

**CONTRER LA CONTRE-RÉFORME EN MATIÈRE PUNITIVE:
COMMENT S'Y PRENDRE ET COMMENT REPENSER LA
RÉFORME DE LA PÉNOLOGIE CANADIENNE***

Par Hélène Dumont

Professeure émérite, Faculté de droit, Université de Montréal.

INTRODUCTION	177
I- LA NEUTRALISATION DES ACQUIS DE LA RÉFORME DE 1996 PAR UNE SÉRIE DE CONTRE-RÉFORMES DE 1997 À NOS JOURS	178
II- D'UNE RÉFORME À L'AUTRE OU COMMENT SE DIRIGER VERS LE POINT B.....	219
CONCLUSION.....	236
ÉPILOGUE	237

* Texte remis pour publication le 20 septembre 2011.

** Texte intitulé Épilogue a été remis le 18 mars 2012.

« Dégager des rationalités punitives, c'est nous donner des instruments d'analyse pour décrire des discours à la fois produits et informés par ces rationalités »

Pierrette PONCELLA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 57

INTRODUCTION

Les organisateurs de cette conférence ont demandé de réfléchir aux pistes de réforme en matière de pénologie et ont posé la question suivante : Comment repenser les avenues de réforme pour se rendre du point A au point B. Pour répondre à cette question, il faut tout de même s'entendre sur le ou les sens du mot réforme. Le dictionnaire en propose cinq sens possibles qui sont pertinents à nos propos. On retient les sens suivants : 1^o amélioration dans le sens moral ou social, 2^o rétablissement de la règle primitive, 3^o changement profond apporté dans la forme d'une institution afin d'en obtenir de meilleurs résultats, 4^o amélioration partielle et progressive de l'ordre social (par opposition à révolution), 5^o mise hors service de ce qui y est devenu impropre. Ces sens peuvent être tous appliqués dans le domaine de la pénologie. On peut notamment souhaiter des sentences plus justes ; on peut revenir à une règle première (ex. le principe de retenue à l'égard de l'emprisonnement (art. 718.2 d) C.cr.) écartée par de nombreuses exceptions). On peut faire le réexamen de l'institution « plaidoyers-sentences » et favoriser plus de transparence dans la procédure pénale afin d'obtenir une plus grande confiance du public en l'administration de la justice. On peut mettre de côté ce qui ne marche pas en matière punitive. Nous retiendrons ces idées en prenant comme point de départ de la réflexion : la mise en œuvre de la Partie XXIII du *Code criminel* en 1996 pour envisager ensuite comment l'on peut envisager le cheminement vers une nouvelle réforme de la pénologie canadienne. D'entrée de jeu, il faut souligner que les perspectives d'une future réforme sont difficiles à entrevoir dans le contexte canadien. La période actuelle en est une de contre-réformes qui contrarient toute pensée réformiste en

matière punitive. Il faut par conséquent faire état de ces contre-réformes puisque la stratégie qui consiste à les arrêter constitue elle-même une avenue réformiste. Quelques arguments persuasifs pour contrer ces contre-réformes sont en effet nécessaires si l'on veut favoriser l'émergence d'une nouvelle réflexion dans le domaine des peines¹ et des sentences².

Nous proposons donc une démarche en deux points : 1° Le premier point consiste à illustrer la neutralisation des acquis de la réforme de 1996 par une série de contre-réformes de 1997 à nos jours. 2° Le deuxième point fait état de propositions et suggestions pour orienter et préparer une nouvelle réforme du *sentencing* canadien.

I- LA NEUTRALISATION DES ACQUIS DE LA RÉFORME DE 1996 PAR UNE SÉRIE DE CONTRE-RÉFORMES DE 1997 À NOS JOURS

A- LA MODESTE RÉFORME DE 1996 ET DES ESPOIRS SINCÈRES D'AMÉLIORER LE *SENTENCING* CANADIEN

Dans nos écrits précédents³, nous avons qualifié de modeste la réforme de 1996⁴ mais, de concert avec de nombreux spécialistes⁵, nous entretenons

¹ L'expression peine fait référence à l'ensemble des mesures coercitives et afflictives prévues au *Code criminel* et comprend aussi bien les institutions punitives (ex. emprisonnement, probation, amende, interdiction, dédommagement, etc.) que les mesures de sûreté (ex. détention provisoire; internement d'un contrevenant jugé irresponsable pour cause d'aliénation mentale: 672.54 C.cr.). Voir à cet effet : Hélène DUMONT, *Pénologie: le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1993, 684 pages, pp. 488 - 490.

² L'expression sentence fait référence à la détermination judiciaire d'une peine individuelle à l'encontre d'un contrevenant trouvé coupable d'une infraction criminelle.

³ Hélène DUMONT, « Le Canada n'est pas au bout de ses peines: une réforme condamnée à rouler comme la pierre de Sisyphe », dans *Les Mélanges Ottenhof : Le champ pénal en France et à l'étranger*, 2006, Paris, Dalloz, p.211-233; Hélène DUMONT, « De la Loi C-41 à la Loi C-55: la détermination de la peine avec une main de fer dans un gant de velours », publié dans : Institut canadien d'administration de la Justice: *La détermination de la peine: une réforme pour hier et pour demain/ Dawn or Dusk in Sentencing 1997*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1998, p. 83-109.

des espoirs sincères qu'elle améliore le *sentencing*⁶ canadien. Il s'agissait en tout cas d'une consolidation du consensus atteint par le milieu de la justice en matière de *sentencing*. Ce consensus portait notamment sur les principaux objectifs que l'on voulait atteindre avec cette réforme. On aspirait à des sentences plus justes en s'attaquant au phénomène de la disparité injustifiée des sentences. On souhaitait plus de cohérence dans le système de détermination de la peine par la formulation de principes législatifs qui devaient être d'application générale et joueraient un rôle d'encadrement de la discrétion judiciaire lors de l'imposition de sentences individuelles. Comme la jurisprudence, à elle seule, ne donnait pas une vision réaliste des sentences imposées, on voulait recueillir de meilleures données sur les sentences canadiennes et rendre cette information disponible.

On était également d'accord sur les principaux résultats attendus de cette réforme : Avant 1996, c'était devenu un lieu commun de dénoncer l'usage excessif de l'emprisonnement au Canada : on devait donc réduire le recours à cette peine⁷. On était d'avis que le principe fondamental du *sentencing* devait être celui de la proportionnalité des délits et des peines, conçu à la fois comme un principe de justice méritée au plan individuel et

⁴ *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22 [ci-après Partie XIII du *Code criminel*].

⁵ Patrick HEALY et Hélène DUMONT (dir.), *La détermination de la peine : une réforme pour hier ou pour demain*, (Dawn or Dusk in Sentencing), Institut canadien d'administration de la Justice, Montréal : Les Éditions Thémis, 1997; Julian V. ROBERTS et David P. COLE, *Making Sense of Criminal Law*, Toronto: University of Toronto Press, 1999.

⁶ Sentencing : anglicisme d'usage courant pour désigner la pénologie.

⁷ Le Gouvernement avait promu cet objectif de modération dans le recours à la peine d'emprisonnement dans plusieurs de ses documents officiels: GOUVERNEMENT DU CANADA, *La détermination de la peine*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984; LE COMITÉ DAUBNEY (Sentencing Reform Team) du Ministère de la Justice a effectué les travaux de mise en forme législative des principes de la réforme et soumet le document suivant : *Taking Responsibility : Report of the Standing Committee on Justice of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Correction*, Ottawa : Ministry of Supply and Service, Canada, 1988 . La COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT avait également promu cet objectif dans son document *Qu'est-ce qu'un crime? Des défis et des choix* : document de discussion, Ottawa : Commission du droit du Canada, 2003.

un principe de modération générale dans le recours à l'emprisonnement. On calculait que le fait d'avoir un plus grand nombre de peines non carcérales ou communautaires (dont la condamnation à l'emprisonnement avec sursis⁸) donnerait lieu à la réduction du pourcentage des sentences d'emprisonnement. On espérait qu'en faisant l'énoncé explicite des finalités du *sentencing* (article 718 C.cr.), on remédierait à une certaine confusion judiciaire dans la sélection des finalités de la peine, un problème, selon la Commission Archambault⁹, qui expliquait la disparité injustifiée des sentences. Le consensus s'était finalement fait autour d'un modèle de *sentencing* : un modèle législatif flexible facilitant l'exercice de la discrétion judiciaire en matière de sentences individuelles et donnant lieu à un encadrement législatif sous la forme d'énoncés de principes généraux. On avait certes discuté de modèles de *sentencing* alternatifs et spécialement écarté le modèle de la Commission Archambault en faveur de la peine-type (peine de départ) et de l'établissement d'une Commission de *sentencing*. Suite à d'autres recommandations de la Commission Archambault, on optait rapidement pour des méthodes plus uniformes de cueillette de l'information au sujet des infractions et des sentences canadiennes et, avec la création Centre canadien de la statistique juridique au sein de Statistiques Canada, on obtenait au début des années 1990¹⁰ des statistiques plus élaborées sur les sentences canadiennes.

B- UN REcul DE LA RÉFORME ENTRE 1996 ET 2011 PAR UN TSUNAMI DE CONTRE-RÉFORMES EN MATIÈRE DE PEINES

⁸ Hélène DUMONT, « Avoir ou ne pas avoir la condamnation à l'emprisonnement avec sursis: voilà la question », (1999) 4.2 *Revue canadienne de droit pénal/ Canadian Criminal Law Review* 197-235.

⁹ COMMISSION SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Réformer la sentence, une approche canadienne*, Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987 [ci-après appelée Commission Archambault].

¹⁰ Le CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE commence alors à publier des statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour les adultes et d'autres données sur d'autres sujets d'intérêt dans sa publication *Juristat*.

1. La neutralisation de la partie générale du Code criminel codifiant les principes généraux de détermination de la peine

Cependant, dès le lendemain de la réforme, on entre dans une ère de contre-réformes qui a fini par détruire les acquis du consensus de 1996¹¹. Le législateur ne s'est pas reposé sur ses lauriers en matière de pénologie après 1996. Par exemple, il ne s'est pas dit : « *The work is done in the field of sentencing, let's work on another topic* ». Au contraire, il adopte plusieurs mesures législatives ponctuelles et élabore un droit sur les peines truffé d'exceptions contrecarrant ainsi tous les principes fondamentaux de la partie XXIII et réduisant à néant les améliorations pouvant résulter de l'existence d'une partie générale sur les peines dans le *Code criminel*. Bref, la portée générale de la partie XXIII est actuellement rétrécie comme une peau de chagrin. Cette codification destinée à offrir plus de cohérence, de modération, d'équité et de transparence dans la détermination des sentences au Canada est complètement dévaluée par les contre-réformes du nouveau millénaire.

Le Gouvernement paraît dorénavant convaincu que seule la peine d'emprisonnement a de l'effet et fait de l'effet¹². Par conséquent, il faut choisir l'emprisonnement au détriment des peines alternatives de type communautaire et des mesures pénales moins sévères, contrairement aux principes et à l'esprit de la Partie XXIII du *Code criminel*. Pour y arriver, la législation contre-réformiste est élaborée avec trois stratégies dérogoires.

¹¹ André JODOUIN et Marie-Ève SYLVESTRE, « Échec de la réforme de la peine », (2009) 50 *C. de D.* 519, p. 531. Certaines idées exprimées dans le présent article ont déjà été exprimées plus succinctement dans : Hélène DUMONT, « Une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », (2011) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 239; Pierre LANDREVILLE, « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », (2007) 40-2 *Criminologie* 19.

¹² Douglas COUSINEAU, « Sanctions légales et dissuasion », cité dans le RAPPORT ARCHAMBAULT, *supra*, note 9. Cette étude faite pour la Commission Archambault montrait plutôt le contraire.

a. Une priorité aux objectifs de dénonciation et de dissuasion générale

La première stratégie du législateur a consisté à créer des exceptions aux finalités énoncées à l'article 718 C.cr.¹³ et au principe de préférence en faveur des peines alternatives (art.718.2 d) C.cr.)¹⁴ en privilégiant la fonction de dénonciation et de dissuasion qu'à son avis, seule une peine d'emprisonnement peut remplir¹⁵. Les finalités de réhabilitation et de réinsertion sociale ont été délaissées en faveur de l'exemplarité et de la réprobation. D'ailleurs de nombreux projets de loi durcissant les peines en constituent une preuve¹⁶. Des auteurs ont d'ailleurs affirmé que l'idéal de

¹³ Article 718 C.cr. : *Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants : a) dénoncer le comportement illégal; b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions; c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société; d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants; e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité; f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.*

¹⁴ Article 718.2 d) C.cr. : *Le tribunal la peine détermine à infliger compte tenu également des principes suivants [...] l'obligation avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient.*

¹⁵ Des exemples. art.718.01 et 718.02 C.cr.; art. 10(3) *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

¹⁶ Pour la seule année 2010, au cours de la troisième session de la quarantième législature, 21 projets de loi concernant la détermination de la peine étaient à l'étude à la Chambre des communes ou au Sénat et visaient à durcir les peines ou les sentences. Le titre de plusieurs de ces Projets de loi est également évocateur : **Projet de loi S-2** – Loi modifiant le *Code criminel et d'autres lois (Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels)*, sanctionné le 15 décembre 2010 : L.C. 2010 c. 17, Entrée en vigueur le 15 avril 2011, par décret TR/2011-0035; **Projet de loi S-6** – Loi modifiant le *Code criminel (Loi renforçant la sévérité des peines d'emprisonnement pour les crimes les plus graves)* sanctionné le 23 mars 2011, L.C. 2011, c.2, entrée en vigueur fixée par décret à venir; **Projet de loi S-10** – Loi modifiant la *Loi sur certaines drogues et autres substances* et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois (*Loi sur les peines sanctionnant le crime organisé en matière de drogue*); **Projet de loi C-558** – Loi modifiant le *Code criminel* (condition sociale); **Projet de loi C-434** – Loi modifiant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (semi-liberté - règle de six mois ou du sixième de la peine); **Projet de loi C-376** – Loi modifiant le *Code criminel* (ajout à l'ordonnance d'interdiction); **Projet de loi C-372** – Loi modifiant le *Code criminel* (dédommagement des

réhabilitation qui avait caractérisé une période importante du XXe siècle aux États-Unis et en Grande-Bretagne, s'était estompé au point de disparaître au début du nouveau millénaire¹⁷. Même si cette évolution n'a

victimes); **Projet de loi C-332** – Loi modifiant le *Code criminel* (révision du délai préalable à la libération conditionnelle) et d'autres lois en conséquence; **Projet de loi C-268** – Loi modifiant le *Code criminel* (peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans); **Projet de loi C-246** – Loi modifiant le *Code criminel* (prédateur sexuel d'enfants); **Projet de loi C-231** – Loi modifiant le *Code criminel* et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (peines consécutives); **Projet de loi C-229** – Loi modifiant le *Code criminel* (cruauté envers les animaux); **Projet de loi C-48** – Loi modifiant le *Code criminel* et la *Loi sur la défense nationale* en conséquence (*Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*), sanctionné le 23 mars 2011, L.C. 2011, c.5, entrée en vigueur fixée par décret à venir; **Projet de loi C-54** – Loi modifiant le *Code criminel* (*Loi sur la protection des enfants contre les prédateurs sexuels*), **Projet de loi C-21** – Loi modifiant le *Code criminel* (*Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*), sanctionné le 23 mars 2011, L.C. 2011, c.6, entrée en vigueur fixée par décret à venir; **Projet de loi C-39** – Loi modifiant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et d'autres lois en conséquence, **Projet de loi C-30** – Loi modifiant le *Code criminel* (*Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Shoker*), sanctionné le 23 mars 2011, L.C. 2011, c.7, entrée en vigueur fixée par décret à venir; **Projet de loi C-23B** – Loi modifiant la *Loi sur le casier judiciaire* et d'autres lois en conséquence (*Loi supprimant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves*), **Projet de loi C-23A** – Loi modifiant la *Loi sur le casier judiciaire*, **Projet de loi C-16** – Loi modifiant le *Code criminel* (*Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves*); **Projet de loi C-4** – Loi modifiant la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois* (*Loi de Sébastien : protection du public contre les jeunes contrevenants violents*).

¹⁷ David GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001. Selon cet auteur, la période au cours de laquelle la réhabilitation fut hégémonique aux États-Unis et en Grande-Bretagne fut de 1950 à 1970. À partir du milieu des années 1970, de nouveaux désordres sociaux auraient provoqué le changement progressif des politiques pénales dans ces deux pays en particulier : David GARLAND, « Adaptations politiques et culturelles des sociétés à forte criminalité », (2007) 31 *Déviance et Société* 387, 394. Garland identifie plusieurs indicateurs de ce changement : l'arrivée massive sur le marché du travail des femmes, l'expansion économique, la réorganisation fondamentale de l'écologie sociale, l'impact de la télévision, etc. Ces tendances auraient créé de nouveaux aménagements sociaux porteurs de nouvelles libertés. Ces nouvelles libertés auraient suscité de « nouvelles formes d'insécurité et [le] renforcement des contrôles et des exclusions » (*Id.*, 395) auxquelles on assiste présentement. Voir aussi : Francis A. ALLEN, "Criminal Justice, Legal Values and Rehabilitative Ideal", (1959) 50 *J.Crim.L.C. & P.S.* 226. La Commission Katzenbach a promu ce courant de réhabilitation en Amérique du Nord: N. KATZENBACH (Président), The President Commission on Law Enforcement and

pas été aussi marquée au Canada¹⁸, les politiques pénales du Gouvernement conservateur sont dorénavant influencées par des impératifs de sécurité et de protection publique abandonnant ainsi les approches de réhabilitation et de réinsertion sociale des criminels au profit d'une stratégie de neutralisation du risque criminel. Ces politiques relativisent l'appréciation de la responsabilité individuelle des contrevenants dans la détermination de la peine en faveur du contrôle préventif de catégories de contrevenants considérées à risque en tant que groupes criminels. Le préambule de l'article 718 C.cr. qui énonce l'esprit de la réforme de 1996 (*Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes*) est remis en cause par les lois et projets de loi de la contre-réforme. Le législateur n'endosse plus officiellement le principe d'une société juste par l'infliction de sanctions justes ou il le met en sourdine.

b. De nouvelles peines minimales

La deuxième stratégie du législateur a consisté à assortir plusieurs infractions de peines minimales. Elles sont devenues encore plus nombreuses avec l'adoption en 2008 de la *Loi sur la lutte contre les*

Administration, *The Challenge of Crime in a Free Society*, Washington, DC: US: Government Printing Office, 1967.

¹⁸ Pat O'MALLEY, « 'Mondialisation' et 'justice criminelle': du défaitisme à l'optimisme », (2006) 30 *Déviante et Société* 323. Le professeur Pat O'Malley s'est intéressé à la thèse de Garland pour la contraster avec la situation canadienne. Il estime que le Canada n'a pas connu une période définie au cours de laquelle la réinsertion sociale était à ce point hégémonique et n'aurait pas connu de virage punitif aussi radical à partir du milieu des années 1970. Il faut notamment mentionner que le Canada n'a jamais connu le système de la peine indéterminée comme les États-Unis qui incarnaient cette politique de la prison « réhabilitante ». Mais comme le souligne Garland, « d'autres pays avancés, ayant aussi connu les changements sociaux, économiques et culturels caractérisant la modernisation de la fin du XX^e siècle, auront à affronter certains de ces problèmes. » (*Id.*, p. 388). En d'autres mots, ces pays vont tôt ou tard avoir des politiques pénales qui changent radicalement d'approche et mettent de côté des objectifs de réhabilitation et de réinsertion sociale. Ce serait ce qui arrive au Canada maintenant.

crimes violents qui fait maintenant partie intégrante du *Code*¹⁹. Ces peines minimales récentes ont eu l'effet d'introduire non seulement de nouvelles peines minimales mais d'en prévoir de plus sévères là où il en existait déjà et de sanctionner la récidive de ces crimes par une peine minimale encore plus sévère. Les peines minimales se sont multipliées ou ont augmenté en sévérité, notamment pour des infractions commises avec une arme à feu ou sous la direction d'une organisation criminelle. Par exemple, de nouvelles peines minimales ont une durée de 5 ans ou de 7 ans pour la récidive²⁰. Elles deviennent, depuis leur entrée en vigueur, des « peines-planchers »²¹. Ces peines minimales élevées correspondent, selon les statistiques sur les sentences généralement imposées avant leur mise en vigueur, à la peine médiane ou à une peine supérieure à celle-ci pour l'infraction dorénavant assortie de ces peines minimales élevées²². Donc, ces nouvelles peines se démarquent sensiblement des peines antérieures généralement imposées. Le Gouvernement qui prévoit ces peines minimales sévères lorsque l'infraction est commise avec une arme à feu est le même qui veut par ailleurs mettre au rancart le registre des armes à feu au Canada²³.

¹⁹ *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6. On doit également souligner que les nombreux projets de loi sous étude au cours de l'automne 2009 avaient comme effet d'en augmenter le nombre. N'eut été la prorogation du Parlement, l'adoption de ces projets, en accroissait le nombre autour de 80 peines minimales. Par ailleurs, une grande majorité de ces projets de loi ont été représentés à l'automne 2010 et certains ont déjà été adoptés le 23 mars 2011, voir *supra*, note 16 et d'autres le seront cet automne 2011. Bref, on peut se retrouver à brève échéance avec un nombre aussi important de peines minimales.

²⁰ Lire notamment les articles 272 (2)a), 273 (2) a), 279 (1.1) a), 344 a), 346(1.1) a) C.cr.

²¹ *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S.90, opinion de la juge Arbour.

²² Voir à cet effet: Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOS, « La sagesse de grands principes de justice en matière punitive pour dénoncer les peines minimales d'emprisonnement », (2009) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 249-259.

²³ Hélène DUMONT, "Disarming Canadians and Arming Them with Tolerance, Banning Firearms and Minimum Sentences to Control Violent Crime. Essay on an Apparent Contradiction; Epilogue: Hard Time for Criminals, Hard Times for Tolerance", [2001] 39 *Osgoode Hall Law Journal* 1-37; Hélène DUMONT, "Désarmons les Canadiens et armons-nous de tolérance", (1997) 2 *Revue canadienne de droit pénal/ Canadian Criminal Law Review* 43-71.

De plus, on peut recenser de nouvelles peines minimales de courte durée dont certaines dans des contentieux criminels à volume élevé, c'est-à-dire sanctionnant des infractions mineures fréquemment commises et leur récurrence. D'ailleurs la récurrence s'exprime plus souvent dans quelques-uns de ces contentieux criminels à volume élevé. D'autres infractions mineures donnent de toute façon lieu à l'imposition d'une peine d'emprisonnement parce que les manquements à des ordonnances judiciaires ou à la probation exprimeraient, selon la jurisprudence, le mépris du contrevenant à l'endroit du système de justice. Or ces manquements sont principalement le fait d'individus aux prises avec des problèmes d'analphabétisme, de troubles mentaux, de toxicomanie ou qui sont sans domicile fixe (SDF).

Aujourd'hui, le *Code* contient plus de peines minimales d'emprisonnement de 14, 30 ou 45 jours²⁴ pour des infractions mineures.

²⁴ Voir notamment les articles suivants qui donnent lieu à de nouvelles peines minimales de courte durée: **Conduite avec les facultés affaiblies** : art. 255(1) Quiconque commet une infraction prévue à l'article 253 ou 254 est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou par mise en accusation et est passible : *a*) que l'infraction soit poursuivie par mise en accusation ou par procédure sommaire, des peines minimales suivantes : (i) pour la première infraction, une amende minimale de mille dollars, (ii) pour la seconde infraction, un emprisonnement minimal de trente jours, (iii) pour chaque infraction subséquente, un emprisonnement minimal de cent vingt jours; *b*) si l'infraction est poursuivie par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de cinq ans; *c*) si l'infraction est poursuivie par procédure sommaire, d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois. **Contacts sexuels** : **art. 151.** Toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, touche directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d'un enfant âgé de moins de seize ans est coupable : *a*) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de quarante-cinq jours; *b*) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatorze jours. **Incitation à des contacts sexuels** : **art.152.** Toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un enfant âgé de moins de seize ans à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet est coupable : *a*) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de quarante-cinq jours; *b*) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatorze jours. **Exploitation sexuelle 153.** (1) Commet une infraction toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance ou qui est dans une relation où elle exploite l'adolescent et qui, selon le cas : *a*) à des fins d'ordre sexuel, touche,

Or une peine minimale d'emprisonnement écarte non seulement l'application de peines alternatives comme l'amende ou les sanctions de type communautaire mais joue aussi le rôle de tarif fixe, les juges choisissant la peine minimale pour la plupart des cas mineurs. Ces courtes peines minimales traduisent alors l'idée d'une peine « *one size fits all* ».

Quelques informations statistiques confirment également l'effet discuté et néfaste des peines minimales de courte durée pour des infractions mineures fréquentes. Selon les statistiques de l'année 2008-2009 au Canada, 5 infractions du *Code criminel* représentaient la moitié des causes réglées par les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes. Ces infractions étaient celles de conduite avec les facultés affaiblies (11%), de vol (10%), de voies de fait simples (9%), de défaut de se conformer à une ordonnance du tribunal (9%) et de manquement aux conditions de la probation (8%)²⁵. Pour plus de la moitié (55 %) des peines d'emprisonnement imposées, la durée était d'un (1) mois ou moins. L'emprisonnement entre un (1) mois et six (6) mois était imposé dans un autre tiers (31 %) des causes²⁶. Par ailleurs, la criminalité globale en 2007 affichait son niveau le plus bas depuis une trentaine d'années. Ce recul du

directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent; *b*) à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet. Peine (1.1) Quiconque commet l'infraction visée au paragraphe (1) est coupable : *a*) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de quarante-cinq jours; *b*) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatorze jours.

²⁵ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour les adultes, 2008-2009*, par Jennifer Thomas, vol. 30, n° 2, 2010, n° 85-002-x au catalogue, p.6.

²⁶ *Ibid*, p. 9 : La peine d'emprisonnement est souvent donnée pour « les infractions contre l'administration de la justice ». P.10: Des peines de deux ans et plus ont été infligées dans seulement 4 % des causes avec condamnation aboutissant à une peine de détention. Voir aussi des statistiques québécoises dans DIRECTION DE LA RECHERCHE DES SERVICES CORRECTIONNELS, *Profil correctionnel 2007-2008 : la population correctionnelle du Québec*, Sécurité publique, Québec, 2011. Faits saillants: Les personnes contrevenantes commettent d'abord des infractions contre la propriété (27%), soit surtout le vol simple (11%) et l'introduction par effraction (8%). Elles commettent ensuite des crimes contre la personne (16% dont 11% des voies de fait), des infractions relatives à la conduite de véhicules (14%) ainsi qu'aux lois fédérales autres que le *Code criminel* (13%). En 2007-2008, la durée moyenne des peines d'emprisonnement provincial est de 139,6 jours.

nombre de crimes s'expliquait principalement par le fléchissement de toutes les infractions fréquentes à volume élevé, soient le vol de 5 000 \$ et moins, le méfait de moins de 5 000 \$, l'introduction par effraction, les voies de fait simples, le vol de véhicules à moteur, le fait de troubler la paix, la fraude et la contrefaçon de monnaie²⁷. On peut donc s'interroger sur la pertinence de peines minimales de courte durée concernant des infractions mineures dont la fréquence a diminué.

Ces peines minimales de courte durée sont susceptibles d'avoir des répercussions désastreuses sur l'incarcération dans les prisons provinciales. Comme les prisons accueillent les détenus qui purgent un emprisonnement inférieur à 2 ans, on génère automatiquement un problème de surpopulation carcérale car un plus grand nombre de contrevenants sont dorénavant condamnés pour une infraction mineure assortie d'une courte peine minimale. En effet, la généralisation des peines d'emprisonnement de courte durée pour une raison ou pour une autre dans plus de la moitié des causes criminelles se répercute instantanément sur la population des prisons. Mais le législateur national qui crée des peines minimales dans son *Code criminel* n'en paie pas les frais les plus importants puisque l'administration et la gestion des prisons relèvent de la compétence provinciale dans la fédération canadienne. On peut le dire : le Gouvernement populiste ne s'occupe pas des coûts économiques et sociaux de ses lois. D'ailleurs ce dernier, qui a les coudées franches depuis les dernières élections, nous promet un projet de loi omnibus en droit pénal à l'automne 2011 qui englobera de nouvelles peines minimales²⁸.

²⁷ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *Statistiques de la criminalité au Canada, 2007*, par Mia Dauvergne, vol. 28, n° 7, 2008, n° 85-002-x au catalogue, p.1.

²⁸ Le Gouvernement conservateur est majoritaire depuis les élections du 2 mai 2011 et a déjà annoncé ses intentions relativement à sa politique préconisant d'autres peines minimales. En effet, au moment de la correction des épreuves, le ministre fédéral de la Justice a déposé le **Projet de loi C-10** (*loi sur la sécurité des rues et des communautés*) Titre long: *Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et*

c. La réduction de la portée de peines communautaires

Enfin, le législateur a adopté une troisième stratégie qui consiste à réduire la portée de certaines peines communautaires. Il a augmenté le nombre d'exceptions à l'application de peines alternatives moins sévères²⁹. La condamnation à l'emprisonnement avec sursis, pourtant la peine panacée de la réforme de 1996³⁰, est de plus en plus truffée d'exceptions. Elle est devenue la cible de prédilection du tir conservateur au point de douter de sa survie future à titre de peine dans le *Code criminel* canadien.

2. Les contre-réformes sont fondées sur le populisme pénal

La législation criminelle canadienne sur les peines depuis l'an 2000 est principalement le résultat d'un discours politique empreint de démagogie

d'autres lois, Dépôt et première lecture à la Chambre des communes 20 septembre 2011.

²⁹ Le législateur a, depuis le 31 novembre 2007, écarté la condamnation à l'emprisonnement avec sursis pour des infractions criminelles autres que celles qui donnent lieu à une peine minimale. Il exclut maintenant de cette mesure les infractions qui constituent des sévices à la personne en vertu de l'article 752 C.cr., une infraction d'organisation criminelle et celle de terrorisme poursuivis par voie de mise en accusation et qui encourent un emprisonnement de 10 ou plus (nouvelle rédaction de l'article 742.1 C.cr.). Plus récemment, indépendamment des statistiques, les auteurs évoquent l'échec complet de l'objectif de la mesure. Principalement, la mauvaise presse alléguant que cette peine équivaut à purger sa peine dans son salon, le projet conservateur (C-42 Loi modifiant le Code criminel, *Loi mettant fin à l'octroi de sursis à l'exécution de peines visant des crimes contre les biens ainsi que d'autres crimes graves*, première lecture 15 juin 2009 avant la prorogation du Parlement au début de 2010, prévoyait empêcher son application au sujet d'autres infractions. Ce dernier projet est entièrement repris dans un autre projet de 2010 : Projet de loi C-16, Loi modifiant le Code criminel (*Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves*. Voir, *supra*, note 16. Voir en effet le nouveau **Projet de loi C-10**, *ibid.*

³⁰ La condamnation à l'emprisonnement avec sursis est une nouvelle peine introduite au *Code criminel* canadien au moment de l'intégration du chapitre XXIII au *Code criminel* codifiant les principes de détermination de la peine en 1996. Voir *supra*, note 8.

et pétri de salut moral. La sécurité tous azimuts inspirant des lois excessives depuis le 11 septembre 2001, l'exacerbation de la peur collective à l'occasion d'un crime retentissant fortement médiatisé et la surestimation des crimes majeurs par l'opinion publique stimulent ce populisme politicien et favorisent de multiples contre-réformes en matière punitive.

Par populisme pénal, de concert avec la documentation sur ce thème, nous entendons le fait pour le législateur « d'adopter une loi répressive dans le but de plaire à une frange de son électorat et d'augmenter son capital politique, sans égard à l'efficacité et aux effets projetés de cette loi³¹ ». Les lois punitives populistes ne donnent pas lieu à une évaluation des coûts carcéraux qui en résultent même si l'ère néo libérale pourrait nous faire penser le contraire. En effet, les politiciens ne documentent pas les coûts économiques de ce populisme pénal ou ils les dissimulent tout en négligeant d'apprécier ses impacts sociaux désastreux. Ce courant populiste n'est pas particulier au Canada et s'est répandu dans la plupart des démocraties occidentales³². Notre propos se limite toutefois à faire

³¹ Julie DESROSIERS et Dominique BERNIER, « Sexe, adolescence et populisme pénal... ou comment la différence d'âge est devenue un crime », (2009) 50 *C. de D.* 637, 641; Julian V. ROBERTS *et al.*, *Penal Populism and Public Opinion. Lessons From Five Countries*, New York, Oxford University Press, 2003; John PRATT, *Penal Populism*, New York, Routledge, 2007; Pierre LANDREVILLE, *supra*, note 11.

³² Julian V. ROBERTS *et al.*, *ibid.* Des auteurs cités par Julie DESROSIERS et Dominique BERNIER, *ibid.*, p.641-642 expliquent ce phénomène ainsi : Selon J.V. ROBERTS *et al.*, *ibid.*, pp. 61-75, des phénomènes simultanés expliquent la montée en flèche du populisme pénal: a) retour de la droite démocratique après quelques décennies de libéralisme ; b) opportunisme politique ; c) méconnaissance publique du phénomène criminel découlant, entre autres, de l'importance croissante de la couverture médiatique des crimes violents ; d) peurs, insécurités et anxiétés découlant des changements sociaux de cette fin de modernité. J. PRATT, *ibid.*, pp. 36-65, va sensiblement dans le même sens, mais il considère également d'autres causes, notamment le déclin de la déférence envers les autorités et la mondialisation des pratiques pénales. J. PRATT dit également aux pages 64-65: "[T]he growth of punitive sentiments should be seen as a characteristic of more general concerns about a perceived decline in social cohesion, rather than being linked to particular levels of crime. What this means is that such sentiments are not tied instrumentally to punishing criminals but are related to the symbolic use of punishment as a means, and one of the most obvious and immediately available means, of restoring order and authority at a time when these qualities have been unraveling right across the social field (Durkheim 1893/1964). By the same token, the more social cohesion seems to be unraveling, the more strident will be the calls for more severe punishments : again,

quelques observations sur ses manifestations dans la législation criminelle canadienne depuis le tournant du millénaire.

a. La technique juridique du populisme pénal

1° Les assertions des préambules des projets de loi

La répression punitive est presque toujours accompagnée d'exercices politiques de légitimation sur la nécessité d'y recourir. Les politiciens font généralement des discours de légitimation sur cette question et dans une démocratie, l'expression de ces raisons a plus d'importance que dans des formes autoritaires de gouvernance étatique. Lorsqu'il est question d'augmenter la rigueur punitive, le Gouvernement canadien a trouvé une nouvelle façon de mettre de l'avant ses justifications tout en étouffant le débat démocratique. Systématiquement, il les consigne dans de longs préambules à ses projets de loi. En effet, ces préambules présentent les justifications du Gouvernement sous la forme de multiples « attendus » qui disparaissent, une fois les dispositions législatives adoptées, puis intégrées au *Code criminel* canadien. Voici un modèle de cet exercice de légitimation dans le préambule du *Projet de loi C-2* de l'année 2008³³ dont les dispositions sont maintenant intégrées au *Code criminel*.

« Attendu : que les Canadiens ont le droit de vivre en sécurité dans la société; que les actes de violence mettant en jeu des armes à feu continuent de menacer la sécurité des Canadiens; que les délinquants dangereux et à haut risque présentent un danger important pour la sécurité du public; que la conduite avec capacités affaiblies par l'effet d'une drogue ou de l'alcool peut causer des lésions corporelles graves aux personnes circulant sur la voie publique au Canada ou entraîner leur mort; que nos familles devraient être en mesure d'élever leurs enfants sans craindre que ceux-ci soient

not particularly as a response to crime, which may even be in decline, but as a way of providing consensus and uniformity”.

³³ *Supra*, note 19.

la cible de prédateurs sexuels; que le Parlement s'engage à édicter des lois exhaustives pour lutter contre les crimes violents et protéger les Canadiens tout en respectant les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés et les valeurs qui la sous-tendent; que ces lois devraient faire en sorte que les délinquants violents soient détenus en prison, que les agents chargés de l'application de la loi aient des outils efficaces pour la détection et l'enquête des crimes et que les jeunes personnes soient mieux protégées contre les prédateurs sexuels, Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte: [...] »

Ces «attendus» ne sont que pétition de principes et pure rhétorique mais donnent l'impression que la législation criminelle exige un redressement majeur au plan punitif. Chose certaine, la nécessité d'une rigueur répressive plus grande n'a pas été documentée empiriquement et n'a pas fait l'objet de démonstration de la part du Gouvernement canadien. Son seul souci est de produire un effet non controversé de vérité. Si les affirmations d'un préambule ont été discutées dans l'arène parlementaire, les critiques ne changeront rien à leur contenu. Car ces «attendus» ne sont pas des dispositions législatives; ceux-ci seront laissés intacts indépendamment des débats politiques qui en contrediraient les supposés et seront oubliés dès l'adoption des projets de loi.

2° L'intitulé des projets de loi : une stratégie publicitaire à l'américaine

Le Gouvernement présente plusieurs de ses projets de loi punitifs à la suite d'un cas d'espèce qui a eu une large couverture médiatique et il propose de nouvelles dispositions punitives à partir de l'anecdote. Il se donne ainsi l'occasion de généraliser une plus grande rigueur punitive en occultant le caractère unique du crime qui, à son avis, exigerait le renforcement de la loi et en postulant aussi une relation causale entre le cas d'espèce et les prétendues défaillances de la loi. Par exemple, le Gouvernement n'hésite pas à nommer dans le préambule d'un nouveau projet de loi le nom de la victime concernée par l'événement criminel particulier ou du contrevenant

qui en est responsable. Parfois, le projet de loi, lui-même, porte le nom de la victime. On peut donner l'exemple du *Projet de loi C-4*³⁴ de l'année 2010 qui n'a pas encore franchi toutes les étapes en vue de son adoption et qui identifie le *Projet* par le nom de Sébastien, une victime qui justifierait, aux dires du Gouvernement, un autre et nouveau durcissement de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*³⁵. Cet usage législatif qui se généralise au Canada est typiquement d'inspiration américaine³⁶. Une loi ontarienne de même inspiration porte le nom Christopher³⁷.

Ces contre-réformes ponctuelles, faut-il le mentionner, affectent marginalement les cas retentissants qui les ont justifiées. Les cas d'espèce en vertu desquels on préconise un changement législatif sont en dehors du circuit judiciaire et ont été jugés définitivement au moment de l'entrée en vigueur des modifications législatives. Dans d'autres cas, les criminels notoires peuvent se prévaloir, soit du principe de non rétroactivité des lois, soit du droit à la peine la plus douce³⁸. Les nouvelles mesures punitives plus sévères des «contre-réformes à la carte» ne valent généralement que pour les cas futurs. Mais elles affectent par la suite l'ensemble des cas

³⁴ Projet de loi C-4, Loi modifiant la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (Loi de Sébastien* : protection du public contre les jeunes contrevenants violents), 2^e lecture en Chambre et renvoi au Comité Justice et droits de la personne (qui s'est réuni à plusieurs reprises en mai et juin 2010). Voici le sommaire législatif de ce projet: Le texte modifie les principes généraux et les principes de la détermination de la peine énoncés dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, restreint la mise en liberté provisoire par voie judiciaire, prévoit l'assujettissement plus fréquent des adolescents à des peines applicables aux adultes et au placement sous garde. Il définit de plus les termes « infraction avec violence » et « infraction grave », modifie la définition de « infraction grave avec violence » et abroge la définition de « infraction désignée ». En outre, il exige des corps de police qu'ils tiennent un dossier à l'égard des mesures extrajudiciaires prises à l'endroit de tout adolescent. Voir en effet le nouveau *Projet de loi C-10*, *supra*, note 28.

³⁵ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, modifiée par L.C. 2002, ch. 7, art.274; 2002, ch.13, art. 91; 2004, ch.11, art. 48-49; 2005, ch.22, art.63.

³⁶ *Megan's Law*, New Jersey Statute Ann. 2C :7-1-7-11 (1994).

³⁷ *Loi de Christopher*, L.O. 2000, c. 1.

³⁸ Article 11 i) de la Charte. Voir aussi : Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, « Le recours au droit pénal spécialisé et au code criminel canadien et le principe *non bis in idem* : illustration d'une tension à travers une opération de fraude aux valeurs mobilières » (2010) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 289.

ordinaires et donnent lieu à un surcroît non mérité de sévérité punitive pour ces derniers.

Le législateur fait également suivre le titre technique de ses projets de loi d'un sous-titre plus évocateur pour le public en ayant recours à une expression populaire, alarmiste ou dénigrante pour décrire son objet ou son utilité. Dorénavant, sa *Loi* (ou projet de loi) qui modifie les peines applicables aux contrevenants condamnés pour une infraction à caractère sexuel est systématiquement une *Loi* contre les prédateurs sexuels³⁹; une *Loi* qui se propose d'écarter la peine de condamnation à l'emprisonnement avec sursis pour certains types de crimes est une *Loi* mettant fin à la détention à domicile⁴⁰. On parle ici de détention à domicile pour discréditer l'institution punitive. Enfin, une *Loi* destinée aux meurtriers ayant plus d'une victime permet de condamner à des emprisonnements

³⁹ Projet de loi C-54, (Loi modifiant le Code criminel, *Loi sur la protection des enfants contre les prédateurs sexuels*) (2^e lecture en Chambre le 6 décembre 2010 et renvoi au Comité Justice et droits de la personne). Ce projet vise à : accroître les peines minimales obligatoires pour certaines infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants ou d'en prévoir; interdire à quiconque de fournir des représentations sexuellement explicites à un enfant en vue de faciliter la perpétration d'une infraction d'ordre sexuel contre lui; interdire à quiconque d'utiliser des moyens de télécommunication, y compris un système informatique, pour convenir avec un tiers de commettre une infraction d'ordre sexuel contre un enfant ou de prendre des dispositions avec lui à cette fin; assurer la cohérence entre ces deux nouvelles infractions et l'infraction de leurre; allonger la liste des conditions spécifiques d'une ordonnance d'interdiction ou d'un engagement pour inclure les interdictions concernant les contacts avec des personnes âgées de moins de seize ans et l'utilisation d'Internet ou de tout autre réseau numérique, et d'ajouter certaines infractions à la liste de celles pouvant donner droit à une telle ordonnance ou à un tel engagement. Ce projet est un exemple parmi d'autres déjà adoptés. Voir en effet le nouveau Projet de loi C-10, *supra*, note 28.

⁴⁰ Projet de loi C-42 (Loi modifiant le Code criminel, *Loi mettant fin à l'octroi de sursis à l'exécution de peines visant des crimes contre les biens ainsi que d'autres crimes graves*), première lecture 15 juin 2009. Ce projet avait été déposé avant la prorogation du Parlement au début de 2010. Il prévoyait empêcher l'application du sursis au sujet d'infractions plus nombreuses que celles du droit actuel. Ce dernier projet a été entièrement repris dans un autre projet de 2010 : Projet de loi C-16, *Loi modifiant le Code criminel (Loi mettant fin à la détention à domicile de contrevenants violents et dangereux ayant commis des crimes contre les biens ou d'autres crimes graves)*. On peut noter le changement cosmétique de l'intitulé de la Loi projetée. Voir aussi le nouveau projet de loi C-10, *supra*, note 28.

fermes de 50 ans et plus. Il était jusqu'à tout récemment impossible d'imposer une peine consécutive à une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité. La Loi nouvelle permettra, lorsqu'entrée en vigueur, de cumuler des emprisonnements fermes de 25 ans avant l'admissibilité à la libération conditionnelle pour des meurtres multiples. Ce projet porte un titre qui annonce que la peine actuelle la plus sévère du *Code criminel*, associée au meurtre au premier degré, est tout à fait insignifiante puisqu'elle constitue une peine à rabais⁴¹.

b. Le postulat du populisme pénal : la sévérité punitive est magique

Punir plus sévèrement constituerait la meilleure façon de prévenir et la sévérité punitive serait nécessaire et utile : c'est une autre croyance populiste. Le législateur populiste trouve plusieurs façons d'allonger la durée de l'emprisonnement et estime que ses choix de sévérité accrue sont agréés par l'opinion publique. En fait, ses stratégies multiples d'allongement de la durée des peines concernent principalement des infractions graves et sérieuses. Les experts peuvent cependant démontrer que la sévérité des lois avant modification était encore tout à fait appropriée et que les tribunaux imposaient des peines suffisamment sévères qui reflétaient adéquatement la gravité des actes criminels. Qui plus est, ils peuvent également démontrer une baisse de la criminalité dans le cas des infractions majeures comme les homicides et les infractions de violence⁴². Bref, la nécessité d'allonger les longues peines

⁴¹ Projet de loi C-48 – Loi modifiant le *Code criminel* et la *Loi sur la défense nationale* en conséquence (*Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*), sanctionné le 23 mars 2011, L.C. 2011, c.5, entrera en vigueur par un décret à venir. La nouvelle loi modifie le *Code criminel* en ce qui concerne le temps d'épreuve imposé aux délinquants ayant commis des meurtres multiples afin de permettre aux juges de leur imposer des périodes consécutives plutôt que simultanées. Le projet ajoute les art. 745.21 et 745.51 au *Code criminel*. L'art. 745.21 C.cr., s'appliquera chaque fois qu'un accusé est déclaré coupable de plus d'un meurtre; dans ce cas, le juge de première instance devra demander au jury s'il recommande que la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle soit purgée consécutivement à celle fixée pour le meurtre précédent. Pour ce qui est de l'art. 745.51 C.cr, il accorde au juge le pouvoir d'ordonner que les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle soient purgées de manière consécutive.

⁴² CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada*, 2009, n° 85-002-X au catalogue, vol. n° 2,

d'emprisonnement au Canada est encore le résultat d'affirmations qui ne semblent pas, pour la majorité d'entre elles, avoir fait l'objet d'études approfondies. On peut même affirmer que la documentation scientifique soutient le contraire : la modération des peines en favorise leur application régulière; l'excès de sévérité augmente l'incohérence et l'irrégularité punitive⁴³.

Énumérons succinctement les lois et projets de loi de la décennie qui ont allongé la durée des peines d'emprisonnement.

1° L'élimination de la règle pratique du temps double

L'article 719 (3) C.cr. permet au juge de tenir compte de la détention provisoire dans la détermination de la durée d'une sentence d'emprisonnement. Les tribunaux canadiens ont eu l'occasion d'affirmer que le *Code*, jusqu'à tout récemment, n'avait pas prévu de méthode de calcul concernant la prise en compte de la détention provisoire et n'interdisait pas des pratiques comptables raisonnables. En fait, ils ont toléré la pratique généralisée de calculer cette détention avant procès comme équivalant au double du temps fait à titre punitif. Plusieurs considérations ont été invoquées en faveur de cette pratique. Généralement, les conditions de détention sont plus rigoureuses dans une maison d'arrêt (anciennement Parthenais, aujourd'hui Rivière-des-Prairies). La vie carcérale n'y est pas organisée, les prévenus passent davantage de temps en cellule, la sécurité y est maximale et le stress relié à l'imprévisibilité de la durée de la peine plus important. C'est du temps dur, a-t-on dit. Le temps de détention avant procès, c'est aussi du temps ferme. La libération conditionnelle est susceptible d'écourter l'emprisonnement imposé à titre punitif mais ce mécanisme ne joue pas pour le temps passé sous garde: d'où le calcul du temps double. Toutes ces considérations ont donné lieu à l'énoncé de la règle comptable selon

p. 5. Voir aussi : CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *L'homicide au Canada 2009*, par Sara Beattie et Adam Cotter, Automne 2010, vol. n° 3, *Juristat* n° 85-002-X au catalogue.

⁴³ Hélène DUMONT, *supra*, note 1, pp. 105-113.

laquelle le temps de détention avant le verdict équivaut au double du temps imposé pour la sentence.

Cette règle prétorienne répondait aussi à l'objectif de replacer sur un pied d'égalité les contrevenants condamnés de la même infraction criminelle dans des circonstances similaires mais dont l'un est en liberté en attente des procédures et l'autre sous garde⁴⁴. Cette règle de calcul ayant été créée avant l'adoption de la partie générale sur les peines dans le *Code* en 1996, elle trouverait sa justification depuis cette réforme dans le principe d'harmonisation des sentences pour des contrevenants semblables formulé à l'article 718.2 b) C.cr. Par exemple, la personne en liberté provisoire qui est par la suite condamnée à une sentence de 3 ans se fait créditer une journée sur deux à titre de réduction de peine et obtient une libération d'office (*statutory release*) aux deux tiers de sa peine⁴⁵. Le fait de calculer le double de la durée sous garde a l'effet de conférer un avantage équivalent au contrevenant qui a fait de la détention provisoire pour le même crime puni par 3 ans d'emprisonnement. S'il a été 1 an sous garde, le fait de dire que cette détention vaut 2 ans est une façon analogue de dire : ce contrevenant en détention provisoire accumule une journée sur deux à titre de réduction de peine. C'est donc au nom de l'égalité de traitement de contrevenants semblables ayant commis des crimes semblables que le calcul issu de la pratique peut dorénavant être justifié.

En pratique toutefois, cette méthode de calcul du 2 pour 1 a eu des effets discutables sur la stratégie de certains praticiens; des avocats de la défense ont pu abuser de cette règle comptable. Par exemple, certains ont délibérément allongé les délais de présentation d'un plaidoyer de culpabilité de leurs clients qui préféraient faire du temps plus long en détention provisoire pour recevoir ensuite une sentence d'emprisonnement plus courte. Du point de vue de ces condamnés, la sentence réelle étant plus courte, ils n'iraient pas dans un pénitencier ou seraient moins

⁴⁴ Cet objectif est énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt : *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455.

⁴⁵ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c.20. En vertu des règles de libération conditionnelle, un détenu qui fait l'objet d'un refus de libération conditionnelle ordinaire, sort tout de même aux deux tiers de sa peine par l'effet de ce calcul sauf s'il fait l'objet d'une mesure exceptionnelle de maintien en détention jusqu'à l'échéance de sa peine. Voir la Partie II de cette loi.

longtemps en liberté conditionnelle. En effet, une quelconque supervision de leur liberté conditionnelle dans l'exécution de leur peine d'emprisonnement ne serait pas leur tasse de thé!

Quoi qu'il en soit, la prise en compte de la détention provisoire dans la détermination ultime de la durée de la sentence d'emprisonnement selon cette pratique a été abolie par le législateur depuis peu de temps⁴⁶. Celle-ci n'est pas éliminée pour autant mais elle vaut seulement du 1 pour 1 (1 jour) selon le nouveau libellé de l'article 719 (3) C.cr. Exceptionnellement, la nouvelle disposition permet de compter 1,5 journée par jour de détention sous garde si les circonstances le justifient. On doit tout de même voir dans ce changement législatif une abolition de la règle prétorienne et un accroc au principe d'harmonisation des sentences dans des cas similaires en vertu de la partie générale (Partie

⁴⁶ Projet de loi C-25, *Loi modifiant le Code criminel*, sanctionnée le 22 octobre et entrée en vigueur le 22 février 2010, L.C. 2009, c. 29. Il a modifié l'article 719 C.cr. ainsi : (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente. (2) Les périodes durant lesquelles une personne déclarée coupable est illégalement en liberté ou est légalement en liberté à la suite d'une mise en liberté provisoire accordée en vertu de la présente loi ne sont pas prises en compte dans le calcul de la période d'emprisonnement infligée à cette personne. (3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction; il doit, le cas échéant, restreindre le temps alloué pour cette période à un maximum d'un jour pour chaque jour passé sous garde. (3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d'un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l'instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l'ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8). (3.2) Le tribunal motive toute décision d'allouer du temps pour la période passée sous garde et fait inscrire les motifs au dossier de l'instance. (3.3) Il fait inscrire au dossier de l'instance et sur le mandat de dépôt l'infraction en cause, le temps passé sous garde, la période d'emprisonnement qui aurait été infligée n'eût été tout temps alloué, le temps alloué, le cas échéant, et la peine infligée. (3.4) L'inobservation des paragraphes (3.2) ou (3.3) n'entache pas la validité de la peine infligée. (4) Malgré le paragraphe (1), une période d'emprisonnement, infligée par un tribunal de première instance ou par le tribunal saisi d'un appel, commence à courir ou est censée reprise, selon le cas, à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence. (5) Malgré le paragraphe (1), lorsque la peine infligée est une amende avec un emprisonnement à défaut de paiement, aucune période antérieure à la date de l'exécution du mandat d'incarcération ne compte comme partie de la période d'emprisonnement. (6) Une demande d'autorisation d'appel constitue un appel pour l'application du présent article.

XXIII) du *Code criminel*. Enfin, on observerait déjà les méfaits de cette modification législative sur la surpopulation des prisons et l'augmentation du taux d'incarcération⁴⁷.

2° L'augmentation de maxima législatifs et le jumelage de la peine pénitentiaire avec une ordonnance de surveillance de longue durée

Le législateur canadien élève quelques durées maximales d'emprisonnement associées à certains crimes graves pour signaler leur degré de gravité encore plus important dans le monde d'aujourd'hui⁴⁸. Suite à des fraudes mobilières qui ont défrayé les manchettes et la

⁴⁷ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *Les services correctionnels pour adultes au Canada* par Donna Calverley, Automne 2010, Vol. 30, no 3, *Juristat*, n° 85-002-X au catalogue de Statistique Canada, p. 8 : À l'échelle nationale, il y avait 141 adultes sous garde pour 100 000 adultes dans la population en 2008-2009. Le taux d'incarcération national des adultes a progressé de 1 % par rapport à l'année précédente, ce qui représente une quatrième augmentation en autant d'années. Ces augmentations variaient d'une année à l'autre. Les taux d'incarcération ont progressé par rapport à l'année précédente dans la majorité des secteurs de compétence allant d'une hausse de 4 % en Saskatchewan à 11 % au Yukon. Ils ont reculé à l'Île-du-Prince-Édouard (-15 %) et en Ontario (-1 %), et ils sont demeurés stables à Terre-Neuve-et-Labrador et au Québec. Depuis 1999-2000, le taux d'incarcération s'est accru de 4 %, surtout en raison du plus grand nombre d'adultes placés en détention provisoire. *Ibid*, p. 10 : L'auteur évoque que cette modification de la loi affectera également le taux d'incarcération.

⁴⁸ Le législateur vient aussi de prévoir une nouvelle peine minimale de 2 ans pour les fraudes d'envergure : Projet de loi C-21 – Loi modifiant le *Code criminel* (*Loi sur la défense des victimes de crimes en col blanc*), sanctionnée le 23 mars 2011, L.C. 2011, c.6, dont l'entrée en vigueur sera fixée par un décret à venir. Cette loi vise à imposer une peine minimale de deux ans dans le cas d'une fraude de plus d'un million de dollars. Aussi, elle modifie également l'art. 380.1(1) C.cr. en y ajoutant de nouvelles circonstances aggravantes, comme l'ampleur et la complexité de la fraude, les conséquences sur les victimes, l'irrespect d'un permis, d'une licence ou d'une norme de conduite professionnelle et la destruction de dossiers. Elle crée la possibilité pour un juge d'ordonner à un délinquant qui a commis une fraude une interdiction d'emploi ou de travail bénévole si ses fonctions peuvent l'amener à exercer un pouvoir sur les biens immeubles, l'argent ou les valeurs d'autrui. La loi ajoute la possibilité d'émettre une ordonnance de dédommagement et un nouveau type de déclaration de la victime, soit la déclaration au nom d'une collectivité. La prise en compte par le juge de cette nouvelle forme de déclaration serait toutefois facultative. Pour une fraude de cette ampleur, la jurisprudence des tribunaux tenait déjà compte des facteurs aggravants identifiés dans cette loi. Donc sous plusieurs aspects, ce projet jette de la poudre aux yeux en laissant entendre que les juges étaient cléments en ces matières.

chronique judiciaire (Vincent Lacroix, Earl Jones)⁴⁹, la fraude criminelle majeure est par exemple passée de la catégorie des infractions punissables par 10 ans à celles punissables par 14 ans d'emprisonnement⁵⁰. Dans ce cas-ci, on doit être d'accord avec ce changement législatif qui correspond à une simple actualisation et modernisation de la peine maximale pour la fraude d'envergure dans l'échelle générale de gradation des délits et des peines. Si cette modification est en étroite relation avec des fraudes mobilières fortement médiatisées dont celle de Vincent Lacroix, le maximum antérieur de 10 ans d'emprisonnement applicable à ce dernier pour ses fraudes criminelles, ne semble pas avoir ennuyé les autorités de poursuite. Comme elles ont porté les inculpations initiales en vertu du droit pénal réglementaire provincial, c'est-à-dire pour des infractions punissables en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁵¹, elles acceptaient d'emblée que les fraudes de Vincent Lacroix soient sanctionnées éventuellement par une peine d'emprisonnement maximale de 5 ans moins 1 jour, c'est-à-dire de moindre sévérité en vertu de ce droit pénal réglementaire. Bref, l'expectative d'obtenir une punition plus sévère contre ce criminel notoire n'a pas déterminé la poursuite à utiliser le droit plus répressif en premier. On a donné préséance à des motifs autres et obliques⁵² en privilégiant la poursuite provinciale tout en réclamant du législateur fédéral une rigueur punitive plus grande à l'égard de la fraude criminelle d'envergure.

On trouve aussi une autre manière d'allonger les peines d'emprisonnement : l'emprisonnement pénitentiaire (2 ans et plus d'emprisonnement) qui n'avait jamais été jumelé à une peine d'une nature communautaire dans le *Code*, peut maintenant être assorti d'une ordonnance de surveillance de longue durée dans la collectivité. Cette surveillance consécutive au terme pénitentiaire peut aller jusqu'à 10 ans.

⁴⁹ Voir aussi : Anne-Marie BOISVERT, Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, « En marge de l'affaire Lacroix : les enjeux substantifs et punitifs de certains comportements frauduleux dans le domaine des valeurs mobilières », (2009) 50 *Les Cahiers de droit* 469.

⁵⁰ Voir aussi Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, *supra*, note 38.

⁵¹ *Loi sur les Valeurs Mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1; voir aussi: *Autorité des Marchés financiers c. Lacroix*, (2007) QCCQ 12907, [2008] R.J.Q.193; *Autorité des Marchés financiers c. Lacroix*, 2009 QCCA 1559, [2009] R.J.Q. 2202.

⁵² Voir *supra*, note 49.

La nouvelle mesure punitive vise, dit-on, les pédophiles, des délinquants à contrôler, mais elle concerne dans les faits une catégorie plus large de criminels qui présenterait selon le législateur un risque élevé de récidive⁵³. Le contrevenant qui commet un nouveau crime, manquant ainsi aux prescriptions de cette surveillance de longue durée, peut recevoir une sanction supplémentaire allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement en plus de sa nouvelle sentence. Bref, le législateur a imaginé plusieurs façons d'allonger les plus longues peines du *Code criminel*.

3° La libération conditionnelle par voie judiciaire

Une autre façon d'allonger la durée de peines d'emprisonnement consiste à modifier les règles d'admissibilité à la libération conditionnelle. Le Gouvernement conservateur y a vu. Il autorise plus souvent les juges au moment de l'imposition d'une sentence d'emprisonnement de déroger aux règles de la libération conditionnelle ordinaire fixées par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*⁵⁴. Le juge n'est généralement pas le décideur habituel en ces matières; c'est la Commission des libérations conditionnelles qui est le décideur attitré. De plus, cette *Loi* fixe généralement l'admissibilité à la libération conditionnelle ordinaire au tiers de la peine d'emprisonnement. Toutefois en dérogation de ces règles, le juge peut maintenant déterminer une date d'admissibilité différente et supérieure à celle-ci lorsque le contrevenant est condamné de certaines infractions majeures et la fixer à la moitié du terme ou à 10 ans selon moindre des deux. Cette prérogative judiciaire a été élargie récemment puisque le Gouvernement a allongé l'énumération des infractions qui y donnent ouverture⁵⁵. Enfin, un autre projet de loi sur les libérations conditionnelles⁵⁶ est à l'étude pour effectuer un

⁵³ Voir Partie XXIV du *Code criminel*, en particulier les articles 753.2 C.cr. et suivants sur la surveillance de longue durée.

⁵⁴ *Supra*, note 45.

⁵⁵ Article 743.6 C.cr.

⁵⁶ Projet de loi C-39, *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et d'autres lois en conséquence* Titre abrégé : *Loi supprimant la libération anticipée des délinquants et accroissant leur responsabilité* (2^e lecture en Chambre le 20 octobre 2010 puis un renvoi au Comité Sécurité publique et nationale). Le projet propose à juste titre l'abrogation de la procédure d'examen expéditif qui permet actuellement à des détenus purgeant un emprisonnement pénitentiaire qui

redressement de la *Loi* sous plusieurs aspects même si la Commission est devenue plus prudente et plus sélective dans l'octroi de mesures de libération conditionnelle au cours de la période contre-réformiste⁵⁷.

4° Les jeunes : le supposé fléau des gangs de rue et la détention plus importante des « 16-18 » et la pénalisation des relations sexuelles consensuelles des « 14-16 »

La contre-réforme a favorisé le durcissement des peines à l'endroit des adolescents au cours de la première partie de la décennie même si la criminalité des jeunes était à son niveau le plus bas depuis 25 ans⁵⁸. Au cours de la première décennie du deuxième millénaire, on a en effet mis en oeuvre une loi plus sévère concernant les adolescents criminels en prétendant notamment s'en prendre au fléau des gangs de rue⁵⁹. On a créé des peines pour adultes à leur égard. Selon le Centre canadien de la statistique juridique, on assiste à une plus grande proportion de décisions de placement sous garde avec cette modification de la *Loi*. Plus précisément les jeunes du groupe des « 16-18 ans » représentaient en 2005-2006, une plus forte proportion des jeunes admis en détention, comparativement aux années précédant la mise en oeuvre de la nouvelle *Loi*. De plus, si 6% des jeunes au Canada sont d'identité autochtone en

n'ont pas commis de crimes violents et qui ne sont pas récidivistes d'obtenir une semi-liberté au sixième de sa peine en vertu de l'art.119.1 de la loi. Cet article avait été intégré dans la *Loi* en 1997 par les politiciens eux-mêmes, le tout sans débats. Cette procédure d'examen expéditif n'avait jamais été préconisée par les intervenants dans le domaine des libérations conditionnelles. Elle était le résultat d'une vision politicienne irréaliste sur les contrevenants les plus répréhensibles : les violents et les récidivistes. Par conséquent, tous les autres criminels n'étaient pas dangereux. Par conséquent, les fraudeurs et les trafiquants de drogues étaient devenus depuis 1997 les bénéficiaires de cette semi-liberté au sixième de la peine, par suite d'un seul examen expéditif de leur dossier. Voir en effet le nouveau Projet de loi C-10, *supra*, note 28.

⁵⁷ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *supra*, note 47, p.17.

⁵⁸ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *La criminalité chez les jeunes au Canada*, 2006, par Andrea Taylor-Butts et Angela Bressan, vol. 28, n° 3, *Juristat*, n° 85-002-XIT, p.2 : En 2006, le taux national de criminalité a diminué de 3 % par rapport à l'année précédente pour s'établir à son niveau le plus bas en plus de 25 ans.

⁵⁹ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, *supra*, note 35.

2005-2006, ce groupe composait 31% des admissions en détention après condamnation⁶⁰. Enfin, le législateur conservateur a proposé un nouveau projet de loi pour être encore plus répressif à l'égard de ce groupe des 16-18 ans⁶¹.

Le législateur populiste a également haussé l'âge du consentement sexuel à 16 ans et criminalisé certaines relations sexuelles consensuelles intergénérationnelles des « 14-16 ans ». On a invoqué la nécessité de protéger la jeunesse même si celle-ci était déjà protégée contre les abus sexuels par le *Code criminel* canadien. Désormais, certains contacts sexuels consensuels entre jeunes adultes et jeunes adolescents sont interdits (ex. une adolescente de 15 ans avec un jeune homme de 20 ans).⁶² Or, comme le notent Julie

⁶⁰ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *Juristat, Les services communautaires et le placement sous garde des jeunes au Canada, 2005-2006*, n° 85-002-X-au catalogue, vol. 28, n° 8.

⁶¹ Projet de loi C-4, *Loi modifiant la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (Loi de Sébastien (protection du public contre les jeunes contrevenants violents)*, *supra*, note 16. Voir en effet le nouveau Projet de loi C-10, *supra*, note 28.

⁶² *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, *supra*, note 19. Le législateur avait établi l'âge du consentement sexuel à 14 ans, mais à 18 ans dans le contexte des relations d'autorité, de confiance ou d'exploitation. Or, la modification législative récente hausse l'âge du consentement sexuel à 16 ans. La différence d'âge criminelle est de 5 ans ou plus pour que des relations sexuelles consenties soient criminelles : Voir à cet égard le nouvel article 150.1 du *Code criminel*, (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (2.2), lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151 ou 152 ou aux paragraphes 153(1), 160(3) ou 173(2) ou d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273 à l'égard d'un plaignant âgé de moins de seize ans, ne constitue pas un moyen de défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation. **Exception — plaignant âgé de 12 ou 13 ans** (2) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151 ou 152, au paragraphe 173(2) ou à l'article 271 à l'égard d'un plaignant âgé de douze ans ou plus mais de moins de quatorze ans, le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation constitue un moyen de défense si l'accusé, à la fois: *a*) est de moins de deux ans l'aîné du plaignant; *b*) n'est ni une personne en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis du plaignant ni une personne à l'égard de laquelle celui-ci est en situation de dépendance ni une personne qui est dans une relation où elle exploite le plaignant. **Exception — plaignant âgé de 14 ou 15 ans** (2.1) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151 ou 152, au paragraphe 173(2) ou à l'article 271 à l'égard d'un plaignant âgé de quatorze ans ou plus mais de moins de seize ans, le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation constitue un moyen de défense si l'une des conditions suivantes est remplie : *a*) l'accusé, à la fois: (i) est de moins de cinq ans l'aîné du plaignant, (ii) n'est ni une personne en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis du plaignant ni une personne à l'égard de laquelle celui-ci est en situation de dépendance ni une personne qui est dans une relation où elle exploite le plaignant; *b*) l'accusé est marié au plaignant.

Desrosiers et Dominique Bernier⁶³, « les données publiées sur le sujet démontrent que les jeunes ont une vie sexuelle active et que leurs relations intimes avec des adultes, dans un contexte de relative égalité, peuvent s'avérer positives ». La criminalisation de la sexualité de ces jeunes adolescents permet toutefois au législateur d'affirmer à peu de frais une stratégie agressive contre de supposés « prédateurs sexuels ». Ce moralisme excessif préside à la construction d'une perception erronée de dangerosité au sujet de comportements sexuels qui ne sont pas anormaux et engendre une confusion malsaine entre la vie sexuelle active des jeunes et la déviance sexuelle. Selon ces auteures, cette législation s'inscrit clairement dans une perspective populiste.

5° Les nouveaux dangereux

Le *Code criminel* canadien prévoit une peine d'emprisonnement indéterminée communément appelée « détention préventive » applicable aux criminels dangereux. Elle s'applique seulement à des criminels qui ont commis des crimes graves autres que le meurtre et qui, normalement, recevraient une peine moins sévère que celle applicable aux meurtriers. La preuve faite au moment de l'audience de la sentence que le criminel présente des troubles de personnalité correspondant aux caractéristiques du psychopathe violent ou du prédateur sexuel incontrôlable, donne lieu à une substitution de peine, soit à la peine de détention préventive. Les critères exigeants de la dangerosité criminelle ont été élaborés lors d'une réforme importante en 1977⁶⁴. Le législateur a alors aboli la notion de criminel d'habitude fondée sur des notions de nuisance publique, d'incorrigibilité et de récidive au profit d'un concept de dangerosité fondé sur les caractéristiques psychiatriques et criminelles de la personnalité dangereuse. Depuis 1997, ces critères ont été relaxés à quelques reprises, en particulier pour faciliter la tâche du procureur de la poursuite qui assume le fardeau de la preuve en matière de dangerosité criminelle. Mais depuis 2008, les conditions d'ouverture de la détention préventive ont réintroduit la récidive comme circonstance déterminante d'un emprisonnement indéterminé. Le législateur a prévu l'équivalent de « 3

⁶³ Julie DESROSIERS et Dominique BERNIER, *supra*, note 31, p.637.

⁶⁴ Article 753 a) ou b) C.cr.

strikes, you're out », une manière américaine d'appliquer la détention préventive à des contrevenants en situation de récidive sans passer par la preuve de leur dangerosité selon les critères propres aux psychopathes violents ou aux prédateurs sexuels incontrôlables⁶⁵. Ici, on a tous les ingrédients d'un populisme pénal démagogique et arbitraire.

La société canadienne devient par ailleurs très réceptive à l'étiquetage des criminels, par media et politiciens populistes interposés. Ce procédé prédispose à inclure sans examen critique un trop grand nombre de contrevenants dans des catégories de personnes perçues comme étant dangereuses. Actuellement, on a des prédateurs sexuels, des pédophiles, des terroristes, des délinquants incontrôlables⁶⁶, des meurtriers en série, des narco trafiquants⁶⁷, des gangs de rue. Cet étiquetage a pour effet de donner une vision simpliste de la criminalité et de conférer une place non méritée à la dangerosité et à la récidive criminelle. Par exemple, la documentation scientifique disponible sur la délinquance sexuelle fait une appréciation différente et différenciée du risque réel de récidive criminelle

⁶⁵ Ces nouvelles conditions sont énoncées aux articles 753(1.1) et 753.01 C.cr. En vertu de l'article 753(1.1) C.cr., un délinquant peut être déclaré dangereux d'une part s'il est trouvé coupable d'une infraction primaire qui emporte et se mérite une peine pénitentiaire (2 ans ou plus) et d'autre part s'il a déjà été condamné d'au moins deux autres infractions primaires emportant et lui ayant valu une peine pénitentiaire dans chaque cas. Il est alors présumé, sauf preuve contraire faite selon la balance des probabilités, avoir satisfait aux critères de la dangerosité de l'article 753 (1) a ou b) C.cr.

⁶⁶ Voir les articles 752 C.cr. et suivants.

⁶⁷ La criminalité relative aux drogues a augmenté par rapport à d'autres formes de criminalité mais les infractions les plus fréquemment commises et qui se répercutent dans les statistiques concernent les condamnations pour la simple possession de drogues. Les narco-trafiquants dont le trafic est important et qui sont condamnés à de longues peines représentent cependant une quantité statistiquement négligeable des condamnations criminelles. Voir à cet égard: Centre canadien de la statistique juridique, *Tendances des infractions relatives aux drogues déclarées à la police au Canada*, par Mia Dauvergne, Mai 2009, vol.29, n° 2, *Juristat*, 85-002-X au catalogue, p. 8 : Depuis 30 ans, le taux d'infractions relatives aux drogues déclarées par la police au Canada a, de façon régulière, été déterminé par les infractions liées au cannabis (graphique 2), plus particulièrement par la possession. Bien que le taux d'infractions liées au cannabis ait suivi une tendance générale à la baisse depuis 2002, ces infractions représentaient toujours la majorité des infractions relatives aux drogues. Parmi les 100 000 et quelques affaires de drogues découvertes par la police en 2007, 62 % concernaient le cannabis, les trois quarts ayant eu trait à la possession. Voir néanmoins le nouveau Projet de loi C-10, *supra*, note 28.

des catégories de délinquants sexuels et atteste même d'une absence de risque réel dans de nombreux cas⁶⁸.

Le législateur est néanmoins devenu très réceptif à cette façon globalisante de concevoir la criminalité dangereuse ou à haut risque de récidive, en particulier au sujet de la délinquance sexuelle. Il a répondu notamment par une législation sur le fichage de celle-ci. La *LERDS*⁶⁹ prévoit l'émission d'une ordonnance d'enregistrement de données personnelles à l'encontre du délinquant condamné d'une infraction sexuelle ou jugé irresponsable pour cause d'aliénation mentale dont la durée est importante mais de longueur variable selon le crime sexuel. Dans sa première version, la *LERDS* donnait lieu au fichage sur la seule base de la nature sexuelle du crime mais permettait d'en être exempté sur la preuve exceptionnelle faite

⁶⁸ Andrew J.R. HARRIS et R. Karl HANSON, *Sex Offender Recidivism : A Simple Question*, Ottawa, Public Safety Canada, 2004; Tony WARD, Devon L.L. POLASCHEK et Anthony R. BEECH, *Theories of Sexual Offending*, West Sussex, John Wiley & Sons, 2006; Michael C. SETO, *Pedophilia and Sexual Offending Against Children. Theory, Assessment, and Intervention*, Washington, American Psychological Association, 2008; Laura J. ZILNEY et Lisa Anne ZILNEY, *Perverts and Predators. The Making of Sexual Offending Laws*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2009; Ray BLANCHARD, Amy D. LYKINS, Diane WHERETT et al., « Pedophilia, Hebephilia, and the DSM-V », (2009) 38 *Archives of Sexual Behavior* 335, 336; Sophie DESJARDINS, *Étude et évaluation de l'hébéphilie comme catégorie distincte d'agresseurs sexuels*, thèse de doctorat, Montréal, FES, Université de Montréal, 2006; Gregory DECUE, « Should Hebephilia be a Mental Disorder? A Reply to Blanchard et al. (2008) », (2009) 38 *Archives of Sexual Behavior* 317; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders : DSM-IV-TR*, 4^e éd., Washington (DC), American Psychiatric Association, 2000. Le DSM-IV-TR est une publication de l'American Psychiatric Association qui fournit des critères permettant le diagnostic et la classification des maladies mentales. Il est utilisé aux États-Unis et dans plusieurs autres pays, dont le Canada; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, « Proposed Revision – APA DSM-V », en ligne : <http://www.dsm5.org/ProposedRevisions/Pages/proposedrevision.aspx?rid=186> (consulté le 30 août 2011); William O'DONOHUE, « A Critique of the Proposed DSM-V Diagnosis of Pedophilia », (2010) 39 *Archives of Sexual Behavior* 587; Francis FORTIN et Julie ROY, « Profil des consommateurs de pornographie juvénile arrêtés au Québec », (2006) 39 *Criminologie* 107; Jean PROULX, Christine PERREAULT et Marc OUIMET, « Pathways in the Offending Process of Extrafamilial Sexual Child Molesters », (1999) 11 *Sexual Abuse : A Journal of Research & Treatment* 117.

⁶⁹ *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C., 2004, c. 10.

par un contrevenant que ce fichage constituait un inconvénient inapproprié ou disproportionné dans son cas. Une nouvelle version de cette *Loi*, récemment adoptée et qui s'est concrétisée dans la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*⁷⁰, ne laisse plus de place à l'exemption. Le législateur mise sur un fichage automatique, exhaustif et plus extensif de tous les délinquants sexuels. Il postule que ces derniers, en tant que groupe, présentent un risque de récidive criminelle justifiant un contrôle au-delà de l'expiration de leur peine. Ce postulat quant au risque de récidive criminelle repose sur une généralisation du danger que représente non pas un *individu* mais un *groupe*, celui des délinquants sexuels. Cette généralisation s'exprime dans la création d'une présomption légale exagérément globale et par conséquent erronée du risque criminel futur associé à cette délinquance. La peur et l'arbitraire déterminent l'exercice de la répression punitive au détriment de la raison et des connaissances criminologiques. Ces catégories de criminels étiquetés et assimilés indistinctement et arbitrairement à des dangereux, lorsqu'elles deviennent des catégories juridiques, cernent en effet dans leur définition un plus grand nombre de personnes que ce que les sciences humaines accepteraient dans leur étiologie de chacun de ces phénomènes et que l'empirie considère comme n'étant pas à risque⁷¹.

Aujourd'hui avec la nouvelle version de cette législation, il n'est plus possible pour le juge de considérer le risque réel de récidive criminelle à l'échelle individuelle et pour le délinquant de démontrer, science et preuve à l'appui, que ce risque est absent. De fait, la *LERDS* se préoccupe seulement de l'identification d'une population à risque, le groupe complet des délinquants sexuels, en les fichant, prétendant ainsi mieux prévenir la criminalité sexuelle future. La législation canadienne sur le fichage de la délinquance sexuelle laisse donc entrevoir une nouvelle conception de la peine selon laquelle la finalité de gestion des risques à l'échelle du groupe supplante les objectifs de la justice punitive individuelle. Le fichage de cette délinquance est fortement inspiré des *Megan's Laws*⁷² américaines. Même si certains tribunaux estiment que ce stigmate de la criminalité sur le délinquant que constitue un fichage extensif et prolongé ne serait pas une peine, nous soutenons le contraire. Le fichage fédéral constitue une

⁷⁰ *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, L.C. 2010 c. 17, Entrée en vigueur le 15 avril 2011, par décret TR/2011-0035.

⁷¹ *Supra*, note 68.

⁷² *Megan's Law*, *supra*, note 36.

nouvelle « institution punitive » du *Code criminel* que le juge impose au moment de la détermination de la sentence dans un cas d'espèce⁷³. Il devrait donner lieu au respect de principes constitutionnels relatifs à la peine (à savoir le droit de bénéficier de la peine la plus douce, le droit de ne pas être puni deux fois pour le même crime et la protection contre les châtiments cruels et inusités). Le fichage devrait également être imposé en respectant des principes fondamentaux de *sentencing* (le principe de la justice méritée, le principe de la proportionnalité et les règles de fardeau preuve relatives aux facteurs atténuants et aggravants).

Ce simplisme populiste, populaire et législatif de conceptualiser en bloc et de façon monolithique la criminalité sexuelle ou une autre forme de criminalité constitue un arrêt de penser le complexe et une occasion de stigmatiser et d'exclure de la société plusieurs personnes sans forme de procès et sans preuves étoffées du risque criminel. Cet étiquetage permet d'imposer des mesures préventives et neutralisantes de longue durée à ces criminels et empêche d'élaborer de véritables solutions aux divers problèmes sociaux que révèlent ces catégories de criminalité. Ces étiquettes imagées sont intégrées dans le droit pénal en ignorant ou en dénaturant les données des sciences humaines et sociales de la réalité sous-jacente. Ces étiquettes grossières ne valent pas mille mots mais nous valent mille maux!

6° La stigmatisation accrue

⁷³ Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, LL.M. (2011), le soutient dans son mémoire sur *Le fichage de la délinquance sexuelle au Canada, une érosion des principes de justice criminelle et punitive* (mémoire de maîtrise sous la supervision de Hélène Dumont, mention : exceptionnel). Au Canada, la Cour suprême n'a pas examiné la question de la détermination de la nature du fichage de la délinquance sexuelle, mais des Cours d'appel l'ont fait en statuant qu'il ne s'agissait pas d'une peine Cette auteure critique notamment les décisions suivantes: *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée : [2006] 2 R.C.S. vi); *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée : [2006] 2 R.C.S. x); *R. c. Asselin*, 2009 QCCA 188, *Thériault c. R.*, 2009 QCCA 185, *Morin c. R.*, 2009 QCCA 187 et *Turgeon c. R.*, 2009 QCCA 186.

Le condamné qui a purgé sa peine est-il quitte avec la société, a-t-il payé sa dette, comme le suggère la formule populaire? Non, la réalité est tout autre⁷⁴. Et les populistes ne croient plus que le condamné puisse se réhabiliter. Un stigmate juridique suit le criminel longtemps après avoir purgé sa peine sous la forme d'un casier judiciaire et d'un ternissement de sa réputation. La *Loi sur le casier judiciaire*⁷⁵ confère cependant au condamné redevenu respectueux des lois la possibilité d'obtenir un certificat de réhabilitation s'il peut attester d'une bonne conduite pendant une période plus ou moins longue d'épreuve postérieure à l'exécution de sa peine. Or le législateur conservateur vient de modifier cette loi⁷⁶ en augmentant la longueur du délai d'épreuve pour des crimes majeurs avant d'autoriser cette requête en réhabilitation et la mise à l'écart du casier judiciaire. Il procède également à l'étude d'un autre projet de loi⁷⁷ pour restreindre encore davantage l'accès à cette forme de pardon. Plus précisément, il se propose d'enlever ce pardon qui s'incarne dans un certificat de réhabilitation à certaines catégories de contrevenants ou de seulement leur permettre d'obtenir une suspension de casier. On ne croit plus à la réhabilitation; par conséquent on empêche des individus de tenter légitimement d'y arriver. Ces derniers resteront à jamais stigmatisés.

⁷⁴ Hélène DUMONT, « Le casier judiciaire: criminel un jour, criminel toujours? », dans POUPART, A. (dir.), *Les journées Maximilien-Caron : Le respect de la vie privée dans l'entreprise*, Montréal, Thémis, 1995, p. 107; Hélène DUMONT, « Le pardon, une valeur de justice et d'espoir, un plaidoyer pour la tolérance et contre l'oubli », (2000) 42.3 *Revue canadienne de criminologie / Canadian Journal of Criminology* 299-322; Hélène DUMONT, « L'état du droit canadien sur le pouvoir d'accorder la grâce », (2007) *Cahiers de défense sociale* 2006, 147-169 <http://www.defensesociale.org/Cahiers/2006/2006.pdf>

⁷⁵ *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), c. C-47.

⁷⁶ *Loi modifiant la Loi sur le casier judiciaire*, L.C. 2010, c. 5. (Projet de loi C-23A) La Loi accorde aussi à la Commission des libérations conditionnelles le pouvoir de tenir compte de certains critères afin de pouvoir refuser ou octroyer la réhabilitation pour ces infractions.

⁷⁷ Projet de loi C-23B, (2^e lecture en Chambre le 14 juin 2010 et renvoi au Comité Sécurité publique et nationale (qui s'est réuni le 17, 22 et 24 novembre 2010). Il vise à modifier de nouveau la *Loi sur le casier judiciaire* et d'autres lois en conséquence (*Loi supprimant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves*). Il envisage de remplacer le terme « réhabilitation » par « suspension du casier » et d'allonger à nouveau la période d'inadmissibilité pour la présentation d'une demande de suspension du casier. Il rend aussi certaines infractions inadmissibles à la suspension du casier et donne à la Commission nationale des libérations conditionnelles le pouvoir de tenir compte de critères additionnels pour décider d'ordonner ou de refuser la suspension du casier. Voir en effet le nouveau Projet de loi C-10, *supra*, note 28.

Encore une fois, le populisme pénal a eu raison sur la raison en matière de pardon.

c. La technique politique du populisme pénal

1° Une relation directe entre le Gouvernement populiste et le public

Selon Jean-Louis Servan-Shreiber, la démocratie deviendrait de plus en plus inadaptée à la frénésie des média et les institutions politiques et judiciaires se démoderaient en raison de leur lenteur⁷⁸. Chose certaine, le droit pénal et les juridictions criminelles seraient un lieu privilégié de vérification de ce point de vue.

i. La réprobation publique et le public justicier : l'ère de la peine émotive

Nous avons déjà qualifié la nouvelle période de législations ponctuelles de la décennie, l'ère des *looking good and feeling good legislation*⁷⁹. Ces nouvelles lois plaisent à l'opinion publique, aux dires des politiciens, et répondent aux attentes punitives du public. Le public a en effet accru sa vigilance sur les suites judiciaires de faits divers de nature criminelle. Les recensions médiatiques d'une affaire lui tenant aisément lieu de vérité, le public suit avec fébrilité ce qui se passe au palais de justice. Il attend le dénouement de l'affaire, généralement sous la forme d'un verdict de culpabilité, et espère ensuite une sentence judiciaire conséquente. Il doit y avoir une bonne fin pénale à cette histoire qui l'a tant émue. Une peine d'emprisonnement sévère doit être le remède à la restauration des sentiments collectifs éprouvés par le retentissement médiatique du crime; elle seule peut calmer le public spectateur. La saga autour d'un fait divers que le spectateur vit avec émoi par médias interposés, se superpose sur la

⁷⁸ Jean-Louis SERVAN-SHREBER, *Trop vite*, Albin Michel, Paris, 2011.

⁷⁹ Hélène DUMONT, *supra*, note 23.

réalité du procès, surdétermine son issue en faveur d'une condamnation et conditionne l'expectative d'une peine exemplaire. Nous sommes entrés dans la période de la peine émotive⁸⁰.

ii. *L'élimination de la juste distance*

La contrepartie de l'attention médiatique accordée à certains crimes et à certains contrevenants est d'éliminer la distance entre le criminel et le public spectateur. Cette élimination de la distance a pour effet d'étendre les répercussions préjudicielles du crime sur un très large public et de produire sur lui des émotions semblables à celles qu'a pu éprouver la victime. En réalité, ce très large public ne peut pas être menacé par le crime, la capacité d'impact réel du criminel étant devenue fort limitée, le danger n'étant qu'imaginaire. Néanmoins, l'impact émotionnel décuplé du crime sur le public par son retentissement médiatique suscite la réclamation d'une peine en se mettant dans la peau de la victime. La juste distance⁸¹ que le juge du procès établit réellement et symboliquement entre l'accusé et sa victime et qui est requise pour entendre le procès en toute impartialité et sérénité et, le cas échéant, imposer une sentence

⁸⁰ Hélène DUMONT, « Silence, on punit ! », dans Les Actes du 33e Congrès de la Société québécoise de criminologie intitulé : *La peine, ça vaut la peine d'en parler*, 23-25 mai 2007, Québec. http://www.societecrimino.qc.ca/actescongres/pdf/table_ronde_hel_dum_2.pdf

⁸¹ Paul RICOEUR, *Le juste*, Paris : Éditions Esprit, c 1995-2001, 2 volumes, tome 1, pp.12-13 : « Mais alors pourquoi ne pas s'en tenir à l'indignation? Qu'est-ce qui lui manque pour qu'elle s'égle à un authentique sens de la justice? Il ne suffit pas de dire que font encore défaut les critères positifs du juste. Il faut encore identifier l'obstacle qui empêche la conquête de ce que nous venons d'appeler juste distance entre les antagonistes des partages, des échanges et des rétributions que notre indignation dénonce comme injustes. Cet obstacle est le désir de vengeance, c'est-à-dire la prétention de se faire justice à soi-même, quitte à ajouter la violence à la violence, la souffrance à la souffrance. La grande conquête, à cet égard, consiste dans le départage entre vengeance et justice. Au court-circuit de la vengeance, la justice substitue la mise à distance des protagonistes, dont l'établissement d'un écart entre le crime et le châtement est le symbole en droit pénal. Or, comment un tel écart peut-il être institué, sinon par l'entrée en scène d'un tiers qui ne serait pas l'un des protagonistes? Une équation majeure, où le juste commence à se distinguer du non injuste, se propose: celle entre justice et impartialité. Juste distance, médiation d'un tiers, impartialité s'énoncent comme les grands synonymes du sens de la justice sur la voie duquel l'indignation nous a conduits dès notre plus jeune âge ».

appropriée, ne peut plus prévaloir. Le public s'érige en justicier et demande au juge de prendre fait et cause en faveur de son point de vue. Que la victime réclame vengeance, à la limite pourrait-on la comprendre; que la société réclame collectivement vengeance, on ne doit pas l'accepter. C'est renier un principe de justice qui a pris des siècles de civilisation pour se construire et pour collectivement nous déprendre d'un tel sentiment. Et pourtant la justice punitive canadienne est bel et bien tentée de nous servir la vengeance collective sous le couvert de la dénonciation et de la réprobation publique. Le tout favorise le lynchage des criminels et l'asservissement de la victime au seul rôle de « faire valoir » des passions publiques débridées.

L'Association du Barreau canadien par l'entremise de son comité d'étude des projets de lois en matière criminelle rappelle depuis plus de 10 ans le même avis qu'elle a donné à de nombreuses reprises au législateur fédéral concernant plusieurs de ses projets de loi. Cet avis⁸² lui dit en substance : Légiférez lorsqu'il y a un besoin criant et qu'il est démontré empiriquement que la loi est déficiente. Appuyez vos décisions sur la réalité des phénomènes criminels et sur les connaissances en la matière. N'oubliez pas les effets de système de vos lois ponctuelles. Des lois inutiles ou mal faites, ça coûte cher et ça se gère mal. N'oubliez pas la partie générale du *Code* qui énonce tous les principes à considérer en matière punitive. Ne prenez pas la place du juge en légiférant sur le cas

⁸² ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport de la section nationale du droit pénal sur le Projet de loi C-2, Loi sur la lutte contre les crimes violents*, Novembre 2007, p.1-2. « Les modifications législatives s'avèrent nécessaires lorsqu'il y a un fait nouveau ou non abordé dans la société, par exemple l'apparition de problèmes graves liés au vol d'identité, ou lorsqu'une omission ou une lacune grave de la loi actuelle a été démontrée de façon empirique. La disponibilité des ressources et l'efficacité du fonctionnement de nos tribunaux sont des considérations importantes, et il faudrait éviter les litiges et les contestations constitutionnelles inutiles. Le public est protégé lorsque les policiers et les substituts du procureur général disposent de ressources suffisantes pour appliquer les lois actuelles et que l'effet que la modification des lois existantes ou leur complexification peut avoir sur les ressources est pris en compte. Lorsqu'il y a perpétration d'un crime, une réaction mesurée permettant d'évaluer de façon équitable tous les buts liés à la détermination de la peine dans le code criminel permettra en dernier ressort de réduire la criminalité lorsque les délinquants retourneront dans la collectivité. Les juges de première instance sont les mieux placés lorsqu'il s'agit de déterminer une réaction appropriée à un crime particulier, étant donné qu'ils ont la possibilité toute particulière d'observer tous les participants et d'entendre tous les témoignages de première main ».

d'espèce plutôt que sur des principes d'application générale. Le juge est mieux en mesure que le législateur d'imposer une peine appropriée dans un cas d'espèce. En bref, tous les projets de loi en matière punitive présentés par le Gouvernement conservateur ces récentes années ont donné lieu aux mêmes critiques non seulement de la part des praticiens mais également de la part de plusieurs catégories d'intervenants de justice et d'experts universitaires.

2° Une conception populiste du risque criminel

i. La moralisation du risque

À la différence des études émanant des sciences humaines et sociales qui font des évaluations réalistes et nuancées du risque de récidive criminelle que représentent des catégories de criminels, le législateur aménage ses lois répressives populistes en adoptant une conception monolithique et morale de ce risque⁸³. Cette conception morale du risque dans la société du risque dans laquelle nous serions⁸⁴ agit comme un postulat ou une affirmation de départ dans l'élaboration des lois criminelles. En d'autres mots, le risque de récidive criminelle existerait et tous les criminels de la

⁸³ Hélène DUMONT, « La pénalisation du tabagisme : pourquoi tout ce tabac ? Conversation imaginée sur l'émergence des normes pénales avec Andrée Lajoie », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie : le droit, une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, p. 807, p. 843.

⁸⁴ Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Champs Flammarion, 2008, p.89-90 : [...] Pour formuler cela schématiquement, on observe dans ces deux types de sociétés modernes des systèmes de valeurs radicalement différents. Les sociétés de classes restent attachées, dans la dynamique de leur évolution, à l'idéal de l'égalité (auquel on peut donner diverses formulations, qui vont de l'« égalité des chances » aux variantes des modèles de la société socialiste). La situation est différente dans le cas de la société du risque. Son contre-projet normatif, qui en est le fondement et le moteur, est la notion de *sécurité*. Le système de valeur de la société « sans sécurité » vient se substituer au système de valeur de la société « inégale ». Tandis que l'utopie de l'égalité est riche d'une quantité d'objectifs de transformations sociales à contenu *positif*, l'utopie de la sécurité reste singulièrement *négative* et *défensive* : au fond, il ne s'agit plus d'atteindre quelque chose de « bien », mais simplement d'empêcher que ne se produise le pire. Le rêve de la société de classes est le suivant : tous veulent et doivent *avoir leur part* du gâteau. L'objectif que poursuit la société du risque est différent : tous doivent être épargnés par ce qui est toxique.

catégorie présenteraient un risque significatif et analogue de récidive criminelle. Ce postulat devient indiscutable et aucun contrevenant ne peut le remettre en question dans le processus judiciaire⁸⁵. Prévention et sécurité obligent. L'intégration d'une théorie de gestion des risques dans le droit répressif révélerait finalement un autre phénomène, à savoir l'existence d'une tension dialectique entre des objectifs de liberté personnelle et des objectifs de sécurité collective dans l'élaboration des normes juridiques à caractère punitif⁸⁶. La théorie de la peine subit donc une importante mutation sans qu'on n'en réalise actuellement toutes les implications sur les principes fondamentaux de la justice punitive individuelle⁸⁷. Cette nouvelle tendance orienterait la pénologie vers le modèle dit de justice « actuarielle » et délaisserait le modèle de la justice individualisée. Ce modèle peut être distingué à partir de trois caractéristiques: la peine devient proportionnelle au risque de récidive criminelle; la peine vise à neutraliser ce risque; elle a comme objectif une efficacité accrue du système à gérer ce risque et ne se soucie plus de l'objectif de réinsertion du délinquant⁸⁸.

ii. *Le risque émotif : une confusion entre le risque zéro et la tolérance zéro*

⁸⁵ Voir ce que l'on a dit au sujet de la LERDS précédemment, *supra*, notes 68-72.

⁸⁶ *Supra*, note 83, p. 842.

⁸⁷ Malcolm M. FEELEY et Jonathan SIMON, « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », (1992) 30 *Criminology* 449; Malcolm M. FEELEY et Jonathan SIMON, « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law » dans David NELKEN (éd.), *The Futures of Criminology*, Sage Publications Ltd, London, 1994, p. 173; Philippe MARY, « Pénalité et gestion des risques : vers une justice 'actuarielle' en Europe? », (2001) 35 *Déviance et Société* 33, 34. Pat O'MALLEY, *supra*, note 18, p. 328.

⁸⁸ Malcolm FEELEY et Jonathan SIMON, « Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law », *ibid*, p. 174: Actuarial justice is nebulous, but it is significant. Actuarial justice involves how we conceive of and talk about crime policy, but it is not an ideology in the narrow sense of a set of beliefs and ideas which constrain action. It involves practices, but is not reducible to a specific technology or set of behaviours. Indeed it is powerful and significant precisely because it lacks a well-articulated ideology and identification with a specific technology.

Le public, quant à lui, conçoit le risque criminel de façon émotive. Il l'envisage en termes de danger personnel. Il s'agit d'un risque émotif qu'il ne veut pas courir. La peine sévère et neutralisante a l'effet de le rassurer. Or à la différence de l'assurance que le citoyen prend pour couvrir ses dommages en cas de feu ou d'accident et qui le compense lorsque le risque se matérialise, celui-ci exige de sa police d'assurance criminelle qui s'incarne dans la peine neutralisante que le crime, soit le dommage, ne se matérialise pas. Il est par conséquent toujours insatisfait de la peine parce qu'il ne porte un jugement de valeur sur la justice punitive et sa sécurité personnelle qu'en situation d'échec de la prévention générale⁸⁹.

Le risque zéro sert également de caution à des politiques de tolérance zéro qui s'accompagne malheureusement d'une très grande intolérance à l'égard d'un grand nombre de démunis qui se trouvent en prison faute de services sociaux, éducatifs, psychiatriques et médicaux plus adéquats. Un excès de moralisme explique davantage cette intolérance accrue et préside à l'érosion d'un humanisme collectif souhaitable et d'une modération essentielle à un système punitif pour opérer de manière fonctionnelle. Le moralisme excessif permet de construire de bonnes raisons de délivrer de la souffrance comme s'il s'agissait d'un bienfait à l'égard des criminels et d'une commodité à l'usage de tous les citoyens. Or ce moralisme excessif devient une cause significative du dysfonctionnement du système punitif qui réagit immodérément et de façon erratique à ce phénomène.

Enfin, plusieurs de nos législations criminelles après le 11 septembre 2001 ont contribué à l'exacerbation d'une soi-disant opposition des valeurs de liberté et de sécurité dans l'ordre politique. Le Gouvernement a invoqué notre sécurité individuelle plutôt que de parler de la sienne (sûreté de l'État). Il a justifié la nécessité de mettre de côté une partie de nos libertés pour faire une loi supposément plus efficace en matière de sécurité étatique. La menace à notre sécurité qu'il a fait valoir pour justifier des certificats de sécurité, de la détention préventive sans procès, des enquêtes secrètes sans contrôle judiciaire, a contribué de façon discutable à l'érosion de nos libertés individuelles⁹⁰.

⁸⁹ Hélène DUMONT, *supra*, note 80.

⁹⁰ Hélène DUMONT et Mélanie DESHAIES, «La peur de l'Autre ou la peur dans l'œil de l'Autre : quelle est la pire menace pour la société canadienne libre et

En effet, la sécurité tous azimuts a inspiré des législations criminelles fondées sur l'allégation que nous avons affaire à de nouvelles formes extraordinaires de criminalité qui seraient tentaculaires, transnationales et hors du commun et qui exigeraient la toute puissance protectrice du droit pénal pour légitimer des pouvoirs policiers accrus, des procédures spéciales, des peines exceptionnelles et la mise en veilleuse des libertés fondamentales pour endiguer la menace que l'une quelconque de ces formes de criminalité pose sur notre sécurité individuelle et collective. En bref, la rigueur n'est plus seulement dans la peine mais dans tout l'arsenal répressif totalitaire mis en place pour se protéger. Ce qu'il convient de commenter, c'est comment le 11 septembre 2001 a donné un égal coup de pouce à la *Loi antiterroriste*⁹¹ et à la *Loi sur le crime organisé*⁹² au Canada. Dans la foulée de ces attentats terroristes, le Parlement adopte la première loi sur le mode de l'urgence. Le terrorisme était au menu législatif avant cette date mais plusieurs dispositions législatives du projet avaient rencontré de la résistance en raison de leur incompatibilité probable avec la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹³. Les attaques sur les tours jumelles et le Pentagone leur ont offert un puissant coup d'accélérateur. La nouvelle *Loi sur le crime organisé* dont l'adoption avait également été retardée en raison de réticences exprimées à l'endroit des pouvoirs exorbitants conférés à la police dans sa lutte « anti-gang », a été sanctionnée le même jour que la *Loi antiterroriste*⁹⁴.

démocratique ? Commentaires des affaires *Arar et Charkaoui*», (2008) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 221-232.

⁹¹ *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. La loi a été adoptée le 18 décembre 2001.

⁹² *Loi modifiant le Code criminel (crime organisé et application de la loi) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2001, c. 32.

⁹³ William VANCISE, « Les nouveaux mécanismes de lutte contre le crime organisé et leur conformité à la Charte », dans André DESLONGCHAMPS (dir.), *Droit de la personne : solidarité et bonne foi*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2000.

⁹⁴ Voir pour l'entrée en vigueur quelques jours plus tard : TR/2002-17. Dans son premier rapport soumis à la Chambre des communes, le 1^{er} novembre 2001, le Comité spécial sénatorial sur la teneur du Projet de loi C-36 (la loi antiterroriste) recommandait l'inclusion, dans le projet de loi, d'une disposition de temporisation ou « clause crépusculaire » prévoyant la caducité de la *Loi antiterroriste* après cinq ans de son entrée en vigueur. Cette recommandation n'a été que partiellement suivie. On a soumis à une telle clause de temporisation trois articles seulement. Pour le reste, la *Loi antiterroriste* prévoyait plutôt un examen approfondi des dispositions et de l'application de la loi par un Comité du Parlement dans les 3 ans de l'entrée en

3° L'emprisonnement sans égard à la culpabilité personnelle et le risque individuel

i. L'emprisonnement provisoire et la confiance du public en la justice

L'emprisonnement est devenu acceptable à l'égard d'autres catégories de personnes que les coupables. La détention provisoire (l'emprisonnement avant procès ou avant la réception d'un plaidoyer de culpabilité) a pris une telle importance que les prévenus composent le groupe le plus important de la population des prisons provinciales. Selon le Centre canadien de la statistique juridique, le nombre de prévenus sous garde provisoire a doublé entre 1998 et 2008. La détention provisoire constitue actuellement plus de 50% de l'échantillon des détenus dans les prisons provinciales et atteint près de 70% dans certaines provinces (Ontario et Manitoba)⁹⁵.

vigueur de la Loi. C'est ce qui a été fait. Le Parlement n'a pas pu, à la suite de ce réexamen, reproduire les articles assortis d'une clause crépusculaire. Par conséquent, les articles 83.28 à 83.29 et 83.3 C.cr. ont cessé de s'appliquer à compter du 1^{er} mars 2007. L'un de ces articles prévoyait l'arrestation sans mandat à titre préventif et le maintien en détention une personne sur la base de soupçons raisonnables que cette personne se livrera à une activité terroriste, ou dans le but de lui faire souscrire un engagement de ne pas troubler la paix et de garder une bonne conduite. Le Gouvernement conservateur a manifesté publiquement (plus précisément le 11 septembre 2011) le retour de ces dispositions législatives exorbitantes du droit ordinaire.

⁹⁵ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *supra*, note 47, p.2-5 : Le nombre de prévenus sous garde provisoire a doublé entre 1998 et 2008. En 2008-2009, 57% (45% au Québec) des détenus dans les prisons provinciales étaient des prévenus. Le temps passé en détention sous garde s'était aussi allongé. La détention de trois mois et plus est passée de 4% à 7% entre 1996 et 2006. Voir aussi une étude plus récente du CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada*, Étude par Lindsay Porter et Donna Calverley, Mai 2011, *Juristat*, n° 85-002-X au catalogue. Faits saillants, p. 5 : Le nombre d'adultes se trouvant en détention provisoire en un jour donné a connu une croissance constante, au cours des 10 dernières années, dont une légère hausse (1 %) en 2009-2010. En un jour donné en 2009-2010, on dénombrait en moyenne quelque 13 600 adultes en détention provisoire au Canada (à l'exclusion du Nunavut). La hausse du nombre d'adultes en détention provisoire coïncide avec une baisse graduelle du nombre d'adultes en détention après condamnation. Ainsi, au cours des cinq années précédentes, le nombre d'adultes en détention provisoire a dépassé celui en détention après condamnation. [...] Parmi cinq provinces qui ont

L'augmentation du nombre de prévenus, ces récentes années, peut être expliquée notamment par un durcissement des conditions de mise en liberté provisoire par voie judiciaire. Par exemple, le juge peut refuser la remise en liberté d'un suspect s'il lui paraît nécessaire de le placer sous garde pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice ou si des témoins entretiennent des inquiétudes au sujet de la remise en liberté des prévenus. Dans ce cas-ci, la détention provisoire n'est plus fondée sur une évaluation personnalisée des risques que présenterait le prévenu, notamment de commettre un crime avant l'issue des procédures ou de ne pas comparaître au moment de la tenue du procès. Maintenant, c'est la perception publique d'un risque indu ou la préoccupation judiciaire de ne pas contrecarrer cette perception qui justifie plus souvent un grand nombre de détentions provisoires⁹⁶.

ii. La détention administrative de nouveaux suspects

L'emprisonnement couvre également une nouvelle réalité, soit l'incarcération d'une personne qui n'est ni prévenue, ni coupable. Si cette détention a toujours concerné la réincarcération des libérés conditionnels qui ont violé leurs conditions de liberté surveillée, désormais elle concerne aussi la détention indéterminée des réfugiés en attente de statut, celle des illégaux sur le territoire et la détention d'hypothétiques terroristes

déclaré des données détaillées en 2008-2009, environ sept adultes sur dix ont été admis en détention provisoire pour des infractions non violentes, dont les plus courantes étaient le défaut de se conformer et le manquement à une ordonnance de probation. Les trois autres admissions en détention provisoire sur dix découlaient d'infractions avec violence, le plus souvent les voies de fait majeures ».

⁹⁶ *Ibid*, vol. 28, p. 4 : « [...] Un changement législatif a élargi les motifs servant à renvoyer les accusés en détention provisoire. La modification du paragraphe 515(10) du *Code criminel* en 1997 a permis le recours à la détention provisoire pour des motifs justes qui n'étaient pas déjà précisés dans la disposition et dans les cas où la « détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances ». Une autre modification a été apportée en 1999 pour voir à ce que les inquiétudes des victimes et des témoins face à leur sécurité soient prises en compte dans les décisions concernant la détention provisoire. Ensemble, ces modifications, qui ont élargi les circonstances dans lesquelles la détention provisoire pouvait être utilisée, peuvent avoir contribué au nombre croissant de personnes en détention provisoire ».

sous le coup d'un certificat de sécurité. On qualifie de « détention temporaire » toutes ces formes d'emprisonnement qui correspondraient, selon les statistiques disponibles, à 5% de la population carcérale⁹⁷. Ces détentions sont assimilées à un emprisonnement de nature administrative parce qu'elles résultent de décisions prises dans un processus administratif qui n'offrent pas ou n'auraient pas à offrir les garanties judiciaires traditionnellement rattachées à la procédure pénale. Bref, on impose l'équivalent d'une *peine d'emprisonnement indéterminée* à des personnes sur la base qu'elles pourraient être indésirables sur le territoire ou à d'autres à partir de soupçons qu'elles sont potentiellement terroristes ou pourraient éventuellement le devenir. Dans tous ces cas, il n'est pas nécessaire d'établir une quelconque culpabilité pour incarcérer et priver quelqu'un de sa liberté. La détention temporaire indéterminée repose sur le postulat qu'il n'y a pas lieu d'appliquer des garanties judiciaires de la procédure criminelle parce que les décideurs appartiennent à l'ordre juridique administratif⁹⁸! On assiste non seulement à la criminalisation du droit relatif à l'immigration mais on va aussi jusqu'à prétendre que l'emprisonnement administratif ne constituerait pas une peine au plan juridique même s'il en a toutes les caractéristiques matérielles et qu'il emporte les mêmes conséquences punitives et le même stigmate que l'emprisonnement résultant d'une condamnation criminelle. On assiste ainsi à l'érosion des droits et libertés et à l'effritement des garanties judiciaires par une opération de déqualification et de disqualification de mesures punitives à titre de peine. On s'autorise de cette façon à faire usage de mesures coercitives draconiennes sans être empêché de le faire par les règles de justice pénale propres à la sanction criminelle.

II- D'UNE RÉFORME À L'AUTRE OU COMMENT SE DIRIGER VERS LE POINT B

Le système canadien de justice punitive est donc devenu plus opaque, plus incohérent et plus oppressif depuis la réforme de 1996. Les lois *ad hoc* de la décennie n'ont aucunement contribué à l'amélioration de son fonctionnement et présidé à plus de transparence dans son administration.

⁹⁷ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *supra*, note 57, p.19.

⁹⁸ Hélène DUMONT et Mélanie DESHAIES, *supra*, note 90. Voir en effet le nouveau Projet de loi C-10, *supra*, note 28.

Populisme pénal, contre-réforme, perception de dangers plus graves, moralisme excessif, dénigrement des données des sciences humaines et sociales, sécurité ultra répressive et gouvernance oppressive: tels sont les facteurs déterminants avec lesquels il faut composer à l'heure actuelle et qu'il faut contrer pour repenser une réforme de la pénologie au Canada. À notre avis, pour arriver à endiguer tous les méfaits et excès de ces influences, il faut envisager la future réforme de la pénologie selon une nouvelle stratégie. Il faut la repenser autrement qu'en 1996.

Dans un premier temps, la communauté juridique doit s'entendre sur la nécessité et la pérennité de principes fondamentaux qui constituent des acquis de civilisation en matière de justice criminelle⁹⁹. Les principes suivants valent la peine d'être sauvegardés : le principe de la peine individuelle et méritée, le principe de proportionnalité des crimes et des peines, le principe de l'harmonie des sentences à l'égard de contrevenants semblables et de crimes semblables, le principe de la modération punitive qui se traduit dans le recours premier aux peines moins afflictives avant d'ultimement recourir à la peine d'emprisonnement, le principe de la sentence judiciaire, juste, rationnelle, raisonnable, réfléchie et humaine. Ces principes sont implicites ou explicites dans la réforme de 1996. Mais cette réforme n'a jamais donné lieu à une volonté claire de leur reconnaître le statut de principes fondamentaux dans la pénologie canadienne. Bref, le Gouvernement considère qu'on peut les mettre aisément de côté et les contre-réformes législatives en sont la preuve. Les intervenants de justice devraient donc manifester leur volonté de pérenniser ces principes essentiels. Plus particulièrement, les juges devraient les revitaliser dans leur travail quotidien et tenter de réduire l'impact des contre-réformes qui les mettent en péril.

Dans un deuxième temps, il faut préconiser l'amélioration du modèle punitif issu de la réforme de 1996 de manière à traduire les objectifs pertinents que véhiculait cette réforme : 1° favoriser une meilleure justice punitive individuelle d'une part ; 2° assurer la cohérence et la transparence dans l'administration et le fonctionnement du système punitif d'autre part.

⁹⁹ Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOS, *supra*, note 22.

Enfin, il faut se demander avec quelle stratégie alternative repenser la future réforme de la pénologie canadienne. Quoi faire lorsque l'idée d'une réforme de la pénologie n'est aucunement envisagée politiquement. Nos suggestions personnelles vont se développer à partir de ces trois points. Le tout reste cependant à l'état d'une ébauche qui mérite plus de réflexion et de structuration de notre part.

A. LA PRÉSERVATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA JUSTICE PUNITIVE INDIVIDUELLE

1. Les juges sont les acteurs les plus importants du respect de ces principes

Les juges sont les acteurs les plus importants dans la mise en œuvre des principes fondamentaux implicites et explicites de la réforme de 1996 à l'échelle des décisions individuelles de *sentencing*. Ce sont également eux qui dans le quotidien sont confrontés aux excès et aux irrationalités de la loi, au caractère inadéquat des options punitives disponibles et aux limites de la peine comme outil efficace de contrôle du crime et de réduction de la récidive.

Les juges restent néanmoins les mieux placés pour imposer une sentence juste et crédible dans n'importe quel cas d'espèce. Il leur revient par conséquent de mettre en relief dans leurs motifs les principes de la justice punitive individuelle et de les expliciter suffisamment dans chacune de leurs sentences. Or leurs sentences criminelles sont trop souvent laconiques et très peu élaborées au chapitre des motifs. Souvent leurs sentences offrent moins d'explications que les décisions purement administratives rendues dans d'autres secteurs non répressifs du droit. Bref, les juges doivent paraître appliquer les principes de justice qui sous-tendent leurs sentences individuelles. Leurs motifs doivent être plus étoffés. Chaque cas d'espèce mérite plus que quelques minutes d'attention si les juges veulent rester les décideurs pertinents en matière de *sentencing*. Du point de vue des apparences, hélas les juges démontrent trop fréquemment par leurs sentences non motivées qu'une grille législative détaillée de *sentencing* les remplacerait avantageusement, pavant ainsi la voie à un modèle de justice actuarielle.

Dans cette période de contre-réformes, les juges doivent se considérer collectivement et individuellement comme les « médecins de famille » du droit pénal. Ils doivent se voir au service de la justice pénale individuelle comme les médecins de famille se voient au service de chacun de leurs malades. Idéalement, un juge pénal devrait prendre plus de temps dans la tenue d'une audience sentencielle et développer une approche holistique du contrevenant et de son crime tout comme le médecin de famille qui fait un diagnostic en tenant compte de toute la situation de santé de son patient et qui préconise un traitement sur la base de cette information. Le juge qui impose des sentences doit faire une analyse plus large de la réalité criminelle des cas d'espèce pour faire un bon diagnostic et ensuite choisir l'option adéquate et la peine appropriée. La justice méritée est censée rendre compte de cette idée. Comme le patient doit comprendre ce qu'il lui arrive, le justiciable doit aussi comprendre ce qu'il lui arrive après le verdict de culpabilité. La justice individuelle doit être rationnelle: une motivation raisonnée est censée rendre compte de cette idée. Le juge n'est ni un bourreau, ni un justicier au service de la poursuite, de la victime ou de la vindicte populaire. La justice impartiale et modérée est censée rendre compte de cette idée. La justice ne se rend pas en catimini, elle doit être publique. Aujourd'hui, cela veut dire : la sentence doit être expliquée convenablement au criminel, à la victime et au public afin d'être comprise. La maxime dit que la justice doit paraître avoir été rendue; parfois ce « paraître » devient synonyme d'une justice hypocrite dans la mesure où tout est décidé discrètement avant l'audience de la sentence et aucunement publiquement expliquée et justifiée. Peut-être faudrait-il renouveler cette maxime et dire : la justice punitive doit être humanisée et explicitée pour paraître avoir été rendue.

2. Des conseils aux juges en matières pénales

Au nombre des stratégies judiciaires de revitalisation des principes fondamentaux de *sentencing*, nous suggérons aux juges les conseils suivants : 1° Il faut punir de façon plus éclairée et plus modérée (Punish smarter not harder). 2° Il faut être conscient de la réalité sous jacente à chaque acte de justice. Il y a des problèmes que la peine ne corrige pas ou dramatise à outrance (Think broadly, act locally). 3° Il faut prendre des

initiatives de justice en étant proactif dans le recours aux programmes alternatifs en matière de *sentencing* pour adultes en vertu de l'article 717 C.cr. (Favour alternative measures). 4° Il faut posséder les connaissances non seulement pour être un bon juge (compétent), il faut aussi avoir le savoir faire pour être un juge bon (Take care of justice: justice is in your hand. Be a good judge).

B. QUEL MODÈLE PUNITIF PRATIQUER DANS LE CONTEXTE ACTUEL

Il ne nous revient pas dans cet article d'examiner des modèles alternatifs de *sentencing* et de commenter le modèle des « sentencing guidelines » envisagé en Grande Bretagne ou le modèle des « legislative sentencing grids » appliqué dans certains États américains. Notre propos consiste plutôt à plaider en faveur de l'amélioration du modèle choisi en 1996 en insistant sur une revitalisation possible de l'approche canadienne préconisée par la Réforme Archambault. À notre avis, l'esprit de cette réforme pourrait être ranimé dans le contexte du statu quo sans réclamer une Commission de *sentencing* et sans obligation pour les Cours d'appel de créer des peines-types, un choix que de toute façon la Cour suprême a désapprouvée¹⁰⁰. Aujourd'hui, remettre au goût du jour la philosophie de modération de la Réforme Archambault nous paraît plus souhaitable que de suggérer l'adoption d'un modèle actuariel ou d'une grille de *sentencing* pour les juges au Canada. Le pragmatisme des juges canadiens peut constituer un atout sur lequel compter pour tempérer l'effet négatif des contre-réformes législatives et faire évoluer le *sentencing* canadien vers plus de modération, vers plus de justice individuelle. Il s'agit donc de convaincre les juges de faire mieux dans les présentes circonstances.

¹⁰⁰ *R. c. Mc Donnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290 : Dans cet arrêt, la Cour nuance ses propos émis dans l'affaire *McDonnell* mais demeure réticente à favoriser cette approche des cas typiques et des peines de référence dans le *sentencing* canadien. La COMMISSION ARCHAMBAULT avait préconisé cette approche que la Cour Suprême a dénigrée. On doit pourtant penser que le législateur y était tout de même sensible en énonçant le principe d'harmonisation des sentences à l'article 718.2 b) C.cr.

1. L'amélioration du modèle actuel au plan législatif et judiciaire

Il reste toujours nécessaire de réclamer du Gouvernement des législations en harmonie avec la Partie générale du *Code criminel* sur la détermination de la peine. Les intervenants de justice devraient, par leur lobby respectif, signaler systématiquement au Gouvernement que ses lois ponctuelles dérogent aux principes généraux de la Partie XXIII du *Code criminel*¹⁰¹. De plus, les juges peuvent renforcer le caractère fondamental que revêtent des principes généraux énoncés dans la Partie XXIII en les valorisant dans une interprétation élargie de l'article 7 de la Charte. Voici des suggestions à cet égard.

a. La valorisation du statut de la partie générale : la réclamation d'une clause nonobstant au plan législatif

Une manière de revitaliser la réforme de 1996 consisterait à conférer un meilleur statut à la partie générale du *Code criminel* sur la détermination de la peine. Nous suggérons la formulation d'une obligation législative établissant que toute exception à un principe fondamental de la partie générale requiert une mention de dérogation expresse dans la loi particulière qui prévoit une application excessive de l'emprisonnement. En d'autres mots, la Partie XXIII du *Code criminel* devrait inclure l'obligation législative de faire une déclaration expresse d'intention en cas de dérogation aux principes de la partie générale sur les peines par une modification législative contraire. La dérogation serait valide seulement si le législateur édicte une clause nonobstant dans ses lois spéciales modifiant les principes de la Partie XXIII¹⁰².

Au Québec, on retrouve l'exigence d'une clause législative dérogatoire lorsqu'une législation ponctuelle contredit le *Code de procédure pénale*¹⁰³ qui généralise et privilégie la peine d'amende pour toutes les infractions

¹⁰¹ L'Association du Barreau canadien fait ce type de lobby. Voir *supra*, note 82.

¹⁰² Une clause nonobstant a un impact politique car on hésite à la contrecarrer.

¹⁰³ *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c-25.1.

pénales provinciales. Si le législateur québécois écarte la peine d'amende d'application générale en faveur de la peine d'emprisonnement au sujet d'une infraction provinciale particulière, il doit dire expressément dans sa loi qu'il déroge au *Code de procédure pénale*¹⁰⁴. Sans cette clause nonobstant relative au *Code de procédure pénale*, la disposition spéciale qui prévoit l'emprisonnement pour une infraction provinciale est réputée sans effet¹⁰⁵. Si une clause nonobstant similaire faisait partie de la partie XXIII du *Code criminel*, le législateur ponctuel créant de nouvelles peines minimales d'emprisonnement serait par exemple obligé de dire qu'il le fait en dérogation de la Partie XXIII du *Code* (notamment de l'article 718.2 d) C.cr. qui oblige le juge à envisager des peines moins afflictives avant de recourir à la peine d'emprisonnement).

En l'absence d'un statut amélioré de la Partie générale par cette inclusion d'une clause nonobstant, les juges peuvent néanmoins faire une interprétation étroite des dérogations législatives et une interprétation libérale des principes énoncés à la Partie XXIII. Ce pourrait être la voie à suivre dans l'interprétation judiciaire des lois contre-réformistes. De plus, l'article 7 de la Charte offre une possibilité de conférer un statut de principe de justice fondamentale à des principes généraux qui sont énoncés à la partie XXIII du *Code criminel*¹⁰⁶.

b. Une reconsidération de l'approche Archambault grâce aux statistiques sur les sentences canadiennes et aux études des sciences humaines et sociales : le renouvellement des sources pertinentes sur les sentences

Même si la Partie XXIII du *Code criminel* constituait en 1996 une version édulcorée de la Réforme Archambault, les juges de première instance,

¹⁰⁴ Article 231 *C.p.p.*

¹⁰⁵ Exemple : *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec contient cette clause dérogatoire, art.208.1, *supra*, note 51.

¹⁰⁶ Le principe de proportionnalité s'est fait reconnaître ce statut dans *R. c. Creighton*, [1993] R.C.S.3. Il pourrait en être ainsi du principe de favoriser les peines non privatives de liberté avant d'envisager l'emprisonnement (art. 718.2 d) C.cr.), ce qui pourrait devenir le point d'un argumentaire nouveau pour contrer le recours excessif aux peines minimales du Gouvernement canadien.

principaux décideurs en matière de *sentencing*, peuvent véhiculer l'idée de la peine ordinaire pour le cas ordinaire dans la motivation de leurs sentences individuelles, une référence pertinente qui leur permettrait de mieux les justifier lorsqu'elles s'écartent du cas ordinaire. Il ne s'agit pas de réintroduire formellement les présomptions et l'approche du « starting point et de la peine-type » découlant des propositions de la Réforme Archambault mais de reproduire l'esprit de modération et le bon sens de cette approche dans le *sentencing* quotidien¹⁰⁷. Quand l'opinion publique dit au sujet d'une sentence particulière : « ce n'est pas assez », c'est souvent parce qu'elle n'a aucune idée de la « sentence suffisante et satisfaisante » pour les cas ordinaires. Il faut introduire dans le *sentencing* canadien l'idée « du juste assez » au plan punitif (just enough) et l'idée de la durée punitive constituant le « juste milieu ». On peut susciter cette conviction sur le caractère suffisant et satisfaisant d'une sentence particulière seulement si on a constamment des précisions sur la peine d'usage courant¹⁰⁸ pour le cas ordinaire qui se présente devant les tribunaux et sur la durée « juste-milieu » lorsque l'emprisonnement est la peine d'usage courant pour une infraction. Actuellement, lorsqu'on publicise la peine applicable au sujet d'une infraction criminelle, la référence législative à l'emprisonnement maximal (peine extrême au plan juridique) demeure la seule information disponible et accessible. Or cette information unique sur la peine applicable engendre chez le public une expectative démesurée de sévérité de la sentence dans un cas d'espèce. Étant donné l'incapacité pour les profanes de soupçonner la sentence ordinaire pour le cas ordinaire, le maximum législatif d'emprisonnement tient lieu de seule référence recommandable. Toute sentence éventuelle risque de paraître insuffisante.

¹⁰⁷ Le rôle pédagogique des Cours d'appel a été très amoindri par la Cour suprême préconisant leur non interventionnisme en matière de *sentencing*. Voir à cet égard : *R. c. M(CA)*, [1996] 1R.C.S. 500; Christophe NOWLIN, "Meeting the Challenge of Canada's Sentencing Reforms : Long before Section 718 of the Criminal Code and Shortly After *R. v. M(CA)*", (1999) 4 *Revue canadienne de droit penal / Canadian Criminal Law Review* 175. La Cour suprême a stérilisé le rôle pédagogique des Cours d'appel en affirmant que c'était de la responsabilité du législateur de s'adonner à de la créativité au plan pénologique. Mais en tout réalisme, tributaires des cas d'espèce soumis à leur attention, les Cours d'appel seraient toujours incapables de s'exprimer pour l'ensemble des cas-types.

¹⁰⁸ N.B. La peine d'usage courant peut être la probation ou l'amende.

Les juges devraient par conséquent développer le contenu informatif supplétif qui permettrait à l'opinion publique de se faire une meilleure idée de la peine d'usage courant dans les cas ordinaires. Au regard des insuffisances du *sentencing* canadien, les juges de première instance peuvent redonner plus de crédibilité à leurs sentences en les motivant selon une approche de la peine ordinaire pour le cas ordinaire. Rien ne les empêche en effet de concrétiser dans la motivation d'une sentence l'idée du « juste milieu » pour les cas ordinaires et dire que c'est assez, trop ou pas assez pour les cas dont ils sont saisis. Pour ce faire, les juges devraient commencer à utiliser les données empiriques sur les sentences canadiennes émanant du Centre canadien de la statistique juridique. Le *Juristat* aurait avantage à être lu par les juges qui pourraient se servir des statistiques, soit pour documenter la fréquence d'utilisation d'une catégorie de peines (ex. la probation est privilégiée dans 70% des cas au sujet d'une infraction particulière), soit pour identifier la durée médiane (ou selon le cas, la durée moyenne) d'emprisonnement pour une catégorie d'infractions (ex. 6 mois d'emprisonnement).

En d'autres mots, les juges peuvent recourir à ce contenu informatif supplétif sur la réalité des sentences canadiennes (statistiquement identifiable pour chacune des provinces) pour mettre de la chair sur les concepts de « peine d'usage courant » ou de « quantum du juste milieu pour le cas ordinaire » et conclure que la sentence dans un cas d'espèce est par conséquent le « juste assez » compte tenu des facteurs aggravants et atténuants qui éloignent le cas d'espèce du cas ordinaire. Il est temps d'ajouter à la jurisprudence des Cours d'appel, des références aux statistiques comme source légitime de renseignements sur les sentences. Pour reprendre la comparaison entre le juge et le médecin de famille : comme un médecin disant à sa patiente que son cancer du sein est de grade 1 ou de grade 4 et préconise un traitement conséquent, le juge doit informer convenablement le justiciable, la victime et le public que sa sentence sanctionne un cas ordinaire mineur ou un cas ordinaire grave ou s'en démarque sous plusieurs aspects. Bref, les juges ont une large discrétion et un savoir faire qui les autorisent à mieux documenter leurs sentences individuelles et à mieux justifier le « juste assez » punitif lors d'une sentence particulière. Ils devraient donc utiliser à bon escient ces statistiques canadiennes sur les sentences et toute l'information scientifique qui découlent des sciences humaines et sociales, qui leur donne une meilleure appréciation de la réalité criminelle sous jacente à leurs cas d'espèce et qui leur explique mieux la personnalité des criminels.

Les experts des sciences humaines et sociales sont souvent mieux placés pour documenter la réalité contextuelle et sous-jacente du *sentencing*. Mais si les biologistes offrent des connaissances utiles et pertinentes aux médecins pour faire un bon diagnostic, un malade devant avoir une chirurgie, veut se faire opérer par un bon chirurgien plutôt que par un excellent biologiste. Si un justiciable doit se faire juger et imposer une sentence, il est préférable qu'il le soit par un bon juge que par un excellent criminologue. Mais un juge compétent ne doit pas se passer des connaissances que lui offrent les sciences humaines et sociales dans l'imposition de ses sentences. Les juges devraient donc élargir leur champ de connaissances pertinentes pour rendre leurs sentences. Pour être de meilleurs juges, il leur revient d'accroître leur expertise pour rester compétent. À notre avis, les études de criminologie et de sociologie criminelle et les statistiques du Centre canadien de la statistique juridique : c'est du savoir pertinent dans l'imposition de sentences judiciaires.

c. Les grilles actuarielles : un danger qui guette les juges qui ne motivent pas leurs sentences

S'il ne s'agit pas d'examiner la pertinence de modèles de *sentencing* au Canada dans cet article, nous émettons tout de même une opinion défavorable contre le procédé qui consisterait à réformer la pénologie canadienne par la création de grilles législatives en matière punitive¹⁰⁹. Ce choix législatif pourrait sans doute favoriser l'uniformité des sentences canadiennes mais comporterait, à notre avis, de nombreux dangers et défauts. Ce procédé législatif ou approche actuarielle du *sentencing* pourrait avoir les répercussions suivantes : 1° Cette méthode comporterait le risque de banalisation de la peine (inflicting pain as a commodity). À notre avis, cela doit rester difficile d'imposer une punition (Sentencing grids are equal but insensitive and indifferent *sentencing*). 2° La grille punitive mettrait trop d'emphasis sur la peine d'emprisonnement qui est la seule à être réellement quantifiée selon cette méthodologie. 3° Ce procédé législatif créerait une trop grande distanciation entre le juge et le justiciable et deviendrait déshumanisante (discredit of the human

¹⁰⁹ Nous ne faisons pas la même critique pour le modèle des « sentencing guidelines » et nous réservons notre opinion sur ce modèle.

factor)¹¹⁰. 3° Les juges risqueraient de devenir des bureaucrates alors qu'ils doivent demeurer des professionnels en matière punitive. Ils sont censés avoir une autonomie dans la prise de décisions, ce qui les différencie des exécutants en semblables matières. S'il leur faut de meilleurs outils pour rendre de meilleures sentences, les juges ne peuvent être remplacés par des grilles punitives et devenir de simples usagers de celles-ci. 4° Ils pourraient devenir insensibles à la peine qui constitue l'imposition d'une souffrance à un être humain en souffrant eux-mêmes du syndrome d'insensibilité tel que documenté par l'expérience de Milgram (Milgram syndrom impact on judges)¹¹¹. 5° L'uniformisation du *sentencing* au Canada par l'implantation de grilles punitives risquerait d'emporter l'augmentation de la sévérité des peines dans les provinces qui imposent actuellement des sentences moins lourdes que la moyenne canadienne (c'est le cas au Québec). Chose certaine, les juges canadiens qui ne motivent aucunement leurs sentences individuelles se comportent de façon à favoriser ce modèle de remplacement dans une future réforme du *sentencing* canadien.

C. UNE STRATÉGIE ALTERNATIVE : LA RÉFORME DE LA PROCÉDURE PÉNALE PEUT DEVENIR UNE RÉFORME DU SENTENCING CANADIEN

¹¹⁰ Paul Ricoeur identifie dans les qualités essentielles de la justice, celle reliée au processus judiciaire et qui consiste à établir une « juste distance » entre le juge et le justiciable. Voir *supra*, note 81.

¹¹¹ Stanley MILGRAM, *Soumission à l'autorité. Un point de vue expérimental*; Paris, Calmann-Lévy, 1974, 268 p. L'auteur de cet ouvrage a conduit une investigation expérimentale sur l'obéissance à l'autorité. Pour ce faire, lui-même et son équipe de recherche ont invité des personnes – sujets de leur expérience – à venir dans un laboratoire de psychologie afin de se soumettre à une expérimentation – qui n'était qu'un prétexte – portant sur l'étude de la punition sur le processus d'apprentissage. Au cours de cette expérimentation, il était demandé à ces personnes d'exécuter une série d'actions occasionnant une souffrance à autrui sous forme de chocs électriques gradués pouvant aller jusqu'à une décharge dangereuse. La question était de savoir jusqu'à quel point les sujets testés étaient prêts à suivre les ordres de l'expérimentateur avant de refuser d'exécuter les actes prescrits. L'expérimentation a démontré « une propension extrême des adultes à la soumission quasi-inconditionnelle aux ordres de l'autorité » (p. 21). Nous soumettons que l'obéissance aux grilles tarifaires de *sentencing* pourrait conduire des juges à devenir insensibles aux sentences exagérément punitives.

Une profonde révision de la procédure pénale peut être l'occasion d'un rétablissement de la modération dans le *sentencing* canadien et celle d'une meilleure appréciation de la justice punitive par le public sans menacer l'ordre public et mettre la sécurité individuelle et collective en danger. L'idée de repenser la justice punitive par la révision de la procédure pénale repose sur les constats suivants : 1° Il y a une augmentation importante de la discrétion des procureurs de la poursuite par la généralisation de la négociation de plaidoyers (plea bargain) au détriment de l'exercice de la justice dans un procès public. Le juge approuve généralement les propositions de sentences de la poursuite ou faites conjointement avec la défense. Le Bureau des procureurs n'a ni le temps, ni l'infrastructure pour gérer des mesures de rechange en vertu de l'art. 717 C.cr. ou pour réclamer et rechercher des déclarations des victimes selon l'art.722 C.cr. Comme les avocats de la poursuite travaillent au volume, il arrive souvent que le juge, tenu de s'enquérir auprès du poursuivant s'il a une déclaration de la victime, ne le fasse pas. 2° L'on observe un effritement de la représentation des accusés par suite des compressions de l'Aide juridique. La poursuite doit alors assumer le rôle de la défense en plus du sien dans un grand nombre de causes pénales ou le juge doit assurer la protection des droits de l'inculpé non représenté, ce qui rend sa fonction d'arbitre impartial plus difficile à exercer. 3° Le plaidoyer de culpabilité généralisé concerne près de 90% des affaires pénales. La justice criminelle est rendue en catimini et le système fonctionne avec le concept de culpabilité comme donnée de départ et n'a aucunement les moyens de fonctionner avec la présomption d'innocence et plus de procès. 4° La criminalité est mineure dans plus de 50% des poursuites devant les tribunaux; elle concerne de petits crimes ou des infractions pénales de type réglementaire. 5° Les procès, peu nombreux, sont cependant devenus plus complexes et moins intelligibles pour le public. Le procès relatif à une affaire spectaculaire ayant fait les manchettes devient la seule réalité visible de la criminalité et donne une image erronée de la gravité relative et réelle des crimes commis et poursuivis au Canada. 6° Le procès par jury mettant en œuvre les règles de la preuve contradictoire est opératoire dans moins de 1% des affaires criminelles. Le procès pénal de type de *common law* est donc rare et la procédure accusatoire considérée comme la forme la plus achevée de l'exercice civilisé de la justice criminelle est fort peu utilisée en réalité. 7° Les méga-procès, par ailleurs, mettent à mal la procédure et la preuve pénale de *common law* à l'origine conçues à partir de la poursuite

individuelle au sujet d'un seul chef d'accusation. 8° Si la procédure adverse constitue la procédure pénale par excellence, on la trouve remplie de défauts dans les méga procès qui donnent lieu à une cacophonie d'avocats, à des procès ingérables dont la durée devient inacceptable pour les jurés!

Il est vraiment temps de s'occuper de la procédure pénale et de l'aménager en servant mieux la réalité des crimes, des criminels et des victimes. La pénologie pourrait être réformée par le biais de la réforme de la procédure pénale. Voici quelques-unes de nos suggestions.

1. La dédramatisation de la réalité criminelle

Des formes mineures de la criminalité pourraient être dédramatisées par l'ajout d'une nouvelle qualification procédurale des infractions criminelles. Il s'agirait d'élargir la catégorie des infractions soumises à la qualification de « contraventions » et de donner ouverture au règlement de celles-ci par voie administrative. Par exemple, plusieurs infractions du *Code criminel* pourraient connaître des qualifications procédurales multiples (acte criminel, infraction sommaire et contravention). Lorsque qualifiées de simples contraventions en raison du caractère mineur de l'infraction criminelle, ces infractions pourraient être réglées par voie administrative par l'envoi d'un constat d'infraction et le paiement d'une amende administrative en cas de non contestation. Cette qualification procédurale donnerait lieu à un mécanisme procédural résultant de la *Loi sur les contraventions*¹¹² et ressemblerait au régime qu'aménage le *Code de procédure pénale* du Québec pour l'ensemble des infractions pénales provinciales. De plus cette qualification procédurale n'entraînerait plus de casier judiciaire pour le contrevenant. C'est une façon concrète de dédramatiser plusieurs situations pénales qui ne méritent ni l'arsenal punitif du *Code criminel*, ni la stigmatisation criminelle du casier judiciaire. Comme le suggère Jean Carbonnier, le recours au droit pénal

¹¹² *Loi sur les contraventions*, L.C.1992, c. 47. Le *Code criminel* connaît un exemple de cette stratégie : voir l'article 145 (8) C.cr.

constitue la plus forte pression juridique à laquelle peut être soumis un justiciable¹¹³.

À notre avis, il n'est pas nécessaire de faire usage de la plus forte pression juridique pour des fautes mineures, fussent-elles formellement qualifiées de « criminelles » à l'heure actuelle¹¹⁴. Il n'y a pas de risque d'une perte de contrôle sur la criminalité générale si on choisit une forme plus modérée de pression juridique dans de nombreuses situations criminelles de peu de gravité. Ce changement de qualification procédurale aurait comme effet de transférer dans l'ordre juridique administratif un contentieux actuellement géré dans l'ordre juridique et judiciaire pénal. Il y aurait par conséquent une baisse de la tension juridique pour le contrevenant dans de telles situations et l'amende administrative serait le « juste assez » qui conviendrait au plan punitif. En contrepartie, l'ordre public pourrait attester d'un gain en efficacité puisque les tribunaux judiciaires ne seraient plus saisis et engorgés par une masse de contraventions pénales sauf en cas de contestation du bien fondé de la contravention par l'infacteur.

2. Une conceptualisation des options procédurales à partir de la réalité du fonctionnement de la justice pénale

Lorsque le procès pénal, la forme la plus développée de la procédure criminelle, opère dans environ 10% des poursuites, il est grand temps de repenser la procédure pour la majorité (soit 90%) des affaires criminelles. Pour les fins de notre propos, nous n'entendons pas offrir de suggestions sur la réforme du procès pénal dans cet article¹¹⁵. On parle d'environ

¹¹³ Jean CARBONNIER parle de pression juridique plus intense en ce qui concerne l'amende pénale par contraste avec l'amende administrative dans *Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., Paris, L.G.D.J., 2001; *Sociologie juridique*, 1^{re} éd., Quadrige/PUF, 1994.

¹¹⁴ Au plan constitutionnel, rien n'empêche le législateur fédéral de déqualifier une infraction traditionnellement criminelle pour la requalifier de simple contravention administrative : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

¹¹⁵ À notre avis, la procédure criminelle relative au procès a un urgent besoin de réforme en profondeur.

372,000 causes criminelles annuelles dont la très grande majorité donne lieu à un plaidoyer de culpabilité, à l'imposition d'une sentence non carcérale ou à un emprisonnement de courte durée (moins d'un (1) mois)¹¹⁶. Il faut par conséquent repenser un meilleur régime procédural pour la plupart des affaires criminelles. Pour cela, il devient impératif de conceptualiser le système des options procédurales d'une manière différente. Si l'option en faveur d'un procès sans jury ou avec jury doit continuer d'exister et être réexaminée, nos suggestions concernent l'amélioration du statut d'options existantes et la recommandation d'options nouvelles pour la majorité des affaires criminelles. Nos suggestions consistent à utiliser moins le droit pénal (option de déjudiciarisation et solutions juridiques alternatives de nature non pénale) et à valoriser les idées de « transaction pénale » et de « médiation punitive ». Nous nous expliquons.

a. Des solutions alternatives à la peine criminelle

1° Déjudiciarisation et mesures de rechange

L'option déjudiciarisée pour adultes existe en vertu de l'article 717 C.cr. Pourquoi ne pas l'utiliser davantage. Une affaire criminelle ne nécessite pas à tout prix une solution criminelle. Cette option constitue une manière concrète de réduire la répression punitive inutile. Il s'agirait de répandre des programmes-pilotes ou locaux de déjudiciarisation qui fonctionnent bien au Canada et d'institutionnaliser des programmes de mesures de rechange qui consistent à faire prendre conscience à des justiciables des torts causés par son activité criminelle en préconisant une réparation conséquente autre que la peine de nature criminelle. Actuellement, les mesures de rechange à l'égard des adultes existent peu ou pas, surtout parce que les Directions des poursuites criminelles et pénales n'ont ni les ressources, ni le personnel, ni le temps pour les instituer et en faire usage. On utilise alors le droit pénal et les peines criminelles pour des peccadilles même si des mesures de rechange feraient parfaitement l'affaire. C'est temporairement plus difficile d'implanter des programmes de mesures de rechange que de ne rien faire, mais à la longue, le système pénal qui coûte

¹¹⁶ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *supra*, note 25.

très cher en emprisonnements de courte durée¹¹⁷ et en amendes impayées, y trouverait son compte.

2° *Concertation des services de justice et accès à des solutions juridiques non pénales*

Les divers gouvernements de l'ère des contre-réformes ont fait en même temps plus de lois criminelles et plus de coupures dans les services sociaux. La police, la peine et la prison sont devenues le service social de première ligne. La prison est devenue la maison de tous les *unfits* et les *misfits* de la société. On a l'impression de se retrouver au temps de Bentham en examinant de plus près la composition actuelle de la population des prisons canadiennes. Comme le dit à juste titre Loïc Wacquant, ce sont les prisons de la misère¹¹⁸.

L'administration publique fonctionne en silo et organise les services en fonction de la qualification diverse de mêmes problèmes de société. Celle-ci fonctionne comme si tous les problèmes suivants : l'assistance aux familles en difficulté ou sous le coup de la violence, la lutte au décrochage scolaire et à la pauvreté des enfants, la toxicomanie et la maladie mentale, l'itinérance et la pénurie de logements sociaux, exigeaient la prison à titre de « service social ». Ne pourrait-on pas envisager des regroupements de services publics s'occupant globalement de la même réalité sociale. Pourquoi ne pas créer des services de la justice globale (familiale, sociale, administrative et pénale) ou des « cercles de justice sociale » pour des problèmes de société dont un des aspects est de caractère pénal. Par exemple, pourquoi ne pas inventer l'option d'un remède juridique non

¹¹⁷ CENTRE CANADIEN DE LA STATISTIQUE JURIDIQUE, *supra*, note 47, p. 5 : Le logement d'un détenu en milieu fédéral a coûté presque 323 \$ par jour en 2008-2009. Si l'on tient compte de l'inflation, ce coût suit une tendance à la hausse depuis 2006-2007. Par comparaison, dans les établissements correctionnels provinciaux et territoriaux, le coût quotidien moyen par détenu s'élevait à environ 162 \$ en 2008-2009. Lorsque l'inflation est prise en compte, on observe une variation de ce coût entre 136 \$ et 144 \$ pour la même période.

¹¹⁸ Loïc WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Raisons d'agir éditions, Paris, 1999, 189 pages.

pénal pour la violence conjugale si une solution civile (ex. le retrait préventif de l'homme violent du domicile conjugal) est plus appropriée que la poursuite criminelle¹¹⁹. Une option procédurale pourrait-elle consister en un « renvoi d'une affaire pénale mineure mais symptomatique d'un problème social sous-jacent plus grave » devant un « cercle de la justice globale » qui déciderait en faveur d'une solution juridique à caractère thérapeutique, civil, social ou pénal? Le cercle de justice multidisciplinaire, suite à un renvoi, pourrait toujours préconiser l'option pénale, auquel cas l'affaire est prise en charge par le juge pénal. Autrement, le renvoi mènerait vers une solution juridique plus adéquate d'une autre nature. Il faut par conséquent se convaincre qu'un problème pénal n'exige pas à tout prix un remède de la nature d'une peine criminelle. Le « renvoi à un cercle de justice globale » pourrait donc faire partie des options procédurales à prévoir au *Code criminel*.

Dans l'espoir d'une mise en œuvre d'options alternatives en matière de procédure pénale, il faut dans l'intervalle réclamer un moratoire sur la construction de prisons. Il faut plutôt faire travailler nos taxes à la construction d'écoles, à l'implantation de services aux victimes et à la lutte contre la pauvreté. Il est également préférable de contrer le placement sous garde des jeunes de 16 à 18 ans par l'école obligatoire jusqu'à 18 ans. La politique pénale actuelle devrait supposer de crier haro sur la construction de nouvelles prisons (zero prison growth). La nature a horreur du vide, les nouvelles prisons seront remplies. On n'enrichit pas une société, fut-elle ultra libérale, avec une industrie carcérale qui consiste à augmenter le nombre de criminels pour la faire vivre¹²⁰!

b. Les transactions pénales et la médiation punitive

Alors qu'une seule affaire criminelle fait les manchettes et donne lieu à un procès médiatisé, il y a dix autres affaires qui donnent lieu à une négociation discrète d'un plaidoyer de culpabilité et d'une sentence entre

¹¹⁹ Hélène DUMONT, *Le Contrôle judiciaire de la criminalité familiale*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1986, 233 pages.

¹²⁰ La Californie est presque en faillite mais elle a des prisons bien remplies qui en sont une cause principale.

les procureurs. L'on fait des transactions pénales de façon courante au Canada. Or cette option procédurale n'est l'objet d'aucune règle écrite ou de dispositions législatives. Les juges cautionnent le résultat issu de la négociation officieuse dans l'imposition d'une sentence officielle et la victime n'est aucunement partie à la négociation ou n'a aucune idée de ce qui se transige. Il en résulte un grand mépris public pour cette justice faite en coulisses alors que les juristes spécialistes considèrent le résultat punitif auquel les avocats sont parvenus dans cette négociation comme étant généralement adéquat. Donc si le résultat de cette justice négociée est approprié au plan juridique dans la plupart des cas, il émane néanmoins d'une justice opaque et secrète et engendre une piètre image publique des sentences négociées. Il devient de plus en plus impérieux d'officialiser la réalité de la négociation punitive dans un droit plus visible sur les transactions pénales et de prévoir un système de médiation punitive plus transparent. Le droit des transactions pénales devrait être normalisé et l'option procédurale de la médiation punitive devrait être aménagée officiellement en y incluant la participation du juge et de la victime.

CONCLUSION

Notre dernière suggestion en guise de conclusion se présente sous la forme d'un vœu : il serait souhaitable de dépolitiser l'élaboration du droit criminel, c'est-à-dire avant qu'il ne soit rendu à l'étape de projets de loi dans l'arène politique et démocratique. Le populisme pénal ambiant et les contre-réformes rendent le droit criminel incohérent et anarchique et contribuent à la détérioration de la justice pénale et de son image au Canada. Il faut recréer un espace de bonne volonté et de pédagogie sociale sur la justice criminelle, un espace de discussions éclairées par le savoir et ne répondant à aucun agenda partisan. Notre conclusion nous amène à proposer la création au Canada de l'équivalent d'une institution qui a existé aux USA, l'American Law Institute¹²¹, et qui y a joué un rôle majeur au plan législatif. Sa tâche historique a été de proposer des législations-modèles dans plusieurs secteurs du droit. Le renouveau en matière pénale pourrait venir d'un Institut canadien de droit pénal

¹²¹ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code* (MPC), 1962, Update 1981 (Chief Reporter: Herbert WESCLER).

(Canadian Criminal Law Institute) dont la responsabilité serait de faire des lois modèles pour la société canadienne du XXI^e siècle. Mais d'ici-là, il revient à toutes les personnes de bonne volonté de s'investir de la mission citoyenne de critiquer l'injustice des contre-réformes en matière punitive au Canada. Notre article se voulait une contribution dans ce sens.

ÉPILOGUE : LA LOI C-10 (** texte remis pour publication le 18 mars 2012)**

Le texte qui précède a été rédigé bien avant le dépôt du *Projet de loi C-10*¹²², le 20 septembre 2011, mais il a été inspiré par la certitude que ce projet de loi omnibus serait présenté à brève échéance et concrétiserait toutes les préoccupations que nous avons au moment de la rédaction de cet article. Notre texte a, dans les faits, commenté la plupart des changements législatifs opérés par C-10. Le 12 mars 2012, la Chambre des communes a finalement adopté ce projet de loi omnibus¹²³ et le responsable de l'édition des Actes du Colloque nous a permis de rédiger cet épilogue alors que notre article était sous presse.

La *Loi C-10* regroupe et amplifie d'anciens projets de loi morts au feuillet lors de sessions antérieures sous un Gouvernement conservateur minoritaire, modifie de façon radicale plusieurs aspects du *Code criminel*

¹²² *Projet de loi C-10 (loi sur la sécurité des rues et des communautés)*, Première lecture, 20 septembre 2011. Voir *supra*, note 28.

¹²³ Le résultat du vote parlementaire, lors de cette troisième lecture, ne faisait aucun doute, les conservateurs étant majoritaires. Au total, 154 députés se sont prononcés en faveur de C-10; 129 s'y sont opposés. Les néo-démocrates sont parvenus à retarder l'adoption du projet de loi la semaine précédente, mais ils se sont vus imposer le bâillon par le Gouvernement de Stephen Harper. D'ailleurs, le premier ministre a eu recours au bâillon aux trois étapes du processus législatif. Le vote final a eu lieu après 94 jours de travaux parlementaires, permettant ainsi aux conservateurs de respecter une promesse électorale. Le parti de Stephen Harper s'était engagé à faire adopter le projet de loi dans les 100 jours suivant son retour au Parlement. La sanction royale, qui doit consacrer l'entrée en vigueur de ce projet de loi, devrait être bientôt donnée pour plusieurs parties de cette *Loi*. Le Gouvernement, suite aux pressions de provinces qui s'inquiètent des répercussions économiques de ce projet de loi, a cependant promis d'examiner la date d'entrée en vigueur de certaines modifications législatives découlant de C-10 qui affecteraient plus substantiellement les provinces.

et une quinzaine d'autres lois connexes¹²⁴. De plus, son adoption ne doit pas être dissociée d'autres mesures législatives parallèles, dont la *Loi C-19* décidant de l'abolition du registre des armes d'épaule et de la destruction des données qui y étaient déjà consignées¹²⁵, le *Projet de loi C-30* concernant la surveillance des communications électroniques¹²⁶ et le *Projet de loi C-31* visant à protéger le système d'immigration du Canada (*sic*)¹²⁷.

En somme, notre article peut être lu comme la *chronique d'une mort annoncée*. La *Loi C-10* constitue en effet le point culminant d'une période de contre réformes populistes qui aura des conséquences profondes sur le droit pénal et la pénologie que l'on a élaborés et connus au cours de la deuxième moitié du XXe siècle. Nous assistons à la mort d'un droit pénal orienté vers la réhabilitation des criminels et d'une pénologie axée sur la

¹²⁴ Voici toutes les autres lois connexes modifiées ou adoptées par C-10 : *Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme, Loi sur l'immunité des États, Loi réglant certaines drogues et autres substances, Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, Loi sur les armes à feu, Loi sur la défense nationale, Loi sur le casier judiciaire, Loi sur le transfèrement international des délinquants, Loi sur les contraventions, Loi sur l'identification par les empreintes génétiques, Loi canadienne sur les droits de la personne, Loi limitant l'admissibilité à la réhabilitation pour des crimes graves, Loi sur les prisons et maisons de correction.*

¹²⁵ Le *Projet de loi C-19* a été adopté le 15 février 2012, avec 159 contre et 130 pour.

¹²⁶ *Loi édictant la Loi sur les enquêtes visant les communications électroniques criminelles et leur prévention et modifiant le Code criminel et d'autres lois.*, 1^{re} lecture 14 février 2012. Le Gouvernement préfère donner un vocable populiste et alarmiste à son projet et l'appeler par le titre abrégé «*Loi sur la protection des enfants contre les cyberprédateurs.*» Partout au pays, l'on a cependant critiqué la stratégie fédérale de faire adopter une loi qui, entre autres, permettrait aux policiers d'exiger - sans mandat - des renseignements personnels sur les activités des usagers d'Internet. Bien que le gouvernement ait été contraint de mettre un frein à son projet, l'inquiétude reste tangible sur l'atteinte à la vie privée qu'il engendre. Voir notre commentaire sur les sous-titres alarmistes donnés aux projets de loi, *supra*, notes 39-41.

¹²⁷ *Projet de loi C-31*, 1^{re} lecture 16 février 2012. Ce projet de loi cherche à pénaliser, détenir et à expulser sans examen minimal des gens qui cherchent l'asile du Canada. On doit être préoccupé ce projet de loi qui - s'il est adopté et mis en oeuvre - constituerait une violation de plusieurs des obligations constitutionnelles et internationales du Canada. Voir notre commentaire sur la criminalisation du droit de l'immigration et des réfugiés, *supra*, notes 97-98.

justice individuelle, fondée sur un principe de proportionnalité des délits et des peines et favorable au recours modéré et ultime à la peine d'emprisonnement. Le Gouvernement canadien change non seulement de philosophie en matière punitive mais il réoriente toute la politique pénale canadienne vers plus de répression au moment où les données des sciences humaines, sociales et économiques sur la criminalité canadienne démontrent l'inefficacité de ce virage draconien.

Pour mesurer ce changement de cap, nous pouvons rappeler un moment de l'histoire de la politique pénale canadienne, celui qui inaugurerait une ère réformiste, soit l'adoption d'un autre *Bill omnibus* en 1969¹²⁸, celui de Pierre Elliot-Trudeau, lequel, notamment, décriminalisait l'homosexualité entre adultes consentants, modifiait les règles de la remise en liberté provisoire avant procès en éliminant le dépôt systématique d'argent, permettait aux femmes de recourir à l'avortement thérapeutique et réglementait les jeux et loteries. C'était aussi l'occasion d'un moratoire sur l'application de la peine de mort avant son abolition en 1976. Puis, nous pouvons énumérer succinctement les principaux groupes d'étude, comités et commissions qui, jusque vers la fin du dernier millénaire, ont produit des rapports d'experts, construit et fondé l'approche réformiste de la politique pénale canadienne sur des bases scientifiques pendant plus de trente ans: Commission Ouimet¹²⁹, Commission Prévost¹³⁰, Commissions de réforme du droit¹³¹, Commission Le Dain¹³², Comité Mac Guigan¹³³,

¹²⁸ La *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal* (1968-69, S.C. c. 38) est adoptée le 14 mai 1969. Le projet de loi est présenté en 1967 par Pierre Elliot-Trudeau, alors ministre de la justice du Canada. Il s'agissait d'un projet de loi du type dit « omnibus », c'est-à-dire un projet de loi portant à la fois sur plusieurs sujets. La loi se composait de quelque 120 articles, modifiant plusieurs éléments du *Code criminel* de l'époque. Le ministre Trudeau cristallisa l'esprit de ces modifications par la phrase énoncée devant les journalistes et constamment reprise par la suite : « *There's no place for the State in the bedrooms of the nation.* » ou « *L'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation.* »

¹²⁹ RAPPORT DU COMITÉ CANADIEN DE LA RÉFORME PÉNALE ET CORRECTIONNELLE, *Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 [appelée Commission Ouimet].

¹³⁰ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE EN MATIÈRE CRIMINELLE ET PÉNALE, *La société face au crime*, Québec : Éditeur officiel du Québec / Ministère de la Justice du Québec, 1970 [appelée Commission Prévost].

¹³¹ Il a existé deux Commissions de réforme du droit. La première s'est exclusivement intéressée à la réforme du droit pénal de 1970 à 1992. Elle a produit des Rapports annuels et des rapports spécifiques dont un rapport important intitulé *Notre droit*

Groupe d'étude Sauvé¹³⁴, Commission Mc Donald¹³⁵, Commission Archambault¹³⁶, Comité Daubney¹³⁷. Une chose est claire maintenant, cette période d'un droit pénal fondé sur des études et des mesures rationnelles est révolue!

Dans l'élaboration du droit pénal canadien, l'avis de l'expert et l'opinion du politicien sont dorénavant en systématique opposition. *Savoir* et *pouvoir* s'affrontent sur les enjeux du droit pénal actuel et les orientations de la pénologie¹³⁸. Le populisme pénal qui a inspiré la *Loi C-10* l'illustre de façon exemplaire. L'exercice qu'ont fait déjà fait les experts dans les présents Actes de ce Colloque thématique avait comme objectif de faire avancer les connaissances et de restimuler la réflexion sur la pénologie au

pénal : Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa : Approvisionnement et services Canada / Ministère de la Justice du Canada, 1976. La deuxième a publié un seul rapport sur le droit pénal et c'est le suivant : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT, *Qu'est-ce qu'un crime? Des défis et des choix* : document de discussion, Ottawa : Commission du droit du Canada, 2003. Voir aussi la note 9.

¹³² COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'USAGE DES DROGUES À DES FINS NON MÉDICALES. Rapport, Ottawa : Information Canada, 1973 [appelée Commission Le Dain].

¹³³ COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES / SOUS-COMITÉ SUR LE RÉGIME D'INSTITUTIONS PÉNITENTIAIRES AU CANADA, Rapport, Ottawa : Approvisionnement et services Canada / Parlement du Canada, 1977. [appelé Comité Mac Guigan].

¹³⁴ GROUPE D'ÉTUDE SUR LE RÔLE DU SECTEUR PRIVÉ DANS LE DOMAINE DE LA JUSTICE PÉNALE, *La participation communautaire dans le domaine de la justice pénale*, Ottawa : Approvisionnement et services Canada / Solliciteur général du Canada. (1977) [Groupe d'étude Sauvé].

¹³⁵ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR CERTAINES ACTIVITÉS ILLÉGALES DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, Rapport, Ottawa : Approvisionnement et services Canada / Solliciteur général du Canada, 1981 [appelée Commission Mc Donald].

¹³⁶ COMMISSION SUR LA DÉTERMINATION LE DAIN DE LA PEINE, *Réformer la sentence, une approche canadienne*, Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1987 [appelée Commission Archambault]. Voir aussi la note 9.

¹³⁷ COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CONDITION ET D'AUTRES ASPECTS DU SYSTÈME CORRECTIONNEL, *Des responsabilités à assumer*, Ottawa : Approvisionnement et services Canada. [appelé COMITÉ DAUBNEY]. Voir aussi la note 7.

¹³⁸ M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs*, Seuil, La couleurs des idées, 2007.

Canada. Or, ce travail de recherche et de réflexion heurte de front l'esprit populiste et l'idéologie contre-réformiste du Gouvernement Harper. Il est difficile de trouver des spécialistes du domaine qui appuient la *Loi C-10*¹³⁹ car le populisme pénal fait généralement abstraction des connaissances et avis d'experts et ne repose généralement pas sur l'expertise, la réflexion et la connaissance.

La *Loi C-10* est un exemple de législation peu réfléchie fondée sur des prétentions fallacieuses au sujet de la soi-disant nécessité de recourir à une plus grande rigueur répressive au Canada. L'argumentaire populiste a été omniprésent dans la rhétorique politicienne qui a accompagné le *Projet de loi C-10*. Prétendument, tous les changements législatifs sont justifiés en vue d'assurer une meilleure sécurité des rues et des communautés et de garantir une meilleure protection des enfants contre les prédateurs sexuels. Le politicien populiste affirme en effet être du côté des honnêtes gens et des enfants vulnérables censés vivre sur des rues et dans des communautés, par ailleurs, paisibles. Le tout lui sert de caution morale indépendamment du fait que la *Loi C-10*, dans plusieurs de ses aspects, n'a pas vocation particulière à s'intéresser aux prédateurs sexuels et à leurs victimes - les enfants- ou à assurer le calme des rues résidentielles du Canada. Pour le Gouvernement Harper, tous les opposants de cette *Loi* sont cependant suspects car ils sont réputés ne pas endosser de telles préoccupations dès qu'ils critiquent le bien fondé de la *Loi*. Le discours populiste consiste par conséquent à alléguer systématiquement que *ce qui est voulu* politiquement comme normes pénales est *ce qui doit être*. Même si l'on peut faire une critique sérieuse que *ce qui est voulu* par le politique n'est pas rationnellement et socialement souhaitable et ne constitue pas une *bonne* politique, le discours politicien conservateur consiste à produire

¹³⁹ En plus de représentations et de pétitions venant d'universitaires spécialisés en droit pénal et en criminologie, l'Association du Barreau canadien, l'Association canadienne des libertés civiles, le Barreau du Québec ont soumis des mémoires contre le *Projet de loi C-10*. La prestigieuse *Global Commission on Drug Policy* dont les membres sont Louise Arbour, Richard Branson, Fernando Henrique Cardoso, Ruth Dreifuss et Thorvald Stoltenberg ont écrit au premier ministre Harper et aux sénateurs en les priant de rejeter les peines minimales d'emprisonnement obligatoires et en témoignant de leur caractère néfaste, notamment pour la possession de marijuana. Pour le contenu de leur lettre, voir <http://stoptheviolencebc.org/2012/02/21/global-commission-endorsement-letter/>

une fusion de *ce qui serait* et *ce qui devrait être* et à affirmer que les partisans de cette *Loi* sont seuls du côté de la morale et du *bon droit*¹⁴⁰.

Paradoxalement, falsifier les données criminelles et induire en erreur sur la portée de la *Loi C-10*, cela est permis aux politiciens populistes invoquant la morale¹⁴¹. L'absence de volonté du Ministre fédéral de la Justice d'estimer les coûts de sa politique répressive et même son indifférence à l'égard des répercussions de sa politique sur les prisons provinciales¹⁴² : le Gouvernement conservateur majoritaire a le droit d'en faire fi, malgré toutes les informations disponibles attestant de l'augmentation importante de ces coûts. Bref, la finalité d'assurer la sécurité des rues et des communautés est morale et les justifierait à tout prix. Indiscutablement, l'adoption de la *Loi C-10* a comme effet idéologique de brouiller la ligne de démarcation entre la justice et la morale et de confondre leurs finalités spécifiques et respectives. Il est urgent que les philosophes prennent la parole et attestent de la confusion créée par de tels procédés.

La doctrine a qualifié les récentes périodes d'interaction entre d'une part le pouvoir législatif (dans les faits, le Gouvernement fédéral) et d'autre part le pouvoir judiciaire (dans les faits, la Cour suprême), tantôt d'une période de dialogue entre ces deux pouvoirs, tantôt d'une période de déférence du judiciaire à l'égard du législatif, pour expliquer les résultats de la jurisprudence constitutionnelle portant principalement sur la législation pénale. La *Loi C-10* est susceptible d'inaugurer une autre période au cours de laquelle les deux ordres de gouvernements de la fédération canadienne¹⁴³ utiliseront le pouvoir judiciaire à la défense de leurs intérêts réciproques et entreprendront une véritable guerre de

¹⁴⁰ Hélène DUMONT, « Une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », *supra*, note 11.

¹⁴¹ Dans ce cas précis, le sénateur Pierre-Hugues Boisvenu n'a pas cessé de faire usage de telles stratégies en faveur de C-10, au nom du Gouvernement de Harper.

¹⁴² Le ministre québécois de la justice Jean-Marc Fournier a demandé plusieurs fois au Gouvernement de Stephen Harper d'assumer le coût de ses initiatives, qu'il évalue entre 40 et 80 millions par année pour la simple application de ses dispositions et à 750 millions pour la construction de nouvelles prisons. « Le Québec n'a pas à financer les coûts d'une initiative d'un gouvernement fédéral qui a refusé la collaboration des provinces à l'égard du contenu de la loi », a-t-il dit.

¹⁴³ Cela risque de se produire au Québec, car le ministre de la justice Jean-Marc Fournier l'a annoncé mais également les criminalistes du Barreau du Québec.

tranchées sur tous les enjeux politiques qui les divisent. Cette bataille, par tribunaux interposés, est déjà annoncée¹⁴⁴. Le fédéral a affirmé que les précédents transferts d'argent aux provinces leur permettront de toute façon d'absorber les couts de C-10. Par ailleurs, le ministre de la justice du Québec, de concert avec le Barreau du Québec (avocats criminalistes) et les procureurs de la poursuite (leur discrétion de poursuivre), contesteront la *Loi C-10* (en particulier ses peines minimales d'emprisonnement et ses mesures plus répressives à l'égard des jeunes contrevenants) ou promettent de ne pas l'appliquer¹⁴⁵. On peut prédire des victoires ou des défaites judiciaires qui feront dire aux uns tout le mépris qu'ils portent à l'égard de la Cour suprême et aux autres le caractère essentiel de cette institution comme rempart à l'obscurantisme. Car ultimement, la bataille

¹⁴⁴ L'on peut déjà offrir un exemple pour suggérer que la bataille est commencée. La juge Anne Molloy de la Supreme Court de l'Ontario a déjà refusé d'appliquer une peine minimale de 3 ans en matière de possession d'une arme à feu au motif qu'elle équivalait à une peine cruelle et inusitée et était par conséquent inconstitutionnelle. La cause est portée en appel. Voir à cet égard : <http://www.torontosun.com/2012/02/13/minimum-gun-sentence-cruel-and-unusual-punishment-judge>

¹⁴⁵ Le ministre de la Justice, Jean-Marc Fournier, a présenté le 13 mars 2012, une série de mesures visant à atténuer la portée de certaines dispositions de C-10, en particulier des mesures portant sur le traitement des jeunes contrevenants. Puisqu'il s'agit de mesures qui relèvent de la compétence fédérale, les décisions québécoises auront une portée limitée. Ainsi, le ministre Fournier émettra de nouvelles directives au Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP) visant à apporter des tempéraments à l'interprétation de la loi fédérale, en se basant notamment sur les précédents établis par la Cour suprême selon lesquels «à long terme, la société est mieux protégée par la rééducation, la réadaptation et la réinsertion sociale d'un adolescent». «Le poursuivant — avec les orientations offertes par le ministre — sera encouragé à maintenir l'approche antérieure à C-10, a expliqué M. Fournier. Selon Me Annick Murphy, procureure en chef du bureau des affaires de la jeunesse au DPCP, la mince marge de manoeuvre prévue dans la *Loi C-10*, combinée aux directives du ministre, devrait permettre au Québec de protéger ses acquis. Parmi les mesures présentées par le ministre Fournier, l'une prévoit que la divulgation de l'identité d'un adolescent criminel soit l'exception plutôt que la norme. De plus, pour contourner la nouvelle obligation pour les procureurs de proposer une peine pour adulte pour les jeunes reconnus coupables d'un crime violent et âgés de plus de 14 ans, le Gouvernement provincial utilisera une disposition de la loi afin de hausser cet âge à 16 ans. Également, le système québécois utilisera une mesure pour contourner les nouvelles peines minimales obligatoires pour les crimes liés à la drogue en mettant sur pied un nouveau programme judiciaire de traitement de la toxicomanie.

offrira inéluctablement un résultat amer pour l'une des parties. Finalement, le principe de séparation des pouvoirs, essentiel à l'État de droit et exprimant en démocratie l'équilibre des pouvoirs et le contre poids entre ceux-ci, apparaîtra dans l'une de ses manifestations les plus controversées. Les politiciens populistes auront pavé la voie au discrédit des institutions démocratiques et provoqué une déconsidération de leurs fonctions utiles auprès des citoyens canadiens. Quel sabotage de la justice et de la démocratie!