

La surutilisation de la peine d'emprisonnement : la contribution respective de tous les intervenants de justice au phénomène et le caractère trop timide de la réforme canadienne pour en réduire l'importance

Hélène DUMONT*

INTRODUCTION	357
I. UN ÉTAT DE LA QUESTION	358
II. LES FACTEURS POUVANT EXPLIQUER LE TAUX ÉLEVÉ D'INCARCÉRATION AU CANADA	363
A. La politique judiciaire en matière de sentencing	364
1. L'intimidation générale et le caractère exemplaire des sentences	365
2. La dissuasion particulière et la récidive	366
3. La réhabilitation et le choix d'une peine	366
4. La dénonciation d'une conduite criminelle et l'échelle de gravité des crimes	369
B. La législation ponctuelle en matière criminelle et l'aggravation du phénomène de la surincarcération	370
1. L'abolition de la peine de mort	370
2. La création de peines minimales	370
3. Les modifications au régime de libération conditionnelle	371
C. Les pratiques professionnelles et la justice	372

* Professeure titulaire, doyenne (1988-1992), Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

III. LE CARACTÈRE TROP TIMIDE DE LA RÉFORME CANADIENNE 373
CONCLUSION 377

Au Canada, lorsqu'il s'agit de porter un jugement sur le système canadien de détermination de la sentence, deux visions diamétralement opposées s'affrontent et donnent lieu à un diagnostic très différent sur le caractère trop clément ou trop sévère des sentences. Il se peut fort bien qu'à l'heure actuelle, il ne soit pas encore possible de changer l'opinion publique selon laquelle les sentences sont trop clémentes. Pourtant, selon le constat d'études empiriques, les sentences canadiennes sont généralement trop sévères et donnent lieu à une surutilisation de la peine d'emprisonnement.

L'affirmer aujourd'hui ressemble un peu à la position de Galilée qui affirmait que la terre était ronde à son entourage fortement convaincu que la terre était plate. On sait mieux maintenant qu'il faut du temps et des efforts d'explication pour rajuster certaines perceptions à la réalité.

Notre propos exige ainsi d'illustrer que l'opinion publique repose entre autres sur quelques erreurs de perception et que, statistiques à l'appui, l'on fait un trop grand usage de la peine d'emprisonnement. Bien entendu, certains diront à la blague : *there are lies, damn lies and there are statistics*, et ils demeureront convaincus qu'il faut plus d'emprisonnements et plus de châtiments.

Rappelons tout d'abord quelques causes à la base des erreurs ou des difficultés de perception des Canadiens. D'après des sondages effectués auprès de la population, la criminalité violente représenterait plus de 60% de la criminalité détectée; en réalité, celle-ci doit plutôt être estimée à 10% des activités criminelles rapportées, et ce pourcentage serait plus petit si l'on tenait compte des infractions criminelles reliées à la conduite automobile et à l'abus d'alcool.¹

Les Canadiens ne connaissent pas les peines prévues au *Code criminel* et n'ont pas réellement d'idée des sentences généralement imposées par les tribunaux pour la très grande majorité des infractions. La recension journalistique des affaires criminelles influence de façon déterminante l'opinion publique. Or, les médias accordent beaucoup d'importance aux crimes de violence, les commentant souvent de façon sensationnaliste, ce qui rehausse l'impression des Canadiens quant à l'importance de la criminalité violente au Canada. Les médias fournissent peu ou aucun renseignement pertinent qui permettrait par exemple au public de se faire une idée du caractère juste ou injustifié des sentences ou qui permettrait de les comparer aux sentences généralement pratiquées; enfin, les sentences sont ordinairement commentées dans les médias comme étant le résultat d'un processus irrationnel et ne pouvant être que l'expression d'un jugement débridé.²

À l'opposé de cette perception publique sur les sentences, les statistiques, les études empiriques et celles du gouvernement montrent que l'on fait un usage immodéré de l'emprisonnement.

-
1. Canada, *Rapport d'étape sur la sécurité dans les foyers et dans les rues*, gouvernement du Canada, Ottawa, 1995 à la p. 1. Voir de façon générale : J. Roberts, « Public Opinion, Crime and Criminal Justice » dans M. Tonry, ed., *Crime and Justice, A review of research*, vol. 16., Chicago, University of Chicago Press, 1992. Centre canadien de la statistique juridique, *Juristat*, vol. 15, n° 1, 1995, aux pp. 2 et ss. (compte rendu de la perception des Canadiens).
 2. J. Roberts, « Sentencing, Public Opinion and the News Media » (1995) 26 R.G.D. 115 aux pp. 117-120.

Le titre de notre conférence laisse entendre que nous pourrions ne pas être tendre à l'égard de la magistrature alors que l'accueil chaleureux des hôtes de ce colloque devrait nous imposer la délicatesse de la politesse tout autant que celle de l'amitié. En vous livrant ces quelques propos, nous souhaitons pourtant moins jeter le blâme sur les intervenants de justice que sont les juges, les avocats, les législateurs et les administrateurs que de tenter d'identifier et d'expliquer les différents facteurs qui contribuent actuellement au phénomène de la surutilisation de la peine d'emprisonnement au Canada et de plaider en faveur d'une réforme nettement plus majeure que celle de la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine)*³ sanctionnée le 13 juillet 1995.

Au cours de l'automne 1994, le ministre québécois de la Sécurité publique d'alors, M^e Serge Ménard, a formulé le projet de fermer quelques prisons provinciales. Lorsqu'il a évoqué ce projet pour la première fois, il fallait envisager, a-t-il souligné, que les juges imposent moins de peines d'emprisonnement et lui envoient moins de prisonniers. Pour dire tout haut ce que certains pouvaient penser tout bas : le politicien, à la fois législateur et administrateur des prisons québécoises, s'était aventuré sur un terrain qui n'était pas le sien, celui de la magistrature indépendante qui n'avait pas à recevoir une commande politique susceptible d'influencer ses décisions de justice.

Pourtant, lorsqu'il s'agit d'expliquer le phénomène de la surincarcération au Canada, il devient absolument essentiel d'identifier les contributions respectives de tous les intervenants de justice au phénomène et de démontrer le caractère interrelié et inextricable à la fois des choix législatifs, des décisions sentencielles, des pratiques professionnelles et des solutions administratives en matière carcérale.

I. UN ÉTAT DE LA QUESTION

Avant même d'identifier les facteurs ayant pu contribuer à la surutilisation de la peine d'emprisonnement, il convient tout d'abord d'illustrer, à partir de quelques données, le phénomène de la surincarcération au Canada. Un constat s'impose depuis une vingtaine d'années : il y a une augmentation significative du nombre de personnes incarcérées et du recours à la peine d'emprisonnement. Ceci ne s'explique pas seulement et principalement par la démographie et par une hausse générale de la criminalité. D'après des statistiques de 1972, le Canada avait 90 détenus par 100 000 habitants, comparativement à 114 prisonniers par 100 000 habitants en 1991-92.⁴ D'après le Centre canadien de la statistique

3. *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22. (*Projet de loi C-41*, 1^{re} session, 35^e législature, Canada, 1994).

4. P. Landreville, « Compensatory work program, a way of limiting prison use? The Quebec experience » (1994) 33 *Howard Journal* 236 aux pp. 237-238, l'auteur cite des données de Statistique Canada de 1993. Ayant consulté plusieurs études, nous avons choisi de citer les chiffres de l'année 91-92, pour nous permettre de faire des corrélations dans cet article. Statistique Canada a rendu publiques au cours du mois de janvier 1995 de nouvelles données sur l'incarcération au Canada, révélant pour l'année 1994 une augmentation de

juridique qui a publié, en 1993, une étude très importante sur la détermination de la peine par les tribunaux provinciaux de juridiction criminelle pour adultes et compilant des données de 400 000 décisions rendues en 1991-92,⁵ le Canada occupe actuellement le deuxième rang, après les États-Unis, des pays occidentaux démocratiques et industrialisés qui connaissent les plus hauts taux d'incarcération.⁶ Entre 1989 et 1994, le nombre total de cas d'incarcération ou sous surveillance directe de l'organisation correctionnelle (fédérale et provinciale) a augmenté progressivement de 31%.⁷ Statistique Canada atteste que la criminalité violente détectée a été en hausse entre 1977 et 1992, mais révèle qu'il y a eu fléchissement de cette tendance ascendante depuis trois ans.⁸ En tout état de cause, la hausse du taux d'incarcération est plus élevée que la hausse de la criminalité. Les statisticiens sont même prudents lorsqu'il s'agit de commenter les chiffres sur la violence au Canada et ils hésitent à parler de hausse réelle de la criminalité violente; il leur paraît plus évident d'affirmer que certaines formes de criminalité violente sont plus souvent dénoncées. Cela s'expliquerait par des stratégies de tolérance zéro ou des programmes de soutien aux victimes de violence criminelle.⁹ Pour la même année de référence (1991-92), on retrouvait la répartition suivante : 18 944 personnes incarcérées dans les prisons provinciales et 11 783 personnes détenues dans les pénitenciers fédéraux. Du nombre général de détenus canadiens, plusieurs ont été incarcérés pour avoir fait défaut de payer l'amende, en l'occurrence 16% de toute la population carcérale canadienne ou 33% de la population des prisons provinciales.¹⁰

3.3% de la population carcérale par rapport à l'année précédente (1993) qui elle aussi avait augmenté par rapport au taux d'incarcération mentionné dans cet article. L'année 1994 donne lieu au taux moyen d'incarcération le plus élevé jamais enregistré au Canada. *Infra* note 16.

5. Centre canadien de la statistique juridique, *La détermination de la peine dans les tribunaux provinciaux de juridiction criminelle pour adultes au Canada*, Étude de six secteurs de compétence — 1991-92, préparée par J. Turner, Statistique Canada, novembre 1993.
6. Solliciteur général, *Faits et chiffres sur les services correctionnels au Canada*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1992 aux pp. 17-18.
7. Centre canadien de la statistique juridique, *supra* note 1, vol. 15, n° 5 à la p. 1.
8. *Ibid.* vol. 15, n° 1, aux pp. 2 et 11.
9. *Ibid.* à la p. 11. Six crimes de violence sur dix sont des voies de fait simples entre personnes qui se connaissent. Les Canadiens surestiment considérablement les crimes de violence dont l'agresseur est un inconnu de sa victime.
10. Solliciteur général, *supra* note 6. Selon le Centre canadien de la statistique juridique, *ibid.* vol. 15 n° 5 à la p. 1, 52% des détenus en 1994 sont dans des prisons provinciales et 48% dans des pénitenciers.

Depuis l'adoption de son *Code de procédure pénale*, le législateur provincial a pourtant fait des efforts louables pour diminuer le recours à l'emprisonnement au Québec. Il a opté pour l'amende dans le contrôle des illégalités provinciales et il a mis sur pied un mode de perception des amendes visant la réduction du recours à l'emprisonnement et l'implication de la communauté dans l'exécution d'une peine. Mais le bilan des années 90 montre que 45 à 50% des admissions annuelles dans les prisons québécoises résultent encore du non-paiement d'une amende pénale.¹¹ Ces chiffres méritent toutefois d'être expliqués et nuancés. Il faut relativiser l'importance du pourcentage d'admissions dans les prisons provinciales imputables au défaut de paiement de l'amende en expliquant qu'en raison du court séjour des débiteurs d'amendes en prison, ceux-ci ne représentent que trois à sept pourcent de la population journalière dans les prisons provinciales au cours des années 90. Mais revenons à l'examen des statistiques de 1991-92 d'après lesquelles 8 458 personnes ont été admises dans les prisons québécoises pour ne pas avoir acquitté leur amende.

La moitié s'y trouvait par suite du non-paiement d'une amende fédérale, 30% des débiteurs auraient dû accomplir des travaux compensatoires et ne les ont pas effectués; certains débiteurs, pense-t-on, ne seraient pas acceptés dans les organisations pour des raisons liées à leur récidivisme, leur condition mentale ou psychosociale ou à leur dépendance à la drogue. De plus, on soupçonne, avec l'augmentation générale du montant des amendes imposées aux contrevenants au cours des récentes années, dans un contexte où les débiteurs d'amendes se sont en même temps appauvris, que cela a pu jouer au détriment de l'orientation prise par le *Code de procédure pénale*. Enfin, la clientèle qui a le plus bénéficié du programme de travaux compensatoires en 1991-92 est composée à 79% de personnes ayant commis des infractions liées à la circulation routière, et c'est aussi, en raison du nombre important de ces violations, une clientèle qui se retrouve en prison par suite d'une peine d'emprisonnement ou d'un défaut de paiement de l'amende.¹²

À cet égard, le contentieux pénal concernant les infractions provinciales et criminelles en matière de circulation routière est si important qu'il commande un examen global des stratégies préventives favorisant sa réduction. Le législateur provincial doit peut-être songer à d'autres façons d'obtenir les amendes des contrevenants dans le domaine des infractions reliées à la sécurité routière et prévoir des moyens plus ciblés de prévention générale.¹³

11. P. Landreville, *supra* note 4 aux pp. 241-244. Selon le Centre canadien de la statistique juridique, *ibid* le nombre d'admissions dans les prisons québécoises s'est accru de 38% entre 1989 et 1994.

12. P. Landreville, *supra* note 4.

13. Centre canadien de la statistique juridique, *Statistique de la criminalité au Canada 1992*, Ottawa, Statistique Canada, 1992 page couverture arrière : « De 1981 à 1991, le nombre de personnes accusées de conduite avec facultés affaiblies au Canada a diminué de 31% passant de 162 048 à 111 307 ». Mais il ne faut pas oublier que plusieurs provinces, dont le Québec, ne donnent pas un accès direct à l'acquiescement de l'amende par la voie des travaux compensatoires (*fine option program*). Les travaux compensatoires sont seulement une clause d'exécution d'une amende impayée. Encore beaucoup de débiteurs d'amende préfèrent la prison. Dans sa loi sanctionnée le 13 juillet *supra* note 3, le législateur

Abordons un autre aspect du phénomène de la surincarcération. Il est actuellement si important qu'il donne lieu à des constats de crise et à des gestes incohérents et improductifs dans une saine administration de la justice. Par exemple, la surpopulation carcérale oblige à recourir à la double occupation cellulaire dans les pénitenciers; un détenu sur quatre, actuellement incarcéré dans un pénitencier à sécurité maximum, est dans une cellule où l'on pratique l'occupation double, soit 1 200 détenus pénitentiaires. Les décisions de placement des détenus dans le réseau pénitentiaire sont souvent dictées par le surpeuplement sans égard au régime de sécurité que requiert un détenu. L'ombudsman correctionnel, dans son dernier rapport annuel,¹⁴ constate la détérioration des programmes pénitentiaires par suite de l'impossibilité de satisfaire l'ensemble d'une population carcérale trop importante; il note une augmentation sensible de la tension entre les gardiens et les détenus et craint dans ce climat malsain des événements de la nature d'une émeute ou d'un « bingo », pour reprendre le vocabulaire du milieu.

Dans les prisons provinciales, la pratique administrative de recourir à l'octroi systématique et répété d'absences temporaires en faveur d'un grand nombre de prisonniers se généralise pour endiguer le flot incontrôlé des admissions. Le phénomène n'est pas nouveau de recourir à des stratégies administratives de stabilisation des populations carcérales; mais il ne faut pas négliger le ressentiment éprouvé par les juges par suite de la non-exécution ou de la caricature de leurs sentences ainsi écourtées par les administrateurs de prisons et qui, en réaction à ce que l'on a fait à leurs sentences, peuvent par la suite imposer des peines plus sévères, cherchant à contrecarrer les décisions administratives en faveur de l'abrègement de l'incarcération.

N'oublions pas également que le tri entre les détenus qui peuvent bénéficier de décisions bienveillantes de l'administration ne s'opère pas nécessairement avec des préoccupations de justice à l'endroit des détenus. Le contrôle des populations carcérales obéit à des stratégies de calcul des risques de sécurité publique qui font peu appel à l'égalité de traitement. Par contre, lorsque le problème de la surpopulation s'aggrave, on fait sortir indistinctement, prématurément, voire immédiatement tous les détenus purgeant des courtes peines ou des sentences discontinues d'emprisonnement.

canadien incite les débiteurs d'amende à la payer en les privant d'une licence ou d'un permis dont ils souhaiteraient la délivrance ou le renouvellement jusqu'au paiement intégral de l'amende (art. 734.5 C.cr.). Il est difficile pour l'instant d'apprécier l'effet de cette mesure. On peut imaginer un débiteur d'amende préférer aller en prison et liquider rapidement sa dette pour ne pas avoir l'inconvénient d'être privé d'un permis de conduire par exemple. Plus de débiteurs d'amendes en prison?

14. *Rapport annuel de l'Enquêteur correctionnel*, Ottawa, ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1994 aux pp. 25-39.

On peut aussi noter un autre effet pervers de l'utilisation des mécanismes de régulation des populations carcérales. Plutôt que de remettre en question, au profit de solutions de rechange, le caractère utile des courtes peines d'emprisonnement en faveur desquelles on prend le plus souvent des décisions de remise en liberté par le mécanisme de l'absence temporaire, plutôt que de critiquer les emprisonnements inutilement longs, abrégés par la libération conditionnelle, la dénonciation publique finit toujours par porter sur ces moyens administratifs et invisibles de régulation de la population emprisonnée lorsqu'un détenu, remis prématurément en liberté, commet un nouveau crime ayant un retentissement dans la collectivité.¹⁵

Or cette critique publique, lorsqu'elle survient, tient généralement pour acquis le bien-fondé de toute peine d'emprisonnement, ne remet plus en question l'opportunité de toujours recourir à l'emprisonnement comme sanction criminelle et a de la difficulté à imaginer le caractère sévère des peines canadiennes.¹⁶ Quant aux législateurs, d'emblée peu courageux, ils laissent les mécanismes discrets et administratifs opérer tant et aussi longtemps qu'il n'y a pas de vague et ils ne prennent aucune mesure significative en vue de réduire le recours à l'emprisonnement. On a d'ailleurs vu, ces dernières années, le législateur canadien aller dans le sens d'une plus grande rigueur dans l'octroi de la libération conditionnelle pour calmer la population. Le législateur a ainsi retiré à certains

15. Voir sur ce point dans cet ouvrage la conférence de J.K. Gormley, *Public Perceptions of Parole*, *supra* p. 277.

16. Des sondages d'opinion et une étude pour le compte de la Commission Archambault révélaient en 1987 que les Canadiens ont une idée extravagante de l'importance de la criminalité violente au Canada et tiraient leur perception du soi-disant accroissement fulgurant de la violence au Canada à partir d'un ou deux crimes retentissants dans leur province, de recensions journalistiques portant seulement sur quelques affaires sensationnelles et de quelques remises en liberté non judicieuses de la Commission des libérations conditionnelles. Voir à cet effet : Annexe C du Rapport Archambault, Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, ministre des Approvisionnement et services Canada, 1987 aux pp. 99 et suiv. Voir aussi J. Roberts, *supra* note 2.

Le Centre canadien de la statistique juridique établit à 11% les affaires déclarées relatives à des crimes de violence pour l'année 92 (lorsqu'on établit les statistiques pour toutes les infractions du *Code criminel*, excluant les infractions criminelles de circulation routière). Voir à cet effet : *Statistique de la criminalité au Canada 1992*, *supra* note 13 à la p. 26. Tout en observant une hausse du taux de crimes de violence au Canada de 1977 à 1991, le Centre canadien de la statistique note une chute de ce taux pour l'année 1992 et met en garde d'interpréter les statistiques sur ce point particulier en confondant deux réalités très différentes : le taux réel d'événements criminels violents au Canada et le taux réel des affaires déclarées qui, s'il a augmenté, l'a peut-être fait en raison de politiques favorisant la dénonciation et le signalement de tels événements. *Ibid.* à la p. 16 : « L'augmentation récente des taux de crimes de violence peut, en partie, être attribuable à la sensibilisation accrue du public, à une moins grande tolérance à l'égard de la violence et, de ce fait, à une plus forte et propension à signaler ces crimes ». De plus, le taux de crimes violents a chuté depuis 92 et a donné lieu à une chute moyenne de 3% en 1994. Il s'agit de la plus forte baisse depuis que Statistique Canada a commencé à recueillir des données en 1962 : voir à cet effet « La criminalité est en baisse au Canada » *La Presse* (3 août 1995) A8. Cet article rapporte les statistiques de Statistique Canada.

détenus le droit à une remise en liberté avant l'échéance de leur terme. À son tour, le législateur canadien a contribué à la dramatisation du problème de la surincarcération qui, pourtant, lui cause bien des soucis lorsqu'il élabore le budget de l'État. Et dans cette spirale de décisions en chaîne, il ne faut pas se surprendre si les politiciens finissent par se convaincre de construire davantage de prisons et plus de pénitenciers. Ils ont oublié depuis belle lurette la source de tous leurs maux; ils ont oublié de revoir en profondeur toute la législation criminelle qui favorise le recours systématique et prépondérant à la peine d'emprisonnement.

Les années 90 ont donné lieu à d'autres résultats désastreux au plan de l'incarcération au Canada : une surreprésentation indéfendable des autochtones dans les institutions carcérales (surtout dans les Prairies)¹⁷ et une augmentation significative de la proportion des détenus condamnés à de longues peines (10 ans et plus). D'après les statistiques officielles de 1991-92, le coût annuel moyen de l'incarcération d'un détenu dans un pénitencier fédéral masculin s'établit à 51 814 \$ et va jusqu'à 69 288 \$ dans un pénitencier à sécurité maximale qui reçoit le quart (24.4%) de la population pénitentiaire. Ce coût passe à 83 242 \$ dans les institutions de détention pour femmes.¹⁸ Un détenu dans une prison québécoise coûte, lui, 56 000 \$ par année.

II. LES FACTEURS POUVANT EXPLIQUER LE TAUX ÉLEVÉ D'INCARCÉRATION AU CANADA

Compte tenu de l'ampleur du problème de l'incarcération au Canada, notre propos consistera maintenant à illustrer comment le droit pénal canadien, élaboré au fil de politiques législatives successives, morcelées, incohérentes et contradictoires, a donné lieu à une interprétation judiciaire chaotique et à la détermination quotidienne des sentences sur un fond de confusion théorique. La pratique judiciaire, verra-t-on, a largement contribué à la surutilisation de la peine d'emprisonnement, mais faut-il dire avec l'aide d'un législateur non directif et désordonné. L'absence de réforme globale de la pénologie canadienne (à notre avis le *Projet de loi C-41* sanctionné le 13 juillet 1995 et constituant dorénavant le chapitre 22 des Lois du Canada n'en est pas une) et l'absence de courage des politiciens canadiens donnent actuellement lieu à des choix législatifs contradictoires qui contrecarrent même les meilleures décisions législatives orientées vers la désincarcération et la réduction du recours à l'emprisonnement.

-
17. *Rapport d'étape ... supra* note 1 à la p. 34; 3% de la population canadienne est amérindienne; 13% des détenus masculins fédéraux sont Amérindiens; 15% des prisonnières sont des femmes autochtones; 50% de la population carcérale de deux pénitenciers de la région des Prairies est composée d'autochtones. Le taux de la population carcérale autochtone croît plus rapidement que le taux général de la population carcérale.
18. Solliciteur général, *supra* note 6 aux pp. 33-35 et 60. Selon Statistique Canada, en 1994, les coûts moyens d'incarcération ont baissé de 1% par rapport à l'année précédente. La réduction des dépenses des services correctionnels, dans le contexte d'une hausse de plus de 3% de la population carcérale, donne nécessairement lieu à une détérioration des conditions de détention et à l'augmentation de la double et triple occupation cellulaire.

Enfin, les pratiques professionnelles en matière de *sentencing* laissent peu entrevoir le développement d'une préoccupation chez les avocats de réexaminer en profondeur la façon de plaider les sentences. On ne ressent pas en 1995 l'urgence de remédier à un problème pourtant jugé crucial vers 1980. Le Gouvernement canadien avait en effet déclenché au tournant des années 80 une vaste réflexion sur la peine, dans le contexte de la révision du droit pénal, en déclarant que la détermination de la peine avait été identifiée comme un sujet prioritaire de la réforme pénale. On résumait aussi les grands enjeux de la réforme :

- faire preuve de modération dans l'imposition des peines (surtout l'emprisonnement);
- faciliter et encourager l'utilisation des sentences non carcérales;
- diminuer la disparité injustifiée des sentences imputables à la trop grande discrétion judiciaire et à la confusion engendrée par une imprécision des buts et des principes de sentencing.¹⁹

Nous allons donc tenter d'illustrer comment les décisions judiciaires en matière de *sentencing* ont pu promouvoir la peine d'emprisonnement et contribuer au phénomène de la surutilisation de cette peine.

A. La politique judiciaire en matière de sentencing

La surutilisation de l'emprisonnement dépend notamment de la politique sentencielle élaborée par les tribunaux. Les tribunaux se sont vu confier un vaste espace discrétionnaire dans la détermination de leurs sentences carcérales. D'ailleurs, on peut citer les propos de Sir John Thomas à la Chambre à l'occasion de l'adoption du *Code criminel* de 1892 comme représentatifs de la philosophie pénologique passée et néanmoins toujours actuelle de confier entièrement aux juges la détermination de la durée de l'emprisonnement.

19. Canada, *La détermination de la peine* (Ottawa, Gouvernement du Canada, 1984) à la p. 5.

*Il nous faut sanctionner de la peine maximale les infractions majeures et laisser au tribunal le soin d'atténuer la sanction en fonction des circonstances.*²⁰

Laissés à eux-mêmes, les tribunaux ont alors développé une théorie plurifonctionnelle de la sanction pénale qui a été spécialement favorable à la promotion de la peine d'emprisonnement dont le statut prépondérant était de toute façon législativement consacré et ce, au détriment de toutes les autres peines. En vertu de cette théorie plurifonctionnelle de la peine, une sentence est idéale lorsque, dans son imposition, le juge parvient à savamment doser les objectifs de dissuasion, de réhabilitation et de rétribution et, pour paraphraser une vieille décision de la Cour d'appel du Québec, lorsque la sentence est « proportionnée à la fois à la gravité objective de l'infraction et à sa gravité subjective pour le délinquant; et que de plus elle a les qualités nécessaires d'exemplarité protectrice et de correction curative ».²¹

Les tribunaux canadiens n'ont pas toujours atteint avec facilité et poursuivi tous ces objectifs avec constance. Ils ont d'ailleurs entretenu beaucoup de confusion autour de ces objectifs, ce qui a fait dire à la Commission Archambault dans son *Rapport sur la réforme canadienne des peines* que la disparité injustifiée des sentences au Canada résultait en grande partie de la confusion entretenue par les tribunaux au sujet des buts de la sentence.²² Voyons comment cette confusion a été favorable à la promotion de la peine d'emprisonnement.

1. L'intimidation générale et le caractère exemplaire des sentences

C'est d'abord en étant d'ardents promoteurs de l'intimidation générale et de la finalité exemplaire et utilitaire de la peine que les tribunaux ont favorisé l'emprisonnement et plus particulièrement des emprisonnements plus longs. Pour rendre compte de cette finalité dans une sentence particulière, les tribunaux ont mesuré l'intensité de la punition non seulement à partir de la gravité du crime et du degré de responsabilité du contrevenant, mais ils ont aussi justifié une sévérité accrue de l'emprisonnement pour qu'il ait un effet exemplaire sur autrui.

L'effet exemplaire d'un châtement n'existe que si l'on impose au contrevenant un surplus punitif de façon à ce que, pour employer une image la balance de la justice penche plus du côté du châtement que de celui du crime et du degré de responsabilité du contrevenant. La décision d'agir sur le taux général de la criminalité — un facteur qui n'est lié ni au crime ni au contrevenant qui reçoit une sentence — devient ainsi un facteur pertinent d'appréciation pour graduer l'intensité de sa punition. Il y a par conséquent dans la détermination d'une sentence une étroite corrélation entre la justification de la peine

20. Extrait du Hansard, Chambre des Communes, 19 mai 1892, col. 2840.

21. *R. c. Lemire et Gosselin*, (1948) 5 C.R. 181 (C.A. Qué.).

22. Commission canadienne sur la détermination de la peine, *supra* note 16 à la p. 148.

invoquée et la façon de punir, entre pourquoi l'on punit et comment l'on punit. Mais le bât blesse sous quelques aspects; en effet, la conviction judiciaire d'infléchir, avec une sentence exemplaire, le taux général de la criminalité est rarement confirmée par les études empiriques sur les variations de la criminalité.²³ Les juges entretiennent parfois l'impression qu'une activité criminelle est fortement répandue au seul examen de leur rôle judiciaire alors que la réalité sociologique concernant la hausse de ce crime dans la collectivité n'est pas démontrée. Il est en outre scientifiquement douteux qu'une sentence particulière, dont la sévérité est inspirée par des considérations d'exemplarité générale pour influencer sur l'incidence des crimes futurs dans la collectivité, produise l'effet souhaité.²⁴

2. La dissuasion particulière et la récidive

Les tribunaux ont aussi accordé beaucoup d'importance à la récidive dans l'imposition des peines. Ils ont ainsi considéré que la dissuasion particulière d'un criminel pouvait seulement se réaliser dans un emprisonnement suffisamment long pour avoir un effet de neutralisation de l'activité criminelle future d'un récidiviste. À cet égard, les antécédents ont joué peut-être le rôle le plus important dans l'allongement de l'emprisonnement. Cela peut même donner lieu au phénomène paradoxal suivant : un criminel commettant à répétition des crimes mineurs peut recevoir pour la dernière récidive une peine aussi lourde ou plus sévère que celle imposée à un contrevenant commettant un crime beaucoup plus grave pour la première fois.²⁵

3. La réhabilitation et le choix d'une peine

La peine d'emprisonnement a été particulièrement appropriée, jusqu'au tournant des années 70, à la promotion de l'idéal de réhabilitation. On peut d'ailleurs mieux s'expliquer par l'adhésion à cet idéal, durant cette partie importante du XX^e siècle, l'acceptation de la vaste discrétion accordée au juge dans la détermination des sentences. Pendant toute cette période, on n'a pas remis en question la disparité des sentences carcérales imposées à des contrevenants condamnés pour les mêmes crimes dans la mesure où elles paraissaient être justifiées par le caractère unique des contrevenants. On peut enfin

23. D. Cousineau, *Sanctions légales et dissuasion*, dans Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Rapport de recherche*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1988.

24. Dans l'arrêt *R. c. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416 (C.A. Ont.), on a estimé que l'allégation selon laquelle il y avait une hausse d'une forme particulière de criminalité ne pouvait pas être considérée comme une connaissance d'office. S'il s'agit d'un facteur pour imposer une sentence exemplaire, un juge doit obtenir une preuve de ce facteur aggravant et être convaincu hors de tout doute raisonnable de ce fait, *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368.

25. L'arrêt *R. c. Bear*, [1994] 120 Sask. R. 294 (C.A. Sask.) commente et discute de ce résultat.

rattacher à la philosophie de réhabilitation le développement initial de l'institution de la libération conditionnelle. La remise en liberté surveillée du détenu avant l'échéance de sa sentence a longtemps été motivée par son évolution et sa réussite dans des programmes de réhabilitation et l'octroi de libérations anticipées s'est d'abord effectué au compte-gouttes des succès de la réhabilitation.

Un diagnostic d'importance a cependant progressivement fait son chemin en vertu duquel on a commencé, vers les années 70, à clamer l'échec de la prison réhabilitative. Les tribunaux canadiens ont également ressenti cet échec de la réhabilitation en milieu carcéral et cela s'est d'ailleurs traduit par une série de considérations judiciaires à caractère pénologique qui ont eu des effets contradictoires, plus spécialement sur les peines d'emprisonnement. Les juges ont d'abord plus rarement invoqué l'argument qu'une peine d'emprisonnement assume une fonction de réhabilitation et ils ont, par conséquent, abandonné les sentences carcérales dont la durée aurait été indûment prolongée pour garantir le traitement efficace du délinquant en détention. Le terme d'emprisonnement ne devait donc plus être ajusté en fonction du temps requis par la réhabilitation pour faire son oeuvre. Ce point de vue devait militer en faveur d'emprisonnements moins longs. Qu'est-il arrivé au juste?

Dans la mesure où les tribunaux ont continué de véhiculer l'objectif de réhabilitation tout en imposant un emprisonnement, ils ont alors de plus en plus invoqué les qualités personnelles du contrevenant le prédisposant à se réhabiliter seul pour réduire la durée de l'incarcération. Dans cette logique axée sur le potentiel de réhabilitation du contrevenant, la longueur de la détention pouvait agir au détriment de la réhabilitation du criminel qui possédait tous les atouts personnels pour s'en sortir. En somme, les tribunaux ont continué de faire la promotion de l'objectif de réhabilitation d'une peine d'emprisonnement dans le seul cas où la personne condamnée pouvait s'en tenir à ses ressources humaines personnelles pour se réhabiliter. La prison n'offrait plus cet avantage ou ce service au criminel. Les juges cherchent alors à démontrer le risque d'anéantissement de ce potentiel par l'emprisonnement lui-même. L'emprisonnement nuit aux criminels qui ont ce bilan personnel favorable. À tout le moins, si l'incarcération s'impose, il faut qu'elle ne soit pas trop longue et porte le moins possible atteinte à l'actif favorable que ce criminel présente pour la société.²⁶

On a ainsi vu s'opérer un déplacement de la finalité réhabilitative de la peine d'emprisonnement au profit des peines de nature différente comme la probation, l'absolution, la réparation et la restitution à la victime. Cela a cependant contribué au phénomène de la surreprésentation des groupes défavorisés dans les institutions carcérales. On a volontiers distribué des peines différentes en fonction du statut et du bagage personnel et social positif ou négatif des criminels.²⁷ L'aptitude à la réhabilitation, la

26. *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.).

27. Le journal *La Presse* du 3 nov. 1994, à la p. A-11, rapporte la teneur d'une sentence imposée à un policier trouvé coupable de recel et à propos duquel un juge de la Cour du Québec, suite à des représentations communes des procureurs, impose un sursis avec probation. Il écarte l'incarcération parce que la peine d'emprisonnement serait beaucoup plus néfaste et difficile pour ce policier qu'elle ne le serait pour un autre receleur ou voleur

capacité de réinsertion sociale et le statut social d'un contrevenant sont alors assimilés et donnent lieu à un accès différent aux diverses mesures punitives.

La réhabilitation, conçue à l'origine comme une fonction particulière assumée par la peine, se transforme progressivement et devient une caractéristique personnelle exigée du contrevenant; le meilleur potentiel personnel du justiciable pour s'en sortir devient ainsi une condition d'accès aux peines réhabilitatives, ou un avantage personnel pour recevoir un emprisonnement plus court. Paradoxalement, ceux qui ont le plus besoin de services de réhabilitation se font offrir des peines qui en comportent le moins.

Le déplacement de l'objectif de réhabilitation vers des mesures non carcérales s'est parfois accompagné d'une sous-évaluation de la gravité objective de l'activité criminelle en cause. Les sentences imposées aux agresseurs sexuels tendent à le démontrer. Avec cet exemple, il est aussi possible de faire à nouveau l'affirmation suivante : il y a toujours une forte corrélation entre « le pourquoi » et « le comment » en matière sentencielle. Le Centre canadien de la statistique juridique, tout en attestant le caractère disparate des sentences canadiennes imposées aux agresseurs sexuels, mentionne que 75% des cas d'agressions sexuelles donnent lieu à une sentence incluant une probation.²⁸ Cela suppose donc que, dans la mesure où la probation est associée à un terme d'emprisonnement, il s'agit inévitablement d'un terme inférieur à deux ans. Les sentences ainsi imposées s'expliqueraient par l'idée que la probation remplirait mieux que l'emprisonnement pénitentiaire la finalité réhabilitative de la sanction pénale et permettrait de mieux circonscrire une approche thérapeutique de ce phénomène criminel. Mais dans la promotion de la finalité de réhabilitation de la probation, les tribunaux font souvent l'équation entre l'absence d'antécédents judiciaires et le *background* positif du contrevenant et confèrent à ce facteur un effet d'atténuation de la peine.

Si l'on procède à partir d'une autre logique judiciaire pour imposer une sentence à un agresseur sexuel, celle du châtiement justement mérité, on arrive à un autre résultat au plan sentenciel. On raisonnera alors ainsi : la difficulté de détection des agressions sexuelles et la réticence des victimes à porter plainte doivent être appréciées pour nuancer le point de vue selon lequel un agresseur sexuel, accusé pour la première fois et sans antécédent judiciaire, jouit d'un potentiel favorable à la réhabilitation et d'une bonne réputation. Dans l'arrêt *Sandercock*,²⁹ la Cour émet l'opinion suivant laquelle on devrait considérer l'absence de casier judiciaire comme une caractéristique typique du contrevenant accusé d'agression sexuelle et par conséquent considérer cet élément comme ne constituant pas un facteur atténuant sur sentence. À cet égard, la Cour d'appel de l'Alberta considère une peine de trois ans comme la sanction type ou de base que mérite un contrevenant sans antécédent judiciaire qui commet une agression sexuelle répondant aux caractéristiques criminologiques typiques d'un viol.

ordinaire. Sa femme complice, quant à elle, a eu une peine d'un an d'emprisonnement pour la fraude associée au recel de son mari.

28. Centre canadien sur la statistique juridique, *supra* note 5, aux pp. 26 et 39. Voir aussi : « L'administration de la justice pénale dans les cas d'agression sexuelle » dans *Juristat*, *supra* note 1, vol. 14, n° 7, aux pp. 13 et suiv.

29. *R. c. Sandercock* (1986), 48 C.R. (3d) 154 (C.A. Alta.).

4. La dénonciation d'une conduite criminelle et l'échelle de gravité des crimes

Si certains contrevenants ont pu malgré tout bénéficier de mesures non carcérales au lieu d'un court emprisonnement par suite du déclin de la prison réhabilitative, la promotion judiciaire d'une autre finalité du châtimeut a pu annuler cette tendance. La jurisprudence a en effet commencé à justifier l'utilité de courts emprisonnements au titre de la dénonciation des conduites criminelles.

La sentence présente inévitablement un caractère de rétribution mais, dira-t-on, c'est une façon pour la société d'exprimer sa désapprobation à l'égard d'une conduite répréhensible et de condamner le mal ou le tort causé. Ainsi, une peine d'emprisonnement, même de courte durée, peut être conséquente à la dénonciation générale.

Il ne faut pas sous-estimer l'effort de justice qu'implique l'énoncé de ce principe pénologique mais plutôt illustrer son potentiel actuel d'accentuer l'incohérence de la politique judiciaire sentencielle. Ce principe nous renvoie à l'échelle de gravité des crimes et il exige que les peines reflètent mieux la gravité objective et contextuelle des crimes. Les tribunaux invoquent actuellement plus souvent ce principe pour ajuster les sentences concernant certains crimes contre la personne de façon à proposer des punitions qui paraîtraient plus sérieuses à l'encontre de ces crimes que les sanctions imposées à l'encontre d'infractions contre la propriété et de moindre gravité. Or, plusieurs infractions contre les biens ont déjà donné lieu à des sentences sévères qui sont imputables à la promotion de l'intimidation générale et à la fréquence des antécédents judiciaires. En agissant ainsi on néglige l'effet inflationniste déjà produit par ce processus de raisonnement sur la durée des peines en matières d'infractions contre la propriété. De plus, afin de mieux refléter l'échelle de gravité des crimes, le rajustement des peines au sujet de certains crimes contre la personne, produit encore plus de peines d'emprisonnement et plus de peines de longue durée. La seule stratégie judiciaire de rétablissement de l'échelle de gravité des crimes produit une escalade de la rigueur des châtimeuts.

La gestion confuse et désordonnée des finalités de la peine dans la détermination des sentences par les tribunaux aboutit, l'aura-t-on constaté en 1995, à une rigueur et une surutilisation de la peine d'emprisonnement et à une incohérence dans la sélection des peines carcérales et non carcérales.

Nous ne saurions trop insister sur l'importance d'une législation cohérente résolument orientée vers la réduction du recours à la peine d'emprisonnement; alors seulement, on pourra changer cet état de choses.

B. La législation ponctuelle en matière criminelle et l'aggravation du phénomène de la surincarcération

Depuis une vingtaine d'années, le législateur canadien a favorisé certaines options pénologiques qui ont eu une répercussion significative sur l'incarcération dans les pénitenciers et dans les prisons. Citons-en quelques-unes.

1. L'abolition de la peine de mort

L'abolition de la peine de mort et son remplacement par l'emprisonnement minimum obligatoire de 25 ans ont, de façon paradoxale, contribué à l'allongement des peines d'emprisonnement des meurtriers. Avant 1976, les condamnations à mort systématiquement commuées en un emprisonnement à perpétuité donnaient lieu à des remises en liberté des meurtriers à partir de règles d'admissibilité à la libération conditionnelle plus libérales que celles actuellement associées au meurtre. Les modifications législatives de ces règles en 1976 représenteraient, selon le criminologue Pierre Landreville, un surcroît d'incarcération pour les meurtriers condamnés depuis 1976, ayant une incidence d'augmentation de la population pénitentiaire équivalente à huit ou neuf pourcent de la capacité pénitentiaire canadienne (ce qui représente deux pénitenciers à sécurité maximum en 1994).³⁰

2. La création de peines minimales

Le législateur a, à plusieurs reprises, modifié ses lois pénales depuis 20 ans pour y insérer des peines minimales d'emprisonnement. Un des impacts de ces peines minimales est de créer une distorsion dans l'échelle de gravité des crimes prévus au *Code criminel*. Expliquons-nous. En assortissant certaines infractions criminelles de peines minimales (par exemple conduite avec facultés affaiblies, utilisation d'une arme à feu, importation de stupéfiants jusqu'à la déclaration de son inconstitutionnalité avec l'arrêt

30. P. Landreville, « Prison Overpopulation and Strategies for Decarceration », (1995) *Can. J. of Crim.* 218.

Smith),³¹ le législateur prédétermine la gravité d'un crime sans égard à son contexte et au regard de tous les autres crimes qui ne sont pas visés par une peine minimale. Dans les faits, il crée de toutes pièces un « intrus » dans l'échelle de gravité des crimes telle que perçue par les tribunaux. Il suffit que le crime assorti d'une peine minimale soit perçu de moindre gravité que des crimes plus graves, habituellement punis par une sentence équivalente, pour que les tribunaux haussent par la suite les sentences, affectant les crimes qu'ils considèrent plus sérieux. Les peines minimales ont ainsi un potentiel inflationniste sur d'autres sentences, en plus de ne pas nécessairement et toujours correspondre à la gravité relative de l'infraction qui y donne ouverture. En fait très souvent, pour le législateur, une peine minimale s'impose pour un type d'activité criminelle non seulement en raison de sa gravité objective, mais parce qu'elle lui offre l'espoir d'en réduire la fréquence ou de réduire un contentieux pénal de masse.

Or, malheureusement, et plusieurs études³² l'illustrent, une peine minimale d'emprisonnement fait certainement beaucoup plus de prisonniers que moins de crimes. Cela donne sûrement lieu à plus de marchandage de plaidoyers dans le système et contribue à l'augmentation de l'administration occulte de la justice criminelle.³³

3. Les modifications au régime de libération conditionnelle

Si l'on ajoute, à ces législations ponctuelles, la modification de 1992 au régime des libérations conditionnelles³⁴ dont l'un des effets est de priver une catégorie de détenus de la libération d'office aux 2/3 de la peine et dont un autre est d'augmenter à la moitié du terme³⁵ l'admissibilité à la libération conditionnelle d'autres détenus, cela aussi contribue à l'allongement de l'incarcération des détenus ayant en réalité les plus longues peines. La nouvelle loi de 1992 a ajouté au caractère aigu du phénomène de la surincarcération, surtout si l'on sait qu'encore bien des juges, sans le dire explicitement (la Commission Archambault l'a noté),³⁶ imposent des peines d'emprisonnement plus longues que le terme envisagé pour contrer les mécanismes soi-disant trop laxistes de la libération conditionnelle.

31. *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

32. P. Landreville *supra* note 30.

33. On peut se demander si la peine minimale de 4 ans que le législateur vient d'adopter dans son projet sur le contrôle des armes à feu aura ces effets. Voir T. Gabor, « The proposed Canadian legislation on firearms : more symbolism than prevention », 1995 *Can. J. Crim.* 195.

34. *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20.

35. *Ibid.* et art. 741.2 C.cr.

36. Commission canadienne sur la détermination de la peine, *supra* note 16 aux pp. 265-266.

C. Les pratiques professionnelles et la justice

On ne doit pas négliger de jeter un regard critique sur un certain nombre de pratiques professionnelles informelles et officielles qui jouent un rôle certain dans l'augmentation du nombre des admissions dans les institutions de détention ou qui contribuent à l'incohérence du *sentencing* canadien. On peut en recenser quelques-unes.

Lorsque les avocats de la Couronne et de la défense s'entendent sur la sentence qu'ils croient appropriée, ils font généralement des représentations communes au tribunal. Cette pratique peut être le résultat d'une négociation préalable, la Couronne obtenant un plaidoyer de culpabilité et la défense une sentence négociée. Cette négociation n'est cependant pas toujours ce qu'elle paraît; elle fait parfois l'objet de controverses et n'est pas toujours approuvée par les juges. Mais, dans les faits, les procureurs agissent en étant convaincus que les représentations conjointes constituent un attrait pour le juge et qu'il lui est plus facile de choisir la sentence suggérée conjointement. Cette conviction est fortement répandue même si tous conviennent de la position de principe en vertu de laquelle le juge n'est pas lié par ces représentations communes. Quand on y regarde de plus près, on a souvent l'impression que les avocats de la Couronne et de la défense ainsi que le juge sacrifient de façon quotidienne un peu de l'essentiel de leur fonction respective de justice sur l'autel des compromissions et celui des expédients.

La Couronne multiplie parfois les accusations portées contre un justiciable et pratique ce que l'on appelle communément l'*overcharging*, et accepte en échange d'un plaidoyer de culpabilité de réduire la gravité des accusations ou leur nombre. Elle gère ainsi un *case load* quotidien qui peut être important et qui exige de fermer le plus grand nombre de dossiers rapidement. Le Centre canadien de la statistique juridique démontre dans son étude de 1993 que le taux d'incarcération dans les causes avec accusations multiples est considérablement plus élevé³⁷ que dans celles avec une accusation simple (médiane deux à trois fois plus élevée).

Dans d'autres cas, l'abrégé d'admission de faits par la Couronne informe le juge du contexte de l'infraction lors de la réception d'un plaidoyer de culpabilité. Mais, parfois, l'exposé des faits circonstanciels par la Couronne pourrait ne pas mettre l'emphase sur des éléments aggravants. Dans ce contexte, l'avocat de la défense s'attend à une sentence plus clémente que celle qui résulterait de l'appréciation des faits aggravants. La réalité lui donne raison. Dans ce cas-ci, l'avocat de la Couronne met parfois de côté sa fonction d'officier de justice. Dans d'autres cas, la Couronne sera plus agressive au moment de l'enquête sur remise en liberté provisoire et plaidera en faveur de la détention provisoire. Elle sera alors susceptible d'y trouver deux avantages, un avantage éventuel : celui d'une plus grande probabilité, au dire de certaines études empiriques,³⁸ d'un plaidoyer de culpabilité en cours de route ou d'un verdict de culpabilité et un avantage immédiat : une peine d'emprisonnement déjà purgée avant que l'on ne détermine la culpabilité du

37. *Ibid.* à la p. 16.

38. S.N. Verdun-Jones et A.J. Hatch, « An Overview of Plea Bargaining in Canada : Cautionary Notes for Sentencing Reform », dans Hélène Dumont, éd., *La détermination de la peine*, Cowansville, Yvon Blais, 1987 à la p. 71.

contrevenant dont la durée pourrait parfois être plus longue que celle résultant d'une peine imposée à un contrevenant semblable ayant comparu en liberté ou n'ayant pas fait l'objet d'une détention provisoire.

L'avocat de la défense dont la pratique consiste très souvent à plaider coupable pour ses clients n'est pas sans reproche au plan professionnel. S'il vit de l'Aide juridique et s'il est rémunéré à l'acte professionnel, on le verra parfois retarder le plaidoyer de culpabilité à la dernière occasion procédurale, ayant de ce fait plus à coeur ses honoraires que les intérêts de ses clients. Ces derniers d'ailleurs pourront difficilement se rendre compte de l'absence d'effet de mitigation de leur plaidoyer de culpabilité sur la sentence imposée, le juge renonçant à donner un effet atténuant à un plaidoyer de culpabilité tardif.

Enfin, pour avoir une juste idée de la célérité avec laquelle on impose les sentences au Canada — et à ce titre la volonté des juges de maintenir au Canada une politique sentencielle axée sur l'individualisation nous paraît discutable — il faut se rappeler que plus de 85% des poursuites pénales donnent lieu à un plaidoyer de culpabilité et n'entraînent aucun procès. L'audience sentencielle type dure alors entre 5 et 15 minutes; elle donne lieu à un échange élémentaire de renseignements, l'avocat de la Couronne n'ayant pris que quelques instants pour consulter son dossier, l'avocat de la défense connaissant à peine son client et le juge rendant une sentence dont les motifs sont consignés en termes très succincts ou sont inexistantes. Il faut souligner en dernier lieu que le contentieux pénal est pour l'essentiel géré par les cours provinciales au Canada et que les cours supérieures siégeant avec jury entendent les affaires les plus graves. Il y a par conséquent une différence significative de traitement de l'affaire criminelle type devant une cour provinciale et une cour supérieure.

III. LE CARACTÈRE TROP TIMIDE DE LA RÉFORME CANADIENNE

Le législateur canadien n'a pas réussi, avec ses récentes modifications législatives portant sur la détermination de la peine, à faire une réforme pénologique en profondeur qui contribuerait à privilégier la modération dans l'imposition de l'emprisonnement. À notre avis, la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*³⁹ constitue une législation sanctionnant le *statu quo* en matière de détermination des sentences. Le législateur fixe dans le béton législatif l'incohérence du *sentencing* canadien et la Loi constitue une réforme trop timide pour diminuer le recours à la peine d'emprisonnement et pour favoriser les mesures non carcérales.

Pour y parvenir, le législateur aurait dû davantage suivre la réforme globale préconisée par la Commission Archambault, qui visait les divers enjeux de la réforme sentencielle comme on se les représentait au tournant des années 80. La Commission proposait notamment des mesures de réduction à la baisse des peines d'emprisonnement en révisant l'échelle de gravité des crimes et des maxima législatifs, en élaborant des

39. *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22.

présomptions facilitant l'accès direct aux peines non carcérales et en suggérant un système de détermination de la peine type d'emprisonnement pour des cas d'espèce typiques présentant des caractéristiques semblables.⁴⁰

La loi est critiquable parce qu'elle n'esquisse que du bout des lèvres des principes de modération dans l'exercice du châtement. Seule une réforme structurelle du *Code criminel* pourrait s'en prendre aux sources véritables du problème de l'utilisation immodérée de la peine d'emprisonnement et permettre un usage plus fréquent des sanctions communautaires ou mesures non carcérales.

Or la Loi préfère énoncer avec clarté, mais sans ordonnancement, tous les principes pénologiques actuellement à la mode et évoqués à tour de rôle et au besoin dans la jurisprudence des années 80 pour justifier les sentences actuelles mais qui n'ont pas permis l'élaboration d'un modèle cohérent de détermination des peines au Canada.

En effet, plusieurs principes généraux s'inscrivent dans l'esprit de la réforme souhaitée; mais, ils sont tous présentés comme étant d'égale importance et sans indication de la préséance d'un objectif sur l'autre aux fins de parvenir au choix d'une mesure carcérale ou d'une sanction communautaire dans un cas d'espèce.

Plutôt que d'opter en faveur de l'établissement de présomptions et de l'élaboration de lignes directrices orientant les tribunaux dans le choix d'une sanction d'un type particulier, la Loi mentionne en termes très timides que le prononcé de toute sentence a pour but d'isoler, au besoin, les contrevenants du reste de la société et invite le tribunal qui détermine une sentence à examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes que l'emprisonnement, lorsque les circonstances le justifient.⁴¹ Les tribunaux vous diront qu'ils font cela depuis toujours.

Pour bien mesurer le caractère trop timide de cette réforme ou illustrer le fait qu'elle perpétue le statu quo à plus d'un égard, il faut d'abord rappeler ce que le législateur ne change pas et qui est susceptible de contrecarrer l'espoir qu'il peut entretenir de diminuer le recours à la peine d'emprisonnement et de favoriser l'accès aux mesures non carcérales.

Une réforme en profondeur aurait supposé un réexamen à la baisse des maxima très élevés du *Code criminel*, une réévaluation des longues peines d'emprisonnement et un changement dans le statut systématiquement prépondérant de la peine d'emprisonnement pour toutes les infractions prévues au *Code criminel*. Le législateur ne prévoit pas de révision des durées maximales d'emprisonnement rattachées aux infractions criminelles de façon à éliminer les incongruités de l'échelle actuelle qui punit très sévèrement un crime moins grave qu'un autre plus sérieux, frappé d'un maximum moins élevé. Il n'envisage même pas de règles juridiques explicites et contraignantes favorisant l'accès direct à une mesure non carcérale pour la sanction d'infractions mineures ou sommaires.

40. Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Supra* note 16, résumé.

41. *Supra* note 39, art. 718c) et 718 2d.

En vertu du droit actuel, toutes les mesures non carcérales qui constituent des peines en vertu du *Code criminel* ne peuvent être directement accessibles pour punir une infraction criminelle. Ou bien les mesures non carcérales sont législativement inaccessibles en vertu de critères qui les rendent inapplicables à certains crimes;⁴² ou, lorsqu'elles sont autorisées par la loi, les mesures punitives non carcérales (en l'occurrence l'amende, le sursis avec probation, l'interdiction ou l'absolution) sont seulement accessibles par un processus de raisonnement qui amène le tribunal à administrer un « test de non-emprisonnement » avant d'envisager le recours à une peine de nature différente.⁴³ Dans ce cas, une peine alternative à l'emprisonnement procède de l'exception à la règle législative prépondérante en faveur de l'emprisonnement. Actuellement, dans sa partie XXIII, le *Code criminel* donne beaucoup plus souvent aux mesures punitives non carcérales un statut d'être l'accessoire de la peine d'emprisonnement.⁴⁴ On impose ainsi l'amende, la probation, l'interdiction, la confiscation, la restitution à la victime en les jumelant à la peine principale, l'emprisonnement. Les mesures punitives non carcérales du *Code criminel* sont donc législativement conçues pour être inaccessibles, exceptionnelles ou un accessoire de l'emprisonnement. Cela ne change pas vraiment avec la réforme du 13 juillet.⁴⁵

Pour bien mesurer le caractère timide de la réforme proposée, il faut aussi voir ce que le législateur a fait depuis un certain nombre d'années ou ce qu'il se propose de faire à d'autres égards et qui contribue à l'augmentation de la rigueur de la répression criminelle, qui rend très problématique l'hypothèse d'une réduction du recours à l'emprisonnement et l'hypothèse de plus de modération dans la détermination des sentences.

42. *Ibid.* art. 718, 736, 737.

43. Le test de non emprisonnement a fréquemment été proposé en jurisprudence avant d'imposer une peine non carcérale. Exemple : *R. c. Yamelst* (1975), 22 C.C.C. (2d) 602. L'idée de la réforme (L.C. 1995, c. 22) est de favoriser le principe de l'emprisonnement comme choix ultime et de donner préséance aux peines non carcérales. Mais, toutes les dispositions générales sur les peines non carcérales restent à peu près inchangées et sont rédigées de façon à toujours donner préséance à l'emprisonnement et traiter les peines non carcérales comme une solution de rechange à l'emprisonnement moyennant certaines conditions. Il n'y a pas d'accès direct aux peines de rechange.

Ajoutons de plus que les provinces peuvent se désengager et faire en sorte que des mesures de rechange soient facultatives dans leur province ou inaccessibles alors que la réforme paraît les encourager (Lire à cet effet les articles cités à la note 36).

44. Les Statistiques du Centre canadien de la Statistique juridique montrent par exemple que l'on fait plus souvent appel à la probation en la jumelant à une autre peine ou modalité sentencielle qu'en l'utilisant dans le contexte d'une décision de sursis, *supra* note 5 à la p. 26.

45. Le Centre canadien de la statistique juridique dans son étude *La détermination de la peine dans les tribunaux provinciaux de juridiction criminelle pour adultes au Canada*, *supra* note 5, atteste ce résultat au plan des statistiques. La Loi, *supra* note 39, ne peut avec les quelques modifications rendant plus accessibles les solutions alternatives à l'emprisonnement provoquer un changement important.

Si on la met en relation avec d'autres choix législatifs passés concernant les peines minimales, l'emprisonnement minimal obligatoire de 25 ans, le nouveau régime de libération conditionnelle et d'autres mesures envisagées dans le domaine de la répression criminelle, la réforme ne s'inscrit pas dans une stratégie de la part du gouvernement canadien d'abandonner le peloton de tête des pays occidentaux et industrialisés qui connaissent les plus hauts taux d'incarcération par cent mille habitants.

On ne saurait passer sous silence la grande tentation qu'éprouve actuellement le législateur d'élargir l'application des mesures de détention préventive, d'étendre la catégorie des criminels dangereux et à risque élevé, de créer un emprisonnement indéterminé pour des criminels faisant partie de groupes criminalisés mais dont l'appartenance est juridiquement très difficile à cerner; on ne peut oublier le durcissement des peines applicables aux jeunes.⁴⁶ On doit donc conclure que la modération et la diminution du recours à l'emprisonnement ne sont pas une éventualité qui se dessine au lendemain de la mise en vigueur de la nouvelle Loi si on la resitue dans l'ensemble des législations criminelles actuelles et envisagées.

Ce que l'on peut dire de mieux au sujet de la réforme pénologique canadienne, c'est qu'elle cherche néanmoins à valoriser certaines mesures punitives de rechange à l'emprisonnement.⁴⁷

Par contre, tous les efforts législatifs se sont surtout concentrés sur des mesures qui sont seulement destinées, au mieux, à remplacer les courtes peines d'emprisonnement. En d'autres mots, la réforme s'est canalisée sur la présentation d'une panoplie de mesures punitives non carcérales qui agissent toutes en compétition sur le même terrain, celui de l'emprisonnement de courte durée. Sur ce terrain-là, toutefois, l'opinion que l'emprisonnement constitue une peine inappropriée gagne de l'importance. On peut probablement prédire l'augmentation du recours à une mesure non carcérale au détriment d'un court emprisonnement.

Le législateur ne semble cependant pas enclin à réduire les emprisonnements de longue durée; il conviendrait de le mettre au fait d'une loi des mathématiques pénales, fréquemment évoquée par les criminologues commentant les statistiques sur les taux d'incarcération, et que l'on pourrait formuler de la façon suivante :

la législation criminelle qui vise une augmentation significative de la durée de longues peines d'emprisonnement, même si elle concerne un nombre restreint de criminels, a une incidence très importante sur l'augmentation du taux d'incarcération au Canada; par contre, la législation pénale visant la réduction du recours aux courtes peines d'emprisonnement, au profit de mesures non carcérales, et pouvant affecter un grand nombre de

46. Voir à cet effet les déclarations d'intention du législateur fédéral dans : Rapport d'étape, *supra* note 1 aux pp. 23-25.

47. *Supra* note 39, art. 717 sur les mesures de rechange; 742-742.7 sur les condamnations à l'emprisonnement avec sursis; 738 sur le dédommagement et 734(1) sur l'amende.

*contrevenants, produira une réduction moins importante du taux d'incarcération.*⁴⁸

Soulignons en dernière analyse que les quelques efforts faits par le législateur fédéral en vue de l'amélioration des conditions d'ouverture et d'application des peines non carcérales sont susceptibles d'être annulés par le choix des provinces de ne pas s'engager dans le développement de programmes nécessaires à la mise en oeuvre de solutions punitives de rechange.⁴⁹ En droit criminel, celui qui dicte la solution n'est généralement pas celui qui paie pour la mettre en application!

CONCLUSION

Nos propos paraîtront peut-être aller à contrecourant en ce qu'ils se veulent un plaidoyer en faveur de plus de modération dans l'exercice de la répression criminelle. À notre avis, il est plus important aujourd'hui de plaider en faveur de peines plus modérées, plus douces, plus humaines et plus justes même si le climat de morosité imprègne la réflexion pénologique de la fin du XX^e siècle.

Nous avons le sentiment que l'insécurité des Canadiens et l'irrationalité politique prennent actuellement trop d'importance dans l'élaboration du droit pénal au détriment de moins de droit criminel et de plus de justice sociale et au détriment de moins de rigueur et de plus d'humanité à l'endroit des criminels. La sévérité des peines est actuellement un bien meilleur indice de l'intolérance et de l'insécurité collective des Canadiens qu'un instrument efficace de contrôle de la criminalité.

Nous avons donc voulu rappeler que le système canadien de détermination des peines ne fonctionne pas bien, qu'il n'assure pas une justice de qualité dont nous sommes capables, avec un peu de courage, de nous doter; nous voulions témoigner de la trop grande sévérité de nos châtements dans un climat où le bon ton est de prétendre qu'ils sont cléments; nous voulions aussi illustrer qu'une meilleure justice exige la contribution des juges, des législateurs, des avocats, des administrateurs d'institutions de détention et aussi des professeurs de droit. Nous souhaitons réellement que l'opinion canadienne change sur la nécessité d'être plus sévère en matière de répression criminelle. La modération est une façon beaucoup plus concrète de cultiver la tolérance au sein de la population canadienne. Ne s'agit-il pas d'une qualité qu'on se plaît à reconnaître à tous les Canadiens? L'histoire nous enseigne, que l'intolérance a fait plus de morts et engendré plus de violence que tous les meurtriers de droit commun réunis.

48. H. Dumont, « Les solutions de rechange à la peine d'emprisonnement du droit pénal canadien : le triomphe de l'intolérance et de l'irrationalité sur l'humanisme et la liberté » (1994) *Droit contemporain* à la p. 874.

49. Voir les articles suivants du C.cr., *supra* note 39 : mesures de rechange, art. 717 (1)a); amende, art. 734(7), 734.5 et 736(1)(4); probation, art. 732(3)f) et g); dédommagement, art. 738 (2).

Il faut par conséquent se prémunir contre une surutilisation du droit criminel et de la peine d'emprisonnement comme moyens cohérents, appropriés et utiles de régulation sociale et économique. Quand il y a plus de répression dans un État, c'est l'État qui est plus violent. Il sert d'exemple. Plus il est répressif, plus il enseigne que la violence s'avère être la solution.

Au cours de cette conférence, on a beaucoup insisté sur la fonction première de la sanction criminelle, qui en est une de protection de la société. On a cependant peut-être oublié d'accorder de l'importance à une fonction encore plus importante de la sentence rendue par une cour de justice et qui est depuis des siècles ancrée dans le développement des institutions pénales : on a oublié qu'elle avait pour fonction de rétablir la paix.

On peut d'ailleurs souligner que le législateur canadien y fait allusion dans sa nouvelle loi sur le *sentencing*, en spécifiant que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste et paisible.

Selon cette perspective, lorsqu'un juge rend sentence, il ne nous paraît aucunement déraisonnable qu'il cherche une solution allant dans le sens d'une restauration de la paix. Tel un médiateur chargé du rétablissement de la paix par suite d'une guerre, sa solution devrait comporter quelque chose de bon pour la partie vaincue ou victime d'une guerre injuste et pas seulement du mauvais pour le fauteur de trouble.

Rétablir la paix, ce n'est pas choisir une solution qui traduirait seulement et entièrement l'injustice faite à la victime ou tout son sentiment de représailles. Rétablir la paix peut également être mieux réussi si l'on ne rend pas à la partie qui fait l'action injuste tout le mal qu'elle a fait. Lui offrir aussi quelque chose de bon, pour calmer toute la violence qu'elle n'a su contenir, peut mieux garantir son retour à la paix.