

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*

Professeure Hélène DUMONT**

INTRODUCTION	85
I. DES OBSTACLES À LA MODÉRATION SE RETROUVENT DANS LA LOI C-41	87
A. Le gant de velours ou le gant de crin? : toutes les philosophies punitives sont bonnes	87
1. La théorie du châtiment justement mérité	87
2. La théorie de la dissuasion générale et la peine disproportionnée	88
3. La théorie de la dissuasion spéciale et les non-violents	88
4. La théorie de la réhabilitation et le non-accès aux sanctions communautaires	89
5. La théorie de la dénonciation générale et l'expectative collective de plus de sévérité punitive	90
6. L'urgence de promouvoir une justice remédiate et la timidité de la Loi C-41	93
B. Le gant de velours restera-t-il dans l'antichambre de la Cour? : la présomption en faveur des mesures non carcérales est contrecarrée par le maintien du statut législatif prépondérant de la peine d'emprisonnement	95
C. Le gant de velours risque de ne jamais faire : les mesures communautaires et les ressources insuffisantes	96
II. LES OBSTACLES LIÉS À L'ACTIVITÉ LÉGISLATIVE	

* Ce texte contient des extraits d'un autre texte de l'auteure intitulé « Less is best : the sentencing reform unattainable goal? » rédigé pour l'Institut national de la magistrature à l'occasion de sa conférence tenue les 19-21 mars 1997 à Halifax et portant sur le droit pénal, la preuve et la procédure criminelle. Les expressions *Loi C-41* et *Loi C-55* font référence au numéro du projet de loi. Il s'agit d'un choix fait par les organisateurs du Colloque parce que ces lois sont en réalité mieux connues sous le numéro du projet de loi présenté au Parlement. Le texte présent utilise la numérotation des projets des lois en référant à d'autres lois également.

** Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

PARALLÈLE : PUNIR AVEC UNE MAIN DE FER	97
A. Les nouvelles peines minimales de 4 ans : la poigne de fer pour les criminels armés	98
1. Ces peines sont irrespectueuses du principe fondamental de proportionnalité	99
2. L'accroissement général de la sévérité de toutes les sentences	100
3. L'inutilité de la peine minimale de 4 ans	101
4. La peine minimale de 4 ans : un châtement injustement mérité	102
5. Le troc : au profit de la discrétion du poursuivant et au détriment de la discrétion judiciaire	102
B. Les peines interminables de la Loi C-55 : des criminels marqués à jamais par la main de fer	104
1. La dangerosité et un droit pénal mur-à-mur	104
2. Les contrevenants présentant un risque élevé de récidive : « go to jail, don't pass go, go directly to jail »	107
CONCLUSION	107

On m'a demandé d'examiner, dans le cadre de ce Colloque, les véritables difficultés qui se posent à la mise en oeuvre réussie de la réforme législative sur la détermination de la peine.

Je ne souhaite pas vous offrir mon pessimisme en partage sur le sort de la réforme de la *Loi C-41*¹ et je ne voudrais pas, par mes propos, être l'éteignoir de cette conférence. Je voudrais plutôt que l'esprit humaniste ayant guidé les réformateurs des années 80 et plus spécialement la Commission Archambault,² reste le moteur puissant de son succès. À cet égard, la préoccupation qui les animait en était une de modération dans l'exercice des châtiments, de réduction du recours à l'emprisonnement et de développement de solutions punitives communautaires.

J'entends cependant illustrer que le législateur est le principal artisan des obstacles à sa réforme. Sa *Loi C-41* est elle-même porteuse de suffisamment d'ambiguïtés pour que l'esprit de modération qui est supposé l'inspirer soit oublié dans son application. Le législateur s'est aussi adonné à une activité législative parallèle qui contredit plusieurs aspects fondamentaux de sa réforme générale des peines et du sentencing.

Avec l'adoption de la *Loi C-41*, le Gouvernement propose selon ses propres mots un « ensemble équilibré de réformes de la détermination de la peine et du système correctionnel ». Il met de l'avant des objectifs et des principes généraux d'imposition des sentences, des solutions de rechange à l'emprisonnement, des programmes de déjudiciarisation. Il promeut une stratégie d'ensemble dont le but est à la fois de résoudre le problème aigu de la surpopulation dans les pénitenciers et de la surincarcération et de créer un courant en faveur de la modération et des solutions punitives non carcérales.³ D'après le Centre canadien de la statistique juridique, entre 1990 et 1995, la population carcérale a augmenté de 22% et si la tendance se maintient, on s'attend à une autre hausse de 50% au cours des dix prochaines années.⁴

Si la *Loi C-41* se présente, lors de son adoption, comme étant une réforme générale du système de la détermination de la peine susceptible de renverser la tendance de la surutilisation de l'emprisonnement, la loi est finalement mise en vigueur en même temps qu'un train de mesures législatives destinées à s'en prendre plus énergiquement à la criminalité violente et à manifester plus de rigueur punitive à l'endroit des criminels qui présentent un risque élevé de récidive.

-
1. *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22 [ci-après la *Loi C-41*].
 2. Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et services Canada, 1987.
 3. Gouvernement du Canada, « Délinquants à faible risque » *document d'information*, à la p. 1.
 4. T. Foran, « Dépenses gouvernementales au titre des services correctionnels pour adultes » (1996) 16 :3 *Juristat* 1 à la p. 13.

Le Gouvernement a en effet réduit l'accessibilité à la libération conditionnelle avec la *Loi C-45*;⁵ il étend la détention préventive à un plus grand nombre de criminels dangereux avec sa *Loi C-55*⁶ et il crée une nouvelle mesure de surveillance de longue durée pour une nouvelle catégorie de délinquants à risque élevé de récidive qui s'ajoutera à leur terme pénitentiaire. Enfin, avec sa *Loi C-68*,⁷ le législateur a créé de nouvelles peines minimales de 4 ans à propos d'infractions de violence commises avec une arme à feu.

La *Loi C-41* n'est pas aussitôt mise en vigueur que son impact modérateur paraît se limiter aux seuls contrevenants présentant un faible risque de récidive et ayant commis des crimes non violents. C'est du moins l'un des effets déplorables de cette combinaison législative de proposer des stratégies punitives différentes concernant les criminels violents et les criminels non-violents et de laisser tout de même croire que la philosophie générale de modération de la *Loi C-41* imprénera dorénavant tout le sentencing canadien. Par ses stratégies punitives diamétralement opposées, soit par des sanctions communautaires d'un côté, soit par des peines minimales et interminables d'emprisonnement de l'autre, le gouvernement développe une vision schizophrénique de la criminalité qui ne facilitera sûrement pas l'élaboration d'un système cohérent, unifié et juste de la détermination des peines et des sentences. Légiférer de cette façon consiste même à faire en sorte que punir se fasse avec une main de fer dans un gant de velours.

-
5. Art. 745.6 C.cr. (Révision judiciaire de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle) : *P.L. C-45 et P.L. C-147* (9 janvier 1997) (*Loi modifiant la loi sur les services correctionnels et la mise en liberté sous condition*); voir aussi *Projet de Loi C-147*.
 6. *P.L. C-55, Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministre du Solliciteur général*, 2^e sess., 35^e Parl., 1996 modifié par le Comité permanent de la Justice, 5 mars 1997 et sanctionné le 25 avril 1997, L.C. 1997 c. 17 [ci-après la *Loi C-55*].
 7. *Loi concernant les armes à feu et certaines autres armes* 1995, L.C. c. 39, sanctionnée le 5 décembre 1995 [ci-après la *Loi C-68*].

I. DES OBSTACLES À LA MODÉRATION SE RETROUVENT DANS LA LOI C-41

A. Le gant de velours ou le gant de crin? : toutes les philosophies punitives sont bonnes

Le premier écueil à la mise en oeuvre de la *Loi C-41* et à la promotion de son esprit de modération résulte du fait que le législateur n'a pas su à quelle philosophie pénale se vouer.

1. La théorie du châtement justement mérité

On pourrait dire que la loi⁸ favorise la théorie du châtement justement mérité (*a just deserts approach*) parce qu'elle met l'accent sur les principes de proportionnalité et d'égalité dans la détermination des sentences. La loi propose comme principe fondamental une peine proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de son auteur (article 718.1 C.cr.). Elle invite également le juge à imposer des peines semblables à des contrevenants semblables impliqués dans des situations criminelles similaires (article 718.2 b) C.cr.). La loi favorise aussi les sanctions moins sévères que l'emprisonnement (article 718.2 d) C.cr.).

Il y a cependant un hiatus au plan conceptuel entre d'une part l'ensemble des principes législatifs qui concrétisent une politique pénale axée sur la théorie du châtement justement mérité et qui favorisent la modération dans le recours à l'emprisonnement et l'énoncé des finalités prospectives et des objectifs recherchés avec l'imposition d'une sentence, ce qui mène à plus d'emprisonnement d'autre part.

En effet lorsque l'on examine l'article 718 C.cr., une sentence doit pouvoir assurer, à la fois ou selon le cas, les objectifs suivants : la sécurité publique, l'intimidation générale et spéciale, la neutralisation ou la réhabilitation du contrevenant, la réparation des torts causés à une victime et la dénonciation de la conduite répréhensible. Le dosage de tous ces objectifs, dont certains ont un effet rétrospectif et d'autres une portée prospective, serait le symbole de sentences justes et adéquates.

Le législateur n'aide pourtant pas les juges à lier les finalités prospectives du *sentencing* que sont la dissuasion (*deterrence*), la neutralisation (*incapacitation*) et la réhabilitation au principe fondamental de proportionnalité. Le législateur met aussi en tête de liste des finalités de l'article 718 C.cr., la finalité de dénonciation générale en ne se souciant pas de l'inconvénient qu'avec cette finalité, le principe de proportionnalité est susceptible de fonctionner selon une échelle de punitivité beaucoup plus sévère.

Examinons quelques résultats possibles de l'absence de méthode de raisonnement dans la sélection des finalités du *sentencing* qui peuvent favoriser plus d'emprisonnement que la *Loi C-41* en réclame.

8. Code criminel, S.R.C. (1985), c. C-46 [ci-après le *Code*].

2. La théorie de la dissuasion générale et la peine disproportionnée

Le principe de proportionnalité suppose qu'en choisissant la peine puis en mesurant sa durée l'on tienne seulement compte des facteurs d'atténuation et d'aggravation liés à la gravité du crime et au degré de responsabilité du contrevenant. Toutes les fois qu'un juge met l'accent sur la finalité de dissuasion générale, il impose une sentence en tenant compte de son effet souhaité sur la réduction du taux de criminalité.⁹ En faisant remplir à une sentence une finalité de dissuasion générale, le juge ajoute alors un surplus punitif à la sentence proportionnelle afin qu'elle puisse avoir un impact dissuasif sur autrui et contribue à la réduction de la criminalité. Ce surcroît punitif ne se justifie pas par le principe de proportionnalité; chose certaine, les sentences exemplaires seront toujours d'actualité parce que le législateur n'a pas clairement établi que la finalité de dissuasion générale est secondaire et doit être limitée par le principe fondamental de proportionnalité.

3. La théorie de la dissuasion spéciale et les non-violents

Un autre effet négatif de la promotion de plusieurs philosophies punitives à la fois dans la *Loi C-41*, c'est de perpétuer le *statu quo* dans les pratiques sentencielles. Voici un autre problème qui sera difficilement résolu avec la *Loi C-41* : la réduction de l'incarcération des non-violents et l'imposition de sanctions communautaires à leur endroit.

L'existence d'antécédents criminels constitue assurément le principal facteur aggravant personnel au contrevenant, pour lequel ce dernier reçoit un terme pénitentiaire pour un crime sans violence, pour une infraction contre la propriété ou pour une infraction routière criminelle sans victime. Dans de tels cas, l'incidence du facteur de récidive est si important que la sentence est déterminée non seulement dans le but d'imposer un châtement mérité mais avec la volonté de neutraliser le déviant. Le facteur de récidive donne parfois lieu à l'augmentation de la sévérité d'une peine d'une façon telle que l'échelle de gravité des crimes du *Code criminel* apparaît des plus incohérentes. Par exemple, un contrevenant récidiviste ayant commis un crime sans violence va recevoir une sentence plus lourde que celle imposée à un criminel violent condamné pour la première fois pour une infraction beaucoup plus grave.¹⁰ Le coût en incarcération attribuable au seul facteur de la récidive criminelle est extrêmement important si l'on en juge par le profil de la population pénitentiaire pour les années 1992-1993 : 13.6% de la population purge une

9. D. Cousineau, *Sanctions légales et dissuasion*, dans Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Rapport de Recherche*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et services Canada, 1988; D. Nagin, « General Deterrence : A Review of the Empirical Evidence » dans A. Blumstein, D. Nagin et J. Cohen, dir., *Deterrence and Incapacitation : Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, National Research Council, 1978 95-159. Ces études montrent le caractère limité de la dissuasion générale des sentences.

10. Voir *R. c. Bear*, [1994] 120 Sask. R. 294 (Sask. C.A.) pour discussion. A.C. Birkenmayer et J.V. Roberts, « Sentencing in Adult Provincial Courts, A Study of Nine Canadian Jurisdictions » 1993 & 1994 17:1 Juristat 1 à la p. 8.

sentence pénitentiaire pour une infraction d'introduction par effraction, 14.6% pour des crimes non violents.¹¹

Le Centre canadien de la statistique juridique rapporte des statistiques fort révélatrices dans une étude intitulée : « La détermination de la peine dans les tribunaux provinciaux pour adultes au Canada pour l'année 1993-94 » :

Après la gravité de l'infraction ayant entraîné la condamnation, le casier judiciaire du contrevenant constitue le deuxième facteur déterminant de la sévérité de la peine [...]. Par exemple, la possession d'outils de cambriolage est associée à un taux d'incarcération (54%) plus élevé que certains crimes avec violence comme les voies de fait (49%) ou l'agression sexuelle (52%). Ce résultat peu sembler paradoxal et peut être interprété comme une violation du principe de proportionnalité étant donné que les crimes contre la personne sont considérés comme étant plus graves que les crimes contre la propriété. Cependant, si les contrevenants déclarés coupables de possession d'outils de cambriolage avaient en général un casier judiciaire plus chargé que les contrevenants condamnés pour des crimes avec violence, il y aurait là une explication du fait que les contrevenants de la première catégorie aient été punis plus sévèrement que ceux de la deuxième catégorie. Les recherches tendent à confirmer cette hypothèse. Les contrevenants qui commettent des crimes contre la propriété ont un passé criminel sensiblement plus lourd que les contrevenants violents, ce qui peut très bien avoir une incidence sur les peines qui leur sont infligées.¹²

On peut donc se demander par quel raisonnement nouveau, les juges parviendront à réduire le taux d'incarcération des criminels non violents qui sont en majorité les récidivistes du système carcéral canadien.

4. La théorie de la réhabilitation et le non-accès aux sanctions communautaires

Si le législateur veut favoriser le recours plus fréquent aux mesures communautaires, il accentue un autre problème lié à sa philosophie multifonctionnelle de la peine : celui de l'accessibilité différente des contrevenants aux mesures non carcérales selon qu'ils soient dotés d'un background social positif ou négatif. Le sentencing canadien a déjà fait le constat suivant : l'emprisonnement ne réhabilite plus, la finalité de réhabilitation est mieux assumée par les peines comme la probation, l'absolution et le dédommagement, des mesures non carcérales. En faisant ce constat toutefois, la réhabilitation conçue à l'origine comme une finalité prospective du sentencing (c'est-à-dire un objectif à atteindre avec la peine) s'est progressivement transformée en une caractéristique que doit posséder le contrevenant (une aptitude à la réhabilitation) pour avoir accès à une punition réhabilitative. Paradoxalement, les contrevenants qui ont un

11. Solliciteur Général, *Faits et chiffres sur les services correctionnels au Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et services Canada, 1994, à la p. 16.

12. A.C. Birkenmayer et J.V. Roberts, *supra* note 10.

urgent besoin d'être réhabilités se font offrir une peine qui n'a aucune vertu réhabilitante.¹³ L'on peut penser que la distribution des peines communautaires à ceux qui ont le bagage personnel nécessaire pour se réhabiliter « seuls » soit un résultat prévisible de la *Loi C-41*. Pourtant plusieurs peines communautaires ont le potentiel d'offrir un meilleur service thérapeutique à des contrevenants; il serait dommage d'en priver les contrevenants qui ne peuvent se réhabiliter seuls parce qu'ils ont un déficit socio-affectif acquis ou un background social défavorable.

5. La théorie de la dénonciation générale et l'expectative collective de plus de sévérité punitive

La promotion de la dénonciation générale dans le sentencing canadien donne actuellement un curieux résultat : celui de réactiver l'intérêt pour la peine d'emprisonnement à un moment où l'on souhaiterait en réduire l'importance. La dénonciation d'une conduite illégale fait référence à la désapprobation publique de la conduite criminelle et à la condamnation collective du tort causé par l'activité criminelle.¹⁴ Il faut par conséquent que la punition reflète mieux, dans son genre et dans sa durée, toute l'aversion collective du crime.

En fait, cet objectif du sentencing est surtout invoqué lorsqu'il s'agit de punir les contrevenants coupables de crimes contre la personne (c'est-à-dire les crimes sexuels et violents). L'aversion collective à l'égard de ces crimes est plus tangible et également plus normale que celle suscitée par les crimes non violents ou contre la propriété. Les juges tiennent compte de ce sentiment variable de réprobation publique en imposant, plus fréquemment maintenant, des peines plus sévères pour les crimes contre la personne que celles imposées pour les crimes non violents et contre la propriété. Mais, ils ont déjà allongé considérablement les sentences concernant les crimes non-violents en invoquant des motifs de dissuasion et de neutralisation. En faisant de plus en plus la promotion de la dénonciation générale des conduites criminelles pour les crimes contre la personne, les juges ont sans doute voulu rétablir l'échelle de gravité relative de tous les crimes en punissant plus sévèrement ces derniers. Mais ils ont également, du même coup, contribué à l'augmentation générale du taux d'incarcération au Canada en favorisant encore davantage la peine d'emprisonnement et en élevant l'échelle globale de punitivité à un degré supérieur.

Une politique pénale axée sur les principes de châtement justement mérité et de dénonciation des conduites répréhensibles peut avoir l'effet effarant d'accroître le taux canadien d'incarcération si ces principes deviennent des fins en soi de la justice criminelle et ne demeurent pas ce qu'ils devraient être : des critères de mesure d'une sentence juste et équitable. En effet, la thèse du châtement mérité n'est pas nécessairement porteuse de

13. H. Dumont, « La surutilisation de la peine d'emprisonnement : la contribution respective de tous les intervenants de justice au phénomène et le caractère trop timide de la réforme canadienne pour en réduire l'importance » dans J.M. Brisson et D. Greschner, dir., *I.C.A.J. L'administration de la justice : la perception du public*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 355 aux pp. 356-369.

14. *Ibid.* aux pp. 369-370.

plus de modération et d'humanisme si la criminalité est perçue tout compte fait comme étant de plus en plus sérieuse par le public et si l'on affuble un plus grand nombre de criminels de l'étiquette d'être violents, monstrueux, prédateurs, dangereux ou à risque élevé de récidive. Le principe de proportionnalité qui devrait s'appliquer à partir d'une échelle de punitivité plus modérée pour éliminer les excès actuels des châtimens pourrait opérer à partir d'une échelle de punitivité plus rigoureuse dans un futur rapproché.

La jurisprudence récente antérieure et postérieure à la *Loi C-41* offre quelques exemples selon lesquels le principe de proportionnalité combiné avec la finalité de dénonciation générale donne lieu à des peines d'emprisonnement d'une longueur exceptionnelle ou favorise l'emprisonnement derrière les barreaux au lieu de la nouvelle mesure de condamnation avec sursis.

La Cour suprême a en effet démontré dans l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*¹⁵ que le principe de proportionnalité permettait de mesurer la peine en fonction de la gravité du crime mais perçue à travers l'aversion collective qu'il suscite. Cette nouvelle perception de la gravité du crime peut justifier des incarcérations de longue durée sans précédent dans le sentencing canadien.

La nouvelle mesure punitive de condamnation à l'emprisonnement avec sursis pourrait, quant à elle, contribuer de façon significative ou modeste à la réduction de l'incarcération dans les prisons provinciales. La gestion par les tribunaux des finalités de dénonciation et de dissuasion générale pourrait cependant être déterminante du résultat. Lorsque le Parlement a adopté la nouvelle mesure punitive de sa *Loi C-41*, il l'a présentée comme étant sa principale solution à la surincarcération des contrevenants non violents.¹⁶ Le législateur a pu faire l'analyse que la condamnation avec sursis serait attirante pour les juges, y compris pour ceux qui veulent toujours faire un grand usage de la peine d'emprisonnement. L'institution, pourraient-ils se dire, constitue tout de même une peine d'emprisonnement et en conserve l'enveloppe symbolique et juridique. Les juges « pro emprisonnement » peuvent trouver avantageux l'emprisonnement dans la communauté plutôt que derrière les barreaux; en effet, la surveillance dans la société — dont ils peuvent personnellement prévoir toutes les conditions — pourrait être plus intense et contrôlante que l'incarcération effective résultant d'une peine d'emprisonnement traditionnelle. Celle-ci peut donner lieu à une remise en liberté rapide du prisonnier, une décision, aux yeux de certains juges, qui leur paraît prématurée et seulement motivée par des considérations de surpopulation dans les prisons.

On peut imaginer le législateur ayant fait le calcul ou le scénario suivant : toutes les fois qu'une peine de prison est imposée, la condamnation avec sursis a une chance sur deux d'être choisie. Même si ce calcul systémique des probabilités ne peut jamais résulter de sentences imposées à la pièce par un très grand nombre de juges appliquant un critère législatif à des situations d'espèce très différentes, le législateur qui espère ce résultat n'a pas d'autre choix que d'écrire sa loi de façon à atteindre son objectif. Une loi claire est plus susceptible de donner lieu à une interprétation judiciaire en harmonie avec l'intention

15. *R. c. M (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500. Voir aussi *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227.

16. Art. 742.1 C.cr.; J.V. Roberts, « News Data on Sentencing Trends in Provincial Courts » (1994) 34 C.R. (4th) 181 aux pp. 189-191.

législative. Or, la disposition législative concernant la condamnation avec sursis pose une difficulté d'interprétation plus spécialement lorsqu'il s'agit pour le juge de décider si le fait de purger la peine au sein de la collectivité met ou non cette dernière en danger.

Actuellement la controverse de la jurisprudence des cours d'appel¹⁷ du Canada se résume à ceci : pour parvenir à une conclusion favorable ou défavorable sur la question de l'emprisonnement dans la communauté, il faut prendre en compte les finalités énoncées à l'article 718 C.cr., notamment la dénonciation et la dissuasion générale. L'autre point de vue consiste à dire que la sentence est déterminée lorsque le juge a choisi un terme de prison et que la mise en liberté sous surveillance dans la communauté s'évalue seulement à partir de la situation personnelle du contrevenant qui présente ou ne présente pas un risque indu de récidive dans la collectivité et compte tenu des conditions de surveillance que le juge peut prévoir. Cette décision serait prise sans égard aux finalités énoncées à l'article 718 C.cr.

Quel que soit le mérite des deux interprétations jurisprudentielles, un fait demeure : de façon générale la *Loi C-41* pose une difficulté d'interprétation quand il s'agit de faire appel à sa théorie punitive ou à ses théories punitives et aux multiples finalités énoncées, sans ordonnancement, à l'article 718 C.cr.

Ces problèmes d'interprétation ont pour conséquence possible de ne pas réduire le taux d'incarcération trop élevé au Canada. À compter du moment où l'on choisit l'incarcération derrière les barreaux au lieu de la condamnation avec sursis et que l'on tient compte de la dissuasion générale et de la dénonciation collective du crime pour faire ce choix, l'on fait les raisonnements suivants : seul l'emprisonnement derrière les barreaux, la « peine par excellence », peut rendre compte de l'aversion collective du crime ou apaiser le ressentiment collectif. Seul l'emprisonnement derrière les barreaux peut avoir un effet d'intimidation générale; aucune autre forme d'expression de la peine d'emprisonnement ne peut avoir cet effet. Cette méthode de raisonnement a comme résultat de réduire de façon significative le potentiel d'application de la condamnation avec sursis à propos de certains crimes, indépendamment de la question d'évaluation du risque réel de récidive que présente le contrevenant dans la collectivité.

Il faut signaler un autre raisonnement juridique concernant la condamnation avec sursis qui pourrait contrecarrer son objectif de réduire l'incarcération au Canada. L'on peut entretenir la crainte que la condamnation avec sursis ne remplace pas seulement des peines carcérales mais soit préférée par les tribunaux au lieu et place d'une peine non carcérale (par exemple le sursis avec probation). Si tel est le cas, ces sentences auront l'effet d'élargir le champ d'application de la peine d'emprisonnement et de l'incarcération

17. Pour une étude de la controverse jurisprudentielle, voir plus spécialement : *R. c. Scidmore*, [1996] 19 décembre 1996 (Ont. C.A.) O.J. n° 4446 (QL); *R. c. Pierce*, 26 février 1997 (Ont. C. A.) [1997] O.J. 715 n° C22984 (QL); *R. c. Maheu*, 6 février 1997, (Qué. C.A.) [1997] A.Q. n° 277 (QL); *R. v. Arsiuta*, 20 février 1997 (Man. C.A.) [1997] O.J. 89 (QL); *R. v. McDonald*, 4 mars 1997 (Sask. C.A.) [1997] S.J. n° 117 (QL).

effective alors que l'on souhaite le réduire de façon significative.¹⁸ Par exemple, un manquement à une condamnation avec sursis peut résulter facilement en l'incarcération du contrevenant pour la portion non-expirée du terme donné alors que le manquement à un sursis avec probation peut plus difficilement (les conditions juridiques sont plus complexes) résulter en une incarcération du probationnaire. Voilà un effet d'incarcération supplémentaire que le législateur n'a sans doute pas voulu avec la condamnation avec sursis.

6. L'urgence de promouvoir une justice réparatrice et la timidité de la Loi C-41

La finalité de dénonciation générale pose un problème moral important dans le sentencing canadien : Ne serions-nous pas en train de donner libre cours au sentiment de vengeance et à le trouver légitime, sous prétexte qu'il est exprimé collectivement?

Ayant à l'esprit cette déviation possible d'une logique sentencielle fondée sur la thèse du châtement justement mérité et sur la finalité de dénonciation générale, il faut revoir la théorie de la justice. La justice réparatrice, à cet égard, pourrait offrir une perspective plus humaine dans l'exercice de la punition des criminels et dans le contrôle de la criminalité.¹⁹ Mais par les temps qui courent, quand il s'agit de châtier les criminels, l'idée que « moins c'est mieux » ne constitue pas une option très populaire.

Il devient urgent de développer une approche alternative de la justice pénale pour contrer les présentes demandes en faveur de punitions plus sévères et draconiennes. La théorie de la justice réparatrice est actuellement une thèse plus prometteuse pour opérer un changement de cap, un revirement de tendance.

La justice réparatrice doit trouver certaines de ses racines au sein de la collectivité; on doit y trouver les ferments utiles à la construction d'un nouveau sentiment collectif à l'endroit de la criminalité et des criminels et propices au développement d'une légitimité concernant les solutions punitives communautaires au détriment des châtements prônant l'exclusion des criminels.²⁰ La justice réparatrice a comme objectif le rétablissement de la paix après un conflit criminel qui ressemble à une guerre. Dans une perspective stratégique, les solutions punitives en faveur du rétablissement de la paix

18. J. Gemmell, « The New Conditional Sentencing Regime » (1997) 39 *Crim. L.Q.* 334 aux pp. 340-342. Après avoir écrit cet article, le législateur, au vu de la controverse jurisprudentielle issue des cours d'appel canadiennes sur les critères d'application de l'article 742.1 C.cr. a adopté une modification qui a pour effet d'exiger l'application des articles 718 à 718.2 C.cr. à toutes les étapes du raisonnement concernant la condamnation à l'emprisonnement avec sursis (cf. *Loi C-55*, *supra* note 6, article 107.1). Il a sans doute remédié à l'ambiguïté de son premier texte législatif mais il a du même souffle freiné la fréquence d'application de la mesure. Cette modification créera également une difficulté accrue concernant les conditions respectives d'application du sursis avec probation et de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis.

19. H. Zehr, *Changing Lenses : A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, P.A., Herald Press, 1990.

20. K. Pranis, Director of the Restorative Justice Program of Minnesota DOC, *Building Community Support for Restorative Justice, Principles and Strategies* at 1-13.

peuvent supposer de remettre quelque chose à la victime ou à la communauté lésée ou blessée mais pas nécessairement tout ce que l'une ou l'autre demande avec un esprit vengeur ou dans l'exercice de représailles. Cela peut aussi supposer de ne pas remettre au criminel tout le châtement ou tout le mal qu'il mérite.

Le principe de la proportionnalité pourrait alors être perçu comme opérant avec l'idée de réduire le niveau de punitivité dans la société. La justice réparatrice suppose non seulement de punir le mal fait mais de faire quelque chose de positif en faveur de la paix future. À long terme, la paix est plus prometteuse au chapitre de la sécurité du public que n'importe quel système punitif sévère, intrusif et surprotecteur.

La *Loi C-41* met timidement de l'avant l'idée de justice réparatrice qui cherche à rétablir la paix entre le contrevenant et sa victime et la société tout entière. Cette idée, pour l'instant, n'est susceptible de changer les pratiques sentencielles que de façon marginale.

Si l'on scrute tous les mots du paragraphe introductif de l'article 718 C.cr, le législateur, peut-on déceler, manifeste une certaine ouverture d'esprit à l'endroit d'options compatibles avec la justice réparatrice plutôt qu'indûment répressive :

Le prononcé des peines a pour objectif de contribuer [...] au maintien d'une société [...] paisible.

Les quelques solutions de la *Loi C-41* qui peuvent être reliées à cette philosophie ou à ce modèle de justice sont les suivantes.

L'une concerne plus spécialement les contrevenants autochtones. L'article 718.2 C.cr. invite le juge à envisager spécialement toutes les sanctions disponibles autres que l'emprisonnement. Sans doute le législateur avait le développement des cercles de justice à l'esprit et acceptait l'idée que la condamnation à l'emprisonnement avec sursis, une mesure punitive nouvelle, leur soit tout spécialement accessible. Il était, en légiférant, déjà bien au courant de la surreprésentation des autochtones dans les prisons de certaines provinces.

La *Loi C-41* promeut également l'idée qu'un crime soit résolu dans un processus de négociation, de médiation et de réconciliation plutôt que dans une procédure criminelle. La loi énonce les conditions de création de programmes provinciaux de solutions de rechange qui pourraient contribuer à la réduction du contentieux pénal et favoriser le règlement d'une affaire criminelle au sein de la société.²¹

La *Loi C-41* favorise l'idée qu'une sanction criminelle puisse compenser les préjudices d'une victime.²² À notre avis, les mesures pénales de dédommagement ne peuvent pas remplacer un système étatique de compensation et d'indemnisation des victimes d'actes criminels. Crimes et misère se conjuguent hélas trop souvent ensemble. Toutefois, cette option punitive ne devait pas être écartée par les juges pour le motif que

21. Art. 717-717.4 C.cr.

22. Art. 738-741.2 C.cr.

le criminel est impécunieux. Si les ordonnances de dédommagement ne peuvent compenser adéquatement toutes les séquelles d'un crime encourues par une victime, le développement de l'habitude d'en imposer pourrait contribuer à la réduction de la frustration du public et des victimes face à la justice criminelle.

On ne saurait mettre trop d'emphase sur l'obligation politique qui incombait au législateur d'adopter une philosophie claire et cohérente de la détermination de la peine. L'ambiguïté de sa théorie punitive, constitue un obstacle majeur à la réforme du sentencing canadien. Si la modération se veut au coeur de la nouvelle philosophie sentencielle et se présente comme étant le gant de velours qui doit être porté par tous les juges dans l'imposition des sentences, un examen plus sérieux de la politique législative permet de prétendre qu'on leur a peut-être donné un gant de crin.

**B. Le gant de velours restera-t-il dans l'antichambre de la Cour? :
la présomption en faveur des mesures non carcérales est contrecarrée
par le maintien du statut législatif prépondérant de la peine d'emprisonnement**

La *Loi C-41* énonce que le tribunal doit examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes avant d'envisager la privation de liberté (article 718.2 (d) C.cr.). Le législateur, peut-on soutenir, a élaboré une présomption en faveur des mesures communautaires.²³ Toutefois, si l'on fait l'examen de ce qui reste inchangé par la réforme, et plus spécialement en ce qui a trait à la gravité législative des infractions exprimée en durée d'emprisonnement, le réflexe des tribunaux de penser d'abord à l'emprisonnement pour mesurer la gravité concrète du crime qu'ils doivent punir, ne sera pas facilement abandonné. L'emprisonnement est la seule peine intimement liée à toutes les infractions du *Code criminel*. Le législateur n'a même pas pris la peine de réviser les maxima législatifs qui n'ont plus de rapport avec les pratiques sentencielles actuelles. Il n'a pas éliminé les incongruités de l'échelle des maxima qui font en sorte de proposer une punition plus sévère pour un crime moins grave qu'un autre assorti d'un terme plus court.

En raison de l'étroite connexité législative entre la gravité des infractions criminelles et la peine d'emprisonnement, il ne faudra pas se surprendre si les tribunaux oublient la nouvelle présomption en faveur des sanctions communautaires. Le risque est grand de considérer cette première étape du raisonnement pour parvenir à une sentence comme un rituel par lequel il faut maintenant passer. Si après un an d'application de la *Loi C-41*, un juge qui pratique le sentencing au quotidien n'a pas réduit sensiblement son *quota* de décisions d'incarcération par rapport à son *quota* de l'année précédant la mise en vigueur de la loi, il devra se dire qu'il n'a pas accordé beaucoup d'importance à la présomption en faveur des peines non carcérales. Il faudra aussi se dire que le législateur n'a pas suffisamment bien fait les choses pour que la réforme opère : le gant de velours risque de rester dans l'antichambre du tribunal qui impose les peines.

23. H. Dumont, « Les solutions de rechange à la peine d'emprisonnement du droit pénal canadien : le triomphe de l'intolérance et l'irrationalité sur l'humanisme et la liberté » dans Canadian Comparative Law Association et Association québécoise de droit comparé, *Contemporary Law 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 874 aux pp. 916-917.

C. Le gant de velours risque de ne jamais faire : les mesures communautaires et les ressources insuffisantes

Si l'on peut tout de même convenir que le législateur a fait des efforts de promotion des peines communautaires et des solutions de rechange, tout le monde sait que ce sont les provinces qui devront les mettre en oeuvre. En droit pénal, le gouvernement qui dicte la solution n'est généralement pas celui qui paie la note pour son application. Davantage d'ordonnances de probation et de travaux communautaires, beaucoup de condamnations à l'emprisonnement avec sursis, plus d'ordonnances de dédommagement en faveur de victimes, plus de mesures de rechange : cela dépend en grande partie de décisions provinciales d'implanter des programmes.

Au Québec, par exemple, il n'y a pas d'indication que l'argent épargné en fermant des prisons provinciales servira à un meilleur financement du Service de la probation ou à l'augmentation du nombre de ses agents. Rien n'indique qu'on étendra les services d'aide aux victimes et qu'on ouvrira des programmes de mesures de rechange. Le gouvernement québécois reste indécis ou peu ouvert à l'extension de son programme de travaux compensatoires aux débiteurs fédéraux d'amendes pénales. Les travaux communautaires restent toujours mal répartis sur le territoire québécois. Le traitement des conjoints violents en prison semble coupé.

Le gouvernement québécois est cependant intéressé à recouvrer le produit des amendes des débiteurs d'amendes impayées lorsque ces derniers voudront obtenir un permis ou une licence provincial. Le privilège pourra leur être refusé jusqu'à l'acquittement de la dette pénale.

Comme le gouvernement des autres provinces, le Québec a, lui aussi, un discours officiel favorable à la compensation des victimes d'actes criminels au moment de l'imposition d'une sentence; mais il n'est pas très heureux de l'impact de ce choix sentenciel, s'il a pour conséquence de diminuer le nombre des amendes imposées et de réduire le produit qu'il en retire annuellement.

Certains pourraient prétendre qu'en fermant des prisons et en écourtant les peines d'emprisonnement par des programmes de remise en liberté accélérée, voire prématurée, le gouvernement québécois force quelque peu la main des juges afin qu'ils imposent davantage de sanctions communautaires. Le législateur fédéral ajoute un peu à la pression en privant les juges de leur pouvoir d'imposer un emprisonnement discontinu si la prison voisine est fermée ou surpeuplée.²⁴

Même si les deux niveaux de gouvernement mettent de la pression sur le système judiciaire pour favoriser les sanctions alternatives, les juges sont laissés à eux-mêmes pour le faire. Le gouvernement fédéral ne leur a pas donné d'orientation précise en faveur de la réduction de l'incarcération; en d'autres mots, il ne leur a pas offert la sécurité juridique de pouvoir appuyer leurs décisions sentencielles différentes sur une loi claire. Enfin, la plupart des provinces n'ont pas encore mis en place les services administratifs et engagé

24. Art. 732 (1) C.cr. « [...] et de la disponibilité d'un établissement adéquat pour purger la peine [...] ».

les ressources financières pour l'implantation et le développement des sanctions communautaires.

Les difficultés dans la mise en oeuvre réussie de la *Loi C-41* ne dépendent donc pas seulement de l'interprétation de la loi mais seront encore plus importantes, si l'on ne met pas suffisamment de ressources dans les solutions de rechange, dans les programmes de travaux communautaires, dans la probation et dans la surveillance au sein de la communauté. On peut prédire le développement d'une frustration de la part de tous les partenaires de l'administration de la justice si les solutions punitives alternatives à l'emprisonnement ne sont tout simplement pas disponibles. En pareil cas, le gant de velours risque de ne jamais faire.

II. LES OBSTACLES LIÉS À L'ACTIVITÉ LÉGISLATIVE PARALLÈLE : PUNIR AVEC UNE MAIN DE FER

Le Canada est l'une des démocraties occidentales les plus répressives avec son taux d'incarcération de 130 détenus par 100 000 habitants.²⁵ Même si le recours plus fréquent aux sanctions non carcérales contribuait à le réduire, le taux d'incarcération demeurerait très élevé. Si l'on examine les caractéristiques de la population pénitentiaire en particulier, l'on ne doit pas s'étonner d'y retrouver en majorité les criminels qui ont commis des crimes contre la personne, des crimes violents ou des crimes sexuels. Le législateur a décidé de tout de même s'en prendre plus énergiquement à ces criminels qui composent substantiellement sa population pénitentiaire. Il a choisi de dramatiser davantage son taux très élevé d'incarcération par l'établissement de peines minimales de 4 ans et de longues sentences carcérales dont on ne voit plus très bien la fin.

Alors que le gouvernement canadien aspire à réduire son taux d'incarcération et présente les nouvelles options punitives de sa *Loi C-41* comme étant des solutions pour le diminuer, il a une toute autre stratégie punitive dans ses *Lois C-68* et *C-55* qui ne peuvent résulter qu'en l'augmentation de son taux d'incarcération. On est en droit de se demander si le gouvernement est réellement au courant d'une loi mathématique concernant le taux d'incarcération. Une législation qui allonge des peines pénitentiaires (de longues peines) a l'effet d'augmenter significativement le taux d'incarcération même si la loi qui prévoit les peines plus sévères s'applique à un nombre limité de criminels. Par contre, la loi qui cherche à éliminer des peines de prison (de courtes peines) en favorisant des mesures non carcérales, même si elle concerne un très grand nombre de contrevenants, n'aura pas un effet contraire équivalent de réduire le taux d'incarcération.²⁶

A. Les nouvelles peines minimales de 4 ans : la poigne de fer pour les criminels armés

25. Solliciteur général, *supra* note 11 à la p. 4.

26. H. Dumont, *Pénologie, Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Éditions Thémis, 1993 à la p. 377.

Au moment où le ministre de la Justice présentait les avantages de sa *Loi C-41* au Parlement, il avait aussi la tâche plus difficile de faire adopter sa loi sur le contrôle des armes à feu. C'est sans doute dans un climat politique tendu par de chaudes luttes entre les activistes favorables au contrôle plus strict des armes à feu et les lobbyistes des commerçants d'armes contre la *Loi C-68* que le ministre a dû faire quelques concessions. Il n'a pas interdit toutes les armes non sportives qui se fabriquent dans le commerce et a ainsi mécontenté le lobby anti-armes-à-feu. Mais il a aussi fait sien un argument du lobby pro-armes-à-feu qui disait la chose suivante : « laissez tranquilles les détenteurs pacifiques d'armes à feu, punissez plus sévèrement les criminels qui commettent des crimes avec une arme à feu ».

Le résultat a donc été d'assortir une dizaine d'infractions de violence du *Code criminel* d'une peine minimale de 4 ans lorsqu'elles sont commises avec une arme à feu.²⁷ Son choix donne lieu à un effet paradoxal sur la perception de la gravité relative des crimes qui sont dorénavant punis par cette peine minimale : en effet, certains d'entre eux, tout en étant visés par un minimum de 4 ans, sont néanmoins des crimes assortis d'un maximum différent. Par exemple, infliger des blessures corporelles ou l'homicide avec une arme à feu entraîne l'imposition de 4 ans d'emprisonnement.

En mettant délibérément de côté le développement d'une argumentation selon laquelle ces peines sont inconstitutionnelles et violent le principe concernant les châtiments cruels et inusités,²⁸ mon propos consiste à illustrer que ces peines minimales sont inspirées par un esprit différent de celui qui est censé avoir animé la *Loi C-41* et qu'elles en contredisent les principes fondamentaux.

27. Art. 220, 236, 239, 244, 272, 273, 279, 279.1, 344, 346 C. cr.

28. H. Dumont, « Désarmons les Canadiens et armons-nous de tolérance : Bannir les armes à feu, bannir les peines minimales dans le contrôle de la criminalité violente, essai sur une contradiction apparente » (1997) 2 Can. Crim. L. Rev. 1-28 [ci-après « Désarmons les Canadiens »].

1. Ces peines sont irrespectueuses du principe fondamental de proportionnalité

Les peines minimales de 4 ans ont le potentiel d'entrer en conflit avec le principe fondamental de proportionnalité de la *Loi C-41*. On peut offrir un exemple de ce conflit avec le crime d'homicide. Le sentencing en matière d'homicide involontaire coupable met quelquefois en lumière des circonstances quasi accidentelles qui révèlent des caractéristiques mentales d'un contrevenant causant la mort avec une arme dénotant moins de turpitude morale que celles d'une personne ayant commis le même homicide avec un couteau.

Pour le juge qui impose la peine, c'est le degré de blâme respectif des deux contrevenants qui justifierait l'imposition de sentences différentes. Sans le minimum législatif, le juge peut toujours sanctionner plus sévèrement l'homicide au couteau que l'homicide avec une arme à feu. Avec la nouvelle peine minimale, l'homicide au revolver est impérativement punissable par 4 ans d'emprisonnement alors que l'homicide au couteau peut recevoir un terme inférieur.

Cet exemple est révélateur de l'intention législative : parce que le législateur désapprouve davantage le moyen utilisé pour commettre le crime (arme à feu), le tribunal ne peut plus tenir compte du véritable degré de responsabilité morale des contrevenants au moment de la détermination de la peine, pour mesurer l'intensité de la peine avec exactitude et justesse. On peut voir dans ce choix législatif l'occasion d'une nouvelle saga judiciaire concernant la constitutionnalité de cette peine minimale en vertu de l'article 7 de la *Charte*.²⁹

La Cour suprême a désapprouvé la méthode législative qui consiste à aggraver un homicide et à l'assimiler à un meurtre alors qu'il était commis au cours de la perpétration d'infractions sérieuses, ce qui permettrait de condamner un contrevenant à la peine minimale à perpétuité sans exiger la preuve de la prévision subjective quant à la mort par l'auteur de l'homicide. Cette législation équivalait à punir trop sévèrement celui qui avait causé la mort involontairement, et cela même si le fait de causer la mort l'avait été dans des circonstances aggravantes (c'est-à-dire pendant la perpétration d'un crime grave.)³⁰ L'arrêt *Creighton*³¹ pourrait servir à une nouvelle argumentation d'inconstitutionnalité en matière d'homicide. Même si ce jugement a été critiqué comme une décision mettant au rancart l'héritage de la common law au sujet de la théorie de la *mens rea*, il peut avoir constitutionnalisé le principe de proportionnalité en vertu de l'article 7 de la *Charte*. En d'autres mots, même si le législateur peut créer une infraction d'homicide qui entraîne la culpabilité de divers contrevenants pour le même crime alors que l'un a seulement la *mens rea* minimale et un autre a plus de turpitude morale, la peine, par contre, doit pouvoir fluctuer en intensité et être différente pour tenir compte de leur degré différent de responsabilité morale.

29. Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après la *Charte*].

30. *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

31. *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

Le tribunal qui est privé de la possibilité d'appliquer ce principe de proportionnalité et qui doit imposer une peine minimale à quelqu'un qui ne la mérite pas se trouve à le punir trop sévèrement. Il y a violation du droit du justiciable d'être puni selon un principe fondamental de justice, celui de la proportionnalité.³²

2. L'accroissement général de la sévérité de toutes les sentences

Même si un juge peut techniquement imposer un terme inférieur à 4 ans pour l'homicide au couteau, il punira certainement les deux homicides conformément au principe de proportionnalité et de justice entre les contrevenants. Si le contrevenant au couteau est plus répréhensible, il recevra une peine supérieure à 4 ans.³³

C'est de cette façon que les peines minimales ont un effet d'augmenter les peines concernant les homicides qui ne sont pas visés par le minimum et d'augmenter aussi la sévérité des sentences en général. Expliquons-nous.

Si l'on se réfère à une étude du Centre canadien de la statistique de 1993, la peine de 4 ans est présentée comme étant la peine médiane en matière d'homicide.³⁴ Avec la *Loi C-68*, le juge est amené à traiter cette ancienne peine médiane comme une peine « plancher » pour l'homicide avec une arme à feu. Tout homicide qui lui paraîtra plus répréhensible que l'homicide avec une arme est susceptible de recevoir une peine supérieure à la peine « plancher ». Avant la *Loi C-68*, tous les homicides recevaient des peines qui se dispersaient également dans le spectre inférieur et supérieur du 4 ans; il y avait beaucoup plus d'homicides au couteau qui pouvaient être punis par une peine inférieure ou égale à 4 ans qu'actuellement.

Les peines minimales ont également un effet d'accroître la punitivité globale dans le système d'administration de la justice. Le législateur qui a recours aux peines minimales détermine la gravité d'un crime impérativement sans égard aux multiples circonstances de sa perpétration et sans tenir compte de la gravité objective de tous les autres crimes du *Code* qui ne sont pas assortis d'une peine minimale. En réalité, le législateur introduit de toutes pièces un élément de distorsion de l'échelle de gravité des crimes telle que généralement perçue par les tribunaux. Si le crime frappé d'un minimum est perçu comme étant un crime moins grave qu'un autre généralement puni par un terme équivalent à la peine minimale, ce crime a des chances de voir sa peine aggravée par les tribunaux peu de temps après l'établissement de la peine minimale.³⁵

3. L'inutilité de la peine minimale de 4 ans

32. *Supra* note 28 aux pp. 18-19.

33. *Ibid.* aux pp. 19-20.

34. Centre canadien de la statistique juridique, *La détermination de la peine dans les tribunaux provinciaux de juridiction criminelle pour adultes au Canada — étude de six secteurs de compétence*, préparée par J. Turner, Ottawa, 1993 tbl. 8.

35. *Supra* note 28 aux pp. 19-20.

Selon le gouvernement, la peine minimale de 4 ans est un outil nécessaire si l'on veut réduire la violence dans la société. Pour poursuivre l'exemple, on espère avoir moins d'homicides par arme à feu grâce à l'établissement de la peine minimale de 4 ans. Des statistiques démontrent que le moyen le plus fréquemment utilisé pour commettre un homicide, c'est un couteau (31,2%). L'arme à feu arrive en deuxième place (30%).³⁶ Si la peine minimale est susceptible d'avoir un impact sur la réduction des homicides avec une arme à feu, on aurait dû la prévoir pour les homicides au couteau.

Malheureusement pour le gouvernement, l'effet dissuasif des peines minimales n'est aucunement documenté par des études sérieuses; on aurait plutôt mieux documenté leur inutilité.³⁷

Plusieurs crimes violents commis avec une arme à feu sont hélas reliés à la violence conjugale et domestique. Il semble que la possession ou l'accès à une arme à feu soient des facteurs de risque dans le contexte de la violence familiale.³⁸ Le législateur avait sans doute raison de prohiber plus d'armes à feu et de mieux contrôler la sécurité entourant la garde d'une arme légitime; il légiférerait sur un facteur pertinent de risque d'homicides. Mais il est tout à fait irrationnel lorsqu'il prétend réduire les homicides avec une peine minimale de 4 ans.

36. O. Fedorowycz, « Homicide in Canada » — 1995 16 :11 Juristat 1 à la p. 5.

37. C. Meredith, B. Steinke et S. Palmer, *Research of the Application of Section 85, Criminal Code*, Ottawa, Department of Justice Canada, 1994.

38. M. Killias, « International correlation between gun ownership and rates of homicide and suicide » (1993) 148 Can. Med. Ass. J. 1721-1725; P. J. Cook, « The effect of gun availability on crime patterns » (1981) 455 Annals of the American Academy for Political and Social Sciences 63-79; A. Kellerman et al., « Gun Ownership as a real factor for homicide in the home » (1993) 329 New England Journal of Medicine 1084-91; E. Scarff, *L'évolution des mesures législatives canadiennes relatives au contrôle des armes à feu* (rapport final), Ottawa, Solliciteur général, 1983; Q. Hung, *Les statistiques en matière d'armes à feu*, Ottawa, Ministère de la justice, 1995; Canadian Centre for Justice Statistics, *Distribution of Solved Homicide Offences by Suspect-Victim Relationship and Method Used* (1979-89); Department of Justice, *Domestic Homicides Involving the Use of Firearms* (March 1992); T. Gabor, *The impact of the Availability of Firearms on Violent Crime, Suicide and Accidental Death : A Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Suicide*, Ottawa, Department of Justice, 1994.

4. La peine minimale de 4 ans : un châtement injustement mérité

Le gouvernement affirme qu'il s'occupe de la criminalité violente avec plus de détermination. À son avis, les criminels violents méritent des peines plus sévères, des peines minimales de 4 ans.

En réalité, les peines minimales offrent l'expectative d'un moins bon taux de condamnations pour les crimes qui en sont assortis. Le succès des poursuites décroît, l'emprisonnement minimal suscite plus de procès et moins de plaidoyers de culpabilité. Ou bien le procès est plus difficile pour la Couronne ou bien la défense utilise toutes les ressources et les artifices de la procédure criminelle pour éviter le verdict de culpabilité. Ultimement, la Couronne trouve de bonnes raisons systémiques à la négociation de plaidoyers à propos d'une accusation réduite qui ne prévoit pas l'imposition de la peine minimale. La peine minimale soi-disant justement méritée par les criminels violents a donc peu de chances de leur être souvent imposée.³⁹

5. Le troc : au profit de la discrétion du poursuivant et au détriment de la discrétion judiciaire

La peine minimale de 4 ans présente des inconvénients qui surpassent nettement les avantages de son utilisation. La sévérité législative serait inévitablement tempérée par la discrétion de la police et de la Couronne, ce qui accentuera la justice derrière les portes closes au détriment d'une justice ouverte et transparente. Les minima législatifs ont comme effet de remplacer la discrétion des juges par la discrétion des poursuivants. La justice, dans la réalité, ne peut opérer sans une part normale de discrétion, toutefois, le législateur nous fait part de son opinion fort discutable concernant le bon ou le mauvais usage de la discrétion dans l'administration de la justice. Après avoir étudié tous les modèles de sentencing suggérés par la Commission Archambault⁴⁰ et le Rapport Daubney⁴¹ et après avoir fait un choix dans sa *Loi C-41* qui vise à remédier à la disparité des sentences et à encadrer la discrétion judiciaire dans l'imposition des peines, le législateur ne s'est fait jamais recommander et n'a pas choisi d'éliminer la discrétion judiciaire en optant pour des peines tarifaires fixées législativement. Or, la peine minimale de 4 ans constitue un terme minimal sévère qui jouera une fonction semblable à celle d'un tarif législatif fixe. Si l'on fait l'examen des tendances récentes en matière de sentences concernant les dix crimes qui sont maintenant assortis de ce minimum, les juges seront dorénavant privés de leur discrétion judiciaire légitime dans la détermination des sentences qui concernent ces infractions sérieuses.⁴²

39. *Supra* note 28 aux pp. 22-24.

40. *Supra* note 2.

41. 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, 1988.

42. *Supra* note 34.

Comment doit-on réconcilier cette élimination législative de la discrétion judiciaire avec l'esprit de la *Loi C-41*? Lorsqu'il a pourtant fallu choisir un modèle de détermination des peines pour contrer le problème maintes fois dénoncé de la disparité judiciaire des sentences canadiennes, le même législateur a été on ne peut plus timide dans l'élaboration d'un cadre législatif permettant de mieux encadrer et contrôler cette discrétion judiciaire.

La peine minimale de 4 ans peut avoir un effet négatif sur le développement d'une justice autochtone. Le législateur prétend contrer la surincarcération des amérindiens en proposant des sanctions alternatives dans sa *Loi C-41*.⁴³ La disparition des valeurs traditionnelles, un taux inquiétant d'alcoolisme, la dislocation de la culture autochtone et la pauvreté des Premières Nations donnent lieu à des phénomènes criminels plus aigus de violence familiale et d'abus sexuels à l'endroit des enfants. Les armes à feu sont intimement liées au mode de vie des amérindiens mais des querelles domestiques ou de voisinage dégénèrent aussi en crimes de violence avec ces mêmes armes.⁴⁴

Comment le législateur peut-il réconcilier la peine minimale de 4 ans en matière de violence domestique et le net parti pris de la *Loi C-41* en faveur de sanctions alternatives pour les autochtones? Qu'est-ce qu'un juge peut faire d'autre avec la peine obligatoire de 4 ans? Comment peut-on établir une justice autochtone réparatrice et favoriser l'approche holistique des cercles de justice si la seule peine disponible en est une de 4 ans ou plus d'emprisonnement?

Le gouvernement indique ainsi clairement que sa *Loi C-41* ne constitue pas une réforme générale inspirée par la modération. Il ne propose pas un ensemble complet de principes et de finalités de la détermination des peines applicables à tous les contrevenants. Il a fait une distinction entre ses stratégies punitives générales et son option punitive draconienne à l'égard des criminels qui commettent des crimes avec une arme à feu. C'est bien avec une poigne de fer qu'il s'en prend à la criminalité violente.

43. Art. 718.2 (e) C.cr.

44. A.N. Doob, M. Grossman et R. Auger, « Aboriginal Homicide in Ontario » (1994) 36 Rev. Can. Crim. 29-62; S.A. Vanderberg, J.R. Weekes et W.A. Millson, « Early Substance use and its Impact on Adult Offender Alcohol and Drug Problems » (1995) 7 :1 Forum and Correction Research.

B. Les peines interminables de la Loi C-55 : des criminels marqués à jamais par la main de fer

Le gouvernement vient d'adopter la *Loi C-55* qui propose une ligne plus dure et même aveugle à l'encontre des criminels dangereux et des mesures de surveillance de longue durée à l'endroit de contrevenants nouvellement étiquetés « à risque élevé de récidive ». Il est question d'extension de la détention préventive et de la création de sentences interminables. Ne cherchez plus l'esprit de modération dans cette loi; les principes de châtement justement mérité ou de justice remédiate y sont évacués, au profit de considérations de contrôle préventif des criminels et de neutralisation définitive. La peine ne constitue plus la réaction punitive proportionnelle à la gravité du crime et au degré de responsabilité du contrevenant, elle devient une réaction de défense sociale mesurée et fondée sur le risque ou la peur de crimes futurs.

Mon propos est d'évoquer quelques aspects seulement de cette loi qui sont tout à fait en contradiction avec la *Loi C-41* et qui sont même susceptibles d'engendrer une véritable crise du système d'administration de la justice.

1. La dangerosité et un droit pénal mur-à-mur

Il est difficile aujourd'hui d'étayer une critique rationnelle négative du projet d'étendre la législation sur les criminels dangereux sans se faire accuser de manifester de la bienveillance malsaine à l'égard de criminels comme Bernardo, Olson ou Ferreira. Je me contenterai de dire que je suis profondément choquée par leur grande cruauté. Mon point de vue ne repose sur aucun excès de sympathie ou de fascination morbide à leur endroit.

L'humanité a encore beaucoup à apprendre sur ce qui peut amener une personne à commettre des crimes aussi horribles. Mes réflexions actuelles concernant la dangerosité criminelle sont cependant à un point de ne pas croire en l'efficacité d'un droit criminel offrant une protection mur-à-mur et qui empêcherait des criminels dangereux d'exister. Je ne peux imaginer un système de justice parfaitement étanche — de l'investigation policière, à la poursuite et à la condamnation criminelle, puis à l'évaluation des risques pour les fins d'obtention d'une libération conditionnelle — qui retiendrait tous les criminels dangereux et qui ne commettrait pas l'erreur d'en relâcher ou d'en échapper un. Par conséquent, je suis contre l'élaboration d'un droit criminel totalitaire.

Les défaillances inévitables de la bureaucratie, l'incapacité des scientifiques de prédire la dangerosité avec précision,⁴⁵ ne devraient pas être occultées et cachées sous le couvert d'un droit criminel faussement protecteur.

Quel sera le prochain châtimeut réclamé si ces lois criminelles démesurément surprotectrices ne constituent pas de toute façon un filet aux mailles suffisamment serrées pour attraper tous les dangereux criminels? Pourquoi devons-nous surestimer le nombre de dangereux criminels et étiqueter de la dangerosité des criminels qui ne sont pas dangereux si, en tout état de cause, la protection publique ne s'en trouve pas accrue de façon significative?

La réponse gouvernementale à l'extension de la détention préventive et la décision législative de réduire les garanties procédurales à la détermination de la dangerosité sont difficiles à comprendre. La criminalité violente et dangereuse n'augmente pas.⁴⁶ Le meurtre de Stephenson qui explique peut-être l'action gouvernementale n'est pas arrivé par suite des insuffisances de la loi actuelle.⁴⁷ Sous cet aspect, les modifications des dispositions du *Code criminel* concernant les criminels dangereux n'étaient pas spécialement requises. Pour reprendre le point de vue du juge La Forest dans l'affaire *Lyons*,⁴⁸ les dispositions de la loi antérieure étaient particulièrement bien rédigées pour faire ce juste équilibre entre d'une part les principes de justice fondamentale et les impératifs de contrôle de la criminalité d'autre part. Or, cet équilibre délicat est rompu avec la *Loi C-55*.

La loi nouvelle a défait cet équilibre qui avait été mûrement réfléchi; elle est porteuse d'inéquités et devient vulnérable au plan constitutionnel. Nos deux principales institutions juridiques (le Parlement et la Cour suprême) ne cesseront leurs querelles sur le terrain du droit pénal. Cela n'est pas nécessairement bon pour la démocratie.

La *Loi C-55* contredit plusieurs principes de la *Loi C-41*. L'emprisonnement indéterminé qui doit être imposé par le juge semble entrer en contradiction avec le

45. V. Quinsly, « The Prediction and Explanation of Criminal Violence » (1995) 18 Int'l J. L. & Psy. 117; J. Monahan et H. Steadman, « Towards a Rejuvenation of Risk Assessment Research » dans J. Monahan et H. Steadman, dir., *Violence and Mental Disorder : Developments in Risk Assessment*, Chicago, Chicago University Press, 1994. In *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 (1983), the American Psychiatric Association (A.P.A.) stated in its brief : « Although psychiatric assessments may permit short term predictions of violent or assaultive behaviour, medical knowledge has simply not advanced to the point where long-term predictions [...] may be made with even reasonable accuracy. The large body of research in this area indicates that, even under the best of conditions, psychiatric predictions of long-term future dangerousness are wrong in at least one out of every three cases. » I. Grant, « Dangerous Offenders » (1995) *Dalhousie Criminology Journal* 349-382.

46. Verdict of Coroner's Jury into the death of Christopher Stephenson, Brampton, Ontario, January 22, 1993. The inquest was conducted by Deputy Chief Coroner Dr. Cairns. Dr. M. Petruniuk, *Models of Dangerousness*, Ottawa, Ministère du Solliciteur général, 1994.

47. M. Reed, « Correctional Services in Canada : Highlights for 1993-1994 » (1995) 15:5 *Juristat* 1 aux pp. 1, 2, 11.

48. *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309 à la p. 339.

principe de l’incarcération seulement si c’est nécessaire (article 718c) C.cr.). En effet, la *Loi C-55* élimine l’ancienne discrétion du juge quant à l’imposition de la détention préventive et indéterminée à un criminel dangereux. Même si tous les critères de la dangerosité étaient rencontrés, le juge pouvait décider que l’emprisonnement indéterminé est inutile et qu’un terme déterminé est approprié. Avec la *Loi C-55*, le juge est dorénavant privé de sa discrétion quant à l’opportunité d’émettre une ordonnance de détention préventive et ne peut plus apprécier son caractère justifié selon les circonstances de l’espèce.⁴⁹

Selon la *Loi C-41*, la Couronne doit toujours faire la preuve hors de tout doute raisonnable d’un facteur aggravant sur la sentence (article 724 (3)e) C.cr.). Être qualifié de criminel dangereux constitue assurément la preuve d’un facteur aggravant. Or, la *Loi C-55* remplace la preuve d’expertise psychiatrique de la Couronne et de la défense par une seule évaluation et expertise psychiatrique non contradictoire.⁵⁰ On peut difficilement réconcilier cette évaluation unique avec l’obligation de la Couronne de prouver un facteur aggravant hors de tout doute raisonnable et le droit correspondant de la défense de contester la preuve de la Couronne.

La *Loi C-55* permet aussi à la Couronne de présenter une requête pour faire déclarer un criminel dangereux dans les 6 mois qui suivent l’imposition d’une sentence déterminée d’emprisonnement et d’obtenir la réouverture de l’audience sentencielle aux fins de remplacer la peine initiale par un emprisonnement indéterminé.⁵¹ Le juge aurait donc imposé une peine selon le principe de proportionnalité; néanmoins, la Couronne pourrait poursuivre son investigation incomplète sur la personne du contrevenant lors de la première audience. La Couronne pourrait alors demander au juge de remettre en question la sentence déterminée qui était supposément adéquate compte tenu de la preuve soumise et qui était proportionnelle à la gravité du crime et au degré de responsabilité de son auteur et de la remplacer par une peine indéterminée d’emprisonnement fondée sur l’expectative de crimes futurs. Décidément, il n’y a pas d’ambiguïté philosophique dans cette loi; rien dans sa philosophie ne ressemble à l’idéal du sentencing de la *Loi C-41*.

2. Les contrevenants présentant un risque élevé de récidive :
« go to jail, don’t pass go, go directly to jail »

La *Loi C-55* crée une nouvelle catégorie de criminels : les « délinquants sexuels à risques ». Le projet propose la surveillance de longue durée (jusqu’à concurrence de 10

49. *Loi C-55*, art. 4 (art. 753 (4) C.cr.) : S’il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal lui impose une peine de détention dans un pénitencier pour une durée indéterminée. La version anglaise dit : *Shall impose*. L’article a été légèrement modifié par le Comité permanent de la Justice le 5 mars 1997 par l’ajout du paragraphe 4.1 : « Si la demande est présentée après que le délinquant a commencé à purger sa peine dans les cas où les conditions visées aux alinéas (2) a) et b) sont réunies, la peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée remplace la peine qui lui a été imposée pour l’infraction dont il a été déclaré coupable ». Cela ne change rien pour les fins de la critique faite.

50. *Loi C-55*, *ibid.* art. 5 (art. 755-757 C.cr.).

51. *Loi C-55*, *ibid.* art. 4 (art. 753 (2) (3) (4) C. cr.).

ans) dans la communauté à l'échéance d'un terme pénitentiaire, si le contrevenant présente un risque élevé de récidive.⁵²

L'on crée donc une sentence interminable pour un déviant sexuel supposément incontrôlable : 1° qui n'offre pas d'expectative d'être réhabilité pendant son incarcération; 2° qui risque d'enfreindre ses conditions de surveillance alors qu'il fait l'objet de supervision dans la communauté et 3° qui sera réincarcéré pour un autre terme pouvant aller jusqu'à 10 ans.

Bien sûr, les ressources de supervision et de traitement de ces contrevenants à risque élevé n'engagent que des fonds futurs. Ces contrevenants qui présentent un haut niveau de risque de récidive vont d'abord recevoir de lourdes peines pénitentiaires avant qu'ils ne coûtent quelque chose à la société! Puis, ces sentences interminables contribueront à l'augmentation du taux d'incarcération, qui à son tour, engendrera des coûts budgétaires sans précédent, et dans le pire des scénarios, annoncera une nouvelle ère de construction pénitentiaire.

CONCLUSION

À la fin de cette analyse, l'on pourrait se demander comment il se fait qu'une femme juriste soit à ce point critique du caractère draconien des lois C-68 et C-55, puisqu'après tout, le législateur fait plus sérieusement face à la criminalité violente et sexuelle et offre par de nouvelles peines sévères une meilleure protection aux femmes et aux enfants.

Voici quelques explications justifiant ma critique des peines minimales et interminables d'emprisonnement. Je crois que des lois criminelles très rigoureuses constituent un outil très limité et très peu sophistiqué pour réduire la violence criminelle, les abus et la déviance sexuelle dans la société. L'un des défis actuels de la société canadienne ne consiste pas seulement à trouver des solutions alternatives à l'emprisonnement mais à rechercher des solutions alternatives au droit pénal pour réduire la violence dans la société. L'on ne devrait pas oublier un petit bout de phrase porteur d'espoir de l'article 718 C.cr. et c'est le suivant : « Le prononcé des peines a pour objectif [...] de contribuer *parallèlement* à d'autres initiatives de prévention du crime [...] au maintien d'une société juste, paisible et sûre [...] [Mes italiques] ».

À mon avis, certaines options sont plus prometteuses pour réduire la violence : une meilleure éducation générale, la réduction de la pauvreté des femmes et des enfants, l'augmentation des places en garderie, l'accroissement de la solidarité entre les communautés et leurs citoyens sous-privilegiés et finalement la promotion de l'égalité des hommes et des femmes.

Je suis particulièrement critique d'une justice pénale qui a par le passé mal protégé les femmes et les enfants dans son processus. La tolérance inacceptable du passé à l'égard de la violence familiale et sexuelle et à l'endroit d'anciens criminels ne nous

52. Loi C-55, *ibid.* art. 4 (art. 753.1-753.4 C. cr.).

autorise cependant pas à élaborer de nouvelles lois criminelles fondées sur le désespoir et le ressentiment. Cela ne doit pas justifier l'imposition de châtements qui ne sont pas mérités selon des principes de justice applicables aux criminels du présent et du futur, fussent-ils abuseurs et agresseurs de femmes et d'enfants et sous prétexte que ceux du passé n'ont pas été punis. Et cela ne devrait surtout pas engendrer un droit pénal faussement protecteur.

À mon avis, les peines rigoureuses constituent une réponse désespérée à un problème social fort complexe. On donne l'impression à la société que des lois criminelles draconiennes vont résoudre la violence criminelle par enchantement, alors qu'on ne fait ni effort ni recherche de solutions plus constructives et des punitions plus adéquates. La solution à un problème social complexe ne se trouve pas dans une pensée juridique magique simpliste et souvent incohérente.

On prétend mieux contrôler la violence et la déviance sexuelle criminelle avec un droit pénal plus répressif en affublant les criminels de nouvelles étiquettes saisissantes et stigmatisantes comme les suivantes : les prédateurs sexuels recherchant des victimes au hasard ou les pédophiles chassant des enfants à travers le monde. Les nouveaux monstres sont fustigés par notre fureur collective et notre rectitude morale d'une façon telle que la véritable réalité de la criminalité sexuelle est complètement occultée. Pendant ce temps, la société ne fait aucunement face à la pénible et contrariante réalité selon laquelle la criminalité sexuelle est intimement liée à la famille et que plus souvent qu'à son tour, elle est tissée à même les rapports de famille, de voisinage et de travail.

Enfin, l'histoire a maintes fois démontré que l'intolérance qui se développe au point de devenir le sentiment de toute la collectivité, a produit plus de violence qu'à eux seuls tous les criminels de droit commun réunis.

Pour toutes ces raisons, je suis contre un droit pénal plus répressif qui augmente l'intolérance collective sans réduire la violence criminelle et c'est pourquoi je voulais offrir mon plaidoyer en faveur de la douceur des peines et de la modération dans l'exercice du sentencing canadien.