par le justiciable résulte de ce manquement. Bref, notre travail prouve amplement que le processus actuel de communication de la norme pénale doit être amélioré et peut facilement l'être.

Une telle amélioration du processus de communication de la norme pénale ne saurait toutefois légitimer l'imposition d'une peine dans tous les cas où le justiciable agit en raison de son ignorance de la norme pénale. En effet, la communication de la norme pénale s'avère un processus foncièrement imparfait et le droit canadien devrait reconnaître cette réalité en ne punissant pas le justiciable lorsque l'échec de ce processus ne lui est pas imputable. Tel que nous l'enseigne saint Thomas d'Aquin, l'ignorance de la norme pénale n'est pas toujours fautive :

Ainsi tout le monde est tenu de savoir en général les vérités de la foi et les préceptes universels du droit, et chacun en particulier est tenu de savoir ce qui regarde son état ou sa fonction. [...] Évidemment, quiconque néglige d'avoir ou de faire ce qu'il est tenu d'avoir ou de faire, pèche par omission. Aussi, à cause d'une négligence de cette sorte, l'ignorance des choses qu'on est tenu de savoir est un péché. **Mais on ne peut imputer à négligence de ne pas savoir ce qu'on ne peut pas savoir. Dans ce cas, l'ignorance est dite invincible parce qu'aucune étude ne peut la vaincre. Et comme une telle ignorance n'est pas volontaire, puisqu'il n'est pas en notre pouvoir de la chasser, elle n'est pas un péché. Il est clair par là que l'ignorance invincible n'est jamais un péché, mais l'ignorance qu'on peut vaincre en est un, si elle porte sur ce qu'on est tenu de savoir, non si elle porte sur ce qu'on n'est pas tenu de savoir.**⁷³¹

(caractère gras ajouté)

Comme le signale saint Thomas d'Aquin, il est possible que l'ignorance du justiciable soit imputable à son manque de diligence dans l'accomplissement de

⁷³¹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique – seconde partie*, 1273, quest. 76, art. 2. version électronique disponible sur le site <http://wikisource.org/wiki/> (site consulté le 1^{er} septembre 2004)

son obligation civique de prendre connaissance de la norme pénale. Dans ce cas, l'imposition d'une peine malgré l'ignorance de la norme pénale sera pleinement justifiée.

Toutefois, il est également possible que l'ignorance du justiciable résulte d'une communication étatique déficiente ou de lacunes inhérentes à la communication humaine. Dans ces cas, où l'ignorance s'avère invincible, la punition du justiciable constitue un manquement flagrant au contrat social et ne saurait donc être considérée légitime.⁷³²

Plus de 700 ans après la réflexion de saint Thomas d'Aquin sur le sujet, nous croyons qu'il est finalement temps, pour le droit canadien, d'en prendre note.

⁷³² LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296, 296.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. LÉGISLATION

a) Canada

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), App. II, no 44.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. (1977) c. C-12.

Code criminel, (1892) 55-56 Vict. c. 29.

Code criminel, L.R. (1906) c. 146.

Code criminel, L.R. (1953-54) c. 51.

Code criminel, L.R.C. (1970) c. C-34.

Code criminel, L.R.C. (1985) c. C-46.

Code de procédure pénale, L.R.Q. (1977), c. C-25.1.

Code de la sécurité routière, L.R.Q. (1977) c. C-24.2.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), c. C-12.3.

Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., c. A-25.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985) c. C-29.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R-U., c.3, L.R.C. (1985) App. II, no. 5.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) c. I-3.3.

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. (1990), c. P-33.

Loi d'interprétation, L.R.Q. (1977), c. I-16.

Loi sur les poursuites sommaires, C.P.L.M., S230.

Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.R.N-B., c. P-22.

Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. (1980) ch. 141.

Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. (1990), c. E-19.

Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q. (1977) c. Q-2.

Loi sur les règlements, L.R.Q. (1977) c. R-18.1.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, **L.R.Q. (1977)**, c. **S-2.1**.

Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics, L.R.Q. (1977), c. S-6.1.

Loi sur la société québécoise d'information juridique, L.R.Q. (1977), c. S-20.

Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), c. S-22.

Provincial Offence Act, R.S.B-C. (1996), c. 338.

Provincial Offences Act, S.N.L. (1995), c. P - 31.1.

Provincial Offences Procedure Act, R.S.A. (2000), c. P-34.

Règlement sur la circulation aux aéroports, C.R.C., c. 886.

Règlement sur le contrôle et le soin des animaux, Règlement no. 2003-77, Règlements de la Ville d'Ottawa.

Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées, R.R.Q., c. Q-2, r.8.

Règlement sur les oiseaux migrateurs, C.R.C., c. 1035.

Règlement sur la pollution de l'air, C.R.C., c. 1404.

Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., c. 1041.

Règlement sur les textes réglementaires, C.R.C., c. 1509.

Summary Offences Procedure Act, R.S.S. (1978), c. S-63.1.

Summary Proceedings Act, R.S.P.E.I. (1988), c. S-9.

Summary Proceedings Act, R.S.N.S. (1989), c. 450.

b) Droit étranger

Bill of Rights, Constitution of the Republic of South Africa, Act 108, 1996.

Code civil français (1804)

Code de droit canonique (1983)

Code pénal français (1804)

Code pénal français (1994)

Code du travail français

Constitution de 1958 (France)

Criminal Law Amendment Act, Act 1 of 1988.

Décret relatif à la promulgation des lois et décrets, 5 novembre 1870.

Exchange Control Regulations, Government notice R1111, December 1st, 1961.

II. JURISPRUDENCE

a) Canada

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada, [2004] 1 R.C.S. 76.
Corporation des Maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. Boutique Relaxe Flamme Inc., [2002] J.Q. no 3565.
Frey v. Fedoruk, [1950] R.C.S. 517.
Gatineau (Ville de) c. Bonneau, B.E. 99BE-1185.
Livingstone c. P.E.I., (1989) 79 NFLD & P.E.I.R 153.
Montréal (Ville de) c. Napolitano, J.E. 95-803.
Montréal (Ville de) c. Triassi, J.E. 99-831.
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée, [1995] 2 R.C.S. 1031.
Québec (Procureur général) c. Émond, B.E. 2002BE-428.
Québec (Procureur général) c. Gauthier, [2001] R.J.Q. 1087.
Québec (Procureur général) c. Pêcheries Norpro ltée, J.E. 96-1581.
R. c. Alexander, [1999] N.J. no. 19.
R. c. Allard; R. c. Simard (2001) 155 C.C.C. (3d) 206.
R. c. Beaudry, [2000] J.Q. no 1311.
R. c. Beauregard, [1986] 2 R.C.S. 56.
R. c. Bernard [1988] 2 R.C.S. 833.
R. c. Bourgault, [1999] S.J. 707.
R. c. Boyle, [2001] A.J. no 1142.
R. c. Campbell et Mlynarchuk, (1972) 10 C.C.C. (2d) 26.
R. c. Cancoil Thermal Corporation, (1986) 27 C.C.C. (3d) 295.
R. c. Catholique, (1980) 49 C.C.C. (2d) 65.
R. c. Chaulk, [1990] 3 R.C.S. 1303.
R. c. Cinous, [2002] 2 R.C.S. 3.
R. c. City of Niagara Falls, [1998] O.J. No. 6286.
R. c. Clarkson, (1991) 15 W.C.B. (2d) 16.
R. c. Cranbrook Swine Inc., [2003] O.J. no. 1423.
R. c. Cristiano, [1992] O.J. No. 3891.
R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371.
R. c. Daoust, [2004] 1 R.C.S. 217.
R. c. Daviault, [1994] 3 R.C.S. 63.
R. c. Docherty, [1989] 2 R.C.S. 941.
R. c. Dunn, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334.
R. c. Dunn, [1995] 1 R.C.S. 226.
R. c. Duong, J.E. 95-889.

R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701.
R. c. Forster, [1992] 1 R.C.S. 339.
R. c. Hess; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906.
R. c. Hasselwander [1993] 2 R.C.S. 398.
R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761.
R. c. Hibbert, [1995] 2 R.C.S. 973.
R. c. Jobidon, [1991] 2 R.C.S. 714.
R. c. Johnson, [1975] 2 R.C.S. 160.
R. c. Jones, [1991] 3 R.C.S. 110.
R. c. Jorgensen, [1995] 4 R.C.S. 55.
R. c. Kotch, (1990) 61 C.C.C. (3d) 132.
R. c. Larivière, (2000) 38 C.R. (5th) 130.
R. c. Laroque, J.E. 93-534.
R. c. Lebrasseur, J.E. 95-257.
R. c. Lillie, [1988] O.J. 1476.
R. c. Lilly, [1983] 1 R.C.S. 794.
R. c. Losier, J.E. 91-447.
R. c. Lucas, [1998] 1 R.C.S. 439.
R. c. Mac, [2002] 1 R.C.S. 856.
R. c. MacDonald, (1982) 16 M.V.R. 101.
R. c. MacDonald, (1982) 17 M.V.R. 185.
R. c. MacDougall, [1982] 2 R.C.S. 605.
R. c. MacIntyre, (1983) 24 M.V.R. 67.
R. c. Mack, [1988] 2 R.C.S. 903.
R. c. Mara, [1997] 2 R.C.S. 630.
R. c. Marcheland, [1991] R.J.Q. 799.
R. c. Molis, [1980] 2 R.C.S. 356.
R. c. Morgentaler, [1976] 1 R.C.S. 616.
R. c. Morreau, (1997) 33 W.C.B. (2d) 368.
R. c. Nickerson, [1999] N.S.J. no. 210.
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606.
R. c. Nurnber, [1998] N.S.J. no. 385.
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
R. c. Pappajohn, [1980] 2 R.C.S. 120.
R. c. Parks, [1992] 2 R.C.S. 871.
R. c. Pelletier, [1999] 3 R.C.S. 863.
R. c. Pitchford, [1982] O.J. 220.
R. c. Pontes, [1995] 3 R.C.S. 44.
R. c. Porte, J.E. 99-2263.
R. c. Prue; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547.
R. c. Rabey, [1980] 2 R.C.S. 513.
R. c. Ratti, [1991] 1 R.C.S. 68.

R. c. Richard, [1996] 3 R.C.S. 525.
R. c. Robinson, [1996] 1 R.C.S. 683
R. c. Roux, J.E. 2001-646.
R. c. Ruzic, [2001] 1 R.C.S. 687.
R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654.
R. c. Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299.
R. c. Scheper, (1986) 5 Q.A.C. 270.
R. c. Seymour, [1996] 2 R.C.S. 252.
R. c. Sheppard, [2002] 1 R.C.S. 869.
R. c. Starr, [1991] O.J. No. 845.
R. c. Stone, [1999] 2 R.C.S. 290.
R. c. Therrien, J.E. 2001-1353.
R. c. Transfer Genetics Ltd., [1988] O.J. No. 2545.
R. c. Transport André Trudeau & Fils inc., B.E. 97BE-717.
R. c. Tremblay, [1993] 2 R.C.S. 932.
R. c. Walker & Somma, (1980) 51 C.C.C. (2d) 423.
R. c. Whelan, (2002) 170 C.C.C. (3d) 151.
R. c. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 R.C.S. 154.
R. c. Whiting, J.E. 2000-2135.
R. c. Yusuf, [1998] O.J. no. 3975.
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel, [1990] 1 R.C.S. 1123.
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486.
Roberge c. Bolduc, [1991] 1 R.C.S. 374.
Ruffo c. Conseil de la magistrature, [1995] 4 R.C.S. 267.
United Nurses of Alberta c. Procureur-général de l'Alberta, [1992] 1 R.C.S. 901.
Wilson & Lafleur inc. c. Société québécoise d'information juridique, [2000] R.J.Q. 1086.

b) Droit étranger

Blackpool Corp. c. Locker, [1948] 1 K.B. 349.
 C.A. Grenoble, 13 nov. 1996, *Juris-data* n° 046322.
 C.A. Reims, 1^{er} avr. 1994, *Gaz Pal.*, 1994.1.316.
 Cass. crim., 15 octobre 2002, *Bull crim.* n° 186.
 Cass. crim., 23 novembre 1935, *Bull. crim.* n° 134.
 CEDH, 27 sept. 1995, *G. c. France*, D. 1996, somm. 197.
 CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 82.

CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, n° 176.
 Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC.
 Cons. const., 10-11 oct. 1984, n° 84-181 DC.
 Crim., 11 oct. 1995, *D.* 1996, note Muller, p. 470.
 Crim., 16 nov. 1866., *DP.* 1867.1.87.
 Crim., 19 mars 1997, *JCP* 1998-10095, note Fardoux, p. 1049.
 Crim., 20 févr. 2001, *D.* 2001, p. 908.
 Crim., 24 fév. 1820, *B.* n° 33.
 Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1999-10208, note Houtmann, p. 2144.
 Crim., 26 févr., 1964, *Bull. crim.* n° 71.
 Crim., 28 févr. 1961, *Bull. crim.* n° 124.
 Crim., 6 novembre 1963, *D.* 1965.323.
 Crim., 8 févr. 1966, *Bull. crim.* n° 36.
 Crim., 9 juin 1999, *Juris-data* n° 002986.
 Crim., 9 oct. 1958., *D.* 1959.68.
D.P.P. c. Beard, [1920] A.C. 479.
D.P.P. c. Kingston, [1994] 3 All. E.R. 353.
D.P.P. c. Majewski, [1976] 2 All. E.R. 142.
 Dijon, 15 juin 1994, *Gaz Pal.* 2. Somm. 681.
Lambert v. California, (1957) 355 U.S. 225.
 Paris, 2 déc. 1924, *Recueil de droit commercial*, 1925.2.359.
R. c. Esop, (1836) 7 Car. & P. 457.
R. c. Forlee, [1917] T.P.D. 52.
S. c. Chretien, [1981] 1 S.A. 1097.
S. c. Coetzee, [1993] 2 S.A.C.R. 191.
S. c. De Blom, [1977] 3 S.A.L.R. 636.
S. c. Du Toit, [1981] 2 S.A. 33.
S. c. Francis, [1994] 1 S.A.C.R. 350
S. c. Friedman, [1996] 1 S.A.C.R. 181.
S. c. Longdistance Ltd., [1990] 2 S.A. 277.
S. c. Molubi, [1988] 2 S.A. 576.
S. c. Nel, (1980) 4 S.A. 28.
S. c. Sam, [1980] 4 S.A. 289.
S. c. Visagie, [1991] 1 S.A. 177.
S. c. Zemura, [1974] 1 S.A. 584.
Watson v. Lee, [1979] H.C.A. 53.

III. DOCTRINE

a) Canada

ARNOLD, T., « State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen* : A Recent Non-Development in Criminal Law », [1978] 4 *Dal. L. J.*, 559.

BARTON, P.G., « Officially Induced Error as a Criminal Defence : A Preliminary Look », (1979-80) 22 *C.L.Q.* 314.

BOISVERT, A-M., « Innocence morale, diligence raisonnable et erreur de droit », (1995) 41 *C.R.* (4th) 243.

BOWAL, P., « A Study of Lay Knowledge of Law in Canada », (1998) 9 *Ind. Int & Comp. L. Rev.*, 121.

CADER, L., *Évaluation des initiatives de vulgarisation et d'information juridiques*, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, Ottawa, 2002.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1976.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, Document de travail n° 51, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1986.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n° 30, édition révisée et augmentée, Commission de réforme du droit du Canada, Ottawa, 1987.

CÔTÉ, P-A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1990.

CÔTÉ-HARPER, G et als., *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1998.

CRÉPEAU, P-A., *L'intensité de l'obligation juridique*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal, 1989.

CRÉPEAU, P-A, et *als.*, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1991.

DUMONT, H., *Ignorantia juris neminem excusat*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Montréal, 1972.

DUMONT, H., « Étude sur l'ignorance de la loi », (1978) 13 *R.J.T.* 665.

GAGNÉ, J., RAINVILLE, P., *Les infractions contre la propriété: le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1996.

GARANT, P., « L'imprécision en droit et en droit constitutionnel: un défi à l'intelligence moyenne », (1993) 4 *N.J.C.L.* 75, p. 78.

GARANT, P., *Droit administratif*, 4^e éd., Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1996.

HOWES, D., « E-Legislation : Law-Making in the Digital Age », (2001) 47 *R.D. McGill* 39.

JODOUIN, A., «La Charte canadienne et la nouvelle légalité», paru dans BEAUDOIN, G-A., MENDES, E.P., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 1996, p. 794.

JODOUIN, A., «La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif)», dans MACKAAY, E., *Les certitudes du droit*, Éditions Thémis, Montréal, 1999, p. 115.

KASTNER, N.S., « Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error », (1985-86), 28 *C.L.Q.* 308.

KEYES, J.M., « Perils of the Unknown – Fair Notice and the Promulgation of Legislation », (1993) 25 *Ott. L.R.* 579.

LAJOIE, A. et *als.*, « Jean Beetz: sur la société libre et démocratique » (1994) 28 *R.J.T.* 559.

MACDONALD, F.A., « The Fridge-Door Statute », (2001) 47 *R.D. McGill* 11.

MANGANAS, A., *La défense d'erreur de droit et son application en droit canadien*, Thèse de doctorat, Université Laval, Québec, 1982.

MEWETT, A.W., MANNING, M., *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3^e éd., Butterworth, Markham, 1994.

PARENT, H., « La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », (2001) 42 *C. de D.* 53.

PARENT, H., « L'imputabilité pénale : mort d'un mythe, naissance d'une réalité », (2001) 35 *R.J.T.* 191.

PARENT, H., *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Éditions Thémis, Montréal, 2001.

PARENT, H., *Traité de droit criminel*, Tome I, Éditions Thémis, Montréal, 2003.

PÉPIN, G., «La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision: une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle ?», (1996) 56 *R. du B.* 643.

PIGEON, L-P., *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965.

RIBEIRO, M., «Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois», 1998, 32 *R.J.T.* 663.

ROACH, K., «The Uses and Audiencies of Preambles in Legislation», (2001) 47 *R.D. McGill*, 129.

ROBERT, M-P. *La défense culturelle: un moyen de défense non souhaitable en droit pénal canadien*, Coll. Minerve, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 2004.

ROY, S., *L'erreur de fait attribuable à l'intoxication comme moyen de "défense" en droit criminel canadien*, mémoire de maîtrise,

Université Laval, Québec, 2001.

STEWART, H., « Mistake of Law Under the Charter », (1998) 40 *C.L.Q.* 476.

STUART, D., « Annotation : R. v. Jorgensen », (1995) 43 *C.R.* (4th) 139.

STUART, D., *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4^e éd., Carswell, Scarborough, 2001.

SULLIVAN, R., «The Promise of Plain Language Drafting», (2001) 47 *R.D. McGill* 97.

VIOLETTE, A., « Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle », (2003) 63 *R. du B.* 103.

WARD, R., «Officially Induced Error of Law », (1988) 52 *Sask. L. R.*, 89.

b) Droit étranger

ACTON, H.B., *The Philosophy of Punishment*, Macmillan Press, Londres, 1969.

ALLOTT, A., *The Limits of Law*, Butterworths, Londres, 1980.

AMAR, J., « Erreur sur le droit et parties au procès pénal », (1999) 6 *Droit pénal* (janv. 1999).

AMIRTHALINGAM, K « Mens Rea and Mistake of Law in Criminal Cases: a Lesson from South Africa », (1995) 18 *Univ. of N. S. Wales L. J.* 428.

BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Italie, 1764, chap. 5, texte traduit par YOUNG, D., *On crimes and punishments*, Hackett Publications Co., Indianapolis, 1986.

BERNARD DE CELIS, J., « Les grandes options de politique

criminelle, la perspective de Louk Hulsman », [1982] *Archives de politique criminelle*, 31.

BERNARDI, A., « Les principes de droit national et leur développement au sein des systèmes pénaux français et italien », [1994] *Rev. sc. crim.* 11.

BOTHA, D.A., « Mens Rea in the form of culpa founded upon ignorance of law », (1975) 92 *S.A.L J.* 79.

BOULOC, B., « Chronique de jurisprudence », [1997] 4 *Rev. sc. crim.* 827.

BOURIN, V.J., « Échec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal », *Gaz. Pal.* 1995 2, doct. 599.

BRAHY, S., « De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal », (1976-77) 57 *R. de droit pénal et de crim.* 339.

BURCHELL, J., *Criminal Law and Procedure – General Principles of Criminal Law*, Vol. 1, 3e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997.

BURCHELL, J., MILTON, J., *Principles of Criminal Law*, 2e éd., Juta & Co., Kenwyn, 1997.

BURDEAU, G., *La démocratie*, Coll. Politique n° 1, Seuil, Paris, 1966.

CONTE, P., MAISTRE DU CHARBON, P., *Droit pénal général*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2002.

COUTURIER, J.P., « L'Erreur de droit invincible en matière pénale », (1969) 23 *Rev. sc. crim.* 547.

DASKALAKIS, E., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Presses universitaires de France, Paris, 1975.

DELMAS-MARTY, M. *Le flou du droit*, Quadrige/PUF, Paris, 2004.

DESPORTES, F., LE GUNEHEC, F., *Droit pénal général*, 8^e éd., Economica, Paris, 2001.

DOUCET, J.P., « L'Entrée en vigueur d'une nouvelle loi d'incrimination », *Gaz. Pal.* 1990.2, doct. 427.

DU PLESSIS, J.R., « Awareness of Illegality : Phasing Out the Subjective Test ? », (1991) 108 *S.A.L.J.* 426.

FAUCONNET, P., *La responsabilité: étude de sociologie*, Alcan, Paris, 1920.

FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1978.

FULLER, L., *The Morality of the Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven, 1969.

GÉNY, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1954.

GRANDE, E., « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : vision globale », 2004 *R.I.D.C.* 119.

GREEN, L., *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford, 1988.

GUILLIEN, R., « Nul n'est censé ignorer la loi », paru dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Tome I, Théorie générale du droit et droit transitoire*, Librairies Dalloz & Sirey, Paris, 1961, 253.

HALL, J., « Comment on Error Juris », (1976) 24 *Am. J. Comp. Law*, 680.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

HOLMES, O. W., *The Common Law*, Little & Brown, Boston, 1956.

HOSNI, N., « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », [1999] 4 *Rev. sc. crim.* 711.

HUSAK, D.N., « Ignorance of Law and Duties of Citizenship », (1994) 14 *Legal Stud.* 105.

HUSAK, D.N., VON HIRSCH, A., « Culpability and Mistake of Law », paru dans SHUTE, A., GARDNER, J., HORDER, J., *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 157.

LARGUIER, J., « Chronique de jurisprudence », (1977) 31 *Rev. sc. crim.* 319.

LAW REFORM COMMISSION OF IRELAND, *Report on Statutory Drafting and Interpretation : Plain Language and the Law*, LRC 61-2000, I.P.C. House, Dublin, 2000.

LÉGAL, A., « Chronique de jurisprudence », (1966) 20 *Rev. sc. crim.* 887.

LEVASSEUR, G., et als, *Droit pénal général et procédure pénale*, 13^e éd., Sirey, Paris, 1999.

LOTTIN, D.O., « Le problème de l'"*Ignorantia iuris*" de Gratien à Saint Thomas d'Aquin », (1933) 5 *Recherches de théologie ancienne et médiévale* 345.

LUBAN, D., « The Publicity of Law and the Regulatory State », (2002) 10 *Jour. of Political Philosophy*, 296.

MERLE, R., VITU, A., *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1997.

MONTAIGNE, *De l'expérience*, La petite collection, Éd. Mille et une nuits, Paris, 1999.

PAIN, J.H., « *De Blom* in Bophuthatswana: Now the Onus of Proof », (1989) 106 *S.A.L.J.* 600.

PLAWSKI, S., « L'erreur de droit », paru dans *Les Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXX, Presse de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 1982, p. 131.

PORTERON, C., « Infraction » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris.

PORTERON, C., « Lois et décrets » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris.

- PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2002.
- PRADEL, J., *Droit pénal*, 10^e éd., Éditions Cujas, Paris, 1995.
- PRADEL, J., VARINARD, A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2001.
- PUECH, M., « L'erreur en droit pénal », paru dans *Les Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXX, Presse de l'Université des Sciences sociales, Toulouse, 1982, p. 65.
- REDGMENT, J., PAIN, J.H., «*De Blom in Bophuthatswana*», (1989) 106 S.A.L.J. 36.
- ROBERT, J.H., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Paris, 1998.
- ROBINSON, V., *Rewriting Legislation – Australian Federal Experience*, Office of Parliamentary Counsel, Australian Gouvernement, 2001. (Texte disponible sur le site <http://www.opc.gov.au/plain/docs.htm>).
- ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, 1762, texte intégral reproduit dans ROUSSEAU, J-J., *Du contrat social*, Éditions du Seuil, Paris, 1977.
- RYU, P.K., SILVING, H., « Comment on Error Juris », (1976) 24 *Am. J. of Comp. Law* 689.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique – seconde partie*, 1273. version électronique disponible sur le site <http://wikisource.org/wiki/> (site consulté le 1^{er} septembre 2004)
- SLOME, E., «*Mens Rea and Knowledge of Unlawfulness in Statutory Offences*», (1977) 94 S.A.L.J. 86.
- SMITH, J., HOGAN, B., *Criminal Law*, 9^e éd., Butterworths, Londres, 1999.
- SNYMAN, C.R., «Confusion Concerning the Defence of Ignorance of Law», (1994) 111 S.A.L.J. 1.

- SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, Butterworths, Pretoria, 1984.
- SOYER, J.C., *Droit pénal et procédure pénale*, 15^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000.
- STEFANI, G., et als, *Droit pénal général*, 17^e éd., Dalloz, Paris, 2000.
- VAN DE KERCHOVE, M., « Éclatement et recomposition du droit pénal », (2000) *Rev. sc. crim.* 5.
- VAN DER MERWE, D.P., « The Cumulative Effect of Partial Excuse and Error Iuris – *Ntuli* and *De Blom* Revisited », (1982) 99 *S.A.L.J.* 430.
- VÉRON, M., ROBERT, J.H., « Le Code pénal de l'an 2000 en 200 décisions », *Droit pénal*, Déc. 1999 (hors série).
- VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit » dans *Recueil pénal Dalloz*, édition à feuilles mobiles, Dalloz, Paris.
- WHITING, R.C., « Changing the Face of *Mens Rea* », (1978) 95 *S.A.L.J.*, 1.

c) Sciences de la communication

- ATTALLAH, P., *Théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1989.
- BERGHEL, H. et als., « Cyberbrowsing : Information Customization on the Web », (1999) 50 *Journal of American Society for Information Science*, 505.
- BERLO, D., *The Process of Communication*, Holt, Rinehart and Winston Inc., New York, 1960.
- CENTRE D'ÉTUDE, DE TECHNIQUE ET D'ÉVALUATION LÉGISLATIVES, *Plan de cours – Certificat de formation continue en légistique*, Université de Genève, 2002. (<http://webdroit.unige.ch/>)

CHAFFEE, S.H., « Mass Media and Interpersonal Channels : Competitive, Convergent, or Complementary ? », paru dans GUMPERT, G., CATHCART, R., *Inter Media : Interpersonal Communication in a Media World*, 3^e éd., Orford University Press, New York, 1986, 70.

CHEVALIER, J., « L'évaluation législative : un enjeu politique », paru dans DELCAMP, A. et als, *Contrôle parlementaire et évaluation*, Documentation française, Paris, 1995.

ECO, U., *Les limites de l'interprétation*, Éd. Grasset et Fasquelle, Paris 1992.

GITLIN, T., «Media Sociology : The Dominant Paradigm », (1978) 6 *Theory and Society*, 205.

HABERMAS, J., *The Theory of Communicative Action : Reason and the Rationalization of Society*, Vol. 1, Beacon Press, Boston, 1985.

HABERMAS, J., *The Theory of Communicative Action : Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Vol. 2, Beacon Press, Boston, 1985.

HORNIK, R.C., « Channel Effectiveness in Development Communication Programs », paru dans RICE, R.E., ATKIN, C., *Public Communication Campaigns*, 2^e éd., Sage, Newbury Park, 1989, 309.

JAKOBSON, R., « Linguistique et poétique » paru dans JAKOBSON, R., *Essais de linguistique générale*, Éditions de Minuit, Paris, 1963, 209.

JACKSON, B.S., *Making Sens in Law*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1995.

JACKSON, B.S., « Legislation in the Semiotics of Law », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, 5.

KATZ, E., « The Two-Step Flow of Communication: An Up-to-date Report on an Hypothesis », (1957) 21 *Public Opinion Quarterly* 61.

KATZ, E., LAZARFELD, P.F., *Personal Influence*, Free Press, Glencoe, 1955.

LARAMÉE, A., VALLÉE, B., *La recherche en communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1991.

LASSWELL, H.D., « The Structure and Function of Communication in Society », paru dans BRYSON, L., *The Communication of Ideas*, Harper, New York, 1948, 37.

LEWIN, K., « Channels of Group Life », (1947) 1 *Human Relations*, 143.

LYMAN, P. et VARIAN, H., *How Much Information ?*, School of Information Management and Systems at the University of California at Berkeley, 2000. ([http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info.](http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info))

MANNING WHITE, D., « Le sélectionneur : étude sur la sélection des nouvelles », paru dans BALLE, F., PADIOLEAU, J.G., *Sociologie de l'information*, Larousse, Paris, 1973, 203.

MCQUAIL, D., *Communication*, 2^e éd., Longman, Londres, 1975.

MCQUAIL, D., *Sociology of Mass Communications*, Penguin, Harmondsworth, 1972.

MEUNIER J.P., PERAYA D., *Introduction aux théories de la communication*, De Boeck, Bruxelles, 1993.

RÉMY, D., *Légistique. L'art de faire des lois*, Éd. Romillot, Paris, 1994.

RILEY, J.W., RILEY, M., « Mass Communication and the Social System », paru dans MERTON, R.K., et als, *Sociology Today*, Harper, New York, 1959.

ROGERS, E.M., *Communication Technology : The New Media in Society*, Free Press, New York, 1986.

ROGERS, E.M., ROGERS, R.A., *Communication in Organizations*, Free Press, New York, 1976.

SEVERIN, W., et TANKARD, J., *Communication Theories*, 4^e éd., Longman, New York, 1997.

SEVERIN, W.J., TANKRED, J.W., *Communication Theories : Origin, Methods, Use*, 2^e éd., Longman, New York, 1988.

SHANNON, C.E., WEAVER, W., *The Mathematical Theory of Communication*, University of Illinois Press, Urbana, 1967.

TICHENOR, P.J. et *als*, « Mass Media and the Differential Growth in Knowledge », (1970) 34 *Public Opinion Quarterly* 158.

UNDERWOOD, M., « The Lasswell Formula » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

UNDERWOOD, M., « The Shannon-Weaver Model » paru dans *Communication Studies, Cultural Studies, Media Studies Infobase by Mick Underwood*, texte mis à jour le 21 juin 2003, <http://www.cultsock.ndirect.co.uk/MUHome/cshtml/index.html>.

VAN SCHOOTEN, H., « Instrumental Legislation and Communication Theories », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, 185.

WINDAHL, S. et *als*, *Utilisation des théories de la communication*, Presses de l'Université du Québec, Ste-Foy, 1993.

WITTEVEEN, W.J., « Significant, Symbolic and Symphonic Laws », paru dans VAN SCHOOTEN, H., *Semiotics and Legislation*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1999, 27.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, 2^e éd., Blackwell, Oxford, 1958.

LISTE DES FIGURES

Figure 1 :	<i>Schéma de la communication selon Jakobson</i>	235
Figure 2 :	<i>Schéma de la communication selon Riley et Riley</i>	240
Figure 3 :	<i>Schéma de la communication selon Lasswell</i>	246
Figure 4 :	<i>Schéma de la communication selon Shannon</i>	251
Figure 5 :	<i>Les six sources d'informations possibles en matière de communication de la norme pénale</i>	261
Figure 6 :	<i>Illustration d'un code commun large</i>	272
Figure 7 :	<i>Illustration d'un code commun restreint</i>	273
Figure 8 :	<i>Illustration d'une absence de code commun</i>	274
Figure 9 :	<i>L'impact du bruit sémantique dans le modèle de la communication de Shannon</i>	298
Figure 10 :	<i>Modèle hypodermique et modèle de la communication par étages</i>	313