

De l'étude des racines chrétiennes des droits pénaux français, britannique et canadien

André Albert Morin

Volume 32, numéro 2, 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1028070ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1028070ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, A. A. (2002). De l'étude des racines chrétiennes des droits pénaux français, britannique et canadien. *Revue générale de droit*, 32(2), 213–304. <https://doi.org/10.7202/1028070ar>

Résumé de l'article

Ce texte est une étude historique du développement de la *mens rea* en droit pénal. L'auteur soutient que c'est par le biais de l'influence des théologiens que l'intention est devenue un élément essentiel de l'infraction en droit pénal. L'article traite également de l'influence du christianisme sur le développement du droit pénal en Occident.

DOCTRINE

De l'étude des racines chrétiennes des droits pénaux français, britannique et canadien

ANDRÉ ALBERT MORIN*
Avocat, Montréal

RÉSUMÉ

Ce texte est une étude historique du développement de la mens rea en droit pénal. L'auteur soutient que c'est par le biais de l'influence des théologiens que l'intention est devenue un élément essentiel de l'infraction en droit pénal. L'article traite également de l'influence du christianisme sur le développement du droit pénal en Occident.

ABSTRACT

This article describes the development of mens rea in criminal law. The author is of the opinion that mens rea became an essential component of an offence in law through the influence of theology in Medieval Europe. This text also describes the influence of Christianity on the development of criminal law in Western Europe.

* Nous tenons à remercier vivement le professeur Jean Pradel de l'Université de Poitiers, directeur de l'Institut de science criminelle et président de l'Association française de droit pénal pour ses judicieux conseils et ses commentaires toujours pertinents à titre de directeur de thèse puisque ce texte est en fait la première partie de notre thèse de doctorat. Nous lui en serons toujours reconnaissant. Merci également au professeur Ernest Caparros pour ses conseils et son encouragement tout au long de la rédaction de la thèse.

N.D.L.R. : Cette thèse a valu à l'auteur le titre de docteur en droit. Elle a reçu la qualification très honorable avec les félicitations du jury.

SOMMAIRE

Introduction.....	215
Chapitre I. Le christianisme et l'évolution historique du droit pénal	219
Section I. Les sources du christianisme	219
Paragraphe 1. L'Ancien Testament.....	220
a) <i>L'Exode</i>	221
b) <i>Le Deutéronome</i>	223
c) <i>Le Lévitique</i>	224
d) <i>La miséricorde divine</i>	225
Paragraphe 2. Le Nouveau Testament	227
Section II. La formation et l'évolution du droit canonique	232
Chapitre II. Le droit pénal laïc	248
Section I. Le droit romain	248
a) <i>La Lex Aquilia</i>	250
b) <i>La Lex Cornelia</i>	259
Section II. Le droit barbare	265
Paragraphe 1. Son implantation géographique	267
a) <i>La Gaule</i>	267
b) <i>Les îles britanniques</i>	269
Paragraphe 2. Des ordalies et du rôle de l'Église dans leur utilisation comme mode de preuve	273
Paragraphe 3. L'interdiction faite aux clercs de tenir des ordalies	275
Chapitre III. L'influence du christianisme sur le droit pénal laïc.....	278
Section I. La présence de l'Église et son influence sur le monde occidental.....	278
Section II. L'intention (<i>mens rea</i>) en tant qu'élément essentiel de l'infraction	287
Section III. L'influence du christianisme sur la procédure pénale	299
Paragraphe 1. La présomption d'innocence	299

Paragraphe 2. La règle à l'effet que la preuve de certains crimes implique l'obligation pour la poursuite de produire deux témoins.....	303
Conclusion	303

INTRODUCTION

La première partie de la thèse, publiée ici, est une étude et une analyse de l'influence de certains principes fondamentaux du christianisme sur la création et le développement du droit pénal en Europe et au Canada. Cette étude historique de l'évolution du droit pénal remonte au peuple hébreux, tel que décrit dans l'Ancien Testament, puis au peuple romain avant l'avènement de Jésus-Christ.

Depuis l'aube de l'humanité, dès que l'être humain a fraternisé avec ses semblables pour former des communautés afin de s'entraider, des règles ont été élaborées afin de régir les comportements humains. Plus encore, dans la majorité des sociétés dites primitives, il y a un lien étroit entre le droit et la religion¹.

Compte tenu de cette relation privilégiée entre le droit et la religion, nous émettons l'hypothèse suivante, à savoir qu'il existe une interrelation droit-religion et qu'il ne s'agit pas exclusivement d'une caractéristique des sociétés anciennes mais que l'interrelation droit-religion s'est toujours maintenue, qu'elle existe toujours et qu'il y a un lien ou une influence de la religion chrétienne sur le droit pénal actuel.

En ce qui a trait au droit, nous avons choisi le droit de certains États européens notamment de la France et du Royaume-Uni puisque ces nations ont eu un impact sur le développement des institutions juridiques canadiennes.

Quant à la religion, nous avons choisi le christianisme puisque cette religion connaît le plus grand nombre de fidèles en France, en Angleterre et au Canada. En fait, en Europe et en Amérique du Nord, il y a 40,2 % de la population qui sont

1. M. ROUSSELET, *Histoire de la justice*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 1968, p. 5.

des adeptes de la religion catholique et 59,8 % qui sont des adeptes de l'Église réformée. Il s'agit donc tous de chrétiens et ce sans compter les Orthodoxes et les fidèles des églises orientales².

Ainsi, cet article est consacré à l'étude de l'évolution du christianisme en Europe et à l'impact ainsi qu'à l'influence de cette religion sur les systèmes juridiques alors en vigueur, notamment à Rome et chez les Germains.

Nous ferons ressortir les principes juridiques de base énoncés dans la Bible qui allaient façonner les agissements du peuple hébreux et ensuite de plusieurs nations. La récupération par le christianisme de certains principes juridiques, notamment chez les Romains, est importante mais c'est surtout la création et l'élaboration de nouveaux principes juridiques qui a retenu notre attention. En fait, pour circonscrire le sujet de notre étude, nous voulons étudier l'impact du christianisme sur la notion de faute ou d'intention lors du passage à l'acte par l'auteur d'un délit, l'insertion de la notion d'intention en tant qu'élément essentiel de l'infraction et la notion de peine qui figure dans la Bible.

Nous retracerons l'évolution de l'évangélisation de la France et de l'Angleterre pour décrire et analyser l'influence très importante de l'Église sur ces deux nations. Avec son rôle spirituel et ses activités temporelles, l'Église allait façonner les institutions juridiques du Moyen-Âge.

Le développement de la théologie qui était jadis la science des sciences allait également influencer le développement du droit pénal. Afin de cerner l'impact du christianisme sur l'évolution de la science juridique en Europe et plus spécifiquement en France et en Angleterre, nous avons dû étudier l'état du droit de certains peuples européens avant le début de l'ère chrétienne. Une étude du droit pénal romain, et plus spécifiquement de la notion d'intention coupable, s'avérait essentielle afin de dégager l'impact du christianisme sur ce

2. M. DUBOST, X. LESORT, S. LALANNE, V. ROUILLARD, *Théo, Nouvelle encyclopédie catholique*, 1^{re} éd., Paris, Droguet-Ardant/Fayard, 1989, p. 139. Il aurait été possible également de référer à l'Islam dont les fidèles vénèrent le Coran et ses principes qui est une religion régie par des principes catéchitiques et aussi par des principes législatifs établissant les fondements de la loi coranique.

principe de base en droit pénal. Le Digeste fut donc un outil indispensable dans le cadre de nos recherches.

Par la suite, une étude du développement et du raffinement de la pensée chrétienne plus spécifiquement de la théologie s'est avérée de la plus grande importance afin de cerner la notion de faute. C'est sans hésitation que nous avons puisé dans les écrits de l'Évêque d'Hippone, Saint-Augustin et de Saint-Thomas d'Aquin. Ce sont eux en effet qui ont articulé et développé le plus le concept de faute rattaché à l'agir délinquant. Enfin, les auteurs de l'Ancien régime ont aidé à démontrer notre hypothèse, notamment Tiraqueau et Muyart de Vouglans.

Cette influence du christianisme est toujours présente notamment en droit canadien en ce qui a trait à l'intention coupable ou *mens rea* qui constitue un élément essentiel de toute infraction criminelle³. Cette intention se manifeste par un geste dont l'auteur a connaissance et est conscient, de la portée du geste ou par une absence de poser un geste lorsque l'absence entraînera des conséquences graves pour autrui⁴.

Nous constatons qu'en droit criminel canadien, la *mens rea* est toujours un élément essentiel de l'infraction pour tous les crimes que ce soit la fraude, le meurtre, les voies de faits ou le blanchiment⁵. En effet puisqu'une des façons de faire échec au crime organisé à l'échelle planétaire est de s'attaquer aux biens des criminels amassés par la vente de produits illécites, ces dispositions constituent des outils importants afin de lutter efficacement contre le crime organisé.

Cet article vise aussi à démontrer comment le christianisme a fondamentalement changé le droit pénal en France, au Royaume-Uni et au Canada. Encore aujourd'hui, l'intention et l'acte lui-même constituent les éléments essentiels de tout crime dans presque tous les pays mais spécifiquement dans ces trois pays.

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

4. *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5 et J.G. BOILARD, *Manuel de preuve pénale*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p. 13-3.

5. A. CÉDILLOT, « Allan Major perd son bas de laine », *La Presse*, Montréal, 18 mai 1999, p. A-6. Allan Major, un important trafiquant de drogue (importation de 762 kilos de haschisch à Montréal, à l'automne 1995) reconnaît avoir blanchi 3,6 millions de dollars canadiens. L'argent a été investi dans la construction d'un hôtel au Costa Rica. Le tribunal a saisi son hôtel évalué à 2 millions de dollars U.S.

Notre étude de la *mens rea* nous a amené à voyager à travers les siècles pour remonter au Moyen-Âge, à une époque où la théologie et le droit occupaient une place importante dans l'enseignement.

Il existait une interpénétration des principes théologiques et moraux dans les principes juridiques. L'Église occupant un rôle de premier plan en Occident favorisait une uniformisation de la pensée dans le sens noble du terme avec des répercussions sur le monde juridique. Les juristes favorisant l'élaboration du *Ius Commune* et d'un droit applicable à tous ont également favorisé l'émergence d'une pensée juridique fondée sur la morale et la théologie. Il y a eu une nette influence de la théologie sur l'élaboration du droit canonique et du droit civil incluant le droit criminel en Europe.

Mais ce constat et son influence sur l'élaboration de la *mens rea* nous amènera également à remonter encore plus en avant dans le temps afin d'étudier le droit des Barbares et celui des Romains afin de s'assurer que ces ordonnancements juridiques n'aient pas d'influence capitale sur notre hypothèse voulant que la *mens rea* soit tributaire du christianisme. Là est le but visé par cet article.

Au chapitre I nous étudierons les fondements du christianisme, les règles énoncées dans la Bible, l'influence du christianisme sur les sociétés européennes et l'établissement de règles juridiques précises afin de réglementer le nombre sans cesse grandissant de nouveaux adeptes de cette religion.

Dans le cadre du chapitre II et afin de démontrer les changements apportés par le christianisme et plus spécifiquement l'évolution de la notion d'intention coupable ou de faute rattachée à un acte criminel, nous étudierons certains régimes juridiques prédominants qui étaient en vigueur à l'époque de Jésus-Christ et qui ont été influencés par la doctrine chrétienne. En effet, pour percevoir le changement ou l'influence, il est impératif de comprendre l'état du droit peu de temps avant le changement afin d'en cerner l'impact réel.

Enfin, le chapitre III est une synthèse des deux premiers chapitres puisque c'est au chapitre III que nous analyserons la transformation, voire même la création de la notion d'intention ou de faute et son insertion non seulement dans le droit pénal canonique mais aussi dans le droit pénal laïc.

CHAPITRE I. LE CHRISTIANISME ET L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT PÉNAL

Notre étude débute avec l'Ancien Testament juste avant l'avènement de Jésus à l'époque où l'Empire romain dirigé par Auguste dominait un vaste territoire autour du bassin méditerranéen. Jésus-Christ, Dieu fait homme pour les chrétiens, un illuminé pour les Romains ou un blasphémateur pour certains Juifs, allait néanmoins changer la face du monde avec son enseignement. Jésus, le Messie tant attendu par les Juifs, dont certains le reconnurent comme tel, allait créer une nouvelle religion qui allait se répandre aux extrémités de la terre. Dans le cadre de la première section, nous étudierons les sources du christianisme, l'Ancien Testament et les normes juridiques qui y sont énoncées ainsi que les normes juridiques que l'on retrouve dans le Nouveau Testament.

La seconde section fera l'objet d'une étude du développement du christianisme qui correspond à l'ensemble des religions basées sur l'enseignement du Christ et de l'utilisation des normes juridiques contenues dans la Bible pour la formation des principes fondamentaux du droit canonique qui est l'ensemble des règles qui forment le droit de l'Église catholique. Enfin, dans la troisième section, nous aborderons l'élaboration et le développement du droit canonique et son impact sur le droit pénal laïc.

SECTION I. LES SOURCES DU CHRISTIANISME

La source par excellence du christianisme est la Bible. Pour les fins de cet article, nous avons utilisé la traduction de la Bible publiée sous le patronage de la Ligue catholique de l'Évangile sous la direction du cardinal Lienart, évêque de Lille⁶. Puisque Jésus-Christ est venu parfaire et accomplir la loi de Dieu, il devait nécessairement réaliser les prophéties connues et enseignées au peuple élu, c'est-à-dire au peuple

6. *La Sainte Bible*, 3^e éd., Paris, Société civile d'études et de publications non commerciales, 1952.

juif. L'Ancien Testament est en fait un ensemble de livres décrivant l'alliance de Dieu avec le peuple juif⁷.

Le Nouveau Testament est l'alliance nouvelle de Dieu avec l'humanité par l'intermédiaire de son fils. Les livres vénérés par le peuple d'Israël existaient dans cette période que nous appelons l'Antiquité. Déjà à l'époque, l'Ancien Testament édictait et édicte toujours des règles de droit. Dans un premier temps, au paragraphe 1 nous traiterons des préceptes qui sont énoncés dans l'Ancien Testament. Dans un second temps, le paragraphe 2 porte sur une étude des préceptes contenus dans le Nouveau Testament.

Paragraphe 1. L'Ancien Testament

Ce qu'il y a de particulier chez le peuple d'Israël à l'époque antique c'est qu'il vénère un seul Dieu. Dans l'Antiquité, la majorité des peuples sont polythéistes, notamment les Babyloniens, les Mésopotamiens, les Hittites, les Romains et les Grecs. Le peuple juif se retrouve dans une situation unique puisqu'il est monothéiste⁸.

L'originalité du peuple d'Israël tient à sa religion monothéiste qui l'a placé au premier plan dans l'évolution des idées morales. Ce Dieu unique considère les autres dieux comme des idoles [...].⁹

L'Ancien Testament nous révèle notamment les règles de droit qui allaient régir les relations entre Dieu et les membres du peuple juif et également entre les Juifs eux-mêmes. Ces règles de droit allaient influencer plus tard la formation du droit pénal en Occident. Comme un grand nombre de peuples de l'Antiquité, les Juifs formaient un peuple de tradition orale, se transmettant de générations en générations l'héritage reçu des Anciens et de Dieu.

7. M. DUBOST, X. LESORT, S. LALANNE, V. ROUILLARD, *op. cit.*, note 2, p. 210.

8. *Exode*, 20, 2 Dieu prononça ces paroles : « Tu n'auras pas d'autres dieux en dehors de moi ».

9. G. LEPOINTE, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, Montchrestien, 1963, p. 20.

C'est véritablement au temps de David et Salomon, soit vers 1010 à 933 av. J.C., que des scribes commencent la rédaction de différents textes.

Aux X^e et IX^e siècles, dans les deux royaumes d'Israël et de Juda, près de leurs sanctuaires, se fixent les traditions Yahviste en Juda, Élohiste en Israël qui formeront plus tard le Pentateuque. C'est aussi le temps des premiers psaumes et des premiers recueils des proverbes de sagesse.

Les VIII^e et VII^e siècles sont l'âge d'or des prophètes : leurs oracles sont rassemblés, souvent complétés par des disciples anonymes. Les anciennes traditions juridiques et historiques conservées près des sanctuaires donnent naissance au Deutéronome (VII^e siècle), puis aux autres livres de la Loi, de sorte qu'au moment de l'exil à Babylone (587-538), les Juifs ont déjà une littérature religieuse.¹⁰

Il faut retracer et étudier les différents livres de l'Ancien Testament afin de découvrir les règles ou préceptes qui y figurent, qui étaient respectées par le peuple juif et qui par la suite allaient influencer la chrétienté.

a) L'Exode

À notre avis, le Décalogue est un document incontournable dans l'étude des fondements de certains principes de notre droit pénal. Selon l'Ancien Testament, Dieu lui-même dicte sa Loi au peuple juif pour jeter les bases d'une société harmonieuse. Il est important de constater que plusieurs des commandements décrétés par Dieu ont été repris et insérés dans le droit pénal canadien, français ou anglais afin de servir de base à la création d'infractions. Nous connaissons tous ces règles désormais célèbres qui figurent au chapitre de l'Exode notamment; « Tu ne tueras point¹¹, Tu ne voleras pas¹², Tu ne déposeras pas comme témoin mensonger contre ton prochain »¹³.

10. M. DUBOST, X. LESORT, S. LALANNE, V. ROUILLARD, précité, note 2, p. 210.

11. *Exode* 20, 13.

12. *Exode* 20, 15.

13. *Exode* 20, 16 — Le Décalogue est également inséré dans le *Deutéronome* 5, 6-21 où les mêmes règles sont édictées relativement au meurtre, au vol, à l'adultère et au faux témoignage.

Déjà à cette époque, soit au X^e et IX^e siècles, le peuple juif se voit imposer une règle interdisant les faux témoignages afin de faciliter la recherche de la vérité dans le cadre de litiges. Nous n'avons qu'à songer à l'importance que les tribunaux accordaient au Moyen-Âge à la manifestation de la vérité lors des litiges entre les parties que ce soit à l'aide de la prestation de serments ou même de l'ordalie¹⁴ dont nous traiterons postérieurement, et ce dans le but de valider la véracité des témoignages. Encore de nos jours, le témoignage représente la preuve la plus utilisée dans le cadre de procédures judiciaires pénales et la manifestation de la vérité revêt un caractère tout aussi important.

Il est primordial de constater qu'il y a environ 30 siècles, le peuple juif en suivant les préceptes enseignés par Dieu allait criminaliser le parjure. Toujours au livre de l'Exode, des dispositions particulières régissent le cas de l'homicide en le qualifiant de volontaire ou d'involontaire¹⁵. Avec ce précepte, l'Ancien Testament qualifie non seulement l'homicide mais édicte différentes peines si l'homicide est commis avec intention malicieuse ou par ruse ou encore sans ruse. Cet élément est particulièrement important afin de démontrer notre hypothèse initiale. En effet nous voulons démontrer que l'intention coupable, la *mens rea*, qui est un élément essentiel de tout crime en droit pénal canadien, tire sa source de la doctrine chrétienne. Il est capital de retrouver une telle distinction dans la Bible entre l'homicide involontaire et l'homicide volontaire. À ce titre, l'Exode édicte :

Celui qui frappe un homme qui en meurt, devra être puni de mort. Mais s'il ne l'a pas fait intentionnellement, Dieu l'ayant fait tomber sous sa main, je te fixerai un lieu où il pourra trouver refuge. Si toutefois quelqu'un se rend coupable du crime de tuer son prochain par ruse, tu devras l'arracher même de mon autel pour le faire mourir.¹⁶

14. H. LEVY-BRUHL, « Réflexions sur le serment », dans *Études d'histoire du droit privé : offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J. Montchrestien, 1959, p. 390.

15. *Exode* 21, 12.

16. *Exode* 21, 12-15.

Cette distinction entre homicide volontaire et involontaire revêt une telle importance qu'elle est reprise à différents endroits dans l'Ancien Testament, notamment au Deutéronome;

Voici dans quel cas le meurtrier qui se sera réfugié là pourra garder la vie sauve : s'il a tué son prochain par mégarde, sans avoir été antérieurement son ennemi. Ainsi, celui qui va avec un autre dans la forêt pour abattre du bois, et dont la main brandit la hache pour couper un arbre, si la hache, venant à se séparer du manche, atteint le compagnon et le tue, celui-là pourra se réfugier dans l'une de ces villes et avoir la vie sauve.¹⁷

Cependant, dans le cas de l'homicide volontaire ou avec intention malicieuse, la réprobation sociale est bien plus grande et les prescriptions de l'Ancien Testament imposent la mort;

Mais si quelqu'un ayant de la haine pour un autre, lui a dressé des embûches, s'est jeté sur lui et lui a porté un coup mortel, puis s'est réfugié dans l'une de ces villes, les anciens de sa ville l'enverront saisir et le livreront aux mains du vengeur du sang pour qu'il meure.¹⁸

b) Le Deutéronome

Le Deutéronome énonce des règles à suivre pour les juges qui devront se pencher sur des affaires de meurtre¹⁹.

Autre élément primordial et unique à la Bible et au peuple d'Israël, et toujours en relation avec la notion de responsabilité, il s'agit de l'abandon de la responsabilité collective pour la responsabilité individuelle²⁰. Il s'agit d'un élément nouveau dans le droit Antique.

Enfin, l'idée d'une *responsabilité personnelle* qui prend le premier plan par rapport à la responsabilité du groupe dont nous

17. Deutéronome 19, 4-7.

18. Deutéronome 19, 11-13 — La même distinction entre homicide volontaire et involontaire est décrite également au livre des Nombres 35, 16-30.

19. Deutéronome 17, 8-13.

20. Deutéronome 24, 16.

venons de signaler des manifestations : Moïse, dans un texte du Deutéronome (XXIV, 16), interdit de faire mourir les enfants pour les pères.²¹

Ce nouvel élément propre aux lois du peuple d'Israël allait jouer un rôle primordial dans le développement ultérieur du droit.

En effet, l'Ancien Testament établit une distinction entre différents types d'homicide, involontaire et volontaire, pour ensuite individualiser la responsabilité à l'auteur du délit et non pas à sa famille ou sa communauté. Comme le souligne Jean Gaudemet :

[...] il faudrait surtout retracer l'évolution morale du peuple hébreux où l'on peut suivre l'affirmation progressive de la responsabilité individuelle. Ici encore cette responsabilité est religieuse avant tout. Mais dans un peuple dont toute la vie est dominée par la religion, le système pénal n'a pu ignorer l'importance de la responsabilité religieuse. Ce furent les prophètes et en particulier Ézéchiël (ch. XIV, 12 et ss) au VI^e siècle qui firent prévaloir la responsabilité individuelle sur les conceptions archaïques de la responsabilité collective.²²

Il s'agit d'un apport majeur pour le développement du droit et cette notion sera utilisée par la suite par les juristes du Moyen-Âge puis confirmée aujourd'hui.

c) *Le Lévitique*

Cependant, le droit de l'Ancien Testament aura du mal à se défaire de certains principes archaïques notamment la loi du talion comme en fait foi ce passage dans le Lévitique :

Si quelqu'un frappe à mort n'importe quel homme, il sera mis à mort, et celui qui frappe mortellement une tête de bétail devra la remplacer, un animal vivant pour un vivant. Si quelqu'un fait une blessure à quelque autre de son peuple, il

21. G. LEPOINTE, précité, note 9, pp. 23-24.

22. J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité », dans la *Responsabilité pénale*, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg, Paris, Dalloz, 1964, p. 54.

lui sera fait selon ce qu'il a fait, fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent, on lui fera la même blessure qu'il aura faite à un autre homme.²³

d) *La miséricorde divine*

L'Exode²⁴ et le Deutéronome²⁵ renferment des passages semblables où la vengeance est permise afin de réparer un tort.

Pendant, il faut souligner que certains passages de l'Ancien Testament annonçaient déjà l'infini miséricorde de Dieu;

Toutefois, Dieu, toujours miséricordieux même quand il punit, « *mit un signe sur Caïn*, afin que le premier venu ne le frappât point » (Gn 4,15) : il lui donne donc un signe distinctif, qui a pour but de ne pas le condamner à être rejeté par les autres hommes mais qui lui permettra d'être protégé et défendu contre ceux qui voudraient le tuer, même pour venger la mort d'Abel.²⁶

L'Ancien Testament renferme bien d'autres préceptes qui étaient vieux de plusieurs siècles lors du passage de Jésus-Christ sur la terre. Pour n'en citer que quelques-uns reprenons l'épisode douloureux de la Genèse où Caïn après avoir tué son frère se fait interpellé par Dieu « Et Yahvé dit : qu'as-tu fait ? C'est la voix du sang de ton frère qui crie du sol vers moi »²⁷.

Dans la Genèse, peu après la création, c'est Yahvé lui-même qui interroge Caïn sur sa conduite hautement répréhensible. Cet échange entre Yahvé et Caïn peut même être à l'origine du principe qui consiste à autoriser les forces de l'ordre à entreprendre une enquête lorsqu'un crime est commis même s'il n'y a pas de plainte d'une victime²⁸. Ce principe est encore en vigueur au Canada.

23. *Lévitique* 24, 17-21 — Voir également GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, p. 54.

24. *Exode* 21, 23-25.

25. *Deutéronome* 19, 21 — « Tu seras sans pitié : vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied. »

26. JEAN-PAUL II, *Evangelium Vitae*, Librairie du Vatican, Cité du Vatican, 1995, p. 18 et J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, p. 54.

27. *Genèse*, 4, 10-11.

28. J.M. CARBASSE, « L'influence de la Bible sur l'ancien droit pénal français », (1992) 35 *L'Année canonique*, p. 105.

L'influence de l'Ancien Testament ne s'arrête pas là puisque plusieurs crimes en vigueur notamment au Canada et en France tirent leur origine de passages de l'Ancien Testament. Nous avons déjà mentionné le meurtre²⁹, le vol³⁰, le faux témoignage³¹ pour ne nommer que ceux-ci. Il y en a d'autres cependant en matière de mœurs notamment la sodomie³², la bestialité³³, l'inceste³⁴.

Après avoir prescrit ces actions comme étant des impuretés, la conclusion du chapitre XX du Lévitique indique qu'il s'agit véritablement de lois venant de la part de Yahvé :

Vous observerez toutes mes lois et toutes mes ordonnances et les mettrez en pratique [...].³⁵

Mentionnons un autre élément important qui tire ses origines de l'Ancien Testament. Il s'agit de la création du droit des gens. Notamment des règles juridiques de base qui s'appliquent à tous les peuples afin d'instaurer un ordonnancement juridique commun.

Si un étranger habite avec vous dans votre pays vous ne l'opprimerez point. L'étranger qui habite au milieu de vous sera pour vous comme un habitant du pays et tu l'aimeras comme toi-même, car vous-mêmes avez été étrangers dans le pays d'Égypte.³⁶

Et d'une façon encore plus spécifique au livre des Rois démontrant un esprit de prosélytisme ferme et sans équivoque.

[...] et faites tout ce que vous demandera l'étranger, afin que tous les peuples de la terre connaissent votre nom, [...].³⁷

29. *Exode* 20, 13, *Deutéronome* 5, 17, *Code criminel*, articles 229 et 235.

30. *Exode* 20, 15, *Deutéronome* 5, 19, *Code criminel*, articles 322 et 334.

31. *Exode* 20, 16, *Deutéronome* 5, 20, *Code criminel*, articles 131 et 132.

32. *Lévitique* 20, 13, *Code criminel*, article 159.

33. *Lévitique* 20, 15-16, *Code criminel*, article 160.

34. *Lévitique* 20, 17, *Code criminel*, article 155.

35. *Lévitique* 20, 22.

36. *Lévitique* 19, 33-34. M. TANCELIN, D. SHELTON, *Des institutions, branches et sources du droit*, Montréal, Adages, 1989, p. 76. Le droit des gens est le droit international applicable aux nations. « Le véritable droit international est toujours à l'état de projet : il est plus proche du droit naturel que du droit positif. Il est désigné traditionnellement par l'expression « droit des gens » (*jus gentium*). »

37. *1 Rois* 8, 43.

C'est la raison pour laquelle le peuple hébreu, choisi par Dieu, se retrouve dans une situation unique parmi les peuples de l'Antiquité. Israël tout en étant coupé du monde se tourne vers le monde afin d'annoncer la Bonne Nouvelle du Salut³⁸.

Au fur et à mesure que la Révélation se développe on assiste à un élargissement de la conscience d'Israël. Jérusalem sera le centre futur des nations. Les perspectives messianiques s'étendent jusqu'aux extrémités de la terre. La conscience universelle est née.³⁹

Paragraphe 2. Le Nouveau Testament

Dans la Bible, le Nouveau Testament est l'endroit par excellence pour découvrir l'enseignement de Jésus Christ. Les éléments fondamentaux du christianisme y sont énoncés. Cela ne veut pas dire que l'étude de l'Ancien Testament ne soit pas pertinente, au contraire il n'y a pas d'opposition entre le Nouveau et l'Ancien Testament, mais l'un est l'accomplissement de l'autre. En fait, le Nouveau Testament est le prolongement de l'Ancien. Le Christ n'étant pas venu abolir l'Ancien Testament mais l'accomplir⁴⁰.

Le Nouveau Testament et l'avènement du christianisme vont transformer le droit pénal non seulement par l'individualisation de la faute, mais surtout par le pardon et la rédemption. Ainsi même s'il y a faute, il peut y avoir repentir de la part du coupable et éventuellement le pardon des actes posés. L'Évangile de Saint Luc rapporte le perfectionnement apporté par Jésus Christ aux anciens préceptes de la loi juive⁴¹.

Le Nouveau Testament est très important dans le cadre de notre étude puisque l'Église catholique, qui jouera un rôle

38. *Isaïe* 2, 2-3.

39. G. FEUER, «Les origines chrétiennes du droit des gens», (1953) *Les Cahiers du Droit*, Paris, p. 20.

40. Constitution dogmatique *Dei Verbum*, dans les documents du concile Vatican II, 2^e éd., Montréal, Fides, 1967, p. 113.

41. *Luc* 6, 27, 29 et 36-50 — «Mais je vous dis, à vous qui m'écoutez : aimez vos ennemis... et encore... À qui te frappe sur une joue, présente encore l'autre». Voir à ce sujet J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 28, p. 106.

de premier ordre dans le développement de certaines institutions juridiques de l'Occident, a pour mission de faire connaître le Christ et son enseignement. Cet enseignement se retrouve dans le Nouveau Testament. C'est également, comme nous le verrons ultérieurement, des clercs catholiques qui en s'inspirant de l'enseignement de Jésus Christ influenceront profondément le droit pénal et les éléments constitutifs de l'infraction.

L'enseignement du Christ allait bouleverser les mœurs de son époque et son influence est toujours vivante⁴². Parmi les préceptes enseignés par le Christ et qui plus tard allaient influencer le droit pénal, il y a la notion d'intention dans la faute mais surtout la notion de pardon, de charité et de réconciliation pour aboutir à la rédemption. Ainsi, nous l'avons mentionné, le Christ perfectionne l'Ancien Testament et remplace notamment la Loi du talion⁴³ par la Loi du pardon et de la charité⁴⁴.

La *Justitia christiana* au contraire est Charité. Elle exige que l'on use des choses pour le bien. Une nouvelle conception de l'équité apparaît également; à l'équité-justice se substitue une équité-indulgence qui correspond au devoir de *pietas*.⁴⁵

Et il y a plus puisque dès la fondation de l'Église, le Christ demande aux Apôtres d'aller enseigner ces nouveaux préceptes à toutes les nations. Il s'agit véritablement d'un appel universel à suivre la nouvelle Loi divine qui allait si profondément marquer l'humanité.

Toute puissance m'a été donnée au ciel et sur terre. Allez donc enseigner toutes les nations, baptisez-les au nom du Père et du Fils et du Saint-Esprit. Enseignez-leur à garder tous mes commandements.⁴⁶

42. JEAN-PAUL II, Lettre Apostolique *Tertio Millennio Adveniente*, Librairie du Vatican, Cité du Vatican, 1994.

43. *Lévitique* 24, 17-23 et *Deutéronome* 19, 21.

44. *Luc* 27-29 et *Romains*, 12, 17-21. Homélie de M. le Cardinal Jean-Claude Turcotte à l'occasion de la Messe rouge pour la rentrée judiciaire à Montréal le 10 septembre 1998.

45. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Paris, Sirey, 1957, p. 164 et J. GAUDEMET, *Église et Cité : Histoire du droit canonique*, Paris, Cerf, 1994.

46. *Matthieu* 28, 18-20 et *Marc*, 16, 15.

Nous retrouvons dans cet énoncé une volonté d'établir un ordre juridique pour tous les peuples⁴⁷. Donc, les Évangiles constituent une source de première importance afin de connaître la doctrine du Christ⁴⁸. Mais ils ne sont pas la seule source puisque les Épîtres de Saint Paul revêtent une grande importance afin de saisir la pensée chrétienne tout en étant une source directe où les canonistes et les légistes iront puiser afin de développer le droit occidental⁴⁹. En fait, les épîtres de Paul sont une source qui vient parfaire les Évangiles et qui comportent une dimension juridique. L'Évangile de Saint Jean indique clairement que le Décalogue de l'Ancien Testament doit être suivi et que le Christ n'est certainement pas venu l'abolir ou le rendre caduc⁵⁰.

Le plan divin de salut, ainsi proclamé à la face de la terre, constitue une organisation possédant une dimension juridique qui s'enracine dans l'efficacité du sacerdoce du Christ : « Changeant de sacerdoce, il était nécessaire que la Loi change aussi » (Hébreux 7, 12).⁵¹

Le passage le plus important se retrouve à notre avis dans la lettre aux habitants d'Éphèse. Paul invite explicitement les hommes et les femmes d'Éphèse à respecter l'enseignement du Christ afin d'éviter les ténèbres⁵². Il rappelle l'importance de dire la vérité⁵³, de ne pas voler⁵⁴ et Paul va

47. *Éphésiens* 3, 6 « Ce mystère, c'est que les païens sont admis au même héritage et qu'ils sont membres du même corps et qu'ils ont part aux mêmes promesses dans le Christ Jésus par le moyen de l'Évangile, [...] » Voir également G. FEUER, *loc. cit.*, note 39, p. 21.

48. Évangiles selon S. Matthieu, S. Marc, S. Luc et S. Jean.

49. H.J. BERMAN, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 199. En fait, à notre avis il s'agit d'une évolution plutôt que d'une révolution. Voir à ce sujet J.L. SORIA, « Religion, History and the Growth Law : An appraisal of H.J. Berman's Law and Revolution », (1994) 28 *Studia Canonica*, p. 487.

50. *Jean* 14, 23-24 « Si quelqu'un m'aime, il gardera ma parole et mon Père l'aimera, et nous viendrons à lui, et nous ferons chez lui notre demeure. Celui qui ne m'aime pas ne garde pas mes paroles et la parole que vous entendez n'est pas la mienne, mais celle du Père, qui m'a envoyé. »

51. D. LE TOURNEAU, *Le droit canonique*, Paris, P.U.F., 1988, p. 7.

52. *Éphésiens*, 4, 17-20.

53. *Éphésiens*, 4, 25.

54. *Éphésiens* 4, 28.

même plus loin en interdisant la calomnie et la diffamation⁵⁵. La lettre aux Éphésiens contient un véritable code révolutionnaire visant la morale sociale en affirmant le principe de l'égalité et du respect mutuel entre les époux.

[...] l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa femme et tous deux ne feront plus qu'une seule chair. [...] Ainsi donc que chacun de vous aime son épouse comme soi-même, et que l'épouse vénère son mari.⁵⁶

Dans ses lettres aux habitants de Corinthe, Paul rappelle certains principes juridiques notamment sur la façon de déposer lors d'un procès⁵⁷.

Ces nouveaux préceptes allaient entrer en confrontation avec des concepts romains car à cette époque l'Empire romain occupait un territoire immense autour de la Méditerranée et faisait figure de grande nation civilisatrice, cependant la femme y possédait peu de droits et la femme mariée n'en possédait pas. Dans l'ancien droit romain elle était même incapable au sens juridique du terme lorsqu'elle était mariée ou dans la maison de son père⁵⁸. Non seulement la femme était-elle incapable mais en plus elle pouvait être tenue responsable lorsqu'elle commettait l'adultère alors que l'adultère du mari n'était pas puni⁵⁹. Ainsi, avec l'enseignement de Paul et les Évangiles qui proclamaient l'égalité entre les humains, une véritable révolution était en train de s'opérer autour de la Méditerranée. Cette nouvelle religion allait voir son nombre d'adeptes augmenter assez rapidement.

55. *Éphésiens* 4, 29. Environ deux mille ans après la rédaction de l'épître aux Éphésiens, le *Code criminel* canadien sanctionne toujours le libelle blasphématoire (article 296) ainsi que le libelle diffamatoire (articles 298, 300, 301).

56. *Éphésiens* 5, 31-33.

57. II *Corinthiens*, 13, 2. Voir également *Jean* 8, 14-19.

58. M. VILLEY, *Le droit romain*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 1987, p. 61. J. GAUDEMET, « Le Statut de la femme dans l'Empire romain », dans *Recueil de la Société Jean-Bodin*, Bruxelles, 1959 p. 191. R. PÉNOUD *La femme au temps des cathédrales*, Paris, Stock, 1980, p. 29.

59. J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, P.U.F., p. 47. « La *Lex julia de adulteris coercendis* érige l'adultère en délit pénal et institue pour punir la femme et son complice une question spéciale mais l'adultère du mari n'est pas puni, car seule l'infidélité de la femme risque d'introduire dans la famille un sang étranger. »

Certes, les débuts ne furent pas toujours faciles et les Romains surtout tentèrent d'éradiquer cette nouvelle religion avec ses adeptes.

Mais, à la différence des autres religions, il [le christianisme] n'avait pas tardé (dès le règne de Néron — 64) à être persécuté pour des raisons sur lesquelles on ne s'entend pas bien, soit à raison du monothéisme qu'il affirmait, à l'encontre de tous les autres cultes, soit, d'après une thèse récente, en vertu du dogme de la Trinité, qui avait privé ses adhérents des privilèges accordés aux Juifs.⁶⁰

Une autre raison plausible est celle que les chrétiens dès le début, affirmaient la prééminence du droit divin gravé dans le cœur des hommes et des femmes qui devaient être suivi en toute conscience même s'il contredisait les règles du droit positif. Les premiers chrétiens furent les premiers objecteurs de conscience ou encore les premiers à recourir à la désobéissance civile, ce qui ne les a guère rendu populaires aux yeux des Romains.

Malgré les édits de persécution, notamment ceux de Dioclétien⁶¹ le nombre de fidèles augmenta et de plus en plus

60. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 117. Les chrétiens affirmaient qu'ils devaient suivre leur conscience formée à partir de l'enseignement de Dieu. Les chrétiens habitaient dans le monde, dans la société romaine mais suivaient l'exemple du Christ et de sa doctrine en s'inspirant de ce texte de *Mathieu* 22, 21 « Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu. » Par cette phrase, le Christ enseigne que les chrétiens doivent reconnaître les autorités civiles mais que surtout les chrétiens doivent respecter les droits supérieurs de Dieu en toute chose. Voir également dans les documents du Concile Vatican II la Déclaration *Dignitatis Humanae* paragraphe 11.

61. J. DANÉLOU, H. MARROU, « Des origines à Saint Grégoire le Grand », dans *Nouvelle histoire de l'Église*, t. 1, Paris, Seuil, 1963, p. 273. Voir également H. PETIOT dit Daniel-Rops, *Histoire de l'Église du Christ*, t. 2, Paris, Libraire Arthème Fayard, Éditions Bernard Grasset, 1965, pp. 338, 339. « Dioclétien devait bien finir par s'apercevoir que les chrétiens ne participeraient jamais à ses efforts, [on réfère ici à l'organisation centralisatrice étatique de Dioclétien ainsi que l'adoption du rite de l'*adoratio* dans le cérémonial de Cour] que, substantiellement, ils demeureraient des objecteurs. [...] Un édit fut préparé, ordonnant la cessation des assemblées chrétiennes, la démolition des églises, la destruction des livres sacrés et l'abjuration de tous les chrétiens occupant une fonction publique. [Nous sommes en février 303] [...] Trois édits successifs accentuèrent coup sur coup la sévérité des mesures, allant jusqu'à reprendre le principe de Dèce que tout chrétien devait être mis en demeure de se sacrifier. À travers l'Empire, la persécution sanglante déferla. Elle fut épouvantable; la dernière des grandes persécutions, mais la pire. »

de petites communautés émergèrent autour du bassin méditerranéen. C'est véritablement avec la reconnaissance au IV^e siècle du culte chrétien, d'abord par l'empereur Galère qui en 311 autorisa le culte chrétien, par Constantin qui proclama la liberté de religion, par l'édit de Milan en 313, puis par Théodose en 391⁶² qui fit du christianisme une religion d'État que l'Église commença à exercer de plus en plus d'influence sur l'évolution des sociétés et du droit en Europe.

SECTION II. LA FORMATION ET L'ÉVOLUTION DU DROIT CANONIQUE

Remonter le courant de l'évolution du droit canonique vers l'époque de sa formation ou de sa conceptualisation nous ramène obligatoirement à la Bible et plus spécifiquement au Nouveau Testament. C'est en fait du Christ lui-même que les Apôtres ont reçu cette double obligation c'est-à-dire d'évangéliser, de se faire connaître en tant que chrétiens à titre d'authentiques porteurs du message du Christ et d'établir des normes au sein de la communauté naissante⁶³.

Allez donc, enseignez toutes les nations, baptisez-les au nom du Père et du Fils et du Saint-Esprit. Enseignez-leur à garder tous mes commandements. Pour moi, je suis avec vous tous les jours jusqu'à la fin du monde.⁶⁴

Saint Paul rappelle l'importance du Décalogue et la perfection de la Loi de l'Ancien Testament par l'avènement du Christ qui a pour mission de sceller une nouvelle alliance entre Dieu et les hommes⁶⁵. Cette nouvelle alliance se concrét-

62. M. DUBOST, X. LESORT, S. LALANNE, V. ROUILLARD, *op. cit.*, note 2, pp. 317-319 et à la p. 318 pour un extrait de l'édit de Milan. « Nous avons résolu d'accorder aux chrétiens et à tous les autres la liberté de pratiquer la religion qu'ils préfèrent [...] »

63. R. PARALIEU, *Guide Pratique du Code de droit canonique*, Bourges, Tardy, 1985, p. 11.

64. *Matthieu* 28, 19-20. Voir également *Matthieu* 5, 31-32 sur l'indissolubilité du mariage et *Luc* 16, 18 ainsi que *Marc* 10, 11-12. Depuis son origine et en s'appuyant sur l'enseignement du Christ, l'Église a exigé une reconnaissance de l'indissolubilité du mariage.

65. *1 Corinthiens* 15, 50-58.

tise par un changement de Loi⁶⁶. Saint Jean nous rappelle également que c'est par l'observation des commandements que nous reconnaissons les enfants de Dieu⁶⁷. Dès les débuts de l'Église il apparaît clairement que Dieu l'a fait gardienne de ses commandements, de ses lois et qu'il revient à l'Église d'établir un ordonnancement juridique.

C'est à ceux à qui le Seigneur a transmis son sacerdoce et son pouvoir qu'il appartient de préserver les éléments institutionnels d'origine divine de cet ordre juridique et d'en organiser les développements historiques harmonieux, qui rendent l'Église à même d'être l'instrument et le sacrement de salut qui la caractérisent.⁶⁸

En plus des évangiles, les épîtres contiennent des paramètres avec une portée juridique notamment en rapport avec la hiérarchie ecclésiastique⁶⁹. Aux enseignements des Apôtres et de Paul, il faut ajouter la doctrine patristique c'est-à-dire la doctrine des pères de l'Église qui sont des écrivains de l'Église primitive et dont les écrits font autorité dans le domaine de la foi. Dès les premiers siècles de l'Église, des hommes se sont penchés sur des questions d'ordre moral et théologique. Il faut rappeler que les Pères de l'Église n'étaient pas des juristes, cependant leur œuvre constitue un élément essentiel afin de comprendre l'authentique message du Christ. Parmi les Pères les plus influents nous retiendrons St-Jean Chrysostome, St-Cyrille de Jérusalem et ses catéchèses mystagogiques sur le baptême, la christmation et la célébration eucharistique⁷⁰, St-Ambroise, St-Jérôme, St-Augustin avec ses célèbres Confessions et la Cité de Dieu qui décrit la chute de l'empire romain sans oublier St-Hilaire de Poitiers et son traité sur la Trinité. Les Pères de l'Église traitent de morale, et ils tentent de jeter les bases de la théologie. Ceci représente un intérêt pour le juriste. Le droit doit ainsi être conforme à la morale. Puisqu'il

66. *Hébreux* 7, 12-13. De même Saint Paul réfère à l'existence du droit naturel inspiré de Dieu et inscrit dans le cœur des hommes *I Corinthiens* 11, 14 et *Romains* 2, 14.

67. *I Jean*, 5.

68. D. LE TOURNEAU, précité, note 51, p. 7. R. PARALIEU, précité, note 63, p. 12.

69. *Tite* 1, 5-9. *I Timothée* 3, 2-12 et *I Timothée* 5, 17-22.

70. CYRILLE DE JÉRUSALEM, *Catéchèses mystagogiques*, Paris, Cerf, 1988, 224 pages.

s'agit ici surtout de théologiens, il est nécessaire de s'interroger sur l'autorité de leurs écrits en terme de règle de droit. Il y a divergence d'opinion quant à la valeur de la norme à accorder aux écrits patristiques. Selon Jean Gaudemet, puisque les Pères sont avant tout des théologiens, des docteurs de l'Église, il n'y a pas lieu de transformer leurs opinions en règles de droit obligatoires. Ainsi, leurs opinions ne pourraient être utilisées comme source juridique⁷¹. Cependant, selon Gabriel Lepointe et d'autres auteurs, les écrits des Pères de l'Église doivent être considérés comme sources du droit de l'Église⁷².

Nous croyons, contrairement à Jean Gaudemet, que les écrits des Pères bien qu'ils ne revêtent pas l'aspect d'une norme juridique doivent être considérés en tant que source du droit de l'Église puisqu'ils visent avant tout à diffuser et expliciter les fondements de la doctrine chrétienne. Là ne sont pas les seules sources du droit canonique. Avec le développement de l'Église et l'accroissement de ses fidèles, le besoin devint pressant de développer une organisation ecclésiastique pour mener droitement le peuple de Dieu. L'élaboration de règles devenait impérative.

Lorsque l'organisation ecclésiastique se développa, on trouva les indications juridiques contenues dans le Nouveau Testament trop peu nombreuses et certains s'avisèrent de les compléter par des écrits qu'ils firent passer comme rédigés par les Apôtres ou tout au moins comme reflétant leur enseignement direct. S'ils ne nous renseignent pas sur les usages des Apôtres, ces écrits présentent en général un tableau assez fidèle de la vie religieuse, à l'endroit et à l'époque de leur rédaction. L'accent est mis sur la liturgie. [...] Les écrits les plus anciens sont [...] : la Didachè ou Doctrine des douze Apôtres, du II^e siècle; La Didascalie des Apôtres, du III^e siècle [...].⁷³

71. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 45, p. 161.

72. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 156. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, T-1 Milano 1952. A. LAINGUI, M. CRÉPIN, « La philosophie du droit pénal du moyen âge à l'époque moderne », (1982) 53 *Revue internationale de droit pénal*, p. 613.

73. R. NAZ, C. DE CLERCQ, C. LEFEBVRE, F. CLAEYS BOUUAERT, E. JOMBAR, *Traité de droit canonique*, t.1, Paris, Letouzey et Ané, 1955 p. 21. Voir également F. FUNK, *Didascalia et Constitutiones Apostolorum*, t.1., Paderborn, 1908, et R. CONNOLLY, *Didascalia Apostolorum*, 1929, Oxford. Voir également J.T. MARTIN DE AGAR, *A Handbook of Canon Law*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, pp. 4-6, sur les écrits des Pères de l'Église et leur importance relativement à la création et formation du droit canonique au premier millénaire.

Nous ne pouvons également passer sous silence l'importance des Constitutions apostoliques et des Conciles.

En fait, pour comprendre l'évolution du droit canonique il faut également étudier les rapports qui existaient entre l'Église naissante et son insertion dans le monde romain. La reconnaissance de l'Église et son développement n'est certes pas un épiphénomène. Dès les premiers siècles, l'Église s'organise et s'inspire, pour ses propres fins, de l'organisation laïque qui prévaut dans l'Empire romain.

La *civitas* forma un diocèse avec un évêque à sa tête; les *civitates* d'une même province impériale formèrent une province ecclésiastique, ayant à sa tête un métropolitain. [...] L'évêque est, en principe, élu par le peuple à la suggestion du clergé qui propose un nom; le choix populaire est considéré comme l'émanation de la volonté divine, parfois par simple acclamation, sous la présidence du métropolitain. [...] Les chrétiens, pendant toute la période où ils avaient vécu en marge de la société romaine officielle, avaient pris l'habitude, au lieu de faire juger leurs litiges par les tribunaux de l'État, d'en confier le règlement à l'arbitrage des évêques. Constantin, particulièrement favorable aux chrétiens, n'hésita pas à consacrer officiellement la justice arbitrale de l'évêque en revêtant sa sentence de la même force exécutoire que celle du jugement saisi par l'un des plaideurs quand bien même l'autre ne serait pas d'accord pour lui soumettre le litige. C'était là quelque chose d'exceptionnel, puisqu'un arbitrage suppose normalement un commun accord entre les parties pour choisir l'arbitre.⁷⁴

Exceptionnelle également la vigueur de cette nouvelle communauté de chrétiens qui allait exercer une influence

74. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 119. Voir également Y. BONGERT, *Cours d'histoire du droit*. Les Cours de droit, Paris, 1972-73. « Au Bas-Empire, l'Évêque était considéré comme l'arbitre naturel des chrétiens. En effet, le Christ avait donné aux apôtres le pouvoir de juger (Matt. 18, 18) et Saint Paul avait recommandé aux chrétiens de régler eux-mêmes leurs différends (1 Cor. 6, 1). Cet arbitrage conventionnel fut très tôt reconnu par la loi, puisque dès le règne de Constantin, les Constitutions, dites de « Sismond » de 318 et 333 avaient admis la compétence générale de la juridiction épiscopale, aussi bien *ratione materiae* que *ratione personae*, et son indépendance totale vis-à-vis des tribunaux séculiers [...] » En fait, dès le début de la chrétienté, Saint Paul exhortait les chrétiens de Corinthe à se détourner des tribunaux séculiers présidés par des païens pour soumettre leur litiges à des chrétiens. *I Corinthien*, 6, 1. À ce sujet, voir également R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal, C. Théorêt, 1901, p. 108.

considérable sur l'Empire romain et le monde en les transformant. C'est notamment en soumettant des litiges à l'évêque, ce dernier jugeant selon les principes émanant de la doctrine chrétienne, que des règles allaient se développer afin d'aider le peuple de Dieu vers une progression lente mais sûre devant déboucher sur une nouvelle société plus juste et respectueuse de la personne humaine. Les décisions des évêques n'étaient pas l'unique source du droit. Dès les débuts de l'Église, les évêques ont senti le besoin de se réunir afin de trancher des questions de doctrine ou d'interprétation du message nouvellement laissé par Jésus-Christ. Ces réunions visaient également à régir les coutumes des communautés chrétiennes, à prendre des décisions et à édicter des règles. Ces réunions, les premiers conciles, étaient des assemblées solennelles regroupant plusieurs évêques. Cependant, il y a différents types de conciles qui ont été tenus dans l'Église. Les plus importants, les conciles œcuméniques, regroupaient tous les évêques de la chrétienté ou leurs représentants. Le Premier Concile œcuménique se tint à Nicée en l'an 325 et à la fin des travaux les participants promulguèrent vingt canons disciplinaires notamment sur la hiérarchie, les peines ecclésiastiques et l'état des clercs⁷⁵. Ces décisions portèrent le nom de canons qui, s'inspirant du grec, signifient règles ou normes. Le droit canonique dès les débuts prit sa source dans le Nouveau Testament, les écrits des Pères de l'Église et dans les canons édictés par les conciles œcuméniques.

Un autre élément très important relativement aux conciles œcuméniques réside dans le fait que l'Empereur Constantin décida d'intégrer les canons dans des lois civiles sous peine de sanctions⁷⁶.

75. R. NAZ, C. DE CLERCQ, C. LEFEBVRE, F. CLAEYS BOUUAERT, E. JOMBAR, précité, note 73, p. 22. — L'Église légiféra également en Grande-Bretagne et en Irlande, régions alors peuplées par les Celtes. Surtout après la conquête normande lors de la victoire de Guillaume à Hasting en 1066, l'Église d'Angleterre a tenu de nombreux conciles. A.W. HADDAN, W. STUBBS, *Councils and ecclesiastical documents relating to Great-Britain and Ireland*, 3 vol., Oxford, Clarendon Press, 1964, 1869-1873.

76. J. GAUDEMET, précité note 45, p. 143. — Voir également J. DANIELOU, H. MARROU, *op. cit.*, note 61, p. 277. « L'Église catholique reçoit un statut juridique privilégié : les sentences du tribunal épiscopal, même en matière purement civile, sont reconnues valides par l'État; la capacité successorale est accordée aux églises, ce qui va permettre le développement de leur patrimoine. » L'empereur Théodose avait également pris le soin de convoquer des conciles œcuméniques notamment

Avec l'assentiment de l'Empereur, non seulement les évêques lors de conciles œcuméniques pouvaient-ils édicter des canons, mais ils pouvaient s'assurer du respect de ces canons, puisque l'Empereur avec ses lois impériales allait s'approprier l'objet des canons.

Cependant, une question reste à résoudre. Les évêques absents lors du concile devaient-ils être liés par les canons qui y étaient édictés. Même en transformant les canons en des lois civiles, il faut constater que cela ne donne pas plus de force à la décision en tant que décision conciliaire⁷⁷. Il faudra en fait attendre le concile d'Arles de 314 pour voir des décisions conciliaires avec caractère obligatoire pour tous, présents ou absents. Ce concile va en fait lier l'Église⁷⁸. Cependant, les décisions des conciles œcuméniques ne sont pas les seules à figurer en tant que sources fondamentales du droit canonique.

En effet, nous ne pouvons passer sous silence les décrétales pontificales

Dès le début du III^e siècle, la papauté était intervenue en matière disciplinaire. Mais on ne peut fixer exactement le territoire auquel s'appliquaient ces dispositions : Rome certainement ; probablement l'Italie pour les provinces du centre et du sud et les îles dont Rome est la Métropole (mais atteignent-elles

celui du 2^e concile de Constantinople. R. METZ, « L'intervention de Théodose au deuxième concile œcuménique » (Constantinople 581) dans *Études d'histoire du droit canonique : dédiées à Gabriel Le Bras*, Tome I Paris, Sirey, 1965, p. 651.

77. *Ibid.*, p. 143.

78. *Id.*, p. 144. — Voir également R. NAZ, C. DE CLERCQ, C. LEFEBVRE, F. CLAEYS BOUUAERT, E. JOMBAR, *op. cit.*, note 73, p. 24. « Les anciens conciles gaulois s'échelonnent depuis celui d'Arles de 314 (22 canons importants pour l'ancienne discipline) jusqu'à ceux du début du VI^e siècle, tenus dans ces parties de la Gaule soumises aux Wisigoths, aux Burgondes ou aux Ostrogoths. Les conciles francs embrassèrent des régions plus ou moins vastes selon l'extension variable du territoire : celui-ci débordera de la Gaule sur la Germanie et même, après 774, sur l'Italie. On distingue les conciles mérovingiens, dont certains sont véritablement nationaux, et les conciles carolingiens, dont plusieurs coïncident avec des assemblées politiques. Dans ce cas les décisions adoptées sont promulguées sous forme de capitulaires émanant du pouvoir civil [...] ». Relativement à la législation religieuse franque, C. DE CLERCQ, *La législation religieuse franque de Clovis à Charlemagne*, Étude sur les actes de conciles et les capitulaires, les statuts diocésains et les règles monastiques (507-814) — Louvain, Bibliothèque de l'Université, 1936.

Milan?). Il est plus douteux qu'elles aient pu effectivement être imposées à des territoires lointains. Au milieu du III^e siècle, la correspondance de Saint Cyprien laissait encore apparaître une large autonomie disciplinaire de l'Afrique. Le pape agit comme évêque de Rome et sans doute comme primat d'Italie. Pouvait-il, dès cette époque, imposer le respect de sa législation à tout le monde chrétien en tant que Pasteur universel?

Le IV^e siècle marque un progrès. Une lettre du Pape Jules 1^{er} de 338 est signalée par Athanase. On sait également que Damase (366-384) répondit à des questions et rendit des rescripts (au sens romain) appuyés sur son *auctoritas*.⁷⁹

En fait, la plus ancienne décrétale connue est une lettre *ad Gallos episcopos* qui aurait pour auteur Damase vers la fin du IV^e siècle afin de répondre à des questions émanant des évêques de la Gaule⁸⁰.

Les papes établissaient leur autorité en s'appuyant sur l'autorité romaine puisqu'ils sont les fidèles successeurs de Saint Pierre. Par leur activité législative qui visait en fait beaucoup plus l'administration de l'Église naissante, les papes allaient jouer un rôle capital dans le développement du droit canonique. Il faut également signaler que dans bien des cas, les décrétales des papes visaient non seulement l'administration de l'Église mais surtout la discipline.

Au V^e siècle, le pouvoir législatif se développe largement. Les décrétales disciplinaires d'Innocent 1^{er} à Victricius de Rouen (404), à Exupère de Toulouse (405), à Rufus de Thessalonique (414) dépassent le simple *responsum*. Ce sont de longs textes qui ne se contentent pas de résoudre des difficultés particulières, mais qui posent des normes générales. Il faut en dire autant de la décrétale de Célestin aux évêques de Viennoise et de Narbonnaise en 428 et des grandes décrétales de Léon 1^{er}. À la fin du siècle, avec Gélase, l'activité législative de la papauté devient considérable. Une centaine d'écrits de ce pape

79. *Id.*, pp. 148-149 et M.D. KNOWLES, D. BOLENSKY, *Le Moyen Âge*, dans *Nouvelle histoire de l'Église*, t. 2, Paris, Seuil, 1968, p. 167.

80. D. LE TOURNEAU, précité, note 51, p. 23.

nous sont parvenus. En dehors de six traités dogmatiques, presque tous les autres sont des décrétales.⁸¹

En dernier lieu, nous désirons également souligner l'importance des Pénitentiels comme source du droit canonique. Il s'agit en effet de manuels à l'usage des confesseurs, suggérant les pénitences à imposer aux pécheurs soucieux d'amender leur conduite et de se rapprocher de Dieu⁸².

Après des décennies, voire quelques siècles d'activité législative intense, que ce soit par l'intermédiaire des conciles œcuméniques ou par l'adoption de décrétales, il apparaissait nécessaire de compiler ces règles afin de les utiliser avec commodité.

Le moine scythe Denys Le Petit rassembla un grand nombre de décisions conciliaires et de décrétales. Son œuvre porte le nom de *Dionysiana*. Il s'agit de la première véritable collection qui allait être le fondement du droit canon postérieur en Occident⁸³. Dans le cadre de la première édition de son œuvre, vers 419, Denys Le Petit reprend les cinquante premiers canons des Apôtres en plus des canons des premiers conciles œcuméniques. Lors de la seconde édition, il inséra les restes du recueil de 419 qui reprenait les Actes du Concile de Carthage⁸⁴. Denys fit également une compilation de 39 décrétales des papes Sirice à Anastase en omettant les écrits des papes Hilaire, Simplicius et Félix III.

Les œuvres de Denys Le Petit eurent un grand succès. La deuxième édition des conciles fut celle qui prévalut, la collection des décrétales reçut diverses additions. En 774 le pape Hadrien 1^{er} envoya à Charlemagne un exemplaire de cette double collection, connue sous le nom de *Dionysio-Hadriana* :

81. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 45, p. 151. — Voir également D. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 51, p. 23. G. FRANSEN, *Les décrétales et les collections de décrétales*, Turnhout, Brepols 1972. P. LEVILLAIN, *Dictionnaire historique de la papauté*, Paris, Ligugé Arthème Fayard, 1994, p. 548.

82. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 157. J. MCNEIL, H. GAMER, *Medieval handbooks of penance. A translation of the principal libri poenitentiales and selections from related documents*, New York, Octagon Books, 1938. — Les premiers pénitentiels en Occident ont été rédigés dans les Îles britanniques par les Celtes. Les plus anciens remontent au VI^e siècle.

83. M.D. KNOWLES, D. OBOLENSKY, *op. cit.*, note 79, p. 168.

84. R. NAZ, C. DE CLERCQ, C. LEFEBVRE, F. CLAEYS BOUUAERT, E. JOMBAR, *op. cit.*, note 73, p. 29.

on y trouve quelques lettres nouvelles insérées à leur endroit parmi celles des papes déjà représentées dans la collection primitive; puis, à la place chronologique des pontificats, des décrétales des trois papes qui avaient été omis (notamment les décisions des conciles romains de 465 et de 487); enfin, après les lettres d'Anastase II, des textes de ses deux successeurs immédiats (notamment les conciles romains de 499, 501, 502) et les actes du concile romain de 721.⁸⁵

Les différentes compilations continueront de voir le jour dans différents pays. *L'Hispana*, une compilation originaire d'Espagne réfère à plusieurs décisions des conciles orientaux africains, espagnols et gaulois.

[...] *L'Hispana* vit le jour vers 633 au moment où se tenait le IV^e concile de Tolède, que présidait S. Isidore. Si l'évêque de Séville n'est pas l'auteur de cette collection, comme le P. Séjourné l'a soutenu, son influence se serait exercée fortement sur la composition. Dans un premier état (qu'on a appelé « forme primitive »), la collection contenait, après une préface et un index, des canons de conciles grecs, africains et gaulois (le plus récent étant celui d'Orléans de 511). On y trouvait, en outre, les canons de quatorze conciles espagnols, dont le dernier était le IV^e de Tolède (633), puis les *Capitula* de Martin de Braga. [...] Le succès de *l'Hispana* fut considérable en Espagne, dans le royaume franc et dans les pays rhénans. Elle connut un regain d'influence lorsqu'elle fut unie à la *Dionysio-Hadriana* pour former une collection composite qui reçut le nom de *Hadriano-Hispanica*. Ce dernier recueil a servi à l'élaboration de la *Dacheriana*, qui fut au centre des collections de la réforme carolingienne.⁸⁶

Le recueil cite un grand nombre de décrétales. Il s'agit d'un recueil à caractère universel référant à des conciles d'Asie, d'Afrique et d'Europe.

L'activité législative se poursuit également dans les îles Anglo-saxonnes notamment en Irlande où des pénitentiels sont rédigés. Les *Canones Hibernenses* en sont un exemple.

85. *Id.*, pp. 29-30. Voir également à ce sujet P.M. VIOLLET, *Précis de l'Histoire du droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886, p. 38.

86. G. JACQUEMET, *Encyclopédie. Catholicisme hier – aujourd'hui – demain*, Paris, Letouzey et Ané, 1962, pp. 766-767.

Une autre compilation mérite d'être soulignée. Il s'agit de l'œuvre de Luc d'Achery nommée *Dacheriana*, rédigée entre 810 et 830. Elle renvoie à 379 chapitres dont 316 proviennent des conciles et 81 des décrétales. Cette compilation emprunte tant à l'*Hispana* qu'à la *Dionysio-Hadriana*. L'œuvre fait une place importante aux clercs, à la pénitence et à la procédure devant les tribunaux ecclésiastiques.

L'auteur de la *Dacheriana* est un clerc séculier, peut-être bien un évêque. Dans sa préface, il insiste pour que la pénitence soit conforme aux anciennes règles de l'Église; il néglige tout à fait les pénitentiels dont les modèles insulaires avaient accredité le succès en territoire franc au VIII^e siècle [...] Cette rédaction, pas plus que la *Dionysiana* et l'*Hispana*, ne présente des textes sciemment interposés. Ces collections ne devaient plus suffire à un moment où bien d'autres textes, dont beaucoup étaient plus récents et plus pratiques, étaient transcrits dans les multiples *scriptoria* suscités par la renaissance carolingienne.⁸⁷

Avec le règne de Charlemagne, la dynastie carolingienne est à son apogée et c'est sous les Carolingiens, contrairement aux Mérovingiens, que va s'opérer un changement capital dans la monarchie franque qui aura subséquentement des conséquences juridiques. En effet, en 752 Pépin le Bref est sacré roi. Il reçoit l'onction sainte de Saint Boniface. Le recours au sacre va sceller une alliance forte et étroite entre les rois francs et la papauté. Grâce à cette étroite collaboration, en 754 lorsque les rois lombards attaquent Rome, le pape Étienne II sollicite l'aide de Pépin afin de défendre ses terres. Pépin participe à la campagne militaire contre les Lombards et après plusieurs succès et la déroute des Lombards, il donne les territoires conquis au pape. Les territoires formeront dès lors les États pontificaux. Lors de son passage en Italie, Pépin demande au Pape de se faire sacrer roi à nouveau et il demande et obtient du pape le sacre de ses deux fils Carloman et Charlemagne (*Carolus Magnus*). Charlemagne sera également proclamé empereur

87. *Id.*, pp. 30-31.

par le pape Léon III en l'an 800⁸⁸. Ces liens privilégiés entre l'Église et le Roi vont faire en sorte que la royauté va devenir une fonction étatique, mais aussi une fonction religieuse. Non seulement Charlemagne va-t-il tenter de restaurer la splendeur de l'empire romain, mais il reconnaîtra que le roi tire son pouvoir de Dieu.

La cérémonie du sacre (d'origine non seulement wisigothique, mais surtout biblique) fait de lui, dans une certaine mesure un personnage d'Église, qui s'oblige à exercer son autorité conformément à la doctrine chrétienne. C'est de cette source, illustrée par Hincmar de Reims, que le souverain Carolingien tire sa légitimité, l'onction du sacre le rappelle.⁸⁹

Charlemagne, fort de l'appui du pape et conscient de son autorité qui provient de Dieu, entreprend de réformer le droit canonique dans son empire. Il dispose pour ce faire, comme nous l'avons mentionné, de la collection *Dionysiana* et de l'*Hispana*. Il va également s'inspirer des *capitula episcoporum* qui sont des ordonnances des évêques diocésains rédigées afin d'instaurer des règles de discipline pour le clergé et afin de garantir le fonctionnement des paroisses. Charlemagne va adopter de nouvelles dispositions législatives qui porteront le nom de capitulaires c'est-à-dire des recueils de capitula ou petits chapitres.

Les rois carolingiens, dont Charlemagne, étaient fort intéressés à accroître leur domaine, leur prestige et finalement leur pouvoir temporel. Pour ce faire, une étroite union entre l'Église et le gouvernement carolingien était essentielle et dans ce sillage le gouvernement carolingien prêta main forte à l'Église pour opérer sa réforme morale et disciplinaire⁹⁰.

88. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 55. M. FILON, *Du pouvoir spirituel dans ses rapports avec l'État depuis l'origine de la monarchie française jusqu'à la révolution de 1830*, Paris, Hachette, 1844, p. 7.

89. *Id.*, p. 56. J. DUFRESNE, « Dix grands moments dans l'histoire de la démocratie », *La Presse*, Montréal, 5 septembre 1992, p. B-5.

90. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 202. Avec le sacre va s'imposer la conception biblique du roi élu. « Le sacre place le roi au sommet des fonctions providentielles que Dieu a réparties entre tous les membres de la société des baptisés » J. CHÉLINI, *Histoire religieuse de l'occident médiéval*, Paris, Armand Colin, 1968, p. 105.

En fait, cette lutte entre les nobles et les ecclésiastiques allait durer pendant plusieurs décennies, voire même plusieurs siècles où les deux grands pouvoirs de l'Occident, la noblesse et l'Église, allaient s'affronter. Sans compter qu'à l'époque bon nombre de nobles tentaient d'acheter des charges épiscopales afin de pouvoir étendre leur pouvoir du monde temporel au domaine spirituel.

Les terres du Poitou et du Limousin n'allaient pas échapper à cette règle au début du XI^e siècle⁹¹. Cependant, la législation de l'Église et l'autorité du pape allaient véritablement connaître un essor d'une certaine importance avec le pontificat de Grégoire VII de 1073 à 1085. La réforme de Grégoire VII visait à dégager l'Église d'une certaine dépendance du monde laïc, dépendance qui se traduisait par l'utilisation de la simonie, c'est à dire l'achat de charges ou de fonctions au sein de l'Église par des nobles entraînant un assujettissement du clergé.

À très peu d'exceptions près, les évêques étaient désignés par des potentats laïcs. Ils tiraient leur fortune de bénéfices accordés par le roi ou quelqu'un d'autre. Ils étaient liés par des obligations féodales et consacraient une grande partie de leur temps à des tâches administratives, au service de leur maître temporel. Au pire, ils avaient obtenu leur charge en l'achetant. Sauf [de] très rares exceptions, le bas clergé était directement attaché au service d'un seigneur, grand ou petit. [...] Néanmoins, dans le monde tel qu'il était à cette époque, le haut et le bas clergé avaient quasiment cessé de vivre une vie qui lui était propre, c'est à dire une vie organisée, disciplinée ou même simplement distincte. Le pape n'était qu'un baron romain, un petit souverain, parfois aussi le chapelain et le serviteur de l'empereur.⁹²

Afin de remplir pleinement son rôle de pape et également de s'assurer que les fidèles de la chrétienté reçoivent

91. F. DE FONTETTE, « Évêques de Limoges et Comte de Poitou au XI^e siècle » dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Tome I, Paris, Sirey, 1965, p. 553.

92. M.D. KNOWLES, D. OBOLENSKY, *op. cit.*, note 79, pp. 203-204. La réforme avait débutée timidement avant Grégoire VII, cependant il a continué et contribué à implanter cette réforme nécessaire pour l'Église à cette époque.

une éducation religieuse et des sacrements de la part de prêtres capables de remplir pleinement une tâche de fidèles serviteurs du Christ, Grégoire VII décide de renforcer l'autorité de l'Église, de réaffirmer l'indépendance de l'Église face au pouvoir laïc et de réinstaurer une certaine discipline au sein même de l'Église.

Déjà, Pierre Damien avait écrit sur la fréquence des cas de vices ou d'irrégularités sexuelles dans le nord de l'Italie et le sud de la France⁹³, c'est en fait sous Léon IX que les premières réformes furent entreprises. Soulignons que Léon IX, lors de son accession à la chaire de Saint-Pierre avait comme jeune clerc un certain Hildebrand qui allait devenir Grégoire VII.

Par la suite, lors de son accession au trône de Saint-Pierre, Grégoire VII entreprit de réaffirmer l'autorité de l'Église de Rome en réitérant les décrets de ses prédécesseurs contre la simonie et l'incontinence.

Dès le début de son pontificat, Grégoire VII reconnut la nomination ou la désignation des clercs faite par des laïcs lorsqu'aucune transaction financière n'était intervenue.

Au synode de carême de 1075, après avoir renouvelé les décrets de 1074, il renouvela aussi celui de 1059 qui interdisait de recevoir d'un laïc une abbaye ou un évêché.⁹⁴

En agissant ainsi, Grégoire VII démontrait clairement aux souverains d'Europe que l'Église s'attaquait à une pratique largement diffusée et qu'en plus, il y avait un retour au droit canonique en vigueur au début du christianisme⁹⁵. En reconnaissant les décrets de ses prédécesseurs Grégoire VII continuait l'œuvre législative des Évêques de Rome.

Grégoire VII durant son pontificat promulgua les célèbres *dictatus papae* (1074-1075) qui étaient une ébauche du nouveau type d'interaction souhaitée entre les pouvoirs de l'Église de Rome et les princes temporels. Lors de son pontificat, Grégoire VII diminua les pouvoirs des archevêques relativement à la consécration des suffragants et la présidence des synodes. Il dirigea les évêques diocésains à partir

93. *Id.*, p. 206.

94. *Id.*, p. 211.

95. *Ibid.*

de Rome. Le pape développa l'utilisation de légats plénipotentiaires que ce soit pour des missions particulières ou permanentes⁹⁶.

Le pape Grégoire VII, par sa réforme avait donc libéré l'Église du pouvoir des princes et des rois. Même l'empereur Henri IV avait été obligé de reconnaître l'autorité et les pouvoirs du pape en professant son repentir en demandant l'absolution au château de Canossa, mettant un terme à la querelle des investitures. Même si Grégoire VII devait mourir en exil à Salerne lors de conflits subséquents avec Henri IV, ce pape avait lancé une réforme qui devait porter son nom, afin de retrancher l'Église de la tutelle des princes et en obligeant les prélats choisis par les princes et les rois à être consacrés par l'Église.

Grégoire VII avait insufflé à l'Église un esprit de cohésion et de force qui devait dominer l'Europe et permettre le développement du droit canonique ainsi qu'une certaine uniformisation d'un droit savant en occident, le *Ius Commune*.

En fait, nous pouvons vraiment considérer la période qui s'ouvre devant nous comme étant l'âge d'or du droit canonique où l'Église va accroître son influence et va par le fait même permettre le développement de la science juridique en Occident. Avec la réforme de Grégoire VII, le pape va devenir le juge et le législateur le plus important d'Europe, grâce à la centralisation et à la hiérarchisation de l'Église. L'Église et la législation pontificale seront reconnues comme ayant une valeur universelle. La centralisation pontificale fit du pape le juge et législateur suprême. Le pape convoqua les conciles

96. *Id.*, p. 212. Voir également J. CHÉLINI, *op. cit.*, note 90, pp. 230 et 231. « Résolu à frapper à la racine du mal, Grégoire VII promulgua au début de l'année 1075 son programme de politique ecclésiastique et prit des mesures pratiques interdisant l'investiture laïque. Peu avant le synode romain du carême 1075, il publia un recueil de 27 brèves propositions appelées les *Dictatus papae* (littéralement : les [instructions] dictées par le pape). Ce texte faisait la synthèse des exigences pontificales en matière de hiérarchie dans le monde et établissait à la fois la suprématie du spirituel sur le temporel et du pape sur tous les princes. Ainsi il était précisé que le pape pouvait déposer l'empereur et délier de leur fidélité les sujets d'un mauvais prince [...] La promulgation des *Dictatus papae* et l'interdiction formelle de l'investiture laïque entraînaient des conséquences doctrinales immenses dans tout l'Occident. Le lien direct entre le prince et l'évêque était brisé et, dans le même temps, la hiérarchie traditionnelle, qui assujettissait le pape à l'empereur, l'autorité spirituelle à l'autorité temporelle, était renversée. »

œcuméniques, dirigea leurs travaux et promulgua leurs canons. La législation pontificale avait désormais une valeur universelle⁹⁷.

Avec cette nouvelle hiérarchie et le rôle accru de la papauté, Rome va également dépêcher des légats à travers l'Europe et établir des cours de justice afin de faire respecter son droit⁹⁸.

Avec toute cette législation canonique, son universalisme et son enseignement dans les universités, car rappelons-nous qu'il s'agissait d'un droit écrit, il devenait essentiel d'entreprendre une compilation de tous les canons, décrétales et lettres venant des papes et du clergé.

Vers 1140 à l'Université de Bologne, un moine du nom de Gratien enseignait le droit canonique en utilisant sa propre compilation connue sous le nom de *Concordantia discordantium canonum* ou *Décret de Gratien*. Il s'agit d'un véritable ouvrage de compilation et d'unification du droit canonique qui visait à harmoniser les canons discordants utilisés dans le droit de l'Église⁹⁹.

97. J. GAUDEMET, *Les sources du droit canonique, VIII^e-XX^e siècles : repères canoniques, sources occidentales*, Paris, Cerf, 1993, p. 13. Un exemple concret de ce renforcement de l'autorité du pape est le Concordat de Worms signé en septembre 1122. Le pape de cette époque Calixte II réussit à négocier avec l'empereur du Saint Empire afin d'éviter un schisme. Calixte voulut faire reconnaître le concordat et pour ce faire convoqua le concile œcuménique du Latran en 1123. Ce concile œcuménique était le premier à survenir depuis le IV^e concile œcuménique de Constantinople en 869. « On procéda à la lecture et à l'approbation des pièces de l'accord passé six mois plus tôt. Elles furent ensuite déposées dans les archives de l'Église romaine. [...] Dans sa séance du 27 mars 1123, elle promulgua une série de décrets. Le premier condamnait la simonie. Parmi les autres canons on trouve la condamnation du concubinage des clercs (canons 7 et 21); des usurpations des laïcs sur les biens et les fonctions ecclésiastiques (canons 8 et 9). Le canon 12 proclamait l'indulgence pour les croisés et le canon 17 établissait la protection des pèlerins. » J. CHÉLINI, *op. cit.*, note 90, pp. 239, 240. Ce concile avait remis en utilisation un mécanisme important dans la vie de l'Église un mécanisme d'adoption de règles pour gouverner l'Église. Avec ce concile, le pape était désormais indépendant des princes de ce monde et demeurait véritablement le chef de l'Église.

98. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88.

99. E. CAPARROS, « Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique », (1995) *7 Ius Ecclesiae*, p. 443, publié également dans *Droit comparé 1994*, Cowansville, 1995, p. 31. « Selon une conclusion généralisée, il s'agit probablement du premier ouvrage systématique rédigé en droit. » Voir également J. CHÉLINI, *op. cit.*, note 90, p. 277. « Son but était donc d'harmoniser, d'unifier, de rendre convergente cette législation touffue d'où le nom de son grand recueil *Concordia discordantium canonum* (Concordance des canons discordants) ». D. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 51, p. 25.

Le Décret divisé en trois parties vise tous les aspects du droit canonique. La première partie porte sur le Droit et ses sources, la seconde sur les procès, la procédure et les pénitences et la troisième partie sur les sacrements. Par la suite, les papes allaient continuer leurs travaux de législateur en rédigeant des décrétales et en promulguant les canons des conciles.

En 1500, Pie IV nomme des correcteurs chargés de réviser l'ensemble des normes édictées par les papes et les conciles, ce qui donna naissance au *Corpus Iuris Canonici* publié par Grégoire XIII en 1582¹⁰⁰.

Le droit canonique, expression juridique visant la sauvegarde des âmes par l'Église catholique, a permis, non seulement une forme d'unité dans le droit à travers l'Europe, phénomène rare, sauf peut-être l'exemple des compilations du droit romain plusieurs siècles auparavant et qui a influencé la façon de concevoir la procédure et la preuve lors de procès¹⁰¹, mais en plus le droit écrit établissait un ordonnancement qui allait être une source d'inspiration pour les codifications du XIX^e siècle.

Cette codification canonique et son influence allaient se faire sentir en France et en Angleterre puisqu'en Angleterre le chancelier, grand conseiller du roi et véritable législateur était jusqu'à Thomas More un ecclésiastique. Par sa formation et son rôle le chancelier puisa dans le droit canonique et dans les principes du christianisme afin d'influencer la justice civile au Royaume-Uni et plus tard dans les colonies britanniques.

Nous arrêtons ici notre étude de la formation et de l'évolution du droit canonique au XVI^e siècle puisque par la suite l'Église aura moins d'influence sur les souverains en Europe. Rappelons que l'influence du droit canonique sur la procédure, la preuve et la rédaction du droit pénal s'est fait surtout sentir au Moyen-Âge qui en fait comme nous l'avons souligné a été l'âge d'or du droit canonique en Europe quoique cette influence soit perceptible encore aujourd'hui.

100. *Id.*, p. 26.

101. R. DAVID, « La place du droit canonique dans les études du droit comparé » dans *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Paris, *Economica*, 1982, p. 175.

CHAPITRE II. LE DROIT PÉNAL LAÏC

Dans ce second chapitre nous allons décrire certains systèmes juridiques pénaux qui existaient à l'époque de l'avènement du christianisme et qui ont cohabité avec cette nouvelle religion pour finalement être influencés par les principes religieux à la base du christianisme. Cette étude est importante car bien que le christianisme ait fortement influencé les valeurs sous-jacentes et plusieurs principes en droit pénal, notamment l'état d'esprit coupable, il n'en demeure pas moins que plusieurs peuples possédaient déjà leur propre système de droit pénal où l'Église est également allée puiser pour ériger son propre droit.

Cependant, à notre avis, et c'est là le but de cette thèse, le christianisme a profondément marqué et modifié les valeurs sous-jacentes des régimes juridiques existants.

SECTION I. LE DROIT ROMAIN

Dans le cadre de cette section, nous décrivons les éléments pertinents du droit romain qui existaient à l'aube du christianisme ou qui ont existé par la suite tout en faisant ressortir l'interpénétration des différents systèmes juridiques.

À l'époque du Christ, Rome est déjà un empire. Cet empire avait été précédé d'un régime monarchique, puis d'un régime républicain de 509 av. J.-C. à 27 av. J.-C. Sous la République, déjà les Romains ont élaboré les bases d'un système juridique et d'une science juridique qui allait influencer l'Europe et le bassin méditerranéen en entier.

En effet, le droit romain, dès ses débuts vise surtout à régir les relations entre particuliers. Il s'agit d'un droit que l'on peut qualifier de droit privé qui règle surtout des litiges entre les citoyens et dont la procédure arbore également un caractère privé.

C'est le plaideur lésé qui, poursuivant la restitution de son droit, dirige la procédure.¹⁰²

102. M. VILLEY, *op. cit.*, note 58.

C'est à tout le moins le régime qui prévaudra dans la Rome monarchique et dans la République. Autre élément intéressant en droit romain, le formalisme. En effet, c'est en récitant une formule appropriée que les plaideurs pourront présenter leur litige devant le prêteur.

Évidemment, parmi les formules les plus célèbres, retenons la Loi des XII Tables qui constituent un corps de lois écrites. Ces lois auraient été rédigées en s'inspirant de lois déjà existantes en Grèce. Les decemvirs nommés par le peuple romain auraient composé ces lois et les auraient fait graver sur des tables d'ivoire et déposer en plein forum afin qu'elles soient connues de tous. Malheureusement le texte ne nous est parvenu qu'en fragment et les tables d'ivoire n'ont jamais été retrouvées. Il est intéressant de constater que déjà à Rome la publicité des lois semblait être admise afin que tous puissent se conformer aux obligations juridiques contenues dans les lois¹⁰³.

Les formules allaient se développer et devenir de plus en plus complexes. Des jurisconsultes allaient même rédiger des recueils de formules, y insérer des commentaires et sous la Rome impériale, les empereurs allaient participer activement à l'élaboration du droit, à la rédaction d'Édits et à la rédaction de lois. Vers 438 de notre ère les empereurs Théodose II et Valentinien III aidés de jurisconsultes procédèrent à une compilation des constitutions impériales depuis Constantin, empereur de 306 à 337. Cette compilation connue sous le nom de code théodosien a une valeur officielle à la différence par exemple des codes grégorien et hermogénien qui sont des recueils de constitutions impériales de nature privée¹⁰⁴.

L'apogée du droit romain se retrouve dans les compilations de l'empereur Justinien qui régna en Orient de 527 à 565. Nous savons que cette compilation était divisée en cinq parties : 1. Le *Novus Codex Justinianus*; 2. *Digesta* où le

103. F. DE FONTETTE, *Les grandes dates du droit*, Paris, P.U.F., 1994, p. 10. Exigences qu'on retrouve aujourd'hui dans les lois qui sont publiées au *Journal Officiel* en France et aussi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui entend que le droit doit être accessible au citoyen. Les lois sont également publiées au Canada dans la *Gazette officielle* du Parlement afin d'être accessibles et opposables aux citoyens surtout en droit criminel car nul n'est sensé ignorer la loi, article 19 du *Code criminel*.

104. *Id.*, pp. 32-33.

Digeste, qui reprend les écrits des jurisconsultes; 3. Les *Institutiones* ou *Institutes*; 4. Le *Codex Justinianus* qui contient les constitutions impériales; 5. Les *Novelle constitutiones* ou *Novelles*. Cet ensemble de recueils devait être appelé au Moyen-Âge, le *Corpus iuris civilis*¹⁰⁵. Dans le cadre de cette section nous ferons référence aux parties les plus importantes du Digeste pour notre étude.

Mais qu'en est-il de ce droit romain en ce qui a trait au droit pénal plus spécifiquement? Disons qu'à l'époque de la monarchie, de la république et même au début de l'empire, il existe très peu de lois qui sont véritablement des lois à caractère pénal. L'État n'étant pas encore très puissant sous la monarchie et la république, les Romains comme nous l'avons mentionné précédemment doivent eux-mêmes exercer leurs recours à caractère pénal. Il s'agit en quelque sorte d'une justice privée. En effet, la Loi des XII Tables reconnaît l'utilisation de la loi du Talion.

La loi des XII Tables connaît encore le Talion : *si membrum rupsit, ni cum esto pacit talio esto* « Si le coupable l'a blessée et n'a pas fait compromis avec elle, que la victime exerce le Talion. » La même loi permet à la victime d'un vol de tuer son voleur, si du moins il s'agit d'un vol nocturne ou si le délinquant a fait usage d'armes.¹⁰⁶

a) La *Lex Aquilia*

La *Lex Aquilia* ou Loi Aquilia adoptée entre 287 et 213 avant notre ère sur proposition du Tribun Aquilius visait spécifiquement à réprimer le dommage causé sans droit à autrui. En droit pénal canadien, il s'agirait d'un méfait. Cette loi ne référerait pas au principe du Talion mais suggérerait plutôt l'imposition d'une peine de la nature d'une amende demandée

105. *Id.*, p. 34 et E. CAPARROS, « Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique », *loc. cit.*, note 99, p. 443 « La découverte d'une copie du *Corpus iuris civilis* compilé par des juristes de Justinien au V^e siècle et le début de son enseignement à Bologne par Irnerius se situent chronologiquement vers la fin du XI^e siècle (on avance généralement la date de 1080 pour la découverte et 1087 pour le début de l'enseignement d'Irnerius) ». H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 49, p. 123.

106. M. VILLEY, *op. cit.*, note 58, p. 97.

par la victime ou demandeur contre le défendeur ce qui constitue une dérogation au principe formulé par la Loi des XII Tables. Cependant, cette loi visait autant des actes que nous pourrions qualifier aujourd'hui de criminels que des actions de nature civile. Cette loi comprend trois chapitres.

En effet, le premier chapitre de la *Lex Aquilia* vise le fait de tuer un esclave ou un animal vivant en troupeau. Le second chapitre vise la situation où un créancier accessoire cause un préjudice au créancier principal en faisant remise de la dette et finalement le dernier chapitre vise une atteinte à la chose d'autrui¹⁰⁷. Cependant, comme nous l'avons souligné précédemment, cette loi était applicable à ces seuls scénarios et de plus, aucune mention n'est faite quant aux éléments constitutifs de l'infraction. Il s'agit d'une loi d'application restreinte qui réprime certaines conduites.

Comme on peut le constater, il n'y a là aucun principe général, mais une suite de cas. Cependant, c'est de l'évolution de ce troisième chapitre qu'est sortie la responsabilité du fait personnel. C'est l'œuvre de la jurisprudence romaine. Les juriconsultes de l'époque classique vont dégager la notion de faute (*culpa*) distincte du dol. Le dol impose un acte volontaire, la *culpa*, au contraire, consiste en une simple imprudence, négligence, ou ignorance *In lege Aquilia et culpa levissima venit...* Le fait personnel n'est pas toute la responsabilité. Le droit prétorien a élaboré le devoir de réparation pour d'autres délits : ainsi le vol commis avec violence, *rapina*, les dommages causés aux arbres, la violation des tombeaux très sévèrement réprimée par l'*actio repulcri violati*.¹⁰⁸

107. F. DE FONTÈTE, *op. cit.*, note 103, p.13. Voir également le Digeste, 9, 2 où on mentionne que quiconque frappe une autre personne en lançant un objet en le visant sera soumis à la *Lex Aquilia*, de même des personnes faisant tomber une poutre sur une autre personne tomberaient sous le coup de la *Lex Aquilia*. Il en va de même de celui qui en excitant un chien cause du dommage à autrui. Cependant, dans D, 9, 2, 5 ULPEN au livre 18 sur l'*Édit* indique que le furieux qui causerait un tort ne serait pas soumis à la *Lex Aquilia* car on ne peut imputer une faute à celui dont l'esprit est aliéné. Dans le cadre de cet ouvrage nous citons le Digeste de l'édition Rondonneau publié à Paris en 1805. Les cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien Tome I et suivants, Paris Rondonneau, Metz Behmer et Lamort 1805.

108. J.L. GAZZANIGA, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », dans les *Métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées, René Savatier, Paris, P.U.F, 1997.

Il faut se rappeler qu'en droit romain, l'amende qui pouvait être imposée suite à la commission d'un acte l'était lorsqu'il s'agissait d'un délit privé dans le domaine du droit privé et de la compétence des tribunaux civils¹⁰⁹. Ce qu'il faut signaler c'est que même si les Romains commencent à développer un concept de responsabilité afin de réparer un dommage causé, ils ne développent pas la notion d'état d'esprit coupable ou de faute qui sera développée, nous le verrons, par les théologiens et les canonistes. Cependant, il s'agit d'un embryon fort intéressant de responsabilité développé par le droit prétorien afin de réparer un tort et surtout d'un balbutiement primaire du développement de la conception d'un état d'esprit lors de la réalisation d'un geste.

Il en va de même du dol ou des délits qui en droit romain font partie de la théorie générale des obligations. Même si l'acte entraîne un tort à la victime, il ne s'agit pas d'un délit public mais bien d'une action de nature privée.

La violence par laquelle le délinquant a forcé une personne à faire un acte désavantageux — le dol, c'est-à-dire la tromperie, les « machinations » [...] Et l'obligation du coupable n'est pas exactement une obligation à réparer, comme dit notre Code civil. La victime réclame, non pas exactement l'indemnité égale au préjudice qu'elle a subi mais en outre une « peine ». Ceci relève pour partie de la « justice privée ».¹¹⁰

Le droit romain sanctionnait également le vol (le *furtum*) qui comprend le vol avec violence (la *rapina*) et l'injure (l'*injuria*).

Relativement au développement du droit pénal dans la Rome Antique, un des textes incontournables afin de saisir l'influence et la portée du droit romain est sans hésitation les compilations de Justinien et plus spécifiquement le Digeste¹¹¹ ou Pandecte qui est une partie qui regroupe les écrits des jurisconsultes.

Déjà chez les Romains se dégageait une théorie du droit ainsi qu'un système de codification qui allait influencer les

109. A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1993, p. 24.

110. M. VILLEY, *op. cit.*, note 58, p. 97.

111. *Id.*, note 107.

codificateurs du code civil des Français. Nous pensons notamment à Portalis ou encore aux codificateurs du *Code civil du Bas-Canada* au Québec, notamment Morin et Day. Mais cette façon d'agencer le droit, de le compiler et le codifier allait aussi inspirer les canonistes du Moyen-Âge¹¹².

Dans le Digeste nous retrouvons l'essence des principes du droit romain dégagés au cours des siècles. Les Romains concevaient qu'il existait et qu'il existe toujours des principes qui gouvernent les actions humaines et qui sont gravés au cœur des hommes. Nous évoquons ici le droit naturel et une idée de la justice qui existait déjà dans la Rome Antique.

Le droit naturel est celui que la nature inspire à tous les animaux. Ce droit n'appartient pas seulement aux hommes, il convient aussi à toutes les bêtes qui vivent sur la terre et dans les eaux : il appartient de même aux oiseaux. De ce droit descend l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage, la procréation des enfants et leur éducation. En effet, tous les animaux, même les bêtes féroces paraissent reconnaître ce droit.

4. Le droit des gens est celui dont se servent les hommes : il diffère du droit naturel en ce que celui-ci est propre à tous les animaux; celui-là n'a lieu qu'entre les hommes.¹¹³

Le droit des gens enseigne également une piété envers Dieu et une obéissance envers la patrie et les parents¹¹⁴.

À partir de ces principes, les Romains ont élaboré au fil des siècles une théorie du droit pénal ainsi qu'une application concrète du droit pénal afin de régler certains litiges. Les Romains ont ainsi développé la notion de droit public ou d'atteinte à la paix de l'État ce qui devait entraîner une sanction avec un caractère public. Cependant, le droit romain

112. Voir P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140 - 1254)*, Thèse pour le doctorat soutenue le 28 juin 1957, Paris, Imprimerie Jouve, 1964, 144 pages, p. 35. « La Renaissance bolognaise devait renouveler le prestige de Rome et de son droit. » Également J. GAUDEMET, *Les Sources du droit canonique, op. cit.*, note 97 à la page 52 « ... d'autre part dans des conditions qui restent mystérieuses la "découverte" du Digeste de Justinien apportant un droit "savant" lentement mûri par les juriconsultes romains, dont les canonistes ne seront pas les derniers à faire leur profit ».

113. D, I, 1 — De la justice et du droit, 1. ULPEN au livre 1 des *Institutes*.

114. D, I, 1 POMPONIUS au livre unique de *L'Enchiridion*.

n'évoluera pas au point d'établir des distinctions très nettes entre la justice pénale administrée par l'État visant à rappeler aux citoyens que la paix publique doit demeurer et les litiges pouvant impliquer des coups avec ou sans blessures ou des vols mais qui ont toujours gardé un caractère privé.

La notion de crime public s'étendit avec les réformes de Sylla et sous l'Empire pour arriver à comprendre notamment le faux, les attentats aux mœurs, la concession et la corruption électorale. Toutefois, l'évolution à Rome ne fut jamais complète, et certaines infractions comme le vol et les coups ont toujours gardé le caractère de litiges entre particuliers dont la poursuite comme le profit de l'amende n'appartiennent qu'à la victime.¹¹⁵

Il en est de même pour la *mens rea* dont nous traiterons ultérieurement. La justice romaine n'a pas véritablement développé les composantes essentielles du crime relativement à l'état d'esprit coupable (*mens rea*) et l'acte prohibé (*actus reus*).

Le droit pénal romain a cependant instauré différentes infractions notamment en réprimant le dommage causé sans droit par l'avènement de la *Lex Aquilia*. Cette loi visait à réparer un dommage causé à une autre personne ou encore à la chose d'autrui, comme nous l'avons mentionné précédemment¹¹⁶.

La *Lex Aquilia* jouera un rôle important à Rome puisqu'elle dérogeait au régime prévu par la Loi des XII tables relativement à la réparation du tort fait à autrui¹¹⁷.

Ulpien au livre 18 sur l'Édit commente de cette façon :

Si un esclave mâle ou femelle a été tué sans raison légitime, l'action de la loi Aquilia a lieu. C'est avec fondement qu'on ajoute sans raison légitime car il ne suffit pas qu'ils aient été tués, il faut que ce délit ait été commis sans raison légitime.¹¹⁸

115. M. ROUSSELET, *Histoire de la justice*, Paris, P.U.F., 1968, pp. 19-20.

116. F. DE FONTETTE, *Les grandes dates du droit*, op. cit., note 103, p. 13. Voir également J.L. GAZZANIGA, op. cit., note 108.

117. D, 9, 2. « La Loi Aquilia a dérogé aux lois qui avaient statué antérieurement sur la réparation du tort fait à autrui, c'est-à-dire, à la Loi des douze tables [...] ».

118. D, 9, 3. Avec la Loi Aquilia les Romains venaient de résoudre certains problèmes reliés à l'évaluation des dommages. G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain » dans *la Responsabilité à travers les âges*, Paris, *Economica*, 1989, p. 1.

Donc, il n'est pas pertinent de démontrer une intention coupable de commettre un tel acte car en fait plusieurs de ces délits relèvent plus de la justice privée que publique. Il est également fort intéressant afin de tenter de déceler les manifestations de l'intention comme élément essentiel de l'infraction en droit romain de regarder au Digeste la façon dont les vols sont décrits. Ainsi, Paul au livre 39 sur l'Édit indique « De là la seule intention de commettre un vol ne fait pas un voleur »¹¹⁹.

À lire ce commentaire de Paul nous pourrions être tentés de conclure que les Romains avaient développé la notion d'intention comme élément essentiel de l'infraction. Or, à notre avis il n'en est rien car selon nous ce commentaire de Paul vise à faire une distinction entre une participation dans la commission d'un vol et l'intention de commettre le vol qui est de priver un légitime propriétaire ou possesseur de l'usage d'un bien car la seule intention ou la simple volonté sans la dépossession sans l'accord du propriétaire ne peut être un vol. Cependant, nous admettons qu'il y a là un début d'une reconnaissance visant à faire de l'intention un élément essentiel de l'infraction.

Le commentaire de Gaius au livre 13 sur l'Édit jette un éclairage sur cette question en établissant deux espèces de vol, le vol manifeste et le non manifeste¹²⁰.

Ulpien au livre 41 sur Savin indique également :

Mais est-il voleur manifeste seulement s'il est trouvé à l'instant qu'il fait le vol ou bien encore s'il est trouvé quelque'autre part? Et il est plus vrai de dire, comme Julien l'a écrit, que quoiqu'il ne soit pas trouvé là où il a fait le vol il est cependant voleur manifeste, s'il a été arrêté saisi de la chose volée avant d'être arrivé au lieu où il avait dessein de la cacher.¹²¹

En droit romain il nous semble qu'il était plus important de qualifier l'acte répréhensible afin de pouvoir demander réparation que de démontrer que l'individu pouvait avoir l'intention de voler. Ainsi, le commentaire fait

119. D, 47, 2, Des vols.

120. *Ibid.*

121. *Ibid.*

état et qualifie l'individu de voleur manifeste s'il est arrêté saisi de la chose volée. À ce moment la condamnation ou l'ouverture à la réparation semble automatique.

En effet, au livre XLVII il est écrit :

Celui qui a pris une chose par force est tenu de l'action de vol non manifeste au double et de celle des biens ravis par force au quadruple. Mais si l'on a d'abord intenté l'action des biens ravis par force, on ne doit pas accorder celle de vol. Et si l'on a commencé par tenter celle de vol, on ne refusera pas l'autre, mais seulement pour ce qu'elle contient de plus que la première.¹²²

Le Digeste nous apprend également que le vol était un acte grave sévèrement puni. Le Digeste parle même de poursuites criminelles. Cependant, nous sommes loin du système pénal actuel au Canada où la justice criminelle et la poursuite des crimes se fait au nom du souverain car toute activité criminelle trouble la paix publique. Le souverain intervient donc pour faire respecter la paix par l'intermédiaire de ses agents de la paix et par la suite un poursuivant intente une action en son nom.

Les Romains sont loin de cette procédure juridique. Bien qu'il y ait un embryon de classification des infractions, la poursuite revient néanmoins à la partie lésée qui par l'introduction d'une poursuite désire faire respecter ses droits qu'elle estime violés. Il s'agit de poursuites privées dans le but d'obtenir un remboursement ou un dédommagement de nature civile plus que criminelle. Lorsque le Digeste réfère à des poursuites criminelles à notre avis cela signifie que l'acte reproché est grave. Il s'agit d'un crime sans pour autant référer à la notion de poursuites publiques ou encore de crimes au sens où on l'entend au *Code criminel* canadien. Ainsi, le Digeste énonce :

Il faudra se souvenir que maintenant la plupart du temps le vol se poursuit criminellement, et que celui qui poursuit signe sa dénonciation, non pas que ce jugement soit public mais parce qu'il a paru que la témérité de ces délinquants devait

122. D, 47,8, Des biens ravis par force et de l'attroupement, 1 PAUL au livre 22 sur l'Édit.

être réprimée par une punition extraordinaire; mais celui qui voudra n'en pourra pas moins agir civilement.¹²³

Nous devons admettre cependant que le droit romain avait atteint un niveau de développement élevé et précisait que l'acte répréhensible commis était individualisé en partie et qu'ainsi l'acte posé suivait la personne ou celui qui exerçait la puissance ou le pouvoir sur l'auteur du vol.

Tant que vit celui qui a fait un vol, l'action de vol ne périt pas : car celui qui a fait le vol ou bien est son maître, et l'action se dirige contre lui; ou il tombe en la puissance d'autrui, et l'action de vol se dirige contre celui qui le tient en sa puissance; et c'est pour cela que l'on dit que la faute suit la personne.¹²⁴

En fait, en lisant cet extrait avec des yeux de pénaliste moderne, nous pouvons faire deux constats importants. Premièrement, en ce qui a trait au droit canadien, nous croyons que le droit romain utilisait déjà la théorie de l'absence de prescription relativement aux actes graves. Nous l'avons vu, le vol est un acte répréhensible grave et ce dernier extrait du Digeste indique clairement que l'auteur d'un tel acte pourra être poursuivi tant qu'il est en vie.

Deuxièmement, les Romains avec leur droit, et nous le verrons dans un prochain extrait, dégagent une autre notion qui vise à punir non seulement le voleur, mais toute personne qui pourrait avoir en sa possession le bien volé, c'est-à-dire le receleur. Il s'agit de punir un autre comportement complémentaire au vol mais tout aussi répréhensible et les Romains l'ont compris car dans la majorité des cas, rien ne sert de voler si ce n'est que pour en tirer un gain en vendant ce produit de notre larcin. Le receleur est donc en quelque sorte l'agent complémentaire du voleur dans cette chaîne criminelle.

Les receleurs sont une espèce de criminels bien funestes puisque sans eux aucun coupable ne pourrait se cacher longtemps. La loi ordonne de les punir comme des voleurs. On doit les mettre au même rang que les voleurs, parce que, tandis

123. D, 47, 2, 94 ULPPIEN au livre 38 sur l'Édit. Ce qui illustre le caractère purement privé de l'action, pensons-nous.

124. D, 47, 2, 42 ULPPIEN au livre 41 sur *Sabin* 2.

qu'ils pourraient les saisir, ils ont reçu ou de l'argent ou une partie du vol et les ont laissé aller.¹²⁵

Pendant, la loi romaine bien qu'elle décide que le seul fait de penser à un larcin n'équivaut pas à le commettre¹²⁶ ne semble pas faire de distinction entre l'état d'esprit coupable du contrevenant et la commission de l'acte. Le seul fait d'être pris ou d'avoir commis l'acte entraîne une sanction.

Les Romains ont également réprimé sévèrement le crime d'incendie. Il s'agissait à cette époque d'un danger toujours présent d'autant plus que les moyens pour le combattre étaient rudimentaires et les effets totalement dévastateurs¹²⁷.

Ils avaient donc instauré une série de mesures destinées à prévenir les incendies et à punir les imprudents ou encore ceux qui causaient des incendies.

Les empereurs Sévère et Antonin ont adressé à Junius-Rufus, préfet des gardes de nuit, un rescrit conçu en ces termes : « Les locataires ou autre personnes qui auront gardé chez eux du feu avec négligence pourront être condamnés par vous au fouet ou au bâton; ceux qui auront frauduleusement causé un incendie vous les renverrez devant Fabius-Cilo, préfet de la ville, notre ami. »¹²⁸

Le crime d'incendiat figurait également à la Loi des douze Tables comme l'indique Gaius dans son commentaire au livre 4 sur la Loi des douze Tables.

125. D, 47, 16, Des receleurs, 1. MARCIEN au livre 2 des jugements publics.

126. *Digeste*, *op. cit.*, note 119.

127. Voir à ce sujet H. PETIOT dit Daniel-Rops, *Histoire de l'Église du Christ*, *op. cit.*, note 61, p. 137. « Dans la nuit du 18 au 19 juillet 64, les trompes des vigiles retentirent dans Rome, donnant l'alerte au feu [...]. Le drame dura près de cent cinquante heures. Six jours et six nuits la flamme parcourut Rome tout à sa guise. Quand, enfin, au pied des Esquilles, on l'arrêta en rasant bon nombre d'édifices afin de lui enlever tout aliment, le spectacle apparut celui d'une fin du monde. Sur quatorze régions que la ville comptait, quatre étaient consumées jusqu'au sol; de sept autres il ne restait que des pans de murailles, des groupes de maisons noircies, inhabitables; trois seulement pouvaient se dire indemnes. L'odeur de détritrus brûlés flottait partout, dans une chaleur nauséabonde. Et, plus encore que leurs demeures perdues, que les immenses richesses détruites, œuvres d'art helléniques, butins de l'Orient ensevelis sous les ruines fumantes [...] ».

128. D, 1, 15, Des fonctions du préfet. 4. ULPIEN au livre unique des Fonctions du préfet de la ville. Le texte latin mentionne « *eos autem, qui dolo fecisse incendium conviniuntur...* ». Nous retrouvons ici aussi la notion de dol qui implique un acte volontaire.

Celui qui aura mis le feu à un bâtiment ou à un tas de blé près d'une maison, il sera enchaîné, battu de verges et jeté au feu, s'il l'a fait sciemment et avec connaissance. Mais si c'est par hasard, c'est-à-dire par négligence, il doit réparer le dommage, ou s'il n'est pas solvable, subir un léger châtement. On appelle bâtiment toute espèce d'édifice.¹²⁹

Le mot « sciemment » dans cet extrait laisse présager que la théorie générale du droit chez les Romains pouvait comporter un élément intentionnel qui semble cependant plus important dans le cadre de la détermination de la peine plutôt que de la responsabilité. Continuons notre étude des dispositions en droit pénal romain en nous référant maintenant à la Loi Cornélia et aux commentaires y afférant¹³⁰.

b) La *Lex Cornelia*

Il s'agit d'une loi à caractère pénal qui punit certaines actions graves qui causent un tort à autrui. Ce qui est intéressant pour les fins de notre étude c'est que cette loi établit une distinction entre la faute (la *culpa*) et le dol. Selon cette loi le dol serait évalué selon l'action posée.

Dans la Loi Cornélia le dol est estimé selon l'action, et dans cette loi la grande faute (*lege culpa lata pro dolo accipitur*) n'est pas prise pour dol. C'est pourquoi, si quelqu'un s'est précipité d'en haut et est tombé sur un autre, ou si un homme taillant des arbres et jetant une branche n'a pas crié d'abord et a tué un passant, il n'est pas soumis à la peine de cette loi.¹³¹

Donc, ici les Romains ont établi une distinction entre la faute qui est une imprudence, négligence ou ignorance par opposition au dol qui lui implique un acte volontaire¹³².

129. D, 47, 9. Voir également MARCIEN au livre 14 des Institutes dans le D, 46, 9. « Si un incendie est arrivé par hasard, il faut le pardonner, à moins que ce ne soit par une faute si grande qu'elle soit une espèce de folie ou de dol. »

130. D, 48, 8.

131. D, 48, 8, 7. PAUL au livre unique des jugements publics.

132. J.L. GAZZANIGA, *Les métamorphoses historiques de la responsabilité*, op. cit., note 108.

La Loi Cornélia touchait également à des matières beaucoup plus graves afin de punir les assassins et les empoisonneurs.

La Loi Cornélia sur les assassins et les empoisonneurs punit celui qui a tué un homme, celui qui par dol a excité un incendie, qui a porté sur lui une arme pour tuer ou pour voler, qui étant magistrat ou présidant à un jugement public, a mis ses soins à faire donner de faux indices pour qu'un innocent fût accusé et condamné.

[...] L'empereur Hadrien a rescrit que celui qui a tué un homme, s'il ne l'a pas fait dans l'intention de le tuer peut être absous, et que celui qui n'a pas tué un homme mais l'a blessé pour le tuer doit être condamné comme homicide et que l'on doit décider la chose par les circonstances : car s'il a tiré un glaive et qu'il ait frappé avec, indubitablement il l'a fait dans l'intention de tuer. Mais s'il a frappé avec une massue ou un bâton ferré et dans une rixe quoiqu'il ait frappé avec du fer, mais sans l'intention de tuer, on doit adoucir la peine de celui qui dans une rixe a commis un homicide plutôt par le fait que par sa volonté.¹³³

Afin de compléter notre étude du Digeste, nous voulons citer un autre passage qui réfère au crime du stellionat. Il s'agit d'un concept intéressant, un crime général qui engloberait toutes les actions non spécifiquement prévues au droit romain et qui implique un acte volontaire, le dol.

L'accusation de stellionat regarde le gouverneur.

[...] Il faut savoir que le stellionat peut être reproché à ceux qui ont fait quelque chose par dol, s'il n'y a pas d'autre crime dont on puisse les accuser : car ce qui dans le droit privé donne action de dol dans les crimes donne accusation de stellionat. Donc, lorsqu'un crime n'a pas de nom, on l'appelle stellionat. Il a lieu surtout si quelqu'un dissimulant qu'une chose est obligée à un autre, la vend par fraude à un tiers ou l'échange ou la donne en paiement car toutes ces espèces contiennent un stellionat [...] Et, pour s'exprimer en général, quand il n'y a pas de nom à un crime c'est un stellionat, et il n'est pas besoin de dénombrer les espèces.

133. D, 48, 8 de la Loi Cornélia sur les assassins et les empoisonneurs. Sir J.F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, Londres, MacMillan, vol. 1, 1883, p. 18.

Il n'y a pas pour le stellionat de peine imposée par la loi puisqu'il n'est pas un crime déclaré tel par la loi. On a coutume de le punir arbitrairement [...].¹³⁴

Ces citations tirées du Digeste reprenant des passages de la Loi des XII Tables ou des différentes lois adoptées tout au long de l'épopée de la Rome Antique sont à notre avis fort importantes pour plusieurs raisons. Dans notre recherche des origines du concept de la faute et plus spécifiquement de l'état d'esprit coupable (*mens rea*) nous avons rencontré un grand nombre de textes rédigés par différents auteurs qui tantôt semblent soutenir que les Romains ont effectivement influencés profondément le droit en rapport avec les éléments de responsabilité ou de faute¹³⁵ allant même jusqu'à soutenir que les canonistes confondaient trop facilement droit et morale¹³⁶ comme s'il s'agissait de deux concepts enfermés dans des cloisons étanches et soutenant des objectifs diamétralement opposés. D'autres au contraire évoquent le droit romain pour souligner son apport relativement au développement de la notion de délit pour par la suite référer à des délits publics et des délits privés¹³⁷.

Or, notre étude démontre que même si les canonistes et autres juristes du Moyen-Âge ont puisé dans le droit romain¹³⁸ puisqu'il s'agissait d'un droit écrit, il n'en demeure pas moins que le droit romain, tout comme le droit d'autres empires de l'Antiquité¹³⁹, sauf chez les

134. D, 47, 20.

135. M. VILLEY, *op. cit.*, note 58.

136. *Id.*, pp. 105 et 106.

137. J. IMBERT, *Le droit antique*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 1994.

138. A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e - XVIII^e siècles)*, Paris. L.G.D.J., 1970.

139. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, pp. 53 et 54. « Les plus anciens Codes de la Mésopotamie ne semblent pas connaître la notion de responsabilité pour faute. Elle est absente du Code de Lipit-Ishtar rédigé vers 1873 pour la cité d'Isin. Le Code de Hammourabi ne tient pas compte non plus, du moins dans la grande majorité des ses articles, de l'élément intentionnel pour réprimer l'infraction [...] Quant au Code Hitite, qui dans ses premiers articles contient une abondante réglementation pénale, il n'envisage lui aussi que la matérialité du fait et ne contient aucune allusion même lointaine ou indirecte à une notion de responsabilité fondée par l'intention coupable. C'est donc dans la matérialité du fait qui dans les anciens droit de l'Asie mineure suffit à mettre en jeu la responsabilité. »

Hébreux¹⁴⁰, ne peut répondre seul au développement de la notion de *mens rea* dans le droit pénal moderne, notamment en droit canadien.

En fait, le droit pénal romain est demeuré, à notre avis, un droit surtout de nature privée même à l'époque de l'Empire où les actes entraînant un dommage étaient qualifiés de nature privée. Il était donc très difficile pour les Romains, selon nous, de développer dans le domaine de la responsabilité une notion de faute ou d'état d'esprit coupable à titre de composante essentielle de chaque crime.

Pour qu'un crime comporte deux éléments essentiels, la *mens rea* qui est l'état d'esprit coupable et l'*actus reus* (le geste concret qui est posé), il faut, à notre avis, rattacher à l'élément intentionnel une notion de faute, un état d'esprit conscient, accompagnant un geste mauvais et nuisible qui doit être démontré par la poursuite pour entraîner la condamnation de l'accusé.

Cet acte doit être hautement répréhensible et impliquer une faute afin de démontrer que le geste posé par l'individu l'a été en toute connaissance de cause. À ce stade, nous ne sommes pas loin de la morale puisqu'avec la faute viendra le repentir et le pardon et c'est ce qui manquait aux Romains de la République et de l'Empire, à notre avis. C'est ce qui ressort

C'est également le cas chez les Grecs. Voir à ce sujet J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, p. 55 et l'*Illiade*, IX, 604-637 où Ajax, fils de Télamon, souligne que l'on accepte une compensation du meurtrier d'un frère ce qui sous-tend l'existence d'une justice privée même dans les cas de meurtre, entraînant une compensation financière en guise de réparation du dommage causé. Cependant, un texte incomplet de la Loi de Dracon sur la répression du meurtre laisse entendre selon J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, p. 57, qu'une notion de volonté avait été introduite dans le droit positif grec. Maintenant, s'agit-il d'une notion de volonté comparable à celle que nous trouverons plus tard en droit romain, notamment la *culpa* cette notion de faute distincte du *dol* qui imposait un acte volontaire mais sans y rattacher un élément de faute ou d'état d'esprit capable de discerner le bien du mal et qui est présent lorsque l'auteur du crime pose un geste concret visant l'aspect matériel de l'infraction (*actus reus*) pouvant entraîner ultérieurement une condamnation. Malheureusement, l'état fragmentaire du texte et le passage des siècles laissent peu de place à une réponse définitive. J.L. GAZZANIGA dans son article sur les métamorphoses historiques de la responsabilité, *op. cit.*, note 108, réfère à un texte de G. Cardascia qui fait allusion aux droits cunéiformes sans préciser lesquels en soulignant que certains connaissent une distinction entre peine et réparation tout dépendant s'il s'agissait d'un méfait volontaire avec atteintes corporelles ou des dommages au patrimoine.

140. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, p. 54.

également des extraits du Digeste que nous avons cités. Il y a condamnation dès que l'acte est commis. Que ce soit à Rome ou même en Grèce, la responsabilité n'est pas imputable à une intention mais procède d'une pure causalité¹⁴¹.

En fait, le droit antique utilise une notion de la responsabilité qui dérive uniquement d'une analyse des conditions dans lesquelles l'acte répréhensible a été commis sans référer à l'état d'esprit coupable de l'auteur de l'acte.

Aussi, espérait-on trouver dans le droit romain classique une prise de position ferme sur le problème de la responsabilité pénale. En fait, il n'en est rien. Non seulement aucune systématisation du droit pénal ne nous est parvenue, mais nous ne possédons même pas une grande œuvre en ce domaine [...]. Dans le régime des *quaestiones*, le système pénal était rigide. Le fait délictuel entraînait la peine, sans laisser de place à une analyse de la responsabilité.¹⁴²

Le professeur Lebigre a bien exprimé cet état du droit en soulignant que le concept de responsabilité pénale demeure inconnu en tant que tel en droit romain. Nous partageons son avis sur le sujet¹⁴³.

Soulignons également que bien que le droit romain au cours des siècles ait connu une évolution notamment au II^e siècle de notre ère lorsque la chancellerie d'Hadrien donne des lignes directrices en matière de meurtre relativement à l'élément intentionnel de l'acte posé, il n'en demeure pas moins qu'il est prématuré de parler d'intention à titre d'élément du

141. *Id.*, note 22. R. VILLERS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile dans les droits helléniques », dans *La responsabilité à travers les âges*, Paris, *Économica*, 1989, p. 47.

142. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 22, p. 66. Voir également B. BIONDI, *op. cit.*, note 72.

143. A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris, P.U.F., 1967, 126 pages. Cependant C. Ferrini dans son ouvrage de droit pénal romain publié à Milan en 1899 suggérait que certaines infractions de la Loi des XII Tables comportaient un élément intentionnel ou à tout le moins faisait référence à la conscience de l'auteur. Or, cette affirmation nous semble bien difficile à soutenir puisque les textes de la Loi des XII Tables nous est parvenu de façon très fragmentaire et une analyse des dispositions du Digeste nous démontre que si certaines infractions réfèrent à une intention, ce n'est pas à titre d'élément essentiel de l'infraction mais bien plus pour qualifier différemment l'acte matériel et la preuve qui s'y rattache.

crime. Disons simplement que le concept de volonté, *voluntas*, qui se dégage signifie en fait que lorsque le fait est ambigu, il faut chercher un éclaircissement par la recherche de l'état d'esprit dans lequel il a été accompli¹⁴⁴.

Cependant, les Romains n'ont jamais réussi à dégager un concept d'élément intentionnel (*mens rea*) comme faisant partie d'un élément essentiel de l'infraction, tel qu'il existe dans le droit pénal moderne.

La présence de l'intention délictueuse, quelque soit le nom qui lui est donné, doit être prouvée pour qu'intervienne la condamnation. La législation pénale du II^e siècle de notre ère en tirera un certain nombre de conséquences [...] chaque nouveau texte de droit pénal public, pris sous la République ou le Principat, précise que les faits qu'il prévoit et réprime doivent pour être sanctionnés, avoir été commis *dolo malo*. Nous ne croyons pas, à vrai dire, qu'il s'agisse d'un « élément constitutif » de l'infraction, au sens analytique où l'entendent les criminalistes modernes. Il y a, à notre avis, chez les juristes romains une vue synthétique de l'acte délictueux dont toutes les données, doivent s'éclairer l'une par l'autre pour déterminer la responsabilité de l'auteur.¹⁴⁵

Ainsi s'achève notre étude du droit pénal romain. Cette analyse des balbutiements d'un concept de responsabilité était nécessaire puisque l'empire romain a joué un rôle important dans le façonnement du droit au Moyen-Âge. L'impact est d'autant plus important que lorsque l'Empire se convertira au christianisme les juristes chrétiens puiseront et s'inspireront de la façon de faire des Romains notamment en ce qui a trait à la codification. Pour codifier il faut écrire et ceci est une autre particularité du droit romain, un droit écrit. Les

144. *Id.*, p. 72.

145. *Id.*, p. 106. Contrairement à ce qu'énonce Hugues PARENT dans son ouvrage *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 6, où « il n'y a pas de responsabilité sans la présence d'intention » en référant au droit romain et où il cite un rescrit de l'empereur Hadrien à la page 67 de son ouvrage « *Divus Hadrianus in haec Verba rescripsit in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* », nous croyons que les Romains regardaient la volonté pour évaluer la gravité du tort causé afin d'imposer une peine sans pour autant rechercher des preuves de l'état d'esprit de l'accusé au moment de l'acte afin de déterminer son innocence ou sa culpabilité.

chrétiens allaient s'inspirer de cette façon de concevoir et de transmettre le droit en délaissant une responsabilité pénale objective d'une part et d'autre part en insérant un élément intentionnel dans la notion d'infraction pour individualiser la responsabilité et permettre ainsi au coupable de prendre conscience de sa faute pour éventuellement amener une réhabilitation de l'individu¹⁴⁶.

SECTION II. LE DROIT BARBARE

Le droit barbare identifie les droits coutumiers des différents peuples qui ont foulé le sol de l'Empire romain et par la suite les sols de France et d'Angleterre¹⁴⁷.

Nous constatons également que les coutumes des peuples barbares n'ont pas véritablement influencé le droit européen. Cependant, dans le cadre de cette thèse, nous croyons qu'il est nécessaire d'étudier certaines coutumes de ces peuples si ce n'est que pour démontrer justement le peu, ou l'absence d'influence desdites coutumes.

Une chose demeure cependant, c'est que ces peuples forts turbulents exercèrent des pressions fortes¹⁴⁸ sur l'Empire romain dont la Gaule faisait partie à l'époque notamment sur le droit romain qui vivait une période de christianisation.

Les peuples barbares pénètrent dans l'Empire romain vers le III^e siècle et bien que l'Empire résista aux premières invasions, il n'en demeure pas moins que les Wisigoths dirigés par Alaric prirent Rome en 410¹⁴⁹.

146. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 49. B. BIONDI, *op. cit.*, note 72. E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 99, page 39. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 59. A. GAUTHIER, *Le droit romain et son apport à l'édification du droit canonique*, Ottawa, Université St-Paul, 1996. Th. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, paru dans le *Manuel des Antiquités romaines*, trad. J. Duquesne, Paris, A. Fontemoing, 3 vol., 1907.

147. En ce qui a trait aux coutumes des peuples autochtones au Canada, voir J. DE BRÉBEUF, *Écrits en Huronie*, Montréal, Bibliothèque québécoise, 1996. G. SAGARD, *Le Grand voyage du pays des Hurons*, Montréal, Bibliothèque québécoise, 1990. M. MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des Colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Éditions Boréal, 1997. R. BOIVIN, « Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français », (1995) 55 *R. du B.*, p. 135.

148. MICHELET, *Le Moyen-Âge*, Paris, Robert Laffont, 1981, réédition.

149. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 59, p. 63.

L'Empire est alors partagé entre différentes tribus qui correspondent plus ou moins exactement à des peuples et qui va entraîner la disparition de la conception romaine de l'État et une transformation du droit pénal, notamment en instaurant un système tarifaire pour réparer les crimes¹⁵⁰.

Il va sans dire que ces différents peuples n'arriveront jamais à étayer et à concevoir des systèmes juridiques semblables à ce que l'Empire romain avait instauré. Ainsi, les lois et le respect des lois sont la plupart du temps une affaire purement privée se rattachant à une personne, une famille ou un clan.

La vengeance *Faida* intéresse toute la famille et tout le clan; elle ne s'arrête qu'avec la conclusion d'un pacte ou le paiement d'une composition, le plus souvent imposée. La Loi salique – la moins romanisée des lois barbares – n'est qu'une suite de tarifs de compositions (50 articles sur 65). La répression est purement objective; le délit est apprécié en fonction de la gravité et de la personne de la victime. On paie le prix du meurtre, le *wergeld*, dont une part revient au roi à titre d'amende, le *frédus*, et une part à la victime comme indemnité, le *faidus*.¹⁵¹

Ces peuples barbares surtout les Angles en Bretagne, les Celtes, les Normands venus du Nord, les Wisigoths en Aquitaine, les Francs dont le royaume touchait le Rhin et la Meuse et finalement les Burgondes dans la vallée du Rhône¹⁵² vont s'installer sur le territoire de la Gaule et vont modifier d'une façon restreinte l'ordonnancement juridique romain avec leurs propres coutumes. En effet, l'installation des Francs s'est effectuée graduellement par une lente colonisation et de l'intérieur de l'Empire car les Barbares faisaient partie des armées romaines¹⁵³.

Cet aspect sera essentiel puisque comme nous l'avons déjà souligné malgré les changements et les rebondissements politiques de ces invasions une force va demeurer constante,

150. *Ibid.*

151. J.L. GAZZANIGA, *op. cit.*, note 108, pp. 7-8.

152. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, pp. 39-40.

153. *Id.*, p. 42.

solide et bien organisée, l'Église catholique, qui réussira à influencer la société des peuples barbares et leurs coutumes juridiques.

Paragraphe 1. Son implantation géographique

a) La Gaule

Les Francs qui occupaient une partie de la Gaule utilisaient principalement deux lois ; la fameuse loi salique qui aurait été rédigée à la demande de Clovis, roi des Francs entre 488, date approximative de la bataille de Soissons, et 496 qui correspond à la conversion du peuple Franc au christianisme et la loi des Ripuaires, loi des membres de la dynastie carolingienne. Quant à la loi Gombette utilisée par les Burgondes, elle a été probablement rédigée à la demande du roi Gondebaud et il s'agit d'un recueil d'écrits royaux¹⁵⁴.

La Loi salique, loi personnelle de la dynastie mérovingienne chez les Francs, c'est-à-dire loi applicable aux Francs compte tenu de leur appartenance à la tribu des Francs. Écrite en latin, elle constitue en fait un tarif de compositions pécuniaires. Cependant, cette loi, à caractère pénal, ne fait pas référence à un élément intentionnel rattaché à l'acte reproché à l'accusé. Un fait demeure, si un crime a été commis celui que l'on croit coupable devra payer.

Ainsi, comme nous l'avons souligné précédemment, cette loi prévoyait un tarif principal qui était en fait la mesure de base sur laquelle reposaient les autres montants et qui correspondait à la composition pour meurtre, le wergeld, qui signifiait le prix de l'homme¹⁵⁵.

Cependant, les compositions pouvaient varier selon la qualité de la victime. Ainsi, le wergeld du Franc était plus élevé que celui du Gallo-Romain. Un protégé du roi (*in truste dominica*) tué entraînait nécessairement un wergeld plus élevé¹⁵⁶.

154. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 59, p. 65 et P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, p. 70.

155. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 59, p. 76.

156. *Ibid.*

La Loi salique décrivait également d'une façon bien détaillée le prix à payer pour d'autres types de crimes, notamment les voies de faits avec ou sans lésions corporelles, ce qui est utile lorsque l'on tente de décrire les mœurs de l'époque.

Avoir arraché à quelqu'un une main, un pied, un œil, le nez : cent sous, réduits à soixante trois si la main est restée pendante. Avoir arraché un pouce, cinquante sous; trente s'il est resté pendant. Avoir arraché le doigt qui sert à tirer à l'arc, trente-cinq sous [...] (Loi salique, titre 32).¹⁵⁷

Il est intéressant de constater que chez les Francs la peine qui va réparer le délit et peut-être dissuader le coupable est de nature purement pécuniaire et ne fait pas appel à des peines physiques comme le fouet ou les coups de bâton ou même la peine de mort.

Il y a cependant certaines exceptions. Il faut distinguer dans un premier temps le régime applicable aux gens libres qui peuvent réclamer, s'ils sont déclarés coupables, la composition et les esclaves qui ne peuvent réclamer la composition. Autre exception, la personne du roi. En effet, le meurtre du roi ne peut donner lieu à composition car le roi n'a pas de prix, donc il ne peut y avoir de wergeld et le coupable sera tué¹⁵⁸. Certains autres crimes seront également punis de mort notamment ceux commis contre la communauté entre autre la trahison, la désertion et la lâcheté au combat¹⁵⁹.

Dans un second temps, lorsque la composition est imposée, le coupable n'est pas le seul responsable de la dette, mais sa famille est responsable avec lui¹⁶⁰. Nous sommes donc bien loin d'une individualisation de la peine et de la recherche d'une faute ou d'une intention coupable. En effet, selon nous, le droit barbare vise avant tout à réparer un tort et à rembourser la victime ou sa famille jusqu'à un certain

157. *Ibid.* et F. DE FONTETTE, *op. cit.*, note 103, p. 35.

158. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 59, p. 77.

159. F. DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, 2^e éd., Paris, Librairie Hachette, Première partie, 1877, p. 342. « La peine de mort n'était pas inconnue des Germains. Elle frappait les crimes commis contre la société ne fût-ce que celui d'avoir été lâche dans un combat. Elle était prononcée par la bouche des prêtres et le coupable était immolé aux dieux suivant un principe commun à tous les peuples primitifs. »

160. J.M. CARBASSE, *op. cit.*, note 59, p. 77.

pourcentage car une partie de la composition était réservée au roi¹⁶¹. La composition permettait une réparation tant en s'assurant que le coupable ne serait pas mis à mort afin probablement de garder en vie le plus grand nombre de combattants disponibles au sein de la tribu. L'exception prévue pour la trahison, la désertion ou la lâcheté au combat s'explique par le fait que l'auteur du délit serait inutile lors d'un éventuel combat.

Mentionnons également que les autres peuples barbares possédaient des lois qui régissaient la vie de leur communauté. Les Gallo-Romains ont tenté de conserver comme loi personnelle le droit romain et plus spécifiquement les extraits du code théodosien; quant aux Wisigoths ils utilisèrent un recueil de dispositions connu sous le nom de Bréviaire d'Alaric promulguée par Alaric II à Toulouse en 506¹⁶². Compte tenu du grand nombre de peuples qui vivaient en Gaule à cette époque, chaque personne était jugée selon la loi du peuple auquel elle appartenait ce qui a donné naissance à de nombreux problèmes de conflits des lois¹⁶³.

b) Les îles britanniques

Le droit barbare ou les coutumes barbares furent utilisés également dans les îles britanniques même si, une partie de l'Angleterre avait été sous domination romaine, en fait la partie au sud du mur d'Hadrien. Les Angles, les Jutes et les Saxons possédaient leurs propres coutumes, mais ils ont vécu avec les Romains. Les Scots et les Pictes, peuples vivant au nord du mur d'Hadrien conservèrent leurs coutumes celtiques.

Bien que tous ces peuples vivaient sur des territoires variables, mais avec une sorte d'indépendance vis-à-vis les autres, leurs systèmes juridiques étaient relativement simples et similaires. Ces tribus avaient pour chef un roi, justicier par excellence et en ce qui a trait aux îles britanniques, les litiges entre les belligérants étaient souvent jugés par le roi ou encore le conseil du village désigné en anglais sous le

161. *Id.*, p. 77.

162. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, p. 71.

163. C. SALLES, *Histoire de France illustrée, naissance d'une nation*, Paris, Librairie Larousse, 1986, p. 92. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 153.

nom de « *hundred court* »¹⁶⁴. Cette assemblée pouvait obliger des négociations entre l'agresseur et la victime ou sa famille en vue d'un règlement plutôt que de déclencher une véritable guerre privée entre les familles, ce qui était toujours susceptible de survenir néanmoins.

Les litiges se réglent la plupart du temps en payant la composition tout comme chez les Francs.

Chez les Anglo-Saxons, la plus ancienne compilation de coutumes barbares est connue sous le nom de Lois d'Ethelbert adoptées vers 600 de notre ère par Ethelbert, le seigneur de Kent¹⁶⁵. Cette compilation de lois est en fait une longue litanie de compositions très détaillées accordant des montants prévus pour réparer différents torts commis.

À titre d'exemple, un montant est accordé pour la perte d'une jambe ou d'un œil. Le tarif sera différent si la personne est un homme libre, un voleur ou un esclave. Une catégorie spéciale est réservée si la victime est un prêtre. Phénomène remarquable car cette liste est d'une précision telle qu'elle va accorder un montant spécifique de six shillings si la victime perd quatre dents du devant, et quatre shillings pour les dents les plus proches des dents du devant. Une composition différente est prévue pour les différents doigts de la main. Il en va de même pour les différentes parties de l'oreille qui peuvent subir une mutilation. Il s'agit en fait d'un rare exemple d'une aussi grande précision¹⁶⁶.

Une constante cependant se retrouve dans l'ancien droit barbare des îles britanniques. Il s'agit de coutumes. Au départ, elles n'étaient pas écrites et les compilations qui ont été réalisées par la suite, l'ont été plusieurs siècles après et sont fragmentaires. En fait, ces coutumes comme nous l'avons mentionné, étaient une longue liste de compositions, souvent répétitives et parfois contradictoires¹⁶⁷.

Dans son ouvrage, Stephen¹⁶⁸ évoque un livre intitulé *The Mirror*, qui indique certains principes de droit ancien et qui soutient que certaines coutumes auraient été influencées

164. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 49, p. 54.

165. *Ibid.*

166. *Ibid.*

167. Sir J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 133.

168. *Id.*, pp. 51-52.

par le droit romain. Cependant, Stephen constate à juste titre que ce livre ne renvoie à aucune citation ou autorité. Il aurait été publié au XIII^e siècle et il fait une analyse du droit barbare en vigueur quatre, cinq ou six siècles auparavant. La crédibilité à accorder à cet ouvrage est donc plus que douteuse, ce qui est confirmé indirectement par C. Donahue dans son article sur le *Ius Commune*¹⁶⁹. Cependant, il s'agit d'une source parmi d'autres que l'on cite régulièrement en droit anglo-saxon.

Que ce soit dans les îles britanniques ou sur le continent, les coutumes protégeaient la personne du roi, les seigneurs et la paix au sein des communautés. Bien qu'il n'y ait pas à cette époque de véritable pouvoir étatique au sens moderne du terme, il n'en demeure pas moins que les chefs de tribus ou les souverains qui dirigeaient un peuple réalisèrent rapidement qu'ils devaient assurer leur poste de chef dans le but de garantir la paix sociale. C'est ce qui explique qu'il ne peut y avoir de composition pour la personne du roi. De même, il serait illusoire de conserver en vie le coupable qui a tué le roi puisque son geste porte atteinte à la stabilité même de la communauté. Les chefs de tribus ou les rois dans les îles britanniques vont donc nommer des gens qui vont s'assurer que la paix est maintenue et punir ceux qui ne la respectent pas. Cependant, cela n'empêchait en rien les chefs de combattre avec acharnement les peuples ou tribus voisines. Ce qui est important à retenir cependant, c'est que ce concept de paix publique et d'agents de la paix a continué d'exister en common law et existe encore aujourd'hui au Canada. Le *Code criminel* canadien confère des pouvoirs spécifiques aux agents de la paix qui sont définis à l'article 2¹⁷⁰.

Il existe encore aujourd'hui au *Code criminel* un devoir pour toute personne qui est témoin d'une violation de la paix

169. C. DONAHUE Jr., « *Ius Commune*, Canon Law and Common Law in England », (1992) 66, *Tulane Law Review*, p. 1745. Selon le professeur Donahue Jr. les invasions des îles britanniques par les Anglo-Saxons et les Danois qui ne connaissent rien du droit romain a entraîné une disparition du système juridique romain tout en chassant ces derniers de l'Angleterre.

170. *Code criminel*, article 2. Cet article comporte une série de définitions et décide qu'un agent de la paix inclue un maire, un gardien, un shériff, un juge de paix, un agent de police, un constable, etc. Voir également J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 133, vol. 1, p. 53.

d'intervenir pour empêcher la continuation de cette violation¹⁷¹. Le *Code* accorde un pouvoir de détention à tout citoyen au Canada lorsqu'il trouve une personne qui trouble la paix publique et à tout agent de la paix le pouvoir d'arrêter un individu qu'il trouve en train de commettre une violation de la paix¹⁷².

La paix publique au moins au sein de la tribu revêt une importance toute particulière. Mentionnons qu'Alfred, roi de Wessex de 871 à 878 et des Anglo-Saxons de 878 à 899, canonisé par la suite par l'Église catholique, accorda une importance particulière aux crimes contre la personne en édictant des tarifs de composition pour les agressions et les voies de faits. Alfred alla même jusqu'à prévoir les tarifs pour la perte d'un pied, du gros orteil ou des petits. Ces rois saxons dont Alfred, évangélisés par les clercs, ont très rapidement référé à Dieu et à la Bible dans leur législation¹⁷³.

Le vol était aussi puni, cependant rien ne laisse supposer que la justice recherchait à déterminer et à obtenir des preuves sur l'intention des suspects avant de déterminer s'ils étaient coupables ou innocents et ce, avant l'influence des clercs catholiques auprès de la monarchie¹⁷⁴. Si un crime était commis et qu'un suspect était recherché et arrêté, il était amené devant le tribunal et c'est par des moyens procéduraux fort primitifs que le tribunal recherchait la manifestation de la vérité. Cette procédure portait le nom d'ordalie où

171. *Code criminel*, article 30.

172. *Code criminel*, article 31.

173. Sir J.F. STEPHEN, vol. 1, *op. cit.*, note 133, pp. 54-56. G. CÔTÉ-HARPER, A. MANGANAS, J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1989, p. 246.

174. Cette affirmation est également valable pour les coutumes des Barbares sur le continent que ce soit les Francs, les Burgondes ou autres. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Librairie de la société du recueil général des Lois et des Arrêts, T. 1, deuxième édition, 1898, p. 101. « Deux traits principaux distinguent l'esprit du droit pénal germanique de l'esprit du droit pénal romain : 1. L'absence presque complète du point de vue politique et social dans l'organisation de la pénalité, et la prédominance du point de vue individuel et privé; 2. L'importance attachée, pour mesurer la gravité du délit, aux conséquences préjudiciables qu'il peut avoir, non à l'intention de celui qui l'a commis. Ces deux caractères persistent jusqu'à une époque déjà avancée du Moyen-Âge, mais ils apparaissent surtout dans les coutumes qui ont immédiatement précédé et suivi l'invasion barbare. »

les parties au litige invoquaient la toute puissance de Dieu afin que puisse apparaître la vérité et subséquemment la justice pour une des parties au litige.

Paragraphe 2. Des ordalies et du rôle de l'Église dans leur utilisation comme mode de preuve

Une des procédures utilisées par les barbares, notamment les Mérovingiens et les Carolingiens, pour tenter de découvrir la vérité entre deux parties qui s'affrontent dans le cadre d'un litige était de recourir à une épreuve. Le principe est fort simple, ces peuples étant pour la plupart des croyants en une divinité, ils faisaient appel à l'un de leurs dieux en étant convaincus que les dieux allaient se ranger du côté de la vérité. Lors de la christianisation de ces peuples, les clercs vont permettre l'utilisation de l'ordalie¹⁷⁵. Cependant, les parties ne feront plus appel à plusieurs dieux, mais à un Dieu unique, celui des chrétiens. Par la suite, lorsque la science juridique évoluera, les parties auront de moins en moins recours à l'ordalie et devant le manque de fiabilité ce mode de preuve, l'Église ira jusqu'à le rejeter au Moyen-Âge en empêchant les clercs de participer ou de bénir les épreuves.

Retenons que les ordalies étaient utilisées tant sur le continent que sur les îles britanniques. Nous pouvons assimiler aux ordalies le duel judiciaire, épreuve très prisée chez la noblesse et qui faisait appel au même principe à savoir que Dieu allait se ranger du côté de l'innocent et châtier le coupable.

Le droit barbare n'utilise pas de preuves rationnelles mais plutôt des modes de preuve qui font appel à l'intervention de Dieu. Les parties à un litige auront recours au serment purgatoire où la partie intéressée prêtera serment et ce serment sera confirmé par douze cojureurs que ce soit des membres de sa famille ou de sa tribu¹⁷⁶. Cependant, il peut être peu commode voire impossible de recourir aux cojureurs

175. G. LEPOINTE, *op. cit.*, note 9, p. 177.

176. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, p. 65 et A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, *op. cit.*, note 109, p. 34. F. DE COULANGES, *op. cit.*, note 159, p. 345.

ou encore l'accusateur peut préférer recourir au jugement de Dieu. À ce moment, il est requis de recourir à l'ordalie.

L'ordalie (de l'allemand *Urteil*, jugement) est une épreuve physique, subie le plus souvent par l'accusé seul mais parfois par l'accusé et l'accusateur, dont l'issue conforme à la volonté divine, détermine l'innocence ou la culpabilité, mais aussi le bon droit s'il s'agit d'une cause civile. La loi salique ne prévoit que l'ordalie du feu : l'accusé saisit une pièce de fer rougi, puis sa main est enfermée « dans un sac » scellé. Pour prononcer sur la culpabilité ou l'innocence, le juge examinera quelque temps après l'état de la main. Si le patient « a été brûlé », il est coupable; dans le cas contraire « il est justifié »¹⁷⁷.

L'ordalie a été également utilisée par les peuples des îles britanniques. Elle était utile si une des parties ne voulait pas prêter serment ou si l'on manquait de cojureurs. Afin de connaître la vérité, le tribunal imposait à l'une ou aux deux parties, le plus souvent à l'accusé, une épreuve en faisant appel à Dieu afin de permettre un miracle en faveur de l'accusé dans le but de démontrer son innocence.

L'ordalie du feu était utilisée comme nous l'avons déjà indiqué, mais aussi l'ordalie de l'eau bouillante où l'accusé devait y plonger sa main et la ressortir sans brûlure.

L'ordalie de l'eau était également utilisée. Cette fois il ne s'agit pas d'eau bouillante, mais plutôt d'eau dans un lac ou une rivière. Le principe était le suivant, l'accusé était attaché à une corde et se jetait à l'eau. S'il était englouti par le lac ou la rivière et qu'il ne remontait pas à la surface, il était innocent car l'eau étant un symbole de pureté, l'accusé n'ayant pas été rejeté par l'eau il devait nécessairement être innocent. Le coupable quant à lui ne coulait pas, mais flottait. Les gens croyaient alors qu'il était impur car il était rejeté par la rivière et donc coupable et à ce moment on lui imposait la sentence.

Cette forme d'ordalie démontre du peu de sérieux, voire du ridicule de ces formes de preuve afin de rechercher la vérité. En effet, surtout dans le cas du lac ou de la rivière,

177. A. LAINGUI, *op. cit.*, note 109, p. 34. J. FOVIAUX, *De l'empire romain à la féodalité*, Droit et Institutions, tome I, Paris, *Economica*, 1986, p. 370.

nous devons nous reporter aux VIII^e, IX^e et X^e siècles à une époque où les gens pour la plupart ne savaient pas nager. Se jeter à l'eau était en fait une forme de suicide sauf si les spectateurs retiraient l'innocent qui coulait en tirant rapidement sur la corde.

Quant au coupable, à celui qui avait réussi à sortir du lac ou de la rivière, il était condamné pour en avoir réchappé.

Rappelons que à la fin de l'ordalie le coupable devait payer la composition ou encore recevoir sa sentence de mort ou de mutilation.

Autre caractéristique de l'ordalie, c'est l'accusé qui doit démontrer son innocence, la présomption d'innocence n'existait pas chez les barbares et il est souvent beaucoup plus difficile de démontrer son innocence que d'exiger de la poursuite qu'elle démontre la culpabilité du prévenu.

L'Église¹⁷⁸ accorda une légitimité à l'ordalie puisqu'il s'agissait de faire appel à Dieu afin d'aider le juge à trouver la vérité, à tout le moins avant 1215.

Paragraphe 3. L'interdiction faite aux clercs de tenir des ordalies

En 1215 au Concile de Latran, le quatrième, convoqué par Innocent III, l'Église prendra position officiellement en interdisant aux prêtres de bénir les objets utilisés lors des ordalies.

Mais l'Église fut toujours forcée de pactiser avec le siècle. En matière d'ordalie, elle a accepté de s'insérer dans le système : c'est ainsi que dans l'ordalie du feu ou de l'eau, le prêtre procède à la « bénédiction des éléments ». Cette participation a

178. Sir J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 133, p. 73. A. LAINGUI, A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal II : La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979, p. 26. Les auteurs traitent en profondeur de l'ordalie, son utilisation, ses formes allant même jusqu'à faire une comparaison avec les ordalies utilisées en Afrique. Les auteurs mentionnent l'ordalie du pain et du fromage en indiquant que dans ce cas c'est un prêtre qui après avoir béni un mélange de pain et de fromage le faisait manger à l'accusé. Si l'accusé ne pouvait rien avaler, il était coupable. Selon les auteurs, cette ordalie aurait donné naissance à l'expression populaire « cela m'est resté en travers de la gorge ». L'ordalie du feu aurait donné naissance à l'expression « j'en mettrais ma main au feu. » J. GAUDEMET, « Les ordalies au Moyen-Âge : doctrine, législation et pratique canonique » (1965) 18 *Recueil de la Société Jean Bodin*, p. 99.

permis à l'Église de contrôler ces épreuves, d'en tempérer la cruauté. Finalement en 1215, au 4^e concile de Latran, défense est faite aux prêtres de bénir l'eau, le fer ou les objets servant aux jugements de Dieu. Mais antérieurement déjà, Alexandre III avait interdit aux clercs sous peine de déposition de se prêter à un jugement de Dieu.¹⁷⁹

Après cette interdiction faite aux clercs de bénir les instruments utilisés lors des ordalies cette procédure tomba en désuétude. Il n'en alla pas de même pour le duel judiciaire qui continua d'être utilisé afin de découvrir le détenteur de la vérité et ce, malgré l'interdiction de l'Église de permettre aux clercs d'y participer¹⁸⁰ et deux ordonnances de Saint-Louis, une en 1254 interdisant le duel judiciaire en matière de meubles et d'héritages et une en 1258 l'interdisant dans toutes les matières incluant le procès pénal¹⁸¹. Cependant, cette dernière ordonnance de 1258 ne fut pas respectée notamment parce que la noblesse refusait la preuve par enquête avec témoins¹⁸². En fait, Philippe IV le Bel par une ordonnance en 1306 sur le duel judiciaire va autoriser à nouveau le duel judiciaire pour les crimes de sang et son fils Louis X le Hutin va par la suite permettre le recours au duel judiciaire même dans les cas de vols¹⁸³.

Ceci complète cette sous-section relativement à l'ordalie et d'une façon plus globale en ce qui a trait au droit barbare et au droit romain.

Dans le chapitre II nous avons démontré que les peuples de l'Antiquité, surtout les Romains, mais aussi les Grecs possédaient un régime de droit à caractère pénal qui prévoyait des sanctions, surtout de forme pécuniaire, mais aussi sous forme de peines corporelles allant jusqu'à la mort.

Cependant, autant les Romains que les Grecs n'ont pas dégagé de distinctions entre les délits civils et les délits à caractère pénal et encore moins chez les Grecs d'élément intentionnel comme partie intégrante de l'infraction qui doit être démontré par le poursuivant.

179. A. LAINGUI, A. LEBIGRE, *op. cit.*, note 178, p. 27.

180. *Id.*, p. 36.

181. *Ibid.*

182. F. DE FONTETTE, *op. cit.*, note 103, p. 49.

183. *Id.*, p. 53.

Les Romains ont élaboré un élément intentionnel dans certains cas mais cet élément est important quant au résultat en ce qui a trait à la peine pouvant être imposée. Cependant, ils n'ont pas réussi à établir une différence entre la réparation de nature civile et la peine de nature pénale.

[...] le droit romain aurait pu l'exprimer. Il en a été autrement. [...] certaines vues théoriques, notamment l'existence d'une catégorie monolithique de *delicta* et la division des obligations en *obligationes ex delicto* et *obligationes ex contractu*, ont entravé l'éclosion de l'opposition entre peine et réparation. Ces interférences ont détourné la doctrine romaine de la voie qui conduisait à la conception moderne.¹⁸⁴

Cependant, avec la structure de leur droit et les commentaires de juristes créant la doctrine du droit ainsi que les jalons de certains principes juridiques notamment dans le domaine de la responsabilité, les Romains ont jeté des bases qui allaient être utilisées par les canonistes du Moyen-Âge afin d'établir les principes modernes de la responsabilité et surtout de l'intention qui constitue un élément essentiel des crimes à notre époque.

Quant aux peuples barbares, nous l'avons souligné, chaque tribu possédait sa coutume ou sa loi. Évidemment, ces coutumes possédaient des éléments communs. Ainsi, la composition était souvent la façon de réparer un tort, mais là encore peu de distinction véritable entre le litige civil et le litige pénal. Quant au mode de preuve, l'ordalie est très répandue et c'est à l'accusé de démontrer son innocence en faisant appel au jugement de Dieu. Mais ces peuples de tradition orale ne nous ont guère laissé de doctrine, encore moins de jurisprudence. En fait, au chapitre suivant nous allons aborder et étudier un phénomène fort important, la présence et le rôle de l'Église qui va évangéliser ces peuples. L'Église était déjà implantée dans le monde romain, et elle va s'implanter chez les barbares et son influence se fera sentir au niveau juridique en développant véritablement la science juridique au

184. G. CARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », dans *La responsabilité à travers les âges*, Paris, *Economica*, 1989, p. 14.

niveau des principes qui vont déboucher sur les éléments concrets qui vont constituer les éléments essentiels de l'infraction. C'est ce que nous découvrirons dans le cadre du prochain chapitre.

CHAPITRE III. L'INFLUENCE DU CHRISTIANISME SUR LE DROIT PÉNAL LAÏC

Dans ce chapitre nous démontrerons que le droit occidental actuel et surtout le droit canadien est tributaire de ce que l'Église du Moyen-Âge façonna comme principes fondamentaux dans le droit de cette époque. Cette présence dans le droit est toujours actuelle et elle constitue dans une certaine mesure les assises de principes fondamentaux véhiculés dans le droit pénal canadien.

Nous verrons dans un premier temps l'influence qu'exerça l'Église dans le monde médiéval et son rôle de réformateur et codificateur du droit. L'Église et ses clercs constituent les penseurs du droit du Moyen-Âge. Ils ne se contentent pas d'appliquer le droit, ils réforment, ils trouvent des solutions, ils pensent et organisent le droit. Dans un second temps, nous analyserons une application concrète de cette façon de penser et de créer le droit.

SECTION I. LA PRÉSENCE DE L'ÉGLISE ET SON INFLUENCE SUR LE MONDE OCCIDENTAL

À la fin de l'Empire romain, suite aux invasions barbares, l'Église s'est retrouvée dans une position un peu précaire, mais pour une période relativement courte puisque l'Église et ses membres vont évangéliser les peuples barbares et ainsi se rendre utiles et nécessaires aux nouveaux envahisseurs, que ce soit en Italie, en Gaule ou dans les Îles britanniques.

En fait, l'Église va être utile et nécessaire pour les nouveaux maîtres de la Gaule. Elle représente une force organisée et surtout, elle conserve les formes juridiques romaines tout en étant un véritable refuge pour les populations désemparées par les changements engendrés par les invasions barbares¹⁸⁵.

185. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, p. 75.

En Gaule, l'Église sous les Mérovingiens et les Carolingiens va faire preuve de chef de file dans l'établissement de normes sociales et juridiques applicables à tous comme elle l'avait fait dès l'aube de sa reconnaissance officielle dans l'Empire romain¹⁸⁶.

L'Église va occuper un rôle de premier plan dans l'enseignement. La réception et la mise en pratique de la doctrine chrétienne va bouleverser les mœurs à plusieurs niveaux. Ces modifications vont s'étendre à toutes les régions qui seront évangélisées que ce soit la Gaule avec Saint-Martin, l'Angleterre et l'Écosse avec Saint-Colomban ou l'Irlande avec Saint-Patrick¹⁸⁷.

Car, en fait, c'est le christianisme qui, tant bien que mal, change les cœurs et humanise les peuples. Après ces transformations fondamentales, les normes canoniques apportent le cadre juridique requis à la vie en société et à l'humanisation du droit.¹⁸⁸

L'Église va jouer un rôle important et transformer les fondements de la société : l'esclavage en est un bon exemple. Alors qu'il existait un bon nombre d'esclaves chez les Gallo-Romains et les Germains, l'influence de l'Église fera en sorte que leur condition juridique puisse changer. L'Église ne s'attaquera pas de front à la pratique de l'esclavage; cependant elle va contribuer à améliorer la condition des esclaves et faciliter leur affranchissement pour en faire des personnes libres.

L'Église encourage plutôt les affranchissements individuels et contribue à l'amélioration de la condition des esclaves, alors que la loi salique les assimile encore aux animaux, la personnalité juridique leur est reconnue, ils peuvent contracter un véritable mariage et ils ont un patrimoine.¹⁸⁹

Cette transformation et cette influence se fera également sentir dans bien d'autres domaines notamment dans la théorie

186. R. PÉRNAUD, *op. cit.*, note 58, pp. 24-25.

187. M. DUBOST, X. LESORT, S. LALANNE, V. ROUILLARD, *op. cit.*, note 2, pp. 61-62, 100-106.

188. E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 99, p. 34.

189. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, pp. 88-89.

générale des contrats¹⁹⁰. L'Église va exercer son influence dans plusieurs autres domaines de la vie quotidienne en mettant en garde les fidèles de ne pas se livrer à des serments inutiles, à des pratiques superstitieuses et à ne pas trafiquer les poids et mesures¹⁹¹. Elle va également transformer la société et le droit en rapport avec la rédaction des dernières volontés¹⁹² et des fondations pieuses¹⁹³. Dans l'étude de l'évolution et de l'impact de l'Église sur la société, mentionnons que les XI^e et XII^e siècles sont un véritable âge d'or pour l'Église.

L'Église est une unité, elle rassemble l'Europe dans un milieu essentiellement chrétien et catholique. À cette époque les chrétiens construisent les cathédrales qui sont parvenues pour la plupart jusqu'à nous. Elle forme une société unifiée et internationale avec un chef unique, le pape, en plus d'être pouvoir temporel avec un territoire, avec une trésorerie, des intellectuels clercs théologiens et canonistes qui vont former le droit et la théologie, l'étudier, le développer et l'enseigner toujours en ayant ce souci d'unité. Finalement, c'est aussi une milice et des missionnaires qui sillonnent l'Europe continentale et les îles britanniques.

Dans la société chrétienne, la religion exerce une influence considérable. Elle imprègne la vie individuelle, jalonnée par la réception des divers sacrements, et les hommes hantés par le souci de leur salut ne manquent pas de faire des legs pieux dans leur testament. Elle exerce aussi une influence profonde sur la vie collective : le pouvoir politique est obligé par elle de respecter un minimum de règles morales, ce qui évite le déchaînement de la force brutale; l'ensemble de la vie sociale est fortement marqué par ce christianisme et il suffit de rappeler le grand mouvement de paix qu'il inspire à partir du

190. G. LE BRAS, « Naissance et croissance du droit privé de l'Église » dans *Études d'histoire du droit privé : offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 337.

191. C. DE CLERCQ, *La législation religieuse franque*, Tome II, De Louis Le Pieux à la fin du IX^e siècle, Angers, Centre de recherches historiques, 1958, p. 193.

192. A. ESMEIN, *Histoire du droit français*, 11^e éd. Paris, Sirey, 1912, pp. 162-164.

193. B. BIONDI, précité, note 72, pp. 204-207. A.A. MORIN, « Des origines de la fiducie, un exemple concret des racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique », *Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 48-51. M.M. SHEEHAN, *The Will in Medieval England*, Toronto, Pontifical Institute of Medieval Studies, Ed. Universa, 1963.

X^e siècle, le développement de l'instruction et de l'assistance qu'il suscite, la marque qu'il imprime au droit privé.¹⁹⁴

Cette influence considérable va se faire sentir à plusieurs niveaux. L'Église va développer son propre droit, le droit canonique et comme nous l'avons mentionné précédemment lors de la découverte du *Corpus juris civilis*, les universités vont enseigner un droit qualifié de savant par opposition aux différentes coutumes. Évidemment, les clercs vont enseigner dans les universités, ils vont développer le droit canonique en faisant une compilation notamment avec les travaux de Gratien, mais ils vont aussi élaborer un droit savant applicable à l'Europe. Nous faisons ici référence au *Ius commune* dont nous reparlerons plus loin mais qui constituera un élément unificateur du droit enseigné dans les universités.

Le *Ius commune* est ce droit enseigné et appliqué par les cours de justice en l'absence de textes de lois locaux applicables à une situation. Il s'agit d'un droit savant dont les racines prennent naissance dans le droit romain ou le droit canonique. Ce droit a été utilisé en Angleterre et sur le continent et ce, pendant plusieurs siècles. Il aura contribué à influencer la pensée juridique en Angleterre et en Europe.¹⁹⁵

Mais pour saisir et comprendre dans son ensemble le rôle et l'influence de l'Église dans la société, nous ne pouvons nous arrêter uniquement à l'étude du droit.

En effet, la société du début du Moyen-Âge n'est pas aussi spécialisée et cloisonnée que la société contemporaine dans laquelle nous vivons. Les universités ne sont pas constituées d'un grand nombre de facultés ou de départements qui dans leur sphère respective contribuent souvent de façon très pointue à faire avancer la science.

194. P.C. TIMBAL et A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, p. 117. M.D. KNOWLES et D. OBOLENSKY, *op. cit.*, note 79, p. 49 et suivantes en rapport avec l'évangélisation et la place de l'Église au Royaume-Uni et dans l'Europe continentale. L'Église, symbole d'unification en ces périodes troubles, veut étendre sa compétence juridictionnelle et influencer le droit afin de faire régner la justice et la paix sociale. C. MUNIER, « Discipline pénitentielle et droit pénal ecclésial, alliances et différenciations », (1975) 107 *Concilium*, p. 26. « [...] mais les lacunes et les défaillances du droit criminel à l'époque, plus encore le souci d'assurer un minimum d'ordre et de moralité en des siècles de violence et d'anarchie, ont conduit les autorités ecclésiastiques à étendre au maximum leur compétence juridictionnelle. »

195. E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 99, pp. 42-43.

La personne cultivée du Moyen-Âge, juriste ou autre va se concentrer sur quelques matières et va toujours conserver une vue d'ensemble sur les sujets qu'il étudie. Il y a peu de matières enseignées dans les universités et une des sciences les plus importantes est sans équivoque la théologie. L'Église et la religion occupent une place de premier choix, les clercs sont souvent les gens les plus instruits, ils sont la classe enseignante et les maisons d'enseignement reflètent cette réalité.¹⁹⁶

L'Église aussi est en pleine réforme avec le pontificat de Grégoire VII que nous avons évoqué précédemment. En fait, la théologie est la mère de toutes les sciences. Les clercs commentent les écrits d'Aristote et deux dominicains, St-Albert le Grand et St-Thomas d'Aquin vont interpréter l'œuvre d'Aristote à la lumière de la théologie pour synthétiser sa pensée avec le dogme¹⁹⁷.

Il y a donc cette interpénétration et cette complémentarité des sciences afin d'en faire un tout cohérent et dont l'influence sur la société et les rapports entre humains est fondamentale. Pour cette raison et nous en traiterons subséquemment, nous constatons que la théologie a également influencé le développement du droit.

La période du début du Moyen-Âge est aussi l'âge d'or du droit canonique, de son enseignement et de son influence sur la société civile. À cela, il reste à ajouter la renaissance du droit romain, comprenant le droit romain christianisé pour parvenir à un stade où la société européenne sera en mesure de jeter les bases du droit pénal moderne et de le façonner dans le fondement des racines et des principes chrétiens.¹⁹⁸

196. Les clercs ne sont pas les seuls cependant à enseigner, des laïcs enseignent également dans les universités au Moyen-Âge et à la fin du Moyen-Âge. Voir J. DELUMEAU, *Un chemin d'histoire*, Paris, Arthème Fayard, 1981, p. 82. Pour le pontificat de Grégoire VII, voir pages 41 et suivantes.

197. P.C. TIMBAL, A. CASTALDO, *op. cit.*, note 88, p. 119.

198. H.J. BERMAN, *Faith and Order, the Reconciliation of Law and Religion*, Atlanta, Scholars Press, 1993, p. 52. En effet, après la découverte du *Corpus Juris Civilis* et plus spécifiquement du Digeste, le droit romain déjà christianisé a été enseigné dans certaines universités qui avaient obtenu ce privilège du pape. L'Université de Poitiers obtint ce privilège d'enseigner le droit romain. L'Université de Poitiers créée par le pape Eugène IV le 29 mai 1431 avait une chaire de droit où le Digeste et les Institutes étaient enseignés. *L'Université de Poitiers 1431-1981*, Exposition du 550^e anniversaire, Université de Poitiers, Poitiers, 1981.

Une de ses influences très importante et qui est tirée plus de la théologie que du droit canonique est la conception de la notion de faute et surtout de la notion d'intention ou *mens rea* comme élément constitutif de l'infraction.

Le Moyen-Âge ou l'époque médiévale, c'est aussi l'époque où la mort est omniprésente. Les gens peuvent mourir pour un rien, une maladie, la guerre, la famine, l'insalubrité qui engendre des foyers d'infection. La crainte est de mourir et de subir le châtement éternel de l'enfer, du feu qui représente la purification mais aussi la destruction totale incontrôlée et incontrôlable¹⁹⁹. Et, ce qui conduit au feu éternel et à la mort c'est le péché, la faute. Encore que pour pécher, il faut avoir à l'esprit que le pécheur offense Dieu, transgresse ses commandements et sa loi. Les théologiens Saint-Augustin et Saint-Thomas d'Aquin vont réfléchir et écrire sur la notion de péché, sur l'intention et la connaissance du mal. Ils seront les grands théologiens du Moyen-Âge et encore aujourd'hui leurs écrits sont utilisés pour enseigner et comprendre la théologie et la doctrine de l'Église. Ils auront une grande influence sur la conception de la théologie, la science des sciences et par la suite, les clercs qui occuperont des postes importants dans le domaine de la science juridique pourront puiser dans les ouvrages de ces deux théologiens pour jeter les bases de la conception moderne de la *mens rea* qui se retrouve également dans les infractions pénales canoniques²⁰⁰.

Nous aurons l'occasion de discuter davantage de l'influence de la théologie sur l'intention et la faute dans la prochaine section. Revenons à l'influence de l'Église, présence stable et puissante comme le souligne Jean Gaudemet en référant au rôle de l'Église du IX^e siècle au XIV^e siècle.

Puis ce sont les siècles où la religion chrétienne marque profondément la vie sociale où l'Église rayonne par l'autorité de ses pontifes et la science de ses clercs où, par ses qualités techniques et son souci de la justice, son droit s'impose dans de nombreux domaines. C'est l'« âge d'or » de l'universalisme occidental [...] c'est aussi pour l'Église un temps de splendeur. Les deux choses ne sont d'ailleurs pas sans action réciproque. Sous

199. G. BACHELARD, *La psychanalyse du feu*, Paris, Gallinard, 1983.

200. Y. BONGERT, *op. cit.*, note 74, p. 314.

la conduite d'une papauté qui affirme son autorité, l'Église rayonne sur la « chrétienté médiévale ». Peu de secteurs de la vie sociale échappent à son intervention qui régit la famille, mais aussi la vie économique, l'assistance aux malheureux, l'enseignement du village aux universités, la guerre qu'elle tente de contrôler, la paix dont les papes se font les arbitres.²⁰¹

Cette influence se retrouve également dans les îles britanniques où depuis l'évangélisation des peuples barbares les clercs sont les conseillers des rois et exercent aussi une influence sur la vie à la cour et sur le droit puisque le roi est un législateur important²⁰².

Certains rois vont même jusqu'à inclure un long préambule dans leurs lois qui cite et fait directement référence aux Dix Commandements ou au Livre de l'Exode²⁰³.

En Angleterre, les rois auront comme idée de retenir à titre de conseillers des clercs qu'ils nommeront juges. Une fois nommés, les clercs, avec leur formation puiseront dans les principes de la religion catholique pour modeler la common law et aussi façonner le droit anglais qui s'appliquera au Canada plusieurs siècles après. Les premiers juges du common law furent donc des clercs et un petit nombre de laïcs. Ils se sont guidés, pour résoudre leurs litiges, sur des principes de droit naturel et sur l'éthique chrétienne, deux valeurs importantes qui ont survécues au passage des siècles. Les souverains britanniques en arrivèrent rapidement à la conclusion qu'il était dans l'intérêt du royaume et de la population de choisir les juges parmi les prélats de l'Église. Ainsi, Henri III avait trois évêques comme juges. Le roi Richard, quant à lui, n'hésite pas à demander à l'archevêque de Canterbury de siéger à la Cour du roi²⁰⁴.

Ce sont des juges catholiques qui vont former et jeter les bases de la common law et qui grâce à leur savoir vont être en

201. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 97, pp. 8 et 44.

202. M. HOUARD, *Traité sur les coutumes Anglo-Normandes*, Tome premier, Rouen, Le Boucher Libraire, 1776.

203. R. O'SULLIVAN, « Les origines chrétiennes du Common Law Anglais », (1954) 33, *Les Cahiers du Droit*, Paris, p. 3. J.F. STEPHEN, *op. cit.*, note 133, vol. 1, p. 55.

204. R. O'SULLIVAN, *op. cit.*, note 203 et F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963. F.W. MAITLAND, *Roman Canon Law in the Church of England*, London, Methuen, 1898.

mesure de simplifier l'ensemble des différentes coutumes qui prévalaient en Grande-Bretagne pour en dégager des principes cohérents.

Ces clercs en s'inspirant des Livres Saints et des grands théologiens de l'époque auront une conception positive de l'homme, non pas sombre en butte au péché sans possibilité de pardon, mais bien au contraire une conception de l'homme bon, créature à l'image de Dieu. La common law reflète cette vision de la dignité et de la liberté humaine. L'homme est bon et il n'est pas présumé mauvais et porté à faire le mal. Bracton, Fortescue, Saint-Germain et surtout Saint-Thomas More ont contribué à leur façon en s'inspirant de principes théologiques et philosophiques chrétiens à modeler le concept de présomption d'innocence si précieux à la common law et qui fait partie des principes fondamentaux actuels du droit pénal canadien²⁰⁵.

Avec cette structure et surtout avec la nomination d'un ecclésiastique au rang de chancelier, les principes chrétiens pénétrèrent encore plus profondément dans les racines de la common law. Le chancelier avec sa cour n'hésita pas à recourir au droit naturel, au droit canon et au *Ius Commune* pour redresser les torts et trouver des solutions aux problèmes soulevés par les brefs déjà prévus par la common law et qui n'étaient pas toujours applicables à toutes les situations. Ainsi, pour accorder de nouveaux brefs, le chancelier était la personne désignée par le roi afin de modifier le droit dans le but de rendre justice.

L'histoire nous enseigne que le chancelier de Guillaume le conquérant était un moine, Lanfrac de Pavie, spécialiste en droit canonique et en droit romain. Un érudit formé dans les universités et qui n'hésitait pas à puiser dans le droit naturel, le *Corpus Juris Civilis*, la théologie ou le droit canonique pour trouver des solutions et créer le droit en Angleterre²⁰⁶. Cette

205. T. MORE, *L'Utopie*, Paris, Éditions sociales, 1976, p. 170.

206. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, « Comments on the influence of Canon Law on the Common Law Legal Tradition », (1989) 20 *R.G.D.* p. 10. Voir du même auteur, *Anglo-American Law and Canon Law*, Berlin, Duncker et Humblot, 1998, p. 24. L'auteur souligne qu'en plus de la présence de canonistes tel Lanfrac, un archevêque Théobald au XII^e siècle va inviter Vacarius afin d'ouvrir l'école de droit romain et canonique à l'Université d'Oxford. L'Angleterre a donc elle aussi été fortement imprégnée du droit continental européen et a été influencée par l'*Ius commune* et les principes chrétiens.

façon de créer le droit et de s'inspirer notamment du droit naturel allait faire de la Cour du chancelier un tribunal indépendant des tribunaux ordinaires de common law et qui à cause de son rôle allait souvent s'opposer aux tribunaux royaux²⁰⁷. Cette Cour du chancelier ou en anglais *Court of Equity* était constituée d'ecclésiastiques et de laïcs, formés en droit canonique et également en droit civil. L'Angleterre abritait aux XII^e, XIII^e et XIV^e siècles des juristes civilistes qui connaissaient le droit enseigné dans les universités. Un de ces juristes, Adam d'Usk, connaissait ce droit savant qui servait de droit supplétif et n'a pas hésité à y recourir pour concrètement trouver des solutions à des différends où la common law n'était d'aucune utilité notamment dans le droit de la guerre. Cependant, peu d'exemples concrets nous sont parvenus de l'influence réelle du *Ius Commune* sur l'évolution de la common law²⁰⁸.

Une chose est certaine cependant, c'est que la présence des clercs et leur influence a servi à modeler la common law et à la rendre perméable aux principes chrétiens, en intégrant des notions fondamentales de la chrétienté dans le droit tels la présomption d'innocence ou l'élément intentionnel dans l'infraction, la *mens rea*. Ces influences persistent encore aujourd'hui en droit pénal canadien. La *mens rea*, nous l'avons souligné, est surtout l'œuvre de théologiens. Nous aborderons cette question dans la prochaine section.

L'influence de l'Église sur le développement du *Ius Commune* a également existé en Europe continentale²⁰⁹. Afin de conclure cette section, disons simplement que l'évangélisation de l'Angleterre par des catholiques transforme la société, notamment par la modification et l'évolution de principes juridiques. En Angleterre plus que sur le continent, cette influence se fait sentir car des ecclésiastiques présideront la Cour du chancelier, un tribunal d'équité qui favorise l'implantation de nouveaux concepts juridiques afin de faire

207. R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, (reprinted), Francetown, New Hampshire, 1947. E. O'SULLIVAN, *L'Obscénité en droit pénal canadien*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Poitiers, Poitiers, France, 1994, p. 11. D.J. SEIPP, «The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600», (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 388.

208. C. DONAHUE JR., *op. cit.*, note 169, p. 1762.

209. E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 99, pp. 37-39.

évoluer le droit anglais. Ces clercs avec cette latitude propre à ce tribunal puiseront dans la théologie, qu'ils connaissent bien, afin qu'il n'y ait pas seulement apparence de justice, mais qu'une véritable justice soit rendue.

SECTION II. L'INTENTION (*MENS REA*) EN TANT QU'ÉLÉMENT ESSENTIEL DE L'INFRACTION

Notre étude sur les racines du droit pénal démontre d'une façon spécifique l'influence du christianisme sur l'évolution du droit pénal. Plus particulièrement, nous soulignerons l'influence du christianisme sur le développement de la *mens rea*. Nous avons démontré dans les pages précédentes que les Barbares ne connaissaient pas le concept d'intention à titre d'élément essentiel de l'infraction et à ce titre les Romains étaient un peu plus avancés.

Cependant, le droit pénal contemporain, notamment le droit criminel canadien reconnaît qu'il y a deux éléments essentiels à tout crime : l'élément moral (*mens rea*), l'intention et l'élément matériel (*actus reus*). L'élément moral se traduit concrètement par la volonté, la connaissance ou l'insouciance d'une personne par rapport à une action répréhensible ou criminelle. Par exemple, la personne qui désire voler un semblable ou encore qui sait que de l'argent provient du crime mais qui décide d'en prendre la possession ou de le cacher. La personne qui sait qu'elle est fatiguée alors que les conditions de la route sont mauvaises mais qui décide de prendre son véhicule et de conduire à une vitesse folle. Ce sont autant d'exemples qui illustrent la *mens rea* ou l'intention. Pour l'*actus reus*, il s'agit du geste concret, ainsi il s'agira pour la personne qui désire voler de prendre un objet et de le soustraire sans la permission d'autrui ou encore de prendre l'argent et de le convertir ou de conduire son automobile. En droit canadien, pour condamner un accusé, la poursuite doit démontrer hors de tout doute raisonnable les deux éléments essentiels du crime.

La jurisprudence récente reconnaît ces deux éléments et dans un survol historique fort bref énonce qu'il y a une origine chrétienne à cet état de fait dans le droit canadien.

À l'origine, on considérait le crime comme la perpétration d'un acte matériel expressément prohibé par la loi. C'est l'acte en

lui-même qui était le seul élément constitutif du crime. Dès lors qu'on établissait que l'accusé avait commis l'acte, ce dernier était déclaré coupable. Dès le XII^e siècle toutefois, et ce, en grande partie sous l'influence du droit canon, on a reconnu qu'il devait aussi y avoir un élément moral en plus de l'acte prohibé pour qu'il y ait crime. Cela signifie que l'accusé devait avoir eu la volonté ou l'intention de commettre l'acte prohibé. L'acte matériel et l'élément moral qui, pris ensemble, constituent un crime furent désignés sous les appellations *actus reus* pour l'acte et *mens rea* pour l'élément moral.²¹⁰

Cette citation tirée d'un arrêt très important de la Cour suprême du Canada énonce bien les éléments essentiels du crime en droit canadien et en outre indique sommairement la nature et les racines institutionnelles des éléments constitutifs d'un crime en droit canadien. Cet énoncé de la Cour suprême revêt une grande importance puisque la Cour est le tribunal de dernier ressort au Canada. Cette Cour est également l'arbitre suprême en matière de droit constitutionnel et de droits de l'homme depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹¹.

La *Charte*²¹² permet aux tribunaux de rendre une loi inopérante ou d'accorder des dommages-intérêts ou encore d'exclure des éléments de preuve advenant une contravention à une de ses dispositions. Le rôle que donne la *Charte* aux tribunaux en matière pénale au Canada est fondamental.

Cet extrait de la Cour suprême permet de saisir l'importance de l'influence du droit canonique sur le façonnement du droit britannique et subséquent du droit canadien.

Cependant, nous désirons nuancer, avec égards pour la Cour, l'énoncé qui se retrouve dans l'arrêt *Daviault*.

En effet, nous croyons que la création et l'évolution de l'élément intentionnel du crime en droit canadien ne vient pas véritablement du droit canonique mais beaucoup plus de la théologie. Ce que nous soutenons et nous avons abordé cette question précédemment, c'est que l'Église et ses clercs ont

210. *R. c. Daviault*, *op. cit.*, note 3, p. 73.

211. *Loi sur le Canada*, Annexe B, (1982), (R.-U.), c. 11, sanctionnée le 17 avril 1982, ci-après intitulée *Charte*.

212. *Charte*, article 24.

profondément marqué le développement du droit en Europe mais pas exclusivement par le biais du droit canonique.

Ce droit a exercé une influence, mais à notre avis l'élément marquant a été la présence de clercs, prêtres, abbés ou évêques, à des postes importants auprès des cours européennes et surtout en Angleterre avant la réforme, ce qui leur a permis d'influencer le droit laïc en empruntant surtout à la théologie, mais également au droit canonique et au *Ius Commune*.

Une conception des rapports entre l'homme et Dieu a modifié la trame des rapports sociaux. L'Église du XIII^e siècle ne vit plus sous les lois romaines : elle a vigoureusement exploité la loi romaine pour construire son droit privé. La science qui la dirige dans cette entreprise, c'est la théologie morale.²¹³

Ainsi, les théologiens vont exercer une influence sur le façonnement du droit pénal notamment en utilisant des pénitentiels à l'égard des fidèles qui commettaient des péchés et qui désiraient obtenir l'absolution par le sacrement du pardon.

Il est évident que l'intention du pénitent joue un rôle important sur la perpétration d'un péché et sur la peine qui lui sera imposée. L'Église dans ses pénitentiels insiste sur les éléments mentaux du péché. Pour les théologiens ou les prêtres qui connaissaient le droit canonique, il était facile d'appliquer cette doctrine au droit pénal laïc pour s'assurer de la justesse du droit, des principes sous-jacents d'équité pour finalement en arriver à une véritable justice²¹⁴.

213. G. LE BRAS, *op. cit.*, note 190. Voir également Y. BONGERT, *op. cit.*, note 74, p. 314, relativement au rôle des théologiens et C. MUNIER, « Droit canonique et Droit romain d'après Gratien et les Décrétistes » dans *Études d'Histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Tome 2, Paris, Sirey, 1965, p. 943. « Bien qu'elle s'inscrive dans la tradition grégorienne, la doctrine de Gratien s'élève donc à un plan supérieur : à l'utilisation essentiellement polémique ou apologétique du droit romain fait déjà place une prise de conscience de sa valeur constructive, au service de la cité chrétienne, où le droit séculier et le droit canonique se prêteront un mutuel appui. » G. CÔTÉ HARPER, A. MANGANAS, J. TURGEON, *op. cit.*, note 173, p. 247. P. VIOLLET, *op. cit.*, note 85, p. 25.

214. Y. BONGERT, *Cours d'histoire du droit pénal*, Paris, (1969-70), p. 321. R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, Vendôme, P.U.F., 1936, p. 14. C. DE CLERCQ, *La législation religieuse franque de Clovis à Charlemagne*, *op. cit.*, note 78, p. 308. « Les conciles de Châlon et de Tours en 813 s'élèvent contre les pénitentiels insulaires et exigent que ceux qui sont publiquement convaincus d'avoir commis un crime public fassent pénitence publiquement [...] Théodulphe punit l'homicide

Les canonistes et les théologiens étaient également en mesure après la découverte du *Codex Juris Civilis* de Justinien d'étudier le droit romain antique et de constater que les Romains avaient dégagé les racines d'un élément intentionnel dans le dommage perpétré afin d'identifier adéquate-ment la réparation appropriée. Les théologiens l'ont appliqué à l'élément constitutif de l'infraction afin de ne punir que les prévenus ayant délibérément posé un geste répréhensible. C'est en fait véritablement au XIV^e siècle que les clercs affirment les principes selon lesquels il y a une véritable distinction entre le dol et la faute non intentionnelle et que la peine et la culpabilité doivent être en fonction de l'intention²¹⁵.

Déjà, Saint-Augustin avait eu à réfléchir sur l'intention des hommes, leur rectitude d'esprit pour les amener à la gloire éternelle dans la *Cité de Dieu*. Saint-Augustin, docteur de l'Église aura avec son œuvre fondamentale la *Cité de Dieu*, rédigée de 413 à 426, inspiré et influencé la pensée chrétienne du IX^e siècle au XV^e siècle²¹⁶. Pour Saint-Augustin, il est essentiel en lisant la Bible de faire comprendre aux hommes les volontés de Dieu afin de les amener dans le droit chemin. Saint-Augustin lui-même savait fort bien qu'il ne peut y avoir de véritable bien, de véritable bonté, et de paix en s'éloignant du chemin tracé par Dieu²¹⁷.

Alors que les Goths d'Alaric s'emparent de Rome, que la ville est soumise aux pillages et aux saccages et que les prêtres de la religion romaine s'inquiètent et prétendent qu'il s'agit de la vengeance des dieux oubliés, Saint-Augustin répond avec la *Cité de Dieu* et décrit à sa façon la chute de

volontaire d'une pénitence perpétuelle [...] L'Église par l'intermédiaire de ses clercs impose pénitences aux fidèles suite à la perpétration de délits de droit commun. Si le crime est public, la pénitence sera publique.

215. J. PRADEL, «Droit pénal et christianisme. Quelques observations brèves», dans *La Faute, la peine et le pardon, Actes du XV^e colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Téqui, 1999, p. 32.

216. G. FEUER, *op. cit.*, note 39, p. 21.

217. SAINT-AUGUSTIN, *Les confessions*, Paris, Flammarion, 1964, à la page 139 : «[...] et que c'est dans le Christ, votre Fils, notre Seigneur, dans les Saintes Écritures, recommandées par l'autorité de votre Église catholique, que vous avez placé le chemin du salut pour l'homme, vers cette vie qui suivra la mort.»

Rome à l'avènement d'un nouveau règne. La *Cité de Dieu* sera donc un livre marquant qui influencera les théologiens pour les siècles à venir.

Le thème de cet ouvrage, deux cités qui correspondent en fait aux deux types de genre humain, le bon et le mauvais, l'opposition entre le bien et le mal, celui qui veut vivre selon l'enseignement de Dieu et les autres. Cet ouvrage va donc pousser Saint-Augustin à s'interroger longtemps sur le bien et le mal, sur le péché et sur ce qui pousse les hommes à agir ainsi²¹⁸. Saint-Augustin affirme dans la *Cité de Dieu* que c'est toujours volontairement que l'homme va pécher²¹⁹.

Le mal moral ne peut remonter à Dieu; seul en est responsable une volonté libre créée qui a refusé de se tourner vers Dieu pour se complaire en soi²²⁰.

Saint-Augustin ajoute :

[...] et que nous faisons volontairement tout ce que nous avons connaissance et conscience de faire uniquement parce que nous le voulons [...] Mais du fait que l'ordre des causes est déterminé par Dieu il ne s'ensuit pas que rien ne dépende de l'arbitre de notre volonté [...] Les prières aussi ont une grande force pour obtenir les biens qu'il a prévu d'accorder à ceux qui prient et c'est en toute justice que des récompenses ont été établies pour les bonnes actions, des châtiments pour les péchés car si l'homme pèche, ce n'est pas parce que Dieu a prévu qu'il pécherait. Il sait fort bien au contraire que c'est lui qui pèche quand il commet un péché car celui dont la prescience est infallible a prévu que le péché ne serait commis ni par le destin, ni par la fortune, ni par rien d'autre mais par le pécheur lui-même. Assurément, il ne pèche pas s'il ne le veut pas [...].²²¹

Pour Saint-Augustin, bien que Dieu gouverne le monde, il n'en demeure pas moins que Dieu ne dirige pas le monde. Il n'y a pas de place pour le déterminisme. Dieu est la source du

218. G. BARDY, *Saint Augustin*, Paris, Desclée de Brouwer, 1948, p. 358.

219. SAINT-AUGUSTIN, *Cité de Dieu*, Livres II et IV, Paris, Desclée de Brouwer, 1959.

220. *Id.*, p. 783.

221. *Id.*, pp. 677, 679, 681, 689.

monde, il a créé le monde à son image et Dieu est la bonté suprême. Le monde créé par Dieu est nécessairement un monde bon, mais l'homme créé à l'image de Dieu est libre de poser des choix, de suivre Dieu ou de s'en écarter.

L'homme est donc créé et il est créé unique, selon les écritures; les animaux sont (sic) créés « au pluriel », mais on ne parle que d'un homme, nature intermédiaire, médiane ou moyenne entre les anges et les bêtes, avec la liberté, le choix : s'il demeure fidèle, il « rejoint » la société des anges et obtient à jamais, sans passer par la « mort, la béatitude éternelle » (XII, 22). Par contre, s'il use de sa liberté en abusant par orgueil, il connaîtra la mort [...].²²²

Saint-Augustin plus que tout autre théologien jette ainsi les bases de sa doctrine sur la conception du monde, la bonté de Dieu et de l'homme, de la possibilité pour l'homme de s'éloigner de Dieu selon sa volonté et de la bonté et du rôle de l'Église au titre de gardienne de la loi et de l'ordre social. Unité dans la diversité, mais toujours vers Dieu. Ce rôle l'Église le jouera pleinement au Moyen-Âge à titre de gardienne des lois et d'arbitre des preuves. Ce rôle aura un impact sur la société du Moyen-Âge, sur le droit, sa conception et son enseignement.²²³

Ce rôle universel de l'Église va inspirer les théologiens et les juristes afin de développer un droit universel applicable à l'Europe, à tout le moins à titre supplétif c'est véritablement à cela que sert le *Ius Commune*. La théologie, la première des sciences quant à elle alimentera cette sphère de la pensée qui aura un impact non négligeable sur le droit de l'époque.

Par son ouvrage, la *Cité de Dieu*, Saint-Augustin sans le savoir devenait un modèle d'inspiration pour les juristes des siècles futurs qui allaient développer le concept de *mens rea*.

Lorsque plusieurs siècles après, Gratien avec le *Décret* allait écrire que les éléments de la volonté se retrouvent dans la liberté et l'intention, il s'agissait simplement d'une

222. L.J. BORD, *Saint-Augustin, la Cité de Dieu*, Institut d'études théologiques, Poitiers, 14 novembre 1986, document non publié.

223. P. LEGENDRE, *op. cit.*, note 112, p. 24. A. ESMEIN, *op. cit.*, note 192.

adaptation plus moderne de l'extrait de la *Cité de Dieu* de Saint-Augustin que nous avons cité précédemment²²⁴.

Cependant, il revient à Saint-Thomas d'Aquin d'avoir étudié en profondeur dans la *Somme théologique* les causes du péché, de la faute et de l'intention ainsi que les relations entre la justice de Dieu et celle des hommes.

C'est par les théologiens que notre conception moderne de la *mens rea* est apparue car le péché qui est en fait le mal se rapproche souvent du crime et dans les deux cas c'est toujours avec la volonté que l'acte est réalisé.

Puisque dans bien des cas les clercs étaient aussi les juges et que bien des actions étaient contraires à la loi divine et à la loi humaine, il était normal d'exiger et de rechercher un état d'esprit coupable avant de condamner le présumé auteur des actes posés.

Toutefois, dans ce domaine, c'est la théologie qui a procédé aux spéculations les plus approfondies sur les causes du péché. Saint Thomas d'Aquin — le Prince des théologiens, diront les

224. En effet, la *Cité de Dieu* date de 413 à 426, *op. cit.*, notes 218, 219, 220, alors que le Décret de Gratien date des années 1140, *op. cit.*, note 99, *Décret de Gratien*, c. XV, qu. 1, pr. 4, «*risque adeo peccatum voluntarium malum est, ut nullo modo peccatum sit, si non sit voluntarium*». R. METZ, «La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval» dans *La Responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, p. 92. «Pour les canonistes du début de l'époque classique, la volonté est la condition primordiale à toute imputabilité». H. PARENT, «Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien» (2000) 45, *McGill L.J.*, pp. 985, 1020. L'auteur dans un texte intéressant reconnaît l'apport important de l'Église au développement du droit occidental. Cependant son étude se limite surtout au droit canonique sans pour autant faire une recherche de l'influence de la théologie sur le développement et l'influence d'une approche plus subjective du crime imputant une responsabilité morale à l'auteur de l'acte. Par la suite, des auteurs anglais dont John Austin ou James Stephen tenteront de faire triompher une conception matérialiste de l'acte volontaire. Voir H. PARENT, p. 1003. C'est ce que soutenait madame le juge McLachlin, aujourd'hui juge en chef de la Cour suprême du Canada, dans *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5. Il y a donc une tendance en droit canadien à l'effet que la *mens rea* n'inclurait pas tous les éléments moraux du crime. Pour le juge Lamer, dans *R. c. Daviault*, *op. cit.*, note 3, l'*actus reus* pourrait même comporter son propre élément moral. Cependant, nous considérons qu'il est exact de prétendre qu'au Canada présentement pour être reconnu coupable d'une infraction ou d'un crime, la poursuite doit démontrer que la personne a posé un acte libre et volontaire ou était conscient des conséquences du geste posé. Voir à ce sujet J. FORTIN, *Le mens rea en droit pénal canadien*, thèse de doctorat en droit, 1971, Université de Montréal, (non publiée).

humanistes en le citant — a laissé au droit canonique comme au droit laïc le legs le plus riche d'observations sur les causes de la faute.²²⁵

L'œuvre de Saint-Thomas, la *Somme théologique*²²⁶ représente une véritable synthèse de la doctrine patristique et plus spécifiquement de l'œuvre de Saint-Augustin adaptée à son temps, et il s'agit d'une véritable vision globale de la foi de l'Église. C'est un mariage entre la loi et la raison à la lumière des œuvres des Grecs, surtout Aristote, afin de décrire la foi catholique avec un souci toujours constant de l'orthodoxie religieuse. L'influence de son œuvre est grande car Saint-Thomas a fait une étude en profondeur du droit naturel qui dans sa vraie tradition a toujours soutenu les lois²²⁷.

Grâce aux écrits de Saint-Thomas, son étude de l'homme et de la loi naturelle devenait source d'inspiration pour les juristes du Moyen-Âge²²⁸.

Ainsi, dans son étude du péché et de ses causes, Saint-Thomas affirme qu'il faut trouver une cause directe à l'acte

225. A. LAINGUI, M. CRÉPIN, *op. cit.*, note 72, pp. 616. Voir également J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo - American Law and Canon Law, op. cit.*, note 206, p. 168. L'auteur soutient qu'un crime doit être jugé selon la perspective du péché ce qui permet au juge d'imposer une peine juste afin de réhabiliter le contrevenant. Ceci n'est pas sans rappeler les concepts de droit romain énoncés précédemment sur la question du dol (*dolus*) et de la faute (*culpa*). Cependant, nous croyons que grâce aux écrits de St-Thomas, le crime ne doit pas être analysé uniquement dans une perspective de péché pour imposer la peine mais dans une perspective pécheresse qui influence l'intention et qui pousse au mal. L'intention fait partie intégrante du péché tout comme elle est partie intégrante de l'infraction.

226. SAINT-THOMAS D'AQUIN, *La somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1962. A.G. SERTILLANGES, *La philosophie de Saint-Thomas d'Aquin*, Paris, Éd. Aubier Montaigne, 1940, p. 186 et ss.

227. M. VILLEY, « Saint-Thomas dans l'histoire des sources » dans *Études d'histoire du droit canonique : dédiées à Gabriel Le Bras*, Tome 1, Paris, Sirey, 1965, p. 385.

228. M.-D. CHENU, « *Officium*, théologiens et canonistes » dans *Études d'histoire du droit canonique : dédiées à Gabriel Le Bras*, Tome 2, Paris, Sirey, 1965, p. 835. L. MAZEAUD, « La faute et le péché », (1946) 4 *Les Cahiers du droit*, p. 3. A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit, op. cit.*, note 138, pp. 28 et 29. « La philosophie pénale de l'ancien droit ne pouvait être développée qu'à travers le droit romain, le droit canonique et la théologie. » En fait, la conception moderne de la responsabilité en droit canadien repose toujours sur la théologie. Également D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, Tome 1, Paris, De Bure, 1771, p. 10.

même du péché et que cette cause immédiate est la raison et la volonté ou encore l'intention²²⁹.

Ainsi, en définitive c'est la volonté qui, n'étant plus dirigée par la règle de la raison ni par celle de la loi divine, et recherchant un bien périssable, cause l'acte du péché directement et par soi.²³⁰

De plus, loin de s'éloigner de la pensée de Saint-Augustin que nous avons étudiée précédemment, Saint-Thomas y réfère et s'en inspire en ce qui a trait aux causes du péché notamment à la volonté²³¹.

Saint-Thomas reconnaît également dans son chapitre intitulé les *Actes humains*, que la volonté n'a pas uniquement pour objet le bien mais aussi le mal et que l'intention est proprement un acte de la volonté²³². Il nous expose dans la *Somme* sa doctrine du péché en soulignant la responsabilité morale et pénale de l'auteur. Cependant, tout en reconnaissant qu'une faute peut entraîner un péché et aussi un crime, il n'assimile pas le péché au crime. Il recherche la véritable justice, celle de Dieu tout en reconnaissant que les hommes

229. S. TH., *op. cit.*, note 226 I^a-II^{ae}, Question 75, article 2. P.F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou principes généraux sur ces matières suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Le Breton, 1762, p. 6 : « L'on voit par-là qu'il faut bien distinguer dans le crime, le fait de l'intention; que l'intention sans le fait peut former un crime devant Dieu sans rendre ce coupable sujet à la justice humaine, tandis qu'au contraire le fait sans l'intention peut soumettre à cette même justice celui qui ne serait point d'ailleurs coupable aux yeux de ce suprême Scrutateur des cœurs qu'en un mot, c'est principalement par la réunion du fait extérieur avec l'intention que se forme le crime dont nous voulons parler ici. » Ainsi, pour Muyart de Vouglans, il est évident que le droit romain et le droit canonique sont des sources du droit pénal français et qu'en plus, le crime pour être formé doit nécessairement comporter l'élément intentionnel et le geste, ce qui est toujours le cas en droit canadien et en droit français selon l'article 121-3 du *Code pénal*.

230. S. TH., I^a-II^{ae}, Question 75, article 1.

231. S. TH., I^a-II^{ae}, Question 75, article 2.

232. S. TH., I^a-II^{ae}, Question 8, article 1; Question 12, article 1 dans *Les Actes humains*. A. LAINGUI, « Le premier grand traité de responsabilité pénale : Le « *De Poenis temperandis* » d'André Tiraqueau (1559) » dans les *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Éditions A. Pedone, 1980, p. 190 : « L'exposé le plus scientifique des circonstances pouvant modifier le caractère des actes humains se trouve dans la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin. L'influence antique n'y fait pas non plus défaut. À partir d'Aristote et de Cicéron, saint Thomas résume l'ensemble des circonstances définies comme « les accidents individuels des actes humains. » Saint-Thomas tout en reprenant certains passages d'Aristote notamment de son traité de l'Âme y ajouta une perspective chrétienne.

doivent aussi rendre justice et faire respecter les lois mais avec des imperfections propres à la nature humaine. En ce sens, Saint-Thomas est loin de la doctrine des positivistes du XIX^e siècle.

Dans sa théorie de la loi, Saint-Thomas note que le prince procède par déterminations assez largement arbitraires; il édicte des règles fixes les mêmes pour toutes et toute règle générale écrite, faite pour la moyenne des cas, pour le grand nombre (*in plerisque*) manque à assurer la justice de chaque cas particulier. Mais telle est la condition de la justice temporelle, et pourquoi la responsabilité pénale est nécessairement appréciée d'une façon fort différente que le serait la culpabilité morale.²³³

Saint-Thomas en étudiant les causes du péché et le rôle de la volonté aura influencé le droit. Son œuvre est devenue source de droit et ses réflexions sur la morale et le droit auront guidé les juristes de l'ancien régime en ce qui a trait aux principes qui gouvernent la responsabilité ainsi que l'échelle des peines à être imposées²³⁴.

233. M. VILLEY, « La Responsabilité chez Saint-Thomas », dans la *Responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, p. 131. J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1991. Cependant la morale chrétienne fera et c'est en cela une grande innovation, toujours coexister la faute et la peine. P. PIPROT D'ALLEAUME, « Christianisme et institutions pénales », (1953) 29 *Les Cahiers du Droit*, p. 16 : « [...] du point de vue de la morale chrétienne, deux relations caractérisent fondamentalement à la fois la faute et la peine : l'une à l'« ordre » des choses considéré en lui-même naturel ou surnaturel, l'autre à la volonté qui, en faisant elle-même partie de cet ordre, ne saurait en définitive s'y soustraire. ». P. BOUZAT, J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie droit pénal général*, T.1, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 87.

234. M. VILLEY, *op. cit.*, note 233, p. 118. Voir également TIRAQUEAU, *Le « De poenis Temperandis »* de Tiraqueau, (1559), Introduction, traduction et notes de André Laingui, Paris, *Economica*, 1986, p. 28 : « Aussi, dit-il, sur les points déterminés selon la loi divine ou selon la loi humaine, il n'appartient pas au juge de faire miséricorde. Ainsi, s'exprime-t-il dans sa Somme (IIa, IIae, Question 67, art. 4). [...] De la même manière *a contrario*, le juge ne doit pas se montrer plus sévère que la loi [...] ». P.F. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, note 229. A. LAINGUI, « L'homme criminel dans l'ancien droit », (1983) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, p. 19. « Pour les juristes, docteurs ou praticiens, tout criminel est bien un pécheur : l'étude du péché et de ses causes se confond aussi avec l'étude du crime. ». J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law*, *op. cit.*, note 206, p. 167. L'auteur soutient que l'influence du droit canonique se fait également sentir en droit criminel puisque selon la doctrine de Pierre Lonbard au XII^e siècle, il ne peut y avoir de péché lorsqu'il n'y a pas d'interdit. Ce principe théologique a été réutilisé en droit criminel au Canada notamment par l'utilisation de la maxime « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

Cette influence des clercs et de la théologie est également fort présente en Angleterre que ce soit des débuts du VIII^e siècle jusqu'au Moyen-Âge. Même après la réforme protestante les fondements du droit élaborés par les clercs catholiques restèrent et régirent le droit jusqu'à aujourd'hui. Cette influence sur le droit anglais est capitale dans le cadre de notre étude car le Canada encore aujourd'hui possède et utilise un droit pénal d'inspiration britannique.

Les premiers juges du « common law » furent des clercs et des laïcs nommés « *ut audirent omnes regni et rectum facerent* ». Agissant avec une vigueur jeune et une simplicité hardue, guidés par les principes du Droit Naturel et de l'Éthique chrétienne, ces hommes et leurs successeurs (parmi lesquels Glanvil et Henri de Bracton) posèrent les fondations solides du « common law ». ²³⁵

Si les clercs ont réussi à influencer et à insuffler des principes chrétiens à la common law, combien ces principes ont-ils été encore plus présent à la Cour du chancelier, une Cour présidée par un clerc qui pouvait innover et redresser les iniquités de la rigide common law²³⁶. C'est cette Cour qui décernait des breffs et qui en a créés afin de trouver des solutions en équité²³⁷. Cette équité si précieuse aux yeux de Saint-Thomas d'Aquin et aux clercs formés en droit civil et en droit canonique et qui s'inspiraient du *Ius Commune*²³⁸.

En fait, en droit anglais le développement de la *mens rea* à titre d'élément essentiel de l'infraction tire sa source de l'œuvre de Saint-Augustin et plus tard de Saint-Thomas d'Aquin tout comme l'était le droit pénal de l'Ancien régime en France²³⁹.

235. R. O'SULLIVAN, *op. cit.*, note 203, p. 7. C.R. CHENEY, « Aspects de la législation diocésaine en Angleterre au XIII^e siècle » dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, tome I, Paris, Sirey, 1965, p. 42.

236. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, note 206, p. 10.

237. G. LETOURNEAU, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*, Toronto, Butterworths, 1976, p. 12.

238. C. DONAHUE JR., *op. cit.*, note 169, p. 1769.

239. J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2^e éd., New York, Bobbs-Merrill, 1947 p. 79. Voir également A. LAINGUI, A. LE BIGRE, *Histoire du droit pénal*, Tome I, Paris, Cujas, p. 26 : « La philosophie pénale de l'ancien droit ne pouvait être développée qu'à travers le droit romain, le droit canonique et la théologie [...] le droit

La *mens rea* au Canada provient donc à notre avis non pas du droit canonique, mais du développement du droit pénal britannique, de la Cour du chancelier, de la common law façonnée par les principes de théologie morale utilisés par des clercs et des laïcs au Moyen-Âge.

Nous voyons à Westminster et dans les *Inns of court* voisines un groupe d'hommes qui méritent plus d'attention qu'il n'en reçoit de nos historiens sans indulgence pour eux parce que sans formation juridique.²⁴⁰

En fait, ces laïcs sont des juristes formés dans les *Inns of Court*, ces auberges où se réunissaient des avocats afin de discuter de leurs causes et de la façon de les plaider. Cette façon de créer le droit n'a rien d'académique, elle revêt un caractère très pratique. Cependant, les *Inns of Court* ont constitué des écoles de formation véritable pour l'édification de la common law. Il ne faut pas passer sous silence que les avocats qui appartenaient aux *Inns of Court* étaient des plaideurs, des *barristers*, des hommes de lois d'une instruction certaine et qui connaissaient non seulement le droit, mais aussi la philosophie et la théologie. Eux aussi ont contribué à modeler la common law de principes chrétiens.

Né dans une communauté chrétienne et nourri pendant des siècles des principes de théologie et de philosophie chrétienne, le common law anglais avec sa conception de l'homme comme créature faite à l'image de Dieu a un sens profond de la dignité humaine et de la liberté humaine. Chaque homme dans le common law est présumé bon, innocent de crime ou de mal, jusqu'à preuve du contraire [...].²⁴¹

Le résultat de tout cela est que le droit anglais du Moyen-Âge et par la suite le droit pénal contemporain sont

canonique classique lui-même n'avait pas élaboré cette théorie générale, non plus que le droit romain qui ne nous a laissé aucun grand traité de droit pénal. C'est avec Saint-Thomas seulement que des spéculations plus approfondies par les causes du péché et du délit ont pénétré le droit criminel, celui de l'Église et par ce dernier celui du siècle. » A. BERISTAIN, « Pas de criminologie chrétienne mais [...] » dans les *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Éditions A. Pedone, 1980, p. 23.

240. R. O'SULLIVAN, *op. cit.*, note 203, p. 8. R. MARIUS, *Thomas More : A Biography*, New York, Alfred A. Knopf, 1984, p. 28.

241. R. O'SULLIVAN, *op. cit.*, note 203, p. 9.

demeurés imprégnés des principes chrétiens. Les auteurs de doctrine en Angleterre tout comme en France vont s'inspirer des textes de Saint-Augustin et de Saint-Thomas d'Aquin pour édifier le droit²⁴².

Cette influence a tellement imprégné le droit pénal que grâce à cela la *mens rea* subsiste toujours et qu'elle est une composante essentielle de l'infraction en droit pénal canadien. C'est son origine méconnue qui contribue à faire toute son originalité, elle prend naissance dans le christianisme pour se développer dans la théologie et finalement grandir dans le droit pénal britannique et français.

SECTION III. L'INFLUENCE DU CHRISTIANISME SUR LA PROCÉDURE PÉNALE

Dans cette dernière section, nous aborderons deux autres facettes de l'influence du christianisme sur le développement du droit pénal.

Paragraphe 1. La présomption d'innocence

La présomption d'innocence est un concept fondamental en droit pénal canadien qui comme nous l'avons mentionné puise ses racines dans *L'Utopie* de Thomas More²⁴³ mais aussi dans l'œuvre de Saint-Thomas d'Aquin pour qui l'homme est bon tout en demeurant libre de choisir ses actions et en demeurant responsable des effets de ses actions lorsqu'il est sain d'esprit. En fait, l'homme est bon car il est à l'image de Dieu. Cependant, puisqu'il est marqué du péché originel et qu'il possède la volonté, il peut également faire le mal et en être responsable.

La présomption d'innocence, concept très important en common law tire également sa source du christianisme et plus spécifiquement de la Genèse où Dieu en créant le monde « vit que cela était bon »²⁴⁴. Dieu créa l'homme à son image, selon sa ressemblance, il les créa homme et femme pour qu'ils dominent la terre²⁴⁵.

242. *Ibid.*

243. T. MORE, précité, note 205.

244. *Genèse* 1, 26.

245. *Genèse* 1, 27-28.

Le système juridique anglais fortement influencé par le christianisme et développé par des clercs et des laïcs a forcément été imprégné et influencé par l'Église et sa conception humaniste dans un profond respect de la dignité humaine.

Plus spécifiquement, la Cour du chancelier, dirigée par un clerc, un conseiller du roi, allait également être influencée par le christianisme. Ce clerc jugera tout en s'assurant de respecter l'équité et cela va inclure la présomption d'innocence puisqu'il serait contraire à l'équité et à la dignité humaine de présumer qu'un homme est fondamentalement coupable avant d'avoir été jugé sur la preuve présentée devant le tribunal ou encore que de promouvoir une conception de l'homme qui serait un être intrinsèquement mauvais.

[...] on ne peut pas passer sous silence la féconde influence de l'*aequitas canonica* dans les îles britanniques, et par la suite, au rythme du flux et reflux de l'Empire britannique, dans les pays dits de common law. Il s'agit, d'ailleurs, d'une des voies les plus importantes de la pénétration et de l'implantation du droit canonique en Angleterre. La *Court of chancery* a effectivement développé, « *for the love of God and in way of charity* », un nombre considérable d'avenues juridiques d'évidente utilité.²⁴⁶

Cette influence s'est encore révélée par l'intermédiaire de la chambre étoilée. Les juges de cette Cour, bien souvent des clercs, ont non seulement utilisé les pénitentiels si nombreux en Angleterre afin de prononcer des peines justes et appropriées pour les condamnés mais en plus cet usage a influencé fortement le droit pénal et la criminologie en obligeant le tribunal à s'intéresser à la condition de l'accusé.

246. E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 99, p. 41. Voir également M.E. AVERY, « The History of the Equitable Jurisdiction of Chancery before 1460 » (1969) 42 *Bulletin of the Institute of Historical Research*, p. 135. W. BARBOUR, « Some Aspects of Eighteenth Century Chancery », (1918) 31 *Harvard L. Review*, p. 853. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 198, pp. 55-82. B. FERME, « A « Sea Full of Waves » : The « Canon Law Culture » of Fifteenth Century England », *Canon Law Society of Great Britain and Ireland Newsletter*, 1993, p. 44. J.A. GUY, *Christophe St-Germain on Chancery and Statute*, London, Selden Society, 1985. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law*, *op. cit.*, note 206, p. 33.

Ainsi, plutôt que de favoriser une approche objective avec un système rigide et brutal sans se soucier de l'intention de l'auteur du crime en ne regardant que le résultat comme chez les peuples germaniques ou même chez les Romains, les juges anglais s'intéressèrent à l'état d'esprit de l'accusé. C'est ce qu'a confirmé la Chambre des Lords dans l'affaire *Woolmington* en 1937. Reginal Woolmington était accusé du meurtre avec préméditation de son épouse. Lors du procès devant juge et jury, le juge instruisit le jury sur le droit avant les délibérations en lui indiquant que lors d'un procès pour meurtre, si la poursuite peut établir qu'une personne a été tuée, le droit va présumer que le geste a été posé avec malice. Cette conception du droit n'est pas sans rappeler la théorie romaine du délit où l'intention n'est pas indépendante du geste commis, mais sert plutôt à évaluer la peine une fois l'acte prouvé. Or, en appel la Chambre des Lords renversa les directives du juge au jury et la décision de la Cour d'appel en indiquant qu'une des règles d'or de la common law est la présomption d'innocence et que la poursuite doit démontrer hors de tout doute non pas seulement le geste reproché, mais aussi l'intention de l'auteur. Si un doute subsiste, l'accusé doit en bénéficier²⁴⁷.

Cette approche subjective permet une individualisation et une utilisation systématique de la responsabilité criminelle et de l'intention en droit anglais. L'importance est mise sur le crime et aussi sur le criminel afin de lui imposer une peine appropriée advenant une condamnation. Cette procédure en utilisant les pénitentiels allait constituer un changement fondamental pour le droit pénal en Angleterre et par la suite dans les pays de common law.

Mais revenons à Saint-Thomas sur l'intention, le péché et l'état d'esprit du coupable. Cette approche subjective reliée à la notion de repentir et le souci de sauver les âmes allait également influencer l'approche pénologique de la sentence en remplaçant dans bien des cas les mutilations et la

247. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, note 206, p. 13. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1981, p. 417. *Woolmington c. D.P.P.*, [1935] A.C. 462 à la p. 481 et J.C. MORTON, S.C. HUTCHISON, *The Presumption of Innocence*, Toronto, Carswell, 1987, p. 1.

peine capitale par l'emprisonnement afin de permettre au condamné de réfléchir sur les conséquences de ses actes pour éventuellement l'amener au repentir²⁴⁸.

Il est donc primordial de démontrer l'intention dans le crime avant d'imposer une peine et cette intention doit être démontrée par des moyens de preuves rationnelles.

Parmi les garanties exigées par le droit, il n'est rien peut-être d'aussi important ni d'aussi difficile à obtenir que la détermination de la culpabilité. Ce devrait être en droit pénal un principe inattaquable que la « peine » au sens juridique suppose toujours une « faute ». Le principe de causalité pure et simple ne mérite pas d'être reconnu comme un principe juridique suffisant à lui tout seul.²⁴⁹

Grâce au christianisme, la procédure en common law allait profondément être modifiée et cette influence allait demeurer au point d'être toujours présente et d'être enchâssée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁵⁰.

248. T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd., London Butterworths, 1956, p. 305. Voir également du même auteur T.F.T. PLUCKNETT, « The Relations between Roman Law and English Common Law down to the Sixteenth Century : A General Survey » (1939) 3 *University of Toronto Law Journal*, p. 47. Plucknett soutient également que la religion catholique et notamment l'œuvre de St-Thomas a contribué à développer cette idée; qu'il faut reconnaître que la loi provient d'une autorité suprême, de Dieu et qu'il est nécessaire de rendre à chacun son dû. D'ailleurs le préambule de la *Charte canadienne* reconnaît que le Canada et son système juridique reposent sur la règle de droit et reconnaît la suprématie de Dieu. P.H. WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge, Burt Franklin, 1925, p. 55. Les juges inspirés des principes de la religion catholique et du droit canonique ont été à même de réformer la sentence et de prononcer des peines adaptées au crime et à l'état du contrevenant. « La souplesse du droit pénal, fort ancienne est, elle aussi, très remarquable; le droit canonique fait ici figure de précurseur par rapport aux législations modernes. Les pouvoirs du juge sont très larges à divers égards : choix de la sanction, durée de la peine, sursis à statuer au sursis à l'exécution de la peine [...] » dans *Encyclopedia Universalis, Corpus 4*, Paris, 1984, p. 157.

249. PIE XII, « Discours du Souverain Pontife aux membres du VI^e congrès international de droit pénal – Orientations en droit pénal », (1953) 32 *Les cahiers de droit*, p. 93.

250. *Charte*, article 11(d). Cet article permet à toute personne accusée d'une infraction d'avoir le droit d'être présumée innocente jusqu'à ce qu'une condamnation survienne à la suite d'une audience publique par un tribunal impartial et indépendant. Voir également J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law, op. cit.*, note 206, pp. 78-79. L'auteur soutient également que la Cour du chancelier contribua à remédier à certains manquements qu'entraînait la common law en puisant dans le droit canonique et le christianisme.

Paragraphe 2. La règle à l'effet que la preuve de certains crimes implique l'obligation pour la poursuite de produire deux témoins

Il nous reste à mentionner brièvement en matière de preuve une autre influence concrète du christianisme sur le droit pénal. Il s'agit de l'obligation de produire deux témoins pour prouver certains crimes. Bien que le droit canadien n'exige pas plusieurs témoignages pour prouver un crime et que les témoignages s'évaluent mais ne se comptent pas, il n'en demeure pas moins que dans le cas du crime de parjure²⁵¹, crime très grave contre l'administration de la justice, un seul témoin ne suffit pas pour entraîner une condamnation. Or, cette règle voulant que dans les cas graves un seul témoin ne suffise pas provient à notre avis de la Bible notamment de l'Évangile de Jean où le Christ fait référence à la Loi juive concernant le nombre de témoins²⁵². Pour démontrer que le Christ dit vrai, il invoque cette règle et la confirme en soutenant qu'il rend témoignage à la vérité et que son Père fait de même. Cette règle sera reprise au Moyen-Âge afin de ne pas condamner rapidement et sommairement des gens pour des crimes graves²⁵³.

CONCLUSION

Il serait possible de continuer d'élaborer plus à fond sur l'influence du christianisme sur le droit pénal dans le monde occidental. Cette influence a été profonde et durable et elle a donné à l'être humain conscience de sa dignité. Cet article, nous le croyons, démontre un aspect concret de cette influence soit le développement et l'utilisation de la *mens rea* en tant qu'élément de l'infraction.

251. *Code criminel*, articles 131, 132 pour la preuve et 133 pour la corroboration. R. c. *Evans*, (1995) 101 C.C.C. (3d) 369 (C.A. Man.).

252. *Jean* 8, 13-19: « Il est écrit dans votre Loi que le témoignage de deux hommes est vrai. Je me rends témoignage à moi-même, et le Père qui m'a envoyé me rend témoignage ».

253. P. VIOLLET, précité, note 85, p. 26.

Il nous semble avoir illustré que le droit pénal actuel est tributaire de l'influence du christianisme. L'élément intentionnel de l'infraction tel que nous le connaissons tire son origine du christianisme, de ses notions de faute, de péché. Cela débouche nécessairement sur la peine visant la correction et le repentir car l'homme est bon, la personne humaine est digne. Le christianisme a été à même d'influencer considérablement le droit pénal dans ces notions fondamentales notamment la *mens rea* et la présomption d'innocence et c'est là un des objectifs que ce texte visait à démontrer. Le christianisme en instaurant des notions d'égalité et de respect de la personne entraîna une humanisation du droit pénal en Occident.

André A. Morin
199, rue F.X. Garneau
Boucherville (Québec)
J4B 6J9
(514) 283-9954