



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada



études sur le sentencing



KF
384
ZA2
.L37/S
S4614
1974
c. 3

BIBLIOTHÈQUE JUSTICE LIBRARY



3 0163 00088553 3

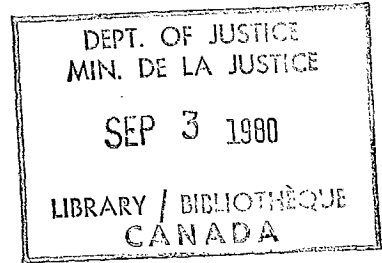
DEPT. OF JUSTICE
MIN DE LA JUSTICE

SEP 3 1980

LIBRARY / BIBLIOTHÈQUE
CANADA

KF 384 ZA2 .L37/8 64614 1974
c.3
Etudes sur le sentencing

Commission de réforme du droit du Canada



études sur le sentencing

1974

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

Prix: \$5.00

N° de catalogue J 32-4/3-1974 F

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1974

la commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

D^r J. W. Mohr, commissaire à plein temps

D^r Gérard V. LaForest, c.r., commissaire à plein temps
(a remplacé William F. Ryan, c.r.)

M^e Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

M^e John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

le personnel de recherche sur les peines et le traitement

Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D., directeur

Mark Krasnick, B.A., LL.B.

James J. Threlfall, B.A., LL.B.

Robert Murrant, B.A., LL.B., LL.M.

Gerald A. Ferguson, B.A., LL.B., LL.M.

conseillers

Juge René J. Marin

William R. Outerbridge, B.A., M.S.W., M.Crim.

F. C. R. Chalke, M.D., M.Sc., F.R.C.P.(C).

Bruno Cormier, M.D., D.Psy., Psy.(Q)

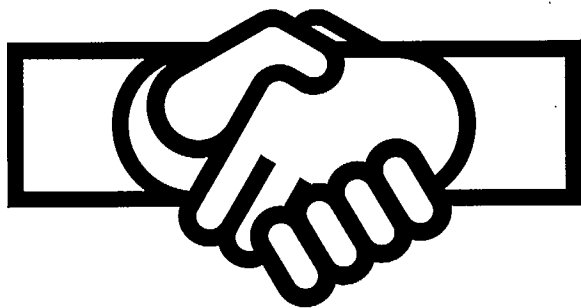
Anthony N. Doob, B.A., Ph.D.

R. J. McCaldron, M.D., D.Psy., F.R.C.P.(C).

Table des matières

	PAGE
Avant-propos.....	vii
Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence.....	1
Avant-propos.....	3
Introduction.....	7
Objectifs et principes.....	9
Une procédure de rechange: la conciliation.....	13
Sélection des cas: critères.....	17
Emprisonnement et autres mesures: critères.....	18
Procédures de libération.....	21
La surveillance de l'exécution de la peine.....	22
Définition des rôles et des fonctions dans le processus de la détermination de la peine.....	24
Moyens de contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la sanction.....	29
L'apport de la communauté dans la détermination des peines.....	32
L'indemnisation.....	34
Résumé.....	35
Système accusatoire et solutions de rechange.....	39
Introduction.....	41
Hypothèses fondamentales.....	42
Les critères d'un système judiciaire pénal.....	44
Le rôle de moins en moins important de la victime dans le processus pénal....	51
L'évolution et la mystification de la loi.....	53
La loi et la reconstruction de la réalité.....	58
Le mécanisme accusatoire en tant que jeu d'équilibre.....	60
L'influence de l'urbanisation sur notre réaction au crime.....	64
La bureaucratisation et la centralisation des services gouvernementaux.....	64
L'abus de la science.....	66
L'importance indue accordée à la correction comme méthode de contrôle social.....	66
Considérations d'ordre pratique et moral s'appliquant à la réforme du droit pénal.....	69
Vers un modèle socio-éducatif de justice au criminel.....	79
Un modèle de travail.....	93

La réforme de la peine.....	103
Introduction.....	105
Les différentes sanctions.....	111
La justification de la peine: théories diverses.....	137
La dialectique de la peine: modèle institutionnel et justification morale.....	177
Conclusion.....	227



avant-propos

La Commission de réforme du droit du Canada, ayant opté de diffuser au public non seulement ses documents de travail mais aussi certains de ses documents de recherche importants, publie dans cet ouvrage le document de travail portant sur *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*, accompagné des documents de recherche qui s'y rapportent, l'un écrit par le professeur John Hogarth, intitulé *Système accusatoire et solutions de rechange*, l'autre étant l'œuvre du professeur Paul Weiler, traitant de *La réforme de la peine*. Ces documents sont les premiers d'une série d'études encore plus détaillées en matière de sentencing couvrant divers domaines dont ceux du dédommagement et de l'indemnisation, de l'amende, de la conciliation, de l'emprisonnement et de la mise en liberté. Il n'en demeure pas moins que le document énonçant les principes directeurs formule l'essentiel des orientations des études qui le suivront. Les observations des professeurs Hogarth et Weiler expriment clairement les divers courants à la base des tensions dont on doit réaliser la portée et qui doivent être maîtrisées si l'on veut mener à bien toute entreprise de réévaluation du processus pénal actuel.

Le titre de l'ouvrage du professeur Hogarth expose l'essentiel de la pensée de ce dernier à ce sujet: il faut procéder à l'examen du système accusatoire actuel et chercher à formuler des solutions de rechange. Il expose les postulats inhérents à ce système et ses limites et met de l'avant de nouveaux critères d'évaluation. Il entreprend ensuite l'examen du processus pénal à la lumière de ces critères, tenant compte des besoins de la société d'aujourd'hui et du rôle des institutions au sein du système pénal. Le professeur Hogarth développe ensuite divers modèles abstraits et opte pour un modèle socio-éducatif de justice pénale. Finalement, il arrive à l'élaboration d'un modèle-pilote démontrant l'interaction entre les concepts, les institutions, le public et la communauté.

L'ouvrage du professeur Hogarth semble dépasser les cadres du sentencing, puisqu'il adopte une perspective globale du processus pénal. Toutefois, on ne peut ignorer la renommée de ses travaux en matière de sentencing, dans lesquels il examine le caractère «humain» de ce processus; le présent ouvrage, aussi bien que ses travaux sur la conciliation (on réfère ici au projet sur la communauté de East York, décrit dans un document de la Commission qui sera publié bientôt) ont amené le professeur Hogarth à formuler les conclusions qu'il nous présente aujourd'hui. La Commission admet sans équivoque que l'on

puisse envisager les matières relatives au prononcé de la sentence dans un contexte qui déborde des cadres traditionnels du sentencing; il pourra donc être traité de tout genre de sentences qui puissent être imposées dès la réception de la plainte par la police jusqu'au moment de la mise en liberté du délinquant et de sa réintégration dans la société.

Pour sa part, le professeur Weiler traite sans équivoque de la question de la peine, établissant par là un contraste avec l'ouvrage de son collègue. Sans équivoque, disons-nous, car depuis longtemps il semble que l'on ait fait l'impossible pour masquer l'existence de cette «chose» embarrassante qu'est la peine, à force de détours et d'euphémismes. Le professeur Weiler passe donc en revue les fondements philosophiques et éthiques de la peine, les différents types de peines et le rapport entre ces types et les concepts de persuasion morale, de récompense, de traitement et de correction. Il s'attarde ensuite à l'étude des comportements interdits et aux raisons d'être de telles interdictions; il étudie ensuite les réactions de la société en général face à la délinquance, ces réactions étant mises à nu à travers le choix de certaines méthodes dites pénales et par le processus de sélection de ceux qui en subiront l'application. Ceci soulève la questions de l'existence d'une autorité légitime et de l'application régulière de la loi, le *due process*.

Partant de là, le professeur Weiler examine les justifications traditionnelles et historiques à ces réactions: la dissuasion et le châtement. Il établit le lien entre la rationalité apparente des sanctions pénales et le cadre institutionnel et fonctionnel des principes de responsabilité. Il s'interroge finalement sur les méthodes correctionnelles et l'objectif suprême de la réhabilitation du délinquant, et tente de désacraliser ces nouvelles figures de la chose pénale.

Ainsi, le professeur Hogarth fait appel à notre imagination alors que le professeur Weiler nous rappelle que derrière toute tentative d'humanisation du processus pénal se cachent des injustices encore plus graves. Certes les deux ont raison et, sans aucun doute, il revient à un organisme tel que la Commission de réforme du droit du Canada de se frayer un chemin à travers ces divers courants concurrents et contemporains.

Commission de réforme du droit

Document de Travail n° 3

les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence

Avant-propos

Le présent document est destiné à servir d'introduction générale à l'étude de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. Il ne s'agit donc pas d'un traité théorique ni même d'une analyse détaillée de toutes les questions relatives à la peine; il s'agit plutôt d'une recherche qui vise à cerner les questions les plus importantes, quitte à en faire une analyse plus poussée dans des textes à venir. Ainsi d'autres documents de travail traiteront de l'emprisonnement, de la dissuasion, de la probation et de l'indemnisation des victimes d'actes criminels. De même, l'opportunité d'instituer des procédures de rechange ne fait ici l'objet que d'une esquisse, et elle sera examinée plus à fond dans des études ultérieures. De plus, d'autres documents émanant de la Commission traiteront de sujets connexes à la peine et à la sentence, tels la classification et la définition des infractions.

Notre objectif consiste, d'une part, à cerner les questions qui nous paraissent les plus fondamentales dans le domaine de la peine et de la sentence et, d'autre part, à proposer une approche ou une orientation générale pour ces questions. Nous voulons également faire valoir que l'insertion dans la loi de principes et de critères régissant la détermination de la peine contribuerait à conférer à celle-ci un caractère plus juste et plus rationnel. Nous aimerions enfin inciter le public à discuter de ces questions. C'est la raison pour laquelle nous avons cru bon de ne pas truffier le texte de renvois détaillés aux écrits théoriques ou aux rapports scientifiques dont nous avons tenu compte dans la préparation du présent texte. Les textes d'appui et la documentation sont disponibles au siège social de la Commission.

La terminologie s'est avérée une source constante de difficultés dans la rédaction du présent document. Par exemple, le sens des mots «punition» et «traitement», varie d'une personne à une autre. De même, les appellations des diverses fonctions de la peine, la «rétribution», la «réadaptation sociale», la «dissuasion» et la «neutralisation» ont plusieurs significations qui peuvent être imprécises même pour ceux qui les emploient. Néanmoins, elles connotent diverses approches idéologiques au problème du «sentencing». A l'heure actuelle, l'évolution des valeurs et le changement des préoccupations concernant les objectifs du droit pénal et la détermination de la peine exigent, non pas qu'on abandonne les appellations traditionnelles, mais qu'on les emploie en sourdine. Ainsi dans le présent texte, au lieu d'employer le mot «peine»

dans le sens de «toute mesure imposée par l'État en vertu du droit pénal, y compris un traitement médical ou autre», nous employons le mot «sanction».

Dans cette acception, le mot *sanction* désigne une mesure pénale qui peut être imposée dans une optique de punition, de protection, de restitution ou de traitement. La notion de sanction est suffisamment large pour qu'on puisse y inclure la libération inconditionnelle ou la libération sous condition. Pourtant ces deux mesures peuvent difficilement être décrites comme une peine ou un traitement. La sanction peut être volontaire, comme dans le cas de la restitution, ou elle peut être imposée sans le consentement du prévenu, comme dans le cas de l'incarcération. Dans la mesure où elle souligne le préjudice causé, la sanction a une valeur en soi.

Le mot *peine* s'entend dans le sens restreint d'une sanction imposée dans le but de refléter à la fois la gravité de l'infraction et l'attention portée au préjudice infligé aux droits de l'individu et aux intérêts de la société. Puisqu'elle reflète le besoin de racheter le mal et qu'elle donne la mesure de la gravité de l'infraction, la peine peut comporter un certain élément de rétribution, réaffirmer la primauté du bien commun et la nécessité de protéger le public.

Dans le présent document, l'expression *dissuasion* se rapporte tant à la «dissuasion générale», c'est-à-dire aux sanctions imposées dans le but d'intimider les délinquants éventuels et de les «persuader» de respecter la loi, qu'à la «dissuasion particulière», c'est-à-dire aux sanctions destinées à prévenir la récidive du délinquant.

Quant à la *réadaptation sociale*, telle que nous l'entendons ici, elle tient compte davantage du délinquant que du bien commun. Elle se rapporte aux méthodes utilisées pour le bien du délinquant et, en un sens, ces méthodes constituent des adoucissements de la sanction.

L'expression *détermination de la peine*, qui correspond au mot anglais «sentencing», désigne le processus par lequel le tribunal ou des fonctionnaires, à la suite d'une enquête sur l'infraction alléguée, font un rapport motivé définissant les valeurs en jeu et les implications de l'infraction. Il peut s'avérer nécessaire de modifier, de temps en temps, comme dans le cas de la probation, les conditions de la sentence au fur et à mesure que la peine est purgée.

L'expression *prononcé de la sentence*, qui correspond au mot anglais «disposition», désigne la véritable sanction imposée au terme de la détermination de la peine, soit dans le cadre d'une procédure de rechange préalable au procès, soit à la suite d'un verdict de culpabilité rendu lors d'un procès régulier.

Comme l'indique l'agencement de ce document de travail, la détermination de la sentence telle que nous la concevons n'est pas une fonction qui commence à la fin du procès et se termine avec le début de la sanction mais bien une action qui se rattache à toutes les étapes de l'administration de la justice. La détermination du quantum d'une amende ou de la durée d'une détention, voire l'imposition de mesures telles que la probation, ne donnent pas suffisamment prise à une révision ou à une réorientation de ce que plusieurs considèrent comme la pierre angulaire de la justice pénale.

Introduction

Il existe un rapport très étroit entre les objectifs du droit pénal et ceux de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. Pour être en mesure de proposer une politique cohérente et rationnelle à l'égard de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence, il faut savoir quels sont ou quels devraient être les objectifs du droit pénal. La façon dont la société définit ces objectifs nous en dit long sur la sorte d'individus qui forment cette société et sur leur échelle de valeurs. Il faut accepter, cela va sans dire, qu'une société en évolution rapide comme la nôtre considère le droit pénal d'une façon différente de la société stable qui fut témoin, il y a plus de soixante-dix ans, de la promulgation de l'actuel Code criminel.

A cette époque, on croyait posséder la réponse à toute une gamme de problèmes sociaux, y compris le droit criminel. De nos jours, nous ne sommes plus aussi sûrs de nous-mêmes, car bon nombre des postulats de la moralité victorienne ont cédé sous l'impact d'un changement social et technologique rapide.

Ce changement de plus en plus rapide des valeurs actuelles représente l'un des phénomènes les plus dramatiques de l'histoire de l'humanité. Ceux qui sont aux prises avec les problèmes posés par l'usage des drogues, l'augmentation des larcins, les décès ou les blessures causés par les automobilistes, ou les dangers pour la vie et la santé que comporte la pollution industrielle et urbaine, seront probablement d'accord avec Alvin Toffler pour dire que les valeurs changent maintenant si rapidement que chaque génération risque de perdre toute identité avec celle qui la précède. Notre génération devrait-elle avoir l'audace de se servir du droit pénal pour fixer les valeurs des générations à venir?

Étant donné que le droit pénal ne constitue que l'un des moyens dont dispose la société pour tenter de promouvoir et de protéger certaines valeurs concernant la vie, les mœurs et la propriété, il s'avère important de s'en servir avec modération si on veut éviter une aliénation ou un conflit social inutile. Nous pouvons décider de faire preuve de tolérance envers différents modes de vie et différentes valeurs au lieu de les réprimer sévèrement.

Certaines valeurs fondamentales, ayant trait à la dignité et au bien-être de l'individu ou à l'autorité suprême de l'État, peuvent rallier presque tous les suffrages et se mériter un appui général. Il n'en est pas

de même pour d'autres valeurs concernant le mode de vie et la moralité, y compris l'usage de l'alcool ou de drogues, l'obscénité ou certains comportements sexuels. Il peut, à cet égard, y avoir conflit entre les partisans de la tolérance et ceux du rigorisme.

Lorsque le conflit touche à des domaines mettant en jeu des valeurs changeantes ou incertaines, ou que l'atteinte à la valeur ainsi protégée est minime, il se peut qu'on ne veuille pas recourir aux rigueurs du procès pénal, de la condamnation et de la peine. Le droit pénal ne pourrait-il pas contenir des dispositions relatives tant à la conciliation et à l'arbitrage, qu'au procès de nature accusatoire? Dans de nombreux cas, ne pourrait-on pas faire droit au préjudice causé à la victime tout autant qu'à l'intérêt de la société? Il se peut que souvent l'intervention de l'État la moins dommageable et la plus satisfaisante; du point de vue de la victime, consiste à promouvoir la restitution ou quelque autre mode de règlement; on peut encore penser, si la victime et le délinquant y consentent, à un arbitrage orienté lui aussi vers la restitution et l'indemnisation.

Cette approche se fonde sur la leçon que nous enseigne l'histoire relativement au caractère inévitable de la criminalité et à la futilité de toute tentative visant à enrayer les conflits entre individus. Elle reconnaît aussi qu'il faut protéger, appuyer et préciser des valeurs fondamentales sans présumer que les délinquants sont malades et qu'ils ont besoin de traitements. Elle ne présume pas non plus que la simple vengeance constitue une réaction appropriée à la criminalité. Elle laisse plutôt entendre qu'une bonne façon de satisfaire l'intérêt de la société dans la reconnaissance et la protection de certaines valeurs consiste souvent à s'intéresser à la victime en priorité et à encourager une réconciliation équitable et juste entre le délinquant et la victime.

En structurant pour les prochaines années une politique de droit pénal et une politique de sentencing, peut-on faire mieux que de reconnaître les limites du droit pénal et de la peine? Peut-on faire mieux que d'exiger de toute intervention de l'État dans la vie des particuliers par le biais du droit pénal qu'elle puisse se justifier au nom du bien commun et qu'elle obéisse à des considérations d'équité, de justice et d'humanité?

Objectifs et principes

La dignité et le bien-être de l'individu devraient être des valeurs primordiales dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence. Au Canada, de toute évidence, le droit pénal et l'évolution sociale cherchent à articuler, distribuer et protéger celles-ci ainsi que d'autres valeurs importantes pour la société. Les lois visant à protéger l'intégrité de la personne et le caractère sacré de la vie ne font qu'illustrer l'importance accordée à la dignité et au bien-être de l'individu. Par conséquent, il faut tenir compte non seulement des intérêts et des besoins de la collectivité, mais également de ceux du délinquant et de la victime.

Le maintien, l'orientation et la protection des valeurs de la collectivité justifient l'intervention de l'État dans les avantages ou les droits dont jouit le délinquant. Toutefois, cette intervention n'est pas justifiée lorsqu'il n'en découle aucun bénéfice net pour les intérêts de la communauté, y compris ceux de la victime et de sa famille.

Ainsi, il existe deux raisons qui justifient une première intervention du droit pénal et du sentencing: le bien commun et le sens de la justice, lequel exige le redressement d'un tort. En d'autres termes, l'intervention étatique destinée à priver le délinquant de son bien ou de sa liberté peut tirer sa justification de la théorie selon laquelle le préjudice causé doit être réparé. Toutefois, il semble qu'à titre de justification préliminaire, il faudrait démontrer que l'intervention étatique servirait le bien commun, autrement on pourrait dire que l'individu devrait se voir imposer une sanction, même si celle-ci semble n'avoir aucune utilité.

Peu importe lequel de ces deux fondements on invoque pour justifier l'intervention initiale de l'État, il est important, en décidant d'une sanction, de restreindre cette intervention de façon à ce que (1) l'innocent ne soit pas lésé, (2) les sentences ne soient pas dégradantes, cruelles ou inhumaines, (3) les peines et les sentences soient proportionnelles à l'infraction, (4) des infractions semblables soient traitées à peu près de la même façon et (5) la peine et la sentence prennent en considération la restitution ou l'indemnisation pour le préjudice causé.

Compte tenu des critères qui précèdent, la dissuasion et la réadaptation sociale ont une place dans une politique de sentencing, mais cette place est limitée. Le bien commun permet d'avoir recours à la dissuasion, particulièrement grâce à l'aspect éducatif des sanctions, ainsi qu'à la mise hors d'état de nuire, en vue de souligner le préjudice causé aux

valeurs de la société et de réaffirmer ou de protéger ces valeurs. D'autre part, en mettant l'accent sur le préjudice causé et sur la nécessité de rétablir les victimes dans leurs droits, la justice permet d'individualiser la peine et de mettre l'accent sur la nécessité d'une réconciliation entre le délinquant, la société et la victime. Ainsi dans le cadre d'une peine qui, tout en reflétant la gravité du tort causé par l'infraction, n'en demeure pas moins humaine, la restitution et la réadaptation sociale ont leur place.

La réadaptation sociale, dans le sens d'une amélioration de l'aptitude du délinquant à faire face à la vie, peut s'avérer un facteur important dans la détermination de la peine. Trop souvent, la réadaptation sociale n'est mesurée qu'en fonction de la diminution du taux de récidive; or, cette mesure a révélé à maintes reprises la capacité fort limitée qu'ont le traitement ou la réadaptation sociale de contrôler la criminalité. Et pourtant, l'amélioration des aptitudes du délinquant et l'allègement de ses souffrances constituent des gestes simples et humains qui devraient toujours avoir leur place dans une politique de sentencing. De fait, il se peut même que ces mesures de réadaptation sociale contribuent indirectement à réduire la récidive dans des cas particuliers.

Toutefois, à l'heure actuelle, les chances d'en arriver à ce résultat indirect sont minces. Le premier problème qui se pose concerne les programmes de traitement qui ont fait leurs preuves. Il est très difficile de trouver un programme particulier de traitement qui puisse se réclamer de résultats probants relativement à la diminution de la criminalité. Les résultats sont également décevants, qu'il s'agisse d'un programme visant à modifier les attitudes du délinquant ou sa façon de voir les choses ou à améliorer son niveau d'éducation ou son habileté professionnelle. Le deuxième problème concerne la sélection des délinquants aptes au traitement; la science s'avoue impuissante à prévoir exactement qui a besoin d'être traité. Le même problème se pose quant au cautionnement et la libération conditionnelle, et davantage encore quant au traitement des délinquants considérés comme dangereux ou violents. Dans la mesure où il est impossible d'identifier exactement les personnes qui ont besoin de traitements ou d'appliquer avec succès les programmes de prévention, ce serait faire preuve de peu de sagesse que de fonder une politique de sentencing sur la réadaptation et le traitement. Néanmoins, comme nous l'avons déjà dit, une sentence fondée sur la justice et l'équité peut dans les limites qui lui sont propres contribuer à la réadaptation sociale.

L'ignorance et l'incertitude à l'égard de la dissuasion posent également de graves problèmes moraux et pratiques au législateur ou au juge qui se fonde sur l'hypothèse erronée que la sévérité du châtiment réduit la criminalité. Les lois pénales, l'arrestation, le procès, le sentencing et l'emprisonnement ont probablement un effet global de dissuasion à

l'égard de certaines catégories de personnes pour certains types de crimes, mais on peut se demander si la peine imposée a, en soi, un effet intimidant. D'une façon générale, une peine longue ne semble pas contribuer davantage à réduire la récidive qu'une peine brève et l'emprisonnement ne semble pas plus efficace que la libération sous surveillance dans la prévention de la récidive.

Lorsque le juge condamne le délinquant à l'emprisonnement «en vue de protéger la collectivité», que veut-il dire exactement? Veut-il dire que l'emprisonnement du prévenu réduit le risque de récidive, ou qu'il neutralise le prévenu, ou encore qu'il a un effet de dissuasion sur les délinquants éventuels? De ces trois possibilités, seule la deuxième mérite d'être retenue encore que l'effet de neutralisation de l'emprisonnement soit de courte durée; ainsi, au Canada, la durée moyenne d'un emprisonnement pour vol avec effraction est de quatorze mois. Comme la loi permet l'abrégement de la peine du tiers, en prime à la bonne conduite, et autorise la libération conditionnelle peu après le début de la sentence, en moyenne, le délinquant sera incarcéré pendant moins de dix mois pour cette infraction.

La première des trois interprétations précitées est définitivement non fondée; on dit même que l'emprisonnement contribue davantage à accroître la récidive qu'à la réduire. Quant à la fonction de dissuasion générale de l'emprisonnement, elle est loin d'être établie. Il est probable que les criminels de profession soient dissuadés par un risque réel d'être mis à l'écart pour un an ou deux. Le fait que le tribunal impose une peine de prison à quelqu'un n'influence sans doute pas fortement ceux qui ont déjà été incarcérés. Quant à la grande majorité des citoyens honnêtes, l'arrestation, le procès, la honte et l'infamie découlant d'un verdict de culpabilité contribuent probablement davantage que l'emprisonnement à les dissuader. Toutefois, la dissuasion tend, ici, à devenir de moins en moins efficace, du fait que le droit pénal, par son extension au domaine des drogues, de l'alcool, du jeu et d'autres infractions, touche un nombre de plus en plus élevé d'«honnêtes» citoyens. Enfin, pour un groupe peu considérable, dont le comportement n'est pas dominé par la passion ou des impulsions inconscientes, et qui vit en marge du crime, l'emprisonnement peut avoir un certain effet de dissuasion, mais on ignore jusqu'à quel point il peut surpasser celui de l'arrestation ou du procès.

On peut également mesurer l'effet probable de dissuasion de la peine par une analyse concrète de certains crimes. En toute logique, plus le risque d'appréhension et de condamnation est faible, moins le rôle de l'intimidation est grand. Selon certaines études, la probabilité de l'appréhension contribue vraisemblablement davantage à dissuader que la sévérité de la peine imposée.

Ceci étant, il est intéressant de noter que parmi les infractions les plus communes, soit les infractions contre les biens, la plupart ne sont pas résolues par la police. En 1970, des accusations de vol de biens d'une valeur supérieure à \$50.00 ont été portées dans seulement dix pour cent des cas signalés. Des accusations de vol avec effraction ont été portées dans seize pour cent des cas. De plus, une proportion de six et douze pour cent de ces cas respectivement, a été résolue sans porter d'accusation. S'il existe uniquement une chance sur dix d'être accusé de ces deux infractions, il y a des limites à ce que la peine peut faire en vue d'accroître d'une façon appréciable l'effet de dissuasion. Il va sans dire que si les vols et les effractions non signalés entraînent en ligne de compte, le risque d'être accusé serait encore plus faible. De fait, la probabilité d'une arrestation, en ce qui concerne certains des crimes les plus courants au Canada, est si faible qu'il est déraisonnable de s'attendre à ce que la sévérité des peines compense pour cette faiblesse.

Dans une moindre mesure, la même remarque peut être faite à l'égard des crimes contre la personne les plus fréquents: les voies de fait (qui constituent presque 70% des infractions contre la personne), le vol qualifié et le viol. En 1970, le pourcentage des affaires résolues au moyen d'une accusation est, respectivement, de 34.5%, 26.8% et 47.8%, même si, en tenant compte des autres modes de résolution, il est possible de dire qu'environ sept cas signalés de voies de fait, de lésions corporelles et de viols sur dix et qu'un vol qualifié sur trois ont été résolus au moyen d'une accusation ou autrement.

L'aptitude du droit pénal et, en particulier, du sentencing à dissuader ou à intimider les délinquants est de toute évidence limitée, mais cela ne veut pas dire qu'il ne faut rien faire. On peut fort bien imaginer jusqu'à quel point le crime serait florissant si ce n'était du droit pénal. Toutefois, en nous fondant sur les recherches effectuées par les experts et en examinant les pratiques, il nous est possible de mieux comprendre ce que le droit pénal ne peut pas faire très efficacement et de voir quels devraient être les objectifs primordiaux, dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence. Est-il réaliste de s'attendre à ce que la loi fasse plus que souligner la gravité de l'infraction, et, au moyen d'une variété de peines, affirmer, confirmer et protéger les valeurs fondamentales de la communauté?

Une procédure de rechange: la conciliation

Les crimes relevant du Code criminel dont les tribunaux sont le plus souvent saisis sont, dans l'ordre de fréquence, (1) le vol et le recel, (2) les infractions concernant des véhicules-automobiles, y compris la conduite en état d'ébriété, (3) l'ivresse ou le fait de troubler la paix publique, (4) les voies de fait et (5) le vol avec effraction. Nombreux sont les vols qui mettent en jeu des biens d'une valeur inférieure à \$50.00 et, même en ce qui concerne les vols avec effraction, la valeur moyenne des biens volés est en général inférieure à \$150.00. Bref, les affaires relevant du Code criminel qui sont portées devant les tribunaux ont en général trait à des atteintes mineures à la propriété ou à des problèmes comme l'ivresse au volant ou dans un endroit public, problèmes qu'il serait peut-être plus facile de régler sans formalités et d'une façon économique s'ils étaient considérés comme des infractions réglementaires. Le procès accusatoire devant les tribunaux criminels et l'infamie découlant du verdict de culpabilité et de la peine ne sont peut-être pas nécessaires pour toutes ces infractions.

Le procès criminel n'est peut-être pas aussi efficace qu'on le pense pour la protection de la propriété, spécialement dans les petites causes, ou même pour la protection de l'intégrité personnelle, du moins en ce qui concerne les causes de voies de fait. Le droit civil délictuel protège tout autant que le droit pénal la personne et la propriété, et le droit de la famille souligne et protège les valeurs fondamentales mises en cause par les conflits conjugaux y compris les voies de fait. Le droit de la famille, le droit des relations ouvrières et le droit de la délinquance juvénile assurent la protection des valeurs en cause, non pas nécessairement par le biais d'un procès contradictoire mais plutôt par le biais du règlement et de la conciliation. Ces méthodes semblent s'avérer efficaces en vue de souligner et de préciser les intérêts et les valeurs de la collectivité. De plus, à la différence du procès contradictoire, la conciliation favorise la pleine considération des intérêts de la victime et les exigences de la restitution et de l'indemnisation, sans oublier toutefois la question de la responsabilité qui peut être réglée d'une façon juste, humaine et économique. On pourrait fort bien avoir recours au règlement et à la conciliation pour un groupe d'infractions mineures, dont plusieurs sont des atteintes à la propriété. Celles-ci ne justifient pas les rigueurs du droit pénal, soit l'arrestation, le procès, la condamnation, la sentence et l'incarcération.

Il faut adopter, par souci de justice, des méthodes logiques et rationnelles en vue de soumettre les affaires criminelles peu importantes à un règlement plutôt qu'à un procès judiciaire: des comportements semblables devraient être traités sensiblement de la même façon. Et pourtant, s'il faut en croire l'une des critiques les plus troublantes dont font l'objet les peines et les sentences, celles-ci tendent à frapper plus lourdement les jeunes, les pauvres et les démunis. Il est établi que les jeunes, en chômage ou détenant un emploi peu rémunérateur, constituent la majeure partie des personnes qui comparaissent en correctionnelle sous des accusations de vol, de voies de fait ou d'inconduite. Au-delà des facteurs purement économiques, il est aisé de convenir que le mode de vie des jeunes et des pauvres est de nature à attirer plus facilement l'attention de la police que celui des commerçants ou des gens de profession. Le pouvoir discrétionnaire existant dans la mise en application de la loi tend à soustraire les commerçants et les professionnels aux tribunaux criminels. Les fraudes ou les vols commerciaux peuvent souvent faire l'objet d'un règlement privé ou d'une restitution. D'autre part, les personnes démunies d'argent ou d'influence, qui sont arrêtées pour avoir commis un larcin ou un vol à l'étalage, ne se voient pas offrir l'occasion de réparer le préjudice qu'elles ont causé, et nombreuses sont celles qui sont immédiatement citées devant les tribunaux. Il arrive souvent que ces citoyens ordinaires n'aient pas le prestige suffisant ni les possibilités qui leur permettent de négocier ou de faire appel aux ressources psychiatriques, éducatives ou économiques, de façon à effectuer un règlement et à s'éviter ainsi un procès. L'une des fonctions importantes du sentencing pourrait être de remédier à cette inégalité qui est de nature à saper la légitimité de la loi.

D'où l'importance des procédures visant à régler à l'amiable les petites causes impliquant la restitution, le travail, l'éducation ou, le cas échéant, un traitement. Lorsque le prévenu est sans emploi et ne dispose d'aucune ressource économique, on devrait lui permettre de travailler dans l'industrie privée ou dans la fonction publique et lui payer au moins le salaire minimum, à même les deniers publics, si nécessaire. Il existe déjà des programmes d'éducation, souvent défrayés par l'État, ainsi que des services psychiatriques ou médicaux. Les services nécessaires en vue d'assurer le bon fonctionnement des mécanismes de conciliation existent déjà dans de nombreux domaines. Il ne s'agit donc pas d'établir de nouveaux services mais de mettre les services existants à la disposition de tous les délinquants, quelle que soit leur situation sociale ou économique.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la police, la poursuite et les tribunaux appliquent déjà de façon empirique des procédures de conciliation. Le policier incitera le voleur à restituer les biens et la victime

consentira à abandonner sa plainte. Le procureur de la Couronne consentira à suspendre les poursuites pourvu que l'accusé accepte de subir un traitement psychiatrique. Le juge ajournera une cause *sine die* à la condition que le prévenu ait un bon comportement et termine son année d'études. De fait, dans les affaires mettant en cause des jeunes ou des disputes familiales et, dans une moindre mesure dans les affaires de vol à l'étalage, la police de certaines villes a adopté une politique visant à la conciliation. En certains endroits, des unités spéciales de la police disposent d'un personnel qualifié et formé spécialement en vue de s'occuper de ce genre d'affaires. Aux États-Unis, des expériences menées par des organismes, dont le Vera Institute for Justice, ont démontré la valeur des programmes judiciaires d'emploi et d'autres types de programmes de conciliation qui se situent tant avant qu'après le verdict de culpabilité. Dans certaines villes canadiennes, des juges et des procureurs de la Couronne ont appliqué à titre officieux des programmes de réorientation. Plus récemment, dans diverses provinces, des projets s'appliquant aux groupes indigènes ont établi, à titre d'essai, des programmes de réorientation comportant des services intensifs de surveillance. L'expérience tend à démontrer non seulement que la diversion est possible mais, également, qu'elle contribue à réduire les frais de l'administration de la justice et permet l'exécution d'une sentence adéquate sans pour autant encourager l'impunité.

Au lieu de faire l'objet d'un procès contradictoire devant les tribunaux, certaines affaires pourraient plutôt être soumises au règlement ou à la conciliation devant un juge de paix ou un fonctionnaire. Une ordonnance judiciaire énonçant les conditions du règlement et obligeant le délinquant à comparaître devant le tribunal en cas de défaut serait ensuite rendue. Le juge pourrait toujours modifier, à sa discrétion, les conditions du règlement ou renvoyer l'affaire aux fins d'un procès régulier. D'autres solutions sont également mentionnées dans les documents de travail de la section de recherche sur la procédure pénale et dans d'autres documents de la Commission. En outre, un chapitre ultérieur du présent document exposera plus en détails les fonctions respectives du juge et du poursuivant.

Le règlement n'impliquerait aucun verdict de culpabilité ni aucune sentence, mais il aurait un effet de dissuasion, en ce sens qu'il constituerait une leçon pour le délinquant. En effet, celui-ci devrait répondre à l'accusation, faire face à la victime, assumer une responsabilité complète ou partielle pour le préjudice causé et relever le défi d'apporter une solution concrète au problème de la réparation. Le processus de conciliation mettrait l'accent sur les valeurs auxquelles croit la société et favoriserait ainsi, par son côté éducatif, la protection de ces valeurs fondamentales.

Une telle expérience peut avoir pour le délinquant une autre valeur positive. Le fait de considérer la victime comme une personne dont les droits ont été brimés ouvre la porte à l'expiation. Cet effet accessoire du processus de conciliation peut être particulièrement utile à certains délinquants. Malheureusement le procès accusatoire, où les positions se polarisent et dont l'effet psychologique est que le délinquant peut être amené à croire qu'il n'a rien à se reprocher s'il gagne son procès, n'est pas de nature à l'inciter à accepter sa responsabilité ou à reconnaître les droits des autres.

Il se peut également que le procès pénal soit frustrant et démoralisant pour la victime, contrairement au processus de conciliation qui replace la victime au centre du débat. Quel rôle la victime a-t-elle joué dans la perpétration de l'infraction imputée? Qu'exige-t-elle à titre de dédommagement? N'oublions pas, qu'à l'époque où le roi ne s'était pas encore approprié les amendes à des fins fiscales, les compromis et les règlements étaient choses courantes. Maintenant que Sa Majesté ne cherche plus à équilibrer son budget au moyen des amendes, il faudrait de nouveau songer à utiliser la conciliation et l'arbitrage comme solutions de rechange.

Sélection des cas: critères

Un programme de conciliation comme celui qui est proposé dans ce document, exige un service de sélection des cas chargé de passer au tamis les affaires qui se présentent. Le fonctionnement de ce service de sélection reste à préciser. Toutefois, on peut présumer qu'un magistrat ou quelque autre personne ayant une expérience et une formation adéquates devra décider, d'après certaines normes et certains critères, si une cause doit faire l'objet d'un procès ordinaire ou d'une conciliation. La conciliation se prêterait mal, à notre avis, aux causes graves pour lesquelles il faut conserver le procès accusatoire et mettre l'accent sur une peine juste et équitable. Par contre, il est clair que la conciliation devrait s'appliquer à certaines causes. Entre ces extrêmes, la conciliation pourrait intervenir, selon les circonstances, dans un grand nombre de cas. Par exemple, les larcins ou le recel de biens volés d'une valeur inférieure à \$200.00, les voies de fait simples, la bestialité, l'exhibitionnisme, les disputes familiales, les méfaits, l'emploi d'un véhicule sans permission, les effractions de moindre gravité ou les causes impliquant certains genres de maladies mentales devraient probablement être soumis au mécanisme de conciliation, à moins que des motifs sérieux ne militent en faveur d'un procès. Les facteurs suivants pourraient également contribuer à déterminer si la conciliation est souhaitable: s'agit-il d'une première infraction? S'agit-il d'un jeune délinquant ou d'un jeune adulte? Existe-t-il des organismes ou services communautaires qui puissent faciliter un règlement satisfaisant? Il va sans dire que les circonstances devraient montrer que le prévenu est bien l'auteur de l'infraction. Une cause dont les faits ne sont pas suffisamment certains devrait être envoyée à procès; cependant le juge aurait la faculté de la renvoyer à la conciliation. Bien sûr le consentement de la victime et celui du délinquant sont des conditions nécessaires à la conciliation, au règlement ou à la modification. Un document de travail portant sur la procédure de conciliation devrait déterminer qui sera responsable de la sélection des cas, et sur quels critères la décision devrait se fonder.

Dans un souci de justice, la décision relative à la conciliation devrait être prise lors d'une audience publique. Il faudrait également une forme quelconque d'enregistrement de la décision et des motifs qui l'ont fondée, sinon le préposé à la sélection des cas pourrait être accusé de partialité, accusation qu'il lui serait peut-être difficile de réfuter.

Emprisonnement et autres mesures: critères

La conciliation peut constituer une solution de rechange dans certains cas, mais les causes plus graves devront néanmoins faire l'objet d'un procès assorti d'une possibilité d'emprisonnement. Toutefois, le recours à l'emprisonnement exige beaucoup de modération, étant donné, d'une part, son efficacité discutable pour réduire la récidive et, d'autre part, les énormes désavantages qu'il comporte sur les plans économique et social, sans compter les coûts directs ou indirects qu'il entraîne. Cela ne veut pas dire que la privation complète de liberté n'a jamais un effet de dissuasion. Après tout, selon certaines estimations, entre 35 à 60 pour cent de ceux qui sont mis en prison pour la première fois n'y retournent jamais. Toutefois, il se peut bien que s'ils avaient été soumis à la probation ou si une amende leur avait été infligée, ils n'y seraient jamais retournés non plus. Personne ne connaît exactement l'efficacité des sanctions. Toutefois, comme il y a lieu de penser que les sanctions se valent quant à leur efficacité, la sagesse serait de faire preuve de modération. La publication d'un «Manuel de sentencing», énonçant les priorités et les critères qui s'imposent dans la décision, serait de nature à aider les tribunaux à déterminer si l'emprisonnement est justifié ou non. A notre avis, la préférence devrait, en règle générale, porter sur une peine autre que l'emprisonnement, à moins que les critères suivants ne fournissent une indication contraire:

- (1) la gravité de l'infraction;
- (2) le nombre et le caractère plus ou moins récent des condamnations antérieures; et
- (3) le risque que le délinquant commette un autre crime grave à moins qu'il ne soit emprisonné.

A notre avis, l'application des critères précités devrait s'inspirer d'un «Manuel de sentencing» énumérant, à la manière du *New Draft Code* américain, les facteurs susceptibles d'écarter l'imposition d'une peine d'emprisonnement:

- (a) le comportement criminel du prévenu n'a causé ou n'a menacé de causer aucun préjudice sérieux à autrui ou aux biens d'autrui;
- (b) le prévenu ne voulait pas ou ne prévoyait pas que son comportement criminel causerait ou risquerait de causer un préjudice sérieux à autrui ou aux biens d'autrui;

- (c) le prévenu a agi sous le coup d'une forte provocation;
- (d) des motifs sérieux, bien qu'insuffisants pour fonder un moyen juridique de défense, tendent à excuser ou à justifier le comportement du prévenu;
- (e) la victime a provoqué ou facilité la perpétration de l'infraction;
- (f) le prévenu a fait ou fera restitution ou réparation à la victime;
- (g) le prévenu n'a pas d'antécédents judiciaires ou criminels, ou bien il a vécu honnêtement pendant une bonne période de temps avant la perpétration de l'infraction en cause;
- (h) le comportement du prévenu fut le résultat de circonstances qui ne sont pas susceptibles de se reproduire;
- (i) la personnalité, les antécédents et l'attitude du prévenu indiquent qu'il n'est pas susceptible de commettre un autre crime;
- (j) le prévenu est particulièrement apte à réagir d'une façon positive à la probation;
- (k) l'emprisonnement comporterait pour le prévenu ou sa famille une sévérité indue; et
- (l) le prévenu est âgé ou malade.

Il se peut qu'il soit également nécessaire de prévoir, dans un «Manuel de sentencing», une plus longue période d'emprisonnement pour certaines catégories de criminels, tels les récidivistes et les délinquants sexuels. Nous examinerons dans un autre document la question de savoir si le soi-disant délinquant dangereux devrait également être incarcéré pour une durée plus longue ou s'il devrait plutôt faire l'objet d'un internement civil à l'expiration de sa peine d'emprisonnement. Le manuel de «sentencing» devrait énoncer clairement les normes et critères destinés à aider le tribunal en pareils cas.

Le tribunal qui impose une peine privative de liberté ne devrait pas pour autant faire abstraction de toute possibilité de traitement. La Commission devra se prononcer sur la question de savoir si les sentences d'emprisonnement devraient, en certains cas, soit pour des raisons humanitaires, soit aux fins de la réadaptation sociale, être purgées dans des institutions cliniques. Dans un tel cas, la sentence privative de liberté pourrait s'accompagner d'une ordonnance d'hospitalisation autorisant le traitement sur une base volontaire.

De plus, ni la rétribution ni la sécurité publique n'exigent que toutes les peines d'emprisonnement comportent une privation absolue

de liberté. Il y a lieu de prévoir la détention en fin de semaine seulement, ou la détention dans des maisons communautaires ou des camps de travail, avec un contrôle plus ou moins strict des conditions de résidence.

Procédures de libération

L'imposition d'une peine de prison pose le problème de la procédure de libération. Le prévenu devrait-il être détenu tant que sa peine n'est pas entièrement expirée, ou la durée de celle-ci devrait-elle être abrégée en certains cas? A l'heure actuelle, les peines d'emprisonnement sont presque toujours abrégées, soit par le truchement de la remise de peine pour bonne conduite, soit par la libération conditionnelle. Diverses lois prévoient la réduction de la peine du tiers si le détenu fait preuve de bonne conduite. De plus, il peut bénéficier encore plus tôt de la libération conditionnelle. Ces procédures de libération sont-elles justifiées? La loi devrait-elle au contraire être claire et nette de sorte qu'une peine de deux ans n'autorise l'élargissement du détenu qu'à l'expiration de ce délai, ni avant ni après? La remise de peine pour bonne conduite est-elle essentielle au maintien de la discipline à l'intérieur des prisons? La libération conditionnelle trouve-t-elle encore sa justification dans la réduction du taux de récidive? S'il est impossible à cet égard de faire la preuve de son efficacité, et certains éléments de preuve tendent plutôt à établir le contraire, devrait-elle faire encore partie intégrante des peines privatives de liberté? Pour des raisons humanitaires et économiques, ne faudrait-il pas favoriser la mise en liberté au moyen de libération sous surveillance, lorsqu'il n'en découlerait aucun risque réel pour la communauté?

L'équité est l'un des problèmes liés aux procédures d'élargissement comportant remise de peine et libération conditionnelle. Celles-ci, tout comme la probation, accroissent considérablement le contrôle administratif auquel le détenu est soumis. Cet accroissement du contrôle administratif se justifie-t-il par rapport aux objectifs recherchés? Dans l'affirmative, le contrôle s'exerce-t-il d'une façon juste et selon des critères que le délinquant connaît et comprend? Si la remise de peine et la libération conditionnelle compromettent les objectifs visés et accroissent la dépendance et la frustration des détenus, pour quelles raisons devraient-elles demeurer? Ces questions et d'autres, ayant trait au besoin de normes d'équité dans les procédures de libération, feront l'objet d'un autre document.

La surveillance de l'exécution de la peine

Lorsque le juge condamne le délinquant à l'emprisonnement, celui-ci est confié au système correctionnel chargé de surveiller l'exécution de la peine. Ce dernier peut classer le délinquant selon divers critères et le faire passer d'un établissement à l'autre. Des programmes de travail, d'éducation ou de traitement peuvent être mis à la disposition de l'accusé ou lui être refusés pour diverses raisons. Au cours de sa détention, celui-ci est soumis aux règles régissant l'établissement carcéral, et il peut être puni s'il les enfreint. La punition ne consiste plus en un châtiement corporel, mais en diverses mesures tels l'isolement cellulaire, la perte du temps de remise et des privilèges relatifs au travail ou aux loisirs, le refus ou la révocation de la libération conditionnelle. De plus, il se peut que le prévenu soit victime de la brutalité des gardiens ou des autres détenus ou soit soumis à certaines humiliations.

Jusqu'à très récemment, les tribunaux et le Parlement ont considéré que le sort réservé au détenu dans un établissement correctionnel était entièrement une question de discrétion administrative échappant aux règles traditionnelles de la justice. Certains faits tendent cependant à démontrer que les tribunaux, tout au moins, ne veulent plus se fermer les yeux sur les abus et les injustices qui peuvent se produire dans les prisons et les systèmes de libération conditionnelle.

A quelques exceptions près, tout le système de sentencing obéit à un pouvoir discrétionnaire non contrôlé et non structuré; ce pouvoir s'étend à l'audition relative à la libération conditionnelle et à l'élargissement, ainsi qu'aux peines imposées par la direction de la prison. Il est important, pour assurer la crédibilité et la légitimité de l'administration de la justice, que les décisions prises à l'intérieur de ce système soient tenues pour justes et rationnelles. Il ne convient plus d'excepter le droit pénitentiaire des normes habituelles de la justice qui régissent les domaines où il existe un pouvoir discrétionnaire. C'est pourquoi tout manuel de sentencing devrait comporter une partie énonçant les normes applicables dans les secteurs clés du processus décisionnel du système correctionnel.

Sans l'ombre d'un doute, si l'on veut apporter une meilleure justice à l'exécution de la peine, il importe au plus haut point d'élaborer des techniques de nature à rendre le mécanisme de décision plus ouvert, plus visible et plus accessible à la communauté. En plus du contrôle

judiciaire et des directives législatives, divers moyens peuvent être étudiés: un ombudsman des détenus, le juge à l'application des peines comme cela existe en France et en Italie, un «Visitors' Committee», selon le modèle anglais, ou la création de services d'aide juridique au sein des institutions.

Définition des rôles et des fonctions dans le processus de la détermination de la peine

1. La victime

L'intérêt porté par l'administration de la justice à la protection de valeurs fondamentales ou à celle de la société elle-même exige du système qu'il réponde entre autres aux besoins de la victime. Il importe donc de reconsidérer le rôle de celle-ci dans la détermination de la peine. L'infraction imputée, du fait qu'elle lèse un intérêt de la collectivité, a son origine dans la violation des droits de la victime. L'importance du préjudice causé à la communauté et à la victime peut varier selon les circonstances et selon le rôle de la victime vis-à-vis du délinquant. Par exemple, les voies de fait étaient-elles le résultat d'une vendetta opposant depuis longtemps un propriétaire à son locataire? La victime a-t-elle contribué à précipiter la commission de l'infraction imputée? Dans l'affirmative, est-il possible de procéder par voie de conciliation ou d'arbitrage tout en respectant les intérêts de la victime, de la société et du délinquant, ou le préjudice causé est-il si grave qu'un procès pénal constitue la meilleure façon de protéger les intérêts de la communauté?

De toute façon, il est évident que la victime doit participer activement et en pleine connaissance de cause à la conciliation et à l'arbitrage. Même au procès, l'intérêt porté à la violation des droits de la victime devrait se manifester de plusieurs façons; ainsi, on devrait entre autres (1) tenir compte de ce qui convient à la victime, en accordant des ajournements, (2) permettre à la victime d'exprimer son opinion sur la sentence qu'elle considère appropriée et (3) accorder priorité, dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence, à la restitution et à l'indemnisation pour la perte ou le dommage subi.

Si la victime jouait un rôle plus important, on pourrait craindre qu'il y ait disparité dans les peines. Toutefois, si elles se produisent, ces disparités seront contenues dans les limites des principes et critères législatifs appliqués par le tribunal. De même, le risque d'intimidation des victimes ne devrait pas être ignoré et devrait faire l'objet d'une disposition particulière.

2. Le délinquant

En même temps, il faudrait considérer le rôle du délinquant d'une façon différente. Plutôt que de le confiner dans son rôle passif consis-

tant à nier sa culpabilité et à rechercher son acquittement pour des motifs d'ordre juridique, il faudrait encourager le délinquant à traiter directement avec la victime dans les affaires peu importantes où les faits ne sont pas contestés, et accepter sa part de responsabilité pour le préjudice causé en suggérant un règlement juste et équitable. Si on permet au délinquant de participer aux décisions susceptibles d'influencer sa vie, on peut réellement assurer sa réadaptation sociale. Même au procès, la peine imposée devrait autant que possible favoriser la participation active du délinquant et l'inciter à réparer le mal qu'il a infligé. Si on encourage le délinquant à accepter sa responsabilité et à contrôler dans une certaine mesure sa destinée, on met en valeur le respect pour la vie de l'individu et son bien-être; de même, si on favorise la réconciliation entre le délinquant, la victime et la communauté, on est mieux en mesure de protéger cette dernière.

3. Le poursuivant

Le procureur de la Couronne doit jouer un rôle actif pour la protection des intérêts de la société à un règlement ou une peine juste et équitable. Il a déjà un pouvoir discrétionnaire étendu sur le choix ou le retrait des accusations, de même que sur la suspension des poursuites et la négociation des plaidoyers. Dans un système qui met un accent nouveau sur les procédures préalables au procès ou sur l'arbitrage et réserve le procès aux cas les plus graves, le poursuivant se voit conférer une responsabilité plus grande. Premièrement, la poursuite aura à s'occuper des cas qui n'auront pas été réglés à l'amiable par les parties ou la police. Deuxièmement, on peut s'attendre à ce que le poursuivant soit toujours disponible pour recevoir une plainte ou une dénonciation lorsque, pour une raison ou une autre, la victime ne consent pas à régler l'affaire avec la police et désire procéder soit à la médiation soit au procès. Dans un tel cas, le procureur aurait le pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de donner suite à la plainte et, dans l'affirmative, de quelle façon.

Si la cause prend le chemin de la médiation, le procureur voit son rôle prendre fin car, à notre avis, il ne conviendrait pas qu'il agisse comme médiateur. Par ailleurs, si la cause se rend à procès, le procureur reprend son rôle de représentant des intérêts de l'État. Selon la tradition, le procureur de la Couronne, contrairement à son collègue américain, est censé faire preuve d'un certain détachement quant au résultat de la cause et quant à la sentence. De fait, dans certaines provinces, on va même jusqu'à considérer inconvenant que la Couronne fasse une recommandation au sujet de la sentence. Toutefois, une autre théorie veut que l'État ait un intérêt véritable à protéger, par l'intermédiaire du procureur, dans le procès, la condamnation et la

sentence. En effet, le juge n'a pas pour fonction de représenter les intérêts de l'État ou d'être le reflet des désirs de la communauté dans des cas particuliers: ce rôle incombe plutôt au procureur.

Toutefois, dans la détermination de la peine, la fonction primordiale du juge consiste à voir à ce que justice soit rendue d'une façon équitable et humaine. Si l'imposition d'une sanction n'est pas de nature à protéger les valeurs de la société ou à donner juste satisfaction aux besoins de la victime, le juge devrait avoir le pouvoir de décider, aux fins de l'intérêt de la justice et du bien commun, de rendre une sentence disposant du conflit mais ne comportant aucune sanction. En règle générale, lors de l'imposition de la peine, il ne revient pas au juge de représenter les intérêts de l'État. Son rôle consiste plutôt à déterminer, d'une façon rationnelle et humaine, après avoir entendu la victime, le poursuivant et le délinquant, la peine la plus juste et équitable, compte tenu d'une politique générale de sentencings.

4. La détermination de la sanction: fonction des tribunaux ou de commissions.

A l'heure actuelle, c'est le juge qui fixe la peine. Dans certains pays, le jury ou une commission de sentencings peut prononcer la sentence. Dans d'autres systèmes encore, des assesseurs non-juristes siègent avec le juge et participent à la détermination de la peine. Une recommandation américaine récente, découlant de la forte inquiétude suscitée par la disparité des peines de prison, voudrait enlever au juge le pouvoir discrétionnaire de fixer la durée de l'emprisonnement. D'après cette recommandation, la loi devrait fixer la durée obligatoire de la peine.

Peu nombreux sont ceux, au Canada du moins, qui proposent sérieusement que le pouvoir de déterminer la peine soit retiré au juge pour être conféré au jury. Toutefois, certains sont en faveur de l'idée de commissions de sentencings et ce, pour plusieurs motifs. Premièrement, on reconnaît la complexité du sentencing, particulièrement lorsque la réadaptation sociale en est le principal objectif. Certains voient donc dans l'institution de commissions de sentencings la possibilité de donner un rôle aux sciences sociales dans le droit pénal. Deuxièmement, il y a l'insatisfaction provenant de la disparité des sentences: à cet égard les commissions permettraient à un groupe restreint de personnes d'élaborer des politiques et des pratiques constantes, assurant ainsi une plus grande uniformité dans l'administration du droit pénal.

Comme nous l'avons déjà indiqué, le désir de faire intervenir des experts dans le processus de la détermination de la sentence s'inspire d'une conviction voulant que la sentence s'adapte au délinquant plutôt qu'à l'infraction et d'une confiance dans la réadaptation sociale et le

traitement, et présume que les moyens de traiter et de guérir sont disponibles pour autant qu'on ait l'intelligence de s'en servir. Ce présent document repousse cette conception de la sentence parce qu'elle est fautive et mal fondée. Dans une philosophie pénale orientée vers le caractère juste et humain de la sentence, il n'y a pas lieu de substituer les connaissances des spécialistes des sciences sociales au bon sens d'un juge.

Les sciences sociales devraient plutôt être employées à la vérification des hypothèses de base d'une politique de détermination de la peine, et à l'évaluation des résultats des pratiques sentencielles. Elles contribueraient de cette façon à l'amélioration des options et des politiques en matière de sentencing.

En ce qui concerne la question de l'uniformité, il est raisonnable de penser qu'une commission de sentencing pourrait davantage qu'un millier de juges dispersés à travers la moitié d'un continent, réduire la disparité des sentences et instaurer une plus grande uniformité. Toutefois, d'un point de vue pratique, il est évident qu'une seule commission ne pourrait pas se mettre à examiner la centaine de milliers de condamnations rendues chaque année en vertu du Code criminel. Il devrait y avoir plusieurs commissions, une dans chaque district judiciaire par exemple, et même alors celles-ci ne pourraient probablement examiner que les cas les plus importants. Par ailleurs, il faudrait assurer une certaine coordination et une certaine uniformité entre les diverses commissions.

Les commissions de sentencing actuellement en existence en Californie et dans l'État de Washington ont un rôle limité. Ces commissions n'ont de compétence qu'à partir du moment où un juge impose une peine de prison. Ainsi, malgré l'existence de ces commissions, la décision initiale d'imposer une peine de prison plutôt qu'un autre genre de peine peut encore entraîner des disparités.

Dans l'État de Washington, le juge qui prononce une peine d'emprisonnement, doit imposer la peine maximale fixée par la loi; toutefois, il peut préciser la durée minimale de la peine qui devra être purgée avant la libération conditionnelle. La Commission peut alors réviser la partie ferme de la sentence. La Commission californienne a des pouvoirs analogues, mais c'est elle et non le juge qui fixe la durée minimale de la peine. En outre, dans les deux États, les Commissions sont responsables des libérations conditionnelles.

La Commission californienne a fait l'objet de critiques continues tant de la part des détenus qui s'insurgent contre le caractère incertain des sentences indéterminées, que de la part des spécialistes qui signalent la longue durée des peines de prison purgées en Californie, ainsi que l'inégalité et la disparité découlant des décisions de la Commission. Soit

dit en passant, la Commission californienne n'a pas eu recours aux experts en sciences sociales, contrairement à ce que l'on aurait pensé. Jusqu'à récemment du moins, la plupart des membres de la Commission étaient d'anciens policiers ou d'anciens praticiens du système correctionnel.

On peut constater, à partir de ce qui précède, que les commissions de sentencing ne sont pas une panacée aux problèmes que posent la disparité des sentences et le recours aux spécialistes. De fait, certaines lois abrogent le pouvoir discrétionnaire sur la durée de l'emprisonnement et ce, dans la recherche d'une meilleure justice. Mais cela ne règle pas le problème de la disparité des sentences; celui-ci est tout simplement reporté au stade de la libération conditionnelle. A ce niveau, les disparités, quoique moins visibles, peuvent être encore plus grandes. Mais à un autre niveau, les commissions de sentencing peuvent donner lieu à d'autres disparités: par exemple, la Commission de l'État de Washington laisse au juge le pouvoir de fixer une période obligatoire d'emprisonnement avant que la commission puisse accorder une libération. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut engendrer des disparités, encore que celles-ci se manifestent à une échelle réduite.

Si les juges n'ont plus aucun pouvoir discrétionnaire sur la durée de la peine de prison, leur réaction peut consister à imposer des peines autres que l'emprisonnement dans une plus grande proportion des cas. Même si cela peut avoir pour effet de réduire le nombre des peines d'emprisonnement, il ne faudrait pas que cela se fasse au détriment de la justice. De plus, lorsque les juges ou les procureurs de la Couronne désirent éviter un terme obligatoire d'emprisonnement, il se peut qu'ils tentent de modifier l'accusation ou d'accepter un plaidoyer de culpabilité à une infraction moindre. Il va sans dire que la négociation de plaidoyer peut compromettre les objectifs du sentencing et ravalier le prononcé de la sentence à un marchandage dépourvu de justice et d'équité.

Moyens de contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la sanction

En certains endroits, on a tenté, plutôt que de sabrer dans la discrétion touchant la détermination de la peine et le prononcé de la sentence, d'en arriver à l'uniformité par le truchement d'une systématisation et d'une canalisation du pouvoir discrétionnaire. L'insertion dans la loi d'un énoncé donnant une politique et formulant la philosophie de base, définissant les buts, les normes et les critères de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence, constitue une façon d'atteindre cet objectif puisque nous aurions ainsi un point de départ, des hypothèses et des objectifs communs, sans pour autant enlever au juge le pouvoir d'en faire l'application à des cas particuliers. Chaque cas particulier reflète inévitablement les valeurs et les convictions personnelles du juge, en fonction des facteurs et des circonstances du cas d'espèce. Cela est inévitable. Tout ce que l'on peut souhaiter, c'est que cette subjectivité ne donne pas lieu à des décisions qui s'écartent trop des critères de base.

On a également eu recours aux conseils de sentencing en vue d'assurer l'uniformité dans l'application des critères et dans l'appréciation des circonstances. Des juges, dans un domaine particulier, étudient et discutent les cas où une sentence doit être prononcée. Chaque juge assume encore, en dernier ressort, la responsabilité d'imposer la peine dans l'instance, mais le conseil fait en sorte que «le fardeau de la solitude morale de la décision ne repose plus sur lui» du fait que ses décisions sont soumises à l'appréciation honnête et rationnelle de ses pairs. Ce système existe déjà sous diverses formes en Ontario et au Nouveau-Brunswick, par exemple. Dans différentes villes et régions du Canada, des juges participent à des séminaires ou à des conseils de sentencing. De fait, en différents endroits, les conseils de sentencing se sont avérés efficaces et, ces dernières années, plusieurs organismes de réforme du droit en ont recommandé une utilisation accrue.

Des instituts de sentencing, comme ceux de la Colombie-Britannique, permettent aussi d'informer les juges sur la disponibilité ou l'efficacité de diverses peines. Contrairement aux conseils de sentencing qui consistent dans des rencontres hebdomadaires, les instituts sont des conférences annuelles attirant un nombre important de juges et d'autres personnes intéressées à la question du sentencing, en vue de discuter

d'une gamme étendue de problèmes, dont les objectifs du sentencing, les services disponibles dans le domaine de la correction et des analyses statistiques sur les pratiques existantes. De telles rencontres devraient contribuer à favoriser une compréhension et une perspective communes sur les objectifs et la détermination des sentences.

L'exigence que la sentence soit motivée par écrit peut aussi être un moyen de contrôler le pouvoir discrétionnaire en matière de sentencing. Ce serait imposer un fardeau administratif à la fois trop lourd et sans objet que d'exiger l'énonciation des motifs dans tous les cas. Toutefois, au moment crucial où le juge décide qu'une peine de prison est nécessaire, l'énoncé par écrit des motifs aiderait à promouvoir l'uniformité dans l'application des critères et dans la pondération des divers facteurs. L'énoncé des motifs à l'appui de la sentence favoriserait une plus grande cohérence et faciliterait la tâche des cours d'appel. En plus d'avoir une valeur thérapeutique pour le délinquant, l'énoncé des motifs devrait également aider les autorités correctionnelles.

La justice exige, cela va sans dire, que les procédures relatives au sentencing comportent des conclusions précises sur toutes les questions de fait controversées ayant trait à la sentence, particulièrement dans les cas importants. Ces conclusions, ainsi que l'existence de motifs écrits et de conditions précises, devraient non seulement promouvoir une plus grande uniformité dans la conception du sentencing, mais également manifester que l'administration de la justice se fait d'une façon ouverte et impartiale.

Il est essentiel au sentencing qu'il s'appuie sur une information adéquate, en particulier dans le cas d'un plaidoyer de culpabilité. En pareil cas, il se peut que le tribunal ait une connaissance partielle des faits et ignore le contexte général de l'infraction. Dans une moindre mesure, la même remarque s'applique aux causes contestées. En effet, les règles de la preuve et les exigences du procès font que la situation qui a entraîné la perpétration du crime est souvent présentée au tribunal dans le cadre étroit des questions de droit et de preuve pertinentes, si bien que le contexte de l'infraction ne peut jamais ressortir.

Lorsque le délinquant est représenté par un avocat minutieux, l'exposé de ce dernier devrait aider considérablement le juge. Trop souvent, malheureusement, les avocats considèrent que leur tâche s'arrête dès qu'un verdict de culpabilité est rendu. Ainsi, selon une étude faite au Canada, les procureurs de la Couronne font des recommandations quant à la sentence dans 72 pour cent des cas, alors que les avocats de la défense n'en font que dans 24 pour cent des cas. Les techniques plus récentes de conciliation, particulièrement celles en vigueur à New York, montrent le rôle important que peut jouer l'avocat de la

défense, non seulement en renseignant le tribunal, mais également en ayant recours aux services qu'offre la collectivité pour la surveillance des peines non carcérales, de même qu'en faisant les arrangements nécessaires à une procédure de conciliation préalable au procès.

A l'heure actuelle, les rapports pré-sentenciels servent surtout de source de renseignements pour le juge qui n'est pas encore fixé sur la peine qu'il convient d'imposer. Les études publiées sur ces rapports remettent en question leur efficacité et signalent les divergences d'opinions dont ils font l'objet. Certaines données tendent à démontrer que le contenu et les recommandations des rapports dépendent non seulement de la politique de sentencing, mais également de l'idée que se font les agents de probation de ce que le juge attend d'eux. Comme les policiers, les agents de probation se laissent influencer par leur intérêt professionnel et sont sensibles aux attentes du milieu. Étant donné le temps énorme qu'exige leur préparation, il faudrait songer à faire de ces rapports un meilleur emploi.

L'apport de la communauté dans la détermination des peines

Le présent document a constamment mis l'accent sur la nécessité de maintenir une communication ouverte-entre l'administration de la justice, la victime et la collectivité. En comparaison avec les contrôles sociaux que peut fournir la communauté, la loi constitue un moyen de défense fragile et de dernier recours des valeurs fondamentales. C'est pourquoi les ressources que le milieu consacre au développement de la vie familiale, de la santé physique et mentale des individus, de la vie économique, de l'habitation et des rapports sociaux, constituent les meilleurs moyens de protéger les valeurs fondamentales. Si les individus et les organismes qui composent le milieu ne donnent pas à la police et aux tribunaux des moyens autres que l'emprisonnement, c'est la justice qui en souffre. Le bénévolat a donc un grand rôle à jouer, spécialement au niveau des procédures de conciliation préalables au procès, en offrant aide, compréhension et travail aux délinquants. Une constante communication entre le délinquant et la communauté prend une importance particulière dans l'étape qui suit la condamnation. Les individus et les organisations doivent fournir, entre autres services, surveillance, aide, traitements, travail et loisirs si l'on veut amoindrir les effets infamants de la condamnation et de l'emprisonnement.

En effet, à l'étape sentencielle, l'une des façons de maintenir une communication avec la collectivité et les valeurs que celle-ci défend, consisterait à faire siéger des membres de la communauté avec le juge afin qu'ils participent à la détermination de la peine. Des pays comme le Danemark procèdent de cette façon depuis plusieurs années et, bien que les juges ne se montrent pas enthousiastes à l'égard de cette procédure, au moins, la communauté voit d'un bon œil cette occasion qui lui est donnée de participer.

La participation des citoyens à la détermination de la sentence peut, particulièrement dans les cas où l'opinion des assesseurs peut l'emporter sur celle du juge, donner lieu à une plus grande disparité des sentences, aux préjugés, voire à l'injustice si le délinquant fait l'objet du ressentiment général. Le vote des deux assesseurs pourrait l'emporter sur celui du juge, mais il est plus probable que les assesseurs tenteraient dans un tel cas de s'entendre avec ce dernier. Si la décision du juge devait être minoritaire, aucun problème ne se poserait dans la mesure

où la peine serait conforme aux principes et normes énoncés dans le manuel de sentencing. Les sentences pourraient faire l'objet d'un appel, comme c'est actuellement le cas, de sorte que si la peine n'était pas compatible avec d'autres peines imposées dans des cas semblables, il pourrait toujours y avoir révision. Le risque que l'émotivité ou les préjugés donnent lieu à des disparités déraisonnables n'est probablement pas plus grand avec les assesseurs qu'avec les juges. Ainsi, selon des études effectuées sur les peines imposées par un jury, en comparaison avec celles imposées par un juge, les craintes à l'effet que les jurés pourraient être partiaux ou avoir des préjugés ne se justifient pas. De plus, comme nous l'avons fait remarquer, on peut empêcher l'abus du pouvoir discrétionnaire au moyen d'une déclaration énonçant les objectifs, critères et normes applicables, qui figurerait dans le manuel de sentencing, et au moyen de dispositions autorisant la révision des sentences en appel.

D'autre part, le recours aux assesseurs renforcerait le rôle de socialisation que joue le droit pénal auprès de plusieurs citoyens. Le recours aux assesseurs pourrait aussi contribuer à réduire la criminalité et favoriser l'intérêt de la collectivité pour l'administration de la justice et accroître sa participation. De même, se multiplieraient les occasions de réaffirmer les valeurs et les intérêts fondamentaux dont la communauté veut assurer la protection. La participation des assesseurs devrait ainsi promouvoir le principal objectif du sentencing: la protection de la collectivité par un renforcement des valeurs fondamentales touchant, entre autres, la vie privée, la propriété ou l'inviolabilité de la personne.

L'indemnisation

Enfin, si l'on veut que le sentencing contribue à une reconnaissance satisfaisante du rôle de la victime et de la nécessité de la restitution, il sera nécessaire de tenter d'assurer un travail aux délinquants et de leur donner un salaire qui ne soit pas inférieur au salaire minimum. Même alors, il se peut que dans certains cas, le délinquant ne soit pas en mesure de faire restitution. En pareils cas et dans celui où le délinquant n'a pas été arrêté ou déclaré coupable, l'État devrait soit suppléer aux paiements que fait le délinquant, soit verser à la victime, de sa propre initiative, une juste indemnité. Certains régimes d'indemnisation existent, dans plusieurs pays, mais peu nombreux sont ceux qui se fondent sur une théorie du sentencing ou de la correction.

On peut dire que les régimes d'indemnisation se justifient par la «réciprocité sociale» dans laquelle H. L. A. Hart voit le fondement de la société. De la même façon que l'indemnisation pour les accidents de travail se fonde sur l'obligation sociale de compenser les pertes que subissent les individus à la suite de risques encourus dans l'exécution d'une industrie utile, de la même façon, une société qui se veut ouverte et libre d'un contrôle policier omniprésent, devrait indemniser, en raison de réciprocité sociale, la victime d'un acte criminel. Ainsi, l'indemnisation des victimes d'actes criminels n'est pas purement une question de droit privé, car l'intérêt public est en jeu. Ce n'est pas uniquement une question d'humanité ou de bien-être mais également une question d'équité et de justice. De fait, à un niveau pratique, un régime global d'indemnisation sert à promouvoir la sécurité générale. Une prompte indemnisation peut avoir pour effet d'alléger l'appréhension qu'éprouvent la victime et le public à la suite d'un crime. Pour la victime en particulier, l'indemnisation peut s'avérer un secours psychologique tout autant que pécuniaire. Dans des documents à venir portant sur la restitution et l'indemnisation, nous examinerons plus à fond cet aspect de la politique de la détermination des peines.

Résumé

Si l'on accepte que l'un des objectifs du droit pénal est de protéger certaines valeurs fondamentales de la société, ne faut-il pas accepter aussi que la détermination de la peine et de la sentence joue un rôle important dans la manifestation de ces valeurs? Il ne faut pas perdre de vue l'effet éducatif du processus de sentencing. Le tribunal peut, par l'imposition de la sentence, influencer la conduite des citoyens en leur réitérant l'approbation sociale d'un comportement respectueux des lois et en les invitant à continuer dans le droit chemin. Dans d'autres cas, la sentence du tribunal peut montrer qu'un comportement donné mérite un blâme plus ou moins important que celui qui s'y attachait antérieurement. Cette fonction de la sentence est particulièrement réaliste dans une société de transition où les valeurs subissent une reconsidération constante.

L'histoire et les sciences sociales montrent que presque toutes les sociétés humaines, indépendamment de leur structure politique, doivent être disposées à accepter la criminalité comme une réalité. En même temps, une masse de plus en plus importante de recherches et d'écrits remet en doute l'effet de dissuasion du sentencing lui-même, par opposition à l'effet global de dissuasion qui résulte de l'appréhension, l'arrestation, le procès et la condamnation publique. De plus, des études pénologiques montrent que l'idéal de la réadaptation sociale n'est pas le remède miracle que l'on croyait. En outre, la réadaptation sociale et la dissuasion soulèvent toutes deux des questions quant au droit de la société sur le plan de la morale, d'utiliser une personne uniquement pour servir d'exemple aux autres, ou de soumettre un détenu à un traitement sans son consentement, particulièrement lorsque ce traitement est « expérimental » ou est susceptible de provoquer des changements physiques ou psychologiques durables.

Toutefois, malgré les doutes que l'on peut avoir quant à l'effet de la peine aux plans de la réadaptation sociale et de la dissuasion, le simple bon sens exige que le droit pénal continue à imposer des sanctions afin de combattre la criminalité. Sous son aspect positif, le sentencing peut servir à souligner l'atteinte faite aux valeurs protégées, réaffirmer les valeurs mises en péril par l'infraction et contribuer au rétablissement de l'équilibre social, une fois le crime découvert.

Si l'on accepte de voir avant tout dans le processus de la détermination et de l'imposition de la peine, un processus d'apprentissage qui

se fait au moyen de la hiérarchisation et de la confirmation des valeurs, on se doit de trouver des procédures de rechange. Par exemple, les crimes, et ils sont nombreux, où l'agresseur et la victime sont non pas des étrangers mais bien des membres d'une même famille ou d'un même voisinage, pourraient être soumis à un processus de conciliation ou d'arbitrage et non pas nécessairement à la procédure contradictoire des tribunaux criminels.

La définition du crime en tant que forme de conflit comporte des implications non seulement sur les procédures de règlement du conflit mais aussi sur le rôle que l'État et la victime doivent avoir dans ces procédures. A notre avis, l'État pourrait, dans plusieurs cas, se permettre d'oublier le caractère prédominant de son rôle et laisser la victime prendre une part active au règlement et à la conciliation. Même dans les affaires qui se rendent à procès, il y aurait lieu de donner plus de place aux intérêts et au rôle de la victime.

Si l'on accepte que le crime soit l'expression d'un conflit et que le droit pénal ait un rôle important à jouer dans la définition des valeurs mises en cause par ce conflit, on doit reconnaître, du même coup, l'importance qu'il y a de pouvoir disposer des causes sans qu'il y ait de condamnations ou même, dans certains cas, de disposer d'une cause par voie de condamnation sans toutefois imposer la sanction habituelle. Il faudrait juger dans chaque cas, à partir de critères précis, si le préjudice en cause mérite de faire l'objet du rituel complexe du procès et de la sentence, ou si un règlement, une médiation ou une simple condamnation suffirait. L'arrestation, le procès ainsi que les procédures de conciliation et d'arbitrage comportent en eux-mêmes un effet éducatif et punitif. En ce sens, les sanctions peuvent intervenir à trois niveaux: (1) lors des procédures de conciliation ou d'arbitrage préalables au procès, (2) au procès proprement dit et (3) au prononcé de la sentence par le tribunal.

Si l'on veut à la fois assurer la fonction éducative du sentencing et tenir compte du préjudice subi par la victime, on peut mettre l'accent sur la restitution dans le cadre d'un régime d'indemnisation des victimes d'actes criminels. En effet, la restitution est de nature à favoriser la réconciliation entre le délinquant, la victime et la société. Même dans les cas les plus graves qui font l'objet d'un procès, on devrait penser à la restitution et à des sanctions orientées vers les intérêts de la collectivité. Quant à l'emprisonnement, en raison des coûts qu'il implique et de son efficacité discutable, on ne devrait y avoir recours qu'avec une grande modération alors même que diverses mesures restrictives de liberté pourraient, de concert avec la probation, le remplacer pour certaines catégories de délinquants. Nous étudierons les questions de la

restitution, de l'emprisonnement et de la probation dans des documents ultérieurs.

Il découle des considérations qui précèdent sur la nature du crime et la fonction du sentencing, que les peines et les sanctions devraient être déterminées d'après ce qui est juste et équitable. Nous avons déjà laissé entendre que l'intervention étatique par le sentencing se justifie dans la mesure où elle sert à protéger les valeurs fondamentales de la société. Toutefois, l'étendue et le degré de cette intervention ne devraient pas se mesurer uniquement en fonction du bien commun, mais elles devraient également être tempérées par les notions ordinaires de justice et d'équité. Ainsi, l'innocent devrait être à l'abri du processus de sentencing; les peines et les sanctions ne devraient pas être inhumaines ou cruelles; les peines et les sanctions devraient être proportionnelles à l'infraction; des types semblables de situations devraient, autant que possible, être traités de la même façon.

Éventuellement, il se peut que nous en arrivions à une meilleure connaissance du traitement, de la réadaptation sociale ou de la dissuasion, et que l'on en tire une politique. A l'heure actuelle, la réadaptation sociale ne devrait pas être complètement éliminée, et on devrait continuer d'en tenir compte dans l'imposition d'une peine juste et équitable. De même, la dissuasion dans la mesure où elle a un effet, ainsi que la neutralisation, peuvent exprimer la nécessité de défendre le bien commun.

La mise en œuvre des principes précités devrait permettre de disposer de nombreuses infractions au moyen de la restitution et ce, dans le respect de la justice et de l'équité. Sans aucun doute, il sera parfois nécessaire d'avoir recours à la privation de liberté, particulièrement pour les infractions très graves, ou lorsque le délinquant est un multi-récidiviste, ou lorsque certains éléments de preuve tendent à démontrer que si le délinquant était relâché, il commettrait probablement sans tarder un autre crime de violence.

Un aspect important de la philosophie proposée en matière de sentencing veut que la victime puisse réclamer à la société une indemnité pour les dommages qu'elle a subis. L'indemnisation pourrait être accordée au nom de la charité ou parce que la société a failli à son devoir de protéger l'individu, mais il est peut-être préférable de considérer que l'indemnisation découle de la réciprocité de la vie en société. Dans l'intérêt d'une société libre et ouverte, il faut dans une certaine mesure tolérer la criminalité; on en arriverait autrement à une société fermée, excessivement contrôlée et répressive. Toutefois, dans le maintien d'une société relativement tolérante, il faut tenir compte des victimes d'actes criminels pour qui la restitution ne peut être une réparation complète.

En matière de sentencing, il existe également un problème de disparité, particulièrement en ce qui concerne la durée des peines de prison. C'est là une chose inquiétante, dans la mesure où la disparité découle d'une absence de principes fondamentaux. Il ne s'agirait pas d'enlever tout pouvoir discrétionnaire aux poursuivants, aux juges ou aux agents de libération conditionnelle, mais plutôt de systématiser et de structurer leur pouvoir discrétionnaire au moyen d'une déclaration législative de principes, énonçant des objectifs, des normes et des critères. On peut également contribuer à assurer un exercice uniforme du pouvoir discrétionnaire en exigeant que les décisions soient motivées par écrit, en instituant des conseils de sentencing et en stipulant que les décisions doivent être prises ouvertement et faire l'objet d'une révision ou d'un appel.

Finalement, si l'on veut respecter l'idéal de la justice dans la détermination des peines et le prononcé de la sentence, il faut que le mécanisme de décision susceptible d'affecter les intérêts du prévenu, respecte davantage les exigences de l'équité. Nous reviendrons sur cette question dans un autre document, de même que sur celle de l'indemnisation des victimes d'actes criminels.

Dans la présente étude nous avons tenté d'énoncer les principes fondamentaux qui nous serviront de guides pour l'étude des questions particulières et pour la formation de recommandations concrètes. Les réactions et les commentaires suscités par la présente étude joueront un rôle important dans la poursuite de nos travaux.

systeme accusatoire et solutions de rechange

John Hogarth *

*Président, British Columbia Police Commission et vice-président,
Justice Development Commission (C.-B.)

Introduction

Dans le monde occidental, et particulièrement en Amérique du Nord, le système judiciaire pénal est de plus en plus contesté. Les critiques du système se rangent en quatre catégories principales.

Tout d'abord, les experts en sciences sociales ont tenté de démontrer que le système accusatoire n'atteint pas les objectifs visés au moyen des techniques classiques de réhabilitation, de dissuasion et ainsi de suite. Ils réclament des recherches plus poussées dans le domaine de la technologie de la correction et une meilleure application des connaissances actuelles en matière de changement de comportement, s'attribuant ainsi un rôle plus engagé. Deuxièmement, les avocats exigent que le «*due process*» soit garanti aux personnes qui se trouvent aux prises avec l'appareil judiciaire, et ce, à toutes les étapes, indépendamment de la situation financière ou sociale des justiciables. En effet, à leur avis, si chacun avait la possibilité de consulter un avocat dès son arrestation et jusqu'au moment de sa libération conditionnelle, les problèmes fondamentaux que pose l'administration de la justice seraient bien moins nombreux. Toutes les décisions visant à la correction pourraient faire l'objet d'un examen contradictoire où l'avocat jouerait un rôle de premier plan. Notons que des avocats ne semblent pas avancer ces arguments de façon désintéressée. Troisièmement, d'après certains extrémistes, le processus pénal est destiné à servir des intérêts socio-économiques foncièrement illégitimes. Ces extrémistes ne s'opposent pas au processus pénal en tant que tel, mais simplement à la façon dont il choisit ses victimes. De fait, la plupart d'entre eux élargiraient les pouvoirs de l'État en vue de lui permettre de mieux atteindre les objectifs visés. Enfin, certains citoyens se demandent avec inquiétude si l'État est

en mesure de les protéger. Ils réclament à grands cris une protection policière accrue, des peines plus longues et des mesures correctionnelles plus sévères, croyant qu'il suffit d'appliquer rigoureusement les politiques actuelles pour obtenir un contrôle plus efficace de la criminalité.

Chacun de ces groupes peut certes exprimer des critiques valables à l'endroit du système actuel, contribuant ainsi à l'instigation d'une importante crise de confiance, mais nous croyons néanmoins qu'aucun des arguments avancés n'a une portée fondamentale, ceux-ci ne visant pas le mécanisme lui-même. A nos yeux, le système pénal actuel, destiné à résoudre certains problèmes, n'est pas apte à régler de nombreuses questions sur lesquelles il se penche. Les procédures accusatoires, en se concentrant sur le *due process*, en recherchant des solutions absolues et en s'attachant à des droits et à des torts strictement définis, ne sont pas en mesure de régler les différends entre individus ou entre l'individu et la société. L'amélioration des techniques de correction n'aboutira qu'à une rationalisation « améliorée » d'un comportement essentiellement répressif, parce qu'elle se fonde sur une fausse prémisse, suivant laquelle la plupart des délinquants sont « malades » et doivent être « traités » de force. Le choix d'un groupe différent de personnes devant subir notre système judiciaire dans l'intérêt d'un nouvel ordre politique ne ferait que changer le mal de place. L'escalade de la lutte contre le crime créera de nouveaux emplois, mais contribuera peu à résoudre les problèmes fondamentaux de la société.

Il nous faut reconnaître qu'il existe d'importantes limites à l'intervention de l'État par le biais des organismes officiels de contrôle social. Il est à espérer que cette étude nous fournira des critères permettant de déterminer quels genres de conflits humains peuvent à juste titre faire l'objet d'un contrôle judiciaire et quelles autres techniques d'intervention se prêteraient mieux à la solution d'autres conflits, la loi et la bureaucratie épargnant ainsi de leur joug une partie importante de l'activité humaine.

Hypothèses fondamentales

1. Dans une ère d'évolution sociale accélérée, une société saine s'identifie par les conflits qu'y engendrent son système de valeurs, ses objectifs et les divers intérêts en cause. Par les conflits, individus et groupes se définissent par rapport à la collectivité. Par sa façon d'exprimer ces conflits, la société apprend à se connaître, afin d'établir un ordre de priorité entre les divers intérêts en jeu et de s'adapter au changement. Il est donc important que l'État ne tente pas d'enrayer les conflits mais plutôt qu'il permette aux individus de s'exprimer par l'intermédiaire d'institutions juridiques ou autres. Cela ne veut pas dire

qu'il faut institutionnaliser les conflits, mais plutôt qu'il faut établir des formes prédéterminées d'expression de ces conflits.

2. Le droit pénal est un moyen parmi d'autres permettant aux individus d'apprendre à définir leurs relations avec les autres individus et avec la collectivité. Les normes acquises à la maison, à l'école et en société sont aussi, sinon plus, importantes. Nous ne devrions pas laisser les institutions juridiques devenir les seuls arbitres des valeurs sociales.

3. Les sanctions auxquelles peut avoir recours le droit sont efficaces uniquement dans la mesure où elles s'appliquent dans le cadre d'un ensemble établi de définitions ou de comportements acceptables ou inacceptables dans la collectivité en question. La loi ne devrait pas être simplement le reflet de l'opinion publique d'une collectivité particulière car alors, elle ne remplirait pas l'une de ses fonctions essentielles: servir de trait d'union entre les valeurs passées et les préoccupations actuelles. D'autre part, si les valeurs promulguées par la loi vont à l'encontre des besoins existants, celle-ci sera dénuée de sa force morale. On ne saurait s'attendre à ce que la loi soit identique aux normes sociales d'une époque donnée, mais on peut exiger d'elle qu'elle soit en harmonie avec celles-ci.

4. La plupart des gens veulent bien se soumettre à la loi, pourvu qu'ils en connaissent les exigences et croient qu'elle a été instaurée par l'autorité légitime. Pour la plupart d'entre eux, cette contrainte se trouve compensée par le fait qu'ils savent que d'autres individus sont également soumis à la même obligation. Par conséquent, la loi et la liberté sont, l'une pour l'autre, un prérequis pour que règne l'ordre social. Bien sûr, cela n'est pas valable pour les individus qui remettent en question non seulement des lois précises, mais également l'ordre établi par la loi. L'exception s'applique aussi aux individus qui ne connaissent pas leurs obligations juridiques ou qui ne sont pas en mesure d'obéir à certaines lois par suite de circonstances particulières.

5. Le droit pénal peut tout au plus *indiquer* d'une façon générale quels actes les individus sont *raisonnablement* en droit d'accomplir. Il s'agit dans l'ensemble d'un droit rédigé, interprété et appliqué par des individus bien en vue dans la société. En général, il est assez facile pour eux de respecter la loi. Par contre, les victimes du processus pénal sont dans une situation moins favorable. Par suite de leur situation personnelle, économique et sociale, beaucoup d'entre eux éprouvent des difficultés énormes à respecter les normes établies pour eux. Par conséquent, il importe au plus haut point que les normes de comportement promulguées par la loi soient à la portée de la majorité des individus concernés.

6. Le droit pénal, en tant qu'ensemble de règles, ne signifie pas grand chose pour le citoyen moyen. C'est le *processus pénal*, soit les activités de la police, des tribunaux et des organismes de correction, qui enseigne ces règles et les concrétise. Les individus entrent en contact avec les représentants de la loi et l'interaction qui en résulte permet à la plupart des individus d'apprendre à connaître cette même loi.

«La loi en action», par opposition à la «loi livresque», comprend des *règles* (le Code criminel), des structures *institutionnelles* (la police, les tribunaux et les organismes de correction) et des *individus* en interaction les uns avec les autres, de façon légitime ou non. La réforme du droit se préoccupe traditionnellement des règles formelles sans se soucier de leur mise en application par les organismes et les individus. Par conséquent, pour que des dispositions législatives aient un effet sur la société, il importe que le législateur soit conscient des diverses façons dont les structures institutionnelles et la dynamique individuelle peuvent modifier, élargir ou anéantir les objectifs de la législation.

Les critères d'un système judiciaire pénal

Compte tenu des hypothèses énoncées ci-haut, il nous est maintenant possible d'établir un certain nombre de normes minimales devant s'appliquer au processus pénal, afin que sa légitimité ne soit pas contestée par les justiciables. Puis, à la lumière de ces critères, nous pourrions examiner le système actuel. Finalement, nous serons en mesure, du moins en théorie, d'étudier quelles solutions de rechange s'offrent à nous en vue de régler certains problèmes précis.

Le caractère manifeste

Le processus pénal devrait être manifeste, de façon à ce qu'il se prête à l'intelligence du public. Les décisions peu manifestes devraient être rendues publiques, afin que non seulement les experts en la matière mais également l'homme ordinaire puissent en apprécier la portée.

L'accessibilité

Ceux qui sont responsables du contrôle social, y compris la police, les fonctionnaires judiciaires ainsi que ceux qui travaillent dans le domaine de la correction, devraient être en contact avec le public. Cela est essentiel, non seulement pour que ces autorités prennent connaissance de l'opinion publique mais également pour que les citoyens ne renoncent pas à orienter les processus décisionnels, voyant ainsi à la sauvegarde de leurs intérêts dans la mesure du possible. Le citoyen

ordinaire devrait pouvoir entrer en contact direct avec les fonctionnaires de l'État, sans avoir à passer par des intermédiaires tels les avocats, les politiciens ou les «porte-parole» de la communauté. Pour assurer la mise en œuvre de ce critère, il faut se garder de trop centraliser les services gouvernementaux dans le domaine de la justice. Il faudrait régionaliser les tribunaux et inciter les agents de la paix à participer activement à la vie communautaire. Des volontaires devraient autant que possible être affectés à des tâches actuellement réservées aux professionnels et semi-professionnels œuvrant en ce domaine.

La simplicité

Les règles de droit et les valeurs sous-jacentes devraient être énoncées dans un langage simple, de façon à ce que le citoyen ordinaire puisse les comprendre, les critiquer et participer à leur modification. La réforme du droit relève de la compétence exclusive des experts lorsque les termes de la loi sont trop techniques. Il importe également de voir à ce que le citoyen ordinaire puisse comprendre la loi, dans la mesure où ses droits et ses obligations sont en cause. Les règles actuelles sont trop complexes. La plupart de celles-ci sont fondées sur le bon sens et l'expérience, mais elles sont énoncées dans un langage qui les rend difficiles à observer.

La complémentarité

Il devrait y avoir une certaine complémentarité entre les valeurs promulguées par la loi et celles qui existent dans une communauté donnée. Il n'est pas nécessaire que les deux ensembles de valeurs soient identiques, mais pour être efficace la loi doit jouir de l'appui populaire. Dans une société en évolution rapide, il devient de plus en plus difficile de maintenir la loi au pas. Cela devient encore plus difficile lorsque les normes sociales varient énormément d'une communauté à l'autre. De fait, il faudrait redéfinir le terme «communauté», car nous arrivons dans une ère post-industrielle où l'on ne peut définir la réalité sociale de la communauté par un simple concept géographique. Il sera peut-être nécessaire de définir la communauté d'après «une communauté d'intérêts» ou une «activité commune». Cela signifie qu'un individu évoluera dans plusieurs communautés en même temps, sujet à différentes séries de normes régissant son comportement dans son travail, son milieu familial, ses loisirs et ainsi de suite.

Dans la mesure où le droit devrait tenter de régir le comportement de l'individu dans l'un quelconque de ces domaines, il devient nécessaire de penser à un certain nombre de sous-systèmes juridiques. Un système national de droit pénal s'attaquerait uniquement aux crimes sérieux

d'envergure nationale et aux infractions dont les faits pourraient probablement être interprétés à peu près de la même façon dans les diverses communautés. Ces deux catégories comprendraient le crime organisé, la trahison, les crimes du domaine commercial pratiqués sur une grande échelle, le meurtre et ainsi de suite.

La plupart des crimes affichent un caractère essentiellement local et privé. Le sens et l'importance sociale accordés à ces crimes dépendraient également du type de communauté dans laquelle ils ont été perpétrés. De plus, la peine ou la surveillance nécessaire serait également fonction des us et coutumes de la communauté en question.

Prenons l'exemple des voies de fait. La définition même de ce crime devrait varier selon qu'il ait été commis dans le milieu familial, un milieu urbain ou rural, à un bal, sur un quai, ou entre amis, ennemis ou amants. Les définitions juridiques actuelles de justification ou d'excuse légitime sont reliées aux notions de légitime défense, de provocation et de contrainte et semblent étrangement peu à propos dans certains cas. Néanmoins, les définitions des éléments de cette infraction sont teintées d'objectivité et ont tendance à être passablement rigides.

La doctrine de l'uniformité des peines oblige les tribunaux à se limiter à une gamme relativement restreinte de peines dans des circonstances «apparemment» semblables. Même en pareil cas, les tribunaux, en décidant des questions pertinentes aux fins de la détermination de la sentence, catégorisent les crimes selon des critères qui auront plus ou moins d'importance aux yeux du justiciable, suivant son appartenance à telle ou telle communauté.

Le processus pénal, en catégorisant les crimes, établit des catégories d'interprétation qui ont leur raison d'être du point de vue juridique, visant par là à reconstituer les faits dans une optique juridique, mais pas nécessaires dans l'optique de la communauté. En limitant la gamme des interprétations possibles du comportement en question, le processus judiciaire est moins en mesure de s'en tenir aux interprétations ordinaires, fondées sur le bon sens, de ce même comportement. Dans la mesure où les catégories de la loi et l'interprétation ordinaire diffèrent, la loi perd son impact social et sa force morale. Pour assurer la complémentarité de la loi et des valeurs de la communauté, il devient donc nécessaire de décentraliser non seulement l'administration du système pénal, mais également ses fonctions de réglementation et d'interprétation des lois.

L'obligation de rendre compte

Actuellement, les personnages du système juridique, tels les agents de la paix, les avocats, les juges et ceux qui travaillent dans le domaine

de la correction; doivent répondre de leurs actes à leurs supérieurs. Ainsi, les actes de l'agent de la paix sont soumis à la surveillance et au contrôle de ses chefs, les décisions des juges peuvent faire l'objet d'un appel à des tribunaux d'instance supérieure formés d'autres juges, les avocats sont soumis à la discipline de leur organisme professionnel et ceux qui travaillent dans le domaine de la correction sont soumis à l'appréciation et au contrôle de leurs supérieurs. Le public n'a jamais réellement l'occasion d'influencer les décisions prises pour lui.

Le fait qu'une personne doive répondre de ses actes ne garantit pas qu'elle acceptera d'être influencée. L'établissement de commissions d'étude composées de citoyens ou la nomination de quelques «profanes» au sein d'organismes supérieurs ne paraît pas être une solution satisfaisante. Il faudrait penser à créer des structures incitant les fonctionnaires à se sentir comptables de leurs actes envers le public. Les structures bureaucratiques existantes tendent à restreindre le genre de communication directe qui serait nécessaire entre les fonctionnaires et le public. Si nous voulons que les citoyens soient traités comme des gens et non comme des «cas» il faut réduire l'écart social entre les fonctionnaires de l'administration judiciaire et le public. La restructuration de la bureaucratie est plus qu'une certaine décentralisation à laquelle pourraient s'opposer nombre de fonctionnaires actuellement en fonction. Un système judiciaire pénal doit être apte à rencontrer ses obligations s'il doit être tenu pour légitime. L'efficacité devrait être mesurée suivant les inconvénients économiques et sociaux subis par la société et les délinquants par suite des pratiques existantes. L'objectif de réhabilitation, que l'on jugeait réalisable à l'intérieur du système correctionnel actuel, a désillusionné le public en général et a été ridiculisé par les délinquants car il ne fut jamais atteint. L'écart entre les aspirations et les réalisations, dans le domaine correctionnel, doit être réduit. Il faudrait d'abord apaiser les attentes du public quant à l'efficacité des mesures correctionnelles dans la lutte à la criminalité. Assurément, l'interprétation la plus favorable qu'on pourrait appliquer aux recherches récemment effectuées en vue d'apprécier l'efficacité des techniques correctionnelles conduirait à des conclusions bien minces. De plus, à même le champ de nos connaissances actuelles et des moyens qui s'offrent à nous, il est encore possible d'améliorer les méthodes correctionnelles existantes. Il faudrait s'engager à mettre en œuvre celles-là des mesures jugées efficaces, accomplissant par là plus que de simples accords symboliques destinés au maintien de bonnes relations publiques. Il importe donc de s'assurer que tous les intéressés sachent qu'il existe des services de traitements spécialisés destinés aux délinquants qui en font la demande ou qui en ont besoin. Ce n'est qu'ainsi

que l'on pourra gagner l'intérêt et l'appui du public en vue de réaliser des objectifs visés par l'entremise de programmes généraux de correction.

De nombreux programmes apparemment utiles ne constituent, finalement, que des tentatives symboliques. Un nouveau programme voit le jour à la faveur d'un état de crise et du besoin que l'on ressent de démontrer au public que l'on fait «quelque chose». Ce programme s'avère un effort symbolique, son impact étant minimisé par l'inertie administrative qui s'ensuit, un budget insuffisant et d'autres moyens auxquels on ne donne pas trop de publicité. Harold Lasswell en dit ceci:

[TRADUCTION] Il ne faudrait pas se hâter de prendre pour acquis que, parce que certaines controverses ont perdu l'attention que leur prêtait jadis le public, les questions en jeu ont pour autant été solutionnées. Assez souvent, on a recours à une solution magique, qui ne change rien aux circonstances qui ont amené la crise dans la communauté et qui ne fait que détourner l'attention de cette dernière vers d'autres symboles également inappropriés. Le nombre de lois adoptées par la législature, ou le nombre d'ordonnances rendues par l'exécutif, qui ne modifient en rien les pratiques courantes de la société, montre à peu près quel est le rôle de la magie en politique.

(Harold Lasswell, *Psychopathology in Politics*, New York, 1930, p. 195).

Il est donc peu étonnant que l'on n'affecte que peu d'argent à l'étude des changements résultant des modifications apportées dans l'application des lois et des méthodes de correction. Ni le public ni les agences concernées ne semblent intéressés à une telle information. Mais à long terme, il est dans leur intérêt que les programmes existants soient constamment soumis à une évaluation. La vérité crue et troublante pourrait en jaillir, mais c'est là la mesure de la maturité de toute société: le désir de manifester jusqu'à quel point elle est disposée à reconnaître sa propre impuissance à régler des problèmes sociaux tels la criminalité.

La reconnaissance de notre impuissance nous ferait réaliser quels énormes désavantages sociaux la société doit subir lorsqu'elle ne se fonde que sur la sagesse traditionnelle. Si l'on arrivait à démontrer l'inefficacité de certains programmes correctionnels ou du moins leur inefficacité relative par rapport à d'autres programmes, nous pourrions alors choisir le moins coûteux. Si l'on arrivait à démontrer la viabilité économique de deux ou plusieurs programmes, pourquoi ne pas choisir celui qui entraverait le moins la vie et la liberté de l'individu? Une analyse des avantages et des inconvénients n'est plus un luxe mais une nécessité pressante.

L'épuration

Le processus judiciaire permet l'expression des valeurs inhérentes à une société déterminée. Un bon système judiciaire autorise autant

l'expression des valeurs dominantes que le mécontentement qu'elles suscitent. Le tribunal est un forum où se déroulent des combats symboliques au cours desquels les rituels n'ont pratiquement aucune valeur en soi, pour ce qui est du règlement de la question en litige, mais on ne peut ignorer leur importance symbolique. Le public souhaite participer à la dialectique entre le bien et le mal, la contestation et la réaction, la crainte et la sécurité, et sentir que ces combats ont un effet d'épuration. La population doit avoir l'impression que la «justice» a triomphé.

Le symbolisme juridique est le reflet condensé des significations et sentiments particuliers propres aux membres d'une collectivité donnée. Le drame qui se déroule devant le tribunal est séduisant parce qu'il attire l'attention du public sur les besoins et préoccupations que ressent une société. Plus la vie devient absurde et confuse, plus il est nécessaire de trouver un sens et un ordre à la vie sociale. Un bon système juridique assure la plus grande participation possible du public à une entreprise symbolique collective mettant l'accent sur les aspirations communes à tous les citoyens.

La sévérité plus ou moins grande des peines réclamées par le public ne dépend pas simplement de la mesure dans laquelle le comportement répréhensible déroge aux normes acceptables. La manifestation dramatique de la volonté collective au moyen du processus juridique peut en soi avoir un effet d'épuration et contribuer à réduire les tensions. Ceci dépendra d'au moins deux facteurs. D'abord, la nécessité d'imposer une peine sévère aux délinquants, du moins en partie suivant le niveau d'anxiété généralisée existant dans le milieu. Si le contrevenant est uniquement un bouc émissaire, en le punissant, on n'arrivera simplement qu'à faire oublier les problèmes réels qui se posent. On ne peut résoudre ce dilemme uniquement devant les tribunaux, mais plutôt par voie d'une politique précise. L'épuration ne peut non plus se faire sans que l'on tienne compte des questions morales en jeu. Paradoxalement, la tentative d'éliminer les châtiments en tant qu'objectif légitime du «sentencing» aboutit à l'imposition de peines encore plus sévères. L'objectif de réhabilitation, en particulier, mène à des illogismes flagrants au nom de l'individualisation ainsi qu'à l'imposition de peines plus sévères au nom de la thérapie. Certaines recherches permettent de croire, compte tenu des connaissances et ressources actuelles, que la réhabilitation est un mythe et que c'est plutôt elle-même, et non sa sévérité, qui a un effet dissuasif. Il semble donc qu'il faille accorder au châtiment une place encore plus importante dans notre système. Si l'on en décidait ainsi, la communauté serait peut-être alors soumise à des tensions moins fortes, les tribunaux pouvant alors atténuer les rigueurs de la pratique existante en matière de «sentencing».

Ayant énoncé les critères qui seront employés dans l'appréciation du système judiciaire pénal, nous traiterons maintenant de son évolution, ce qui nous permettra ensuite d'examiner les solutions de rechange qui s'offrent à nous.

Le rôle de moins en moins important de la victime dans le processus pénal

Notre droit pénal découle d'une variété de coutumes destinées à régler les litiges entre les individus et les groupes. Le droit coutumier primitif visait à établir un ensemble de règles permettant de déterminer les droits et de résoudre les litiges d'une façon uniforme, sinon prévisible. Des régimes élaborés d'indemnisation ont été établis, une gamme de peines, relativement fixe, étant prévue pour des « crimes » précis. C'était la victime qui mettait en branle le mécanisme et le contrevenant ou son groupe « réparait » la perte ou le dommage selon des barèmes précis. Le rôle des tiers était minime, essentiellement restreint en vue d'assurer l'observation des règles du jeu.

La nécessité sociale d'une science juridique régissant les litiges était à cette époque tout aussi évidente qu'elle l'est actuellement. C'était à l'avantage des individus d'être en mesure de prédire avec passablement de certitude quelle serait la réaction sociale probable à leur comportement. C'était à l'avantage des groupes également, puisque l'ordre social au sein d'un groupe organisé aurait été irréalisable si les individus n'avaient pas respecté les règles.

Des institutions ont été établies en vue de régir les aspects de l'interaction et des conflits humains à l'aide d'un appareil et une termino-

logie technique. Comme le signale Fuller, le droit est un langage spécial d'interaction humaine et la grammaire d'une bonne partie du droit pénal contemporain peut être attribuée à d'anciennes tentatives en vue de mettre fin aux conflits en les soumettant à des règles particulières. L'ancien droit n'avait pas d'objectif plus élevé que celui de voir à ce que les victimes soient indemnisées par celui qui les avait lésées, et ce, dans des limites bien établies. Ainsi, l'ancien droit pénal peut être défini comme étant un mécanisme de règlement des litiges, avec comme résultat possible, mais non comme objectif manifeste, l'ordre social.

Avec la naissance de l'État-nation, le droit coutumier a été établi en bonne et due forme et l'on s'est peu à peu éloigné du règlement des litiges pour tendre à un contrôle social. L'État a acquis le monopole de l'emploi légitime de la force. Les victimes, leur famille et leurs cadis, se sont vu refuser le pouvoir qu'ils avaient auparavant exercé en vue de déterminer dans certaines limites les conséquences pénales d'un crime. Ils sont devenus de simples témoins des manquements à la paix du Roi. Les délinquants payaient leur dette à la « société » et non à la victime.

Au cours de cette transition, les parties ont de nouveau été définies. L'État a commencé à assimiler l'intérêt des victimes, et n'a uniquement reconnu et appuyé que les intérêts identiques aux siens. L'indemnisation découlant du préjudice causé est devenue une question civile et le rôle de la victime, en ce qui concernait la fomentation du crime ou sa participation à celui-ci, a en grande partie été ignoré.

Il n'est pas bien établi que le Roi ou le Parlement se soit réellement senti menacé par le crime lorsqu'il a commencé à exercer sa compétence en la matière. Il semble plutôt qu'il ait eu pour principal motif celui de disputer aux seigneurs le contrôle en la matière et de s'attribuer les revenus provenant des tribunaux. Les premiers tribunaux criminels administrés par l'État ont directement servi aux fins d'imposition.

Avec la révolution industrielle, des centaines d'infractions, principalement destinées à protéger l'usage et la jouissance de la propriété, ont été créées. Le droit pénal est devenu une arme de choix protégeant les intérêts des privilégiés contre les aspirations des défavorisés. Mais même alors, les victimes d'un crime n'étaient pas indemnisées; on préférait pendre ou déporter les délinquants, empêchant ainsi toute possibilité d'entente entre les parties.

Un certain nombre de conséquences découlèrent de ce changement, l'une des plus importantes étant une lourde perte en ce qui concernait la fonction d'intégration du droit. L'aptitude du droit à régler des différends est fondée sur un souci très ancien de justice naturelle, lequel est à son tour fondé sur la volonté de remettre les choses dans leur état initial, de rétablir entre les parties l'équilibre qui existait avant le malencontreux événement. Il était impossible d'annuler le préjudice

causé, mais il demeurait possible de soumettre le délinquant à un mal équivalent et de rétablir ainsi l'équilibre. Initialement, les crimes étaient considérés comme un avantage dont bénéficiait une personne aux dépens d'une autre. Cet avantage ne pouvait pas être perdu à moins que le criminel soit désavantagé sous un aspect équivalent, c'est-à-dire à moins qu'il ne soit à la merci de la victime dont il avait volontairement brimé les droits par son acte criminel. Ainsi, l'équilibre des avantages et des désavantages entre les citoyens pouvait être rétabli. La victime sentait que justice avait été faite et le délinquant, toujours considéré comme un individu moralement responsable, pouvait expier sa faute et avoir de nouveau tous les droits et obligations qu'il avait en sa qualité de membre de la collectivité.

Le mécanisme pénal moderne, en se concentrant sur la défense sociale, la réhabilitation, la dissuasion et la perte de la capacité légale refuse à la victime tout recours. Nombreuses sont les victimes qui se sentent doublement lésées: d'abord, par le contravenant, puis, par le mécanisme pénal auquel elles sont soumises sans bénéficier d'aucun avantage manifeste. Elles ne sont jamais consultées à quelque stade que ce soit et habituellement, les problèmes complexes que pose le processus ne leur sont pas expliqués. Elles peuvent avoir à subir d'autres pertes financières par suite de leur présence au procès et le verdict de culpabilité et la peine d'emprisonnement possibles constituent presque une garantie qu'aucune indemnisation ne sera jamais versée. A cause des frais, de l'embarras et de l'incertitude des résultats, nombreuses sont les victimes qui choisissent de ne pas mettre en branle le processus pénal en informant la police de la perpétration d'une infraction. D'où une méfiance croissante à l'égard de la capacité de l'État de protéger efficacement les citoyens et un sentiment que la «justice» n'est pas rendue par les tribunaux.

L'évolution et la mystification de la loi

Au cours des 100 dernières années, le droit pénal a évolué d'une façon variable. Des sanctions pénales sont attachées à toutes sortes de comportements, au fur et à mesure que l'État tente d'exercer un contrôle sans précédent sur la vie sociale. On a beaucoup parlé du fait que certains types de comportement ne sont plus considérés comme criminels (l'homosexualité entre adultes consentants par exemple), mais cela sert à masquer la portée de plus en plus étendue de la sanction pénale, qui vise maintenant une grande variété d'activités humaines qui ne sont considérées ni comme immorales ni comme socialement dangereuses par la majorité des citoyens. Au Canada, à l'heure

actuelle, seules quelque 6% des infractions fédérales figurent dans le Code criminel. De plus, la plupart des infractions ayant des conséquences pénales ne figurent aucunement dans la législation fédérale, mais dans les lois provinciales et les règlements municipaux. Il est souvent presque impossible de délimiter exactement ces nouveaux «crimes». Par conséquent, il devient presque inévitable que des infractions d'un genre ou d'un autre soient fréquemment perpétrées par la plupart des gens, particulièrement s'ils conduisent une voiture, sont en affaires ou si leur vie sociale se déroule dans des cadres régis par une loi ou par des règlements.

La plupart de ces infractions nouvellement créées tiennent le contrevenant strictement responsable, qu'il ait eu ou non l'intention de perpétrer l'infraction et qu'il ait ou non été insouciant ou même négligent. Il se peut qu'une personne fasse son possible et soit néanmoins tenue pénalement responsable.

Ajoutés les uns aux autres, ces facteurs neutralisent effectivement la loi, en tant que force morale réelle. Certains peuvent établir une distinction entre les crimes graves de common law (*mala in se*) et les nouvelles infractions réglementaires (*mala prohibita*), mais pour d'autres la distinction ne tient pas et ils en viennent à mépriser la loi en général.

Nous ne disons pas qu'il n'est pas nécessaire que le législateur se penche sur les nouveaux problèmes d'intérêt public, ni qu'il ne faudrait pas penser à avoir recours aux sanctions pénales en vue de promouvoir cet intérêt. Toutefois, il est juste de signaler qu'en interdisant un comportement au moyen d'une simple punition, on n'aboutit souvent à rien sauf à convaincre plus ou moins le public que «des mesures sont prises». Murray Edelman signale que de nombreux règlements à caractère économique ou autre ne visent qu'à une sécurité symbolique. Il ajoute que certaines lois sont adoptées avec la certitude qu'elles ne seront pas appliquées. A ce sujet, il fait le commentaire suivant:

[TRADUCTION] . . . l'une des fonctions évidentes de la symbolisation, un sentiment de bien-être: la tension n'existe plus. C'est là non seulement une fonction essentielle des textes législatifs réglementaires auxquels on donne beaucoup de publicité, mais c'est également une fonction essentielle de leur application. On peut fort bien s'attendre à ce que certaines activités administratives auxquelles une énorme publicité est donnée rassurent le spectateur parce qu'elles semblent menées énergiquement alors qu'en fait il y a inactivité ou protection de la personne réglementée.

Une grande partie des infractions ne sont jamais décelées ni punies. Les conducteurs de voiture et les policiers savent bien que la plupart de ceux qui roulent à une vitesse excessive ne seront jamais pris et ne se verront jamais imposer une amende; ils adaptent donc

leur comportement en conséquence. L'avantage qu'il y a à prendre des risques calculés en remplissant son rapport d'impôt est si bien compris et est si universellement tenté qu'il n'est pas nécessaire d'en parler ici plus longuement.

Puisque nous sommes tous des «criminels», dans nos activités habituelles et quotidiennes, il devient nécessaire d'établir un «second code» destiné à montrer comment le «jeu» de l'application de la loi sera joué. Ce second code comprend toutes les règles cachées fondant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans la mise en application de la loi. Comme le signale Edelman, la loi devient alors non pas un système de commandements, mais une (traduction) «noble généralisation permettant encore de jouer le jeu».

Ainsi, il peut sembler que nous ayons le drap et l'argent. D'une part, nous pouvons croire que l'État est en mesure d'enrayer les menaces se manifestant dans notre milieu au moyen de l'application uniforme de la loi; d'autre part, nous pouvons voir à ce que, dans son application quotidienne, la loi n'entrave ni ne menace aucun intérêt majeur. Cette hypocrisie provient précisément de ce que les individus n'ont pas tous la même possibilité de faire tourner à leur avantage le jeu de la mise en application sélective de la loi. Ce n'est pas par accident que les activités de ceux qui ont un pouvoir politique ou économique ne sont pas réellement délimitées par la loi, malgré l'existence d'une masse de dispositions législatives traitant ostensiblement de pareilles activités.

A l'évolution de la loi au cours de ces dernières années est venue s'ajouter une tendance croissante à la mystification. C'est ce qui se produit lorsque les procédures juridiques deviennent tellement complexes qu'elles ne peuvent pas être comprises par les citoyens ordinaires et deviennent ainsi l'attribut d'un groupe professionnel choisi associé aux tribunaux. Les éléments de crimes ordinaires, tel que le vol, sont devenus tellement difficiles à comprendre qu'il a fallu au Law Reform Commission anglais trois années entières pour formuler de nouveau les règles applicables sur une base un peu plus rationnelle. Même alors, la plupart des juristes anglais ne comprendront probablement pas parfaitement les nouvelles règles applicables en matière de vol, et ainsi naîtra un besoin d'experts en la matière, ceux-ci ayant intérêt à maintenir la mystification. La loi devient donc l'apanage d'une élite.

A cet égard, l'historique de la complexité croissante de la procédure pénale nous en apprend beaucoup. En Angleterre, les anciens juges du Roi avaient une compétence stricte en ce qui concernait les procès. Ils dirigeaient aux assises les procès criminels des accusés que le grand jury local leur présentait. Ils étaient tenus d'accepter les «faits» de la cause jugés véridiques et établis. Les prévenus n'avaient pas le droit

de déposer pour leur propre compte et des règles élaborées, en matière de preuve, étaient peu nécessaires. Le grand jury avait la faculté de déterminer les questions et les faits sans avoir à se préoccuper de problèmes juridiques; dans son verdict, il appréciait de nombreux éléments qui seraient exclus à l'heure actuelle, entre autres, ce qui est maintenant désigné sous le nom de ouï-dire, de preuve de réputation ou de moralité ainsi que de témoignage non pertinent, non important ou non digne de foi. En d'autres termes, les citoyens de l'endroit pouvaient accorder aux circonstances dans lesquelles avait été perpétrée une infraction la signification et l'importance qu'ils voulaient. La justice appartient bien aux gens de l'endroit, chaque communauté définissant cette dernière selon ses propres besoins, intérêts et préoccupations.

Sans aucun doute, la possibilité d'abus était élevée devant ces tribunaux à contrôle local. Il est clair que tous les citoyens n'y avaient pas une facilité d'accès aussi grande et il est probable que dans de nombreux cas, des individus et des groupes s'en servaient comme arme en vue «d'avoir» d'autres individus et groupes. Les «étrangers» étaient particulièrement vulnérables aux abus des gens de l'endroit. Toutefois, signalons que ces tribunaux se fondaient sur des normes établies par la collectivité, avec tout un système de poids et de contrepoids prenant non pas la forme de règles bien établies, mais celle de la connaissance et de la participation publiques.

Depuis le XV^e siècle, nous constatons l'érosion lente mais soutenue de l'autonomie locale, un déclin du rôle du jury d'accusation et du jury de jugement, l'établissement d'un ensemble de règles techniques régissant tant la procédure que la preuve, la naissance d'une nouvelle profession, la profession juridique, et, d'une façon générale, l'éloignement du «profane» du processus pénal. La tendance se poursuit, les catégories d'infractions pouvant faire l'objet d'un procès devant juge et jury étant de plus en plus restreintes, les règles régissant les qualités requises des plaideurs «amateurs» devenant de plus en plus strictes, la magistrature ayant de plus en plus un caractère professionnel et ce, à tous les niveaux, et les règles juridiques elles-mêmes devenant de plus en plus complexes.

Les avocats se sont assurés le monopole du processus pénal. Les tribunaux sont devenus des clubs privés où juges et avocats peuvent adhérer de plein droit et où quelques psychiatres et travailleurs sociaux ont qualité d'invités, à la condition de se soumettre aux règles du club.

Ceux qui possèdent des connaissances juridiques particulières peuvent devenir membres du club. Ils peuvent conserver leur monopole uniquement en refusant de partager leurs connaissances. Ainsi, les avocats, comme les membres des autres professions, ont intérêt à mysti-

fier la loi. Il est donc peu étonnant que ce ne soit pas eux qui encouragent la simplification.

Les avantages dont on s'attendait à bénéficier en centralisant le pouvoir ne paraissent pas s'être matérialisés. La partialité, les préjugés et la protection de l'intérêt socio-économique de l'élite ne sont pas disparus, comme l'ont montré de nombreuses études effectuées récemment. Le mécanisme semble plutôt s'être enlisé dans les règles et procédures, et peut donc plus difficilement être contesté, compte tenu de sa complexité apparente. Ainsi, la loi est apte à maintenir le *statu quo* par suite de ses propriétés magiques. La mystification est donc l'un des principaux obstacles aux changements sociaux. La simplification des règles n'est pas une simple question technique. Elle comporte nécessairement une transformation fondamentale dans les rapports de force; il s'agit donc d'une question politique.

Berger et Luckman décrivent comme suit les techniques utilisées en vue de maintenir l'écart entre les groupes professionnels et les « profanes » :

[TRADUCTION] . . . cela se fait au moyen de diverses techniques d'intimidation, d'une propagande logique ou non (faisant appel aux intérêts des non initiés et à leurs sentiments), de la mystification et, d'une façon générale, de la manipulation de symboles de prestige. D'autre part, on doit voir à ce que les « initiés » ne s'échappent pas. Il faut donc établir des moyens pratiques et théoriques en vue de faire échouer toute tentative d'évasion. . . Prenons un exemple. Il ne suffit pas d'établir un sous-univers médical ésotérique. Il faut également convaincre l'homme de la rue que c'est là une chose juste et profitable, et le monde médical doit être contraint à respecter les normes du sous-univers. Ainsi, l'ensemble de la population est intimidée par l'idée d'un supplice physique si les conseils du médecin ne sont pas suivis; c'est le bienfait ressenti en suivant les conseils du médecin ainsi que la peur de la maladie et de la mort qui la convainquent qu'il ne faut pas désobéir aux ordres du médecin. Pour bien montrer leur pouvoir, les membres de la profession médicale se retranchent derrière des symboles très anciens de pouvoir et de mystère, qu'il s'agisse de vêtements étranges ou d'un langage incompréhensible, qui, bien sûr, sont justifiés auprès du public et de la profession elle-même par des raisons d'ordre pragmatique. Dans l'intervalle, les membres pleinement accrédités du monde de la médecine sont empêchés de « faire du charlatanisme » (c'est-à-dire de s'échapper du sous-univers médical en pensée ou en action) non seulement par les puissants contrôles externes à la disposition de la profession mais également par tout un ensemble de connaissances professionnelles leur offrant la « preuve scientifique » qu'il serait fou ou même mauvais de la faire. En d'autres termes, tout un mécanisme de justifications est à l'œuvre en vue d'assurer que chacun demeure à sa place et ce, pour le plus grand bonheur de tous (« en admettant que cela soit réalisable »).

Quel parallèle frappant entre la médecine et le droit à cet égard!

La loi et la reconstruction de la réalité

Depuis les travaux de Schutz, les sociologues ont employé l'expression «typification» en vue de décrire la façon dont les individus et les groupes reconstruisent les réalités dans un contexte social précis. Ce qui est «réel» dans un crime imputé dépendra du contexte dans lequel il est étudié. De plus, la «signification» de l'événement serait différente selon le délinquant, la victime ou le criminologue. Le système juridique cherche à donner une nouvelle signification à l'événement afin d'identifier les faits et questions «juridiquement pertinents». Ce qui est réellement pertinent du point de vue juridique ne dépend pas dans son essence du sujet ou de ce que les témoins ou les parties estiment important. Le mécanisme juridique interprète plutôt les faits d'une façon très particulière en vue de créer un «cas» qu'il est possible d'examiner.

En d'autres termes, l'avocat et le juge doivent établir des cas à partir de faits précis, imposer une réalité qui a peut-être peu de sens du point de vue de l'expérience subjective des parties et témoins. C'est ainsi que le processus juridique se justifie. Puisqu'il ne peut pas voir le problème sous le même angle que les parties, il doit le définir de nouveau du point de vue du «type», ce qui permettra au tribunal de le régler d'une façon «typique». A cause du pouvoir et de la majesté de la loi, les délinquants et les victimes peuvent se voir tels que la loi les voit et agir en conséquence.

La «typification» est essentielle dans le processus juridique. Elle permet aux avocats et aux juges de donner un sens aux ambiguïtés des situations précises qu'ils examinent. Elle permet de classer les problèmes d'une façon pertinente, le tribunal n'ayant donc plus à consacrer son temps et ses efforts à penser de nouveau à la façon dont il devrait résoudre le problème. Ainsi, la véritable question n'est pas celle de savoir s'il devrait ou non y avoir «typification» (elle est essentielle au processus) mais plutôt celle de savoir si la «typification» juridique existante permet véritablement l'interprétation des crimes. Comment la loi typifie-t-elle actuellement les crimes?

Hans Mohr nous fournit, en vue d'étudier le crime, un modèle utile fondé sur les relations existant entre le délinquant, la victime et l'acte. Il signale que dans l'ensemble, les crimes se produisent dans un contexte de relations continues d'ordre familial, amical, social ou commercial. Les recherches montrent que 60% des crimes de violence sont perpétrés au sein de la famille et que 80% des crimes sont commis entre gens qui se connaissent. En ce qui concerne les infractions contre la propriété, la majorité sont des vols qui consistent, en général, en infractions perpétrées par les préposés et clients réguliers des magasins.

En vue de protéger les victimes, le Parlement crée des infractions qui sont presque toujours définies du point de vue de l'acte seul, les relations existant entre les parties entrant peu en ligne de compte. Au procès, le tribunal se concentre plutôt sur le rapport entre le prévenu et l'acte imputé; mise à part l'excuse étroitement délimitée de la légitime défense ou de la provocation, il ne se préoccupe pas du rôle de la victime, en ce qui concerne la fomentation du crime ou sa participation à celui-ci. Lorsque la sentence est prononcée, le tribunal s'intéresse presque exclusivement au prévenu et, par suite, la victime est totalement ignorée.

Le mécanisme pénal vise des crimes perpétrés par des étrangers sur des victimes complètement innocentes qui ne s'y attendent pas. Cela l'oblige à typifier les crimes sous cet angle; d'autre part, cela empêche la collectivité de reconnaître qu'actuellement la plupart des crimes sont le résultat normal et inévitable de la vie communautaire. On est ainsi amené à trop se préoccuper de la nature et de l'étendue de la criminalité dans la société et à oublier de tenir compte des mesures qui la combattraient très probablement d'une façon efficace.

Des recherches effectuées par McLintock, Chappel, Mohr et d'autres experts ont montré qu'il est possible de classer les crimes de façon plus significative, aux fins de l'intervention par la police, par le tribunal et au moment où la peine est purgée. Le fait qu'on ne l'a pas encore fait montre jusqu'à quel point on hésite à reconnaître que le crime est un phénomène normal.

La «typification» juridique va encore plus loin. Dans la manipulation régulière des cas et par suite des pressions qu'amènent le volume de travail et des normes de productivité élevées, le processus pénal doit restreindre son enquête au dernier maillon de la chaîne d'événements qui ont amené la perpétration de l'infraction. Un problème complexe découlant habituellement d'un long conflit ou d'une aliénation se traduit en une question discrète strictement délimitée dans le temps et dans l'espace au moment et à l'endroit précis de la perpétration de l'acte final qui a constitué le crime. Même cet acte est apprécié selon des droits et des torts strictement définis. Ce qui est maintenant interdit devient permis. Ce qu'il est impossible de prouver devant le tribunal ne s'est jamais produit.

Le contrevenant et la victime commencent tous deux à se voir tels que le processus juridique les voit. La victime nie qu'elle ait joué un rôle dans la perpétration de l'infraction et le délinquant limite sa responsabilité à ce que l'État peut établir. Ayant mal circonscrit le problème, ni le délinquant ni la victime, ni de fait l'État lui-même, ne peuvent le résoudre d'une façon efficace. La «typification» juridique est

destinée à étendre la gamme des problèmes magiques auxquels la solution magique à la disposition du tribunal peut s'appliquer.

Le mécanisme accusatoire en tant que jeu d'équilibre

Dans les pays de common law, les procès criminels sont habituellement considérés comme comportant trois éléments distincts. Premièrement, c'est un système accusatoire, par opposition à un système inquisitorial. Il est reconnu que dans notre système, l'État doit prouver hors de tout doute raisonnable chaque allégation avancée contre le prévenu. La présomption d'innocence et le privilège de non incrimination visent à protéger le prévenu contre le pouvoir énorme de l'État d'enquêter sur les crimes et d'intenter des poursuites contre les délinquants. Deuxièmement, le procès lui-même est considéré comme un système accusatoire, fondé sur une lutte entre deux adversaires devant un tribunal impartial. L'avocat de chaque partie fait de son mieux en vue d'établir les faits en faveur de son client et de réfuter les arguments de son adversaire, et à la fin du conflit, la vérité et la justice doivent apparaître. Les parties gardent une attitude agressive sans penser à se montrer flexibles ou disposées à faire des compromis; de cette situation contradictoire, elles sortent gagnantes ou perdantes. Troisièmement, le juge sert d'arbitre indépendant n'ayant rien à perdre ou à gagner, il doit simplement voir à ce que les règles de la preuve et les règles de procédure soient appliquées et assurer une égalité relative entre les parties.

Ce mécanisme semble avoir l'avantage de donner à chaque partie l'occasion de présenter ses éléments de preuve et de soulever les arguments militant en sa faveur. Toute preuve peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire et les points de droit soulevés peuvent être contestés. Dans son rôle passif d'arbitre, le juge se prononce sur l'affaire selon la preuve, les arguments avancés par les parties et son interprétation de la loi. Seule la culpabilité ou l'absence de culpabilité est envisagée.

Comme on peut facilement le constater, la description qui précède comporte tous les éléments d'un jeu d'équilibre. Il doit finalement y avoir un gagnant et un perdant et, à chaque phase du jeu, un point gagné par une partie est un point perdu par l'autre.

Il en découle deux conséquences importantes. D'abord, 50 pour cent des parties seront finalement déçues par le résultat du procès pénal. Puis, le mécanisme accroît l'aliénation et la polarisation entre les parties. Elles en viennent à se considérer mutuellement comme des gagnants ou des perdants et, chose encore plus importante, à voir dans le monde deux classes d'individus. Celui qui est toujours en prison se considère comme un perdant et c'est uniquement en devenant un ga-

gnant que sa situation changera. Le délinquant et la victime adoptent des attitudes radicalement opposées à une vie sociale consciencieuse. Une personne sent qu'elle a une responsabilité sociale si elle est en mesure de constater que ses intérêts sont identiques à ceux d'un adversaire possible, de savoir faire des compromis, de donner un peu et de recevoir un peu. Si les parents montraient à leurs enfants comment se conduire avec d'autres enfants de la façon dont le mécanisme pénal enseigne aux victimes et aux délinquants comment ils doivent se comporter les uns envers les autres, la vie sociale deviendrait impossible.

Lon Fuller, dans *Forms and Limits of Adjudication* (1958), a énoncé un certain nombre de critères dont il faut tenir compte pour que l'arbitrage puisse assurer un règlement efficace des conflits. Selon lui, le juge joue un rôle essentiel; il doit être impartial et disposé à entendre les deux parties. De plus, pour que les arguments avancés par ces dernières influent d'une façon quelque peu significative sur la décision, le mécanisme doit assumer le fardeau de rationalité non supporté par quelque autre forme d'ordre social. La décision qui est le produit d'une argumentation doit pouvoir respecter le critère de la raison. Deuxièmement, des opinions devraient accompagner la décision; autrement, les parties doivent prendre pour acquis qu'elles ont réellement participé à la prise de décision et que l'arbitre avait réellement compris les preuves et les arguments présentés et en avait tenu compte. Troisièmement, la décision doit être fondée sur des motifs invoqués par les parties, car autrement, leur participation ne voudrait plus rien dire. Quatrièmement, l'arbitre doit être compétent et impartial. Si l'arbitre est émotivement attaché à l'un des intérêts en cause dans le litige, la participation des parties ne veut plus rien dire. L'arbitre ne doit pas connaître, par expérience personnelle, le domaine du litige, mais il doit être en mesure, par ses propres recherches, de comprendre le contexte social qui lui a donné naissance. Cinquièmement, la décision doit être rétrospective. Les tribunaux n'ont pas pour fonction d'établir de nouveaux objectifs sociaux et d'imposer à la société de nouveaux principes fondamentaux, même s'ils devraient établir au fur et à mesure comment il est possible d'atteindre ces objectifs et d'appliquer ces principes dans des situations précises. Finalement, toujours selon Fuller, une condition nécessaire de l'arbitrage est que le problème dont le tribunal est saisi puisse être isolé de façon à entraîner un certain équilibre. Fuller y oppose un problème polycentrique, où plusieurs points centraux agissent les uns sur les autres, de sorte que tout changement de l'un d'eux produit un effet sur chacun des autres. Pareil problème ne saurait s'appliquer à l'arbitrage parce que l'arbitre doit être en mesure d'apprécier quelles répercussions aura sa décision, ce qui devient de plus en plus difficile lorsque le nombre de points centraux augmente et parce qu'il est

difficile d'assurer à chaque partie une participation significative, par la présentation de preuves et d'arguments permettant d'en arriver à une décision respectant le critère de la rationalité. Fuller affirme que le critère final est celui de savoir si [TRADUCTION] «la relation fondamentale (entre les parties) est telle qu'elle est mieux organisée par des règles impersonnelles où l'acte entre principalement en ligne de compte». D'autre part, si l'établissement de règles rendait inefficace l'association humaine, l'arbitrage ne serait pas approprié.

Compte tenu des critères de Fuller, examinons brièvement le processus pénal. Premièrement, le processus pénal est mis en branle par la police ou le procureur de la Couronne, en leur qualité de représentants de l'État. Le juge représente également l'État; par conséquent, c'est l'État qui met en branle le mécanisme et rend une décision. En théorie, le juge est indépendant et n'a rien à voir avec les intérêts de l'État, représenté par la Couronne, mais il est assez difficile d'établir une distinction, du moins pour de nombreux accusés. Il y a lieu de soupçonner une certaine partialité lorsque les juges et les procureurs de la Couronne montrent, par une association continue, qu'ils entretiennent des relations entre eux. Les opinions accompagnent rarement les décisions, ne serait-ce que parce que l'arrière des causes doit être rapidement rattrapé. Lorsqu'il y a des motifs écrits, le prévenu en prend rarement connaissance. De toute façon, dans à peu près 90% des cas, le prévenu présente un plaidoyer de culpabilité. De plus, la négociation de plaidoyer a remplacé le procès accusatoire traditionnel dans la majorité des cas, du moins devant les tribunaux urbains. Il est de moins en moins rare que la participation des juges se limite à l'apposition d'un sceau d'approbation à une «tractation» entre les avocats. L'un des principaux problèmes de la négociation, en ce qui concerne les plaidoyers ou la sentence, est que les principaux intéressés n'y participent pas. Les problèmes inhérents à cette façon d'agir ont déjà fait l'objet de commentaires; nous n'avons donc pas besoin d'en parler plus longuement ici. En ce qui concerne la question de savoir si la plupart des juges sont compétents et réellement impartiaux, disons que tous les avocats et criminels «cherchent des juges» parce qu'ils sont fermement convaincus que la justice est une chose très personnelle. Il devient de plus en plus difficile pour les juges de connaître les conditions sociales qui ont amené des manquements au code criminel et à d'autres lois de nature quasi-criminelle s'appliquant à toutes sortes de comportements. Il se peut que ce soit là un problème inévitable dans tout règlement de différend; de fait, cela peut même contribuer à la prise d'une décision plus impartiale. Mais étant donné que le juge joue un rôle crucial, en ce qui concerne l'intégrité de tout le mécanisme d'arbitrage, il faut tenir compte de ce facteur. Le mécanisme pénal

semble du moins respecter la cinquième caractéristique énoncée par Fuller, en ce sens que les décisions rendues sont rétrospectives, fondées sur des précédents et n'ont apparemment aucun effet important sur l'évolution future de la société.

C'est la dernière caractéristique énoncée par Fuller que le mécanisme d'arbitrage dans les procès criminels semble ne pas respecter. Mis à part les crimes professionnels et quelques infractions isolées perpétrées par des particuliers, la plupart des crimes sont commis dans le cadre de relations continues très complexes et difficiles à démêler. En d'autres termes, ce sont des problèmes polycentriques. Willoughby Abner, directeur du National Centre of Dispute Settlement, décrit comme suit une affaire criminelle typique:

[TRADUCTION] Comme la partie visible d'un iceberg, la plainte privée au criminel . . . porte fréquemment sur des accusations relativement mineures découlant d'un conflit humain, d'une frustration et d'une aliénation plus importante. En pareils cas, il n'est pas rare que le plaignant et le prévenu soient tous deux en partie fautifs, et pourtant . . . le droit pénal, en se concentrant uniquement sur le prévenu, peut difficilement tenir compte de ce fait fondamental. Le juge, faisant face à un programme surchargé, au critère du doute raisonnable, à des histoires contradictoires et à des accusations mineures, rejette habituellement la plainte ou semonce le prévenu, en le menaçant de le punir s'il recommence. Telle n'est pas la solution du conflit; cela ne résout pas le problème et n'est pas destiné à le résoudre. On a observé la partie visible de l'iceberg mais la masse principale demeure cachée et peut-être plus dangereuse qu'elle ne l'ait jamais été. Les tensions éprouvées par la collectivité n'ont pas été atténuées. Les relations ont été ordonnées.

Comme solution de rechange, Abner propose que le litige soit soumis, sur entente des parties, à l'arbitrage, sous les auspices du National Centre for Dispute Settlement. On peut se demander si un centre national peut considérer sous la bonne perspective ce qui constitue essentiellement un litige local, mais, bien sûr, cela comporte néanmoins l'avantage suivant: les arbitres, par leurs connaissances particulières, sont en mesure d'établir le problème fondamental. Citons un autre passage d'Abner, qui résume bien les avantages de pareille solution:

[TRADUCTION] Ces procédures donnent davantage l'occasion de se pencher d'une façon significative et compréhensive sur les problèmes d'êtres humains en conflit, de rechercher les causes fondamentales et de s'y attaquer. Cela donne davantage l'occasion de s'entendre, de dialoguer efficacement et de régler tout malentendu possible. Cela permet également d'en arriver à une solution finale, au moyen de la décision de l'arbitre, si les parties n'en sont pas venues à une entente. Toutefois, le mécanisme lui-même rend bien plus acceptable la décision rendue. Le conflit naît dans la communauté et dans des conditions qui assurent le plus possible la participation des parties au litige résidant dans la communauté.

L'influence de l'urbanisation sur notre réaction au crime

De nombreux éléments de preuve tendent à démontrer que la répression est fonction de l'écart social entre celui qui punit et celui qui est puni. Moins nous en connaissons au sujet du délinquant et moins nous sommes en contact avec lui, plus nous le craignons. A cet égard, la maxime: «Connaître c'est pardonner» est bien appropriée.

Compte tenu de l'expansion des villes, que Durkheim appelle «citadelles de solitude», les gens sont poussés à être de plus en plus en relation avec des étrangers. Le contrôle social sous une forme non institutionnelle tend à disparaître et la responsabilité de la sécurité des individus tend à être confiée à des organismes bureaucratiques qui ont d'énormes pouvoirs, mais sur lesquels l'individu n'exerce pour ainsi dire aucun contrôle. De plus, nous sommes de plus en plus sous la dépendance d'étrangers dans notre société industrielle moderne, et notre sécurité dépend de plus en plus du bon comportement de bien des gens que nous ne connaissons pas. Prenons comme exemple le fouilli qu'un conducteur irresponsable peut créer sur une voie publique encombrée ou le désastre qu'un saboteur peut entraîner en détruisant un avion ou quelque autre véhicule servant au transport public. Les voisins sont considérés comme des menaces possibles plutôt que comme des amis possibles. Le sentiment d'anomalie ainsi créé relâche le lien d'interdépendance sociale, d'où un état de choses permettant au crime de s'épanouir. L'écart social existant entre les gens ainsi que le fait que nous confions à des experts le soin d'assurer notre sécurité font naître un climat de crainte qui contribue à son tour à accroître l'écart social. Les moyens d'information encouragent cet état de choses en donnant au crime une publicité extravagante. Le crime et le contrôle du crime sont donc devenus des questions politiques majeures en Amérique du Nord. Au lieu de dramatiser le mal, il faut chercher à le normaliser.

La bureaucratisation et la centralisation des services gouvernementaux

Le mécanisme bureaucratique a remplacé le mécanisme juridique lorsque la fonction primordiale du gouvernement est passée d'une fonction de réglementation et de règlement des litiges entre les individus et le groupe à une fonction d'intervention directe dans les relations sociales et de contrôle de ces dernières. Cela s'applique autant aux

systèmes d'économie et de bien-être qu'au système de justice pénale. De fait, l'évolution parallèle de chacun de ces domaines est frappante. Dans un certain sens, l'application moderne de la loi et les pratiques actuelles en matière de correction sont fondées sur les valeurs sociales et politiques du «New deal», c'est-à-dire que l'on a fait confiance au gouvernement pour trouver un remède aux maux de la société. Ceci étant, la nécessité de légitimer les mécanismes gouvernementaux du point de vue de la philosophie du droit et de la correction est d'une importance primordiale. D'où le changement dans la nomenclature: le crime est pressenti comme une *menace* pour la société; les délinquants sont considérés comme des *malades* qui ont besoin d'être traités; les agents de la *paix* sont considérés comme responsables de l'*application* de la loi et les travailleurs *sociaux* comme responsables des *mesures correctionnelles*.

Ce changement a entraîné de nombreuses conséquences, l'une des plus importantes étant un éloignement encore plus important des mécanismes de contrôle social de la vie quotidienne. Lorsque l'on confère des pouvoirs à la police, cela implique nécessairement que l'on doit retirer les responsabilités incombant aux citoyens, et ceci, en vue de leur propre protection. «Laissez la police s'en occuper», «Je ne veux pas m'en mêler»: ce sont là des exemples de l'attitude que le public a adoptée par suite de ce mécanisme. Les agents de la paix ont également changé d'attitude. On devrait s'inquiéter du fait que la police devient de plus en plus étrangère au courant principal de la société, malgré les tentatives récentes qu'elle a faites en vue de résister à cette tendance. L'on ne peut que déplorer l'hypocrisie de notre attitude actuelle envers les agents de la paix. Nous conférons à ces derniers d'énormes pouvoirs sans pour autant leur prodiguer les directives nécessaires à l'exercice de ces pouvoirs, puis nous attendons qu'ils commettent des erreurs, pour ensuite les critiquer. Une telle attitude de notre société est de nature à serrer les rangs parmi les responsables de l'application de la loi, empêcher par là tout dialogue significatif entre la police et les membres de la société en général. De plus, en refusant d'attribuer à la police le rôle légitime du maintien de la paix et du règlement des litiges, on contribue uniquement à accroître l'écart social entre la police et les membres de la société.

Le désavantage, en ce qui concerne les relations entre la police et la communauté, est beaucoup plus important que l'avantage dont on bénéficie, du point de vue de l'efficacité, en remplaçant l'agent faisant sa ronde à pied par des policiers motorisés et par conséquent isolés du public. Tous ces facteurs ont eu pour résultat de faire de la police un groupe minoritaire dans la société.

L'abus de la science

L'un des aspects de l'État industriel des temps modernes a été la confiance croissante manifestée par la plupart des gens dans l'aptitude de la science à résoudre les problèmes. On a mis l'accent sur la synthèse en propriétés concrètes des données d'une opération afin d'en mesurer l'efficacité. Ainsi, les programmes, en matière de correction, sont évalués suivant leur aptitude à diminuer les récidives. L'on tente de la même façon de justifier certaines méthodes correctionnelles en alléguant leur supériorité. A mon avis, cela a non seulement condamné le processus correctionnel à être considéré comme une faillite totale (alors que ce n'est pas le cas), mais cela a également contribué à l'escalade de la guerre à la criminalité. Ce qui plus est, cela tend à amenuiser les valeurs humaines et juridiques en cause, que l'on ne peut soumettre à un traitement similaire, compte tenu des ressources actuelles. En vérité, s'il existe un malaise dans le domaine du crime, ce malaise réside sans doute dans la façon dont la société réagit au crime plutôt que dans le comportement de la plupart des délinquants aux prises avec le système judiciaire au criminel. Nous n'avons pas à notre disposition une technologie nous permettant de ranger avec justesse les délinquants selon des classifications psychiatriques ou psychologiques connues; d'autre part, il est également clair que nous ne possédons pas des mécanismes d'intervention de nature à donner de meilleurs résultats que ceux auxquels on peut arriver en ne traitant pas du tout les délinquants. De plus, certains éléments de preuve tendent à démontrer qu'en s'efforçant de considérer les délinquants comme des malades, on contribue probablement à accroître la criminalité plutôt qu'à la réduire. Les écrits publiés en matière de sociologie au cours des dernières années traitent principalement des fonctions d'étiquetage, de stigmatisation et de moralisation du système judiciaire au criminel. En ce qui concerne l'individu aux prises avec le système, cela a pour effet de renforcer l'idée qu'il se fait de lui, se considérant comme cas désespéré plutôt que comme être humain ayant certaines responsabilités. Que nous ayons en vue le traitement ou le châtement, le résultat est le même: l'individu se considère de moins en moins comme un membre utile de la communauté.

L'importance indue accordée à la correction comme méthode de contrôle social

Les responsables, en matière correctionnelle, subissent des pressions de plus en plus fortes en vue de justifier les accomplissements de

leurs organismes du point de vue du contrôle de la criminalité. Nombreux sont ceux qui semblent avoir capitulé devant ces pressions en consentant à apprécier le résultat de leur travail selon le taux des récidives. Des pressions parallèles sont exercées sur la police en vue d'évaluer les résultats de son travail en tenant compte des «crimes portés à sa connaissance» et du nombre de crimes «solutionnés».

Bien sûr, au début, il était possible de convaincre le non-initié que des mesures telles que la probation contribuent, plus que l'emprisonnement, à contrer la criminalité. Toutefois, il est bien connu que ces mesures paraissent plus efficaces uniquement parce qu'elles font entrer en ligne de compte des risques beaucoup moins importants que ne constitue un délinquant condamné à l'emprisonnement. De fait, d'après certaines recherches, le succès relatif remporté par la probation par rapport à l'emprisonnement serait exactement inversement proportionnel si tous ceux qui furent condamnés à l'emprisonnement étaient mis en probation et vice-versa. La fonction de relations publiques, fondée sur le soi-disant succès remporté par le traitement, est une mauvaise tactique, car elle est de nature à amener une réduction des crédits consacrés à des programmes qui ont peut-être plus de mérite au point de vue humanitaire. De plus, même si toutes les mesures se valent, il semblerait, du point de vue économique ou humanitaire, que les sursis, les amendes et la probation doivent être utilisés dès qu'il apparaît que le risque inhérent au fait de permettre au délinquant de demeurer dans la société est raisonnable.

En appréciant les résultats obtenus par la police en regard à l'application de la loi plutôt qu'en considérant la prévention de la criminalité, on se trouve implicitement à déprécier le rôle traditionnel de l'agent de la paix en tant que responsable du maintien de la paix. Les critères d'appréciation constituent de bons indices dans l'établissement des priorités au sein du système judiciaire au criminel. La diminution de l'écart existant entre le public d'une part, et la police, d'autre part, permettra inévitablement d'accroître «le nombre de crimes portés à la connaissance de la police» et de diminuer la proportion de crimes «solutionnés» par une mise en accusation. Sans autre méthode d'appréciation de l'efficacité des mesures prises par la police, nous contribuerons à ce que le public considère l'appareil pénal comme un échec, en tant que mécanisme de contrôle social.

Dans la mesure où l'application de la loi et le traitement des délinquants tendent à ne plus considérer ces derniers comme des êtres humains moralement responsables de leur comportement, et visent à contrer le crime par le biais de la réhabilitation et de la dissuasion, le système judiciaire au criminel se déshumanise aux yeux de tous ceux qui sont aux prises avec lui, y compris le délinquant ainsi que ceux

qui côtoient ce dernier. Les tentatives en vue d'assurer le contrôle social au moyen de l'arrestation, du redressement et de la dissuasion ont non seulement échoué, mais ont également mené à des pratiques pénales qui, si on leur enlève leurs attributs euphémiques, constituent en réalité une violation des libertés fondamentales au nom du progrès. La substitution du châtimeur par le traitement est exactement à l'opposé de toute visée progressiste, comme le signale Matza. C'est une mystification, voire même une hypocrisie des plus cruelles. Ce qu'il faut, c'est un retour à des objectifs beaucoup plus modestes dans le domaine du contrôle de la criminalité. S'il est impossible d'en établir l'efficacité, il faudrait tout au moins rechercher la justice et l'équité. La participation de tous est nécessaire si ce n'est que pour rallier la confiance du public en notre système. Du même coup, il faut sans délai trouver d'autres méthodes de règlement des conflits omniprésents dans toute société. Le processus pénal devrait être perçu comme n'étant uniquement que l'une des formes possibles de règlement des litiges; l'on doit maintenant chercher des solutions de rechange.

Considérations d'ordre pratique et moral s'appliquant à la réforme du droit pénal

Dans ce chapitre, nous nous pencherons sur les questions en jeu dans la réforme du droit pénal. La nécessité d'effectuer des changements importants apparaît de plus en plus évidente à un grand nombre d'individus, acteurs ou spectateurs du système juridique établi. Toutefois, les mécanismes permettant d'effectuer de tels changements se prêtent difficilement à notre intelligence.

Deux choses nous semblent claires. Tout d'abord, des mesures réparatrices, prises au niveau juridique-technique et destinées à donner aux règles établies une teinte de rationalité et d'uniformité interne, sans pour autant modifier les structures institutionnelles ou le comportement individuel, sont inadéquates. Ensuite, hormis une révolution, un changement tangible dans le système juridique sera nécessairement bénéfique, car l'effet plus ou moins important qu'il aura sur la société dépend des convictions et objectifs d'individus appartenant à la sous-culture juridique (par exemple, les victimes, les délinquants, les agents de la paix, les avocats, les juges et ceux qui travaillent dans le domaine correctionnel) et des attitudes et aspirations de ceux qui font partie de la culture générale, soit la société dans son ensemble. Si ces modèles culturels évoluent relativement lentement (ce qui semble caractériser la société canadienne), on ne devrait pas s'attendre à une transformation radicale de la société au moyen de la loi seule. Après tout, la loi n'est qu'une manifestation superficielle des structures enracinées dans la société, structures qui reflètent les différences établies depuis longtemps dans les rapports de forces au sein de cette même société.

Cela ne veut pas dire que la loi n'a aucun effet sur le changement social et cela ne pourrait justifier que l'on se garde de déployer des efforts délibérés en vue d'améliorer la loi. Nous soutenons plutôt que dans une société relativement stable, la réforme du droit peut se faire dans des limites structurelles bien définies. Celui qui veut réellement apporter des changements juridiques majeurs doit se concentrer sur l'élargissement des structures et sur la sensibilisation des citoyens, tant des experts en droit que du public en général, à la réalité sociale qui est la leur.

De toute façon, des changements se réalisent dans la culture juridique sans l'intervention du Parlement, des commissions de réforme du droit ou du public. De fait, un grand nombre de changements majeurs récemment effectués dans le système judiciaire au criminel, dont le rôle de plus en plus important attribué à l'agent de la paix en tant que travailleur social, ainsi que le remplacement progressif du procès par la négociation de plaidoyer ou de sentence, ont été effectués dans les sous-systèmes de la structure juridique à titre de réactions «maison» à des besoins et intérêts particuliers définis par les personnages concernés du milieu juridique. Il devient évident que ceux qui *réforment* la loi doivent participer à la réforme du droit en ayant recours aux innovations, aux expériences et à l'information du public, et non en faisant de simples *recommandations* au Parlement. Cela fait immédiatement entrer en ligne de compte les questions morales et pratiques ayant trait à cet objectif.

Le mythe de l'objectivité

Il semble curieux qu'à une époque où toutes les institutions sociales sont examinées à fond, qu'il s'agisse de la famille-nucléaire ou de l'État-nation, de nombreux experts en la matière et certains responsables de la réforme du droit soutiennent qu'ils peuvent conserver une attitude «objective» et «neutre» relativement aux questions d'actualité. Cette attitude est non seulement illusoire mais également dangereuse. Elle est dangereuse parce que le penchant libéral-académique qui consiste à obscurcir les questions de valeur en voyant les deux côtés de la médaille et en pesant tous les facteurs mène à l'émasculatation tant de la pensée que de l'action. Le mythe de la «neutralité réelle» a immunisé de nombreuses gens contre leur milieu social, milieu qu'ils ne peuvent plus apprécier d'un point de vue humain. D'où une désillusion générale au sujet de la capacité de l'individu de contrôler son univers, et un narcissisme, l'intérêt personnel immédiat remplaçant l'altruisme. L'immobilité intellectuelle qui en découle détruit tout objectif ou intention et sert simplement à maintenir le *statu quo*. Que

le responsable libéral de la réforme du droit considère ou non la structure hiérarchique fondamentale comme étant essentiellement valable ou exigeant des changements importants, le résultat est le même: la création d'un sentiment de complexité incroyable des questions sociales nécessitant les connaissances spécialisées de quelques technocrates privilégiés. La présentation de rapports techniques, les sondages d'opinion et les statistiques complexes servent à étayer cette impression ainsi qu'à accroître le pouvoir de l'établissement libéral.

Cette démarche ne peut qu'aboutir à une fausse rationalité et une pseudo-excellence. De plus, l'attitude soi-disant «morale» de la neutralité doit être considérée pour ce qu'elle vaut, soit, la préservation de relations hiérarchiquement ordonnées dans la société.

Mais les faits persistants de la vie sociale ne disparaîtront pas, malgré toutes les statistiques et tous les rapports techniques. De plus en plus de gens en sont venus à réaliser que les structures sociales ont dépassé les mesures et les capacités humaines. Ils cherchent une porte de sortie; si les responsables libéraux de la réforme du droit veulent jouer un rôle dans la nouvelle structuration de la société, ils doivent être disposés à s'engager d'une façon directement pratique et pertinente. Les risques encourus sont, bien sûr, réels. On ne saurait échapper au fardeau moral d'apprécier les conséquences de notre comportement selon l'effet qu'il a sur les autres. Il n'existe aucune garantie de succès et l'échec emporte des désavantages personnels. Chose encore plus importante pour un théoricien libéral bien socialisé, l'engagement personnel d'analyser son comportement social du point de vue de ses fins politiques et morales, de son utilité et de son effet sur d'autres personnes, l'amène à modifier son comportement, ce qui ne se fait pas sans peine.

Heureusement, il constatera que ce n'est pas là une recherche solitaire, car la demande d'obéissance à l'autoritarisme libéral perd rapidement sa force et sa raison d'être. Le réformateur obtiendra de l'aide là où il ne s'y attendait pas vraiment. De nombreux agents de la paix, juges, travailleurs sociaux, avocats et profanes sont d'accord avec lui pour dire que le système judiciaire pénal mène à la déshumanisation même s'ils ne s'entendent peut-être pas sur une solution initiale et finale. Mais il leur est possible d'élaborer ensemble des mesures collectives destinées à régler des questions précises d'une façon plus humaine et efficace.

Il semble qu'il n'existe aucun moyen facile de faire face à ses responsabilités morales aux fins de l'intervention sociale. Il existe de nombreuses échappatoires tentantes. On peut avoir recours à des procédures bien établies telles que des comités d'examen, des déclarations de principe, des codes d'éthique et des écrits dégageant de toute responsabilité civile ou pénale. L'expérience semble démontrer que dans

de nombreux cas, ce mécanisme donne au chercheur l'occasion d'échapper à une responsabilité réelle, car si les exigences ont été satisfaites, il a la faculté d'agir sans tenir compte plus longtemps de l'effet de ses travaux. Il semble également que dans certains cas, des considérations morales ont été invoquées par des administrateurs d'université, des gouvernements et des bailleurs de fonds en vue d'empêcher toute intervention sociale significative. Représentant ostensiblement la « conscience de la communauté », ces organismes ont poussé les recherches et les mesures vers des domaines sûrs, non contestables, qui ne remettent pas en question l'ordre social existant.

L'idéologie en tant qu'échappatoire

Pour échapper à ses responsabilités, le chercheur peut également épouser une philosophie tellement radicale en principe qu'il est certain qu'elle ne sera acceptée ni par les gens directement concernés ni par les bailleurs de fonds éventuels. En refusant de se pencher sur des problèmes pratiques qui se posent tous les jours et qui, de toute évidence, devraient entraîner sans délai des changements, l'idéologue se protège contre la nécessité d'agir, et il peut alors être sûr qu'il n'exercera pas sur la société une influence notable. Les mouvements les plus radicaux de la société contemporaine paraissent être ceux qui tendent à une orientation idéologique précise. Ils s'attachent à des questions précises et sont en mesure de catalyser les changements comme peu de mouvements ayant une orientation idéologique semblent en mesure de le faire. Citons entre autres le mouvement écologique, le mouvement féminin, le contribuable et les groupes communautaires de citoyens.

La participation du citoyen au mécanisme politique fait actuellement l'objet d'un changement remarquable. De nouveaux mouvements apparaissent un peu partout. La plupart de ceux-ci n'ont aucune structure bien établie, aucune liste de membres, aucun mode de scrutin et ainsi de suite, de nature à faire oublier les tâches immédiates. Il se peut bien, après tout, que Daniel Bell (*The End of Ideology*) ait raison, mais, paradoxalement, pour des raisons tout à fait contraires à celles qu'il invoque. L'idéologie est morte (du moins pour le moment) non pas parce que les objectifs fondamentaux de la société ont été déterminés d'une façon définitive, mais précisément parce qu'il semble n'y avoir aucune entente entre les gens à ce sujet. Dans l'intervalle, les gens mettent de côté leurs différends idéologiques et entreprennent de régler les problèmes précis auxquels ils doivent faire face. Il est intéressant de noter que ce refus d'idéologie et d'organisation officielle a permis à l'activisme social de s'immiscer dans la classe traditionnelle et les lignes politiques. Reste à voir s'il s'agit d'un phénomène temporaire ou d'une « nouvelle

politique» réelle. Pour le moment, disons que de nouvelles forces sont à l'œuvre dans la société; elles sont, par leur structure, égalitaires, recrutent leurs membres un peu partout et ont en vue une mission précise. D'où une nouvelle occasion d'effectuer une réforme juridico-institutionnelle à laquelle le public participe pleinement.

Ce nouveau dynamisme fournit également un cadre moral dans lequel l'intervention sociale peut prendre place. Celui qui réforme la loi se trouve contraint à tenir compte des résultats de ses travaux. La théorie politique et juridique, les déclarations officielles de principe et les attitudes idéologiques ont pour critère final l'expérience pratique. Les réformateurs sont dans une meilleure situation, du point de vue moral et politique, lorsqu'ils peuvent démontrer la validité de leurs propositions en se fondant sur une expérience réussie.

Obstacles à la participation publique à la réforme du droit

A nos yeux, la réforme du droit est plus efficace lorsqu'elle tient compte de la conscience collective qu'ont les intéressés au sujet de leurs besoins et problèmes pratiques, mais nous ne soutenons pas qu'en abordant la question de la réforme du droit d'une façon activiste, on se limite d'une façon permanente à la perspective existante de la majorité des gens directement concernés. Il est soutenu qu'il est moralement justifié de tenter de changer ces attitudes et convictions si le réformateur est convaincu qu'elles sont le reflet d'une conscience fautive et démoralisante. La justification de pareille mesure est fondée sur la conviction que chaque individu d'une société ouverte a le droit d'exprimer son opinion d'une façon aussi convaincante que possible pourvu qu'il se montre tolérant à l'égard d'autres opinions que la sienne et s'intéresse réellement aux autres en tant que *personnes* et non en tant qu'*objets*. Cela veut dire qu'en cherchant à informer le public, le réformateur ne doit pas se présenter en tant qu'expert mais plutôt en tant que participant à un dialogue avec les membres de la communauté qui désirent participer à l'élaboration de stratégies d'intervention sociale. L'humilité ne saurait tomber sous le coup de la loi et elle ne peut pas être imposée à ceux dont la personnalité tend à l'impérialisme intellectuel et moral. Elle vient naturellement aux individus qui, par leur expérience de la vie, ont appris que le règlement créateur de problèmes sociaux complexes ne saurait découler uniquement d'une théorie ou d'une idéologie mais dépend habituellement de l'expérience concrète.

Deux mythes empêchent une participation communautaire efficace à la réforme du droit pénal. Selon le premier, le crime existe partout dans la vie communautaire: les voisins, les étrangers et tous ceux qui

font partie de notre milieu sont des criminels en puissance. Il est possible de démontrer empiriquement qu'au Canada, une personne court un risque relativement faible d'être, au cours de sa vie, la victime d'un crime grave en comparaison d'autres risques tels que la maladie, les accidents, et ainsi de suite, mais de nombreuses gens, dans les grandes villes, considèrent que leur environnement social constitue un danger. Selon le deuxième mythe, les individus constituent des menaces possibles pour la vie et la liberté, au contraire de l'État. Ces deux mythes sont à la base de l'autoritarisme libéral. Ils entravent la participation des citoyens à des questions influant directement sur leur vie et encouragent la recherche de la protection des institutions-mères de l'État, de l'Église, de l'école et des professions.

Il est intéressant de noter qu'en Amérique du Nord, les lignes de conduite sociales (peut-être plus manifestes aux États-Unis qu'au Canada) ont consisté à mettre l'accent sur la plus petite et la plus grande unité de la société, soit sur l'individu et sur la méga-institution. On a très peu tenu compte des piliers de la société tels que la famille, le voisinage, le quartier et la ville. C'est là une condition de l'aliénation dont nous pouvons maintenant constater les conséquences. L'existence désorganisée de l'individu dans une grande ville, individu étranger à ses voisins et contraint à entretenir ses rapports avec la communauté par l'intermédiaire d'importants organismes impersonnels qui influent sur sa vie quotidienne mais sur lesquels il n'exerce pour ainsi dire aucun contrôle, mène à la rupture de l'ordre social, comme semblent le montrer tous les indicateurs sociaux normaux. Des taux relativement élevés de suicide, de divorce, de maladie mentale, de crime et de délinquance juvénile, dans les grandes villes, par opposition aux communautés rurales et aux petites villes, sont le reflet du désordre social qui se manifeste lorsque les individus ne peuvent plus avoir les uns avec les autres des rapports humains. Le retour au village est une idée romantique illusoire, comme l'ont appris à leurs propres dépens de nombreuses gens qui ont participé au mouvement communal, mais les résidents des villes devraient être en mesure de modeler leur environnement d'une façon qui leur donne un sentiment de satisfaction, grâce à leur participation aux décisions influant sur leur communauté. Pour participer, il faut pouvoir tolérer les ambiguïtés, ainsi que la confusion et le désordre découlant de tout changement. Il semble qu'il s'agisse de faire un choix entre la recherche d'une société propre, prévisible, anti-septique (nous pouvons tous constater qu'il y a eu un échec à cet égard) et une société ouverte, dynamique et pourtant imprévisible. Examinons maintenant certains des éléments s'appliquant à une nouvelle structuration du système judiciaire pénal à cette dernière fin.

L'évolution naturelle de la réforme du droit pénal

Par suite de l'énorme pouvoir discrétionnaire, à quelque stade que ce soit, de ne pas faire appel au mécanisme pénal, depuis le recours à la police par la victime jusqu'à la libération conditionnelle du délinquant, les autorités peuvent facilement modifier la pratique institutionnelle sans approbation législative. Cette remarque s'applique particulièrement au Canada, car les fonctionnaires subalternes de l'administration de la justice pénale ont des pouvoirs discrétionnaires plus importants que ce n'est habituellement le cas en d'autres endroits où s'applique le *common law*. Ainsi, au Canada, l'agent de la paix a un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus étendu, en matière d'arrestation, de saisie et de perquisition, que n'en a son collègue américain. Les fonctionnaires des tribunaux inférieurs, par exemple les juges des cours provinciales et les magistrats, ont une compétence plus étendue et des pouvoirs plus importants en matière de sentencing que n'en ont les juges seuls des tribunaux inférieurs de tout autre pays du Commonwealth, des États-Unis ou de l'Europe continentale. Au Canada, la libération conditionnelle est strictement une mesure gracieuse et les décisions prises en matière de correction sont relativement libres de tout contrôle juridique. Il est intéressant de noter que même si, au Canada, ces autorités peuvent agir à peu près comme elles l'entendent, les modèles de comportement paraissent être mieux délimités que dans les autres pays. Et ce, probablement parce que les éléments de la culture juridique sur lesquels se fondent ces autorités fournissent des normes de comportement qui ont un impact réel sur les décisions qui sont prises. De toute façon, il est possible de prendre énormément de mesures avant d'avoir à demander au Parlement de modifier la loi écrite. De fait, lorsqu'on examine la législation pénale du vingtième siècle, on constate que les modifications importantes qui ont été apportées à la «loi en action» par opposition à la «loi livresque» sont toujours venues du bas, le Parlement se contentant d'apposer son sceau d'approbation à un état de faits existant déjà depuis quelque temps. De cela, nous pouvons tirer une leçon: la réforme du droit doit commencer au niveau culturel-institutionnel.

Nous exposerons maintenant les étapes à franchir dans toute évolution naturelle de la réforme de la justice pénale. Cette évolution est davantage en mesure de prendre plutôt que de subir des changements obligatoires venus du haut et permet d'apprécier toutes les conséquences pratiques et morales à temps pour changer le sens de l'évolution le cas échéant.

1. Au niveau le plus bas, il existe un changement d'un genre officieux et imperceptible. Il comporte une nouvelle définition de la nature du problème, tel que compris par les citoyens ordinaires. La crainte

irrationnelle d'infractions précises tend à diminuer lorsque leur nature et les individus qui les perpètrent sont mieux compris. A Toronto, le Clarke Institute of Psychiatry a énormément aidé à diminuer la crainte du pédophile au moyen d'une campagne d'information publique à laquelle ont contribué les médias d'information. Le public a réduit ses exigences; de ce fait, on en est venu à considérer cette catégorie de délinquants d'une façon moins sévère.

2. Le second changement se rapporte à la «langue de travail» des tribunaux, des avocats, des agents de la paix et des juges chargés de l'administration de la loi. Lorsque les autorités commencent à percevoir le crime sous un angle différent, elles tendent à réagir en conséquence. Dans de nombreux cas, les sentiments et l'attitude des agents de la paix ont changé par suite de leur intervention dans une crise familiale, et de leur participation aux travaux des services communautaires et à la prévention du crime.

3. Le troisième changement peut être considéré comme une innovation culturelle réelle. Il se produit lorsque les normes de travail des responsables du contrôle judiciaire sont exprimées non seulement du point de vue de ce qu'elles *disent* mais également du point de vue de ce que ceux-ci *font* en exerçant leurs pouvoirs. Le pouvoir discrétionnaire de ne porter aucune accusation criminelle lorsque d'autres moyens d'intervention sont disponibles en constitue un bon exemple. Citons également le recours croissant au sursis, aux libérations absolues et conditionnelles par les tribunaux, lorsqu'ils reconnaissent que l'acte criminel constitue simplement une violation technique ou une infraction découlant d'un problème social plus important que les organismes non coercitifs sont plus en mesure de régler.

4. La quatrième étape se manifeste lorsque l'innovation culturelle prend une forme officielle par l'établissement de stratégies, d'unités ou d'organismes ou, ce qui est encore plus probable à ce niveau, par une nouvelle allocation des ressources. La création de bureaux spécialisés de la jeunesse et de programmes de services communautaires en constituent des exemples.

5. La cinquième étape constitue une innovation encore plus poussée. Il s'agit de l'exposé formel d'une nouvelle ligne de conduite s'appliquant à des types précis de crimes, ligne de conduite qui a dépassé le stade de l'expérience pour être appliquée d'une façon générale. Mentionnons, entre autres, la décision de ne plus intenter de poursuites contre les jeunes qui ont en leur possession des drogues naturelles. Ou encore, le cas de la sûreté de Toronto qui, trois ans avant l'abrogation de l'infraction d'homosexualité entre adultes consentants, a décidé de ne plus arrêter une personne soupçonnée de cette infraction.

6. L'étape finale est la création d'une nouvelle loi, l'abrogation d'une ancienne loi ou une modification importante apportée à une loi existante par suite de changements qui ont déjà été effectués dans la mise en application de celle-ci.

Il existe un changement final, de portée supra-juridique. Il comporte des changements fondamentaux dans le système de valeurs de la culture juridique et dans le système technologique de la structure juridico-sociale. Pareils changements sont tellement absolus et complets qu'il est possible de dire qu'il y a eu une révolution juridique. L'échelle des valeurs a été complètement bouleversée. Du point de vue de la présente étude, pareil changement sera effectué lorsque les organismes juridiques n'auront plus aucune structure hiérarchique, lorsque des décisions auront été prises au sujet du contrôle de la criminalité et lorsque le processus pénal reviendra à sa tâche principale qui consiste à maintenir la paix en réglant les litiges. Les conditions objectives nécessaires pour que pareils changements soient effectués dans un avenir relativement rapproché n'existent pas à l'heure actuelle. La société canadienne peut tendre à cet objectif ou encore le courant de centralisation du pouvoir peut se perpétuer. La Commission de réforme du droit du Canada est en mesure d'influencer ce choix. Si elle décide de réformer substantiellement le droit en suivant les principes ici formulés, il semblerait qu'elle doive d'abord reconnaître publiquement sa propre incapacité de le faire sans la participation du public, laquelle ne se limiterait pas à la présentation d'opinions et de commentaires écrits. Elle devrait sérieusement songer à l'établissement de comités locaux de réforme du droit chargés d'innover et d'expérimenter selon les conditions locales. Elle devrait encourager, conseiller et consulter ces comités sans diriger le sens de leurs travaux. Finalement, elle devrait communiquer les résultats des expériences de chaque groupe participant à tous les autres groupes et enfin au public canadien. Dans l'intervalle, la Commission peut consacrer ses efforts à des travaux essentiellement d'ordre juridique et technique et mettre en branle les réformes si manifestes que des recherches plus poussées ne s'avèrent pas nécessaires.

Vers un modèle socio-éducatif de justice au criminel

Peu nombreux seraient ceux qui soutiendraient que le système judiciaire au criminel peut résister au changement. Tout le monde, peu s'en faut, admet qu'il est urgent de comprendre les changements radicaux enregistrés sur le plan de la criminalité et de savoir comment répondre aux nouvelles exigences imposées à nos institutions. Il semblerait dès lors que nous ne nous limitons plus à discuter uniquement du caractère inévitable de ces changements. Bien au contraire, au lieu d'opposer le dynamisme au statisme, nous discutons aujourd'hui des méthodes à utiliser pour contrôler et orienter les forces qui engendrent les changements. Notre propos concerne donc les méthodes; méthodes qui pourront optimiser la liberté individuelle et encourager le potentiel de croissance et d'adaptation, méthodes qui concrétiseront la dignité humaine et amèneront à maturité les objectifs sociaux souhaitables. L'aboutissement pratique devrait donc consister à concevoir et à mettre en œuvre une théorie du changement qui corresponde à l'ensemble de nos connaissances de la société et des comportements, et qui réponde à l'œuvre morale et pratique qui consiste à créer un système judiciaire au criminel adapté et adaptable aux nouvelles pressions et aux exigences qui lui sont imposées. La présente partie est consacrée aux problèmes que présente la création d'un système qui non seulement pourrait remédier aux difficultés actuelles mais qui également présenterait un potentiel innovateur permettant de définir les modifications indispensables dans le contexte d'un jeu de nouvelles données et d'aboutir à des connaissances, des techniques et des schémas d'intervention améliorés en réponse à ces nouveaux besoins. Le modèle que nous présentons s'intitule *Modèle socio-éducatif* et se différencie d'un *Modèle rationnel-empirique* et d'un *Modèle pouvoir-coercition*.

Le Modèle rationnel-empirique

Il s'agit du modèle traditionnel qui nous vient du siècle des lumières et du libéralisme classique. Les hypothèses de ce modèle se retrouvent dans les raisonnements formulés par la plupart des planificateurs dans le domaine de la justice au criminel. On y met l'accent sur des normes de compétence, de professionnalisme et de formation académique. Le modèle part de l'hypothèse de base selon laquelle le système judiciaire au criminel peut être un système rationnel capable d'atteindre ses objectifs établis à condition que les postes clés de ce même système soient occupés par des responsables dont la compétence professionnelle est de très haute tenue. Les experts jouent un rôle capital dans la mise au point des politiques et ils occupent pratiquement tous les postes de responsabilité depuis celui de commissaire à la réforme du droit jusqu'à celui de chef de département. Ce sont principalement les recherches et les études scientifiques qui permettent d'accroître les connaissances et de reculer les limites de l'ignorance. Il s'agit d'un modèle fondamentalement élitiste de par sa nature même; les plans émanent du sommet de la pyramide et sont disséminés latéralement vers la base par voie de règlements ou d'ordonnances.

La méthode traditionnelle consiste à recourir aux talents d'experts reconnus pour mettre au point un plan «rationnel». Ceci se traduit par la création d'une commission royale, d'un groupe de travail ou d'un ensemble d'experts indépendants, ou bien encore par un plan couçu par des fonctionnaires supérieurs. Le rapport qui en découle peut être, selon le cas, publié ou non sous forme abrégée ou dans son intégrité par le ministre gouvernemental responsable, lequel peut, selon le cas, engager ou ne pas engager le gouvernement à mettre en œuvre les recommandations contenues dans le rapport. Le public ne participe que négativement en réagissant à des décisions qui ont déjà été prises. A moins que la presse ne se saisisse de la question, il est peu vraisemblable que des modifications soient apportées après coup. Un groupe d'intérêts lésés par la modification ainsi proposée peut mobiliser l'opinion publique mais, ici encore, cette réaction se traduira vraisemblablement par une destruction de la proposition plutôt que par une nouvelle proposition.

Pour toutes ces raisons, les méthodes rationnelles-empiriques permettent davantage de régler des problèmes qui ne traduisent pas une opposition de diverses valeurs sous-jacentes au sein de la société. A partir du moment où l'objectif et l'orientation font l'unanimité, toute action intelligente exige une mobilisation des compétences pour aboutir au résultat escompté. Il est paradoxal de constater que les méthodes rationnelles de planification de la justice au criminel font souvent res-

sortir des conflits dissimulés dans la mesure où les recherches dévoilent assez souvent le fossé qui existe entre «ce qui est» et ce qui, de l'avis général, «devrait être». En fait, les recherches empiriques dans le domaine des méthodes de planification peuvent tout simplement démasquer ou intensifier certaines oppositions sans toutefois pouvoir y apporter une solution.

Au niveau de la prise des décisions, les méthodes rationnelles doivent s'interdire toute contradiction. Les solutions créatrices destinées à régler les oppositions de valeurs ne peuvent être élaborées que dans le creuset de ces contradictions. Le processus dialectique indispensable peut être engendré par la rationalité, mais la créativité exige un autre élément: une synthèse des actes et des idées en opposition. Au moment où la synthèse est faite, la rationalité assume à nouveau un rôle important. Dans notre société, les problèmes fondamentaux ne sont pas des problèmes techniques auxquels des experts pourraient apporter des solutions techniques. Au contraire, ils représentent véritablement des dilemmes quant à l'harmonisation d'intérêts diamétralement opposés. C'est le propre d'une société ouverte que de reconnaître l'existence de moyens et d'objectifs fondamentalement en opposition et de prévoir des dispositifs à évolution continue permettant de pallier à ses contradictions internes. Les technocrates rejettent toutes les contradictions car leur formation ne leur permet pas d'y remédier. Lorsque tous les problèmes deviennent techniques, la technocratie se transforme en un régime autoritaire.

L'évolution qui se produit dans le contexte du présent modèle n'est pas continue. Il ne peut y avoir évolution s'il n'y a pas mobilisation des compétences et il ne peut y avoir mobilisation si les experts eux-mêmes ne comprennent pas la nécessité d'une intervention. Le résultat de ceci est, pour le Canada, une fourchette de vingt ans entre chaque refonte majeure du système, la période d'attente se caractérisant par des recommandations de peu d'importance visant à pallier aux lacunes et à améliorer l'efficacité des systèmes en vigueur.

La méthode rationnelle-empirique dépend des connaissances qui sont un élément constitutif essentiel du pouvoir. Dans cette optique, les détenteurs des connaissances représentent une source légitime de pouvoir et le courant d'influence souhaitable va de ceux qui savent à ceux qui ne savent pas par le truchement de l'enseignement, de la propagation de renseignements valables et, dans certains cas, par simple ukase.

On a tendance à confondre connaissances et formation académique. On assiste à la création de techniques basées sur les connaissances qui sont à l'abri de toute pression évolutive dans la mesure où les remises en cause sont généralement le fait de gens qui n'ont pas les qualifica-

tions académiques requises pour remettre en question l'ordre existant. La formation professionnelle et la mise à jour des connaissances deviennent dès lors la clef de voûte du succès, ce qui se traduit, notamment parmi les représentants de l'ordre et les spécialistes dans le domaine correctionnel, par une demande croissante pour un rafraîchissement et une remise à jour des connaissances professionnelles.

Peu d'éléments peuvent nous permettre de conclure qu'une formation académique se traduit par un meilleur rendement professionnel, du moins pour le personnel organique. Le fait de décerner des diplômes sanctionnant une connaissance de base du travail correctionnel ou des modalités d'application de la loi revient en fait à camoufler la véritable nature du travail à ce niveau. En réalité, une formation professionnelle académique peut entraîner l'éclatement de plusieurs fonctions occupationnelles. Lorsqu'on tente de bureaucratiser l'empathie (laquelle, de l'avis général, est à la base même de ce genre de travail), on élargit le fossé social qui sépare le fonctionnaire du client et on crée des barrages de communication. En outre, le besoin, ressenti par les professionnels de carrière, de répartir en catégories les gens et les situations sociales complexes dans l'optique de la perspective théorique de leur discipline revient très fréquemment à rendre plus difficile la réalisation des solutions pratiques et réelles indispensables dans des situations concrètes. Enfin, si l'on ferme ce domaine aux amateurs, il en coûte énormément sur le plan social. A une époque où le système pénal et correctionnel suscite de plus en plus, de la part des profanes, le désir de participer, il faut y réfléchir à deux fois avant de créer de nouveaux groupes occupationnels interdits aux amateurs et dont les intérêts financiers et professionnels sont bien délimités.

La méthode rationnelle-empirique tend également à créer des spécialités professionnelles ayant compétence exclusive dans certains secteurs du système judiciaire au criminel et à renforcer les frontières qui les séparent. L'avocat, le juge, le représentant de l'ordre et le spécialiste en matière correctionnelle exigent des droits exclusifs dans l'exercice de leurs fonctions particulières visant chacune un aspect distinct d'un problème commun. La spécialisation à outrance s'accompagne d'un manque de compréhension entre les divers groupes professionnels et favorise en outre, tant pour les objectifs que pour les méthodes, un manque d'unité pour le système tout entier. Les conversations entre groupes professionnels tendent à se concentrer sur des conflits de compétence. Les discussions sont donc dominées par des considérations d'ordre territorial entre les juges et les responsables des libérations conditionnelles, les représentants de l'ordre et les avocats de la défense, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral,

les organismes publics et les organismes privés et entre le personnel pénitentiaire et le personnel des organisations d'accueil. Le résultat de cette focalisation est un système rigide que les conflits internes paralysent.

Cette tendance à spécialiser les connaissances dans le domaine de la justice au criminel se traduit également par des facettes multiples. Il ne se divise pas naturellement en ses diverses catégories imposées par chacun des groupes professionnels. Chaque groupe décrit la réalité du crime en utilisant une méthode bien personnelle et en partant d'un point d'observation bien particulier. Diverses réalités artificielles se font jour au sein d'un cadre significatif contextuel distinct. Ces réalités sont décrites dans des systèmes linguistiques mutuellement asymétriques. Les jargons professionnels facilitent la communication au sein de chacune des professions mais non point entre chacune d'elles. Chaque groupe professionnel du système judiciaire au criminel opère en fonction de son propre système significatif fermé. Dans cet ensemble, le sens donné aux termes par les profanes dans la vie de tous les jours est complètement perdu.

N'importe quelle affaire criminelle est constituée d'au moins cinq réalités: les «faits» auxquels l'accusé et son avocat croient, les faits avancés par le procureur de la Couronne, les faits que le juge estime vrais, les faits qui importent pour le spécialiste du système correctionnel et les faits pour le public, lesquels sont en grande partie modelés par les médias d'information. Notre système judiciaire au criminel ne permet pas suffisamment le partage de ces diverses perspectives et ne le permettra pas tant que les barrières qui séparent les diverses disciplines professionnelles subsisteront. Il faudra à cette fin s'engager à partager non seulement les objectifs suprêmes, mais encore les tâches purement décisionnelles. Le partage des tâches concrètes est essentiel car on ne peut intégrer diverses perspectives qu'en fonction d'un problème vécu. Plus important encore, l'élimination des barrières qui séparent les disciplines et les groupes professionnels permettra inévitablement et bien plus aisément aux profanes de jouer un rôle plus important dans le système pénal et correctionnel.

Pour nous résumer, toute formation acquise en fonction du modèle rationnel-empirique tend à être partielle, élitiste et extrêmement spécialisée. Les structures professionnelles qui se sont manifestées dans cette optique se sont essentiellement consacrées à protéger et à promouvoir leurs propres intérêts professionnels bien définis, ce qui, à son tour, entraîne une paralysie et des dissensions internes. Le public est exclu de la discussion et son rôle est négatif et de peu d'importance. Les méthodes rationnelles conviennent aux problèmes qui ne traduisent

pas une opposition de valeurs sous-jacentes au sein de la société. Elles sont utiles dans la mesure où elles dévoilent l'existence d'un fossé entre les aspirations et les réalisations et, parfois également, l'existence de certaines contradictions cachées. Il faut toutefois les combiner à d'autres stratégies si l'on veut apporter une solution à ces contradictions. Une manière de se sortir de ce dilemme consiste à abattre les cloisons qui séparent les divers groupes professionnels, ce qui, entre autres, permettrait au public de participer à la conception et à la mise en œuvre des politiques.

Le Modèle pouvoir-coercition

Les stratégies basées sur le pouvoir et la coercition caractérisent la majeure partie du nouveau mouvement évolutif au sein du système judiciaire au criminel. Ainsi donc, les groupes de pression, la désobéissance civile, les grèves de détenus, les plaidoiries et les témoignages théâtraux et bien d'autres méthodes encore ont été utilisées pour démontrer l'injustice, le caractère inique, voire la cruauté du système actuel. Les tentatives d'affaiblissement ou de division de l'opposition grâce à une coercition physique ou morale combinée à certaines méthodes visant à faire réagir de manière excessive les représentants du système suite à des menaces sous-entendues et, partant, à leur faire commettre des injustices, se retrouvent fréquemment dans le répertoire des activistes radicaux contemporains. Le but poursuivi est de faire naître des conflits, avec pour résultat une polarisation des positions idéologiques. Ces stratégies se fondent sur l'hypothèse selon laquelle la seule manière de modifier les relations de force au sein du système pénal consiste à bloquer définitivement les méthodes existantes.

Certaines des difficultés inhérentes à ce modèle découlent du fait que les auteurs des changements surestiment les répercussions des actes symboliques dans la pratique. L'évolution récente semble démontrer que ces stratégies ont connu davantage d'échecs que de victoires. Plus souvent qu'autrement, elles suscitent un regroupement des forces opposées aux véritables changements.

Même si des concessions sont faites, elles sont souvent symboliques. On ne peut conclure qu'un changement souhaité a été apporté si, suite à des pressions, une nouvelle règle ou loi administrative vient à être annoncée. Tout ce qu'on a fait alors, c'est donner une teinte de légitimité au changement proposé. Il reste à accomplir la rééducation des personnes qui doivent dès lors se comporter différemment. Il importe d'adopter de nouvelles connaissances, de nouvelles aptitudes, de nouvelles attitudes et de nouvelles valeurs en matière d'orientation.

Nous ne voulons pas par là dévaloriser l'importance des actes officiels qui symbolisent un désir de changement, mais plutôt souligner le fait que les stratégies normativo-rééducatrices doivent être combinées à une action symbolique si l'on veut que des changements acceptables sur le plan pratique puissent être réalisés. La mesure législative destinée à redresser l'équilibre des pouvoirs entre groupes raciaux aux États-Unis, mesure découlant en partie des stratégies coercitives établies par des individus faisant partie de mouvements pour la protection des droits civiques en est un exemple. Elle semble n'avoir réussi que dans la mesure où elle a permis une modification véritable de l'orientation des valeurs de la population-cible, c'est-à-dire les racistes qui occupent des postes de responsabilité au sein du grand public. D'autre part, lorsque la stratégie coercitive entraîne uniquement la polarisation de l'opinion publique, elle se traduit le plus souvent par un « choc en retour (backlash) ».

Un autre problème qui accompagne le modèle est le fait que si des menaces doivent être formulées, elles doivent être mises à exécution, du moins de temps en temps, sous peine de voir le mouvement perdre toute crédibilité. Sous sa forme la plus pure, il s'agit d'une stratégie du « tout ou rien » qui présente des risques d'échec élevés. Les risques sont élevés car ceux qui sont au pouvoir disposent non seulement de la légitimité politique, mais également de toute une gamme de sanctions politiques et économiques et également un recours légitime à la force. Voilà pourquoi les stratégies coercitives qui mettent l'accent sur l'utilisation du pouvoir moral en faisant appel aux sentiments de culpabilité et de honte sont plus susceptibles de se révéler efficaces que les stratégies qui mettent davantage l'accent sur le pouvoir physique, politique ou économique. La manipulation des élites au pouvoir, que ce soit en les ralliant à la cause ou en neutralisant leur influence, a déjà connu un succès assez mitigé. Les rapports de puissance au sein de notre société ne sont ni entièrement stables, ni entièrement immuables. Voilà qui donne à l'activiste extrémiste la possibilité d'exercer des pressions et de brandir des menaces, à condition toutefois qu'il sache à tout moment quels sont les besoins de ses opposants, leur procurant des « sorties de secours » qui répondent à ces mêmes besoins. L'autre solution est une lutte à mort à l'issue de laquelle seul le groupe le plus puissant aura survécu.

Une stratégie basée sur le pouvoir coercitif qui réussit est très susceptible d'entraîner la création de nouvelles structures de pouvoir qui seront elles-mêmes coercitives. On assiste généralement à la création d'une nouvelle élite qui protège ses intérêts contre les aspirations de la majorité pour laquelle, ostensiblement, elle agit. Les exemples de mouvements populistes victorieux qui se sont ainsi transformés en de

nouvelles structures de contrôle coercitif sont trop nombreux pour qu'on les mentionne ici. Enfin, comme c'est le cas pour l'auteur d'un changement dans le cadre d'un modèle rationnel-empirique, les stratégies activistes extrémistes tendent à corroborer les hypothèses intellectuelles et éthiques mises de l'avant par ce même auteur. Mais au lieu d'ensevelir les problèmes sous des détails socio-juridiques complexes, l'extrémiste les simplifie à l'extrême en présentant une réponse simple et brutale découlant du système, ce qui confirme donc la nécessité d'une révolution.

La principale difficulté consiste à faire correspondre le modèle aux «données», c'est-à-dire ce que nous «savons» du fonctionnement du système judiciaire au criminel. Ce dernier n'est pas monolithique. Plus on s'écarte du droit officiel tel qu'il existe de par les lois et la jurisprudence pour se diriger vers une étude phénoménologique de ce que font les gens, plus il est difficile de faire correspondre le modèle aux données.

L'ordre social ne dépend, ni entièrement, ni même dans une grande mesure, de la coercition. En effet, une collectivité de ce genre serait extrêmement instable. Les systèmes politiques stables sont constitués par un faisceau d'intérêts convergents et divergents. Traditionnellement parlant, ce sont les moyens et non pas les fins qui engendrent des conflits. Au sein de notre société, les buts suprêmes sont davantage acceptés que refusés, bien que l'évolution qu'on a enregistrée récemment semble montrer un certain partage entre les buts et les moyens.

Le pouvoir n'est pas aussi nettement et inégalement réparti que les extrémistes aiment à nous le faire croire. La dynamique individuelle, culturelle et organisationnelle entre fréquemment en conflit avec les buts évidents d'un groupe prépondérant au sein d'un système politique. Très souvent, c'est la bureaucratie interne qui tend à l'emporter par opposition aux pressions politiques externes. Par exemple, la police semble présenter un comportement différent selon le système politique. Par contre, dans un système politique donné, l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de la part des membres des organismes chargés de l'application de la loi varie dans des limites considérables. Ceci est également vrai notamment pour les procureurs et les tribunaux. Tout individu qui agit au sein du système judiciaire au criminel répond à un faisceau de pressions personnelles et sociales et n'est pas simplement un robot servant les intérêts des forces supérieures. La menace que constitue la criminalité est un facteur important pour la police, par exemple, non pas sur le plan politique, mais bien plus souvent sur le plan purement personnel. La réaction du policier sera donc plus vraisemblablement déterminée par des éléments faisant entrer en jeu la sécurité personnelle, la compétence au travail, le soutien administratif, et ainsi de suite.

Le déterminisme sous-jacent à l'analyse néo-marxiste est soumis à toutes les critiques de l'opinion déterministe qu'on peut très souvent relever dans certaines thèses de sociologie, de sciences politiques, etc. Darwin lui-même n'avait pas pu expliquer pourquoi l'homme avait un cerveau cinq fois plus gros que celui qui aurait suffi à assurer sa survie. Le rapport entre l'homme et la société est réflexif, c'est-à-dire que la société influence l'homme et l'homme influence la société.

Les lois et l'application de celles-ci constituent l'expression de forces culturelles plus générales de la société, forces qui ne peuvent correspondre à un modèle d'intérêts économiques en opposition. La tradition et le sentiment, pour ne citer que ceux-là, contribuent à améliorer les répercussions du pouvoir.

Le système juridique est naturellement conservateur. Le concept de la légalité n'est pas neutre mais s'accompagne d'une foule de notions, dont quelques-unes sont autoritaires mais plusieurs sont égalitaires. En réalité, les lois qui fixent les procédures limitent le pouvoir de l'État. La culture juridique, c'est-à-dire les normes, les espérances et le schéma de comportement, tend à socialiser les officiers de l'État en leur faisant accepter certaines restrictions imposées à leur comportement. Comment peut-on à ce moment expliquer le fait que, dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, la plupart des représentants de l'ordre, des procureurs de la Couronne, des juges, etc., n'ont pas recours aux pleins pouvoirs dont ils jouissent? Dans le domaine juridique, le rayon d'action, c'est-à-dire le pouvoir officiel, est bien plus grand que ce que les particuliers jugeraient socialement acceptable, c'est-à-dire l'espace libre dans la réalité. Tout n'est pas pouvoir.

Pour résumer, les stratégies basées sur le pouvoir coercitif sont parfois utiles dans la mesure où elles attirent l'attention sur certains problèmes bien précis. Si, dans la société, le pouvoir est inégalement réparti, ces stratégies sont davantage susceptibles de réussir si elles sont appliquées au niveau de la persuasion morale ou par le truchement d'une certaine manipulation des élites au pouvoir. Elles présentent toutefois un risque élevé, celui d'entraîner tout simplement une mobilisation des forces opposées au changement ou d'une transformation des mouvements populistes authentiques en structures à pouvoir autoritaire.

Le Modèle socio-éducatif

Ce modèle se base sur la théorie selon laquelle plus la participation à l'élaboration des solutions est marquée, meilleure sera la réaction à la nécessité d'une évolution. L'évolution est considérée comme un processus permanent d'adaptation à des conditions nouvelles et découle du sein même du système judiciaire au criminel sans devoir être imposée de

l'extérieur. Dans un système de ce genre, ce sont les individus et non les règles de droit ou les politiques officielles qui sont visés. La stratégie a pour but d'engendrer et de promouvoir la croissance de ces mêmes individus qui vivent dans le système. A cette fin, le modèle met l'accent sur des normes de libre communication, sur l'interaction entre particuliers, sur l'abolition des barrières de classe qui séparent les diverses parties du système et sur une reconnaissance de l'identité d'intérêts entre les diverses parties. La définition et la reconstruction des valeurs fondamentales est le pivot dont dépend l'évolution au sein de ce modèle. Les systèmes de valeurs les plus importants sont ceux qui sont liés aux organisations officieuses qui naissent au sein de chacun des sous-systèmes officiels. Dans l'optique du modèle, ce n'est qu'en partageant une expérience concrète entre divers acteurs sur la scène juridique du système qu'on pourra aboutir à des solutions intégratrices propres à régler les problèmes complexes. Ces solutions ne peuvent être élaborées à l'avance; bien au contraire, elles ne peuvent être préconisées que dans le cadre de problèmes bien réels.

Si l'on ne met pas l'accent sur les aspects officiels et évidents du système judiciaire au criminel, il est possible d'envisager ce système comme l'une des parties d'un réseau de défense sociale plus étendu. Ce réseau élargi est constitué par l'ensemble des dispositifs qui fonctionnent dans une société visant à encourager l'individu à se conformer aux valeurs protégées par le droit criminel. Ces dispositifs recouvrent toute une gamme d'activités, depuis la réprimande jusqu'aux peines de pénitencier, c'est-à-dire d'un extrême à l'autre. Chaque dispositif comporte un élément commun: un ensemble d'interactions inter-individuelles qui permettent aux participants d'apprendre quelque chose à propos d'eux-mêmes, des autres intéressés et de la société dans laquelle ils vivent. Ainsi donc, les criminels et les victimes agissent et réagissent mutuellement et ce processus leur apprend quelque chose, tout comme il apprend quelque chose aux représentants de l'ordre, aux accusés, aux juges, aux avocats, etc. Ceux qui ont acquis une expérience continue de ce genre, c'est-à-dire les professionnels du bon ou du mauvais côté de la loi, ont tendance à s'accrocher davantage à l'opinion qu'ils se font d'eux-mêmes et des autres intéressés. En conséquence, les représentants de l'ordre, les juges, les avocats et les autres professionnels qui gravitent dans le système judiciaire au criminel, tout comme les criminels chroniques, tendent à se bâtir un ensemble d'expériences vécues corroboratrices à partir duquel ils façonnent non seulement leurs styles de travail, mais encore leurs systèmes de valeurs. Ces expériences stimulent des systèmes conceptionnels relativement rigides qui ne peuvent être sapés tant que l'individu n'est pas forcé à rentrer en contact avec la

réalité de manière radicalement différente. Le modèle socio-éducatif suggère deux stratégies en réponse à des situations de ce genre.

La première stratégie fait entrer en jeu la formation, mais non pas simplement la formation professionnelle au sens étroit. Le rythme d'évolution que connaît la société en général et le domaine du crime en particulier oblige tant les professionnels que les profanes à accepter à plusieurs reprises au cours de leur carrière une modification radicale de leur système d'idées reçues. L'éducateur doit s'efforcer de modeler des expériences d'apprentissage apportant à chaque individu une réalité principale correspondant au choix professionnel immédiat qu'il a effectué, avec toutefois un certain nombre de réalités secondaires et opposées destinées à remettre en question la réalité principale, ce qui permet ainsi à l'individu d'accepter un changement lorsque la situation l'exige. Cela revient à dire que, bien que des individus puissent devenir avocats, représentants de l'ordre, spécialistes du système correctionnel et ainsi de suite, leur formation de base doit être génétique et doit leur donner une perspective globale du système judiciaire au criminel tout entier. Même dans le cadre des aspects les plus professionnels de sa formation, chaque étudiant fera des stages de courte durée lui permettant d'assumer toute une gamme de fonctions, depuis celle de représentant de quartier jusqu'à celle de spécialiste des services correctionnels.

La formation de tous les agents du système judiciaire au criminel devrait leur permettre de savoir comment mobiliser les ressources communautaires. Ceci implique nécessairement l'étude des structures politiques de base et le développement des aptitudes correspondantes.

Tout en admettant le rôle de l'enseignement académique, le modèle socio-éducatif met davantage l'accent sur l'apprentissage par l'expérience vécue. L'apprentissage est considéré comme un phénomène permanent et le modèle insiste sur la création de structures d'apprentissage qui permettraient l'enseignement de tous les éléments pertinents à tous les acteurs intéressés, depuis l'homme de la rue jusqu'au fonctionnaire le plus élevé dans la hiérarchie.

Il convient donc d'introduire les données de l'expérience commune dans les processus de perception du crime, des criminels, des victimes et des autres acteurs qui font partie du système d'orientation nouvelle. Puisque le changement touche les individus et que l'expérience est le principal vecteur de changement, le premier objectif des auteurs de changements doit être l'élaboration des structures qui établissent des canaux de communication inter-individuels de manière à rendre possible la propagation de l'expérience vécue. Cette opinion fait ressortir les problèmes actuels créés par la centralisation des pouvoirs, la supervision autoritaire et les barrages de communication.

Cela signifie également que nous devons créer un système qui respecte les critères que nous avons déjà mentionnés: visibilité, accessibilité, simplicité, concordance, responsabilité et efficacité. Il doit s'agir d'un système *juste* dans la mesure où il doit à la fois protéger les libertés fondamentales et veiller à ce que les punitions imposées aux individus soient fonction des torts causés aux victimes.

Le modèle socio-éducatif situerait donc la justice dans l'optique d'une recherche des intérêts communs aux adversaires et tenterait de leur injecter le respect non seulement de leurs droits légaux qui leur permettent de s'attaquer mutuellement devant un tribunal, mais également de leurs droits sociaux qui leur permettent de chercher des solutions telles qu'ils puissent conserver intactes les relations qui les lient.

Le modèle met l'accent sur l'apprentissage qui existe à tous les niveaux du processus criminel. Les méthodes actuelles ont malheureusement tendance à sous-entendre que l'éducation, la réadaptation et la formation des criminels ne commencent qu'après la condamnation, et elles ne tiennent pas compte du fait que les criminels ont probablement subi les leçons les plus pénibles lors de leur interaction avec leurs victimes, avec les représentants de l'ordre, les avocats et les juges qui ont présidé à leur procès. Tous les apprentissages ultérieurs, ceux qui suivent la condamnation, s'opposent à la masse des expériences précédentes. Si on considère que les règles de procédure au criminel créent le cadre des processus d'apprentissage ultérieurs, il faut éliminer les barrières artificielles qui séparent la procédure, le droit pénal et la condamnation si l'on veut éviter, comme c'est actuellement la tendance, d'enseigner des leçons contradictoires à différentes phases du processus.

Cette méthode ne réfute pas l'existence, au sein de la société, de certains déséquilibres entre les pouvoirs, déséquilibres prônés par les groupes pour lesquels le *statu quo* est favorable. Elle ne dévalorise pas non plus la nécessité de certaines recherches et d'une planification rationnelle. Elle s'écarte des modèles précédents dans la mesure où les stratégies d'utilisation du pouvoir et des connaissances au sein du phénomène évolutif sont différentes. Elle envisage le système judiciaire au criminel non seulement comme un système propre à entraîner des changements fondamentaux, mais également comme un système soumis à une évolution continue. Elle laisse entendre qu'une transformation radicale de notre système ne peut nous être imposée par une élite de technocrates, pas plus que par des pressions exercées par des activistes radicaux indépendants, mais qu'au contraire elle peut nous être amenée par une libération des individus qui constituent le système élargi, dans la mesure où ces derniers auraient le droit et le devoir de participer aux phénomènes d'innovation et d'expérimentation. Une telle participation

viendrait renforcer la prise de conscience collective au niveau social des autres changements qui se révéleraient nécessaires, des connaissances correspondant à ces changements et des sources de pouvoir propres à influencer ou à arrêter ces mêmes changements.

On constate donc que cette méthode est à la fois conservatrice et radicale. Elle est conservatrice dans la mesure où elle force les auteurs et les vecteurs des changements à travailler dans l'optique de la conscience collective des individus directement touchés par les changements. Elle est radicale dans la mesure où elle pousse tous et chacun à se transformer et à transformer par la même occasion les structures sociales ambiantes.

Un modèle de travail

Nous avons jusqu'à présent évité, dans le présent document, d'aborder les objectifs classiques du système pénal. Nous n'avons pas discuté directement des questions traditionnelles portant sur les avantages relatifs du châtement, de la réhabilitation, de la dissuasion et de la privation de la capacité légale. Ces questions peuvent présenter un certain intérêt sur le plan de la logique théorique et peuvent également parfois préciser davantage quels *devraient être* les objectifs du système pénal; toutefois, la dissertation philosophique ne semble malheureusement pas entraîner de modifications tangibles de l'application pratique du système pénal.

Il n'est pas sans intérêt de constater que des pratiques pénales très similaires ont été définies et justifiées de manière très différente à diverses époques. Ainsi donc, lorsque le châtement n'a plus pu être accepté comme justificatif de l'emprisonnement, c'est la notion de dissuasion qui l'a remplacé, et plus tard, lorsque la majorité en est venue à estimer que le fait de punir un individu pour en dissuader un autre constituait une insulte à la morale, les prisons ont reçu l'étiquette de centres de «traitement» destinés à «réformer» les criminels. Les régimes pénitenciers ont changé moins souvent que les diverses définitions qui en ont été données. Il semblerait donc que les énoncés de principes philosophiques aient simplement servi à rationaliser sur des bases nouvelles des schémas de comportement déjà anciens.

Quoi qu'il en soit, il faut admettre que ce qu'on appelle les objectifs de la réhabilitation, de la dissuasion, etc., ne constituent pas des *fins* en soi, mais plutôt des *moyens* auxquels on a recours pour protéger, dans la société, les intérêts personnels et la propriété, et pour pro-

mouvoir la paix et l'ordre publics. Le droit pénal ne précise ni ne fixe de manière immuable ce qu'il faut faire pour créer ce sens de la paix et de l'ordre publics, pas plus qu'il ne définit les intérêts personnels et la propriété qui doivent être protégés; toutefois, ces concepts évoluent avec le temps et varient d'une collectivité à l'autre.

Pour toutes ces raisons, il semblerait plus réaliste d'aborder les principes philosophiques non pas comme des doctrines abstraites, mais plutôt comme des énoncés permettant une description des véritables *effets* qu'aurait un système modèle, et tout particulièrement du rôle des individus qui composeraient ce système. Notre présentation ne se veut pas plus qu'un modèle de travail destiné à encadrer une discussion plus détaillée sur les propositions concrètes d'application pratique. Le présent modèle ne peut être appliqué immédiatement et ses modalités d'application possibles dépendront des individus, des ressources et des besoins à l'échelon local.

Quelques observations générales pour commencer: il faut insister pour que les criminels et les victimes aient la possibilité, et ce serait là leur premier droit de préemption, de régler leurs différends sans que l'État ait à intervenir. Le système judiciaire au criminel, selon notre optique actuelle, serait alors considéré comme un recours qui entrerait en jeu lorsque la gravité du crime ne permettrait pas d'envisager un règlement en dehors du cadre des tribunaux ou lorsque l'une des parties estimerait que ses droits civils seraient menacés si elle devait se soumettre à des dispositifs moins officiels.

Le système tout entier ne serait pas fondé sur le concept d'une bataille entre les parties, laquelle découlerait de la notion d'intérêts irréconciliables, mais il aurait plutôt pour objectif la réconciliation. Il ne faudrait dès lors plus se demander s'il faut des «clauses de sauvegarde de la liberté individuelle» ou un «modèle d'autorité en matière criminelle», puisque ces notions pourront être considérées comme basées toutes deux sur une même fausse hypothèse, à savoir que les actions au criminel sont toujours une lutte entre deux forces opposées dont les intérêts sont irrémédiablement hostiles. Comme le fait remarquer John Griffiths, les hypothèses qui sous-tendent le modèle de conflit de la justice au criminel qui partent de la notion de «lutte ouverte du début jusqu'à la fin» nient la possibilité même d'une réconciliation. Griffiths note également que les hypothèses idéologiques qui sous-tendent le modèle de conflit font fonction de prophéties auto-génératrices dans la mesure où elles encouragent l'hostilité, l'aliénation et la polarisation entre parties.

Le Modèle socio-éducatif serait quant à lui un modèle à plusieurs phases comportant des dispositifs qui, sans intervention d'aucune sorte,

permettraient le règlement des conflits au sein même de la collectivité et le recours à des individus et à des organismes en mesure de faciliter le règlement des conflits lorsque les intéressés eux-mêmes ne peuvent aboutir à une solution. Il impliquerait aussi un retour à la collectivité lorsque les représentants de l'ordre et les agents des tribunaux parviennent, par voie de médiation, à régler le différend qui oppose les parties, et enfin un système d'arbitrage officiel qui reprendrait la plupart des éléments de notre système existant avec toutefois une fréquence d'intervention nettement réduite.

Pour terminer, l'adoption de ce modèle signifierait une modification considérable des rôles qu'assument actuellement les individus au sein de l'appareil judiciaire.

Le rôle du tribunal

Il faut encourager les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense à renoncer à leurs positions contradictoires et diamétralement opposées pour faire preuve de coopération et d'esprit constructif et faire œuvre de conciliation. On leur demandera, ainsi qu'au juge, de s'efforcer d'aider le tribunal à aboutir aux décisions qui regroupent et concilient le mieux les intérêts des parties. Ceci ne pourra être réalisé qu'à condition de procéder à certaines modifications d'ordre structurel.

Une politique de participation complémentaire devra être mise en œuvre dans chaque tribunal. Dans le cadre de cette politique, il pourra y avoir notamment médiation entre criminels et victimes, arbitrage volontaire—peut-être sur la base du modèle de Philadelphie—et renvoi aux services sociaux bénévoles. La différence entre la médiation et l'arbitrage volontaire réside dans le fait que, dans le cas de la médiation, le règlement est entièrement volontaire et n'est pas juridiquement exécutoire alors que dans le cas de l'arbitrage volontaire, seule la décision des parties de soumettre la cause à l'arbitrage est volontaire, la décision définitive étant un jugement exécutoire rendu par le tribunal. Les deux dispositifs sont évidemment complémentaires et l'on peut aisément imaginer des cas pour lesquels l'un conviendrait mieux que l'autre.

Il faudra envisager la possibilité de recourir à la médiation ou à l'arbitrage volontaire pour toutes les causes criminelles impliquant une relation continue, alors que le renvoi aux services sociaux servira principalement pour les causes criminelles—en matière de drogues notamment—pour lesquelles il n'y a pas de victime. Il n'y aurait procès déclaratif que dans le cas de crimes graves pour lesquels une réconciliation serait hors de question et de crimes commis par des étrangers ou à l'égard d'étrangers, ainsi que dans les cas pour lesquels la véracité des allégations est contestée.

La notion d'intérêts irrévocablement irréconciliables entre l'État et le particulier disparaîtrait totalement. On partirait de l'hypothèse que, dans la plupart des cas, on peut faire confiance aux fonctionnaires publics chargés de l'application de la justice au criminel. Le système ne reposerait dès lors plus sur l'idée que tous les acteurs sur la scène juridique sont potentiellement mauvais et utilisent, consciemment ou inconsciemment, leurs pouvoirs à mauvais escient. Si l'on abandonne le concept du conflit dans tous les cas à l'exception des plus graves, il est possible de se rendre compte que la solution de la plupart des problèmes ne doit pas nécessairement être imposée, que ce soit au nom de l'accusé ou au nom de l'État.

Il faudra partir du principe que le criminel est un être responsable qui a à la fois le droit et le devoir de réparer sa faute, et non pas du principe que le criminel fait partie d'une catégorie spéciale d'irresponsables qui ont besoin d'aide. Il faudra étudier le rôle de la victime qui pourra avoir aidé ou participé à la réalisation du crime. Ceci signifie qu'il faudra élargir la gamme des renseignements qui sont à la base des décisions de manière à ce qu'elle comprenne non seulement les éléments du crime ou du délit, mais également la chronologie des événements qui l'ont précédé et les rapports entre les parties.

La médiation d'un litige de longue date entre particuliers ou la recherche d'une solution par voie d'arbitrage volontaire exige certains talents qui ne peuvent être acquis par une simple expérience des tribunaux. Il faut bien plus qu'une formation académique pour convaincre les avocats des parties en litige qu'il importe davantage de «résoudre les problèmes» que de «gagner des causes». Cela signifie qu'il faut concevoir dans la pratique professionnelle un système d'incitations et de récompenses qui accorde le même prestige, les mêmes avantages financiers et la même satisfaction personnelle à l'avocat qui règle un problème qu'à celui qui gagne une cause devant un tribunal. Les membres éminents du barreau pourraient énormément contribuer à cette symbolisation de l'importance des autres solutions qu'on pourrait opposer au système adverse s'ils participaient activement à la mise au point de ces dispositifs. Mais la mise au point n'est pas tout: il faudra également défendre comme il se doit ces formules en nommant des arbitres renommés et en recourant à tous les services auxiliaires indispensables. Le programme de participation complémentaire comporterait donc vraisemblablement un administrateur de tribunal, des médiateurs qualifiés, un arbitre ou un tiers-arbitre, du personnel spécialisé dans les services sociaux et un local approprié. Le coût d'un tel programme serait bien sûr non négligeable, mais il serait plus qu'amorti par l'économie appréciable qu'on réaliserait en rayant un nombre considérable de causes

des rôles des tribunaux actuels dont le fonctionnement est extrêmement coûteux.

Cela ne veut pas dire que ce système rendrait impossible tout abus de pouvoir. Cela n'exclut pas non plus la possibilité de créer des dispositifs visant à lutter, le cas échéant, contre ces mêmes abus de pouvoir. Bien au contraire, il implique que le public aura le droit et la possibilité de pousser les fonctionnaires de l'État à adopter une démarche positive visant à la réintégration du criminel dans sa collectivité et à la réconciliation de ce dernier avec sa victime. Le premier moyen de contrôle des abus de pouvoir pourrait être la création de communautés d'intérêt pour les diverses parties du système et non pas uniquement de sanctions négatives. On pourrait également instituer un dispositif de vérification et d'équilibrage en informant le public, en le faisant participer à toutes les phases du processus et en désacralisant la procédure. Le public aurait dès lors un rôle non plus réactionnel mais plutôt un rôle direct et simultané: le public participerait à la réalisation de tâches concrètes qui sont actuellement le domaine exclusif des professionnels. Il s'agirait d'une gamme complète de tâches allant des recommandations pour la réforme du droit à la supervision des causes criminelles entendues par les tribunaux.

Le rôle du public

Le profane interviendrait à tous les stades de la procédure. Il y aurait participation à l'échelon officiel, dans l'enceinte même du tribunal, par le truchement d'assesseurs non juristes siégeant aux côtés de juges dûment qualifiés, comme c'est d'ailleurs le cas dans le système scandinave. Des non-juristes feraient également partie des comités des tribunaux—tant pour les délinquants juvéniles que pour les adultes—qui auraient pour fonction d'informer le tribunal des besoins de la collectivité qu'il dessert. Les citoyens intéressés auraient également le droit de discuter des problèmes d'ordre général qui se posent à la collectivité dans laquelle le crime ne représente que la partie visible de l'iceberg. Les tribunaux deviendraient donc de véritables institutions d'apprentissage dans lesquelles on discuterait des conflits qui se posent à la collectivité et dans lesquelles les cas spécifiques seraient tranchés en fonction tout d'abord de leurs mérites respectifs et ensuite en fonction du problème global qu'ils représentent pour l'ensemble de la collectivité. Ce système permettrait aux juges de devenir des « arbitres des litiges communautaires » et permettrait au tribunal de jouer un rôle éducatif plus important.

Les citoyens pourraient aussi avoir des contacts directs avec les représentants de l'ordre. On encouragerait les policiers à s'intégrer à

la collectivité et à tenter de résoudre, en coopération avec les autres citoyens, toute une gamme de problèmes de planification sociale. Ceci signifierait une décentralisation des fonctions policières, un éclatement des structures paramilitaires et une restructuration des priorités de la police qui s'occuperait davantage de la prévention des crimes que de l'application des lois.

Le public aurait également un rôle immédiat à jouer dans le système correctionnel. Il y aurait décentralisation du pouvoir décisionnel en matière de libérations conditionnelles: chaque commission des libérations conditionnelles serait rattachée à une institution pénitentiaire et des non-juristes en feraient partie par un système de roulement. Les services de probation et les services des libérations conditionnelles seraient dirigés en grande partie par des profanes encadrés par des professionnels, comme c'est déjà le cas dans certaines juridictions, l'activité des professionnels se limitant au recrutement, à la formation et à l'orientation des conseillers non juristes.

Les grandes prisons seraient abandonnées et les détenus replacés dans de petites institutions à portée immédiate des services existant dans la collectivité. Au lieu de traiter les détenus de manière «spéciale, mais égale», il faudra offrir à la majorité des détenus des services de formation et d'orientation professionnels au sein même de la collectivité par le truchement des organismes et des personnes qui fournissent en règle générale ces services au grand public. Une telle formule contribuerait énormément à ce que le criminel soit traité comme un être humain au lieu d'être stigmatisé et étiqueté comme un être différent des autres.

Le rôle de loin le plus important qui s'offrirait ici au public touche aux aspects officieux du système de défense sociale. On pourrait créer un réseau de systèmes à base communautaire qui servirait de média d'information et de sources de renvoi et qui permettrait de mettre en contact, dans une même collectivité, les individus qui ont des problèmes et les individus qui ont les moyens de les résoudre. Le personnel des centres d'information pourrait être constitué de représentants de la collectivité locale dont la première tâche serait de procéder à des consultations et de communiquer des renseignements portant sur les ressources, les moyens, les besoins et les problèmes. On pourrait avoir recours à des médiateurs non juristes pour résoudre les litiges internes et les conflits de quartier qui sont à la base de tant de crimes et on s'efforcerait, dans toute la mesure du possible, de ne pas faire sortir les problèmes du cadre de la collectivité en n'ayant recours aux organismes officiels qu'en tout dernier ressort, du moins pour les cas ordinaires.

Ces organisations à base communautaire doivent émaner des fondements mêmes de la collectivité au sens le plus large du terme. Ces organisations ne doivent pas être imposées à une collectivité par un groupe d'individus qui se serviraient de ce dispositif pour régler leurs propres problèmes aux dépens des contribuables et des membres de la collectivité qui, très probablement, ne les auraient pas pressentis. Les valeurs et les attitudes des membres du personnel de ces centres doivent traduire celles de la majorité des habitants de la collectivité desservie par le centre. Ils ne doivent pas être considérés comme des agents de l'autorité ou comme des représentants d'une institution de contrôle extérieure. Ce système serait protégé des abus principalement à cause du fait que ces organisations qui émaneraient véritablement de la base fonctionneraient dans l'optique du système de valeurs de la collectivité. Toutefois, lorsqu'un individu qui éprouve des difficultés décide d'avoir recours aux ressources que lui offre l'organisation à base communautaire, il s'agit d'une décision qui revient entièrement à l'individu et qui ne doit pas lui interdire tout accès aux systèmes officiels parallèles.

Le plus grand espoir qu'on pourrait formuler pour ces organismes à base communautaire est qu'ils puissent arriver à encourager la collectivité à assumer ses responsabilités et à régler ses propres problèmes avant que ceux-ci atteignent des dimensions telles qu'il faille recourir à l'intervention d'un officier public. Il faudrait reconnaître que ces organisations travailleraient en collaboration avec les organismes étatiques plus officiels et non pas en s'opposant à ces derniers. Elles pourront assumer ce rôle pour autant que les individus en difficulté les considèrent comme un dispositif communautaire utile et non autoritaire capable de résoudre leurs problèmes de manière humaine et efficace.

Le rôle de la police

Ici, la tâche délicate consistera à créer pour la police, au sein de la société, des rôles positifs qui toutefois ne rompent pas ses liens avec la loi. On admet assez généralement que les policiers ne sont pas et ne doivent pas devenir des assistants sociaux; au contraire, la police est un organisme d'importance qui travaille 24 heures par jour et est chargé de répondre à toutes sortes de situations d'urgence et de crises. Les policiers doivent, de par leur formation, savoir comment régler les conflits familiaux, les querelles de quartier, les conflits raciaux et toute une gamme d'autres problèmes pour lesquels ils sont mal préparés et insuffisamment aidés. Le rôle de la police dans les cas de renvoi doit être davantage souligné grâce à un complément de formation, une meilleure intégration avec les services sociaux, de plus amples directives en

matière d'exercice des pouvoirs discrétionnaires, de l'expérience pratique et une certaine innovation.

Étant donné que les décisions prises par les représentants de l'ordre—recours ou non au dispositif judiciaire, paliers d'application, priorités accordées à certains types de délits, entrée en jeu des réseaux de services sociaux et médiation officieuse au niveau communautaire—constituent un élément complémentaire important du système judiciaire au criminel, elles ont des répercussions non négligeables à chacune des phases consécutives de l'ensemble du processus. Les programmes policiers, qui font partie d'un ensemble plus complet, doivent s'intégrer au système judiciaire au criminel dans son intégrité, ce qui exigera une liaison beaucoup plus efficace qui pourra être réalisée grâce à un partage des renseignements et à une planification conjointe.

Lorsqu'on restructure les modalités d'exécution de la loi, il importe absolument de se rappeler que le représentant de l'ordre est, au sein de la société, l'un des rares individus dont les pouvoirs spéciaux lui permettent de recourir à la force afin de faire respecter la paix et l'ordre ainsi que d'arrêter et de garder des suspects. Cette particularité impose nécessairement des limites au rôle que le représentant de l'ordre est amené à jouer. S'il est vrai que jusqu'à 80 p. 100 des demandes d'intervention reçues par la police ne concernent pas des infractions au Code criminel, la police n'en représente pas moins l'arme coercitive de l'État. Il ne faut pas encourager la police à se charger à titre bénévole de fonctions relevant des services sociaux. Les cas étudiés montrent que le public fait appel à la police dans des cas non criminels non seulement parce que cette dernière est en mesure de répondre rapidement, mais également parce qu'elle est considérée comme un organisme autoritaire ayant le pouvoir de geler une situation avant qu'elle ne devienne incontrôlable. Il apparaît dès lors que l'une des fonctions légitimes de la police est l'intervention lors de crises à caractère immédiat. Il ne semble toutefois pas y avoir pour l'instant de position bien tranchée quant aux mesures à prendre par un représentant de l'ordre à partir du moment où il a la situation en mains et qu'il apparaît qu'une inculpation se révélerait inutile, mais cela est dû au fait que les policiers et les représentants des autres secteurs intéressés n'ont pas la même opinion à ce sujet. Il serait, semble-t-il, erroné en théorie et irréalisable dans la pratique de demander à la police d'assurer un rôle d'orientation ou de se charger de la surveillance à plus longue échéance des cas de ce genre. On pourrait également douter du bien-fondé du recrutement éventuel par la police de ses propres assistants sociaux qui feraient partie du cadre des forces policières. Une mesure de ce genre sèmerait inutilement la confusion dans l'esprit du public et dans celui des représentants de l'ordre eux-mêmes. Il serait

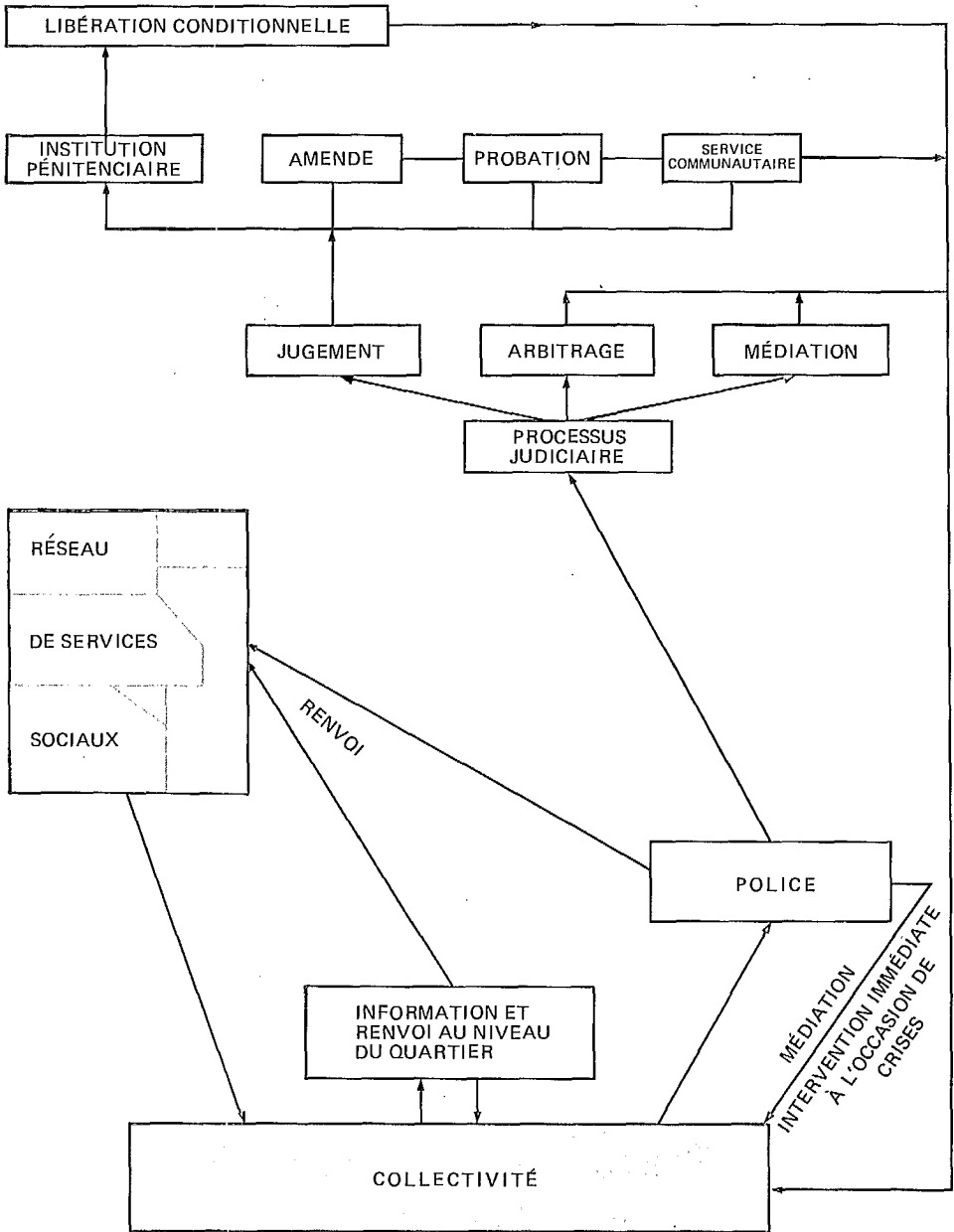
apparemment préférable de considérer simplement le rôle du représentant de l'ordre dans l'optique d'une fonction de participation complémentaire, soit au sein du système judiciaire au criminel, soit au sein d'un réseau bénévole de services sociaux. Pour y arriver, il faudrait veiller à ce que les services sociaux bénévoles puissent se charger efficacement des cas qui leur sont déferés par les représentants de l'ordre, ce qui signifie que chaque collectivité devra analyser les ressources dont elle dispose et les étoffer si nécessaire. La police doit pouvoir avoir recours 24 heures par jour aux services médicaux et sociaux ainsi qu'aux services d'orientation et d'information nécessaires. Les policiers eux-mêmes devront apprendre à se servir utilement de ce réseau de services et, dès lors, le programme de formation des représentants de l'ordre devra aborder des questions telles le pouvoir discrétionnaire du policier de recourir ou non à l'appareil judiciaire, la détermination des problèmes mentaux ou sociaux exigeant une assistance professionnelle, l'intervention en cas de crise à caractère immédiat et les relations entre la police et la collectivité. A l'heure actuelle, de nombreuses écoles de police n'accordent aucune attention à ces problèmes, avec pour conséquence que la formation du policier au niveau du recrutement ne couvre qu'un quart des tâches effectuées par le policier en service actif.

Le changement qui, de loin, s'impose le plus est un changement fondamental de la structure du rôle de la police au sein de la collectivité. Il importe que la police soit considérée comme un service social et qu'elle soit intégrée aux autres services sociaux aux stades de la planification et de l'organisation. Ceci veut dire que dans chaque collectivité les représentants de l'ordre devront directement participer à la planification sociale en général au cours de laquelle la police, les organismes pertinents et les particuliers intéressés pourraient discuter de problèmes de coordination et d'exécution des services. Les représentants de l'ordre seront encouragés à titre individuel à participer davantage à la vie de la collectivité, non pas simplement dans l'optique des relations publiques, mais bien davantage afin de pouvoir prévenir la criminalité grâce à une interaction judicieuse entre représentants de la collectivité et représentants de l'ordre dans tous les secteurs où les citoyens sont susceptibles de s'opposer à la loi.

Enfin, la création d'un centre de tri des données sur les activités innovatrices de la police est également indispensable. Les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent jouer ici un rôle important en subventionnant des projets, en surveillant leur exécution et en communiquant les résultats obtenus. Ce n'est que de cette manière qu'il sera possible de profiter totalement de tous les efforts qui sont déployés pour découvrir quels sont les rôles plus constructifs que les représentants de l'ordre peuvent jouer dans une société en pleine évolution.

Nous avons résumé le projet de modèle de travail dont nous avons discuté dans le présent document en donnant ci-après une représentation schématique.

PRÉSENTATION SCHÉMATIQUE DU MODÈLE



la réforme de la peine

Paul C. Weiler *

*Professeur de droit, Osgoode Hall Law School, York University
(en congé), et président du Labour Relations Board of British Columbia

Introduction

Tant qu'une certaine unanimité d'intuition s'établit autour des principes fondamentaux, peu importe la répugnance de notre nation à discuter de notions abstraites; dans de telles circonstances, un instinct moral sain vaut mieux qu'une théorie abstraite et inappropriée. Comme le fait remarquer Aristote, celui qui sait que le poulet est une bonne chose pour le corps, est plus susceptible de vous redonner la santé que celui qui sait que la viande blanche est plus digestible mais ne sait pas le reconnaître. Cependant aujourd'hui, alors que l'unanimité instinctive a disparu, il est essentiel de nous pencher sur certains principes abstraits si nous ne voulons pas risquer d'être emportés par nos émotions. Seuls des instincts sains peuvent aider à dissiper le désordre; en leur absence le désordre apparaît inmanquablement.¹

J'étudierai, dans cet essai, quelques notions de philosophie pénale souvent soumises à la controverse, et j'essaierai de les rattacher à des aspects particuliers de la réforme du droit pénal. Je devrais peut-être mentionner d'ores et déjà l'importance de la spéculation philosophique abstraite dans le processus pragmatique et positif de réforme du droit pénal canadien. Le rapport n'est pas évident, c'est le moins qu'on puisse dire.

Si nous laissons un moment de côté les détails des diverses parties de notre droit pénal et si nous examinons l'ensemble du processus, un fait frappant en ressort. Ce mécanisme compliqué et incommode n'a essentiellement qu'une fonction: celle de conduire un individu devant un juge, représentant de l'État, qui est en mesure de lui infliger délibérément une sanction pénible. Certaines règles du droit pénal font état des conduites interdites et des sanctions correspondantes. D'autres doctrines

¹ Hawkins, «*Punishment and Moral Responsibility*» (1944) 7 *Modern Law Review* 205.

légales définissent quels délinquants doivent être punis. D'autres encore nous informent de la nature de la sanction à infliger ou de la façon d'amener le procès à son point final. Mais la superstructure détaillée de notre code criminel passe sous silence la question la plus fondamentale: Pourquoi punir? Personne n'a su mieux que Tolstoï exprimer ce dilemme:²

Il posa une question très simple: Pourquoi et de quel droit est-ce que certains individus enferment, tourmentent, fouettent et tuent d'autres personnes, alors qu'ils sont semblables à ceux qu'ils tourmentent, fouettent et tuent? En réponse, on se mit à discuter, à savoir si les êtres humains sont doués ou non de libre-arbitre; si l'on peut ou non détecter des indices de criminalité en mesurant le crâne, quel est le rôle de l'hérédité dans le crime, si l'immoralité est héréditaire; et qu'est-ce que la folie, la dégénérescence, le caractère; comment le climat, l'alimentation, l'ignorance, l'imitation, l'hypnotisme ou la passion peuvent pousser au crime; qu'est-ce que la société, quels sont ses devoirs, etc. . . . Mais il n'y eut pas de réponse à cette question capitale: «De quel droit certains hommes en punissent-ils d'autres?»

Ceci met en lumière la véritable importance des batailles acharnées des philosophes sur la question de la justification morale du châtement. Cette question se pose chaque fois qu'un juge décide d'une sentence arbitraire, même s'il prête toute son attention à la forme particulière et à la sévérité de la sanction à infliger. Et pourtant, à l'heure de la réforme systématique du droit pénal d'une nation, la pertinence d'une telle question est accrue. Il existe implicitement dans chaque proposition de changement de cette partie du droit, un postulat tacite qui accorde à l'état le pouvoir d'exercer une contrainte délibérée sur l'individu, et définit les limites de ce pouvoir.

Je ne veux pas dire par là qu'une réflexion philosophique dans un fauteuil fournira des réponses suffisantes en elles-mêmes aux détails d'un code criminel. Il est clair que des enquêtes complexes sur les faits réels et des relations adroites établies entre les moyens et les fins sont également indispensables à la réussite d'une entreprise de droit pénal. Tout compte fait, cette branche de la philosophie trace les lignes de conduite de ces enquêtes et nous indique les mesures que nous devons prendre. Nos hommes d'action—législateurs, juges, avocats, procureurs, policiers, administrateurs de prison, etc. . . . peuvent évidemment se trouver dans le doute, mais cette vérité reste inéluctable. Si je puis me permettre de paraphraser le célèbre passage de Lord Maynard Keynes:³

. . . Les idées des philosophes politiques et des moralistes, qu'ils aient tort ou raison, ont un pouvoir plus grand qu'on ne le croit généralement. En fait, ce sont elles qui gouvernent le monde. Les hommes pragmatiques qui ne pensent subir aucune influence intellectuelle, sont

² Cité au début de «*The Rationale of Punishment*» de Pincoffs (1966).

³ Keynes, «*The General Theory of Employment, Interest and Money*» (1936) p. 383.

bien souvent les esclaves de quelque théoricien défunt. Les insensés qui détiennent le pouvoir et entendent des voix distillent la folie que quelque écrivain académique défunt leur a léguée.

Je n'ai pas l'intention de passer froidement en revue, dans cet essai, la totalité des réponses que les philosophes ont données à cette question capitale: le fait de punir un individu est-il justifié et pourquoi? Ce serait sans nul doute un exercice intéressant que de rassembler d'une façon cohérente les opinions diverses exprimées dans cet éternel débat. Mais ce n'est pas ce qui m'intéresse. A vrai dire, je préfère courir un plus grand risque, celui d'exposer mes idées personnelles sur la façon d'aborder le problème. Je ne me fais pas non plus d'illusions quant à l'aspect systématique et général d'une telle analyse. J'ai mis l'accent sur les orientations récentes, et d'une importance capitale, de la nouvelle théorie du droit pénal. Je crois qu'elles ne se sont pas encore imposées dans le monde des hommes de loi, mais qu'elles sont lourdes d'implications à l'égard de plusieurs aspects urgents de la réforme du droit pénal. L'exposé de ces jugements, qui engage ma responsabilité, incitera peut-être les personnes chargées de la réforme du droit canadien à réfléchir et à réviser leurs positions sur ces mêmes thèmes.

On peut brièvement résumer ainsi le plan de cette étude. Si nous nous penchons sur l'histoire de la théorie du droit pénal au siècle dernier, deux idées dominantes s'imposent. D'abord, le règne de l'utilitarisme a été la pierre angulaire de la philosophie de la réforme sociale. Les questions critiques à propos d'action sociale, de droit ou d'institution sont: qu'en tirerons-nous de bon? Dans quelle mesure et à quel prix? Deuxièmement, dans le domaine spécifique du droit pénal, le «bon» qui nous concerne tant, c'est la réhabilitation du délinquant. Il n'y a aucun rapport logique et nécessaire entre ces deux concepts: en réalité, Bentham, qui a peut-être exercé la plus grande influence sur l'évolution de l'utilitarisme, était beaucoup plus préoccupé par la force de dissuasion générale du droit pénal. Mais après une longue période de gestation, les affinités mutuelles et naturelles de ces deux objectifs se sont imposées. De nos jours, elles continuent de satisfaire le confort intellectuel des réformateurs et des critiques, mais aussi celui de la majorité des hommes de loi. Le rapport Ouimet rapporte confidentiellement que «le comité considère la protection de la société non seulement comme l'objectif fondamental du droit pénal canadien, mais encore comme le seul justifiable» et que «la réhabilitation d'un individu délinquant offre la meilleure protection à long terme pour la société»⁴. Hubert Packer, auteur de l'un des meilleurs ouvrages récents sur la science du droit pénal, condamne en une phrase une théorie communément répandue

⁴ Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, «Vers l'unité: justice pénale et correctionnelle» (1969) pp. 11 et 15.

chez ses adversaires, c'est-à-dire la théorie de la justice rétributive, en vigueur depuis le début du dix-neuvième siècle: le châtement «n'a aucune place dans une théorie de justification de la peine car il n'exprime rien d'autre qu'un dogme qu'on ne peut ni vérifier, ni admettre»; en réalité, cette théorie n'est à ses yeux que «sauvagerie pure et simple»⁵.

Comme le cours de l'histoire le prouve souvent de façon ironique, dès qu'une théorie précédemment révolutionnaire commence à s'imposer et à s'adapter, le pendule intellectuel se met à osciller de l'autre côté. L'effet de ce malaise a d'abord été ressenti au niveau de «l'idéal de réhabilitation». Cet objectif est lié de façon évidente à la philosophie utilitariste. Si l'on admet que le premier mouvement de la morale humaine est de rechercher le bien et le bonheur dans ce monde, l'imposition délibérée d'un mal ou d'une douleur représente une faille réelle. Comme l'a montré Bentham, il y a des moyens indirects et ambigus d'éluder le problème. Il vaudrait mieux revoir les institutions du droit pénal, de façon à ce que les mesures prises à l'égard d'un individu soient à la fois utiles à la société et à lui-même. Je crois que ceci est la raison principale de l'intérêt porté au traitement du délinquant et le thème fondamental du processus du droit pénal. L'expérience de la réalité de ce brave nouveau monde a commencé à désenchanter les observateurs pour des raisons que personne n'a mieux exprimées que ce critique prophétique et précoce dans ce commentaire mordant:⁶

Être arraché sans mon consentement à ma famille et à mes amis; perdre ma liberté; affronter tous les coups portés à ma personnalité par la psychothérapie moderne; être remodelé en fonction d'un critère de normalité établi dans un laboratoire viennois, auquel je n'ai jamais porté allégeance; savoir que ce processus n'aura pas de fin à moins que mes geôliers n'aient réussi, ou que je sois devenu assez habile pour qu'ils croient à leur succès apparent. Qui est-ce qui s'intéresse à savoir si ceci est ou non un châtement? Il est évident, en tout cas, qu'il comporte tous les éléments qu'on redoute dans une sanction—honte, exil, captivité et des années rongé par la vermine.

Et pourtant, le règne de l'utilitarisme «finalité justificatrice» du droit pénal, ne semble pas avoir été menacé par les défauts de plus en plus évidents de son partenaire cadet, la réhabilitation. Différents penseurs, parmi lesquels le professeur Packer susmentionné, ont élaboré des théories recherchées exposant «une théorie causale intégrée susceptible de résoudre le problème des points faibles de la morale dans le contrôle exclusif de la criminalité, tout en préservant le principe philosophique fondamental. Il est inadmissible que ces raisons rétributives puissent fournir une, sinon la seule, justification positive du châtement. Et pourtant, ce dogme qu'on ne peut «ni vérifier, ni admettre» est à nouveau

⁵ Packer, «*The limits of the criminal sanction*» (1968) pp. 38-39, 66.

⁶ Lewis, «*The humanitarian Theory of Punishment*», 6 *Res Judicatae* 224, p. 227.

bien vivant, pour des raisons qui touchent directement à notre conception du droit pénal. Cette étude vise principalement à expliquer les changements paradigmatiques de nos attitudes de pensée présentes ou futures à l'égard des sanctions pénales et leurs implications en ce qui concerne des aspects importants de la réforme du droit.

Les différentes sanctions

La plupart des études contemporaines portant sur les sanctions ont adopté un ordre d'analyse particulier. L'auteur commence par formuler une définition précise et *logique* de ce qu'il entend par sanction; il essaie ensuite de démontrer comment son point de vue est moralement défendable. Au premier abord, cette manière de procéder peut sembler très sensée. En effet, comment peut-on autrement aborder l'éternel dilemme, à savoir *pourquoi* nous punissons avant de mettre au clair *comment* nous punissons.

Il y a une vingtaine d'années, plusieurs études importantes sur la peine ont poussé un peu loin cette orientation. Elles essayaient de démolir les arguments moraux clés des adeptes de la conception rétributive et notamment l'idée qu'une punition ne peut être infligée qu'à une personne qui a commis un délit—en affirmant que cette exigence est déjà contenue dans la définition logique de la pratique. On ne peut sanctionner qu'un délit, car s'il n'y avait pas de délit, pourquoi y aurait-il une sanction? On n'a pas tardé à détecter l'élément trompeur de ce raisonnement. Une sanction n'est pas un phénomène naturel, observable et descriptible. C'est une institution sociale établie par les êtres humains en fonction de leurs valeurs et de leurs objectifs. Dans la réalité, nos actions sont largement déterminées par les raisons qui nous poussent à faire ceci ou cela. Cette nécessité de limiter les sanctions à ceux qui les méritent pose un problème, et seul un argument moral et non pas une définition arbitraire peut la défendre.⁷

⁷ Voir l'ouvrage de H. L. A. Hart, "*Punishment and Responsibility*" (1968) pp. 5 et 6, qui traite des points de vue de Quinton "On punishment" (1954) et de Benn, "An approach to the problems of punishment" (1958).

Il peut être cependant très enrichissant d'examiner les définitions générales des sanctions au niveau de la théorie philosophique, non seulement pour vérifier l'enseignement qu'en tirent les philosophes (parce qu'ils essaient d'en tirer le moins possible) mais aussi pour comprendre les postulats tacites qu'elles recouvrent. La définition la plus communément acceptée est peut-être celle du professeur H. L. A. Hart:⁸

On peut définir en cinq éléments la notion principale du concept de «sanction»:

- (i) Elle implique la souffrance ou d'autres conséquences normalement considérées comme désagréables;
- (ii) Elle répond à une transgression des règles juridiques;
- (iii) Elle doit être infligée en raison d'un délit commis par un délinquant réel ou supposé;
- (iv) Elle doit être intentionnellement infligée par des êtres humains autres que le délinquant;
- (v) Elle doit être appliquée par corps constitué par le système juridique à l'encontre duquel le délit est commis.

Il est vrai que Hart reconnaît plusieurs autres recours possibles—sanctions non-officielles, irrégulières, substitutives—et jusqu'au châtiement d'un non-délinquant—en les décrivant comme des cas «extraordinaires» ou «secondaires». Cependant, nous avons l'impression qu'il existe un cas-type, qui peut être rapidement identifié dans le monde réel et qui recouvre presque tous les exemples importants que nous trouverons, à part quelques exceptions isolées. Si les hypothèses de Hart sont justes, ces définitions sont sans doute les plus exactes qu'on puisse donner.

Je pense qu'il est dangereux de mettre en question de prime abord ces hypothèses. Les éléments clés de cette définition sont: règle juridique, délit, délinquant, souffrance ou autre désagrément, et corps constitué légalement. Ces éléments semblent indispensables à notre compréhension du mot «sanction», mais lorsque nous examinons des situations réelles, ces étiquettes sont plus obscures que révélatrices. Considérons l'énorme éventail de situations qui composent le dilemme moral des sanctions. Quiconque connaît en détail le droit pénal canadien est à même de réaliser l'étonnante variété de doctrines juridiques qui semblent satisfaire à ces principes fondamentaux. Mieux encore, ce ne sont pas de simples particularités locales qu'on doit noter et rejeter ensuite afin de mener une analyse théorique plus poussée. J'essaierai de montrer dans ce chapitre que le droit pénal canadien contient de nombreuses nuances dans l'acceptation de termes tels que délinquant, souffrance, etc.; ces nuances sont liées entre elles d'une façon systématique et cohérente; ces différences sont aussi capitales que les similitudes fondamentales existant dans le processus de justification morale.

⁸ Hart, cité dans la note explicative n° 1, pp. 4-5.

Avant de procéder à l'énumération de ces points, je proposerai une terminologie plus précise afin de définir les nombreux aspects du châtiement. Le système des *sanctions* référera au domaine de l'action sociale qui pose un problème moral à cette branche de la philosophie. Ce système ne comprend pas seulement les délits d'ordre pénal définis dans le Code, mais aussi les infractions à des statuts provinciaux d'ordre quasi pénal, l'approche «non-pénale» de la *Loi sur les jeunes délinquants* et d'autres quasi-délits—«civils» tels que la compromission involontaire des malades mentaux. Nous pouvons percevoir trois pratiques distinctes au sein de cette famille; une seule correspond à toute l'acception du terme «châtiment». Je nommerai respectivement les deux autres pratiques: celle de «la pénalité» et celle de la «correction».

Je tiens à souligner immédiatement l'importance relative de cet exercice linguistique. Ces termes distinctifs réfèrent d'emblée à des modèles qui aideront à voir clair dans l'univers complexe des doctrines et des pratiques du droit pénal. Ni les mots ni les modèles que je vais esquisser n'impliquent nécessairement qu'il soit possible de cloisonner nettement la réalité changeante et souple du droit pénal dans des compartiments étanches. Je ne connais aucun outil intellectuel qui permette de mener à bien une telle entreprise. Je ne puis non plus affirmer qu'en raison de l'existence de structures et de dispositions distinctives dans le droit pénal actuel, ces disparités soient, *ipso facto*, moralement justifiables. En fait, c'est ce problème qui polarise ma recherche. Il est important de clarifier d'ores et déjà la complexité du système de droit pénal actuellement en vigueur, de façon à toucher du doigt les distinctions qui persistent dans le droit pénal général de toute société moderne, et à analyser par la suite la façon dont elles reflètent la permanence de nombreux objectifs contemplés par divers secteurs de la vie humaine. A plusieurs égards, la loi constitue un langage, et c'est à ses risques et périls qu'un théoricien pourra oser ignorer les complications et les nuances que l'homme ordinaire a trouvé utile d'adopter à force de pratiquer ce langage. Comme l'a dit jadis J. L. Austin:⁹

Notre répertoire habituel de mots (ou de lois) fait état de toutes les distinctions (ou du moins d'un grand nombre) et de tous les rapports que les hommes ont jugé bon d'établir au cours de nombreuses générations. Ils seront probablement d'autant plus nombreux et sensés qu'ils ont résisté à l'épreuve du temps, et vraisemblablement plus subtils, du moins en ce qui concerne les sujets ordinaires et relativement pratiques, que tout ce que vous et moi aurions pu imaginé à l'issue d'un après-midi de réflexion dans un fauteuil, solution prisée d'ailleurs par la plupart.

Ceci dit, je dois attirer votre attention sur d'autres formes de pratique sociale et leur attribuer également une étiquette propre. Ces

⁹J. L. Austin, "A plea for Excuses" (1956-57), *Aris. soc. Proc.* 1.

différents secteurs du droit pénal (ou différents exemples de systèmes de sanction), ne sont qu'une partie d'une famille encore plus nombreuse de réponses sociales au problème éternel et capital de la vie en société. Nous ne pouvons vivre ensemble dans une communauté solidaire qu'à la condition d'accepter et d'observer des règles de conduite qui ont pour but d'éviter des conflits pénibles et de favoriser une coopération profitable. Les lois interdisant la violence, le vol, la fraude, etc., . . . illustrent cette nécessité. Bien sûr, la société possède des critères et des moyens pour décider de la validité des lois et de leur adoption. Ces questions sont tout aussi persistantes et sans doute plus importantes à la vie en société et la théorie sociale que le problème de distinction dont je vous entretiens ici. Mais une fois que nous nous sommes mis d'accord sur un ensemble de normes applicables à la vie en société et que nous l'avons adopté, quels qu'en soient le contenu et le mode d'actualisation, d'autres questions surgissent. Comment une société peut-elle faire en sorte que ces normes soient respectées? Comment réagira-t-elle dans une situation malheureusement inévitable, d'infraction à la loi?

Nous sommes au cœur du problème que la philosophie du châtiement se propose de résoudre. Comme j'essaierai de le montrer, une telle philosophie suppose le contrôle de l'authenticité des nombreuses pratiques sociales viables du droit pénal. Mais le droit pénal n'est lui-même qu'un exemple des diverses réponses d'une communauté à cette même grande problématique. De façon à comprendre la complexité du droit pénal, nous devons d'abord l'envisager par rapport à l'ensemble des réponses sociales qui s'y rattachent.

Citons d'abord la réponse comportant la *persuasion morale et le blâme*. C'est une méthode qui vise à influencer les délinquants (réels ou éventuels) en tentant de leur faire comprendre pourquoi ils doivent s'acquitter de leurs obligations. S'ils ne s'en acquittent pas, nous exprimons notre mécontentement et notre désapprobation. Cette pratique est institutionnalisée dans la famille et à l'école, et s'adresse à des enfants que l'on suppose malléables, étant donné leur niveau d'apprentissage. Cependant, ce thème apparaît universellement dans presque tout contexte social, que ce soit le contexte du travail, du loisir, de la vie publique, d'un club, etc. . . . Ce processus repose sur le postulat tacite que nos efforts visent des personnes raisonnables et responsables, ou du moins qui ont des chances de le devenir, étant à la fois aptes à comprendre qu'elles ont des devoirs vis-à-vis leurs concitoyens et réceptives à des impératifs d'ordre moral.

Une technique assez différente serait celle de la *récompense*. Ceux qui s'acquittent de leurs devoirs ou coopèrent au bien commun

recevront en échange une contrepartie. La notion d'éloge se situe entre la récompense et la persuasion morale, mais l'homme a appris par expérience qu'un bénéfice concret est plus souhaitable. Ce bénéfice est de type monétaire, et il se situe au niveau des pratiques commerciales. Il comporte le postulat tacite que les fins poursuivies sont liées au profit économique et basées sur l'évaluation rationnelle des frais et des bénéfices individuels que comportent leurs activités.

Une troisième technique sociale, un peu plus éloignée des autres, est celle à laquelle je réserve le terme de «traitement». Elle est fondée sur des hypothèses assez contradictoires contenues dans les deux premières. Il arrive que, pour des raisons de déséquilibres physiques, psychologiques ou comportementaux, une personne, quoique bien intentionnée, soit dans l'incapacité de respecter ses engagements. C'est le cas de l'automobiliste qui, pour des raisons cardiaques, d'alcoolisme, ou simplement par manque de compétence constitue un danger public sur une route. La société est à même de fournir les moyens cliniques ou autres afin de corriger ces désordres personnels et pour permettre à l'individu d'en tirer profit. C'est ce que j'appelle le traitement. On l'associe souvent à la persuasion morale ou à la récompense pour influencer ou monnayer un choix. Cependant, en dernière analyse, on s'aperçoit que la technique du traitement n'est valable que pour l'individu libre de décider si son intérêt de modifier sa condition coïncide, ne serait-ce qu'en partie, avec celui de la société, celui de promouvoir la conformité.

Ces pratiques possèdent un trait commun sans rapport avec le dilemme moral particulier qui préoccupe la philosophie du châtiment. Dans chaque cas, la société cherche à modifier ou à orienter le comportement de l'individu, tout en lui permettant de choisir *volontairement* s'il doit ou non se conformer. Il appartient à l'individu de décider comment il réagira à la persuasion morale et si les normes proposées justifient ses sacrifices personnels. En fonction de la récompense offerte et de la difficulté de la tâche à accomplir, c'est à lui de décider si le jeu en vaut la chandelle. Il décidera s'il doit accepter le désagrément du traitement, tel qu'un séjour dans une clinique de désintoxication.

Le problème moral auquel j'ai fait allusion en citant Tolstoï, surgit au moment où la société décide qu'elle ne peut risquer que l'individu prendra lui-même ses responsabilités. Elle a donc recours à la *contrainte* afin de maintenir le taux de conformité à ses normes. L'ambiguïté morale de la contrainte a élargi le domaine de la philosophie du châtiment et nous nous trouvons maintenant confrontés à la question à savoir de quel droit l'état force-t-il un individu à se conformer à sa volonté?

C'est ici qu'intervient le droit pénal. Comme je l'ai déjà dit plus haut, un système contemporain typique de droit pénal comporte de nos jours trois pratiques distinctes: le châtimeut, la pénalité et la correction.¹⁰ Je les opposerai d'abord en fonction des tendances qui les animent et qui se reflètent dans leurs objectifs et dans leurs structures. Une technique de châtimeut tend à un maximum de conformité à des normes de conduite fondamentales, et utilise des mesures coercitives pour exprimer la condamnation par la société d'une conduite individuelle irrespectueuse de ses règles. Un système de *pénalité* tente également de généraliser la conformité, mais par des menaces de privations qui rendent trop grand le risque couru aux yeux de l'homme ordinaire. Le système de *correction* est animé du même esprit neutre et sans souci moralisateur, mais s'applique particulièrement à assurer la réhabilitation du délinquant ainsi de sa conformité aux règles à l'avenir. Cette méthode est fondée sur un régime de coercition qui traite la condition pathologique de l'individu indépendamment de ses intérêts personnels et de ses idées propres. Ces trois techniques soulignent clairement que, lorsqu'une société choisit d'avoir recours au droit pénal, elle dispose de différentes pratiques qui comportent le même esprit et les mêmes hypothèses que les techniques non-pénales correspondantes dont nous avons parlé, mais avec, en plus, ce facteur capital de coercition.

On peut alors se demander pourquoi ce facteur de coercition ne devrait-il pas dominer l'argumentation de la philosophie du châtimeut et exiger une forme commune de justification morale (s'il est possible d'en trouver une). Pourquoi devrais-je tenter d'esquisser trois types d'actualisation du mécanisme coercitif d'une société, pour suggérer ensuite que chacun exige une forme propre d'analyse et de défense? Pour résoudre cette interrogation, nous devons examiner de près l'infrastructure de ces trois types d'actualisation.

Supposons que nous demandions à quelqu'un d'imaginer un système de sanction sociale, un code pénal général. Voici les questions qu'il devra se poser et auxquelles il devra répondre:

(i) la plus importante, quelles sont les normes de conduite décisives qui justifieront le recours à la force par la société?

(ii) ensuite, par quelles mesures particulières cette force sociale réussira-t-elle à atteindre ses objectifs au niveau de la conduite des membres de cette société?

¹⁰ Il existe deux études portant sur le châtimeut et qui sont particulièrement dignes d'intérêt. Elles m'ont initialement suggéré cette triade: Morris, "Persons and Punishment" (1968) 50 "*The Monist*" 475, établit une distinction entre le châtimeut et ce que j'ai appelé la correction tandis que Feinberg, "The Expressive Function of Punishment" (1965) 49 "*The Monist*" 397, analyse les différences entre les pratiques du châtimeut et de la punition.

(iii) puis, à quelles personnes et dans quelles situations doit-on appliquer ces mesures coercitives?

(iv) enfin, quels moyens doit-on adopter pour que les décisions de l'individu soient conformes à l'esprit du droit pénal actuel?

Nous devons reconnaître que, sur le plan de la logique, ces questions sont bien distinctes. Théoriquement, les diverses réponses de la loi à chaque question pourraient s'intégrer dans un certain nombre de schémas. En réalité pourtant, il ne peut en être ainsi, si l'on admet que toute décision est prise en fonction d'une vision globale des problèmes et des fins poursuivies.

Nous devons examiner d'abord quelles sont les conduites reprehensibles qui ont exigé le recours au droit pénal. Si l'on admet que certaines formes de comportement humain provoquent des réactions sociales très différentes, les solutions proposées en d'autres situations par le droit pénal refléteront ces réactions divergentes. Nous trouverons également le même type de relation entre les doctrines légales établissant le genre de conduites devant être considéré comme un délit, et les jugements à prononcer—qui condamner? qui pardonner? comment en décider? De telles affinités doivent favoriser la cohésion interne des systèmes de sanction. Leur nature sera fonction du type de problèmes affrontés par la société et des motifs sous-jacents à certains comportements humains régis par la loi.

(i) *L'étendue des comportements proscrits*

En fait, il n'est pas difficile de constater l'énorme variété des comportements passibles d'une sanction pénale. Considérons les «crimes» dont le meurtre, la conduite dangereuse et la délinquance juvénile. Qu'est-ce que ces formes de comportement ont en commun, si ce n'est la désobéissance aux impératifs de la norme juridique? De nombreux théoriciens ont tenté de donner une définition de ce qu'on entend par «crime». Finalement, nous avons opté pour une solution de pure procédure, dont la formulation nécessite certains éclaircissements: un crime est «un acte ayant des conséquences pénales condamnable par le droit pénal».¹¹

Et pourtant, personne, pas même le moins informé des profanes, n'a la moindre difficulté à identifier avec exactitude l'acte criminel. Nous sommes bien d'accord que le meurtre est le cas le plus évident, viennent ensuite les cas de voies de fait, de viol, d'enlèvement, de vol,

¹¹ Glanville Williams, "The definition of crime" (1955) 8 Current Law Problems 101, à la page 123.

de fraude, d'incendie criminel, etc. . . . Certains facteurs communs à tous ces exemples viennent immédiatement à l'esprit et nous aident à déterminer ce que les juges et les avocats ont l'habitude de désigner sous le nom de crimes «réels» ou *mala in se*. Quels sont-ils?

Les conduites répréhensibles ont une caractéristique commune: elles causent un grave préjudice à une personne innocente. Pour cette raison, une telle conduite provoque des réactions immédiates de vengeance de la part de la victime, et d'indignation de la part du spectateur. Étant donné ces attitudes inévitables, il est facile de comprendre pourquoi la condamnation de telles conduites se trouve au cœur de tout système élaboré de protection morale de la société (bien qu'il existe des nuances et une évolution progressive dans la définition du groupe chargé de la protection de ces critères). Ceux qui vivent en société en accord avec les principes moraux dominants sont rarement tentés de s'engager dans une telle voie pour ensuite être en proie à de perpétuels remords si jamais ils y succombaient. Par conséquent, une telle conduite est proscrite par tout système organisé de droit pénal (malgré des nuances dans la définition juridique délimitant les limites incertaines de son application). En effet, il est difficile d'imaginer une communauté viable sans un gouvernement établi qui s'occupe en premier chef de contrer ces conduites en ayant recours à la force.¹² En résumé donc, si nous considérons notre droit pénal comme un tout, il y a beaucoup à dire. La loi répond en instituant le châtement, et c'est ce qui nous intéresse ici.

Mais il y a des délits d'ordre pénal qui sont réglés par ces mêmes institutions du droit pénal, mais pour lesquels cette analyse ne vaut rien. Considérons le délit qui s'oppose diamétralement au meurtre, c'est-à-dire le stationnement interdit. Si le passager d'une voiture se mettait à dire au conducteur que cette dernière infraction constitue une grave faute morale, le conducteur aurait des doutes sur la santé mentale de son passager et non pas sur sa propre conduite. Nous connaissons tous des personnes très respectables qui ramassent leurs contraventions régulièrement et les déchirent. Il serait surprenant qu'un tel comportement provoque un certain dégoût ou engendre un sentiment de culpabilité (de la part de ceux qui font fi de la loi). Nous sommes loin de l'univers du meurtre et du vol. Et pourtant, ce genre de méfait constitue une large part des activités de nos institutions de droit pénal, et les avocats, aussi bien que les juges, ont à nouveau des termes descriptifs pour les désigner—infractions à la «paix publique», ou conduites *mala prohibita*.

¹² Dans son analyse intéressante, "The Concept of Law" (1961) pp. 189-195, H. L. A. Hart décrit celles-ci comme étant les «nécessités naturelles» d'un système juridique.

L'exemple du stationnement interdit peut paraître banal, mais il ne l'est pas. C'est une infraction parmi d'autres consignées au code de la route, dont les infractions ont un rôle utilitaire essentiel, que cela soit celui d'empêcher les accidents causés par des véhicules moteur, de faciliter la circulation, de contrôler le fonctionnement des voitures et son importance dans la vie urbaine, etc. . . .¹³ Ce régime symbolise un changement radical de notre attitude depuis quelques siècles vis-à-vis les interventions gouvernementales. Par suite de l'accroissement démographique et de l'étroite interdépendance de notre communauté, les mécanismes coercitifs de l'État ont pour fonction de faire respecter un nombre croissant de normes *réglementaires*. Ma liste d'exemples n'a pas besoin d'être longue, qu'il s'agisse des règlements relatifs à l'alimentation, aux voitures, au travail, à la distribution des denrées ou touchant plusieurs autres secteurs. Ce phénomène est assez clair. Ce qui nous intéresse ici, c'est la technique mise en œuvre par l'État pour atteindre ces objectifs.

La loi proscriit donc toute forme de conduite laquelle, à son avis, *risque* de causer un tort à autrui, sans causer *effectivement* un préjudice immédiat. De plus en plus souvent, le champ de la loi s'étend à des formes de comportement qui ne semblent comporter que des risques mitigés et ne causer, finalement, que de faibles dommages. C'est là ce qui les différencie essentiellement des crimes «réels», tels que le meurtre où les torts sont évidents, la victime identifiable, et les attitudes morales de rancœur et d'indignation inévitables. Cette nouvelle catégorie d'infractions possède d'ailleurs d'autres attributs. En particulier, ces infractions nécessitent le jugement d'un expert pour décider du champ d'intervention de la loi, lorsque l'on a évalué les avantages et les inconvénients éventuels de cette décision sur le plan du bien-être social. De plus, comme il faut établir une ligne juridique bien définie, celle-ci dégage souvent arbitrairement une zone de comportement illégal par rapport à son environnement immédiat. Le résultat est qu'il n'y a généralement pas de condamnation morale universelle du comportement qui précède la création même de l'infraction. L'État s'appuie sur l'autorité de la loi elle-même pour réprimer ces *mala prohibita*. C'est dans cette branche du droit pénal que nous devrions trouver la mise en œuvre de ce que nous avons appelé «la pénalité».

Je sais pertinemment qu'il n'y a pas de démarcation nette entre ces deux parties du droit pénal dont je viens d'ébaucher les caractéristiques.

¹³ Il existe un grand nombre de généralisations hâtives dans le droit pénal, tant sur le plan philosophique que criminologique, qui auraient eu profit à ce qu'on tienne compte de leurs implications quant au code de la route. L'ouvrage de Ross: "Traffic Law Violations: A Folk Crime" (1961) 8 *Social Problems* 231 nous fournit des indications précieuses à ce sujet. Voir aussi l'ouvrage de Ross, "Folk Crimes Revisited" (1973) 11 *Criminology* 71.

Si l'on se penche sur le système de droit pénal en vigueur, ces deux catégories d'offenses se confondent imperceptiblement. En fait, comme j'essaierai de le démontrer, l'impossibilité de notre droit pénal actuel de les séparer est à la base du problème de la réforme du droit pénal. Mais l'absence d'une cloison n'empêche pas de discerner les différences entre des exemples précis, respectivement issus des deux catégories susmentionnées—entre le meurtre et la conduite dangereuse par exemple. En effet, si on établit un modèle en nous fondant sur ces différences, on parviendra à mieux comprendre les cas où les infractions se situent à cheval sur la frontière entre les deux catégories*.

On ne peut pas identifier un domaine du comportement humain où la réaction « correctionnelle » soit dominante. C'est la nécessité de prendre des mesures à l'égard de certains délits particuliers contre les fondements du droit pénal qui a donné l'impulsion à une telle orientation. Un blâme vindicatif n'aurait que peu d'écho auprès d'un tueur déséquilibré et blasé, et son cas serait plutôt du ressort de la procédure « d'aliénation mentale » en droit pénal. Ce n'est pas non plus en lui infligeant des sanctions à caractère dissuasif que l'on empêchera un adolescent de chaparder à l'étalage. Il faut lui apprendre à respecter les lois. Comme l'affirme ce dicton célèbre, « le délinquant est plus important que le délit ». A cause de notre façon de percevoir le rôle et la situation du délinquant, notre réaction à son délit n'est pas la même que celle esquissée ci-haut.

Cependant, la notion de réhabilitation qui a permis au système juridique de s'orienter vers de nouveaux domaines du comportement comporte une logique sous-jacente.¹⁴ En corrigeant l'individu, le but essentiel de la société est de protéger les autres des dangers inhérents à son comportement. Elle espère aussi résoudre les problèmes de l'individu grâce à des moyens de correction spécifiques. Il est facile de franchir le seuil suivant, qui consiste à appliquer les mêmes mesures à des personnes dans le même état, de façon à éviter qu'elles ne se fassent du tort à elles-

¹⁴ On retrouvera l'une des meilleures illustrations de cette tendance dans *"The Child Savers"* (1969) de Platt.

* Citons l'exemple d'homicide involontaire par suite d'un acte illégal. Les règlements prévoient communément l'exigence d'un permis, que ce soit pour conduire une voiture, chasser le gibier ou pratiquer la médecine. Si une personne se livre sans permis à l'une de ces trois activités, elle sera déclarée coupable, paiera une amende et se rappellera de la leçon sans que personne n'en fasse un drame. Supposons pourtant qu'alors qu'il chasse sans permis (ou hors saison), un individu tue quelqu'un accidentellement. Une personne innocente est maintenant la victime de sa conduite illégale, et l'ensemble de la conjoncture juridique est modifiée, quoique sa conduite ait été la même. Avec beaucoup d'hésitations, la législation relative à l'homicide involontaire commence à différencier les situations et à insister sur le danger inhérent à la conduite de l'accusé. Mais l'existence même du délit d'homicide involontaire est le meilleur témoin de l'importance d'une victime dans le processus d'évaluation, par le code pénal, de ce qui est interdit.

mêmes. Nous internons donc les malades mentaux qui sont dangereux pour eux-mêmes et nous plaçons l'enfant «défavorisé» sous l'aile protectrice d'un tribunal pour enfants. Il aurait peut-être été utile d'établir un principe préventif visant à limiter toute intervention coercitive dans la vie d'un homme aux seuls cas où elle est absolument nécessaire au bien de la société. Malheureusement, l'histoire n'a pas tenu compte de la possibilité d'une telle doctrine. L'idéal de la réhabilitation et le paternalisme sont frères jumeaux et comportent tous deux une sensibilité aiguë (et peut-être excessive) à l'effet négatif des facteurs psychologiques et sociaux sur la responsabilité des individus face à leurs comportements respectifs. Par conséquent, et cela coïncide avec la croissance de la tendance correctionnelle au sein du droit pénal, nous faisons face à une prolifération de lois qui ont pour but de nous protéger du mal que nous pouvons nous faire (accidentellement) nous-mêmes. Le meilleur exemple de cette tendance actuelle du droit pénal se retrouve dans l'abondance des lois et des dispositions réglementant les stupéfiants.

(ii) *Le choix des instruments d'ordre pénal*

Alors que j'ai de nombreux exemples des différentes formes de comportements proscrits, j'ai été jusqu'à présent assez évasif en ce qui concerne le caractère exact de la réaction de la société telle qu'elle est exprimée dans ses diverses pratiques coercitives. Sur le plan pratique, que signifie «châtiment», «pénalité» ou «correction» en droit pénal? Il faut d'abord rechercher les réponses parmi les diverses mesures pénales dont dispose le juge pour décider du degré de «souffrance ou de désagrément» à faire subir au délinquant. Est-il vrai que les diverses pratiques en droit pénal tiennent compte des différences spécifiques entre les comportements proscrits, et entraînent des jugements correspondants, d'une nature spécifiquement différente?

Une des sanctions courantes dans la pratique du châtiment est la *condamnation* de l'accusé—le constat public et officiel de sa culpabilité.*

¹⁶ Henry Hart, "The Aims of the Criminal Law" (1958) 23 *Law and Contemporary Problems* 401, pp. 404-05.

* A ce sujet, l'une des déclarations les plus connues est celle de Henry Hart:

Ce qui distingue une sanction pénale d'une sanction civile et ce qui en fait l'originalité, si j'ose dire, c'est la condamnation de la part de la communauté qui accompagne cette sanction et justifie son imposition. Comme l'a écrit déjà le professeur Gardner en des termes analogues:

«C'est dans la condamnation pénale elle-même qu'on doit rechercher l'essence du châtiment de la délinquance morale. Il arrive qu'on perde plus d'argent devant un tribunal que lorsque l'on joue à la bourse; un camp de prisonniers de guerre constitue un environnement plus hostile qu'une prison fédérale; la mort au champ de bataille présente les mêmes caractéristiques que la mort par condamnation—c'est cette expression de haine, de peine, ou mépris de la communauté à l'égard du coupable qui constitue l'aspect le plus éprouvant du châtiment».

Nous sommes maintenant dans le domaine des accusations graves portées pour une conduite condamnable qui a causé un tort sérieux à une victime innocente. Par conséquent, lorsque nous déclarons quelqu'un coupable, nous lui infligeons la sanction la plus indélébile et destructrice qui puisse exister. On néglige souvent ce fait mais il suffit pour apprécier son fondement de se rappeler le cas de l'avocat coupable de détournement de fonds ou le professeur accusé de rapports sexuels avec de jeunes enfants. Parce que cette pratique dépend des valeurs morales intimes de la communauté mais aussi parce qu'elle les renforce, le fait qu'elle condamne le coupable crée un climat moral qui révèle à la fois les forces et les faiblesses de cette pratique. Si nous prenions conscience de ce fait, nous serions à même de comprendre la raison d'être des récentes réformes juridiques qui permettent à nos juges d'éviter la condamnation formelle (et aussi «le casier judiciaire») par le biais de la mise en liberté absolue ou conditionnelle.

Cependant, il ne suffit pas de condamner purement et simplement le genre de conduite dont nous nous préoccupons—que ce soit un meurtre, un viol, un vol ou quelque autre délit de ce genre. Il existe des sociétés où les individus vivent en marge de la société conventionnelle et ne font guère cas de la réprobation de la part de la communauté. Même dans le cas du délinquant jusqu'ici respectable et soumis aux lois et dont l'avenir est sérieusement compromis, ce n'est pas parce que l'opinion publique aura eu connaissance de sa culpabilité qu'on pourra évaluer le ressentiment de la société face à l'acte posé par ce délinquant. L'institution du châtement maintient et renforce son caractère «expressif» par d'autres mesures à caractère pénal. En particulier, elle repose sur les sanctions qui semblent les plus déshonorantes et honteuses aux yeux de la communauté. Évidemment, elles varient selon les époques et les endroits mais je suis certain qu'au Canada, aujourd'hui, la plus importante de ces mesures est certes la peine d'emprisonnement. L'idée de réclusion, si courte soit-elle, inspire à l'homme de la rue une répugnance presque aussi grande que l'idée d'une colonie atteinte de lèpre morale—sans compter les privations réelles qu'elle entraîne. Les délits traditionnels dans le contexte du droit pénal, fortement imbibés des principes de moralité, sont bien plus souvent sanctionnés par une telle peine lourde de signification que des formes plus récentes d'infraction aux règlements, alors que ces dernières impliquent souvent un comportement objectivement plus dangereux (ex: conduite dangereuse, comparé à la pédophilie).

Et pourtant ces infractions aux règlements, qui polarisent la pratique de «pénalité», sont généralement sanctionnées par une amende. Ce type de comportement se développe essentiellement dans un milieu d'affaires; le délinquant correspond habituellement au stéréotype de l'in-

dividu raisonnable, réfléchi, auquel s'adresse fondamentalement la théorie de la dissuasion générale. La plupart de ces délits sont motivés par la perspective d'un gain pécunier (ou une économie quelconque). Les amendes constituent une technique qui nous permet (du moins en partie) d'évaluer la force de dissuasion et de l'orienter dans la bonne direction. Le législateur s'en sert pour équilibrer la balance des inconvénients et ainsi encourager le délinquant en puissance à résister à l'appât du gain. Comme je l'ai déjà dit, les infractions à caractère moral ne sont pas considérées comme des infractions à la «paix publique» de façon à ne pas dévaloriser la loi aux yeux de la communauté, au cas où elle ne répondrait pas au contrevenant par une forme de sanction expressive telle que l'emprisonnement.

L'ambiguïté fondamentale de la pratique de la correction réside dans la difficulté de définir la sanction qui la caractérise. Il n'y a pas de doute qu'il faille éliminer la flétrissure morale et le déshonneur qui s'attachent à une condamnation et à une incarcération. Le système d'amendes répugne tout autant. Non seulement il n'aide pas à enrayer les causes de la conduite du délinquant, mais encore il est en contradiction avec les hypothèses fondamentales de cette pratique, à savoir que le délinquant n'est *pas* motivé de façon rationnelle et justifiable, ni par un quelconque intérêt économique. Je pense que, dans une perspective correctionnelle, la meilleure solution serait un système de mise en liberté surveillée au sein de la communauté. Le délinquant pourrait entrer en contact avec l'expert chargé de l'affaire et, à l'aide des techniques de travail qu'il utilise, ce dernier tenterait de définir les circonstances qui ont amené ses problèmes de comportement et ainsi essayer de les résoudre dans le même environnement que celui où le «délinquant» devra vivre si le traitement réussit.

Cependant, le système de correction ne dépend pas uniquement du traitement, car ce dernier ne tient pas compte du choix volontaire de l'individu d'accepter ou de rejeter ces mesures bénéfiques. La nécessité de défendre la société a mené à l'institution d'une pratique *coercitive* et a inévitablement détourné de l'idéal souhaitable le choix de la sentence. Les criminels dangereux doivent être mis hors d'état de nuire jusqu'à ce qu'ils soient guéris et il faut souvent les enfermer dans des lieux où on les oblige, qu'ils le veuillent ou non, à se réhabiliter. Les défenseurs de cette pratique soumettront qu'il ne faut pas confondre ce genre de détention avec la peine d'emprisonnement. Ils proposent de transformer les pénitenciers, les maisons de redressement (ou ce qui leur correspond en langage populaire) en communautés thérapeutiques qui jouiront un jour, espèrent-ils, de la même sympathie que nos hôpitaux. Le résultat classique de la réhabilitation idéale n'est pas seulement l'invention de toutes sortes de mesures remarquables, telles que la mise

en liberté surveillée, la libération conditionnelle, la libération sans condition, la maison de transition, etc. . . . ; il implique aussi l'augmentation régulière de la fréquence et de la longueur des périodes de détention dans des institutions, qu'importe le nom qu'on lui donne.

(iii) *La distribution des sanctions pénales*

On comprendra la complexité du processus judiciaire qui devra intervenir à mi-chemin entre toute interdiction générale de comportement préjudiciable et l'application de certaines mesures pénales déterminées visant à réprimer un tel comportement. Le but d'un tel processus est d'identifier les individus qui méritent effectivement une sanction pénale. L'acte prohibé sera peut-être commis (par exemple, un meurtre); toutefois, on ne peut dire que tous les intéressés deviennent par le fait même des «délinquants» parties à un «délit». C'est cet ensemble de doctrines juridiques, qu'on étiquette *actus reus* et *mens rea*, qui déterminera l'auteur du crime.

C'est peut-être à ce niveau-là qu'on peut rechercher l'origine profonde de l'ambiguïté des définitions conventionnelles du châtement. La pratique particulière du droit pénal auquel j'ai réservé l'appellation «châtiment», accorde une importance significative aux notions de «délit» et de «délinquant». La raison en est que ces concepts émergent naturellement d'une pratique qui dépend étroitement de la notion de «mérite». Nous décidons donc qu'une personne doit être blâmée moralement, humiliée publiquement et puis soumise à des sanctions déshonorantes. Bien sûr, cela n'est vrai que lorsque la personne a agi d'une façon digne de réprobation, et l'on peut donc dire «qu'elle n'a que ce qu'elle mérite». Le fait de pouvoir juger si quelqu'un est moralement répréhensible s'assimile aux notions de délit et de délinquant. D'abord, la personne en question doit perpétrer un acte répréhensible, faisant fi des valeurs qu'elle était censée respecter (et je devrais ajouter que cette même obligation suppose l'établissement préalable de ces valeurs par des autorités particulières dans le but de protéger la liberté et la sécurité des citoyens). Deuxièmement, l'individu doit avoir décidé volontairement de mal agir et de causer un tort à quelqu'un. Il est responsable de sa conduite dans la mesure où l'on aurait des raisons de s'attendre à un comportement différent de celui qu'il a adopté.

Ces deux hypothèses sont respectivement les fondements des principes de *actus reus* et de la *mens rea*. Il se peut qu'au niveau de leur application, certains compromis soient nécessaires par le biais de règles juridiques détaillées, mais l'aspect essentiel de notre droit pénal, c'est-à-dire la pratique du châtement, est assez clair. L'intervention coercitive de l'État doit être limitée à des situations où l'individu a joui d'une

liberté d'action suffisante pour encourir un blâme moral. Mais cette institution n'a pas pour but de condamner des vices moraux en tant que tels, ni de punir des desseins diaboliques. Ce n'est que lorsque l'individu actualise ses tendances en un acte qui enfreint le système de contraintes établi pour protéger le reste de la communauté que les représentants de l'État ont le droit de punir un «délinquant».

Malheureusement (du moins pour le théoricien) ces deux principes sont constamment ignorés dans de nombreuses sections de notre droit pénal. Certains cas ne peuvent relever d'une définition générale du châtement que si les termes de «délit» et de «délinquant» ont une signification purement fictive. En d'autres termes, seul est déclaré délinquant celui qui satisfait à des doctrines juridiques qui le soumettent au pouvoir coercitif de l'État, sans considération de leur contenu. (Par exemple, on peut dire qu'un enfant «négligé» ou qu'une personne atteinte d'«intensité criminelle» sont des délinquants, dans la mesure où la loi autorise leur réclusion dans certains cas). C'est pourtant ignorer la raison d'être des concepts établis et le contexte qui a permis de déterminer leur signification.

D'autre part, si nous admettons à la lettre ces éléments clés de la définition du châtement, il y a plusieurs sections du droit pénal auxquelles on ne peut appliquer ce genre d'appréciation philosophique. Certains peuvent choisir d'affirmer une fois pour toutes que le recours au droit pénal dans de tels cas est une aberration injustifiable, dans la mesure où il ne tient pas pleinement compte de tous les aspects de «mérite». D'autres peuvent soutenir que, au contraire, puisqu'il n'est plus question de «châtier un délinquant», les dilemmes moraux du droit pénal n'ont plus raison d'être et qu'on peut les ignorer allègrement. Mais, comme je l'ai écrit au début de cette étude, donner une définition d'un problème fondamental de la morale, ce n'est pas le résoudre. Nos idées préconçues ne doivent pas nous empêcher de voir qu'il existe, parmi les diverses pratiques de sanctions, des institutions durables dont la logique n'exige pas la même adhésion aux principes de l'*actus reus* et de la *mens rea*, principes indispensables à l'instauration du «châtement».

Prenons en premier lieu la pratique des «pénalités» où la dimension morale de ce qui est condamnable ou mérité est la moins perceptible. Les normes de conduite imposées ne présentent aucun caractère d'obligation morale (du moins au sens large), puisqu'elles n'impliquent pas directement et clairement le bien d'innocentes victimes. Cette pratique met plutôt l'accent sur la neutralité, la technicité et la dissuasion. Des sanctions sont imposées de façon à maintenir la crédibilité des menaces qui ont pour but de garantir le plus de conformité possible, à l'avenir, à des normes de conduite plus raffinées. Dans cette optique,

quelle attitude faut-il espérer de la part de la loi face au problème de la distribution de ces sanctions?

L'insistance du droit pénal sur la conduite elle-même ne semble pas avoir perdu de sa force; la loi met l'accent sur certaines formes de conduite qui présentent un risque et il paraîtrait sensé d'appliquer la sanction dans le cas de leur actualisation (ne serait-ce qu'une tentative refoulée). L'application d'une sanction sert généralement à frapper l'opinion publique (y compris le délinquant bien qu'il ne soit pas principalement visé). La crédibilité de la force de dissuasion dépend de deux choses: d'abord, il faut croire que la menace de sanction *sera* exécutée *si* une telle conduite est actualisée et découverte. Deuxièmement, il faut croire que la sanction ne sera pas rendue effective si cette conduite n'est pas actualisée. La raison d'être de cette dernière condition réside dans le fait que, si nous pénalisons une personne avant qu'elle n'ait eu vraiment une conduite répréhensible, la notion de choix de conformité à la loi perd tout son sens. Après tout, quel est l'intérêt d'obéir à la loi dans le but d'éviter une sanction si c'est pour découvrir que, de toutes façons, elle risque d'être appliquée de façon imprévisible? Donc, si nous appliquons des peines sans qu'il y ait de conduite répréhensible, non seulement nous nous livrons à un exercice inutile mais aussi tout à fait préjudiciable, dans la mesure où nous contribuons à discréditer la loi dans ce domaine.

La logique de cet argument est également valable pour le principe de *mens rea*. Supposons que la conduite répréhensible, l'*actus reus*, ait été la conséquence d'un accident plausible ou d'une erreur. L'accusé malchanceux passible d'une punition ne la juge-t-il pas inutile et démoralisante sachant qu'au moment où il commettait cet acte, il pensait de bonne foi obéir à la loi et éviter la sanction? Cette conclusion va de soi tant que nous envisageons le cas d'un délinquant isolé et irréprochable. Si nous portons notre attention au délinquant potentiel, il y a de bonnes raisons d'écarter ou de minimiser le principe de *mens rea*. Dans les limites de l'institution des «pénalités», les hommes de loi se sont toujours rendus à ces raisons, en dépit de la condamnation quasi-unanime d'une telle pratique des théoriciens.

A ce stade de mon raisonnement, je ne m'attarderai pas à détailler ces raisons. Je ne chercherai pas non plus à répondre à cette question capitale: justifient-elles ou non l'exclusion du principe de *mens rea*? Je me contenterai pour le moment de faire état d'un mécanisme par le biais duquel la responsabilité stricte peut contribuer à la répression effective des infractions réglementaires. Le refus d'excuses légales, même s'il s'agit d'un délinquant de bonne foi et irréprochable, renforce la crédibilité des menaces dissuasives dans une perspective différente.

Il est facile de prouver ou de réfuter une conduite objective, évidente et novice en soi. Il n'en est pas de même des conduites basées sur les notions subjectives de croyance ou d'intention. Ces dernières sont omniprésentes, car nous les adoptons chaque jour et en toute bonne foi, aussi bien dans nos lois que dans notre petite vie de tous les jours. Mais si nous permettons que certaines formes d'excuses soient accessibles au délinquant irréprochable, nous devons nécessairement ménager une porte de sortie pour ceux qui sont vraiment coupables. La multiplicité des arguments de la défense presque impossibles à réfuter entraîne la diminution dans le nombre des condamnations de ceux qui en méritent. Plus il y a de personnes qui commettent des fautes mais échappent aux peines, plus la loi perd de sa force de dissuasion.

C'est du moins cet argument qu'a contribué à rendre populaire la doctrine de la responsabilité stricte dans de nombreux secteurs du droit pénal. D'autres corollaires découlent de ce principe. On peut les vérifier dans le système actuel de doctrines légales. Les seules excuses que nous devons écarter sont celles de l'accident et de l'erreur que n'importe qui peut invoquer. La raison en est que la pratique de la peine est fondée sur ce postulat que toute législation s'adresse à des individus raisonnables, pouvant être influencés par les menaces de sanctions qui s'attachent à certains comportements naturels. Il existe d'autres excuses, dont je dirai arbitrairement qu'elles sont anormales; elles apparaissent rarement dans ce contexte et seront donc très difficiles à fabriquer—démence, automatisme, intoxication, contrainte, etc. . . . Dans le cas peu probable où elles peuvent être invoquées à bon droit, nous anticipons que la loi les acceptera.

Par contre, je ne veux pas donner l'impression que la responsabilité stricte et la détérioration du concept de «délit» ne concernent qu'un groupe exceptionnel d'«infractions au bien-être de la société». Il est vrai que la notion de responsabilité stricte intervient de moins en moins dans le cas d'offenses traditionnelles telles la bigamie. Cependant, on la retrouve sous une forme plus rigoureuse encore, la responsabilité pénale des corporations, que l'on retrouve dans presque tous les secteurs du droit pénal. Si, au cours de sa carrière, un cadre supérieur commet un délit au nom de sa corporation—frauder en truquant les livres, par exemple—alors la corporation est passible d'une condamnation et d'une amende, et par conséquent ternit sa réputation. Cette gamme de peines s'applique lors de la perpétration du délit, évidemment, mais ne s'adresse qu'à certains individus en raison de leurs fonctions—sociétaires, employés et autres personnes qui sont généralement intéressées aux bénéfices de leur compagnie et doivent donc aider financièrement à compenser cette perte imposée par la loi. Je reviendrai plus tard sur

la valeur définitive de cette forme de responsabilité stricte ainsi que sur la valeur des autres formes. Pour le moment, je voudrais uniquement souligner ma conviction qu'une telle pratique ne discrédite ni ne dégrade en rien le droit pénal. Au contraire, pour des raisons parfaitement logiques, elle se trouve au centre des efforts du droit pénal visant à soumettre le monde des affaires aux sanctions pénales. Elle persiste en tant que telle, en dépit d'innombrables exemples de sa déviation par rapport au schéma de distribution des sanctions appliquées aux offenses traditionnelles (meurtre, vol, etc. . . .).

On se rend mieux compte de la diversité des lignes de force du droit pénal si l'on envisage de façon réaliste la pratique de la « correction » eu égard à ces mêmes exigences théoriques de conduite (délit) et de culpabilité (délinquant). La force de cette pratique correctionnelle repose sur l'affirmation que la conduite criminelle d'un individu provient de causes subjectives qui peuvent donc être expliquées par des considérations d'ordre biologique, psychologique ou sociologique. Quel que soit le point de vue que nous adoptons, une seule et même conclusion s'impose: étant donné que l'individu n'est pas responsable de l'existence de ces facteurs, on ne peut pas le blâmer pour les délits qu'il peut commettre, ni même l'en détourner. Au contraire, la solution qui s'impose est de recourir à des formes de traitement qui remédieront à la cause et élimineront donc les dangers de récidive. On doit immédiatement déduire de ces prémisses que ces excuses symptomatiques d'un problème de personnalité ne peuvent en aucun cas excuser une conduite criminelle. Les exemples les plus probants sont les excuses de démence, d'ébriété et d'automatisme. C'est justement ces personnes-là qui devraient être soumises de force à la réhabilitation pour éviter la récidive et doivent être mises hors d'état de nuire jusqu'à leur guérison. On doit se garder de permettre que de tels facteurs subjectifs puissent excuser une conduite qui autrement tomberait sous le coup de la loi.

Jusqu'à présent, ceci demeure l'attitude primordiale du droit pénal. L'ébriété est rarement l'*unique* argument de défense contre une condamnation (en général elle permet seulement de diminuer l'importance du délit en le changeant de catégorie: un meurtre peut se réduire à un homicide involontaire); la démence, quant à elle, peut parer à une condamnation, mais seulement au prix d'un autre type de réclusion. Certains veulent rationaliser ces situations en éliminant la démence des arguments de la défense et en maintenant toutefois les excuses courantes d'accident ou d'erreur.¹⁶ D'autres refusent ce compromis malcommode et proposent une réforme plus radicale: l'abolition de tout argument subjectif. Peut-être que les infractions commises « accidentellement » par

¹⁶ Morris et Hawkins, "An Honest Politician's Guide to Crime Control" (1970), Ch. 7.

des individus apparemment normaux sont elles-mêmes produites par des facteurs psychologiques solidement enracinés (ex. lapsus freudien) et contiennent un risque de disposition future à la commission de telles infractions. Quoi qu'il en soit, si nous envisageons le droit pénal du seul point de vue correctionnel, les notions de responsabilité et de culpabilité n'ont plus de raison d'être. Si un individu s'est livré à une conduite criminelle, il ne devrait plus être déclaré coupable et condamné; la solution idéale de ses problèmes passe par un traitement de nature scientifique tout à fait objectif. Cependant, en vertu du même principe, il ne devrait pas pouvoir se soustraire à de telles mesures, du fait qu'il a une excuse. Ces dernières sont valables dans la mesure où elles permettent de juger si l'accusé aura besoin à l'avenir d'un traitement obligatoire, et de déterminer le traitement requis. La notion de *mens rea* n'a aucune valeur intrinsèque dans l'idéal de réhabilitation.

Malheureusement, cette proposition, soutenue principalement par Barbara Wootton¹⁷ est de nature assez précaire. Lorsqu'on a écarté la notion de *mens rea* des perspectives correctionnelles, il n'y a plus grand-chose à dire en faveur de l'*actus reus* ou de la limitation de la conduite. La première difficulté réside dans la détermination de formes de conduites *répréhensibles* qui exigent que l'on tienne compte de l'intention de l'auteur.* Mais cette difficulté technique dissimule la précarité fondamentale d'une telle position. Il est utile que nous prenions le peine de clarifier ce point, et nous verrons, grâce à des exemples, comment les éléments clés des différentes pratiques sont reliés entre eux par des liens logiques.

Pour commencer, pourquoi les notions de conduite et de délit existent-elles? Comme je l'ai souligné, leur nécessité trouve sa raison d'être dans une pratique qui établit des normes générales et obligatoires de conduite et fournit aux individus des encouragements et des raisons de s'y conformer. Que ce soit dans un but de condamnation ou de

¹⁷ Wootton, "Crime and the Criminal Law" (1963) p. 75 et suivantes.

* Je ne me réfère pas seulement ici aux crimes nécessitant explicitement la préméditation tels que tentative, possession d'outils de cambriolage, complicité, etc., . . . mais également à ceux qui la démontrent implicitement. Par exemple, on définit plusieurs offenses par le fait qu'elles *causent* un tort. N'importe quelle conduite génératrice de décès peut être un homicide (l'incendie criminel, qui cause des blessures corporelles et d'autres délits, sont de ce type). Mais que signifie «causer la mort»? Dès que nous nous écartons des situations précises où l'on a recouru directement et immédiatement à la violence, le nombre de gens reliés au décès augmente considérablement. Le pharmacien qui vend un poison, le chauffeur de taxi qui transporte un assassin, le garagiste qui remet à neuf une voiture, sont bien souvent à l'arrière-plan de toutes sortes de décès. S'ils ont agi dans le but délibéré de provoquer la mort de quelqu'un, ils sont coupables; si leur conduite a été identique mais sans cette intention subjective, alors ils sont automatiquement absous. Le seul critère permettant de qualifier une conduite de «criminelle» est la présence ou l'absence de *mens rea*.

dissuasion, l'application d'une sanction implique que l'individu a effectivement désobéi aux lois. Mais aujourd'hui, notre orientation a radicalement changé. Pour prévenir la commission de crimes, nous corrigeons les conditions individuelles qui créent un climat favorable à la perpétration d'un crime. De ce point de vue, je conviens avec Barbara Wootton qu'il n'est pas nécessaire de connaître les intentions premières de l'accusé, pas plus, et là j'insiste, qu'il est nécessaire de connaître ses *actions* passées. Le fait d'une conduite criminelle passée n'est pas une raison nécessaire, ou suffisante, pour croire qu'une personne ait un besoin particulier de mesures correctives visant à empêcher par la suite que ne se renouvelle une telle conduite.

Que cette raison ne soit pas suffisante, là n'est pas le problème. Les freins d'un automobiliste peuvent bien avoir lâché et sa voiture heurté et tué un piéton. C'est un bon conducteur, c'est son premier accident, et il ne représente pas plus un danger potentiel qu'un autre automobiliste; on peut tirer la même conclusion à la suite d'un délit grave commis avec préméditation. Une personne a réussi à assassiner sa tante et a hérité de sa fortune. On présume qu'il n'aura pas besoin de recourir à nouveau à un tel crime et, de toute façon, les assassins ne récidivent pas souvent. Si l'objectif de la réhabilitation vise seulement l'avenir, l'automobiliste et le neveu devraient tous deux être acquittés, en dépit de leur conduite répréhensible passée.

Il est plus difficile d'admettre qu'une conduite criminelle passée n'est pas une condition *nécessaire* pour que l'on anticipe un danger potentiel. Évidemment, on peut juger un individu dangereux, même s'il n'était pas complètement responsable de sa conduite passée, pour des raisons de démençe, intoxication, ou disposition aux accidents et on peut penser qu'il doit être soumis à un traitement obligatoire. Mais quelle est la théorie à la base de ces anticipations et comment infléchit-elle notre attitude? L'actualisation d'une conduite criminelle est-elle un symptôme nécessaire d'un état pathologique dangereux, qui déclenche obligatoirement l'intervention de l'État (même en l'absence d'une faute subjective)? *A priori*, on penserait plutôt que cela est improbable.

Je tenterai d'éclaircir ce point en établissant une analogie. Il se peut que la science médicale (et c'est le cas je crois) ait développé une théorie relative aux causes réelles des crises cardiaques et également un programme systématique visant à modifier les conditions de leur incidence et à protéger à l'avenir des crises cardiaques. Si on prend la théorie à la lettre, les facteurs en jeu peuvent comprendre le poids, la tension artérielle, la tension nerveuse, etc. . . . Hormis ces facteurs, supposons qu'un index indique au docteur que la condition actuelle de son patient présente un risque sérieux de crise cardiaque et nécessite

des soins préventifs. Le fait que le patient ait déjà été victime d'une crise est un avertissement important. En fait, c'est certainement à partir de recherches relatives au nombre imposant de crises que s'est amorcée l'évolution de cette théorie. Mais lorsqu'on acquiert une connaissance systématique, suffisamment confirmée par l'expérience médicale, des causes profondes et des moyens d'y remédier, il serait stupide de limiter l'intervention médicale aux cas de patients qui ont déjà subi un infarctus. Si notre but est le traitement préventif et individualisé en vue de l'avenir, nous avons un cas classique «où nous fermons à clé le coffre à bijoux après que les bijoux ont été volés».

Il me semble que la persuasion correctionnelle contient la même logique implicite. Notre hypothèse repose sur le fait que nous avons affaire à une théorie mettant en rapport la connaissance des causes du délit et les techniques qui peuvent les modifier. Cette théorie peut dépister des facteurs pertinents, tels que les chromosomes, la pauvreté, l'intelligence, l'environnement urbain et autres. On peut sans doute établir, d'après cet ensemble diversifié de facteurs, un index nous avertissant qu'un individu représente un risque statistique particulièrement élevé de criminalité à l'avenir. La perpétration effective d'un forfait peut être un symptôme utile pour porter un tel jugement (mais pas très utile si on traite d'un «crime» sans référence à une faute, comme le suggérait la proposition précédente). Mais si nous avons foi en notre théorie des facteurs de base (ce qui doit être le cas étant donné que cette théorie sert de base à notre programme correctionnel pénal), nous devons être capables de détecter les délinquants en puissance qui présentent les mêmes caractéristiques, et de les prendre en mains.

Mais on nous objecte aussitôt que ces personnes n'ont encore rien fait et on nous demande de justifier l'application obligatoire de ces mesures plutôt déplaisantes. Évidemment, on ne peut souscrire raisonnablement à cette objection que si l'on postule que cette personne ne *mérite* pas de subir un traitement. Le problème, c'est que ce concept exige à son tour que la personne ait *volontairement* fait quelque chose et donc ait choisi de s'exposer à une répression pénale de la part de la société. Ceux qui préconisent que le droit pénal devrait renoncer à la notion de responsabilité subjective, et qui soutiennent que le crime est le produit d'un ensemble de causes que l'on doit modifier, n'ont aucun argument solide qui puisse défendre la nécessité d'une conduite répréhensible réelle. Si nous voulons sérieusement faire de l'idéal de réhabilitation l'intérêt primordial du droit pénal, les critères de sélection des individus concernés ne devraient logiquement pas être le résidu des doctrines ayant servi aux anciennes pratiques de châtimement ou de punition.

En fait, la méthode correctionnelle n'a jamais eu beaucoup d'échos au sein du droit pénal et les notions juridiques de «conduite» et de «culpabilité» demeurent toujours solidement enracinées. J'ai décrit précédemment des types de conduites anormales pour lesquelles cette pratique est dominante; nous nous rendons compte alors que l'idée qu'il doive nécessairement y avoir un délit perd de sa force. Par le biais d'une procédure civile, nous enfermons ceux que nous croyons mentalement malades et dangereux mais qui n'ont encore rien fait d'illégal. Sur le plan pratique, leur situation ne diffère pas tellement de celle de ceux qui se sont livrés à une conduite criminelle mais qui ont été acquittés en raison de leur aliénation mentale. Récemment encore, la loi canadienne soumettait les «vagabonds» à la contrainte du droit pénal. On pensait que le vagabondage, impliquant absence de moyens d'existence, contenait une menace probable de méfait. La cour des délinquants juvéniles a progressivement étendu sa juridiction à toutes sortes «d'enfants-problèmes», et ses adeptes rejettent énergiquement l'idée qu'une intervention contraignante dans la vie d'un enfant exige une conduite illégale réelle et spécifique. Des programmes systématiques «d'avertissement», établis suivant des principes de criminologie, furent mis sur pied (à New York par exemple) en vue de dépister les jeunes délinquants en puissance afin de les soumettre au traitement qui s'impose. Je ne me permets pas de porter ici un jugement sur l'un ou l'autre de ces systèmes. Je veux simplement indiquer que ce que je crois être l'implication logique de l'idéal de réhabilitation—la disparition des notions de délit et de délinquant à toutes fins pratiques—n'est pas une éventualité probable mais une réalité quotidienne dans d'importants secteurs du droit pénal ou dans des procédures connexes, et nous devons en comprendre le pourquoi.

(iv) *Les modes d'administration de la justice*

J'étudierai maintenant l'ensemble des problèmes qui se posent à celui qui doit instituer un système de sanctions. Il doit mettre sur pied les procédures qui permettent le fonctionnement de l'appareil judiciaire. Certains individus seront de ce chef jugés coupables et subiront la sanction pénale qui s'impose. Étant donné la diversité des problèmes techniques, je ne puis en traiter en détail ici. Cependant, comment ces différentes pratiques apporteront-elles des solutions à certaines questions capitales?

La façon dont la pratique du «châtiment» aborde le problème de l'autorité est caractéristique. Elle insiste sur le fait que l'individu soit soumis au «due process». On retrouve l'expression la plus profonde de cette attitude dans le principe suivant lequel «une personne est inno-

cente tant qu'elle n'aura pas été déclarée coupable hors de tout doute raisonnable». En fait, je crois que cette doctrine est la clé de voûte de tout le système de procédure pénale, du moins dans la mesure où on y a recours pour des délits graves ou «réels». On comprendra aisément l'importance de cette doctrine. Lorsqu'un individu est déclaré coupable d'un crime, et que nous lui infligeons la punition particulièrement infâme et pénible qu'est la peine d'emprisonnement, nous lui portons un préjudice grave et durable. Nous affectons son bien-être immédiat et sa personnalité aux yeux de la communauté. Quand nous décidons qu'un délinquant doit endurer cela, nous devons nous assurer qu'il le mérite.

Cette préoccupation est à la base du dicton, «Mieux vaut dix (ou cent. . .) coupables en liberté qu'un innocent en prison». Mais, comme je l'ai montré, cela ne veut pas dire qu'il faille modifier les conditions de l'équation en faveur de la société, au nom d'une quelconque efficacité. En fait, nous ne prenons jamais délibérément le risque de condamner un innocent. Bien sûr, en raison de la faillibilité de la condition humaine, on ne peut afficher une certitude parfaite. Si nous voulons avoir recours à une sanction pénale, nous devons calculer les probabilités d'erreur.

Et pourtant, quand nous devons juger un individu dans une situation concrète, nous le jugeons sans perdre de vue que, si nous avons le moindre doute au sujet de sa culpabilité, nous devons l'acquitter (sans considération de gain social ou individuel). C'est ainsi que la sanction pénale, aussi sévère soit-elle, recouvre le concept «de la personne humaine en tant qu'entité avec des droits qu'on ne peut aliéner, quoi qu'il en coûte à la société.»^{*18}

Un système de «pénalités» est appliqué dans un esprit totalement différent. Examinons à nouveau l'exemple caractéristique d'infractions au code de la route. La conséquence finale d'une condamnation ne comporte aucune flétrissure morale et aucune sentence aussi pénible que l'emprisonnement, par exemple. Une amende représente un exemple classique de perte financière. Ce risque est courant, surtout dans le monde des affaires et dans la vie mondaine. Le comportement lui-même illicite n'est pas une faute morale sérieuse, mis à part le fait de son illégalité; il s'en suit un nombre d'infractions de ce genre d'autant plus élevé. Ceci entrave l'efficacité de l'administration; de plus, un procès

¹⁸ Tribe, "An ounce of Detention—Preventive Justice in the World of John Mitchell", (1970) 56 Virginia Law Rev. 371, p. 387.

* J'ajouterai que les éléments constitutifs du «due process» contribuent non seulement à la protection de l'individu contre l'injustice d'une erreur judiciaire, mais aussi à renforcer le caractère solennel de ce qu'on appelle la moralité, au nom de laquelle le coupable est condamné. Cette adhérence ritualiste de l'État aux principes moraux protecteurs de l'individu peut servir à renforcer l'adhérence de la communauté aux valeurs fondamentales établies par la loi et transgressées par l'accusé.

sous un tel chef n'exerce aucune influence sur le public et est dénué de tout intérêt pour ce dernier. Le procès d'un assassin peut être passionnant à cause de son caractère «dramatique» mais il n'en est rien pour un procès de conduite en état d'ivresse par exemple. Quel est l'impact cumulatif de ces divers facteurs?

La notion qui circonscrit le mieux l'atmosphère qui nous intéresse est la notion d'efficacité. Les procès doivent être expédiés promptement de façon à éviter leur accumulation. On établit souvent une répartition des tâches (officielles ou non), si bien que juges et procureurs deviennent spécialistes de tel ou tel genre de cas (et règle générale, c'est trop compliqué d'avoir recours au jury). Dans la plupart des cas le procès de type accusatoire est supprimé; les négociations de plaidoyers, suivis d'une audition fort brève devant le tribunal, sont chose courante. Pour les autres cas, l'équilibre des preuves et des probabilités est à peu près stable, soit parce que le magistrat adopte *de facto* une telle attitude, soit parce qu'elle correspond à une norme juridique explicitement prévue pour le cas d'espèce. Pourquoi rencontre-t-on si peu d'intérêt en faveur de l'abolition de la condamnation de personnes innocentes quel que soit le prix du «due process»? Parce que l'enjeu est énorme à l'occasion du procès d'un accusé, qu'il soit innocent ou coupable. Par conséquent, on constatera l'intérêt marqué de la société d'être administrée avec efficacité et de faire respecter ses lois.

On retrouve cette même atmosphère de détachement dans la pratique de la «correction», mais le fonctionnement du système suit une toute autre orientation. L'accent est mis sur la recherche, par des méthodes plus ou moins scientifiques, des causes des problèmes de l'accusé et des moyens d'y pallier à l'avenir. Dans cette optique, l'exposé des témoins tel qu'il a lieu dans un procès accusatoire en bonne et due forme nous semble trop contraignant. En effet, cet exposé insiste sur les événements précis qui se sont déroulés dans le passé et il est mené selon des règles rigides visant à exclure tout élément de doute. Nous préférons une audience simplifiée, dirigée par un juge sage et honnête qui serait chargé de se procurer les informations nécessaires où bon lui semblera. Le même dilemme réapparaît en regard du fardeau de la preuve: qui, de l'individu ou de la société, essayons-nous vraiment de protéger? Si on doute de la nécessité de réprimer l'acte, vaut-il mieux errer en décidant d'intervenir ou en libérant le prévenu? Le problème est particulièrement aigu dans le cas d'un individu qu'on a déclaré coupable d'un crime et à qui on a imposé une peine quelconque. Quelles dispositions futures doit-on prendre à son égard? Devrait-on libérer un récidiviste endurci? Devrait-on accorder la libération conditionnelle? Devrait-on cesser de taxer de «dangereux» un individu

qui a «un esprit criminel» et le déclarer apte à vivre en société? S'il existe dans le droit pénal une occasion choisie de renverser le fardeau de la preuve pour que l'accusé ait à démontrer pourquoi il doit être libéré, c'est ici qu'on doit la trouver. Mais ce n'est qu'un exemple flagrant de l'incompatibilité profonde qui existe entre les principes du «due process» et la raison d'être fondamentale de l'idéal de réhabilitation.

Conclusion

Quel est le but de cette longue dissertation? J'ai tenté de montrer la réalité du droit pénal qui se dissimule derrière des termes abstraits tels que règle juridique, délit, délinquant, peine, autorité légale, etc. . . . En pratique, chaque élément de notre définition générale du «châtiment» a plusieurs applications. Et ce qui plus est, les réponses de la loi à différents problèmes ont tendance à se grouper et à former des modèles distinctifs. Le droit pénal peut être schématisé de trois façons, mettant en relief non seulement le fonctionnement de notre propre système mais aussi celui de tout État moderne (ou du moins ceux que je connais). Bien sûr, ces schémas sont simplifiés et se confondent parfois l'un avec l'autre; la complexité actuelle des règles juridiques n'est jamais parfaitement conforme à la logique du schéma. Mais la question fondamentale demeure: le concept de châtiment, qui est à la base de la plupart des théories modernes, ne tient pas compte des orientations capitales qui s'offrent à l'État et à son système de sanctions.

Cependant, quel est l'intérêt de ma conclusion quant au problème de la justification *morale* de l'usage de la force de coercition contre l'individu? Ces mesures spécifiques ne se justifient pas d'elles-mêmes. Ce qui est n'est pas nécessairement ce qui devrait être, malgré le caractère d'universalité et de permanence de ce qui est. Il me reste à démontrer que si nous voulons évaluer avec plus de précision la dimension morale du débat historique sur le châtiment, nous devons reconnaître la diversité des structures logiques qui sont à la base de notre droit pénal.

J'ose dire ici qu'il n'existe aucune forme de justification morale dont l'expérience nous ait enseigné la nécessité (quelle que soit la complexité de ce que nous entendons par morale) qui ne soit applicable à l'ensemble du droit pénal. Bien sûr, certains préceptes éthiques demeureront toujours (rétribution, dissuasion, réhabilitation); les nombreux adeptes de ces préceptes les défendent avec véhémence. Pourtant, ces théories semblent s'exclure mutuellement; elles ne joignent

jamais leurs efforts et contestent les objectifs et points de vue de leurs adversaires. Ceci s'explique, croit-on, par le fait que chaque école s'est bornée à s'attarder à un seul aspect du comportement humain et chacune voit d'un œil différent le rôle précis du droit pénal. A ce niveau-là, la théorie de la justification est cohérente et apparemment valable. Les problèmes ont surgi avec l'avènement d'une forme d'impérialisme intellectuel, qui tend à comprimer ces trois écoles en une seule et unifier ainsi le droit pénal. Mais la vie est trop complexe et nos objectifs légitimes trop nombreux. Nous devons ainsi nous attendre à découvrir autant de théories sur le châtement qu'il existe de formes de châtement.

La justification de la peine: Théories diverses

Avant de vérifier cette hypothèse il est nécessaire d'approfondir et de revoir ces thèmes bien établis. Nous devons nous efforcer de dégager les affirmations qui leur sont sous-jacentes, comprendre leur raison d'être et apprécier ensuite pourquoi ils se sont imposés si longtemps. A première vue, il semble quelque peu difficile de répondre à cette dernière interrogation. De prime abord, tout au moins jusqu'à tout récemment, le débat sur la peine a plutôt ressemblé à une querelle idéologique qu'à un véritable dialogue reposant sur des hypothèses communes. Des fossés idéologiques presque infranchissables ont paru se creuser entre les différentes écoles. On se devait de choisir le camp dans lequel on se trouvait le plus à l'aise sur le plan intellectuel, et ce faisant, d'accepter tout l'arsenal de croyances connexes, rejetant presque automatiquement toutes les positions adverses.

Il me semble que l'une des raisons essentielles à l'origine de cette situation provient du fait de la cohabitation de principes dissonnants dans la recherche d'une justification morale à l'existence de ces trois différents concepts du droit pénal. Tout d'abord, dans le cadre du droit lui-même, il existe un conflit entre la théorie de la *réduction*¹⁰ et celle de rétribution. La première suppose une justification à l'imposition de sanctions si et seulement si elles contribuent à réduire la proportion des actes criminels commis dans la société. La deuxième rétorque que ces sanctions ne sont justifiables que dans la mesure où le contrevenant a fait quelque chose de répréhensible pour laquelle il doit être châtié. Il est évident que, dans la première perspective, l'argumentation porte sur les effets futurs, c'est-à-dire sur les conséquences positives souhai-

¹⁰ J'ai emprunté ce terme à Walker, *Sentencing in a Rational Society* (1969) p. 3.

tables de la punition, tandis que dans le second cas elles jettent un regard rétrospectif sur les événements qui se sont produits dans le passé et qui commandent une justification morale du châtement.

Un conflit fondamental de nature éthique se superpose à cette distinction sans toutefois s'y confondre. D'un côté, on trouve la perspective *utilitariste* qui s'efforce de maximiser la valeur quantitative du bien, du bien-être ou du bonheur dans le monde. De l'autre, le point de vue néo-kantien (à défaut d'une meilleure expression) qui fonde la morale sur les principes du droit, de la justice ou de l'équité. Si ce dilemme entre les deux théories continue de se poser dans la philosophie du droit et de la morale, nous ne devons pas nous étonner de l'impossibilité de parvenir à un consensus quant à la raison d'être du châtement.

Ces dernières années, un retour au concret s'est imposé afin de tenter de démêler ce charabia. Cessons de discourir à propos des raisons d'être de la peine et de leur toute-puissance! Des questions beaucoup plus à point se posent quant aux décisions, à la fois nombreuses et diversifiées, qui doivent être prises dans tout système qui châtie. Le contexte dans lequel se posent ces questions doit être précisé, les valeurs sous-jacentes qui donnent le ton de nos réponses doivent être examinées soigneusement, et ainsi de suite. L'objectif ultime de cette étape, et sur lequel presque tout le monde s'accorde, est de trouver la seule solution réaliste à notre problème: une approche intégratrice afin d'instaurer un système réellement «pénal». En lisant ce qui a été récemment écrit à ce sujet, je suis frappé par les caractéristiques des arguments concrets mis de l'avant pour justifier la notion de châtement. Elles sont beaucoup plus nombreuses que nous n'en n'avions conscience jusqu'à maintenant. Toutes (ou presque) paraissent très plausibles lorsqu'on les examine *in abstracto*. Quand on les classe selon un ordre rationnel quelconque, elles ne se différencient pas en catégories cloisonnées mais se marient en une vision en évolution constante. Compte tenu de cet état de choses, je trouve qu'il est excessivement difficile de tracer des lignes de démarcation et d'affirmer a priori que les prétentions qui se situent en marge de cette frontière sont mal fondées. Revenons plus en détail sur ces arguments et examinons leur raison d'être.*

* Tout système de sanction pénale dépend nécessairement de toute une série de normes juridiques que l'on est censé faire respecter. Ces normes varient énormément suivant leur portée et les objectifs qui les sous-tendent. Il apparaît clairement que la justification finale de l'application des sanctions pour tout cas concret dépend alors largement du bien-fondé de la règle juridique en question. Cependant, je ne pense pas qu'il en soit tout à fait ainsi. L'institution de la peine constitue une espèce de pratique sociale et soulève des problèmes particuliers sur le plan philosophique. Pour analyser plus à fond ces problèmes, je dois, pour l'instant, faire abstraction du

Diminution de la criminalité dans la société

Je commencerai par les justifications les plus communément adoptées dans la société contemporaine et que l'on peut regrouper d'une façon générale sous la rubrique «la diminution de la criminalité». En vérité, il est à peine nécessaire de mentionner ces divers arguments pour faire ressortir leur poids tant notre univers s'est partiellement habitué à une conception utilitariste de la politique sociale. Mais l'effort de mettre à nu la logique de cette argumentation vaut la peine d'être déployé en raison de ce qu'il nous dit sur la nature de la sanction pénale et des problèmes qu'elle pose.

Que voulons-nous dire exactement par «sanctions pénales» lorsqu'on se dégage du langage ésotérique du droit? Au nom et sous l'autorité du droit pénal les coupables sont tués, mutilés, battus, privés de leur liberté et de leur mode de vie, tandis que leurs biens leur sont arrachés, et nous en passons. C'est délibérément que l'État décide d'employer ces moyens déplaisants à l'encontre d'un individu et contre son gré. En fait, l'ironie du châtement «pénal» c'est qu'il utilise exactement les mêmes méthodes répressives à l'égard des individus que les principes fondamentaux du droit pénal s'efforcent, pour leur part, de prohiber. Sans compter que le système pénal accepte d'infliger tous ces maux à certaines victimes qu'il choisit, et ce, à grands frais pour les contribuables.*

Ainsi, il est évident que dans la perspective utilitariste ces mesures sont *a priori* mauvaises. Leur effet immédiat est de diminuer le niveau de satisfaction au sein de la société. Tout au plus seraient-elles justifiées par la possibilité qu'il en résulte un plus grand bien pour un plus grand nombre de personnes. Il est vraisemblable que ce soit le taux de criminalité ou, comme nos juges ont coutume de l'avancer, la protection de la société qui bénéficiera de leur application. Sur ce plan, de

caractère de ces règles à l'origine de notre étude. Compte tenu de ces remarques et pour les besoins de cette analyse, je prendrai pour hypothèse que le droit pénal fait état de délits parfaitement fondés, et me pencherai sur la question à savoir si, et dans quelle mesure, nous sommes justifiés d'adopter un système de châtement visant leur respect. C'est seulement lorsque ces questions auront été éclaircies que nous retournerons au problème de leur justification dans le monde tel qu'il se présente, où les sanctions sont imposées pour appuyer les structures juridiques et sociales qui sont, nous le savons, souvent fort éloignées de l'idéal.

* Il est vrai qu'au cours de ces dernières années on a constaté un sentiment assez vif contre l'imposition de la peine capitale et des châtements corporels. Ces deux méthodes sont en voie de disparition. Aujourd'hui, l'on met l'accent sur la privation d'un bien, telle la privation de la liberté, en imposant une peine d'emprisonnement, ou de la propriété par l'imposition d'amendes. Il n'en reste pas moins que l'objectif de ce processus reste encore d'atteindre la personne du contrevenant, de sorte que le problème demeure entier. Je dois également ajouter que pour ce qui est de l'exécution du prononcé de la sanction pénale hors des murs du tribunal, policiers et gardiens de prison agissent parfois, sous couvert légal, de manière à infliger des blessures corporelles, voire même la mort, à certains détenus.

vives disputes ne cessent de s'engager sur le mécanisme le mieux approprié à la réalisation de cet objectif, que ce soit la réhabilitation, l'intimidation, la dissuasion ou autre. Toutefois, quelle que soit l'intensité de ces querelles intestines, le point de départ demeure celui de Jeremy Bentham. La peine est «un capital investi dans l'espoir d'un profit». Nous investissons prudemment en infligeant certains maux au délinquant pour s'assurer un profit optimum en réduisant le niveau global de ces mêmes maux dans la société.

Ces hypothèses utilitaristes étant posées, nous comprenons aisément l'attraction persistante de la théorie «réductionniste» dans le domaine des méthodes de réhabilitation. S'il est vrai que l'application immédiate de telles mesures peut s'avérer nuisible pour le contrevenant et lui sembler nocive, il n'en demeure pas moins qu'elles ont été conçues pour susciter une modification de sa situation personnelle dont la précarité l'a mené à la délinquance et à un duel avec la société. Si nous pouvons supposer que sa condition est digne de pitié et qu'il sera plus heureux quand il sera mieux préparé pour répondre aux exigences de la communauté (j'ai parfaitement conscience que ces hypothèses constituent des hypothèses plutôt idéalistes), nous pouvons alors penser que nous agissons en définitive dans l'intérêt du délinquant tout en protégeant de sa main criminelle les intérêts des autres citoyens. Continuons l'analogie avec la profession médicale: l'expérience d'une opération chirurgicale et des effets post-opératoires n'est pas plaisante pour le patient et souvent même très douloureuse. Pourtant, après sa convalescence, il se sent beaucoup mieux que si rien n'avait été fait pour le guérir.

Pourquoi donc nous plaignons-nous du traitement que nous réserve le droit pénal, alors qu'on ne s'en plaint pas à l'occasion d'une autre «maladie»? La raison en est que le risque, engendré par cette situation «maladive» dont la persistance peut mener à la récurrence, est supporté par les autres membres de la communauté qui pourraient fort bien devenir les innocentes victimes d'un acte criminel. On se doit de tenir compte de leur point de vue quant à la question à savoir si «l'investissement en capital» que constitue le châtement se trouve justifié par le «profit escompté» du succès de la réhabilitation du délinquant. Il n'en est pas moins vrai que le contrevenant demeure le premier bénéficiaire des mesures qui sont prises sous l'égide des institutions pénales se penchant sur ses problèmes de comportement (qu'ils soient du ressort de la psychothérapie, de la formation professionnelle, des cures de désintoxication ou d'autres techniques de réadaptation).

Tel est du moins le raisonnement et, dans sa logique, il fait preuve de bon sens. Je reviendrai par la suite sur quelques-unes de ses ambiguïtés et sur ses limites. Pour l'instant, permettez-moi d'opiner

que ceci n'est pas et ne peut pas constituer une justification suffisante de l'application d'une peine. En effet, les hypothèses criminologiques fondamentales du modèle médical ne tiennent simplement pas compte de toutes les facettes de la criminalité. Je ne veux pas dire par là que nous ne connaissons pas encore les causes réelles de la criminalité, puisque nous pourrions, en principe, remédier éventuellement à cette lacune. En fait, je crois que le problème est beaucoup plus profond.

La façon d'envisager le traitement suppose que les causes du crime sont inhérentes à la personne même du contrevenant ou à sa situation sociale. Partant, on doit pouvoir y remédier car elles sont *pathologiques*. On veut dire par là que ces personnes sont *anormales* d'une manière qui les rend *malades* socialement. Examinons un commentaire récent à ce sujet :

[Les démêlés avec la loi] sont de tristes crises périodiques de la vie morne et lugubre des personnes misérables. Ce sont des signaux de détresse, d'échecs ou de crises . . . des spasmes, des combats et des convulsions d'êtres en marge qui tentent de s'adapter à notre société complexe avec une préparation et des moyens inadéquats.²⁰

De ce point de vue, le bon sens commande de se pencher surtout sur les techniques correctionnelles appropriées pour ces personnes «anormales», prévenant du même coup leur participation à d'autres crimes. Il existe diverses explications historiques à cette théorie dont je ne traiterai pas davantage ici. Qu'il me suffise de dire que les notions fondamentales traditionnelles ne reçoivent plus l'appui de la criminologie moderne récente, et ce nonobstant les divergences qui puissent exister au sein de cette discipline.

Nous verrons maintenant que nous sommes tous des criminels en puissance à un moment ou à un autre, et que la plupart d'entre nous succombent à cet appel. Un acte criminel correspond simplement à une norme légale édictée dans la société à un moment précis, et qui défend aux individus de se conduire d'une certaine façon sous peine de sanction. Ceux qui parmi nous n'ont enfreint aucune de ces normes sont en quelque sorte anormaux. Il se peut que nous n'ayons pas tous été pincés et qu'il n'y en ait pas beaucoup d'entre nous qui aient commis des actes criminels considérés comme suffisamment graves par la communauté. Le point essentiel demeure que le comportement criminel constitue une expérience normale dans le cadre de la société actuelle. J'irai même jusqu'à dire que, compte tenu de la multiplicité et du caractère artificiel des lois pénales, toute théorie causale de la criminalité est vouée à l'échec. Le comportement criminel est normal, fait partie du quotidien et, au surplus, ne peut finalement être analysé qu'en fonction du comportement non-criminel. Il ne faut pas non plus considérer le crime comme étant l'extériorisation d'un état pathologique

²⁰ Menninger, *The Crime of Punishment* (1968) p. 19.

ou individuel malsain. Les différents aspects de la condition humaine qui sont à l'origine de la criminalité sont aussi ceux qui facilitent son épanouissement et sa progression. Il n'y aurait pas de moralité sans la présence d'une disposition au mal. Mais il n'est pas nécessaire de s'étendre sur ces spéculations. La principale conclusion est la suivante: la réhabilitation, en tant que réaction générale à la criminalité, est impraticable. Nous ne pouvons pas remodeler la condition humaine par le biais d'actes coercitifs du processus de la loi pénale s'appliquant à des cas particuliers. Ce processus ne peut être envisagé que lorsqu'une personne a été arrêtée et reconnue coupable, et, sans exagérer, il ne règle le véritable problème que lorsqu'il est trop tard. Le taux de récidive est certes trop élevé, mais il ne doit pas nous faire oublier qu'il ne représente qu'une faible proportion du taux total de la criminalité. Nous ne pouvons pas nous permettre de concentrer tous nos efforts principalement sur la diminution de la récidive.²¹

Par conséquent, la technique de diminution la plus efficace dans le cadre de la perspective utilitariste de Bentham et de ses émules consiste à influencer l'homme de la rue par la méthode dite de *dissuasion*. L'État déclare que certains comportements indésirables seront immanquablement punis par une sanction quelconque à l'endroit du délinquant. Il en résultera que l'attraction relative qu'exerçait un comportement socialement dangereux diminuera et que les tentations de l'adopter décroîtront. Le bon sens nous dicte que, tout compte fait, l'incidence d'un tel comportement accusera également une nette diminution.

La dissuasion peut elle-même être perçue dans une double optique. En tant que moyen d'*intimidation*, elle s'impose et influence le contrevenant qui fut arrêté et puni. Nul doute que la menace de la peine ne sera plus longtemps pour lui une notion abstraite et hypothétique. C'est un événement bien tangible et nous pouvons présumer que sa crédibilité en sera bien accrue. (L'opinion contraire peut également se défendre: le fait d'être puni, donc de ressentir les réactions des autres, peut très bien affaiblir l'impact d'une telle peine dans l'esprit du délinquant. C'est une question d'expérience empirique que de déterminer laquelle de ces deux hypothèses s'avérera la plus conforme à la réalité.) Dans la mesure où elle agit, l'intimidation s'apparente à la réhabilitation en ce sens qu'elle est nécessairement limitée au petit nombre d'individus qui ont été arrêtés et qui devront s'y soumettre. Toutefois, elle s'apparente certes davantage à la *dissuasion* générale si l'on s'en tient à ses principes de base, s'attaquant tout d'abord à l'image de l'homme.

²¹ Voir Gould et Namenwirth, "Contrary Objectives: Crime Control and the Rehabilitation of the Criminal" édité par Douglas, *Crime and Justice in American Society* (1971) 237 p. 256 et suivantes.

Nous connaissons depuis longtemps les préceptes gouvernant la théorie de la dissuasion générale, du moins depuis l'apparition des grandes théories modernes sociales et politiques. Les hommes coexistent dans des communautés interdépendantes; ce mode de vie en société commande qu'ils s'abstiennent de toute conduite préjudiciable à leurs pairs et qu'ils apportent leur contribution personnelle au bien-être de la société en général. Cependant, la nature humaine n'est pas encore programmée pour que ces modes de comportement deviennent purement instinctifs. Par ailleurs, les hommes sont capables de formuler et de comprendre les normes de comportement qui tendent à la réalisation des objectifs de paix et de prospérité. Malheureusement, la seule existence de ces normes n'entraîne pas automatiquement leur observation. C'est dans l'intérêt commun que chacun s'y conforme, mais il peut en résulter un sacrifice important au détriment des intérêts de l'individu. On est toujours tenté de suivre son chemin tout seul aux dépens des autres, surtout lorsque l'on peut éviter que notre «manquement» soit connu de tous. Logiquement, il est possible d'adopter l'attitude radicalement anarchique du laisser-faire, et certains même prêchent une telle attitude, tout au moins en théorie. Sur le plan pratique, l'enjeu est trop important pour que l'État ne s'y mêle pour y établir un système artificiel qui modifie ce rôle utilitariste autrement réservé à l'individu. La méthode la plus utilisée par l'État pour ce faire est l'imposition d'une peine.

Mais comment justifier l'utilisation d'une telle méthode, compte tenu de notre perception de la condition humaine? D'un côté, l'on doit montrer que ce moyen sera efficace, qu'il garantira la soumission de l'individu plutôt que l'adoption volontaire par ce dernier de n'importe quel comportement. Il est difficile d'avoir recours à l'expérience en la matière à cause de l'impossibilité de vérifier les données du problème dans des conditions acceptables, au point de vue scientifique. Bien sûr, on n'a pas à démontrer que l'absence de toute sanction n'entraînera aucune soumission volontaire, ni que l'existence d'une sanction entraînera, au contraire, une soumission aveugle. Il suffit de démontrer qu'il y aura une marge suffisante d'amélioration pour justifier l'imposition d'un châtement (il y a de plus en plus de preuves à cet effet).²²

Mais l'homme n'a pas attendu que les techniques de dissuasion aient fait leurs preuves avant de la confirmer dans nos lois. Habituellement nous nous contentons d'un degré de probabilité suffisant avant d'agir, après avoir mûrement réfléchi sur notre propre expérience des sanctions et des conséquences qu'elles ont sur notre propre motivation.

²² On fait le point des connaissances actuelles en ce domaine dans l'article de Little et Logan, "Sanctions and Deviances", (1973) 7 *Law and Society Review* 371.

Prenons à nouveau l'exemple des infractions relatives au stationnement. Nous sommes tous conscients que la menace d'une amende (ou d'un remorquage) influence notre comportement et que nous envisageons la possibilité d'écoper d'une contravention. Ceci dit, et puisque l'on peut généraliser ce raisonnement à profit, comment justifier la punition de ceux qui contreviennent aux lois? Bref, peut-on par l'imposition d'une peine arriver à maintenir la crédibilité de la menace que constitue la dissuasion et contribuer à abaisser le taux de criminalité.

Mais cette raison n'est pas satisfaisante en soi. Il faut également démontrer que l'application d'une sanction pénale est plus efficace que l'application d'autres méthodes à caractère artificiel. Permettez-moi de dresser brièvement l'inventaire des différentes méthodes qui sont habituellement préconisées. L'une d'entre elles, le *traitement*, a définitivement été écartée pour des motifs dont nous avons déjà traité. Il y a aussi la pression sociale diffuse ou *pression du groupe*. Nous savons qu'elle peut jouer un rôle vital dans l'orientation de certains comportements et nous y avons recours dans le but de contrer l'extériorisation de comportements purement offensifs; l'étiquette en est un exemple (on fait généralement peu de cas d'un manquement à l'étiquette). En fait, dans les petites communautés où les individus entretiennent des relations étroites, l'étiquette peut même être la source des normes de comportement les plus exigeantes. La raison en est que, au sein d'un groupe restreint, toute déviation par rapport à la norme entraîne une condamnation si énergique, pouvant même aller jusqu'à l'ostracisme, au point que, malgré son caractère officieux, on ne pourrait la distinguer d'une véritable sanction. Nous en avons de nombreux exemples, depuis le jeune enfant dans une famille, le moine dans son monastère, le travailleur «mis à l'écart» par ses camarades, jusqu'à l'adultère dans une communauté puritaine. En somme, la pression du groupe est réellement efficace quand elle secrète une sanction qui stigmatise toute violation des normes du groupe, mais elle ne constitue alors qu'une autre forme de dissuasion parfois cruelle posant en termes différents le même problème: sa justification.

Bon nombre de nos remarques s'appliquent tout autant à l'analyse de la méthode dite de «*récompense*», à laquelle les psychologues ont souvent recours. Au lieu de réagir négativement à un comportement malsain, pourquoi ne pas encourager les bons comportements grâce à un «renforcement positif»? Ici encore, cette proposition n'a rien d'illogique mais son utilité relative reste à démontrer. Un bon terrain d'essai pourrait être le débat en cours sur la possibilité d'offrir des récompenses aux entreprises qui font des investissements socialement désirables, par

opposition à l'adoption de règlements à caractère répressif qui visent essentiellement le même objectif.*

Je crois que la théorie de la récompense présente les mêmes lacunes que la théorie de la pression sociale. Il faut se rappeler que nous étudions les normes fondamentales du comportement social auxquelles doivent se conformer presque toujours l'immense majorité des membres de la collectivité. Par ailleurs, la plupart de ces normes sont exprimées de façon négative («tu ne tueras point»), quoique quelques-unes soient en termes positifs («établissez honnêtement votre impôt»). Il est tout simplement insensé de penser qu'il soit nécessaire, dans le cas des devoirs «négatifs», d'accorder une récompense chaque fois qu'il y aura observation de la règle (par exemple, chaque fois que *vous ne commettez pas* un meurtre). Même si cela était concevable, il serait étrange de récompenser également les devoirs positifs (par exemple, pour avoir honnêtement établi votre impôt). Si le système des récompenses est possible, il ne devrait entrer en ligne de compte qu'à la fin d'une certaine période déterminée (une année par exemple) de comportement méritoire. L'on trouvera une illustration de cette méthode dans la pratique des compagnies d'assurance qui diminuent les primes des conducteurs d'automobile n'ayant pas eu d'accident ou n'ayant pas enfreint les règlements de la circulation pendant une période déterminée.

Voyons maintenant ce qui arriverait si l'on introduisait un système de récompenses dans notre système actuel. Un grand nombre de personnes résisterait à la tentation de s'engager dans la perpétration d'actes criminels prohibés par la loi (tentation qui serait accrue par le fait que les sanctions négatives seraient supprimées). Comme je l'ai signalé auparavant, la grande majorité des citoyens de la collectivité bénéficierait de ces récompenses monétaires (prenant pour acquis que la plupart des gens ne commettent généralement pas des actes criminels). Par conséquent, le paiement de ces récompenses nécessiterait un remaniement important de la fiscalité et des fonds de transfert. Seuls ces quelques individus qui auraient été trouvés coupables d'un acte criminel ne recevraient pas leur «gratification de bonne conduite» alors que, du

*Je trouve que l'approche schizophrénique habituelle en matière de politique économique et pénale est ironique, et pour le moins surprenante. Ceux qui désapprouvent le plus fortement les octrois et traitements de faveur aux «corporations parasites» (corporate welfare bums) sont les premiers à décrier l'application rigoureuse des sanctions pénales infligées aux vandales et aux voleurs. Ceux-là mêmes qui plaident en faveur d'un renforcement de la force de frappe pour lutter contre la criminalité sont beaucoup moins empressés de lutter contre la criminalité lorsqu'il faut énoncer des politiques. Le même raisonnement s'applique lorsque vient le temps de prendre des mesures sévères, négatives et pessimistes pour lutter contre la pollution, les produits dangereux ou les pratiques abusives. Au lieu de tout cela, il nous faut offrir des encouragements et des stimuli positifs si nous voulons obtenir des résultats.

même coup, ils auraient à payer leur pleine part d'impôts servant à défrayer le coût exorbitant d'un tel régime. Quelle sera leur réaction? Verront-ils cette sanction comme étant la simple perte des avantages d'une récompense? Certainement pas! Tout au contraire, cette sanction serait perçue comme étant la perte d'un revenu qui leur était normalement assuré et ils s'identifieraient à ceux dont on aurait officiellement renié le droit à une prime. En ce sens, l'adoption du système des récompenses accroîtrait dès lors l'impact des sanctions de type dissuasif et poserait encore le problème de sa justification et de la répartition des richesses suivant les principes du «due process».

La frontière imprécise entre le réductionnisme et la rétribution

La notion de dissuasion paraît parfaitement logique en elle-même et tout à fait justifiable sur le plan pratique. Lorsque nous réfléchissons à notre propre expérience et que nous réalisons que nous sommes influencés par la menace ou la peur de se voir imposer une sanction, quel genre de situation nous vient tout d'abord à l'esprit? Quoi qu'il en soit, pour ma part, les premières pensées me venant à l'esprit concernent les infractions au code de la route, les exigences de la loi de l'impôt sur le revenu ou la réglementation des corporations. Ces comportements tombent sous le coup du type de réglementation dont nous avons déjà traité: la *pénalité*. Mais qu'en est-il des comportements qui font l'objet du cœur même de la loi pénale, c'est-à-dire le domaine réservé à la pratique du *châtiment*? Pouvons-nous penser que c'est le climat de dissuasion générale qui nous empêche de commettre des meurtres, des viols, des vols ou des voies de fait graves? Je ne le crois pas. Il est rare que nous considérions ce type de comportement comme étant souhaitable *per se*. Si l'occasion de commettre ces infractions se présentait concrètement, il est presque certain que notre raison nous empêcherait de les commettre, car nous sentirions qu'un tel comportement serait moralement et éthiquement condamnable, et la commission de tels actes nous ferait ressentir un vif sentiment de culpabilité. L'influence qu'exerce la menace en soi est très faible à ce stade, et l'on peut s'interroger sur l'efficacité de la dissuasion en pareilles circonstances.

C'est pourquoi nous pouvons comprendre la raison pour laquelle tant de criminologues se sont élevés contre la conception benthamicienne de la dissuasion, selon laquelle l'homme est réduit à calculer les gains et les pertes résultant de son obéissance à la loi. Alors que ces individus proclament leur foi inébranlable dans l'utilitarisme et refusent toute valeur rétributive au châtiment qui réprime l'acte criminel, ils concentrent alors naturellement leur attention sur les propriétés réductrices du traitement. Si, par le traitement, on arrive à une amélioration progressive de l'état du délinquant et à la suppression éventuelle de tout

effet déplaisant provenant de l'application de mesures correctionnelles, le traitement devient alors, en toute logique, la solution idéale. La dissuasion pourrait être au centre de la réglementation pénale des zones de comportements moralement neutres, mais elle n'est pas nécessaire pour appliquer la loi pénale au citoyen ordinaire, intégré dans la société (alors que le traitement était prescrit pour le délinquant qui, par définition, était nécessairement un être anormal, puisque son comportement n'était aucunement influencé par ces profondes inhibitions morales).

Plusieurs objections peuvent être soulevées à l'encontre de cette théorie suivant laquelle nous pourrions laisser de côté l'influence générale de la sanction pénale et nous pencher, au contraire, sur la correction individuelle. La plus importante, sur laquelle je m'étendrai davantage, est que cette théorie ignore le lien qui existe entre la loi et les principes moraux positifs. Si l'on prend pour acquis que la motivation immédiate de notre propre retenue à l'égard d'un certain comportement provient du sentiment que ce comportement est moralement «mauvais», est-ce qu'il s'ensuivra que notre attitude morale persistera si nous supprimons la fonction punitive de la loi? Ou, n'est-il pas plutôt vrai que le droit pénal a un *effet préventif général* important, quoique indirect, sur la criminalité parce qu'il sauvegarde les normes établies en vue de réglementer le comportement social des individus? Bon nombre d'auteurs ont plaidé en faveur de cette fonction morale du droit pénal qui se trouve quelque part sur la frontière entre le réductionnisme véritable et la rétribution proprement dite.*²³

* Avant d'entrer dans les détails de cette argumentation, j'aimerais expliquer ce dont il est question. Tout d'abord, lorsque j'évoque la fonction «morale» de la peine, je me rapporte aux *principes moraux positifs* qui existent à un moment donné dans une société. C'est le bon sens courant de ce qui est bon ou mauvais qui conditionne notre comportement réel et non pas des *principes moraux négatifs* qui sont le fruit d'une rationalisation des philosophes. Bien entendu, il n'est pas inévitable que la morale positive d'une société particulière soit conforme aux principes moraux que nous estimons indispensables (pas plus que ce n'est le cas pour les normes édictées par la loi). Je pense vraiment qu'il y aura toujours un fossé entre la morale réelle et les principes moraux idéaux. La pertinence de ce fait par rapport à la justification du châtement sera établie plus loin.

Deuxièmement, lorsque j'évoque la morale sociale existante, je ne veux pas dire qu'il existe un consensus généralisé à son égard dans la communauté dont il est question, ce qui serait très rare, presque impossible, même dans une société urbanisée au point où l'est la nôtre. Je ne fais que prétendre que, par rapport à ces règles juridiques qui sont depuis fort longtemps établies dans notre code criminel, une proportion importante de la population (variable sans doute selon l'infraction dont il est question) est persuadée que le comportement réprimé est «mauvais» sur le plan moral. Pour eux, la fonction du droit pénal sera tout à fait différente que pour ceux qui n'acceptent pas la valeur intrinsèque des principes consacrés par la loi. L'importance respective de ces deux groupes et le degré d'opposition ou de consensus au sein de la société restent encore à déterminer.

²³ Le chef de file de cette argumentation est Johannes Andenaes; voir particulièrement son article "The General Preventive Effects of Punishment" (1966), 114 U. of Penn. Law Rev. 949; également Hawkins, "Punishment and Deterrence" (1969) Wisconsin Law Rev. 550. J'inclurai des références spécifiques à des ouvrages traitant des objectifs plus subtils de la peine, ce que je ne ferai pas pour des objectifs plus évidents tels que la dissuasion ou la réforme.

Comment le droit pénal remplit-il sa tâche de sauvegarder et de transmettre les exigences de la morale sociale? Tout d'abord, la *promulgation* d'une loi pénale correspond à l'établissement d'une norme officielle de ce que les institutions étatiques considèrent comme constituant une conduite morale ou immorale, bénéfique ou néfaste. Deuxièmement, l'*application* de la loi pénale dans des cas individuels est une réaffirmation de ce jugement. En fait, la société ne désapprouve pas simplement cette conduite, elle la dénonce acerbement. Enfin, la loi pénale a pour *conséquence* de créer un milieu dans lequel les autres modes de vie (s'écartant de la norme) sont diminués, proscrits et rendus moins séduisants aux yeux de ceux qui voient quel traitement est réservé à ceux qui les adoptent. Le résultat cumulé de ces trois forces fait que la loi pénale nous soumet à une propagande continue allant même jusqu'au lavage de cerveau, et ce, au bénéfice des principes moraux dont elle consacre la valeur.

Il n'en demeure pas moins que même ceux qui apportent leur appui à ces principes et qui croient que tuer, voler et kidnapper sont vraiment des actes de nature pernicieuse, ne se sentiront pas à l'aise devant ces conclusions. Ce qu'ils aimeraient, c'est que chaque homme soit son propre guide moral. Si une personne s'empêche d'agir d'une certaine façon parce qu'elle ressent que c'est vraiment condamnable, elle ne devrait le faire qu'après avoir examiné rationnellement toutes les solutions, pesé soigneusement tous les facteurs pour ensuite se ranger en faveur de la démarche la plus persuasive. Pour ceux qui pensent ainsi, si une personne doit agir sous l'empire de l'influence irrationnelle de la loi, il vaudrait probablement mieux qu'elle soit dissuadée par ces menaces crues plutôt que d'être conditionnée à accepter une moralité qui lui est imposée.

Quoi qu'il en soit, les principes moraux du droit pénal ne peuvent pas être ignorés si nous voulons que la société réussisse à garantir l'adhésion aux règles de comportement auxquelles elle croit. L'utilisation pure et simple de la force ne peut être efficace que dans des cas isolés et requiert l'assentiment volontaire de la majorité pour lui donner toute sa vigueur. Si ce n'est par acquis de conscience, tout au moins par sensibilité, la plupart des membres de cette majorité recherchent une proclamation officielle des normes de conduite devant diriger leur comportement. Avec la baisse de l'emprise de la religion et la désintégration des petites communautés et des groupes, la principale source publique qui demeure intacte est l'État, et sa force réside essentiellement dans son droit pénal. Les mass média jouent un rôle de premier plan en tant qu'intermédiaires dans ce processus.

Ainsi qu'un criminologue le déclarait:²⁴

Les médias rendent superflue la nécessité de regrouper les gens pour témoigner du châtement. Au contraire, les personnes peuvent rester chez-elles tout en recevant une éducation moraliste. Ceci se fait tout simplement par la lecture, l'écoute ou la vision des médias d'information dont une partie importante de leur programmation consiste en des rapports ou des renseignements sur les personnes qui ont été punies et les raisons de leur humiliation. Les médias, par leurs reportages, amènent les gens à réfléchir sur les règles de la société et sur le sort qui est réservé à ceux qui seraient tentés de les transgresser.

A leur tour, ces leçons morales fournissent le matériel brut dont se serviront parents et professeurs pour inculquer aux jeunes ces principes importants au moment de leur vie où ils sont le plus malléables.

Pour cette raison, nous voyons se former la réponse que l'on peut servir à ceux qui déclarent que la fonction «dénonciatrice» du droit pénal aurait pu aussi bien être réalisée simplement par la condamnation du délinquant, sans lui infliger une sanction. Il est vrai que si les condamnations officielles étaient réellement perçues comme étant des flétrissures, des sources d'humiliation à la suite d'un casier judiciaire qui n'est plus vierge, et qu'elles entraînaient la perte de ses amis et d'emplois prometteurs, cette conception semblerait très valable. La raison pour laquelle il en serait ainsi vient du fait que la condamnation serait elle-même une punition sévère infligée au délinquant tout en servant aussi bien de renforcement moral pour le reste de la communauté. Cependant, il est raisonnable de penser qu'un des principaux indices du degré de réprobation sociale est la fermeté de la réaction suscitée par le comportement du délinquant. Si une personne enfreint la loi et que quelqu'un en souffre un préjudice, alors que les autres ont fait les sacrifices nécessaires pour le protéger de dommages éventuels, une proclamation solennelle de sa culpabilité ne lui servira pas de leçon. La condamnation doit être suivie d'une sanction formelle quelconque. En plus, l'on se rendra compte de la gravité relative des diverses infractions en constatant la sévérité des peines prononcées.

Cependant, certains répliqueront aussitôt que la force réelle de la rétribution réside dans son existence-même. Ils diront que ce type de justification n'est en fait qu'une manière déguisée et raffinée de cacher le but réel de la peine qui est la *vengeance*. Sans pour autant concéder que cette conception du châtement en tant que facteur d'éducation éthique n'est qu'une mystification, nous devons essayer de répondre sans faux-fuyants à la question suivante: qu'est-ce qui ne va pas dans l'argumentation qui plaide pour un châtement fondé sur des mesures de représailles (notamment du point de vue du réductionnisme utilitariste)?

²⁴ Box, *Deviance, Reality and Society* (1971) p. 40; voir aussi Kar Erikson, *Wayward Puritans* (1966) particulièrement p. 12.

Historiquement et psychologiquement, je dois convenir que ce concept est le motif le plus ancré en nous qui nous pousse à punir. Une personne porte atteinte à une autre en dérogeant à la loi et, à travers elle, c'est la loi à son tour qui est atteinte: «œil pour œil, dent pour dent!». Pourtant le critique utilitariste avancera que ce n'est pas une justification. Nous ne discutons pas d'une réaction naturelle et spontanée, mais plutôt de la décision humaine et indépendante qui s'exprime par la voie d'un processus judiciaire complexe. Le mal est déjà fait et ne peut pas être effacé. Par la suite, l'imposition d'une peine ne fera qu'ajouter un second préjudice au premier, et ne fera qu'aggraver la perte totale de jouissance. Ainsi, le châtement ne peut jamais se justifier *parce qu'un délinquant a commis un acte illégal, mais seulement s'il est imposé dans le but de réduire* le niveau d'une telle infraction criminelle à l'avenir.

Néanmoins, cette argumentation est-elle réellement inattaquable si on va au fond des choses? Il est tout à fait certain que le délit et le préjudice qui en résulte ne sont pas sans créer un sentiment réel de vengeance chez la victime et ses amis qui s'attendaient à ce que la loi soit respectée. Leur désespoir sera au comble si le délinquant est relâché après avoir été retrouvé. Au contraire, leur sensibilité sera quelque peu soulagée si des mesures de représailles sont prises contre le délinquant.

Je ne vois pas comment l'on peut rejeter le bien-fondé des jugements psychologiques qui servent de fondement à cette conception de «rétribution». Pourtant, de nombreux adversaires de l'utilitarisme avancent que ces attitudes naturelles sont, pour le moins, moralement discutables et qu'on doit les écarter, *a priori*, comme justification autonome à l'imposition d'une peine. Cela pourrait être vrai dans le cadre d'une conception de la morale fondée sur les principes de bonne conduite, mais ce point de vue n'est pas viable lorsqu'on adhère à la théorie du «plus grand bien pour le plus grand nombre». Examinons maintenant cette argumentation sérieuse de Bentham:²⁵

Le (châtement) tend naturellement à satisfaire une autre fin parallèle consistant à faire plaisir ou à apporter une satisfaction à la victime ou aux parties lésées en général, et dont la rancune a été excitée par le délit que ce soit pour des raisons égocentriques, en raison d'un climat de sympathie ou d'une ambiance d'antipathie. Cette fin est avantageuse dans la mesure où on peut la satisfaire sans en faire les frais. *Cependant, aucun châtement ne devrait tendre à répondre à ce seul but (en laissant de côté ses répercussions sur la criminalité) parce qu'il ne donnera jamais lieu à un plaisir tel qu'il puisse équivaloir à la peine.* Toutefois, le châtement qui est décidé en fonction d'autres objectifs doit essayer d'y tendre, dans la mesure où cela n'entraînera pas d'autres préjudices. La satisfaction qui a été ainsi produite à la partie lésée sous forme d'un plaisir parasocial peut être qualifiée de satisfaction ou de compensation vindicative». [C'EST NOUS QUI SOULIGNONS]

²⁵ Cité dans l'ouvrage de Cross, *The English Sentencing System* (1971) p. 99.

Il ressort clairement de ce passage que l'affirmation fondée sur la morale de Bentham—pas de punition dans le seul but de la vengeance—dépend d'un jugement de fait: la peine subie par le contrevenant dépassera toujours le plaisir offert à la victime ou aux autres personnes intéressées. Nous admettons volontiers avec Bentham que c'est vrai lorsque nous nous penchons sur des cas concrets: pourtant nous ne pouvons pas affirmer de façon aussi catégorique qu'il l'a fait qu'il s'agit d'une vérité universelle. Dans le cas où cette conception est valide, l'utilitariste logique avec lui-même se devra de considérer que la punition se justifie pour cette seule raison.*

Nous pouvons même examiner plus en détail ce raisonnement et éclaircir, par là-même, certains points obscurs du droit pénal. En fait, ce n'est pas de la simple vengeance ou des simples mesures de représailles dont nous parlons, mais de la version institutionnalisée de cet instinct. Pensons à la remarque de Sir James Stephen: «Le droit pénal est à la soif de la vengeance ce que le mariage est à l'appétit sexuel». Livrons-nous à une expérimentation fictive et supposons que nous n'avons pas connaissance d'une telle interprétation. Supposons que l'État n'intervienne absolument pas en cas de délit (en faisant abstraction pour l'instant des autres objectifs du droit pénal). L'inaction des pouvoirs publics ne serait pas susceptible d'effacer les sentiments potentiellement destructifs de ressentiment. Inévitablement, quelqu'un envisagerait une vengeance privée. D'autres voudraient l'imiter, tandis que le délinquant et ses amis désireraient y répondre avec une escalade du conflit vers des niveaux éventuellement beaucoup plus élevés. Éventuellement cette pratique se répandrait et deviendrait chose courante. Ceci n'est pas une prévision hypothétique, car je pourrais évoquer de nombreux exemples, dont celui des «vigilante» de l'ouest américain ou des groupes de résistance par rapport aux collaborateurs avec les troupes d'occupation ennemies.

Il est significatif de constater que les moyens utilisés pour se venger à titre privé (ou pour réparer ce qu'on estime être une injustice) sont le meurtre, les voies de fait ou la destruction de la propriété, c'est-à-dire des actes tout aussi illégaux que l'acte délictuel commis par le délinquant.

* Le cas d'Adolph Eichman en donne un exemple intéressant.²⁰ On n'avait à prévenir aucune récidive de sa part, que ce soit par traitement ou par intimidation, parce qu'il avait été appréhendé longtemps après avoir commis ses crimes. Il m'est également assez difficile de penser que le fait de le punir ait ajouté au caractère dissuasif des lois de la guerre ou relatives au génocide. Mais le sentiment de réprobation que sa conduite avait suscité chez des millions de Juifs (et de Gentils) dans le monde, et le ressentiment qui en aurait résulté si on l'avait simplement relâché, ont été des faits bien tangibles qu'un utilitariste ne peut nier. Sans plaider pour le choix particulier de la peine capitale, je pense qu'il est bien évident qu'un utilitariste doit admettre qu'il existe de nombreuses peines graves qui sont justifiées dans ce domaine.

²⁰ Voir Hart, *Law, Liberty and Morality* (1963) pp. 58-60.

Mais si l'État n'agit pas lorsqu'un crime est commis l'on doit logiquement s'attendre à un comportement similaire du délinquant face à des mesures de représailles de la victime. Toutefois, ces réactions privées ne seront probablement pas bien calculées par rapport à la situation et aux motivations réelles du contrevenant, pas plus qu'elles ne permettront à la société de réaliser certains des autres objectifs de la peine (ceux dont nous avons déjà traité). Un système de vengeance officiel et institutionnalisé pourrait, après tout, s'avérer très inutile. Il est vrai qu'il suppose qu'on inflige délibérément des sanctions pénibles au délinquant, mais il permet également de lui offrir une certaine forme de protection eu égard à une revanche disproportionnée de la part de la victime. On avance qu'à l'origine, la raison d'être de la maxime du Talmud «œil pour œil, dent pour dent» n'était bien en fait que la concrétisation du désir d'éliminer la pratique de «deux yeux pour un œil, dix dents pour une dent!»²⁷

La raison d'être véritable du châtement est donc, en somme, de permettre au délinquant d'expier son crime, de payer sa dette à la société (et si possible à sa victime). Comme le juge Stephen le suggère, le droit pénal ne réagit pas aveuglément à l'urgence destructive de la vengeance mais elle la sublime et la canalise dans une voie plus constructive. Il nous faut alors constater ironiquement que l'un des aspects permanents et certainement le plus critiqué dans la théorie de rétribution n'est pas seulement utilitariste sur le plan de sa logique morale mais également réductionniste sur le plan de ses répercussions stratégiques.

Je pense que nous pouvons approfondir le raisonnement en analysant les hypothèses fondamentales sur lesquelles repose tout système juridique. Le fait de punir le délinquant peut donner confiance à ceux qui se soumettent à la loi.²⁸ Ce n'est pas simplement un moyen utilisé pour nous amener à accepter la valeur morale intrinsèque des normes qui la composent et de renforcer ainsi leur influence. Ce n'est pas non plus un outil employé pour affirmer la primauté de la justice face aux préjudices commis afin de diminuer la tentation «de se faire justice à soi-même». D'une façon beaucoup plus profonde, le châtement constitue la mise en évidence visible et permanente de la volonté de l'État de faire respecter les garanties promises pour protéger ceux qui obéissent à la loi. C'est la condition *sine qua non* de l'acceptation générale, de la suprématie du système judiciaire pour des raisons exprimées d'une façon caustique par H. L. A. Hart:²⁹

²⁷ Telyweld, "Essay", dans *Punishment: For and Against* (1971) pp. 66-67.

²⁸ Max Atkinson, "Punishment as Assurance" (1972) 4 *Univ. of Tasmania Law Rev.* 45; voir aussi Frankel, "Criminal Omission: A legal Microcosm" (1965) 11 *Wayne Law Rev.* 367, p. 385 et p. 392.

²⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961) p. 193.

La sanction n'est donc pas le motif général qui garantisse l'observance des lois mais est plutôt la garantie que ceux qui obéiront volontairement au choix ne seront pas sacrifiés au profit de ceux qui ne voudront pas y obéir. Sans cette assurance, les gens qui obéissent ne pourraient qu'être les grands perdants . . .

Voyons quelle en est la raison. Un certain sentiment de confiance réciproque est nécessaire dans la société pour arriver à une coopération productive. Nous devons être capables de compter sur les autres pour faire ce qu'ils voudraient ou devraient faire, comme nous nous attendons qu'ils feront. Prenons un exemple courant. On peut voir que les commerçants acceptent des chèques en guise de paiement pour l'achat de marchandises ou même simplement pour les échanger contre du papier-monnaie. Cette attitude provient du fait qu'ils s'attendent à ce que leurs clients ne soient pas des faussaires (ou en d'autres termes, qu'ils n'en fassent pas un usage frauduleux). Un acte criminel grave, surtout s'il y a recours à la violence, affaiblit ces liens fragiles de confiance et d'assurance mutuelles, lorsque la collectivité en prend connaissance. Une série de crimes de cette nature ne pourrait qu'entraîner des réactions de défense, puis de représailles qui ne pourront qu'affecter gravement la qualité de la vie dans la communauté. Les citoyens angoissés achètent des fusils, utilisent des chiens de garde et se cachent derrière des portes soigneusement verrouillées. Il arrive assez souvent que leurs craintes se réalisent parce que l'adoption de ces mesures actualise la menace.

La seule façon d'éviter ces conséquences fâcheuses est de démontrer que le droit pénal réagira vigoureusement et saura prendre les mesures qui s'imposent. On doit garantir à la «majorité silencieuse» que quelque chose a été fait. J'avoue franchement que ceci ne me semble pas très logique. On en trouvera un exemple caractéristique dans les vagues de peur qui peuvent déferler dans les communautés banlieusardes lorsqu'on constate qu'un maniaque se trouve quelque part dans les parages. L'État se devra de se saisir de la personne du délinquant et de prendre des mesures à son égard, afin que les mères ne répètent pas inlassablement à leurs enfants qu'ils ne doivent pas adresser la parole à des étrangers, ni faire confiance à ces derniers. Il semble également que les dispositions prises à l'encontre du délinquant doivent l'être d'une façon qui nous enseigne qu'il est réellement différent, presque un déchet de la société. Dans ce cas, nous serons beaucoup plus sûrs que nos voisins «normaux» respecteront la loi.

Je pense quand même que cette aberration ne peut être comprise qu'en fonction de tout le contexte qui est à la base des vérités fondamentales de notre système juridique. Les liens d'interdépendance qui existent dans la vie sociale nécessitent une adhésion mutuelle aux canons de la loi et nous imposent à tous de faire des sacrifices dans la poursuite

du bien commun. Il y a une espèce d'accord implicite entre l'État et ceux qui font des sacrifices en respectant la loi, selon lequel les pouvoirs publics prendront à leur tour les mesures qui s'imposent à l'égard du petit nombre qui ne la respecte pas. Les gens s'attendent particulièrement à ce que l'État leur impose des sacrifices similaires. Le but poursuivi n'est pas simplement de dissuader les délinquants éventuels, bien que cela soit aussi le cas, mais d'encourager les bons citoyens en leur démontrant que leurs sacrifices ne sont pas et n'auront pas été vains.

Revenons en arrière pour un instant et examinons les différentes étapes de mon argumentation dans le présent chapitre. Nous avons commencé par une critique souvent formulée à l'encontre de la théorie qui veut faire de la dissuasion rationnelle un instrument réductionniste. A l'expérience, il est tout à fait clair qu'une telle méthode n'influence en rien la soumission de l'individu à la loi. Puisqu'elle implique l'imposition de lourdes peines au délinquant, ne ferait-on pas mieux de la supprimer? Peu d'entre nous se hasarderaient à tuer ou à piller nos concitoyens dans ce cas. Je pense que la plausibilité de cette argumentation réside dans le fait que les attitudes sociales demeureront les mêmes sans que la loi soit appelée à intervenir directement. Cependant, il est vrai que ces attitudes dépendent elles-mêmes beaucoup de l'utilisation que l'on fait de certaines pratiques punitives de ce genre.

Nombreux sont ceux qui croient qu'il est moralement condamnable de frapper gravement et délibérément son prochain, même si cela était pour venger un attentat semblable commis à leur égard. Ils croient également que les autres adopteront les mêmes normes, d'où ils n'auront plus à être constamment sur leurs gardes. Chacun de ces comportements dépend et est fonction du milieu social qui tient ses racines du système juridique qui le caractérise. Ces croyances existent en ce moment: elles persisteraient pendant un certain temps si le droit pénal venait soudainement à disparaître (je veux dire par là qu'aucune sanction ne serait infligée aux individus qui violeraient la loi). Ce ne serait pas l'anarchie immédiate. Je ne veux pas dire qu'en l'espace d'une nuit des âmes délicates et timides se changeraient soudainement en pillards, en violeurs ou en tueurs. Pourtant, je pense que nous pouvons nous attendre à une détérioration progressive de nos attitudes morales. Après une ou deux générations elles ne seraient plus qu'un souvenir.

Je conclus donc qu'un système de morale sociale qui exige que nous mettions en veilleuse la poursuite de nos propres intérêts mais qui nous offre également une protection contre les conduites préjudiciables de nos voisins ne ferait pas long feu si le système de lois qui nous garantit cette protection venait à s'éteindre. Cette conclusion ne s'imposerait pas si les hommes étaient des anges, s'ils ne cédaient jamais à la

tentation de causer des préjudices à autrui pour satisfaire leur égoïsme ou si les parties lésées étaient toujours prêtes à tendre l'autre joue. Malheureusement, ou peut-être heureusement, la condition humaine étant ce qu'elle est, et aussi longtemps qu'elle le sera, le châtement aura toujours sa place dans notre société.

Le sens véritable d'une justice rétributive

Le lecteur ne doit pas ignorer le sens de la position que je viens de défendre. J'ai suggéré que le droit pénal opère de façon infiniment plus subtile que ne le fait la théorie de la dissuasion. Ainsi, il y a beaucoup plus de raisons justifiant le châtement qu'on ne le croit. Pourtant, ces justifications demeurent utilitaristes dans leurs fondements et essentiellement réductionnistes dans leurs objectifs. Il est vrai qu'essentiellement ces justifications reposent sur la croyance populaire qu'un individu qui a commis un crime doit être puni. Mais le but du châtement est encore orienté vers l'avenir, c'est-à-dire au maintien de cette morale collective, laquelle, espère-t-on, influencera le comportement social de la majorité. J'ai voulu démontrer qu'un crime éveille un *sentiment d'injustice* et que l'État doit agir de la façon qui *semble* juste à ses partisans, de façon à sauvegarder leurs mœurs et à s'assurer leur soutien.

On peut accepter tout ce que j'ai dit jusqu'ici et adopter une attitude détachée et clinique face à ce sentiment populaire. On pourrait croire que la notion de justice est irrationnelle, souhaiter qu'elle n'existe pas et espérer que se développe à l'avenir une conception très différente de la criminalité et du criminel. Les remarques du D^r Menninger sont particulièrement à point:³⁰

—Le simple mot «justice» irrite les hommes de science. . . . Le fait de réprouver le châtement ne tient pas de la sentimentalité. C'est la conclusion que l'on tire de l'expérience scientifique.

Mais si l'on est adepte de l'utilitarisme, on admettra avec Holmes la nécessité d'adapter la réalité du droit «aux sentiments et aux exigences de la communauté, qu'ils soient ou non légitimes», de façon à produire le plus de bien-être possible, proportionnellement aux moyens dont dispose le législateur.

Ce point de vue ne reflète pas la justification de la justice rétributive au sens strict du terme. Au contraire, cette dernière théorie pénaliste affirme qu'il existe des principes de justice sous-jacents à notre *sens* de la justice (et qui souvent en commandent l'orientation). Dans cette optique, la perpétration d'un crime et l'application d'un châtement impliquent une prise de position morale face aux notions de bien et de mal, indépendamment du bien ou du mal que peut causer

³⁰ Menninger, *The crime of Punishment* (1968) p. 17 et p. 204.

une telle conduite. Si nous voulons exposer en détail les raisons d'être du châtement, nous devons nous pencher davantage sur ces positions morales.

En réalité, il ne faut pas perdre de vue cette perspective si l'on veut combler les lacunes de mon compte rendu des justifications du châtement. Ces arguments servent à expliquer pourquoi la société dans son ensemble (dont les groupes les plus importants) *désire* l'application de la peine en matière pénale et pense que c'est très utile. Mais bien sûr, quand il s'agit de le mettre en vigueur, l'État brime les droits d'un individu. Et ce dernier se montre peu enclin à apprécier les principes de réhabilitation, d'intimidation, de dissuasion, d'éducation morale, de représailles ou de confiance. Il est probable qu'il se passerait bien d'avoir à expier sa faute. Après tout, c'est qu'il est hostile à l'utilisation de la force, qui est le facteur commun caractérisant ces derniers principes. La *distribution* des sanctions est certes le nœud du dilemme moral engendré par le châtement. Les objectifs énumérés ci-haut visent tous au confort et à l'amélioration de la vie en société. Les moyens d'atteindre ces objectifs passent tout d'abord par l'imposition de maux et de désagréments à certains individus déterminés appartenant à cette même société. Les premiers adeptes de l'utilitarisme n'ont pas esquivé la question:⁸¹

Lorsqu'il est prouvé qu'un homme a commis un crime, la société doit se servir de cet homme pour contrer la criminalité; le délinquant lui appartient à cette fin.

Je doute que Tolstoï soit satisfait de cette réponse pour justifier la pratique de la peine.

Ce problème présente un aspect d'importance pratique qui ne résiste toutefois pas à l'analyse. Si nous étions seulement intéressés à contrer la criminalité et à diminuer le nombre de conduites illégales au sein de la communauté, il serait concevable de justifier des mesures très sévères même dans le cas de délits mineurs. Cependant, la morale sociale utilitariste sous-jacente à chacun de ces arguments réductionnistes est irréconciliable aux objectifs de la lutte contre la criminalité. Le droit pénal n'est qu'un élément du système social et n'est qu'un moyen de satisfaire les besoins de la communauté. Pourtant, de par sa nature, ce moyen menace la réalisation de cet objectif. On ne peut justifier son utilisation que si l'on arrive à démontrer qu'il en résultera un plus grand bien pour la société. La proposition utilitariste suivante revêt une importance capitale: le tort et le préjudice causés par l'exercice du droit pénal, particulièrement à l'endroit du délinquant, doivent

⁸¹ Il s'agit du Reverend Sydney Smith, qui vivait dans les années 1830 et est cité dans l'article de Radzinowicz et Turner, "A Study in Punishment" (1943) 21 Can. Bar. Rev. 91 p. 92.

peser dans la balance, sans discrimination aucune. Ceci fait, l'utilitarisme se contentera de justifier le réductionnisme *économique*, la sanction pénale devenant le moindre mal parmi les moyens d'assurer un certain degré de protection. Le tort évité en sanctionnant une conduite criminelle est supérieur au tort causé par des sanctions protectrices. Ce qui sera dit par la suite à propos des limites de la théorie utilitariste ne contredit en rien ma croyance à l'effet que les réformes les plus désirables dans l'histoire de notre droit pénal ont été accomplies suivant ce principe plus qu'aucun autre.³²

Mais alors que l'utilitarisme rejette le droit pénal à caractère répressif et sévère, il n'exclut pas celui qui l'est d'une façon sélective. Les délinquants qui n'ont commis que des délits mineurs peuvent être condamnés à de longues périodes d'emprisonnement. Ceux qui, par malchance, comparaissent devant un tribunal au cours d'une recrudescence de délits (par exemple vols à l'étalage dans une certaine ville) peuvent se voir infliger des sentences particulièrement sévères à titre de peine exemplaire. En fait, il est parfaitement possible que les autorités prennent délibérément le risque de punir un innocent pour faire face à une situation dangereuse.

PREMIER CAS HYPOTHÉTIQUE

Il est facile de découvrir dans la vie de tous les jours des exemples des deux premières possibilités, parce qu'il n'est mentionné nulle part dans notre droit que l'accusé ne doit pas recevoir un châtement excessif. En fait, cela ne sera pas souvent exprimé en public car il n'est pas souhaitable d'insérer une règle générale qui admette le châtement d'un innocent (quoique le renversement du fardeau de la preuve, l'existence de présomptions ou le rejet de l'argument de *mens rea* font souvent courir ce risque). De toute façon, il existe un modèle d'exemple hypothétique dont on se sert dans les écrits sur le châtement et qui illustre les écueils de l'utilitarisme pur.

Supposons que, dans une zone de tension raciale aigüe située dans le sud des États-Unis, un Noir ait brutalement violé une blanche et se soit enfui. Le Ku Klux Klan s'est réuni et a menacé de lyncher dix Noirs si le coupable ne se dénonçait pas, et, étant donné ses actions antérieures, cette menace est parfaitement plausible. Le chef de police, le procureur de la poursuite et le juge, bien qu'ils regrettent d'avoir à prendre une telle mesure, décident de monter une accusation contre un Noir qu'ils savent innocent et de le condamner à la réclusion pour quelque temps, disons cinq ans, ce qui n'est pas trop pour le crime commis (et est à coup sûr moins lourd qu'une exécution). Pour que cet exemple soit encore plus net, supposons que le bouc émissaire désigné n'a pas de parents proches, est célibataire, d'âge moyen, ivrogne, sans emploi permanent et sans perspectives d'emploi, qu'il a eu quelques démêlés avec la justice, bref on considère qu'il vaut moins la peine d'être sauvé que d'autres candidats possibles au lynchage. Ceci peut-il être moralement permis? Dans le cadre de la

³² L'ouvrage de Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968) auquel on a décerné un prix, offre une excellente analyse de cette situation.

doctrine utilitariste et si on suppose (je ne vois aucune raison de ne pas le faire) que cette affaire peut être gardée secrète, la réponse est oui. Cependant, si l'on sent qu'une telle décision est moralement inacceptable, il faut trouver au nom de quels principes indépendants l'on conclut ainsi.

Ceci est symptomatique de ce qu'on a appelé le problème de la «victimisation»,³³ dont les principes purement utilitaristes s'accommodent bien. Pourquoi? Comme le suggère Sydney Smith, si nous avons le droit de nous servir d'un délinquant condamné à des fins de diminution de la criminalité, pourquoi ne pas nous servir également d'un citoyen innocent mais disponible? Le seul but de l'utilitarisme est de maximiser le niveau de satisfaction collective au sein d'une communauté. Il inclut dans ses calculs les intérêts du délinquant au même titre que ceux des autres citoyens. Mais la distribution actuelle de cette satisfaction totale entre ceux qui enfreignent la loi et ceux qui la respectent n'a pas pour lui de valeur intrinsèque, si ce n'est dans la mesure où il contribue à l'ensemble.

Au tout début de cet essai, j'ai écrit que la conception rétributive du châtement renaissait au niveau de la théorie du droit pénal. La raison majeure en est l'intérêt de plus en plus grand porté à la notion de justice dans la distribution des sanctions. Le concept de la rétribution, au sens strict du terme, est issu de principes philosophiques tout autres que ceux de l'utilitarisme. Sa dialectique explique les disparités entre ces deux théories: quelqu'un est puni parce qu'il a commis un *délit*; il *mérite* d'être puni, et donc il est *juste* qu'il soit puni. Dans chaque exemple de «victimisation» que j'ai donné, il peut s'avérer *utile* de punir quelqu'un qui ne le mérite pas du tout, ou de le punir plus sévèrement qu'il ne le mérite. Mais sur le plan moral, un tel châtement n'est pas permis, aussi utile qu'il puisse être, parce qu'il est injuste. Comme le disait Kant:³⁴

Le châtement juridique ne peut en aucun cas être administré de façon à promouvoir un autre bien qui bénéficie au criminel lui-même ou à la société en général, mais doit être infligé seulement parce qu'un individu a commis un délit. Car un homme ne doit jamais être un moyen pour un autre d'arriver à une fin. Malheur à celui qui s'engage dans les chemins sinueux de l'utilitarisme pour y découvrir le moyen avantageux d'échapper à la justice du châtement, ou même à la peine qu'il mérite justement . . . »

Nous devons également nous rendre compte que, dans la théorie rétributive classique, la responsabilité pénale n'est pas seulement une condition *nécessaire* du châtement qui *permet* à la société d'infliger une peine pour satisfaire ses propres visées utilitaristes. Même si cette conclusion est plus discutable et plus difficile à apprécier, Kant y voit

³³ Voir le livre de Honderich, *The Supposed Justification* (1969) p. 47 et suivantes.

³⁴ Kant, *The Philosophy of Law* (traduit par Hastie; 1887) pp. 194-98.

clairement l'implication qu'un délit est une condition *suffisante* de l'imposition d'une peine, et *oblige* la société à infliger une peine. Kant nous en donne un exemple désormais célèbre :

Même si une société décidait avec le consentement de tous ses membres de se dissoudre—supposons le cas d'habitants d'une île qui décident de se séparer et de s'éparpiller dans le monde—il faudrait exécuter le dernier assassin emprisonné avant de mettre en pratique cette décision. Et ceci, pour que chacun réalise ce que méritent ses actes . . .

Cependant, la philosophie juridique contemporaine (du moins dans le monde anglophone) ne retient à l'unanimité que la première de ces positions et écarte la seconde. L'argumentation rétributive peut en effet mettre des restrictions négatives à la distribution des sanctions dans des cas individuels mais ne peut être comptée au nombre des *objectifs généraux* positifs qui impliquent l'adoption de cette pratique elle-même.³⁵

Dans cette partie, je m'attacherai à étudier si une telle position que je nommerai la version commune est viable. Pour le vérifier, nous traiterons dans l'ordre chaque revendication respective. Mais d'ores et déjà nous devons nous rendre compte que le thème commun à l'ensemble de la discussion est très différent de ce qui nous a intéressés jusqu'à présent; je me réfère ici au droit de l'individu à être également traité par la loi et par la société en général. On trouve l'expression de cette valeur dans les principes de justice qui imposent à tous les membres de cette société des limites à la recherche collective du mieux-être. Il est vrai que, pour les raisons dont j'ai traité dans ce chapitre, la pratique de la sanction pénale contribue à la satisfaction grandissante de la grande majorité des citoyens d'une communauté. Cependant, elle atteint ce but en portant délibérément un préjudice (peine d'emprisonnement), lequel (surtout en raison de son effet à longue échéance) résulte dans le partage inégal des sacrifices dont le poids ne repose, en définitive, que sur peu de citoyens. Aux yeux de l'adepte de l'utilitarisme, cette conséquence serait supportable à condition que l'excédent de satisfaction de ceux qui respectent la loi soit supérieur à l'excédent de peine infligée aux délinquants. Pour celui qui croit en la valeur intrinsèque de la justice et de l'égalité, ce calcul ne suffit pas. Mais y a-t-il une autre solution?

Afin de résoudre ce dilemme, il faut admettre que la justice n'exige pas l'égalité totale mais, au contraire, admet certaines inégalités pour

³⁵ Hart a étudié en détail cette distinction dans son ouvrage *Punishment and Responsibility* (1968), en particulier pp. 8-13. Packer a repris le même thème dans son livre *The Limits of the Criminal Sanction*; voir pp. 66-67, par exemple. Je pense que, parmi les ouvrages récents écrits en anglais sur la théorie du droit pénal, ces deux livres font autorité; ils ont d'ailleurs eu une très grande influence. Cette notion capitale qui est à la base de leurs ouvrages respectifs exige d'être appréciée à sa juste valeur.

le bien de tous. Pour paraphraser la plus importante analyse récente des exigences de la justice⁸⁰, je dirai que les inégalités sont justes si elles contribuent au bien-être des plus démunis et si les situations qui les provoquent impliquent tout le monde. La seule raison que nous pourrions avoir de rejeter des mesures profitables pour tous mais qui deviennent naturellement plus profitables encore pour quelques-uns, c'est l'envie, et ceci ne peut pas être une raison valable.

Admettons alors que la société ait besoin d'un système de valeurs qui limite sévèrement la discrétion de chacun de recourir à la force ou à la fourberie dans le but de protéger sa sécurité, la jouissance de ses biens, sa vie privée, etc. . . Le respect de ces valeurs doit garantir un degré de bien-être supérieur pour tous et chacun. Mais, en raison de l'altruisme peu développé de l'homme et de sa prédisposition à la tentation, il faut artificiellement encourager les gens à se conformer à un tel système de valeurs. La solution anarchique ne répondrait pas complètement à la vision de Hobbes de «la vie humaine, solitaire, pauvre, méchante, brutale et courte», mais elle s'en rapprocherait dangereusement. Si l'on accepte la validité de notre premier argument, la sanction pénale est donc un choix rationnel de la théorie réductionniste. La qualité de la vie serait conséquemment supérieure dans une société où l'on ferait respecter les normes de conduite fondamentales que dans une société qui ne se contenterait que de les énoncer.

Mais que dire des autres exigences de la justice? Tout le monde doit pouvoir profiter des bénéfices de cette meilleure vie sociale. D'une façon plus pertinente, et en ce qui nous concerne, tout le monde doit pouvoir échapper aux menaces désagréables du droit pénal. Les critères utilisés par le droit pénal afin de sélectionner ceux-là qui en subiront les contrecoups parfois sévères et inévitables définissent dans quelle mesure il est possible d'y échapper. Pour la conception rétributive du droit pénal, le critère fondamental est celui de l'infraction, une conduite répréhensible quelconque. Quelle est l'importance de ce concept en regard du problème que posent les principes de justice?

Le droit pénal comporte une série de normes destinées à protéger la marge de liberté des citoyens. Pourtant, ce même code contient la menace d'invasion par la force de cette zone de liberté de ceux qui ne s'y seraient pas conformés. Aux termes de la loi, ces derniers torts ne sont que des menaces. Il est de l'intérêt de la société de minimiser les occasions de leur application. Dans cette optique, comment définir l'infraction? Bref, c'est le fait qu'une personne a pénétré dans la zone d'intérêt de son voisin que la loi était censée protéger. Il a délibérément cherché à augmenter son propre profit, en exploitant l'autre afin d'aboutir à cette

⁸⁰ Rawls, *A Theory of Justice* (1971) passim.

fin. Ce faisant, on peut dire à juste titre qu'il n'est plus à l'abri d'une sanction pénale.

Pourquoi en est-il ainsi? La sanction pénale repose sur la coercition d'un délinquant individuel dans le but de promouvoir l'objectif commun de protection de la liberté et du bien-être général. Le recours à une telle inégalité n'est pas juste si l'on choisit n'importe qui au hasard afin de l'offrir en sacrifice. Il ne suffit pas de prouver que son sacrifice augmentera l'intérêt public. Pourquoi cette personne-là et pas une autre souffrirait-elle? Il faut une raison suffisante pour justifier sa candidature personnelle à cette sanction. Mais le délinquant aurait pu éviter ce tort, et néanmoins il a accepté de courir le risque, croyant en retirer un avantage supplémentaire au détriment de quelqu'un d'autre. Peut-il se plaindre qu'on refuse arbitrairement de reconnaître ses droits lorsque la société décide de l'utiliser comme un moyen de protéger les intérêts d'autrui? Sûrement pas! De son propre chef, il s'est désigné comme candidat à la distribution du châtement. Il ne faut toutefois pas pousser trop loin cette analogie. Il n'est pas littéralement l'auteur de son propre malheur. Il appartient cependant encore à l'État de le juger, indépendamment de la nécessité de répondre à son délit par une sanction. Mais on peut dire qu'il a donné à l'État «la permission morale» d'arriver à cette conclusion, même si elle s'avère néfaste pour lui-même. Généralement, cette réponse sera raisonnable et, en fait, elle sera rendue nécessaire afin de maintenir la crédibilité du droit pénal et de sauvegarder la sécurité et la liberté de la société.

Lorsque les conditions constitutives de cette argumentation sont remplies, le châtement est juste. Quand elles ne sont pas remplies, comme dans le cas fictif du sacrifice d'un Noir lynché par la foule en furie, alors le châtement n'est pas juste. L'accusé n'a pas choisi de s'engager dans une voie répréhensible et n'a pas *décidé* d'être déchu de son droit d'exemption de sanction pénale; la société n'a donc pas le droit de l'utiliser afin d'assouvir la soif de sécurité et de bien-être des autres. (Je traiterai dans le prochain chapitre des implications évidentes de cet argument au niveau de la doctrine de la *mens rea*). Un autre principe rétributif, voulant qu'il faille limiter le *quantum* de la peine semble être le corollaire naturel de cette conception d'une distribution juste et équitable des peines. Les délits peuvent varier radicalement en gravité soit en raison des motivations du délinquant, des avantages qu'il a tirés de sa conduite ou du tort qu'il a causé aux autres. Si le rôle de la justice est de limiter les occasions de punir à des cas où la punition ne convient pas aux valeurs d'égalité, alors le seul fait de supprimer les barrières à l'égard de quelques sanctions (ou de traitements inégaux) ne devrait pas ouvrir les portes à toute forme de sanction, si sévère

soit-elle, et même si cela devait être dans l'intérêt de la collectivité. Tout comme les infractions varient selon la gravité du préjudice causé, les peines doivent aussi être réparties proportionnellement.

EXCURSUS: DÉTERMINATION QUANTITATIVE DE LA RÉTRIBUTION PÉNALE

C'est un point de vue aussi valable qu'un autre pour traiter la question que soulèvent inévitablement les critiques de la théorie rétributive. Qu'entendons-nous vraiment par une sanction proportionnelle à l'infraction? Je suis certain qu'aucun «rétributionniste» n'accepterait de défendre la seule thèse qui fournit une réponse évidente: l'on cherche à traduire par une sanction le tort causé par le délinquant (c'est-à-dire vie pour vie, coup pour coup, œil pour œil, viol pour...?) Et pourtant, si l'on s'écarte de ce raisonnement, nous n'avons aucun moyen de calculer de façon précise ce que le délinquant mérite.

On peut répondre au réductionniste qu'il ne lui est pas possible, lui non plus, de déterminer avec précision quelle sera l'ampleur de la force de dissuasion d'une sanction, ou l'efficacité d'un traitement réellement curatif. Nigel Walker a répondu que cette question reflète les limites pratiques de la connaissance empirique. Bref, «les difficultés d'exactitude de la rétribution sont théoriques, fondamentales et insurmontables».⁸⁷ Je me rallie, ici, à l'opinion des réductionnistes. Tant que ces derniers se limitent au problème des meilleurs moyens à employer pour atteindre le but visé, tel que la dissuasion, le sujet reste appréhendable en termes scientifiques, du moins en théorie si ce n'est en pratique. On peut aller plus loin et dire que les conflits entre deux buts intermédiaires (c'est-à-dire dissuasion et réhabilitation) sont eux-mêmes théoriquement résolubles si l'on se réfère à un objectif plus lointain (disons la réduction de la criminalité). Nigel Walker lui-même suggère la justesse d'un principe tel que *l'humanitarisme*, qui limite les efforts du réductionnisme en excluant certaines peines, (peut-être parce qu'elles sont «cruelles et inhabituelles»). D'autres soutiendront que la protection de la liberté individuelle, exprimée par le concept du *due process*, est également une restriction à la lutte contre la criminalité. Chacune de ces positions, tout comme les revendications de la *justice rétributive*, est une valeur morale indépendante qui est censée diriger et contrôler notre jugement de l'efficacité utilitaire. En raison du fait que chacune implique des revendications *morales*, il n'est pas étonnant qu'elle refuse les réponses *scientifiques* ou empiriques. Le premier point à mettre au clair est que la justice rétributive ne pose pas qu'un problème au juge qui exerce ses fonctions, pour la bonne raison qu'elle lui demande de penser en termes de concepts moraux, par exemple, celui de «mérite».

Bien sûr, cette forme d'argument «*tu quoque*» ne fournit aucune solution positive quant à la façon dont un juge peut concilier ces jugements de valeur et une sentence dans la vie réelle. Je crois que nous devons admettre qu'il est impossible de déduire de nos principes moraux officiels des jugements de valeur concrets—que ce soit à propos de mérite, d'humanité ou de liberté. Ils exigent une appréciation de la nature du tort causé par la perpétration de l'infraction, le profit que le délinquant en a tiré, et la souffrance que lui occasionnera la peine infligée. Le jugement qui sera issu de cet ensemble de facteurs ne pourra pas permettre de déterminer quel mode précis de châtement

⁸⁷ Walker, *Sentencing in a Rational Society* (1969) p. 11.

est mérité. La notion de justice punitive ressort de la justice *ordinaire*, et non pas *cardinale*. On peut vaguement se rendre compte si la sentence infligée au délinquant est proportionnelle ou non à ce qu'il mérite en la comparant avec d'autres sentences infligées à d'autres, mais sans être capable de déterminer une notion quantitative absolue, applicable à tous en toutes circonstances. La justice rétributive doit être rendue dans une mesure équitable au sein d'un système de sanctions et la ligne de force de cette démarche réside dans la tradition évolutionniste de la communauté eu égard à la sévérité absolue du châtement acceptable.

Je sais qu'un critique sera aussi peu satisfait que moi de cette analyse, mais permettez-moi de suggérer une analogie qui peut être intéressante: la politique salariale de notre société. Un facteur clé dans la détermination des salaires c'est la productivité (que l'on peut comparer à la réduction en matière de criminalité). Nous voulons faire en sorte que les gens touchent des salaires raisonnables eu égard aux services rendus et ce, dans le domaine où ils peuvent contribuer au maximum au bien-être de la société. (On aimerait sans doute que nos citoyens soient désintéressés, qu'ils veuillent travailler le plus possible pour leur prochain sans qu'ils s'attendent à une récompense de leur part, d'où l'exploitation d'autrui serait chose du passé. De même, nous aimerions être aussi parfaitement altruistes et bons, si bien qu'il n'y aurait plus de crimes et que le système de sanctions serait aboli. Cependant, pour le moment, nous agissons en fonction de l'hypothèse que ni l'un ni l'autre de ces vœux n'est encore exaucé). L'on considère toutefois comme moralement intolérable la recherche de la «productivité pour la productivité» (sauf peut-être parmi certains économistes non convertis et toujours fervents de la doctrine du «laissez-faire»). Cette recherche doit être limitée par des exigences morales de la justice distributive, à savoir, que les employés doivent participer d'une façon relativement égale à la production pour satisfaire leurs besoins personnels, et qu'on ne doit pas tout sacrifier à l'augmentation du produit national brut. Nous adoptons donc diverses politiques d'impôt progressif, diverses lois sur le salaire minimum, paliers d'imposition ou d'assistance sociale, etc. . . . Il est tout à fait impossible de déduire d'une théorie générale de la justice une solution concrète à ces questions. Nous devons établir une approximation très vague basée sur ce que la communauté entend par besoins humains, pauvreté et autres facteurs qui entrent en ligne de compte. Finalement, nous fixons une norme arbitraire dont nous ne pourrons jamais démontrer la justesse au sens absolu ou cardinal, mais que nous croyons être juste en termes numériques et préférable à d'autres. Le fait que les réponses empiriques soient théoriquement insatisfaisantes ne signifie pas que les questions soient moralement futiles et insolubles. Je suis d'avis que, si une telle démarche est valable dans l'établissement de notre politique salariale (ou fiscale), elle l'est aussi dans l'établissement de sanctions pénales.

Dans la théorie générale du droit pénal, on ne pousse pas plus loin la raison d'être de la justice rétributive. Lorsque quelqu'un commet un délit et qu'on peut donc dire qu'il *mérite* un châtement, on doit sous-entendre qu'il s'est lui-même exposé aux coups de bâton en faisant sauter l'interdiction morale. Mais ceci ne justifie pas en soi que l'État prenne des mesures positives sanctionnant ce nouveau comportement. A

moins d'avoir commis un délit, personne ne peut être puni, mais le simple fait d'avoir commis un délit ne signifie pas qu'il faille punir. Étant donné que le châtement du délinquant implique la souffrance, et ceci est, *prima facie*, un mal, il est nécessaire de prouver que cette décision de l'État entraînera un plus grand bien. Mais l'on arrive difficilement à comprendre « ces mystérieux morceaux d'alchimie morale où la combinaison de deux maux, perversité morale et souffrance, peut résulter en un bien ». ³⁸ Les postulats utilitaristes, qui présument que le bien est consécutif à la réduction du taux de la criminalité dans l'avenir, suffisent d'eux-mêmes. Conséquemment, cette théorie plus recherchée du châtement assimile les arguments utilitaristes et rétributifs en un tout cohérent de façon à ce que chacun réponde respectivement à des questions fondamentales distinctes—« l'objectif principal » et la « distribution » des peines.

Il est incontestable qu'une telle position représente un progrès significatif sur le stade précédent de l'analyse philosophique; pendant très longtemps, j'ai cru que c'était exact. Finalement, j'ai été de plus en plus gêné par une question que soulevait sans y répondre la théorie en question. Si nous maintenons que le châtement sans qu'il y ait infraction est injuste parce qu'il n'est pas mérité, ce ne peut être qu'en vertu de la démonstration des raisons pour lesquelles le châtement qui est effectivement consécutif à une infraction et qui est mérité, est juste. Mais s'il est injuste de punir quelqu'un qui ne le mérite pas, alors pourquoi n'est-il pas également injuste de ne pas punir quelqu'un qui a commis une infraction? Pour vérifier la validité de la démarcation entre les applications positives et négatives de la démonstration « rétributive », je me propose d'analyser un second cas hypothétique qui illustre un peu plus schématiquement (et je pense d'une façon plus intéressante) les implications d'une attitude rétributive que ne le fait l'exemple choisi par Kant du dernier meurtrier vivant sur une île dont la société était en voie de désintégration. ³⁹

DEUXIÈME CAS HYPOTHÉTIQUE

Supposons que l'accusé, un certain M. Johnson, ait avoué et plaidé coupable à une accusation d'attentat à la pudeur avec circonstances aggravantes sur la personne de Jennifer, âgée de 12 ans. A la suite de cette agression, Jennifer a souffert d'un grave traumatisme psychologique et les médecins pensent qu'il risque de perdurer. Si l'affaire pouvait être gardée le plus secrète possible, et surtout si ses amis, professeurs et amis futurs n'avaient connaissance de rien, cela aiderait beaucoup à son rétablissement. Par conséquent, toutes les personnes chargées de l'affaire—la police, le procureur, le juge, le psychiatre, les

³⁸ Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) pp. 234-35.

³⁹ Je me suis inspiré pour cet exemple de mon collègue John Hogarth, bien que je doute qu'il soit d'accord avec toutes les conclusions que j'en tire.

parents de Jennifer, Johnson et l'avocat de la défense—ont décidé de traiter le cas à *huis clos*. Cette procédure n'aidera pas seulement Jennifer; son effet secondaire sera qu'aucune sentence préventive ne sera prononcée contre Johnson. Quelle que soit la théorie de dissuasion, de confiance ou autre que l'on adopte, elle exige toujours que l'affaire soit portée à l'attention des autres membres de la communauté. Puisque le plus petit nombre possible d'individus est au courant de ce cas précis, le caractère préventif de la sanction est presque nul.

Quelle attitude adopterons-nous à l'égard de Johnson et de sa conduite? Après des recherches très poussées sur le plan social et psychologique, on est arrivé à la conclusion suivante: Johnson est célibataire, d'âge moyen, aisé, et a concentré presque toutes ses énergies dans la réussite et le développement de ses affaires. Cependant, quelques années plus tôt, il s'est livré à une conduite sexuelle presque identique, mais heureusement sans conséquences graves, et il n'a pas été découvert. Effrayé par de telles impulsions, Johnson avait pourtant consulté un psychiatre. Après une longue analyse, le psychiatre avait diagnostiqué que le fait d'être polarisé par ses affaires avait progressivement accumulé des pressions, qu'il risquait d'être tenté, un jour, de se «défouler» d'une façon similaire, mais qui pourrait être plus lourde de conséquences. Aux yeux du psychiatre, la seule solution était que Johnson abandonne ses affaires, éliminant ainsi l'origine de son problème.

Mais une telle solution représentait un dilemme pour Johnson. A l'époque, son entreprise traversait une phase critique. Il avait entrepris des projets d'expansion et tout dépendait étroitement de la réputation et de la responsabilité du fondateur et président. Si Johnson avait été forcé de vendre à ce moment-là, cette opération n'aurait pas été très rentable. Il décida donc, de sang-froid, de courir le risque et de continuer à travailler et à améliorer ses affaires jusqu'à ce qu'il ait acquis une fortune qui lui permette de vivre le reste de ses jours dans l'abondance et la tranquillité. Pendant longtemps ses efforts furent apparemment couronnés de succès. La compagnie était devenue plus prospère et Johnson venait d'en négocier la vente à un consortium financé par des capitaux américains pour une importante somme d'argent. Malheureusement (pour Jennifer), après avoir travaillé tard une nuit sur les derniers détails de la transaction, Johnson commet son second délit sexuel. Le psychiatre affirme maintenant que, puisque la vente a été conclue et que Johnson a l'intention de se retirer dans sa luxueuse résidence aux Antilles, il n'y a aucun danger de récurrence. Sachant qu'il ne faut jamais présumer de ces choses-là, il déclare qu'on ne peut pas justifier une sanction visant la réhabilitation de Johnson. A son avis, dans une optique correctionnelle, la sentence optimum devrait être l'acquiescement inconditionnel.

Un double objectif est en jeu dans cette description élaborée. D'abord, je veux isoler le plus possible une situation répréhensible de tout but de réduction de la criminalité future, que ce soit du point de vue du délinquant ou de celui de la communauté. Je veux ensuite démontrer la force des arguments positifs qui militent en faveur de la peine, et ce

tout en ne considérant que le côté «rétributif» de la question.⁴⁰ Nous avons en mains tous les éléments nécessaires à cette argumentation.* Johnson et Jennifer vivent au sein d'une société, et chaque citoyen a le devoir d'en protéger les intérêts, en se conformant à des normes fondamentales de conduite prescrites par la loi. Johnson a réussi dans cette communauté uniquement parce que les autres ont respecté sa sécurité personnelle, sa liberté et son droit d'accumuler des biens et d'en jouir. Cependant, il s'est délibérément engagé dans une voie qui comportait le risque grave et injustifiable d'empiéter sur la liberté et la sécurité d'une autre personne. Johnson a incontestablement bénéficié de sa décision; la valeur de son entreprise a quintuplé pendant les années supplémentaires qu'il s'est accordées pour la développer. Mais c'est une innocente petite fille qui a payé une bonne part de sa réussite.

Nous n'aurions certainement aucune difficulté à choisir Johnson pour être la cible d'une sanction pénale, dans la mesure où nous voudrions servir l'intérêt public et diminuer le taux de la criminalité. Il ne pourra réfuter que c'est dans l'intérêt des autres qu'il a été *injustement* lésé. Mais dans ce cas, aucun bien futur ne résultera de son châtement, et c'est là le problème. Y a-t-il alors une raison de le châtier? A mon avis, je crois que oui, car sinon nous laisserions en quelque sorte à Johnson le bénéfice illégitime d'un profit net.⁴¹ En agissant illégalement, il a certes réalisé un bénéfice, mais il n'a fait que tirer avantage d'une situation de contrainte pour les autres et il a agi légalement en ce qui concerne ses intérêts immédiats.

Nous avons l'intuition qu'il serait injuste de ne pas remédier à cette situation, c'est-à-dire de prononcer l'acquiescement inconditionnel (et secret) de Johnson. L'argument principal qui milite en faveur d'une justice rétributive, et donc en faveur de l'imposition d'une peine, est

⁴⁰ Il y a certains points très importants de la philosophie du châtement qui réapparaissent avec le renouveau récent de la théorie rétributive. Je mentionnerai Murphy, "Three Mistakes about Retributivism" (1971) 31 *Analysis* 5; Finnis, "The Restoration of Retribution" (1972) 31 *Analysis* 131; et surtout le plus important, Morris, "Persons and Punishment" (1968) 52 *The Monist* 475.

* Je devrais ajouter qu'il y aurait un certain avantage utilitaire (même s'il n'est pas vraiment réductionniste) à punir Johnson. J'entends par là la satisfaction ou du moins le soulagement du sentiment d'injustice ressenti par Jennifer et sa famille. Mais il est réaliste de supposer que la souffrance infligée à Johnson en lui apposant publiquement une étiquette et en le condamnant d'une façon ou d'une autre sera plus grande que le plaisir que ses victimes pourront retirer de son châtement. Par conséquent, si des profits *strictement* utilitaires sont les seules justifications de l'application effective d'un châtement, alors l'acquiescement secret et inconditionnel est ici la seule solution acceptable (et la famille de Jennifer devra supporter ce moindre mal).

⁴¹ C'est ainsi que Wasserstrom expose l'essence de la théorie de la rétribution dans son article, "H. L. A. Hart and the Doctrines of *Mens Rea* and Criminal Responsibility" (1967) 35 *Univ. of Chicago Law Rev.* 92 p. 109.

que nous devons en quelque sorte faire payer Johnson pour son enrichissement injustifié.*

Ce cas illustre parfaitement la théorie pour le moins surprenante qui semble découler des constatations de Hart et de Parker. Nous sommes tous d'accord qu'il est injuste que M. Johnson s'en tire indemne, même si l'on ne peut discerner quel bien *résultera* de son châtement. Il est impossible de nier ce fait et de continuer à désapprouver la condamnation du Noir innocent de l'exemple précédent. La raison en est la présence à la base de chaque jugement de principes de morale bien établis. La loi accorde à chaque individu une certaine marge de liberté et de bénéfices sociaux. Il est injuste de priver le Noir de ses droits légitimes au nom d'un bénéfice social évident (la vie de dix autres Noirs) auquel il ne participera pas. De la même façon, il est injuste que Johnson conserve l'avantage supplémentaire et illégitime qu'il a acquis en empiétant délibérément sur les droits légitimes de la petite fille, son inno-

* Je n'essaierai pas de défendre une sanction particulière qu'à mes yeux Johnson mérite. Après m'être servi pendant des années de cet exemple dans mes cours de droit pénal, j'ai retenu les suggestions ingénieuses et intéressantes de plusieurs étudiants. Tout d'abord, il est nécessaire que Johnson soit déclaré coupable ouvertement et condamné pour ce qu'il a fait: on ne devrait pas lui permettre de se retrancher derrière une façade de respectabilité bourgeoise et riche. Un tel châtement pourrait être suffisant (bien que j'en doute). Mais comme je l'ai dit plus tôt, la théorie du châtement mérité laisse une grande discrétion quant à l'aspect quantitatif de la sentence prononcée dans une optique utilitaire.

Pourtant, il y a une question que je dois envisager brièvement. Devrait-on condamner Johnson à l'emprisonnement—sanction habituelle pour ce genre d'infraction? On peut répondre qu'une telle mesure serait à la fois coûteuse pour nous et pénible pour lui; en réalité elle serait même tout à fait futile. L'expérience de la prison risquerait d'en faire un délinquant «endurci» et le pousserait probablement à récidiver.

Je devrais dire, en premier lieu, que de telles prévisions me semblent inexactes. Les sentences d'emprisonnement qui ne sont pas excessivement longues (de six mois à un an) ne peuvent pas avoir ce genre d'effet sur une personnalité arrivée à sa pleine maturité, comme c'est le cas pour cet accusé. On a beaucoup parlé de l'*influence négative du milieu carcéral* sur la personnalité des détenus durant leur réclusion. Cependant, on n'a pas tenté de déterminer l'importance réelle de cette expérience dans le cas de futures récidives (il y eut des études récentes analysant les variables qui déterminent l'imposition des peines d'emprisonnement). Mais pour le besoin de la cause supposons que ces hypothèses soient vraies. Si l'emprisonnement de Johnson pouvait de façon concevable engendrer deux Jennifer, la conclusion serait alors nette: nous ne devons pas l'emprisonner. La raison en est évidente: La poursuite d'un but réductionniste (ou rétributif) se ferait au détriment d'autres innocentes victimes. Dans une telle situation, en essayant de se conformer aux principes abstraits de la justice rétributive, on arriverait à une injustice flagrante.

Poussons ce raisonnement encore plus loin. A la différence de Kant, je ne crois pas que la société soit dans l'obligation de punir des délinquants pour des raisons de nature rétributive. A la différence de Hart et Parker, je pense que des raisons de nature rétributive font plus que nous donner la permission morale de punir à des fins utilitaires. A mon avis, rendre justice n'est qu'un but, d'ailleurs valable, de la sanction pénale. Mais il n'est qu'un seul de ses buts, et il doit former avec les autres un tout cohérent. Parfois les autres exigeront que nous ignorions ou minimisions sa force. Bref, Hart suggère que, pour des raisons rétributives, nous *pouvons* punir; Kant va plus loin, et affirme que nous *devons* punir; je m'avancerai à dire, sans aller plus loin, que nous *devrions* punir.

cente victime. Si l'on n'admet pas que ces exigences de justice soient une raison de punir le coupable dans le dernier exemple, sans égard aux impératifs moraux de maximisation du bien-être de la société en général, alors, et en vertu du même principe, il est impossible d'invoquer ces motifs afin de refuser de punir une personne innocente alors que son châtement présente un intérêt social évident.

Je n'ai pas l'intention de nier les différences qui existent entre les deux cas; la question est de savoir s'ils exigent vraiment des solutions aussi tranchées que celles de Hart et de Parker. D'abord, s'il est vrai que si l'État punissait le Noir innocent, ce serait prendre positivement la décision de *commettre* une injustice, alors que dans le second cas, nous avons affaire à un simple refus de *corriger* l'injustice provoquée par Johnson. La distinction entre la notion «d'abus de pouvoir» et de «délit par abstention» peut avoir un caractère de pertinence légale et même morale, mais je ne considère pas qu'elle justifie qu'on laisse passer la seconde injustice. Cependant, elle peut laisser entendre qu'il existe une distinction encore plus profonde entre les deux cas. Dans mon premier exemple, l'État inflige un tort réel à un individu isolé, le sacrifiant aux intérêts du groupe. Dans le second cas, il laisse l'individu jouir des fruits de sa démarche illégale, c'est-à-dire, permet injustement qu'il se sorte mieux d'affaire que ceux qui ont respecté la loi (bien que cette injustice imprécise ne soit manifeste qu'à l'endroit de la victime et de sa famille). Je répète que je crois qu'il est plus important d'éviter une grave injustice contre l'individu isolé que de favoriser un équilibre guère plus juste entre les profits et les contraintes de la communauté en général. Mais, encore une fois, qu'un objectif soit plus important que l'autre ne détruit pas la validité du second.

C'est dans l'élément fictif introduit dans mon exemple—le procès secret—qu'il faut chercher l'origine réelle de la popularité de la théorie généralement suivie. L'objectif principal du droit pénal, c'est-à-dire prescrire certains comportements sous peine de représailles, est clairement utilitaire. Nous espérons diminuer le nombre des comportements indésirables et obtenir le plus de conformité possible aux normes de conduite. Quand ces normes sont ignorées et qu'une infraction en résulte, l'imposition d'une peine a l'effet utilitariste de maintenir la crédibilité du droit pénal et de servir son objectif principal. Il est facile d'imaginer des situations où il n'y a aucun danger de récidive et donc aucun besoin de sanction. Prenons le cas du neveu qui de sang-froid assassine sa vieille tante pour hériter de sa fortune. Il est probable qu'il ne renouvellera pas un tel crime, mais il serait parfaitement injuste qu'il demeure impuni. Mais si l'on envisage la situation classique d'un procès public, l'imposition d'une peine est nécessaire à des fins de dissuasion. Le neveu doit être sévèrement condamné dans le but utilitaire de protection des vieil-

les tantes, avec en plus l'effet latent de satisfaire aux exigences de la justice rétributive. Mais, comme nous sommes gênés par les connotations de vengeance contenues dans ce dernier argument, il semble qu'il vaille mieux l'ignorer. Nous avons suffisamment de raisons utilitaires pour justifier positivement le châtement et nous n'aurons sans doute jamais à affronter une situation dans laquelle l'absence totale de châtement serait moralement intolérable. Pourtant, nous pouvons toujours invoquer la théorie de la justice rétributive pour ses vertus négatives, protégeant ainsi l'individu de la logique de la dissuasion qui pourrait impliquer une distribution injuste des sanctions.

Je ne répéterai pas ici mon premier argument qui est qu'une telle distinction n'est pas valable. On ne peut pas à la fois être contre l'imposition injuste d'une peine à un innocent et demeurer impassible devant l'imposition d'une peine juste à un coupable. Mais cette analyse demeure sommaire et ne présente pas tous les arguments en faveur du châtement, surtout ces versions plus subtiles qui mettent en avant la protection générale et que j'ai examinées dans la deuxième partie de ce chapitre. J'ai mis en lumière les éléments utilitaristes et réductionnistes contenus dans plusieurs justifications du châtement, qu'ils soient utilisés au nom de la moralité, comme moyen d'exiger réparation pour une faute, ou de renforcer aux yeux de la majorité la nécessité d'obéir aux lois. Cependant, si on les étudie de plus près, on s'aperçoit que chacun de ces arguments apparemment utilitaires tire sa force motrice du sentiment populaire d'injustice que soulève l'idée du crime. Il s'agit d'inculquer à la société que «le crime ne paie pas» de façon à maintenir la conviction générale que «le crime ne devrait pas payer». Cette dernière conviction n'est pas un simple sentiment irrationnel que les administrateurs du droit pénal doivent tolérer et dont ils doivent s'accommoder tant et aussi longtemps qu'il existera. D'habitude, il est vraiment injuste de laisser un crime impuni, ou de permettre au crime de payer. On a tendance à ressentir, comme le reste de la société, que les criminels comme Johnson devraient, en toute justice, être punis.

La raison en est qu'il existe une dimension supplémentaire à la justification de la peine, à l'instar du droit pénal. On peut justifier l'existence des lois par des considérations fondamentalement utilitaristes. La plupart des gens se conformeront à la nouvelle norme une fois établie, accepteront les sacrifices qu'elle implique et procureront ainsi à leurs voisins la protection qu'elle est en mesure de fournir. Mais le délinquant a ignoré la loi et a imposé à sa victime les désagréments de son comportement. Ce faisant, il tire profit non seulement de la sécurité générale fournie par la loi, mais aussi de son acte illégal. Le délinquant est avantagé alors que ceux qui respectent la loi sont désavantagés. L'objectif primordial du châtement est de rétablir un équilibre juste, de

façon à ce que ceux qui choisissent d'obéir aux lois ne soient pas, à long terme, désavantagés par rapport à ceux qui choisissent de les enfreindre. Tel doit être le but de la sanction pénale et pas uniquement parce qu'elle contribue à la sécurité et au mieux-être de la société (quoique son but puisse également être celui-là). De plus, un tel but doit contribuer à l'établissement d'une société juste (et ce n'est qu'à la seule condition que le droit pénal soit ressenti comme juste que la majorité silencieuse se soumettra volontairement aux lois). A mon avis, ceci est une vérité immuable qui résistera plus que toute autre au sein des analyses rétributionnistes de la réalité du châtement.

La justice rétributive, dépendante de la justice distributive

A ce stade de mon analyse, je ne peux plus ignorer la question que j'ai posée entre parenthèses au début. Quel rapport y a-t-il entre la justification morale de la pratique du châtement et le contenu réel des lois dont il vise à assurer le respect? (Ceci n'est qu'un aspect de l'étude menée en jurisprudence sur les rapports entre la loi et la morale). Je suis persuadé qu'il est à la fois nécessaire et légitime d'envisager dans l'abstrait le châtement, pour être en mesure de déterminer s'il est justifiable ou si, en raison de certains points faibles, il est impossible de défendre son application. Lorsqu'on arrive, comme moi, à la conclusion que le châtement est justifiable en principe, compte tenu des hypothèses que j'ai énoncées, on pourrait en rester là. Étant donné la condition humaine, le châtement est une «nécessité naturelle» même dans une société idéale. Le fait qu'on l'emploie abusivement dans une société particulièrement injuste n'enlève rien à sa valeur intrinsèque, tout comme c'est le cas de toute entreprise ou toute institution humaine (les gouvernements et les tribunaux, par exemple).

La plupart d'entre nous ne seront pas satisfaits d'une telle conclusion. Le châtement ne peut exister que dans la réalité quotidienne. Il implique l'imposition délibérée d'une souffrance réelle à des personnes réelles. Ce mal apparent est imposé au nom d'un système légal qui se situe inévitablement à une certaine distance de l'idéal. D'ailleurs, surtout étant donné un argument tel que le mien qui justifie une pratique pénale parce qu'elle est essentiellement l'expression de la justice rétributive, on ne peut ignorer le rapport entre la justice distributive et ces mesures sociales fondamentales.

Je ne crois pas qu'il y ait de problème grave dans le cas d'infractions qui enfreignent la sécurité personnelle de quelqu'un (meurtre, voies de fait ou viol). Il est difficile de dire que l'intégrité physique, protégée par le droit pénal, est injustement distribuée. On ne nous a donné qu'une vie à vivre (bien que dans le cas d'un meurtre, il y ait

lieu de débattre quelles vies ont de l'importance et de mettre en question l'avortement et l'euthanasie). Mais si l'on considère les cas d'infractions contre les biens, lesquelles représentent la majorité des infractions graves et des condamnations, la situation est bien différente. Je pense qu'un régime de droit de la propriété est indispensable dans une société moderne, et qu'une institution bien conçue de la propriété privée est un moyen souhaitable afin de protéger les valeurs d'autonomie personnelle et le droit à l'intimité. Cependant, la définition actuelle de la propriété et les institutions socio-économiques qui assurent sa répartition donnent, en réalité, plus à certains qu'à d'autres. Jusqu'à présent, l'histoire de l'homme a révélé une disparité excessive et injuste et c'est cette distribution initiale que le droit pénal protège (directement, en sanctionnant le vol et la fraude, ou indirectement, en punissant la trahison, l'espionnage ou la corruption, protégeant ainsi l'État qui sauvegarde un tel système de propriété, ou à la fois directement et indirectement, dans le cas de vol, d'incendie volontaire ou d'enlèvement, en protégeant aussi la sécurité personnelle). Comment alors justifier le châtement d'une personne qui possède peu de biens et vole ceux qui en ont beaucoup?

Pour préciser le problème, permettez-moi d'imaginer une situation plus réaliste que la précédente dans le monde réel du droit pénal. L'accusé est pauvre, fait partie d'une minorité ethnique, disons un Indien. Il est devenu un ivrogne invétéré et est incapable de trouver un emploi permanent. Pour obtenir de l'argent afin de manger ou de boire, il s'introduit dans la demeure d'une famille aisée et vole un peu d'argent. S'il est arrêté et inculpé de cambriolage et de vol, doit-on emprisonner cet homme qui a tout l'air d'une victime lui-même? On doute que ce soit là une façon de protéger la notion d'égalité et de respecter les principes de justice et d'équité.

C'est à ce genre de situation que se réfèrent ceux qui s'opposent à l'imposition du châtement dans la réalité. Mais pour mieux faire prendre conscience de la pertinence de cet exemple, je me permettrai quelques autres commentaires. Premièrement, la plupart de ceux qui commettent des infractions ne sont ni pauvres, ni au chômage, ni Indiens. Deuxièmement, beaucoup (sinon la majorité) de gens pauvres, au chômage ou Indiens ne réagissent pas contre leur condition en commettant de telles infractions. Ou bien, si cela arrive, la grande majorité de leurs victimes provient des mêmes catégories défavorisées qu'eux-mêmes (même indirectement, dans le cas où ils volent une importante firme qui répond en augmentant ses prix dans les zones où le risque de vol est élevé). En somme, même dans une société où les lois maintiennent une inégalité inadmissible dans la distribution

des biens, le *crime* ne peut pas être un pas vers une plus grande égalité et, souvent, sera même un pas dans le sens contraire. Mais une telle optique se contente de toucher au problème dans son ensemble. L'objection fondamentale soulevée par cet exemple est tout à fait valable. Dans la réalité, l'application de certaines lois contre certaines personnes ne sert qu'à aggraver l'injustice et l'inégalité latentes. Que faut-il en conclure? Si la question se pose si carrément, la réponse rétributionniste doit être que le châtement qui pour cette raison est injuste, est par le fait même injustifiable.

Cette implication n'est pas un argument contre la théorie rétributive; en fait, elle devrait se trouver à l'origine de la popularité de cette théorie. On suggère souvent que la recherche d'une justice rétributive doit procurer une certaine satisfaction morale. Si quelqu'un est déclaré coupable d'une infraction, il mérite carrément d'être puni! Pourtant il y a trop de facteurs qui entrent en jeu dans une infraction pour permettre de parler si légèrement des «mérites» moraux (par opposition aux mérites légaux): l'histoire de la famille de l'accusé; sa situation et ses besoins immédiats; les moyens légitimes que lui offre la société de les satisfaire. L'homme moderne est prêt à suggérer que seul Dieu pourrait évaluer ces facteurs; il est prêt à lui laisser sa justice, pendant que les hommes concentrent leurs efforts sur la prévention de la criminalité. (L'on constate souvent, non sans ironie, que les partisans d'une telle répartition des tâches ne croient pas en Dieu).

J'admets volontiers que l'État et le droit pénal soient des outils dans la quête d'une justice universelle. Pourtant, cela signifie-t-il que les moyens nous fassent oublier la fin? L'on pourrait prétendre que la question que pose la théorie réductionniste de la justification—quelles sont les techniques d'application du droit pénal qui permettront le maximum de réussite, et ce, à un prix modéré?—est la seule valable. Mais cela ne ferait que dissimuler la question fondamentale de la distribution équitable des peines. Comment peut-on justifier la mise en vigueur d'un ensemble de règles socio-légales finalement injustes? Enfin, de quel droit pouvons-nous forcer un individu à s'adapter à un ordre social qu'il a antérieurement trouvé oppressif? On comprend pourquoi les administrateurs du droit pénal aimeraient tant éviter ces dilemmes insolubles en admettant une fois pour toutes que le système politique les ait résolus. A ce moment-là, on peut se concentrer sur les problèmes techniques: comment mettre efficacement à exécution ces décisions politiques en minimisant le gaspillage de ressources et de bien-être. Mais même si nous comprenons cette tendance, nous ne devons pas pour autant y souscrire. Tout jugement susceptible d'être au sein du droit pénal implique l'exercice d'une certaine discrétion quant au caractère juste

du châtement. Ce n'est pas en refusant de nous préoccuper de ces considérations que nous les rendrons plus acceptables.

La théorie rétributive de la justification veut mettre cette question en relief et en faire le centre de ses recherches. Comprendre la portée de telles questions n'a aucun rapport avec la satisfaction morale; dans le cadre du système de droit pénal actuel, cela a même un caractère de subversion morale. On peut percevoir deux moments distincts dans l'évolution récente et l'impact de la théorie rétributive. Envisageons d'abord les mobiles cachés de ce que j'ai appelé la version classique de la théorie rétributive limitée ou négative. Cette théorie est fondée sur l'appréciation d'un fait très simple: ceux qui voient à l'application de la sanction pénale exercent un *pouvoir* important sur l'individu. L'idéal de réhabilitation perd ainsi de son éclat. Nous sommes beaucoup moins soucieux de la notion d'administrateur sage, intéressé essentiellement par une thérapie scientifique et détachée, et dont on peut croire qu'il fera toujours ce qui est bien et nécessaire. Ce qui est nécessaire à ses yeux peut être lourd de conséquences tragiques pour un individu malchanceux. Par conséquent, on a tendance à restreindre l'exercice de ce pouvoir en établissant des restrictions strictes à l'application de la sanction pénale. En dernière analyse, elles réapparaissent dans la nécessité de prouver hors de tout doute raisonnable, suivant le cours du «due process», qu'un individu a commis un délit et qu'il en est responsable. Ce n'est qu'à ces conditions qu'il perdra son immunité quant au sort que lui réserve la société, soucieuse d'assurer le respect de ses lois.

Le point de vue rétributif embrassé dans son ensemble et qui émerge depuis quelques années insiste sur un autre aspect du droit pénal. Il présente de nombreux défauts, outre ceux d'inefficacité et d'interférence arbitraire et irrégulière avec la liberté individuelle. Même quand il fonctionne de façon précise et rigoureuse, il peut servir à instaurer (avec succès) un système de règles sociales parfaitement injustes et inégales.⁴² Quand une victime de ces règles s'insurge contre elles, elle commet alors une infraction et est donc passible d'une sanction pénale. Pourtant, sur le plan moral, elle ne mérite pas de châtement et on ne peut donc pas justifier de telles sanctions à son égard. Pourtant, nous savons que certains châtements, même dans le cas de crimes constitués, ne sont pas mérités moralement et nous le savons parce que nous avons une vague idée de ce qu'il faut faire pour les mériter effectivement. Supposons alors que, dans une société relativement juste, quelqu'un

⁴² A ce point de vue, on trouvera une analyse intéressante de la théorie criminologique dans l'ouvrage de Taylor, Walton et Young, *The New Criminology* (1973); Murphy étudie les implications de cette analyse pour la justification philosophique de la peine dans un article intitulé "Marxism and Retribution", (1973) 2 *Philosophy and Public Affairs* 217.

commette un délit et en tire un avantage injuste et inégal au détriment de quelqu'un d'autre. Puisque nous voyons pourquoi le châtement est juste dans ce cas, nous pouvons tout autant nous rendre compte pourquoi son application est justifiée.

L'analyse rétributive du châtement n'est pas satisfaisante d'elle-même et n'est pas non plus un moyen de simplifier les problèmes de la justification de la peine. Le droit pénal doit être efficace et économique tout en étant juste, et l'enchevêtrement de ces diverses valeurs rend la tâche plus compliquée encore. Ce qui est pire, la doctrine rétributive pose au droit pénal des questions auxquelles on ne peut pas répondre de façon satisfaisante. On ne réforme pas la société en réformant le droit pénal, mais ce n'est pas une raison de le supprimer et d'aggraver ainsi la condition de chacun, y compris celle de celui qui est au bas de l'échelle sociale. Lorsque le droit pénal est mis en vigueur, nous voulons que les personnes qui prennent les décisions individuelles relatives à son administration soient soumises à des normes spécifiques. Peu d'entre nous aimeraient que la police, les procureurs ou les juges refusent de faire respecter des lois qu'ils trouvent injustes ou irrationnelles. Même ceux qui sont farouchement opposés à certaines lois existantes soupçonneraient à juste titre ceux-là en désaccord avec le parlement de verser dans l'injustice. Voici donc les problèmes ardues qui se posent dans la réalité et qui ne répondent pas parfaitement aux hypothèses abstraites d'un schéma théorique. Mais ce n'est pas parce que les réponses sont difficiles à trouver qu'il faut se dispenser de poser les questions. D'ailleurs, la plus importante d'entre elles, ayant trait à la justification de la peine, se pose au juge qui doit prononcer une sentence ainsi qu'au réformateur: il s'agit de savoir non pas si une telle mesure sera efficace, mais plutôt si elle sera juste.

Conclusion

Les arguments que j'ai avancés dans ce chapitre pour justifier le châtement n'ont rien d'original. Nous les connaissons depuis longtemps. A l'exception du dernier, je pense qu'aucun d'eux ne prête réellement flanc à la critique philosophique pénale. La seule exception—la justice rétributive, objectif positif du châtement—est un vieil argument, longtemps laissé de côté mais qui revient à la surface et menace de prendre une grande importance dans les discussions au cours des prochaines années. J'ai essayé de présenter ces arguments d'une façon dialectique, démontrant comment chaque motif découle d'hypothèses initiales et annonce un motif successeur quand on se place à un point de vue un peu différent. C'est ainsi que j'ai envisagé les exigences de théories

historiques, et je n'ai pas trouvé de raison *a priori* d'insister sur un problème en particulier. Il s'agit de s'efforcer de comprendre les contextes réels qui donnent de l'importance à telle ou telle raison et d'établir un système de priorités afin de trancher tout conflit qui pourrait survenir.

La Dialectique de la peine: Modèle institutionnel et justification morale

Mis à part quelques idéologues, les personnes étroitement liées au droit pénal reconnaissent la multiplicité de considérations valables dans l'administration des sanctions pénales. Il arrive que ces diverses valeurs aient la même orientation et nous avons alors une justification cumulative (ou un rejet de la peine). Elles sont parfois contradictoires et nous devons décider laquelle mérite, en l'instance, d'être retenue. Ce problème est inhérent à la procédure contemporaine de l'imposition des peines. Par conséquent, le problème dont je traiterai dans ce chapitre est de savoir si nous pouvons dépasser son adéquation *ad hoc* et discerner un ordre naturel sous-jacent des nombreux objectifs de la peine. Je crois que cela est possible et l'étude des variations internes correspondantes dans la structure de la procédure du droit pénal en général nous fournira de précieuses indications à ces fins.

Dans mon chapitre d'introduction, j'ai décrit ces structures, mais j'ai délibérément laissé dans le vague la nature de l'esprit qui les anime, ciment qui permet à l'édifice de tenir debout. Maintenant que j'ai dressé, dans le troisième chapitre, l'analyse des diverses positions en faveur du châtement, la force de cet esprit apparaît nettement. La notion de justice rétributive se trouve au cœur de la pratique du «châtiment», celle de la dissuasion au cœur de la pratique de la pénalité, et celle de réhabilitation domine la pratique de la «correction».

Le théoricien est trop tenté d'imposer un ordre rigoureux, en accord avec ses propres opinions d'une réalité beaucoup trop complexe pour être ainsi cloisonnée. Je suggère que chaque pratique soit respec-

tivement et *essentiellement* centrée autour de ces objectifs, mais qu'elle ne se borne pas *exclusivement* à celui-là. Les rapports entre chacune n'ont aucune nécessité logique. Il vaut mieux parler à leur propos d'affinités pratiques. Dans les situations clés où les orientations des différentes justifications de la peine sont contradictoires, il est prévisible, compréhensible et justifiable qu'un objectif soit prédominant dans la multitude de décisions qu'entraînera l'une ou l'autre pratique. En d'autres termes, nous devons nous attendre à une sorte de répartition naturelle des tâches au sein de la réalité complexe du droit pénal; cette division rendra compte des aspects fondamentaux de la conduite criminelle, de la fonction essentielle de la sanction pénale répondant à cette conduite ainsi que de la structure de l'institution qui en permet l'application.

Justice rétributive et pratique du châtement

Après ces quelques remarques, je me propose d'examiner en détail comment les différents objectifs de la peine se retrouvent dans les divers types de sanctions pénales. Comme je l'ai souvent répété, l'imposition de la «peine» au sens strict du mot s'adresse essentiellement aux infractions «réelles» telles le meurtre, le viol, les voies de fait, le vol, et ainsi de suite, lesquelles constituent l'essentiel de notre droit pénal actuel. Quoique de tels cas ne représentent qu'une faible proportion de tout le processus du droit pénal (et contrastent avec les infractions telles l'ivresse dans un lieu public), cette partie centrale détermine notre attitude vis-à-vis la sanction pénale et nos réflexions sur le problème de la peine. C'est à ce niveau-là que les valeurs rétributives prédominent.

On retrouve, dans chacune de ces infractions, les postulats qui sont à l'origine de la théorie rétributive. On a établi un système de règles juridiques interdisant certaines formes de conduite préjudiciables. En limitant le droit pénal, on se propose de réduire le nombre de ces conduites, même si la conformité aux règles juridiques exige le sacrifice des intérêts individuels. Une personne a choisi d'ignorer cette institution pour atteindre ses buts immédiats, et a fait du tort à une personne innocente. Elle a agi ainsi, en dépit du fait qu'elle-même bénéficiait de la sécurité procurée par l'obéissance volontaire des autres à ces lois. L'État doit-il prendre des mesures à l'égard de cet individu et, si oui, lesquelles? Avec quelles réactions humaines et naturelles le droit pénal doit-il se réconcilier?

Le premier problème, et aussi le plus évident, vient du sentiment d'injustice que ressent la victime et de son désir de vengeance. Un système officiellement garanti de représailles doit être créé pour satisfaire ces sentiments et protéger le délinquant (dans certains cas) contre une

revanche non-officielle et plus préjudiciable encore. On nous dit, en effet, que le droit pénal, en tant que monopole de la force légitime sous contrôle de l'État, ne fait qu'émerger progressivement de la tradition historique de représailles privées organisées par les parents proches de la victime.⁴³ Mais comment peut-on expliquer ce désir croissant d'intervention? Je pense qu'il vient du fait qu'un crime provoque d'importantes réactions chez le grand public également, même s'il n'a pas été touché de la même façon que la victime et sa famille.

Les règles de base du droit pénal reflètent des valeurs morales profondément enracinées dans notre mode de vie. En effet, il est difficile de concevoir une société humaine qui refuse des restrictions autoritaires de l'usage de la force, de l'appropriation des biens, de la fraude ou de la duperie (même s'il y a, comme je le disais plus haut, beaucoup de nuances dans la définition et les limites de la protection qu'assurent de telles valeurs morales ou légales). Quand une infraction est perpétrée, elle provoque des réactions plus ou moins contradictoires de la part du public. D'un côté, on manifesterait de l'indignation et de la rancœur à l'égard de celui qui a osé bafouer les convenances de la vie communautaire. Et pourtant, en même temps, l'exemple du criminel suggère qu'il serait facile pour nous de succomber à la même tentation. Dans ce cas, une infraction fait naître un sentiment de malaise devant la fragilité des liens sociaux, et de remise en question de notre confiance en la modération de nos voisins.

Chacune de ces attitudes générales répond à l'infraction par le châtement, ou du moins par la pratique de la «peine» au sens strict du terme. Quelles en sont les caractéristiques particulières? Un procès ressemble à une comédie de mœurs, avec ses costumes, son rituel, sa terminologie ésotérique. Son intérêt dramatique vient de la présence dans l'enceinte du tribunal de la menace d'une peine d'emprisonnement, qui est la façon habituelle par laquelle la communauté canadienne exprime «sa haine, sa crainte, ou son mépris de l'accusé». En engageant un procès, en accusant et condamnant à la prison un contrevenant, nous renforçons ces normes fondamentales de moralité, nous inculquons à nouveau au public que «le crime ne paie pas». En même temps, nous essayons de colmater la faille dans l'édifice social en redonnant aux citoyens l'assurance que leurs chefs peuvent s'occuper du problème de la criminalité. Il vaut mieux continuer de parier sur leur bonne volonté à se soumettre aux lois.

Bien sûr, j'ai dit avec insistance au chapitre précédent que ces fonctions spécifiques du châtement ne sont que quasi-rétributives. On peut les considérer avec détachement comme des moyens utiles de

⁴³ Bittner et Platt, "The meaning of Punishment" (1966) 2 Issues in Criminology 82.

s'accommoder des sentiments naturels des masses.⁴⁴ Mais le rôle fondamental de la justice rétributive est de rattacher ces attitudes et de conserver leur force *morale*. Compte tenu des réserves que j'ai faites plus haut, il ne semblerait pas injuste de laisser un tel crime impuni, mais ce *serait* effectivement injuste. Par conséquent, l'objectif principal de la peine est de défendre la décision des citoyens de respecter les lois, avec tous les sacrifices que cela entraîne, en privant le délinquant de l'avantage injuste qu'il a tiré de sa décision d'ignorer la loi au détriment d'autrui.

Je ne veux pas dire que cet ensemble de fonctions «rétributives» soit la seule raison d'être de la pratique du «châtiment» mais simplement qu'elles sont dominantes. Beaucoup d'individus dans notre société n'accordent pas le moindre sens aux leçons subtiles de la sanction pénale. Ils ne démontrent que peu (ou pas) de penchant pour une vie respectable et un métier au sein de la communauté et ils fréquentent peu d'individus qui respectent ce mode de vie. Ceux-là réagiront à la commission d'une infraction impunie en voulant faire de même (et je devrais ajouter que chacun d'entre nous, en dépit de sa façade de respectabilité, réagit de cette façon dans certaines circonstances). Le châtiment doit transmettre un message dissuasif: la menace d'une sanction pénible est tout à fait réalisable et devrait l'emporter sur la tentation d'enfreindre la loi. Il n'y a pas de conflit entre le but de protection de la société et la force positive de la justice rétributive, parce que le châtiment réel qui satisfait les exigences de la seconde donnera en même temps plus de poids à la menace dissuasive de la loi. Les conclusions des argumentations rétributives et réductives sont parfois contradictoires mais seulement dans le cas où l'objectif de lutter contre la criminalité exige des mesures excessives, compte tenu de ce que le délinquant «mérite». S'il faut considérer, comme j'en ai la conviction, que la rétribution est ici la valeur dominante, cela est manifeste dans son impact négatif et restrictif sur la distribution quantitative de la peine. Je reviendrai sous peu sur ce sujet.

Au contraire, il y a un conflit grave et insurmontable entre les intérêts rétributifs et réhabilitatifs. Malheureusement, il n'est que trop facile de le refuser. Les juges envoient de plus en plus de délinquants dans des institutions où ils restent de plus en plus longtemps et, du même coup (peut-être même à cause de cela), les thérapies au niveau de l'individu connaissent une popularité de plus en plus grande. La portée du droit pénal et des procédures connexes s'étend à des zones nouvelles de plus en plus nombreuses du comportement humain, dans le but d'aider

⁴⁴ On peut trouver une manifestation intéressante de cette attitude dans le "Report of the New York Governor's Special Committee on Criminal Offenders": *The Penal System: Treatment as Prevention* (1968), pp. 73 et 74.

ceux qui se trouveraient en difficulté. Pourtant, le taux de réussite dans la vie réelle est presque nul. Quelle que soit la qualité du programme, il ne semble pas possible d'obtenir des changements de caractère et de comportement par le biais de la sanction pénale. Il n'y a pas très longtemps encore, l'introduction de la notion de «traitement» semblait annoncer une révolution dans notre façon d'aborder le problème de la criminalité. Mais l'utilisation de techniques des sciences sociales pour évaluer ces appréciations a fait s'effondrer des espoirs si romantiques. Le verdict de plusieurs comptes rendus d'études récentes ayant pour but d'évaluer les mesures pénales confirme que plus les recherches sont précises, moins on obtient d'avantages positifs.⁴⁵

On pouvait s'attendre à cela. Dans un célèbre essai écrit il y a cinquante ans, Mead précisait justement cette conséquence:⁴⁶

Il est impossible de concilier ces deux attitudes, celle de la lutte contre la criminalité d'une part, par l'application rigoureuse de la loi, et d'autre part, par la compréhension des conditions sociales et psychologiques. Comprendre c'est pardonner, et la procédure sociale semble refuser la responsabilité même que la loi affirme. Mais d'un autre côté, la justice pénale éveille inévitablement l'hostilité du délinquant en la poursuivant et rend pratiquement impossible une attitude de compréhension mutuelle.

La raison d'être du droit pénal est essentiellement «punitif» à tous les égards que j'ai décrits. Il fonctionne dans une atmosphère de ferveur morale accrue, alimentée par notre attitude vis-à-vis des lois enfreintes et par le tort causé.

Quand il est condamné à l'emprisonnement, à l'issue des rites solennels du droit pénal, le délinquant est définitivement stigmatisé et les marques de cette condamnation seront indélébiles. Quand c'est à ce moment-là qu'on invoque des mesures de traitement pour venir en aide à cet être dépravé, il n'est pas étonnant qu'on se heurte à des obstacles infranchissables.

Les premiers adeptes de l'idéal de réhabilitation, qui avaient des idées très recherchées sur ce qu'un tel idéal représentait, n'étaient pas aveugles à ces difficultés. Mead était conscient qu'un changement fondamental dans les attitudes sociales était la condition nécessaire à la réussite d'une nouvelle approche: il s'agissait d'effacer l'attitude rétributive sur laquelle reposait la pratique de la peine. La société doit partager ce désir d'«étudier les causes d'un crime de la même façon clinique et exempte de passion que nous étudions les causes d'une

⁴⁵ Voir les ouvrages de Hood et Sparks: *Key Issues in Criminology* (1970), ch. 6; de Robison et Smith, "The Effectiveness of Correctional Programs" (1971) 17 *Crime and Delinquency* 67.

⁴⁶ Mead, "The Psychology of Punitive Justice" (1918) 23 *American Journal of Sociology* 577 p. 592.

maladie». ⁴⁷ Il faut considérer la criminalité avec détachement, comme le témoignage d'une situation sociale qui s'est détériorée et qu'il faut s'efforcer de reconstruire scientifiquement et coopérativement. Comme l'a dit Barbara Wooton, tête de file de ce mouvement moderne en faveur de cette théorie, il faut espérer que: ⁴⁸

la distinction fondamentale entre la prison et l'hôpital s'estompera et on peut s'attendre à ce qu'elle disparaisse complètement. Ce ne seront plus que des «lieux sûrs» où on appliquera aux délinquants le traitement que l'on croit, par expérience, pouvoir s'avérer adéquat. . . . De plus, l'élimination de ces distinctions, impensable dans un système essentiellement punitif qui à chaque instant doit séparer ceux qui sont irréprochables et ceux qui ne le sont pas, va tout à fait dans le sens d'un droit pénal préventif plutôt que punitif.

Je suis parfaitement d'accord avec les suppositions factuelles inhérentes à ces propositions. La peine et la correction ne peuvent pas être logiquement contradictoires; dans certains cas individuels, on pourra même les concilier. Cependant, ils sont incompatibles si on cherche à les appliquer systématiquement dans le cadre de la même institution sociale. Si cela est vrai, on peut se demander pourquoi hésiter à rejeter les sentiments moralistes de la doctrine rétributive et à embrasser de bon cœur l'idéal réhabilitatif. Une fois de plus, il est entendu que les faits de la condamnation officielle et de la flétrissure morale posent un problème au droit pénal en vigueur, même au niveau de l'analyse rétributive. Les conséquences graves et humiliantes d'un casier judiciaire, qui se prolongent plus longtemps qu'il n'est nécessaire au délinquant pour expier sa faute (pour laquelle les membres innocents de sa famille doivent également payer), sont moralement excessives, dans la mesure où la notion de justice rétributive suggère précisément un système de sanctions justes. Un point de vue plus neutre et plus sympathique de la situation serait moins hypocrite si seulement il reconnaissait qu'un criminel sommeille au fond de chacun de nous et que le sort en a voulu ainsi.

Mais je ne fais que revenir sur ce qui reste fondamentalement la même entreprise. La question capitale qui se pose est de savoir si le droit doit être complètement neutre et détaché. Pour ce faire, nous devons apprécier le choix d'Hobson dans l'alternative qui s'offre à la procédure légale. Mead a très bien résumé ce dilemme: «il est impossible de haïr le péché et d'aimer le pécheur».

Comment effacer le message que transmettent les stigmates d'un procès pénal à propos d'un condamné? Voulons-nous dire que le droit pénal n'est pas très important, que ses interdictions ne sont pas très sérieuses et que les sacrifices que l'on exige de nous ne sont pas très

⁴⁷ Ibid., p. 594.

⁴⁸ Wooton, *Crime and the Criminal Law* (1963) pp. 79-80; 83.

astreignants? Ce genre d'attitude ne peut pas être appropriée à des cas de meurtre, de kidnapping, de vol ou d'incendie criminel. Dans ces cas-là, nous devons continuer à nous attendre à de vives réactions de la part de l'opinion publique.

Mais alors, le droit devrait-il suggérer que les criminels qui commettent de tels crimes ne sont pas à blâmer pour le tort qu'ils causent? Des circonstances indépendantes de leur volonté les ont poussés au crime, que ce soit une enfance malheureuse, la pauvreté ou de profonds chocs émotionnels. Pourtant, il y a beaucoup de gens qui sont pauvres, ont eu une vie familiale malheureuse, ou qui souffrent de troubles psychologiques réels, mais qui néanmoins réussissent à résister à la tentation de commettre de tels délits. La conception traditionnelle du droit pénal pose comme hypothèse que les individus d'une collectivité sont *responsables* de leurs actes et reconnaissent qu'ils ne doivent pas faire de tort à leurs semblables. Je suppose que c'est cette notion de responsabilité que des réformateurs comme Mead et Wootton voudraient que nous écartions pour arriver à éliminer les notions de blâme et de châtement du droit pénal. Il me semble, pourtant, qu'un sens de la responsabilité dans les valeurs fondamentales du droit pénal est absolument indispensable au maintien de la vie en société. Même si nous savions comment traiter les causes d'un crime (or, nous ne le savons pas), l'application de mesures de traitement au niveau de l'individu n'atteindrait qu'une faible fraction de la population, et encore, seulement après que leurs actes les aient désignés aux autorités. La réussite du droit pénal repose en dernier ressort sur la capacité et la bonne volonté de la majorité de la population de s'abstenir de commettre des crimes: le processus pénal doit nécessairement tenir compte de cela.

Supposons alors une société dont la plupart des membres ne serait pas insensible aux crimes comme le meurtre, les voies de fait ou le vol à main armée. Quelle serait son attitude vis-à-vis un individu qui se rend coupable de tels crimes? Cet individu est mis en accusation, jugé, puis finalement condamné par application de la loi. On a invoqué à son endroit les diverses excuses qui constituent les exceptions à notre hypothèse de la responsabilité, mais aucune ne peut le disculper. En somme, cette personne aurait pu se conformer à la loi mais a choisi de ne pas le faire, et ce, au détriment de sa victime. Il est inévitable que l'opinion publique perçoive le jugement du tribunal comme une dénonciation morale de la personnalité du délinquant.

Pour cette raison, il vaut mieux ne pas se faire d'illusions quant à la possibilité d'éliminer l'attitude «punitiv» à l'égard du crime et

du criminel, étant donné nos interprétations quotidiennes et pleines de bons sens des actes et des devoirs humains. Lorsqu'on a décidé qu'il faut punir un délinquant, il n'y a aucune raison de ne pas essayer de se servir de l'occasion à des fins de réhabilitation, si cela est possible. Mais l'important est que nous reconnaissons la prédominance de l'attitude rétributive en pratique et donc que nous n'étendions pas son rayon d'action à une recherche probablement infructueuse de correction. Si le traitement doit être notre objectif principal dans une situation particulière, nous devons orienter le délinquant en question vers une autre solution, ayant une structure propre et distinctive, dont je me propose de tracer les grandes lignes plus loin dans ce chapitre.

DIGRESSION SUR LA RESPONSABILITÉ

Je me propose de commenter plus amplement cette notion de responsabilité. Les argumentations rétributives et dissuasives impliquent toutes deux une certaine conception du délit et du délinquant. Ces deux théories n'ont de sens que si l'on pose l'hypothèse que les délinquants sont en général des individus normaux, que leur conduite criminelle est le résultat d'un choix dans des situations particulières et que leurs décisions sont influencées par des motifs ou des raisons qui les poussent. En un mot, les délinquants sont responsables de leurs actes, bons ou mauvais.

Cette hypothèse est diamétralement opposée à la tendance dominante de la criminologie moderne et de l'idéal de réhabilitation. Lorsque nous considérons la nature d'un traitement particulier, nous devons envisager la possibilité de la guérison. Mais dès qu'on parle de guérison, on suppose l'existence d'une maladie. Et dans la mesure où nous prescrivons un traitement à un délinquant, il faut considérer son délit comme le symptôme de sa maladie personnelle, provoquée par des facteurs indépendants de sa volonté. Dès que l'on envisage un délit dans l'optique d'une maladie, le délinquant n'est plus responsable et on ne peut donc pas le blâmer; lorsque la notion de *mens rea* (intention coupable) est écartée, il doit en être de même de l'imposition d'une peine: une société qui refuse de reconnaître cela ne fait que prouver sa cruauté et son esprit de vengeance.

Il est évident que je ne peux pas dans le présent ouvrage aborder les problèmes métaphysiques de l'antinomie déterminisme—libre-arbitre, ni mettre en question la valeur scientifique des diverses théories de la causalité pénale. Je me contenterai d'énumérer en détail les hypothèses qui sont à mon avis essentielles à la théorie de la justification de la peine. Il y a un point que je dois tout d'abord éclaircir. Il ne suffit pas de déclarer que le droit pénal devrait fonctionner comme si les délinquants étaient responsables, sous prétexte que de tels «mensonges nobles» sont indispensables à la bonne marche de la société actuelle. Une théorie de la peine suppose logiquement une théorie préalable de la nature humaine et de l'action; si cette dernière ne résiste pas à l'analyse, comment la théorie de la peine le pourrait-elle?

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que les criminologues aient fourni des preuves déterminantes de l'existence de caractéristiques distinctives chez les délinquants ou les non-délinquants. L'événement criminel

demeure donc énigmatique. En effet, les revendications de la criminologie moderne, qu'elle soit théorique (qui tente de détruire l'artificialité de la distinction entre un acte criminel et non criminel) ou empirique (qui indique au moyen de statistiques la répartition générale de la criminalité), sont inconciliables avec l'approche «médicale» de la criminalité. On assiste à la réapparition dans la criminologie moderne⁴⁹ d'une notion classique: l'accomplissement d'un acte criminel est souvent une réaction compréhensible à une situation, et non pas un symptôme pathologique sous-jacent (cependant les écrits populaires et pragmatiques de la pratique et de la réforme correctionnelle n'ont pas encore perçu cette notion).

Par conséquent, le caractère supposément non scientifique de cette conception de la peine ne doit pas nous gêner. Quand nous mettons à profit notre bon sens dans nos activités quotidiennes, nous croyons opérer des choix en connaissance de cause, nous croyons sélectionner entre plusieurs solutions celle qui nous paraît la plus souhaitable, et en ce sens-là nous sommes responsables de nos actes. Nous nous appuyons sur cette croyance pour qualifier de non criminelle notre conduite quotidienne. J'affirme qu'il faut percevoir de la même façon la décision de commettre ou de ne pas commettre une infraction.

Il est intéressant de constater que les écrits correctionnels auxquels nous nous opposons posent la même hypothèse à l'égard d'une partie au moins de son public. Ils proposent une approche différente au problème de la criminalité, des solutions différentes et plus souhaitables si l'on pose en prémisses certaines valeurs, puis tentent de persuader tant les législateurs que les autres d'entreprendre des réformes. On suppose alors que les criminologues et leurs clients sont responsables de ce qu'ils proposent ou entreprennent, dans le cadre de la procédure du droit pénal. La prémisse de mon argumentation est que les criminels sont à la base semblables aux criminologues, les policiers semblables à ceux qu'ils arrêtent dans la rue, les gardiens de prison semblables aux prisonniers, et même que les psychiatres et les travailleurs sociaux sont semblables à ceux qu'ils diagnostiquent. Pour certaines catégories de délinquants (ou de non-délinquants), il est possible de démontrer l'existence de certains désordres cliniques et d'analyser comment ils ont été poussés au crime d'une façon anormale et déterministe. Mais l'acte criminel en lui-même ne peut pas être une preuve suffisante pour que le délinquant soit innocenté et déclaré irresponsable.⁵⁰

Quelles sont les implications pratiques de ces conclusions théoriques pour la réforme du droit? Je n'ai pas l'intention de développer d'une façon détaillée toute réforme possible de nos lois. Pour bien faire, il faudrait consacrer à chacune un ouvrage différent. Pourtant, une théorie philosophique des moyens de justifier la peine dans l'abstrait comporte nécessairement des suggestions concrètes quant aux circonstances et aux moyens d'utilisation pratique d'une institution telle que la sanction pénale. Par conséquent, j'indiquerai dans quelle direction le droit pénal

⁴⁹ Voir Matza, *Becoming Deviant* (1969); Phillipson, *Sociological Aspect of Crime and Delinquency* (1971); Box, *Deviance, Reality and Society* (1971). Ces ouvrages contiennent des monographies illustrées récentes sur ce thème.

⁵⁰ On trouvera un excellent exposé philosophique de cette question dans l'ouvrage de Flew, *Crime or Disease* (1973).

devrait s'orienter et ce, avec suffisamment de détails, de façon à illustrer l'importance réelle de ce genre de réflexion.

J'ai parlé du caractère symbolique de l'application d'une sanction à un délinquant, fonction essentielle du droit pénal. Quand une personne est condamnée à la prison pour viol, elle endure non seulement l'épreuve de la réclusion (déjà assez pénible), mais elle porte ensuite les stigmates de la dénonciation officielle de sa conduite par la collectivité. L'explication et la justification de ce double aspect de la peine se trouvent dans la définition des exigences de la justice rétributive à l'égard de celui qui a voulu atteindre ses fins personnelles au détriment des intérêts légalement protégés de sa victime innocente. Si elle est judicieusement employée, une telle sanction peut considérablement influencer l'acquisition d'une qualité de vie convenable dans une collectivité solidaire. En même temps, elle porte en elle la menace de préjudices et d'abus. Les attitudes et les réactions publiques qui sous-tendent ce secteur du droit pénal peuvent exercer de leur côté une force d'inertie indépendante. Les législateurs sont en mesure d'exploiter la force cachée de nos convictions à propos du crime et du criminel, et de faire un emploi fâcheux de cette pratique à l'endroit de sphères du comportement sans rapport avec sa raison d'être première. Par conséquent, la réforme de notre droit pénal doit tendre à supprimer une telle sanction dans les situations où elle est inappropriée, et doit y avoir recours seulement quand il n'y a pas d'autre alternative viable.

Un exemple classique de cette orientation est la découverte et la sanction de « crimes sans victimes » (les délits relatifs aux stupéfiants en sont l'exemple le plus courant). Le fait distinctif de ce secteur du droit pénal est qu'il s'efforce de protéger une personne contre le tort qu'elle peut se faire, plutôt que de prévenir celui qu'elle peut causer à une victime non consentante. Qui plus est, dans presque tous les cas, la société pense au mal infligé à la « personnalité » de l'auteur. Par conséquent, l'objectif de la loi tient tout bonnement d'une forme de paternalisme moral.⁵¹

Il y a beaucoup de choses à dire à ce sujet. Certains diront que toute tentative d'ingérence de l'État à l'endroit de la conduite d'un individu qui ne concerne que lui doit être écartée d'office en tant qu'atteinte illégitime à la liberté individuelle. D'autres maintiendront au contraire que, sur le plan pratique, de telles lois se détruisent elles-mêmes. En fait, elles compliquent le problème qu'elles tentent de résoudre ou, tout au plus, elles arrivent à des « solutions », mais à un prix

⁵¹ A ce sujet, je me limiterai à quelques considérations rapides, puisque j'ai traité le problème d'une façon très détaillée dans un article qui sera publié bientôt, *Law, Morals and Drugs*.

inadmissible. Je ne tiens pas à débattre ici ces deux positions. Je ferai plutôt valoir, dans le cadre de la philosophie de la peine, qu'admettre l'intervention légitime de l'État à l'endroit de comportements individuels dangereux ne justifie pas le fait de *punir* un individu pour son propre «bien».

Envisageons le fait de se droguer à l'héroïne par exemple. Dans le cas d'une telle conduite «qui n'engage que celui qui s'y livre», même les critiques les plus radicaux de la loi s'accordent à justifier, dans une certaine mesure, l'intervention de l'État. On pourrait conclure que l'individu isolé, qui exploite à son propre avantage ceux qui sont tentés par l'univers dangereux de la drogue, est un criminel. Mais si nous pouvons à juste titre punir le trafiquant qui à long terme causera des torts sérieux à des personnes qui, pensons-nous, ne sont pas actuellement capables d'évaluer les risques, comment pouvons-nous punir le drogué, alors que c'est lui que nous voulons mettre à l'abri de ses propres faiblesses? Un tel emploi du droit pénal n'est pas que maladroit et inefficace: il est tout bonnement injuste. Je voudrais poser ce principe *minimal* quant aux limites de l'intervention légale en matière de crimes sans victimes. Si l'État veut contrôler une sphère de comportement en raison des menaces qu'elle représente pour le bien-être de la personnalité des participants—qu'il s'agisse des jeux d'argent, de l'alcoolisme, de la pornographie ou des drogues—ce contrôle n'est justifié que dans la mesure où il «criminalise» celui qui fournit de tels services ou produits pour en tirer profit. On ne peut pas justifier qu'il considère comme criminels les membres du groupe qu'il veut protéger contre eux-mêmes.

Mais la question de restreindre le rayon d'action du droit pénal dépasse le cadre de cette zone largement exploitée d'infractions contre «les bonnes mœurs». Le point faible du fonctionnement d'un système traditionnel d'imposition de peines vient du fait qu'il ne satisfait pas les exigences de la justice rétributive à l'égard du criminel ou de sa victime. Pendant toute la discussion de la pratique de la peine, j'ai parlé des infractions *graves* qui sont à la base du droit pénal. Quand on pense aux voies de fait, au viol ou au vol, on ne s'en représente que les plus horribles exemples. Mais la définition légale réelle de telles infractions recouvre une surface bien plus étendue: tout contact hostile est une agression, la jouissance temporaire des biens de quelqu'un sans son consentement est un vol, indépendamment de la valeur de ces biens et de la durée de l'emprunt; en ce qui concerne le viol, il est difficile d'établir la frontière entre la séduction et des relations consensuelles. Je ne nie pas qu'il y ait de bonnes raisons législatives à ce que les défini-

tions soient larges: elles minimisent les portes de sortie que se ménage le délinquant prudent. Pourtant, nous ne devons pas méconnaître le prix de tels efforts.⁵²

La plupart des infractions dont s'occupent les tribunaux de juridiction pénale sont d'ordre situationnel. Ils sont la conséquence d'une relation humaine particulière entre un délinquant et une victime; il reflète l'amateurisme précoce du délinquant et non pas son engagement dans une carrière criminelle. Mais le droit actuel n'a pas vraiment les moyens d'établir une distinction visible entre celui qui ne fait que s'écarter du droit chemin et celui qui a commis une série de crimes particulièrement affreux. Dans les deux cas, la lourde machine bureaucratique se met en marche, classant les caractéristiques d'un fait humain complexe dans des catégories légales artificielles, évinçant la victime de la procédure et ne faisant pas grand-chose qui permette à un observateur de penser qu'on a tenté de rétablir l'équilibre troublé de la collectivité. Cependant, le caractère expressif de la peine, l'étiquette qu'il appose à un condamné, peuvent avoir un impact pénible et permanent, disproportionné avec la nature vaguement répréhensible de la conduite en question. (De même, les réactions du public à cette nouvelle étiquette peuvent modifier l'image que certains délinquants ont d'eux-mêmes et les diriger vers une carrière criminelle qu'ils auraient pu ne pas adopter). Par conséquent, le sentiment d'injustice de la victime et du public n'est pas réellement soulagé et, du même coup, le fait d'être officiellement jugé en public cause au délinquant un tort disproportionné.

En pratique, je reconnais qu'il est très difficile de résoudre ce dilemme. Cependant, nous pouvons indiquer dans quel sens doit s'orienter la réforme. Un grand nombre des infractions consignées dans notre code criminel devraient être traitées autrement que par voie de la procédure pénale habituelle. Nous avons besoin de solutions qui permettent aux participants immédiats de voir qu'on s'efforce de répondre à une infraction d'une façon satisfaisante, et de voir que le criminel paie pour sa conduite. Encore aujourd'hui, la victime perd du temps et de l'argent en assistant au procès, supporte les insultes de l'avocat de la défense quand elle témoigne, pour voir ensuite que le délinquant est mis en liberté surveillée. A ses yeux, ce n'est guère plus qu'un coup de règle sur les doigts. Il n'est pas étonnant que le public se méfie de plus en plus du droit pénal.

Mais ce dont ni la victime ni le délinquant ne sont conscients à ce moment-là, c'est que la condamnation et le casier judiciaire auront des conséquences très néfastes sur les projets d'avenir du contrevenant.

⁵² Je me suis référé à un ouvrage du professeur John Hogarth qui traite de ces problèmes, mais qui n'a pas encore été publié, *Alternatives to the Adversary Process*.

Par conséquent, tout en dédommageant la victime, nous devons aussi garder le délinquant «par accident» du qualificatif stéréotypé de «criminel». Il s'agit de s'occuper de son cas particulier d'infraction à la loi aussi discrètement et officieusement que possible. Comme le suggérait mon collègue John Hogarth, il faut trouver de nouvelles alternatives aux procédures accusatoires dans la plupart des cas de voies de fait, de vol à l'étalage, de dommages matériels, de vol temporaire d'une automobile, de larcin, etc. . . . et qui congestionnent présentement nos tribunaux. Les raisons utilitaires d'une telle recherche sont indéniables. Qui plus est, les principes de justice rétributive l'exigent.

Voilà donc la restriction la plus importante et la plus inflexible que je place implicitement dans mon analyse du recours à l'imposition de la peine. Quelles que soient les autres contraintes pragmatiques qu'on puisse imposer à cette pratique, c'est une question de principe capitale qu'on ne l'applique pas à des individus *innocents*. Ceci est à l'origine de la vitalité permanente des notions de *mens rea* et de «due process» au sein du droit pénal traditionnel. Pour mieux illustrer mon point de vue, je me limiterai à la notion de *mens rea*⁵³ (qui est la clé de l'exclusion légale de l'innocent, alors que la notion de «due process» exige des procédures et des présomptions pour arriver à une disculpation de fait).

Si on la traduit littéralement par intention «coupable», la connotation légale de *mens rea* indique qu'une personne s'est sciemment et volontairement livrée à une conduite interdite par la loi. Sur le plan pratique, les règles juridiques servent à définir une série d'excuses desquelles est exclue la présence d'un choix répréhensible—accident, erreur, automatisme, démence, ébriété, contrainte, etc. . . . Celles-ci à leur tour sont liées par le principe juridique de *mens rea*; même si ce principe est une solide réalité juridique, il n'est pas absolu et ne se suffit pas à lui-même. Il dépend de certains principes et valeurs morales qui l'expliquent et exigent sa présence dans la pratique de l'imposition des peines. Certains de ces principes sont utilitaires (j'en parlerai plus tard), mais leur raison d'être principale est la justice rétributive.

Revenons rapidement à notre argumentation. La pratique de l'imposition des peines demande à l'État d'imposer par la force de graves privations à un délinquant. Il est publiquement taxé de criminel, avec les stigmates durables que cela implique, puis condamné à la prison, avec ce que cela représente de honte et d'épreuves supplémentaires. Quelles que soient les différentes raisons que nous avançons pour agir ainsi, il est vrai qu'elles favorisent le bien-être du reste d'entre nous

⁵³ On trouvera un exposé plus détaillé de mes points de vue dans mon article "The Supreme Court of Canada and the Doctrines of *Mens Rea*" (1971) 49 Can. Bar. Rev. 280.

(sinon, pourquoi recourir à de telles mesures coercitives?). L'essence de la sanction pénale est d'infliger une inégalité grave et durable à un délinquant, à condition qu'elle serve, dans une certaine mesure, les intérêts de la majorité.

De prime abord, cela peut sembler contraire à la justice. La société ne devrait avoir le droit d'agir ainsi que lorsqu'un trait particulier de la victime justifie qu'il mérite l'application de telles mesures. La seule raison qui nous semble suffisante est que l'accusé lui-même ait agi injustement. En tirant avantage de l'abstention d'autrui d'enfreindre les lois, il a poursuivi ses propres buts en se livrant à une conduite qui porte un préjudice injuste à sa victime. Il a agi en dépit de l'avertissement solennel de la société qu'elle répondrait à une telle conduite par des sanctions, de façon à protéger sa victime et lui-même. On peut donc estimer qu'il a choisi de courir le risque d'une sanction lorsqu'il a effectivement choisi de causer du tort à sa victime pour son bénéfice personnel. Évidemment, il ne consent pas de bon cœur maintenant à en subir les conséquences. Pourtant, il n'est pas injuste d'exiger qu'il supporte les conséquences de son premier choix, à la fois pour le priver d'un avantage dont il a injustement joui et pour servir les objectifs de la société, actualisés dans le droit pénal.

Le point capital de cette argumentation est que le châtement n'est juste que si l'on peut affirmer que ce premier choix a été effectivement opéré. Une personne qui en a blessé une autre a réellement préféré ses intérêts aux valeurs actualisées dans la loi, n'a pas décidé de courir le risque de subir un châtement, et n'a donc pas donné de «licence morale» à son application. Je ne veux pas nier que la société ait de bonnes raisons de trouver *utile* de le punir de toute façon, notamment pour contrer la criminalité avec une efficacité accrue. Je déclare seulement qu'il n'est pas *juste* d'utiliser l'individu irréprochable comme moyen de satisfaire cette fin sociale. Au sein de la pratique de la peine, si l'action n'est pas juste, elle ne peut être justifiée.

Pour accepter cette conclusion, il nous faudrait opérer la dissection radicale de notre droit pénal (au niveau des infractions «réelles» qui m'intéressent ici). Je ne suis pas du tout sûr qu'on puisse soutenir la notion de responsabilité pénale dans le cas d'une négligence accidentelle même si elle est lourde de conséquence (et elle est une notion décisive, même dans un cas aussi sérieux qu'un homicide involontaire). Il est impossible d'invoquer l'excuse de la *bonne foi*: pour certaines infractions (viol; possiblement la bigamie); en droit, dans plusieurs cas, les fautes doivent avoir été raisonnables, sans qu'il y ait eu négligence, afin de constituer des excuses légitimes. De plus, et particulièrement dans le cas d'homicide, on retrouve constamment dans

notre droit pénal l'idée que si une personne fait quelque chose d'illégal et cause accidentellement un tort disproportionné (par exemple une balle part et tue un commis pendant le vol d'une banque), elle doit être déclarée coupable et punie pour l'infraction plus grave. Le corollaire de la justice rétributive, laquelle limite le quantum du châtement, ne serait sans doute pas d'accord avec une telle conséquence.

Cependant, et ceci est plus important, il y a plusieurs excuses insuffisamment développées dans notre droit pénal actuel—en particulier l'ivresse, l'erreur de droit et la contrainte—pour des raisons de défense sociale auxquelles on ne peut pas souscrire en principe. Un jeune Indien consomme de l'alcool pour la première fois lors d'un enterrement de vie de garçon et devient complètement ivre; une bagarre éclate et il finit par tuer l'agresseur. Le lendemain matin, à nouveau sobre, il est arrêté pour homicide. Un cuisinier au service des Forces armées apporte chez lui des gâteaux qui devaient être jetés, croyant qu'il n'y a pas de mal à s'approprier quelque chose dont on devait se débarrasser: il est accusé de vol. Un détenu d'une prison, qui espère toujours que son appel soit accueilli, est forcé de participer à un soulèvement de prisonniers et démolit les installations sanitaires sous la menace d'une contrainte physique. Il est accusé d'avoir endommagé des biens gouvernementaux. Je ne nie pas qu'il y ait des raisons compréhensibles, relatives à la possibilité d'application de la loi, de rejeter ces excuses et de déclarer les accusés coupables (et, en fait, ils sont coupables).⁵⁴ Mais en regard de la théorie que j'ai proposée, il aurait suffi dans chaque cas d'une seule question décisive. L'accusé a-t-il opéré un choix significatif en se livrant à cette conduite illégale et préjudiciable? Dans l'affirmative, on peut donc l'en blâmer et dire qu'il mérite d'être puni. Dans le cas contraire, il n'est pas passible d'un blâme moral et doit être acquitté, quel que soit l'intérêt que l'on puisse trouver à son châtement.

J'ajouterai une chose encore à propos des implications de ce genre d'argument. Quand nous apprécions à sa juste valeur la nature de la peine afin d'appliquer une sanction particulière, il est facile de comprendre la nécessité de limiter son emploi. La conséquence du maintien d'une telle pratique est que sa force sera consolidée dans les autres domaines où elle est prédominante. Un facteur important dans le processus d'érosion de la procédure du droit pénal est la dissipation de son énergie dans un grand nombre de préoccupations marginales et d'un intérêt moral douteux. Je partage l'opinion de ces nombreux critiques qui ont proposé la diminution radicale du champ d'action du

⁵⁴ Voir *R v. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82 (Ont.C.A.); *R v. Pace* (1965), 3 C.C.C. 55 (N.S.C.A.); *R v. Carker* (1967), 2 C.C.C. 190 (C.S. of C.).

droit pénal. Mais, comme c'est souvent le cas, ce genre de réforme contient des ambiguïtés morales. Tandis que nous éliminons progressivement les cas limites, nous ne devons pas être aveugles à la réalité existante. Le retentissement d'une peine ne s'adressera qu'à un nombre beaucoup plus réduit d'accusés, la flétrissure morale sera aggravée pour ceux que nous croyons devoir effectivement blâmer et les conséquences de sa condamnation seront encore plus pénibles au criminel banni de la société. Alors que nous y aurons moins recours, nous ressentirons plus intensément le dilemme moral que pose l'imposition d'une peine.

Dissuasion et pratique de la pénalité

L'ordre de priorité parmi les diverses justifications de la sanction pénale revêt un tout autre aspect lorsque l'on considère la pratique de la pénalité. Ici, la réhabilitation de délinquants individuels n'a pas de raison d'être et les intérêts rétributifs perdent de leur vigueur. L'élément prédominant ici c'est la force de dissuasion exercée par la sanction sur l'attitude générale du public à l'égard de la loi.

Rappelons-nous les caractéristiques de cette sphère de comportement humain et le genre des normes juridiques qui la circonscrivent à cette fin de dissuasion. Un exemple classique est l'affaire *Pierce Fisheries*,⁵⁵ qui présente aussi un intérêt parce que la Cour suprême du Canada a fermement défini l'attitude du droit canadien face à l'une des questions essentielles de cette pratique—la légitimité de la responsabilité stricte dans le cas d'infractions au bien-être public. Dans la situation en question, l'accusation portait sur la possession de homards de trop petite taille, soit 26 homards pesant en tout 50 livres et mesurant moins de 3 pouces 3/16. Nous sommes loin du cas de voies de fait graves résultant en de sérieuses blessures corporelles.

D'abord, aucun tort immédiat n'a été causé à une victime identifiable. Au lieu de cela, une interdiction immédiate n'est qu'un élément d'un système détaillé de règles visant un but relativement lointain, celui de la conservation des pêcheries canadiennes. Par conséquent, une infraction dans ce domaine provoquera rarement le sentiment d'injustice, le désir de représailles, ou le besoin de garanties à la collectivité, qui constituent la réponse émotionnelle en faveur du «châtiment» du délinquant violent. De même, les normes de conduite sont singulières, ésotériques et établissent des frontières artificielles et mobiles entre les conduites légales et illégales. Ces règles ne sont pas rattachées à une dimension morale. Ce délit particulier est donc considéré comme étant un *mala prohibita*, répréhensible parce qu'illégal, plutôt qu'un

⁵⁵ (1970) 5 C.C.C. 193 (S.C. of C.).

mala in se, répréhensible en lui-même et par conséquent illégal. L'application de la sanction n'est donc pas destinée à maintenir en les renforçant les réactions publiques d'aversion que les crimes traditionnels inspirent. Il semblerait étonnant de parler du procès *Pierce Fisheries* comme d'une «tragédie morale», et la condamnation finale n'implique nullement la flétrissure morale comme peut comporter la fraude, par exemple. En conclusion, aucun des arguments quasi-rétributifs (mais utilitaires) en faveur du châtement n'est applicable ici.

Au contraire, nous sommes confrontés à la notion pratique de la dissuasion. C'est parce qu'ils redoutent les sanctions que la majorité des gens ne bravent pas ce genre d'interdit. (En cas d'infraction, on ne manifeste pas ou très peu de support moral à l'endroit de la norme légale; aucun sentiment de culpabilité n'apparaît. C'est peut-être simplement parce qu'elle a été imaginée et mise en vigueur récemment sur l'ordre de quelques fonctionnaires du gouvernement). On doit infliger des sanctions aux contrevenants qui sont découverts, de façon à maintenir la crédibilité de la menace auprès de ceux qui seraient tentés d'en faire autant. Il faut que le public soit persuadé que les inconvénients de la désobéissance sont plus nombreux que les avantages.

Les images de l'homme et de l'acte humain qui étayent ce modèle légal familier sont celles d'un acteur économique rationnel, réceptif aux leçons des sanctions pénales et influençable par elles. Dans la mesure où cette image est valable, la logique de la réhabilitation est aussi inappropriée à la justification du châtement. Quel serait l'intérêt, dans une affaire comme celle de *Pierce Fisheries*, d'essayer de surpasser l'infraction elle-même et d'établir un rapport avec les causes profondes de la criminalité? En fait, ce genre d'infraction a toujours semblé un argument décisif contre les théories «impérialistes» qui suggèrent que tout délit est le résultat d'une certaine condition pathologique, ancrée dans les données biographiques de l'individu et qu'il est incapable de contrôler. Le dénominateur commun des infractions, en tant que telles, est le fait d'enfreindre une règle juridique. Il suffit de réfléchir à notre propre expérience—quand il s'agit par exemple de décider de stationner illégalement pour gagner du temps et de l'argent en sachant que l'on pourrait écoper d'une contravention—pour montrer que certaines infractions, du moins, ressortent d'une conduite parfaitement normale et rationnelle (et ceux-là mêmes qui prétendent «guérir» la pathologie des différents délits ont en permanence ce genre de conduite). En dernière analyse, la différence entre délinquants normaux et anormaux n'est qu'une question de degré et c'est à l'issue d'investigations empiriques et non pas d'hypothèses métaphysiques qu'on peut établir une ligne de démarcation convenable.

Pour des raisons valables et suffisantes, nous avons supposé que les acteurs que nous avons besoin d'influencer dans ce domaine sont rationnels, qu'ils peuvent et doivent se conformer à certaines normes de conduite et qu'ils auront souvent de bonnes raisons personnelles de les ignorer. Donc, nous devons les encourager à s'y conformer de quelque façon. Le choix se limite à la récompense ou à la sanction (les deux sont souvent exprimées en termes monétaires) et lorsque nous optons pour la seconde, nous nous reportons au droit pénal. Je ne nie pas qu'il puisse y avoir des délinquants occasionnels obstinés, présentant des problèmes individuels qu'il serait utile de corriger (par exemple le conducteur prédisposé aux accidents). Mais c'est une autre histoire que de les dépister et les traiter avec efficacité. En fait, l'homme ordinaire, normal, déterminé, est l'acteur à qui s'adresse cette réponse instituée par le droit pénal. La valeur prédominante qui modèlera cette réponse à l'égard de son délit est la réduction de la criminalité au moyen de la force de dissuasion.

Pourtant, je répète que «prédominant» ne signifie pas «exclusif». Un autre élément de la justice rétributive apparaît ici et on peut l'apprécier de façon moins passionnée dans la mesure où le facteur émotionnel lié à l'existence d'une victime est justement absent. Souvenez-vous de la nature de mon argumentation en faveur de la force *positive* de la rétribution comme objectif de l'imposition d'une peine. On a établi un système de règles et il est nécessaire de s'y conformer massivement si l'on veut que la collectivité mène une vie convenable. Pourtant, certains sont tentés d'agir suivant leurs propres intérêts, même si cela nécessite l'infraction de ce système de lois. Le châtement est nécessaire pour priver le contrevenant de son enrichissement injuste et afin de promouvoir un équilibre juste en faveur de ceux qui ont délibérément respecté les lois. Je crois que c'est le fait de reprendre au délinquant son profit supplémentaire plutôt que le soulagement du sentiment d'injustice de ses victimes qui est le support rationnel le plus important de la justification rétributive de la peine.

Prenons maintenant le cas d'une sanction, où la dimension émotionnelle attachée à la justice rétributive est inexistante. Une université établit un système de règles de stationnement de façon à atteindre plusieurs buts—une meilleure circulation en bon ordre, un campus essentiellement à l'intention des piétons, répartition plaisante des espaces de stationnement, voies libres pour les véhicules de secours, etc. . . . Les règles sont aisément comprises, leur raison d'être appréciée, et presque tout le monde s'y conforme. Conséquemment, chaque usager du campus profite des bénéfices du système. Cependant, il faut parfois marcher du stationnement à un édifice, et ce n'est pas très agréable quand il fait

froid, qu'il vente ou qu'il pleut. Il y en aura toujours qui succomberont à la tentation d'ignorer les lois et stationneront dans un endroit interdit près de leur édifice. Nous pouvons supposer que leur conduite ne fera pas de victime. Si tout le monde en faisait autant, il en résulterait une situation incontrôlable, désagréable et même dangereuse; mais quand seulement quelques individus se garent en un endroit illégal, ceci ne fait de tort à personne. Il est clair, pourtant, que ceux qui enfreignent la loi profitent des biens publics que procure l'obéissance générale à la loi, mais jouissent de l'avantage supplémentaire d'un stationnement proche et pratique (surtout s'il fait mauvais temps).

Dans une telle situation, je maintiens que l'objectif premier et indépendant poursuivi en dressant une contravention à ces quelques contrevenants, ressort de la justice rétributive. Une sanction doit être infligée à ceux qui font fi de la loi pour faire en sorte qu'ils ne s'enrichissent pas injustement en décidant d'enfreindre la loi, et pour que la majorité qui respecte la loi ne soit pas désavantagée par son choix. Ce jugement n'a rien d'intrinsèquement vindicatif ou vengeur. Il ne dépend pas des connotations émotionnelles, liées à la présence d'une victime ou à la raillerie de valeurs morales profondément respectées. Étant donné les simples faits d'une entreprise coopérative qui exige des sacrifices mutuels, il existe un argument indépendant basé sur les notions de justice militant en faveur du châtement de ceux qui refusent de faire le sacrifice mais veulent cependant partager les bénéfices.

Bien sûr, il est évident que la nécessité de réduire le nombre futur des violations des lois de stationnement justifie l'imposition de sanctions. S'il y a des exemples de délits impunis et que *cela se sache*, alors nous pouvons prévoir que ces exemples seront suivis; s'ils sont également impunis, le processus s'accélérera et progressivement le système se détériorera, jusqu'à ce que le terrain de stationnement soit plongé dans l'anarchie. Comme je l'ai affirmé plus haut, l'application de sanctions sera doublement justifiée par les objectifs de réduction et de rétribution. Lorsque nous examinons l'affaire en regard du châtement, nous trouvons également cette dernière dimension, laquelle, en elle-même, serait une raison suffisante de pénaliser un délinquant, même dans des situations (faciles à imaginer) où le manque de publicité exclurait tout effet de dissuasion.

Tout en admettant une telle conclusion, je suggérerais cependant que la dissuasion soit la justification principale de l'institution de la sanction. Comme nous l'avons vu, l'une des raisons est que la grande majorité des infractions n'implique pratiquement aucune des attitudes morales quasi-rétributives—on ne peut séparer qu'analytiquement la force rationnelle de la rétribution de celle de la dissuasion. Et plus im-

portant encore, les implications majeures de la rétribution, au sens négatif du terme, perdent leur caractère de contrainte à l'égard de certaines questions clés. Je me réfère ici au problème particulier de la responsabilité stricte dans le cas d'infractions au bien-être public, comme celle de *Pierce Fisheries*, dont la cause fut portée en Cour suprême.

Depuis l'avènement de l'État super-législatif, la doctrine de la responsabilité stricte a séduit de nombreux hommes de loi œuvrant dans ce domaine du droit pénal. Du même coup, cette doctrine a été condamnée presque unanimement par un groupe composé de théoriciens à tendances tant réductionnistes que rétributionnistes. Les premiers affirment qu'infliger une sanction au délinquant involontaire n'est *pas* une mesure *économique* parce qu'elle ne sert en rien à réduire le taux de la criminalité. Les derniers soutiennent que de tels châtiments sont *injustes* parce que le délinquant irréprochable ne les mérite pas. Malgré des points de départ différents, tous arrivent à la même conclusion: la notion de responsabilité stricte est insoutenable dans notre droit pénal et on doit s'en écarter. Cependant, on continue de l'invoquer dans des cas de plus en plus nombreux et c'est depuis l'affaire *Pierce Fisheries*, il y a deux ans, qu'elle fait partie intégrante du droit canadien. Au bout de quelque temps, on peut commencer à nourrir des soupçons à propos d'une conclusion théorique qui refuse la légitimité d'une doctrine établie depuis longtemps et en vigueur dans de nombreux systèmes de droit. L'une des raisons peut être que les théoriciens ont une conception trop étroite et univoque de la sanction pénale. Il est possible d'apprécier à sa juste valeur le caractère de contrainte du principe de *mens rea* au sein d'une pratique de la peine mais la conclusion qui en découle n'est pas vraie pour la pratique de la sanction.

Penchons-nous d'abord sur l'argumentation réductionniste à l'égard du principe de *mens rea*, historiquement le premier à subir l'assaut de la critique. Le châtimement est coûteux: il est, *prima facie*, un mal. Il implique qu'on inflige immédiatement une peine au délinquant, et c'est une cause de dépense pour l'État. En même temps, il restreint la liberté générale du public qui doit tâcher de ne pas s'exposer à la responsabilité pénale. Mais la doctrine de la responsabilité stricte exaspère cette dernière conséquence. Les individus sont désormais privés de leur aptitude à choisir volontairement de se soustraire aux coups de la loi. Ils risquent de se trouver impliqués accidentellement dans une affaire et de faire l'objet de poursuites judiciaires, d'une condamnation et, finalement, d'un châtimement. Par conséquent, un système qui vise à protéger les gens des privations que d'autres individus pourraient leur infliger tend à devenir, dans les mains de l'État, un moyen de faire des incursions similaires et parfois pires dans leur vie privée.

Mais, répondrait l'utilitariste, l'emploi de la sanction pénale dans des cas de dommage accidentel n'a même pas l'heureux effet de réduire le taux de la criminalité. Pourquoi punir le délinquant insouciant? Il n'a pas prouvé qu'il est dangereux et n'a donc pas besoin de correction individuelle. La menace d'une sanction dont, par définition, il est ignorant, ne peut exercer de force de dissuasion à l'endroit du délinquant en puissance qui ne sait même pas qu'il est en train de commettre une faute. En somme, donc, dans de telles situations, le châtement est à la fois coûteux et inefficace; par conséquent, il n'est pas économique, et est injustifiable en termes utilitaristes.

Le caractère fallacieux d'une telle argumentation ressort clairement. Comme H. L. A. Hart l'a adroitement formulé, alors que la menace d'une sanction ne sert à rien dans le cas du délinquant insouciant (ou d'autres comme lui), on ne peut pas en déduire que son châtement effectif ne soit pas nécessaire à l'efficacité générale de la loi.⁵⁶ Que faut-il entendre quand on dit que l'*intention coupable* (*mens rea*) est une condition préalable à la condamnation pénale? Le droit pénal définit ainsi un système d'excuses légitimes disponibles à tous ceux dont le cas permet de les invoquer. Mais quand la loi fixe les exceptions et les restrictions relatives aux interdictions générales, elle crée nécessairement des échappatoires dont l'existence risque d'amoinrir la force dissuasive du droit à l'endroit de ceux qui seraient réellement coupables.

Ceci est particulièrement vrai à propos de l'exigence de l'intention coupable. Il est bien plus délicat de décider au cours du procès ce qu'une personne *pensait* quelques mois auparavant, que d'exposer les faits extérieurs, objectifs et identifiables de ce qu'il a *fait*. Dans ces deux cas, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé. Je ne veux pas dire qu'il soit impossible de faire la preuve de *mens rea*; d'ailleurs, de nombreux cas où l'intention coupable était requise ont résulté en des condamnations. Mais les procureurs et les autorités policières s'inquiètent à juste titre de doctrines qui permettent aux accusés de fabriquer une excuse ingénieuse et d'espérer qu'elle semblera plausible à un jury inexpérimenté. L'accusé n'a rien à perdre; il n'a qu'à se montrer suffisamment convaincant pour éveiller un doute raisonnable. Une longue pratique du droit pénal nous a enseigné que rien ne diminue plus la force de dissuasion que l'affaiblissement de la certitude que celui qui est coupable sera condamné. La conséquence inévitable de cet effort de protection des innocents est que nous donnons par le fait même au coupable une chance supplémentaire de s'en tirer.

Dans une perspective réductionniste, le problème de la responsabilité stricte se réduit finalement à une question d'équilibre entre

⁵⁶ Voir Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) pp. 41-44.

les gains sur le plan de la lutte à la criminalité et les coûts de l'imposition d'une peine à ceux qui n'ont pas d'*intention coupable*. Cette perspective ne rend aucunement justice au jugement moral que nous avons envisagé, à savoir que la protection de l'innocent contre de telles mesures est une question de principe. Le caractère inébranlable de ce principe juridique est basé sur des notions de justice et non pas d'utilité. Nous n'avons pas le droit de nous servir ainsi d'un individu pour promouvoir le bien public, à moins de pouvoir affirmer qu'il le mérite; dans ce contexte, cela signifie qu'il s'est exposé lui-même au risque d'une telle sanction en agissant contre la loi. Mais la structure de cet argument rétributif en faveur du principe de *mens rea* est à son tour fondée sur une valeur fondamentale de moralité sociale—l'égalité de tous les individus quant à la répartition des charges et des bénéfices sociaux. C'est cette valeur que l'on ignore lorsque l'on inflige les conséquences pénibles d'un châtement à un délinquant accidentel, afin que les autres membres de la société jouissent d'une marge supplémentaire de sécurité.

Cet argument a-t-il vraiment beaucoup de poids dans une situation typique où l'on a recours à une sanction? Prenons par exemple l'ensemble des infractions au code de la route auxquelles s'applique la règle de responsabilité stricte. Supposons que la visibilité d'un accusé ait été gênée et qu'il n'ait pas vu un signal d'arrêt. Il a donc accidentellement violé le règlement. Sur le plan juridique, il serait raisonnable de conclure qu'en acceptant une telle excuse, on diminuerait sans raison la force de dissuasion de la loi (et imposerait d'importantes dépenses administratives, s'il devait y avoir un procès dans chaque cas). Si l'accusé malchanceux qui avait une excuse valable est forcé de payer une amende de 10 dollars, peut-il vraiment se plaindre d'une grande injustice, d'une irrégularité flagrante? Il est vrai qu'il doit payer l'amende pour maintenir la crédibilité de la loi, alors que le conducteur suivant qui est passé après que le signal soit devenu visible s'en sort indemne. Mais cet autre conducteur (ou un autre encore) peut avoir à subir une vérification de routine qui révèle une défec-tuosité de sa voiture et il devra payer 25 dollars pour la réparer. Dans chaque cas, nous pensons qu'il est juste de dire que le système général de la réglementation du stationnement est profitable à tous les automobilistes, y compris ces deux-là. Pour que le système fonctionne bien, il est nécessaire que de telles situations exigent des contreparties monétaires et des taxes. Il n'y a aucune injustice, aucun traitement excessivement inégal lorsque ces individus paient de telles taxes.

Nous approuvons au même titre la réglementation relative au large éventail d'infractions au bien-être public, dont le meilleur exemple

demeure l'affaire *Pierce Fisheries*. L'industrie de la pêche est assujettie à un vaste système de lois visant, *entre autres*, à la protection des poissons (ici des homards) qui sont la base de toute l'entreprise. Quiconque choisit de se lancer dans ce genre d'affaires doit accepter la responsabilité d'une grande variété de dépenses et de taxes. Il faut compter avec l'éventualité d'amendes pénales en cas d'infraction à cette législation, même lorsque la possession de homards de trop petite taille s'avère purement accidentelle. L'imposition de ce genre d'amendes, en elle-même, ne nous semble pas une atteinte moins *injuste* aux droits de l'individu que l'imposition par le gouvernement de taxes sur certains genres de machines et certaines opérations. Toutes deux font partie des frais généraux d'une entreprise et on doit s'y soumettre si l'on veut prospérer.

Il est clair qu'un tel raisonnement ne tient pas compte de la notion de responsabilité stricte. Il se contente d'écarter l'obstacle moral qui risque potentiellement de surgir en raison de notre souci de justice rétributive. C'est en gardant à vue des objectifs utilitaristes qu'il nous faut prendre la décision positive d'étendre le rayon d'action de la sanction pénale au délinquant insouciant (et j'espère qu'il est bien entendu que le fait de punir un tel délinquant ne contient aucune valeur rétributive positive). Le principe de la responsabilité stricte est-il le moyen le plus efficace et le plus économique d'atteindre notre objectif de limitation de la criminalité sans empiéter injustement sur la liberté individuelle? On peut réellement mettre en doute la nécessité d'une telle doctrine, surtout si nous prenons le cas d'une résidence surveillée où le délinquant insouciant a la liberté de partir s'il déplore un manque de soins à son égard. C'est une question empirique, qui exige des réponses différentes à des situations différentes et nous n'avons pas grand-chose d'utile à ajouter, du point de vue de la théorie du droit pénal.⁵⁷

DIGRESSION SUR LA DISSUASION PÉNALE DANS LE DOMAINE DES AFFAIRES ET DE LA RESPONSABILITÉ STRICTE

J'aimerais m'étendre quelque peu sur un autre aspect de mon argumentation. J'ai toujours trouvé assez ironique que les tenants de la réforme du droit de la responsabilité se rangent sous la bannière de la responsabilité stricte, tandis que ceux du droit pénal plaident en faveur de l'élimination de cette conception. La proposition des premiers visant à invoquer la responsabilité des entreprises s'inspire fondamentalement de l'adoption du concept de dissuasion, appliqué d'une façon élaborée et précise au monde des affaires. On considère alors qu'il convient parfaitement bien aux domaines où le comportement commercial ressort aux atteintes caractéristiques à l'égard du bien-être public. Les objectifs de ces deux catégories du droit sont indé-

⁵⁷ Si l'on veut poursuivre plus avant ce genre de recherches, voir Carson, "Sociological Aspects of Strict Liability" (1970), 33 *Modern Law Rev.* 396.

niablement différents et on ne saurait s'attendre à une correspondance automatique dans leur acception respective du concept de responsabilité. Pourtant, nous pouvons percevoir que le même esprit inspire certains écrits et certaines opinions en faveur de l'adoption de la responsabilité pénale stricte. Il nous semble, par conséquent, qu'il est utile d'analyser cette théorie, et d'essayer de voir si elle a sa place tant sur le plan du droit pénal que sur le plan de la responsabilité.

Nombre de préjudices causés fortuitement à notre société sont les sous-produits inévitables des modes de comportement et des structures technologiques inhérentes aux entreprises commerciales. Ces schèmes de conduite périodiques sont adoptés et acceptés en dépit des prévisions statistiques quant aux préjudices qu'ils peuvent causer, et ce, parce qu'on estime que les avantages l'emportent sur les risques, et que les coûts nécessaires pour éliminer ces risques résiduels sont par trop excessifs. Suite à ce raisonnement, il existe une divergence entre le montant des coûts assumés par un entrepreneur et le montant global des coûts sociaux qui proviennent de son activité. Le coût des préjudices accidentels provoqués par son entreprise ne sont pas comptabilisés sous la rubrique des coûts dans ses livres comptables.

Mais pourquoi un homme d'affaires ne peut-il être légalement responsable de sa négligence lorsqu'il ne prend pas les précautions raisonnables qui s'imposent? Il faut en trouver la raison en ce que la loi trouve difficile (sinon injuste) de taxer un tel individu de négligence et d'insouciance s'il satisfait, par ailleurs, aux normes habituelles observées dans son industrie. Mais, à cet égard, la norme habituelle tend à rester statique, justement dans la mesure où rien n'encourage un chef d'entreprise à conduire ses affaires d'une façon différente, moins risquée (mais plus coûteuse). La loi a donc besoin d'un expédient qui incite les entrepreneurs privés à rechercher et à développer de nouvelles techniques de sécurité, ou de prévention des accidents, en ralentissant la production pour la rapprocher de son niveau optimal. Les concurrents qui ne se conforment pas aux nouvelles normes d'amélioration, si celles-ci sont efficaces et visibles, peuvent alors être trouvés coupables de négligence.

Une façon sensée d'atteindre ce résultat consiste dans l'adoption d'une doctrine de responsabilité stricte qui impose à l'entreprise le coût social total des préjudices causés accidentellement. De cette façon, les gestionnaires de l'entreprise doivent envisager ce nouveau «facteur de production» comme une dépense inévitable dont il faut tenir compte dans la fixation de leurs prix. Deux options leur sont alors offertes. D'une part, il peut leur sembler séduisant, sur le plan économique, d'investir des capitaux dans des dispositifs supplémentaires de sécurité, qui, s'ils sont coûteux, le sont quand même bien moins que les factures d'accidents. D'autre part, s'il leur est économiquement impossible de se procurer de tels dispositifs, il leur est loisible d'augmenter les prix pour rembourser le nouveau coût des accidents. Si l'on suppose qu'il existe une certaine élasticité de la demande pour le produit ou le service vendu, les ventes ne pourront qu'accuser une baisse sensible tandis que le nombre des accidents, et leurs conséquences, s'abaisseront parallèlement du fait de leur relation directe avec le niveau de la production. Dans l'une et l'autre des solutions, on se sert du marché des affaires lui-même comme «instrument dissuasif» de prévention des accidents, au lieu d'imposer certaines règles de sécurité (dont nous ne sommes pas encore assurés de la valeur). Ainsi, on laisse simplement

au chef d'entreprise la responsabilité de s'occuper du problème, en le stimulant sur le plan financier pour qu'il obtienne lui-même les meilleurs résultats.

Voilà la solution adoptée en droit de la responsabilité. Pourquoi devrions-nous tenter d'atteindre ce même objectif en droit pénal? La raison principale est que la responsabilité correspond à un mécanisme juridique qui se place sur le plan privé. Ce système requiert une plainte individuelle de la part d'un individu ayant subi un dommage assez grave pour qu'il vaille la peine d'intenter une action en justice. Dans de nombreux cas, la responsabilité sera parfaitement suffisante pour régler le cas (il en est ainsi lors des accidents-automobiles, ou des fautes de sécurité ayant entraîné des accidents dans la construction, etc.). Mais, il existe de nombreuses situations où un contrôle réglementaire semble nécessaire et qui ne peuvent pas être envisagées de la même façon. Prenons la question de la conservation des pêcheries dont il fut question dans l'affaire *Pierce Fisheries* où le dommage éventuel de l'épuisement des bancs de poissons doit être attribué indirectement et d'une manière diffuse à un groupe de personnes assez important. On pourrait s'arranger pour adopter des moyens tels que ceux d'une action entreprise au niveau des groupes sociaux eux-mêmes pour tenter de résoudre le problème, mais ces moyens posent des problèmes particuliers. La meilleure solution sera habituellement d'entamer une action publique pour obtenir satisfaction, c'est-à-dire d'utiliser le système des sanctions pénales. Cependant, nous voulons, là encore, bénéficier de l'avantage de la dissuasion procuré par l'utilisation de la théorie de la responsabilité stricte dans le monde des affaires. Mais, en agissant ainsi, nous laissons aux personnes qui évoluent dans ce groupe la responsabilité de trouver les méthodes optimales et les moins coûteuses pour éviter les dommages causés par la prise et le traitement des poissons de trop petite taille. La pénalité devrait revêtir la forme d'une amende, d'un montant égal à une indemnité de réparation civile, sans pour cela l'exprimer comme la concrétisation d'un blâme adressé à la personne du contrevenant, mais par rapport au dommage approximatif causé à la société. De cette façon, les perspectives financières de l'amende seront prises en considération par les responsables de la gestion de l'entreprise et ce, de la même façon qu'ils le font habituellement pour les dommages causés aux particuliers sur le plan de la responsabilité civile, ce qui ne manquerait pas de stimuler l'entreprise dans la recherche de techniques appropriées pour minimiser les uns et les autres.

Il faut admettre que ce raisonnement ne peut pas expliquer ou justifier toutes les formes de responsabilité stricte dans le cadre du droit pénal. Je crois que ce principe peut constituer un excellent outil de persuasion dans certains domaines comme, par exemple, celui du contrôle de la pollution. Ce n'est pas une objection (comme celle que pose le problème de la preuve) qui peut en diminuer la valeur en renversant le fardeau de la preuve sur l'accusé qui doit alors démontrer qu'il n'a pas été négligent, comme certains l'ont suggéré pour ce qui est des atteintes contre le « bien-être public ». L'ennui, c'est que nous ne savons pas encore quels types de conduites doivent être considérés comme vraiment déraisonnables ou relevant de la négligence. Par ailleurs, il nous faut un instrument légal pour encourager les hommes d'affaires à trouver des solutions. La responsabilité stricte serait pratique à cet égard, tout au moins dans certains cas. Le problème de son équité reste une question qui doit être examinée à la lumière des observations faites dans le présent chapitre.

Je poursuivrai cette analyse en traitant de certaines des objections potentielles à l'encontre de l'adoption de sanctions pénales fondées sur la responsabilité stricte. Une condamnation pénale ne se résout pas simplement par l'imposition d'une amende présentant une certaine analogie avec l'indemnité prévue par le droit de la responsabilité civile. La comparaison n'est pas parfaite en ce sens qu'elle ne tient pas compte des répercussions ultérieures, telles que celles qui peuvent provenir de la suppression d'un permis de conduire ou de révocation de l'autorisation de vendre des boissons alcooliques, etc. Indéniablement, ce sont là essentiellement des indications officielles de la répercussion que des poursuites judiciaires peuvent présenter par rapport à une entreprise dont le nom est bien connu ou qui jouit d'une excellente réputation. En d'autres termes, les conséquences des poursuites judiciaires pénales vont bien au-delà de l'apparence superficielle de l'amende, et il s'ensuit que le bien-fondé de la responsabilité stricte pénale ne se justifie pas parfaitement.

Il me semble que cette objection recèle une grande part de vérité et qu'il est intéressant de constater pourquoi. Notre comportement par rapport aux sanctions pénales ressort surtout aux cas graves qui en sont l'objet et qui attirent particulièrement l'attention. Nous avons naturellement la sensation que la personne condamnée à ces sanctions porte une sorte de tache ou de flétrissure quant à sa personne. C'est la preuve officielle et quasi irréfutable d'un comportement volontairement reprehensible, mauvais et illégal de surcroît. Lorsqu'on se servira du droit pénal à de nouvelles fins, comme pour réparer, par exemple, les atteintes au «bien-être public», il est fort probable qu'une grande part de cette auréole les recouvrira également. Voilà pourquoi il est difficile d'utiliser ce concept de responsabilité stricte. Les juges qui auront à traiter ces affaires ne manqueront pas de se rendre compte de l'absence de blâme lorsqu'ils auront à rendre leur jugement. Il en va tout autrement des simples spectateurs qui ne se livreront pas à une analyse exhaustive du problème, et qui interpréteront le jugement de la même façon qu'ils le feraient pour les autres sentences rendues suite à une procédure pénale sanctionnant un comportement moralement blâmable. Par conséquent, il existe un obstacle moral à l'emploi de la responsabilité stricte en ce sens que pendant la procédure elle laisse planer sur l'accusé la suspicion qu'il faut le blâmer pour ce qu'il a fait alors que ce n'est réellement pas le cas. (Par ailleurs, comme nous l'avons déjà vu, ce malentendu peut avoir de fort pénibles conséquences pour la personne qui n'a causé qu'un préjudice purement technique, que ce soit officiellement ou officieusement.)

En examinant la logique de cette objection, on peut entrevoir quel pourrait être le remède. Les préjudices qui ressortent de l'application de

la responsabilité stricte devraient faire l'objet d'un traitement tout à fait différent de celui de la procédure habituelle de la responsabilité civile qui est émotionnellement chargée, on le sait, de cette connotation de «punition». Les poursuites devraient être engagées auprès d'un tribunal administratif séparé; la loi devrait s'exprimer en termes de «violation» plutôt que de «crimes». Les sentences devraient comporter des amendes plutôt que des peines d'emprisonnement; les conséquences du jugement ne devraient pas être les mêmes, en ce sens qu'il ne devrait présenter aucun des inconvénients dus aux inscriptions portées au casier judiciaire. Le défaut inhérent à la responsabilité stricte est que, d'une part, tout l'avantage est imparti à la poursuite, alors qu'on enlève à l'accusé une trop grande part de la protection dont il a besoin si les connotations habituelles de la responsabilité n'ont pas été effacées (la même analyse peut exactement s'appliquer pour des infractions similaires quant à la présomption d'innocence). La pratique de la peine comporte ses propres limites; il faut notamment avoir la preuve hors de tout doute raisonnable du comportement délictueux. Le plaignant doit accepter ces limites s'il désire l'application d'une sanction pénale qui se relie étroitement, par nature, à cette pratique. Il devrait utiliser une institution légale particulière au cas où il aurait le sentiment que la meilleure façon d'obtenir un contrôle social serait de se conformer à un modèle semblable à celui de l'amende.

Ceci dit, je tiens également à maintenir que la seconde solution n'est nullement aussi souhaitable qu'aimerait nous le faire croire les critiques de l'approche «punitif» du droit pénal. Pour tout résumer en quelques mots, le problème est que le système de réglementation légale suggère trop aisément que les amendes pénales sont des dépenses tout à fait normales, une sorte d'impôt sur les pratiques commerciales quotidiennes, alors que ce que nous voulons dire avant tout c'est qu'il s'agit de convaincre que la méthode en question est mauvaise et qu'on ne devrait absolument pas l'employer. Je pense vraiment que, dans ce domaine de la réglementation économique, le principe qui est retenu est trop proche du modèle fondé sur la pénalité et trop loin de la pratique de la peine. Je ne vise pas tellement ici le transfert de la notion de responsabilité stricte aux atteintes au bien-être public, mais bien plutôt l'acceptation croissante d'une responsabilité pénale des sociétés que personne ne remet en cause, et qui s'appliquerait à des domaines très vastes, voire même à tous ceux du droit pénal traditionnel.

Lorsqu'on le dépouille de son jargon technique, le droit, dans ses rapports avec la criminalité au niveau des corporations, se réduit à ceci. Un administrateur du monde des affaires s'est livré, au cours de ses activités normales, à des actes illégaux—qui peuvent être des pratiques restrictives de commerce, la fraude fiscale ou la fraude à l'endroit des

consommateurs, etc. Bien qu'il soit habituellement motivé à améliorer la situation de sa compagnie (dont il bénéficie également), il est manifestement responsable devant la loi de son délit, et encourt des poursuites judiciaires et une sentence d'emprisonnement. Au contraire, c'est la compagnie qui est poursuivie et condamnée si l'on découvre que l'individu est un des «cerveaux», et elle est passible d'une amende. (Je me rends très bien compte que, devant la loi, la condamnation de la compagnie ne décharge pas la personne de sa responsabilité; seulement, en pratique, si c'est la compagnie qui joue le rôle de l'accusé, l'administrateur ne sera pas poursuivi). Bien sûr, une compagnie n'est qu'un concept juridique. L'amende (ou les pertes financières consécutives à la flétrissure de sa renommée) est en réalité payée par les actionnaires, les employés, les clients ou même le ministère du revenu national, qui participe normalement aux dépenses et aux revenus des compagnies (et la distribution effective, à son tour, dépend de la situation de marché de la compagnie).

Comment évaluer ce cas? Puisque l'amende est payée par des gens qui n'étaient pas responsables, on peut voir une injustice dans cette notion de responsabilité pour la faute d'autrui ou responsabilité du groupe; mais la part dont chacun est redevable est suffisamment petite pour que nous puissions l'ignorer (en vertu de ce que j'ai dit plus haut). L'administrateur qui a commis un délit mérite d'être puni, mais rien ne lui arrive. Cette injustice est mitigée du fait qu'il a agi au nom des autres, mais nous ne devons pas oublier qu'il sera également bénéficiaire de la prospérité de sa compagnie (et surtout, si elle est due à ses efforts). Les déficiences de cette pratique en tant que méthode de contrôle social sont plus pertinentes. Les échecs des pratiques de réglementation pénale sont notoires dans le milieu des affaires. Je pense que l'une des raisons importantes en est la répugnance de la loi d'exprimer avec insistance que l'administrateur a la responsabilité de veiller à ce que sa compagnie ne soit pas impliquée dans des affaires techniquement illégales et nocives. On ne transmet pas un tel message en se contentant de poursuivre une entité légale et en infligeant une amende à un groupe important, au sein duquel la part de chacun est nominale. Il est transmis bien plus dramatiquement lorsque les personnes impliquées sont poursuivies personnellement, dotées d'un casier judiciaire si elles sont déclarées coupables, et emprisonnées de façon à renforcer la condamnation de leur conduite par la loi. Si nous envisageons sérieusement le tort causé au bien-être social par des activités monopolistiques, des fraudes à l'endroit des consommateurs, la pollution de l'environnement et les autres infractions du monde des affaires, et je crois que nous en avons le devoir, nous devons repenser la notion de responsabilité pénale collective.

En réalité, on peut adresser le même genre de remarques à l'ensemble des infractions qui ressortent de la pratique de la pénalité. Il est évident qu'une telle conduite est ordinairement répréhensible, même s'il n'y a pas de victime immédiate et si elle ne viole pas un principe fondamental de moralité individuelle (comme le fait le meurtre). Il ne faut pas prendre à la lettre l'expression *mala prohibita*. Il se peut que des réglementations nouvelles et apparemment artificielles ne soient pas *ressenties* comme une violation de la moralité de la communauté. Cependant, on peut les *comprendre* comme la violation de la moralité critique de cette communauté. Si l'on pousse nos recherches, on s'apercevra que les concentrations du même type d'activités (par exemple, maintien des prix de revente, création de pollution, conduite avec les facultés affaiblies) finissent par causer des torts graves au bien-être public. La loi peut intervenir à juste titre pour régulariser l'activité en question et appliquer des sanctions.

Je crois qu'il y a quelque chose de choquant dans le fait d'intégrer immédiatement ce nouveau type de délit à la pratique de la peine prise dans son ensemble. Les délinquants précédents, qui ont persisté dans leur mauvaise conduite, ont violé la loi et méritent des sanctions. Je me demande si une sentence d'emprisonnement à leur endroit peut entrer en conflit avec les restrictions que la justice rétributive impose à la sentence sur le plan quantitatif. Mais au bout d'un certain temps, la persistance et le renforcement de ces lois devra permettre à la société de reconnaître le bien-fondé de ces règles et les inconvénients véritables que la conduite interdite impose à autrui, en provoquant ainsi des attitudes de désapprobation morale d'une telle conduite. Une telle évolution s'est particulièrement manifestée à l'égard de la fraude fiscale. Dans ce cas-là, nous ne devrions pas redouter de charger la pratique de la peine de s'occuper des poursuites relatives à de nouvelles infractions (comme je l'ai suggéré plus haut, la pratique de la peine devrait être nettement différente de l'administration du système de la pénalité). Notre but est maintenant de maintenir, de renforcer et de faire valoir ces attitudes populaires de dégoût et de culpabilité à l'endroit de ce genre de conduite. Et ce, au moyen de la «comédie de mœurs» que représentent un procès individuel, une condamnation et une forme de sentence particulièrement expressive: une sentence d'emprisonnement. (Il est bien entendu que je parle de durées courtes de réclusion, de l'ordre de soixante à quatre-vingt-dix jours.) Pour le genre de personnes habituellement enclines à ce style de comportement, c'est l'expérience de la prison qui compte, plus que sa durée, et les objectifs qui nous intéressent ici ne justifient aucun système draconien d'emprisonnement.

Alors que j'ai tendance à penser que le système des peines recouvre une aire trop grande et gagnerait à ce qu'on limite son emploi à

plusieurs zones clés, je pencherai plutôt pour le contraire. Un tel système proposerait une solution à la routine actuelle qui consiste à infliger à d'importantes corporations des amendes nominales et classiques dans le monde des affaires. Mais je dois répéter ma proposition antérieure. Quand la loi choisit d'avoir recours à l'imposition d'une peine, elle doit accepter les restrictions morales intrinsèques que cette pratique implique. Avant de déclarer quelqu'un coupable et de le condamner à la prison, il faut prouver hors de tout doute raisonnable qu'il s'est volontairement engagé dans cette voie illégale.

La pratique de la correction et l'idéal de réhabilitation

Il existe des groupes distincts de règles qu'il est facile de rattacher soit à un système de peines, soit à un système de pénalité (par exemple, la législation relative à l'homicide par rapport à celle qui sanctionne l'infraction de conduite dangereuse). Cependant, à quelques exceptions près, ce sont les mêmes institutions du droit pénal qui se chargent des deux affaires. Des distinctions légales fondamentales comme celles qui existent entre les infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité et les actes criminels, ou entre un procès par jury et un procès devant magistrat, ne correspondent même pas à la divergence des fonctions sous-jacentes au droit pénal. Je suppose que l'une des raisons en est que les objectifs de la rétribution et de la dissuasion ont des implications compatibles et que tous les deux ont un point de vue similaire sur le problème de la pénologie. Je pense qu'il est préjudiciable de confondre leurs deux rôles—punitif et réglementaire—à certains égards, et il serait souhaitable qu'on opère une répartition des tâches plus judicieuse entre les deux. Quoi qu'il en soit, les adeptes de la rétribution et les partisans de la dissuasion partagent la même conception juridique classique des problèmes de l'infraction et du délinquant (mais pas toujours les mêmes valeurs morales quand il s'agit de remédier à ces problèmes).

Il en est tout autrement du modèle correctionnel. Son histoire est marquée par plusieurs décisions importantes visant à établir des institutions distinctes qui se chargeraient de zones spécifiques de conduites délinquantes. On fait immédiatement le rapprochement avec le tribunal pour les jeunes délinquants, l'internement des malades mentaux ou la détention préventive des délinquants chroniques ou psychopathes. On est actuellement en train d'examiner plusieurs propositions de mesures «civiles» mais obligatoires à l'endroit des drogués et des alcooliques. Leurs différences internes sont évidentes mais ne doivent pas dissimuler leur appartenance à un même groupe, que j'ai tenté de circonscrire sous le nom de «correction». Je le répète, le trait commun à ce groupe vient d'une conception identique de la notion de délit et de délinquant, qu'elle

soit thérapeutique, béhavioriste ou autre. L'objectif premier de tous ceux qui participent à ces différentes méthodes est la réhabilitation, notion qui va à l'encontre, du moins en tant que concept, des objectifs rétributifs ou dissuasifs. La question est donc de savoir si, et dans quelle mesure, ce but de réhabilitation justifie les éléments constitutifs de la pratique de la correction.⁵⁸

L'idéal de réhabilitation a provoqué de nombreuses prises de position rhétoriques et extrêmes, à la fois pour et contre. D'une part, quelques-uns déclarèrent inconsidérément que tout délinquant est un malade, qu'il faut donc abolir le crime qu'est l'imposition d'une peine et transformer nos prisons en hôpitaux. D'autres, prenant de telles revendications au pied de la lettre, ont répondu qu'un gardien de prison reste un gardien de prison même s'il revêt une blouse blanche, que les psychiatres au service de l'État sont corrompus par leur puissance et même, que commettre une infraction est l'indice d'une existence saine et authentique. C'est la société et son système de droit pénal qui sont malades et qui ont besoin d'être soignés.

Pendant longtemps, la balance a penché en faveur de l'idéal de réhabilitation. Jouissant de l'appui des scientifiques et des humanistes, son succès semblait assuré par le cours de l'histoire. Combien vaut-il mieux comprendre le délinquant plutôt que de le blâmer, l'aider à voir ses erreurs plutôt que de le punir. Il est évidemment tellement plus rationnel de traiter les causes tangibles et malléables d'une infraction plutôt que de se perdre dans les profondeurs métaphysiques de la justice et du mérite. Il semble que la balance veuille maintenant pencher de l'autre côté, et il y a deux causes à cela. D'abord, il est devenu clair que ceux qui exercent le pouvoir de l'État au nom de la correction prennent parfois des initiatives très fâcheuses malgré leurs intentions humanitaires et les euphémismes de leur langage. Deuxièmement, la criminologie, comme toutes les sciences sociales (et sans doute plus que la plupart), est tombée dans le discrédit. Quand on les a mises en pratique, les théories scientifiques ne se sont pas révélées si heureuses. Des estimations extrêmement précises de divers programmes de traitement ont été faites et aucun de ces programmes ne semble particulièrement avoir réussi à atteindre son but justificateur: prévenir la récidive.

Il n'est que trop facile pour les hommes de loi de ressentir un sentiment de *schadenfreude**, lorsque les critiques virulents de l'approche légale se trouvent dans une impasse dès qu'il s'agit de faits réels. Mais il faut résister à la tension. Aucun objectif traditionnel ne peut résister

⁵⁸ On trouvera une bonne description générale et une analyse de ces diverses institutions correctionnelles dans l'ouvrage de Kittrie, *The Right to be Different: Deviance and Enforced Therapy* (1971).

* N.d.t.: *Schadenfreude*: mot allemand désignant une joie maligne.

aux coups impitoyables d'une évaluation quantitative. Par conséquent, j'essaierai dans cet essai philosophique de considérer la valeur théorique de l'objectif de réhabilitation. En supposant que le traitement peut s'avérer être une solution réaliste dans certain cas, quels sont les principes moraux qui doivent sous-tendre son utilisation?

Pour pouvoir envisager clairement cette question, il est nécessaire au préalable de la débarrasser de tous les accessoires rhétoriques qui s'y rattachent. D'abord, les partisans du système correctionnel suggèrent trop souvent que les problèmes de justice et de justification morale n'ont aucun rapport avec leur souci d'aider un délinquant par des moyens scientifiques:⁵⁹

Le seul mot *justice* irrite les scientifiques. Aucun chirurgien ne s'attend à ce qu'on lui demande si une opération du cancer est juste ou non, on ne reprochera à aucun docteur que la dose de pénicilline prescrite soit plus ou moins forte que ne l'exige la justice. Les spécialistes du comportement considèrent également qu'il est absurde d'invoquer la justice quand il s'agit de décider du sort d'une femme cleptomane ou d'un homme qui ne peut pas vaincre ses instincts agressifs. Ce genre de comportement doit être contrôlé; on ne peut pas l'encourager; il faut en venir à bout. C'est (aux yeux du spécialiste) une question de sécurité publique, de coexistence pacifique, mais pas de justice . . .

Il est bien évident maintenant qu'une telle analogie est erronée. Le médecin n'opère qu'avec le consentement de son patient. L'État transmet au «spécialiste du comportement» le pouvoir d'exercer la force à l'endroit du délinquant justement parce que ce dernier refuse son «aide». Le criminel violent de naissance a le droit de refuser une lobotomie préfrontale; le drogué peut ne pas apprécier une cure de désintoxication; le délinquant juvénile préfère peut-être rester dans la rue plutôt que d'aller dans une école de rééducation. Les raisons pour lesquelles la société peut à juste titre *demandé* l'application de ces mesures sont très claires mais cela ne résoud pas le problème de la *justification*. Pourquoi avons-nous le droit d'empiéter sur les intérêts et les désirs de l'individu, l'utilisant ainsi comme un moyen d'atteindre un but social?

On peut d'ores et déjà comprendre la réaction qu'a provoqué ce point de vue correctionnel trop commun:⁶⁰

Le caractère distinctif du châtement n'est plus dans ces conditions un mobile particulier mais ses conséquences: l'exercice de la force sur une personne, contre son gré.

L'essence du châtement est l'emploi de la force par l'État contre le délinquant, pour le bénéfice prétendu de la société en général.

⁵⁹ Menninger, *The Crime of Punishment* (1968) p. 17.

⁶⁰ American Friends Service Committee Report on Crime and Justice in America, *Struggle for Justice* (1971) pp. 22, 25 et 26.

et on ne doit pas le considérer

comme un profit potentiel du sujet mais invariablement comme un préjudice imposé par la nécessité sociale.

Mais le fait de comprendre une telle réaction ne doit pas nous conduire à une approbation inconditionnelle.

Reconnaître le facteur commun de coercition dans la pratique traditionnelle de la peine et dans la tendance moderniste de la « correction » ne doit pas dissimuler leurs différences fondamentales au niveau de leur raison d'être et de leur nature. L'emploi de la force à l'endroit du délinquant juvénile ou du malade mental pose un problème moral mais n'admet pas nécessairement la même solution morale que celle que nous suggérons à l'égard du directeur de banque coupable de détournement de fonds par exemple. Il y a suffisamment de différences au niveau des situations pour que nous approchions chacune respectivement dans leur contexte.

Le second point provient de l'emploi abusif de la rhétorique scientifique. La criminologie positiviste pose comme prémisses l'existence de causes de la criminalité distinctes liées aux données biographiques du délinquant. Cette croyance des criminologues n'a rien d'original. Une telle théorie béhavioriste se retrouve dans la sociologie contemporaine, les sciences politiques, etc. Le trait distinctif de la criminologie est qu'elle se fonde sur l'hypothèse que la perpétration d'une infraction dénote une déviation, peut-être même pathologique, chez la personne du délinquant (ce qui nécessite par conséquent un traitement). Il est clair maintenant que ce n'étaient là que des prémisses fondées sur des *croyances*, non pas des questions de connaissance scientifique, ni même des mythes productifs pouvant orienter la recherche criminologique. La capacité de commettre une infraction est un élément constitutif normal et essentiel de la condition humaine, et non pas une caractéristique particulière des quelques malheureux qui commettent une infraction, sont arrêtés, jugés, jetés en prison et ensuite soumis à un examen scientifique. (Au contraire, il semblerait plutôt que ce soit la capacité de se conformer aux normes sociales plutôt que de les ignorer dans un but intéressé qui contienne le facteur humain particulier et problématique demandant à être expliqué.)

Cependant, si nous rejetons la définition fondamentale de l'infraction, à savoir qu'elle provient de forces innées qui nous poussent dans des directions prédéterminées, ce n'est pas une raison pour abandonner la recherche des « causes » dans certains domaines. Certains individus peuvent avoir perdu leur capacité de se conformer au droit pénal pour des raisons très spéciales. Je ne veux pas dire qu'ils soient totalement incapables d'obéir à un policier armé d'une matraque. Le

droit pénal fonctionne par le biais de normes générales qui sont communiquées au public dans son ensemble et qui ne représentent qu'une menace abstraite de sanction. Il est facile de comprendre pourquoi, en succombant à une tentation immédiate, certains individus sont momentanément privés de cette capacité de se conformer à la norme juridique. Je citerai l'exemple de l'héroïnomane qui est contraint de posséder illégalement de la drogue (et souvent, de commettre d'autres délits) pour satisfaire ses besoins insatiables. Le rejet global du point de vue positiviste à l'endroit du délinquant ne saurait écarter la possibilité de faire des recherches scientifiques et de découvrir des situations spécifiques comme celles dont je viens de parler. Si nous réussissons à comprendre les facteurs qui entraînent ce genre d'infraction, il n'est pas dit que nous ne comprenions pas également le moyen de les contrer. Mais cette association naturelle de la criminologie et de la correction devrait opérer à l'échelon individuel et non pas collectif.

Je ne prétends pas pouvoir ici prouver le bien-fondé des revendications établies à l'égard de certaines catégories de délinquants tels que les malades mentaux, les délinquants juvéniles, les toxicomanes ou les psychopathes. Étant donné que nous avons quelques connaissances des causes particulières et des techniques correctionnelles, je m'attacherai surtout au problème de la justification morale de la pratique de la « correction ». Bref, existe-t-il des situations dans lesquelles la peine n'est pas justifiable, alors que la correction du délinquant l'est parfaitement?

Ce problème est délicat, et ce, pour une raison élémentaire. La criminologie scientifique veut établir les facteurs de causalité qui expliquent la conduite pénale d'un individu. Cependant, s'ils sont les causes déterminantes de l'infraction, alors le délinquant n'est pas responsable du tort qu'il a causé. Par conséquent, puisqu'il n'est pas possible de le blâmer pour quelque chose qui est plus fort que lui, il est injuste de le punir, de prononcer un jugement, et de lui infliger le traitement classique d'un emprisonnement. La conclusion logique qui découle de cette théorie de la peine est que l'accusé doit être acquitté et remis en liberté.

Mais cette conclusion ne semble pas avoir une grande valeur pratique. Nous n'avons affaire ici ni à un accident inhabituel ni à une erreur fortuite. Si ce délinquant est dépourvu de *mens rea*, c'est qu'il souffre d'une condition qui le prive de la maîtrise de ses actes et le pousse à une conduite préjudiciable quoique involontaire. Or, dès que nous avons établi que son état est une excuse valable qui l'exempte de tout blâme, nous sommes frappés par le danger potentiel que contient ce même état à l'avenir. La pratique de la « correction » est née au moment où l'on a découvert que les raisons particulières de protéger un

délinquant de l'imposition d'une peine sont les mêmes que les raisons de protéger le reste de la société contre ce délinquant.

Dès que nous écartons le principe de *mens rea*, pivot de la conception classique de la pénologie, tout l'édifice menace de s'écrouler. La notion de *choix* est à la base de cet édifice, et j'ai beaucoup insisté là-dessus. Le délinquant a choisi de commettre un acte illégal spécifique qui implique un certain degré mérité de punition. Si l'exigence de *mens rea* disparaît, toute notion de sanction quantitative doit disparaître aussitôt. La perpétration d'un délit n'est plus maintenant que le symptôme d'une «maladie» sous-jacente. Des délits mineurs peuvent entraîner la découverte de problèmes plus importants et insolubles alors qu'il arrive que des délits plus graves ne cachent qu'une déficience bénigne et facilement corrigible. Le traitement doit répondre au délinquant individuel en tant qu'entité, et non à ses actes.*

Un autre élément constitutif de l'attitude légale et tout aussi inattaquable révèle son inconsistance dès qu'on l'aborde au niveau de la théorie. Je veux parler de l'idée qu'un accusé doit avoir fait quelque chose d'illégal. La doctrine d'*actus reus* n'a de sens que lorsqu'elle est jointe à celle de *mens rea*. Nous punissons un délinquant parce qu'il a choisi de faire quelque chose d'illégal et de préjudiciable. Mais quand il n'y a pas de choix, nous essayons de traiter scientifiquement les troubles de comportement personnel de l'individu et alors l'exigence d'un comportement spécifique semble dépourvue de toute logique. Si l'état dangereux du délinquant subsiste après son premier délit et après que son cas ait été classé, alors nous sommes en mesure de penser qu'un tel état était latent.

Si on considère l'*actus reus* comme un simple symptôme de cet état, on peut alors en trouver d'autres, également valables. Si nous visons la seule prévention et si nous nous estimons capables de venir à bout du danger que représente cet état présentement, il ne semble pas logique de vouloir prévenir seulement la perpétration de la deuxième infraction et non la première.

* M. George Street, président de la Commission des libérations conditionnelles et partisan fervent du point de vue correctionnel, exprime de façon représentative les implications d'une telle façon de penser dans ce commentaire:⁹¹

La solution idéale au problème de la criminalité serait que, lorsqu'une personne commet un délit et surtout un délit grave, elle soit placée sous garde aussi longtemps, mais pas plus qu'il ne le faut. S'il n'est pas possible d'exercer un contrôle efficace au sein de la société, alors cette personne sera placée en détention préventive. En aucun cas, on ne doit lui redonner sa liberté absolue avant que ses intentions de bonne conduite ne soient évidentes. Jusque-là, elle doit être soumise à une surveillance étroite, qu'elle soit détenue ou non.

⁹¹ Citation extraite de l'ouvrage de Wolff, *The Relation between the Court and the National Parole Board*, (1969) 19 Univ. of Toronto Law J. 559, p. 587.

Finalement, comme il est de plus en plus difficile de cerner la spécificité de l'acte illégal, la valeur d'un jugement devient contestable. Je ne me réfère pas seulement à l'incompatibilité des hypothèses que pose un procès accusatoire, avec la raison d'être de la pratique correctionnelle, bien que cela fasse partie de mon argumentation. Ceux dont le but est de réhabiliter une personne sujette à des troubles du comportement seront toujours choqués par un système qui confie le sort d'un accusé à la compétence juridique de son avocat. De même, il faut envisager l'éternel problème des témoignages au cours des débats, et de la communication d'informations personnelles « délicates » concernant sa famille, ses amis et lui-même, dans le cas d'un accusé délinquant ou malade mental. Pourtant malgré le bien-fondé de ces inquiétudes, nous préférons parfois en payer le prix de façon à ce que la procédure soit plus juste. Le problème le plus important est d'ordre institutionnel. Le système prévoyant le recours au tribunal est adéquat, je dirai même le meilleur qui soit, pour garantir une décision impartiale et avisée à l'endroit d'événements factuels controversés.

Ce système s'avère beaucoup moins satisfaisant lorsque le sujet de l'enquête porte sur le diagnostic de l'état général d'une personne et sur la prescription d'un type de traitement sur mesure. Ces matières exigent des recherches moins officielles, plus larges et dominées par le pouvoir inquisitorial du juge et des experts. La combinaison de l'idéal de réhabilitation et du procès accusatoire est au mieux un mariage de raison.

Je ne me livre pas ici à une dialectique abstraite. Il est aisé de voir comment les implications logiques de l'idéal correctionnel prennent corps dans la réalité de cette pratique (l'on connaît divers exemples de mélanges variés de pureté d'intention et de compromis). Mais quand nous faisons abstraction de ces éléments et élaborons le modèle correctionnel, le problème capital surgit: quelles sont les limites de la correction? La structure classique—avec les restrictions théoriques qu'elle impose à la conduite préjudiciable, au choix volontaire, à la sentence proportionnellement équitable et qui sont toutes appliquées dans le cadre d'un procès accusatoire—peut présenter une certaine cohésion interne, mais elle est tout à fait inadéquate dès qu'il s'agit du cas des malades mentaux, par exemple. Et si nous écartons ces restrictions, par quoi les remplacerons-nous?

Pendant quelque temps, on vit se manifester un sentiment de confiance à l'égard de l'entière discrétion des experts. Ces derniers n'avaient pas besoin des limitations artificielles de la loi comme les juges, les procureurs, les policiers ou les directeurs de prison. Si l'on pouvait

supposer que l'entreprise correctionnelle soit façonnée par certaines connaissances scientifiques objectives, alors on pourrait s'appuyer sur cette source interne, impersonnelle, détachée et prudente pour décider de la façon de traiter des problèmes d'un individu. Mais l'histoire nous enseigne qu'il ne faut avoir en rien une confiance absolue—la connaissance dont nous disposons est trop aléatoire, trop mobile, trop en fonction de nos jugements personnels. Le fait qu'un tel jugement soit prononcé au service de l'État expose le sort de l'individu à la corruption et aux abus et plus encore à l'insensibilité de la bureaucratie. Il est évident que l'on a besoin de méthodes de contrôle efficace au sein de la pratique correctionnelle, mais ces méthodes doivent correspondre d'une façon cohérente aux prémisses de l'idéal de réhabilitation.*⁶²

* Je pense qu'il est important de procéder à une qualification définitive. La plupart des écrivains qui se sont penchés sur ce problème s'imaginent pouvoir concilier ces deux aspects. D'une part, le but du système pénal en question devrait être la réhabilitation. D'autre part, ce but tend à être soumis à plusieurs restrictions traditionnelles (sinon à toutes) qui font partie d'un droit pénal résolument punitif. On arriverait en conclusion à un procès formel dans lequel serait prouvé hors d'un doute raisonnable qu'une personne a commis un acte spécifiquement illégal et encourt une sanction maximale. Le but de la réhabilitation ne saurait être poursuivi tant que ces conditions ne sont pas remplies. Ceci est une description honnête du programme inspiré par des théoriciens du droit, programme qui est largement adopté par la Cour Suprême des États-Unis et fait partie de la révolution quant à l'application du «due process» au niveau du tribunal pour jeunes délinquants. Mais je demeure assez sceptique quant à la possibilité d'intégrer, dans le cadre légal classique du droit pénal, cette volonté forcée de réhabilitation. Les fondements intellectuels de chacun sont trop radicalement incompatibles.

La réhabilitation suppose un problème spécifique de la personnalité (quelle que soit la façon dont on le conçoit) qui s'est manifesté en un délit symptomatique. Autrement, que resterait-il à traiter? Supposons que ceux qui participent à la procédure correctionnelle croient que le délinquant a agi comme il l'a fait parce qu'il souffre de troubles du comportement. Comment peuvent-ils alors comprendre la raison d'être d'un système juridique complexe basé sur les notions de mérite et de châtiement et qui, par définition, limite leurs efforts? Bien sûr, ces contraintes peuvent être artificiellement imposées par des autorités supérieures mais on sait que le chemin à parcourir est long avant que chacun s'y conforme.

Supposons que le système juridique soit volontairement adopté par ceux-là même que gênent les hypothèses et les méthodes de la réhabilitation. Quelle est alors la situation de l'accusé? Il a été officiellement et solennellement déclaré coupable d'un délit particulier, a reçu des garanties d'une procédure équitable, et on a prononcé la sentence correspondant à ses actes. L'exécution de cette sentence sera considérée comme méritée, il sera marqué des stigmates du châtiement; l'atmosphère est chargée d'émotions qui, dès le départ, sont contraires à l'objectif de réhabilitation.

En matière de droit pénal, comme partout ailleurs, on ne réussit jamais à gagner sur deux fronts pendant longtemps. Si nous admettons que les hypothèses intellectuelles de la correction sont valables pour un certain type de délinquant, nous ne devrions pas chercher des restrictions à cette pratique dans une région qui propose une vision tellement différente de délinquant. Il doit y avoir des limites à l'exercice du pouvoir de l'État. Mais nous devons nous efforcer de les formuler d'une façon qui réponde à la logique interne de la pratique que nous tentons de contrôler.

⁶² Le partisan de ce point de vue qui a eu le plus d'influence a été Francis Allen; voir son ouvrage, *The Borderland of Criminal Justice*, (1964) particulièrement Ch. 2; voir aussi son ouvrage, *Legal Values and Correctional Values* (1968) 18 Univ. of Toronto Law J. 119.

Par conséquent, je proposerai différents principes limitatifs destinés à maximiser l'économie et la justice de nos diverses pratiques correctionnelles. J'hésite un peu à déterminer la nature de ces principes. Je ne suis pas certain qu'on puisse les déduire logiquement d'une théorie de la peine et il est facile d'imaginer des situations où nous devons à juste titre leur faire une entorse, ou même les enfreindre. Pourtant, de par leur rôle de lignes de force au sein d'institutions qui doivent fonctionner ensemble, ils aideraient certainement à dissiper la confusion actuelle.

La première étape importante consiste à énumérer les différents buts et objectifs de la pratique de la correction et à sélectionner le plus important. Il est juste de dire que l'objectif premier vers lequel tendent tous les efforts actuels des participants est la réhabilitation. Pourtant cette affirmation dissimule une ambiguïté fondamentale. *Pourquoi* voulons-nous réhabiliter un délinquant? Voulons-nous aider l'individu à résoudre ses problèmes d'inadaptation sociale ou voulons-nous protéger les autres citoyens des effets dangereux de son état?

Assurément, il est logique de dire que ces deux objectifs peuvent se compléter. Nous pouvons concevoir des situations où nous emploierons la force à l'endroit d'un individu en croyant de *bonne foi* que cela servira ses intérêts à long terme (par exemple, on peut à juste titre employer la force pour dissuader du suicide une personne bouleversée par un malheur récent). Mais nous parlons de la structure d'une pratique qui est mise en vigueur par un grand nombre de gens, qui applique des critères imprécis à un grand nombre de situations et qui a recours au pouvoir coercitif de l'État. Je pense qu'il serait sensé (en se gardant du piège omniprésent de l'hypocrisie) de définir la défense de la société et non pas le bien-être de l'individu comme but principal de cette pratique.* Cela n'empêche pas qu'il y ait des moyens valables de traiter les troubles de comportement d'un individu et d'améliorer ainsi son existence

* Nous pourrions ensuite envisager avec plus d'impartialité et voir plus clairement cette vérité: la pratique actuelle de la correction n'a pas attendu que des méthodes réalisables de réhabilitation soient disponibles. Elle a donc institué nos lois de détention préventive—privation de la capacité légale d'un délinquant jusqu'à ce que l'on traite son cas. Comme l'a exprimé Herbert Packer: «*La privation de la liberté est le revers de la médaille de la réhabilitation. Elle semble parfois en être l'aspect négatif.*» Même dans ces cas-là, la réhabilitation ne disparaît pas complètement du tableau. A défaut d'autre chose, le temps élimine souvent les dangers de telles conditions—soit que le délinquant juvénile arrive à maturité, soit que le malfaiteur invétéré se fasse vieux. Nous pourrions même qualifier de correctionnelle, dans le sens que lui donne M. Pickwick, une pratique qui met en quarantaine de telles personnes. Mais, elle atteint son but en se servant ostensiblement du pouvoir de l'État pour sacrifier les perspectives individuelles à l'intérêt général de prévention de la criminalité. Cette réalité, mise à jour ici, se dessine à l'arrière-plan des programmes thérapeutiques les plus révolutionnaires et les plus fantaisistes. Si nous voulons limiter d'une façon raisonnable l'emploi de la force à l'endroit d'un traitement, nous devons viser la justification de la défense sociale et ne jamais la perdre de vue.

et de la rendre plus heureuse. Mais dans la grande majorité des cas (c'est-à-dire ceux qui intéressent les institutions) il est permis de supposer que l'individu est plus à même de les percevoir que les autorités. S'il veut tirer profit de la possibilité d'un «traitement» qui vise essentiellement son bien, qu'on lui permette de le faire de son propre gré.

Comme corollaire à ce principe, je suggérerais une attitude très différente à l'égard de la réhabilitation dans le contexte du droit pénal en général. Un délinquant doit être condamné à une sanction proportionnelle à ce qu'il mérite et qui servira aussi le but de prévention générale. Au nom d'un but de réhabilitation, on n'a pas le droit d'infliger une peine trop grande à un individu. Cependant nous pouvons, pendant sa période de condamnation, tenter de déterminer les facteurs qui ont poussé cet individu à mener une existence criminelle.⁶³ De plus, dans ce contexte, le choix d'un programme spécifique de réhabilitation devrait être *volontaire*. L'État devrait s'efforcer de favoriser de tels programmes et d'encourager les délinquants à y participer: il ne devrait pas les y obliger. Tout en purgeant sa peine pour un délit passé, le délinquant devrait pouvoir augmenter ses chances d'avenir en participant à des cours de formation, à des sessions psychiatriques, de dynamique de groupe, etc. S'il ne croit pas que de tels programmes puissent l'aider, il n'y a pas de raison de le traiter plus sévèrement que ne le justifie son délit. En fait, cette proposition ne me semble pas simplement justifiable en théorie mais aussi en pratique. Il existe peu (s'il en existe) de programmes d'enseignement, de formation ou d'amélioration psychologique qui ne gagnent à ce que les participants aient décidé de leur propre chef d'y consacrer leur temps et leurs efforts.

Supposons qu'on nous réplique qu'il y a des individus qui bénéficieraient vraiment d'un traitement particulier, mais qui sont incapables de faire un choix rationnel si on leur donne la possibilité de choisir. Personnellement, je doute que ce problème aille bien loin, étant donné mes commentaires à propos de la normalité des délits. Je suis pourtant d'accord avec le fait que, par manque de perspicacité et d'intelligence, certains aient des difficultés à faire un choix rationnel. Je placerais dans cette catégorie certains délinquants juvéniles et retardés mentaux, mais en aucun cas tous les délinquants. Je ne vois pas comment il serait possible d'éliminer *a priori*, dans de tels cas, le recours de l'État à des mesures coercitives, pour des motifs purement paternalistes. A mon avis, le fait qu'une personne ait commis une infraction et ait ensuite refusé de se soumettre pour son «bien» à un programme de traitement n'est pas une preuve suffisante de la diminution de ses facultés mentales. Il est nécessaire que se manifestent d'autres symptômes plus révélateurs de son état. S'ils apparaissent, alors cette personne doit être

⁶³ Voir Norval Morris, "Impediments to Penal Reform" (1966) 33 Univ. of Chicago Law Rev. 627, pp. 638 et suivantes.

totale­ment écartée de la juridiction pénale, et ceci est une question de principe. Si une personne est considérée suffisamment normale et responsable pour endurer les marques et la souffrance d'une peine en réponse à ses actes, elle doit également être jugée capable de choisir d'améliorer ou non (ou du moins de modifier) son existence future.

Mais que ferons-nous des individus qui ne répondent pas à cette description et auxquels il semble qu'il faille imposer de force un traitement pour leur bien, mais sans qu'ils s'en rendent compte? Si nous employons la force de l'État à l'endroit d'un individu et que nous la justifions en disant que c'est pour son bien, nous devons alors lui accorder une forme de «droit légal à un traitement». Pendant trop longtemps, on a privé les gens de leur liberté au nom d'un traitement qui ne constituait qu'un vœu pieux. Dans ce genre de situation, l'individu (ou la personne qui agit pour lui) devrait pouvoir passer devant un tribunal judiciaire compétent et exiger qu'on révisé la valeur de ce que la société lui a offert, *en contrepartie* de son intervention forcée dans sa vie privée. Si cette compensation ne lui semble pas suffisamment acceptable, il devrait alors être acquitté de cette pratique correctionnelle. Si l'on s'appliquait actuellement à instaurer ce droit, on assisterait à de nombreuses remises en liberté de ce genre.

Ces propositions ne sont que les préliminaires de la question centrale. La plupart des pratiques correctionnelles en vigueur ont pour but de défendre la société et non pas les intérêts des particuliers. Je crois que le délinquant chronique, psychopathe ou atteint de démence et même le délinquant juvénile, sont soumis au contrôle de l'État, au Canada, pour la raison fondamentale qu'on croit qu'ils représentent une menace pour leur prochain. Nous voulons les mettre à l'écart même si on ne peut assurer le traitement promis. Nous pouvons même décider d'agir contre leur gré, si on dispose de mesures qui les rendront moins dangereux à long terme mais trop déplaisants à court terme pour qu'ils les acceptent volontairement. Quels sont les principes qui doivent animer et limiter la poursuite de cet objectif social?

D'abord, nous devons tracer une ligne de démarcation beaucoup plus nette entre les pratiques de la peine et de la correction. C'est trop souvent l'individu qui aujourd'hui subit les pires maux des deux mondes à cause de cette confusion d'objectifs sociaux. Prenons comme exemple le cas du délinquant «aliéné». La fonction manifeste de la défense de l'aliénation mentale est tout à fait louable: elle veut exempter les malades mentaux de la condamnation et du châti­ment, parce qu'ils n'avaient pas de *mens rea*. Mais une telle défense mène à une ordonnance d'internement de l'accusé acquitté «au bon plaisir du lieutenant-gouverneur», ce qui implique des stigmates plus graves encore qu'une condamnation et un casier judiciaire. L'importance de cet effet latent

de la défense n'échappe pas aux juges et aux procureurs, qui s'efforçaient d'obtenir qu'on l'applique à certains délinquants contre leur gré.

La source du problème c'est le postulat tacite que, sous prétexte qu'un accusé s'est livré un jour à une conduite criminelle, il représente un grave danger dans le futur. Règle générale, ceci est faux. Une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale risque d'être une menace, mais peut aussi bien ne pas l'être. Avant de pouvoir prononcer une ordonnance d'internement, il est nécessaire de pousser l'enquête et de prouver positivement l'existence de cet élément essentiel d'aliénation.

Pourquoi le droit s'en est-il si longtemps dispensé? La raison en est, je pense, que les notions rétributives de conduite préjudiciable sont toujours vivaces, bien que nous ayons légalement excusé l'accusé en raison de son état. Notre attitude vis-à-vis de l'aliéné mental criminel (et aussi du délinquant en état d'ébriété dont les excuses sont rarement prises en considération par le droit pénal) comporte une ambivalence. Alors que nous sentons qu'il est injustifiable de les blâmer, nous répugnons, émotionnellement, à les disculper totalement. Par conséquent, nous leur imposons les souffrances de la détention sans que rien n'en prouve la nécessité pour le futur; pourtant nous leur refusons l'avantage inhérent au châtiment (en particulier qu'une sanction est fonction de ce qu'une conduite passée mérite) en invoquant les rationalisations de la correction.

Il faut mettre un terme à cette hypocrisie. Ceux qui ont commis l'*actus reus* d'un délit, mais sans *mens rea*, doivent être totalement exempts de représailles, acquittés et remis en liberté. Si la raison de l'absence de *mens rea* est l'aliénation mentale, les conséquences, dans le contexte du droit pénal, doivent être les mêmes et il ne devrait pas exister une telle catégorie de démente criminelle. Si une personne représente un danger réel de par son état permanent, l'État doit alors procéder à un procès civil séparé. Les critères de valeurs, les procédures et les conséquences de ce procès doivent découler du postulat qu'ils sont applicables dans la même mesure à ceux qui n'ont pas encore commis de délit.⁶⁴ Je ne veux évidemment pas exclure le cas antérieur du fait criminel pour démontrer le bien-fondé de cette seconde investigation. Dans le cadre de notre expérience, ce serait absurde. Ce que je veux écarter, c'est la situation présente, dans laquelle le fait de l'acte criminel perpétré en raison d'aliénation mentale (et en pratique, pour cause d'ébriété) a un poids déterminant, ce qui est également absurde.

Ceci nous amène à une seconde question clé: qu'entend-on exactement par «*dangereux*»? Cette question se subdivise en deux autres questions: quels genres de dommages voulons-nous prévenir et quelle

⁶⁴ Voir Fletcher, "Two Kinds of Legal Rules" (1968) 77 Yale Law J. 880, pp. 920-21.

doit être la proximité dans le temps de ces dommages, pour que nous puissions justifier la privation obligatoire de la capacité légale et la prescription d'un traitement? Je ne peux rien dire d'utile à propos de la deuxième question. Le dilemme théorique est assez évident. Comment pouvons-nous établir un système de normes et une structure de procédure qui diminuera le nombre de «faux positifs» (ceux à qui on impose un traitement et qui n'en requièrent pas), problème central il me semble, au processus de détermination précise. J'ai à cet égard un point de vue traditionnel. Nous devons d'abord disposer de tables de prédiction valides, *avant* que l'État n'ait le droit d'intervenir. Mais vu que ce point a déjà fait l'objet d'une étude exhaustive, je n'y reviendrai pas ici.

Que dire du problème, logiquement le premier de tous, de la définition des dommages que nous nous proposons de prévenir, par le biais de mesures imposées au nom de la défense sociale? Nous devrions restreindre cet objectif à la prévention des délits qui causent un dommage grave et irrémédiable à leurs victimes et qu'on ne peut pas prévenir par des moyens moins graves. Chaque élément constitutif de ce principe est important. La plupart des cas de dommages au bien d'autrui seraient exclus si seulement la victime pouvait (et devrait) être assurée contre ce genre de dommages. Les infractions qui causent uniquement une souffrance ou un choc psychologique—voies de fait simples, attentat à la pudeur, exhibitionnisme, etc. . . .—seraient exclues parce que le dommage causé n'est pas si grave. Cette pratique devrait donc ne s'occuper essentiellement que de la prévention d'infractions qui impliquent ou risquent sérieusement d'impliquer mort d'homme ou blessures corporelles—homicide, voies de fait avec une arme offensive, vol qualifié, rapt, incendie criminel et viol. Finalement, il nous a fallu avoir recours à d'autres méthodes préventives. Envisageons le cas de l'internement obligatoire d'héroïnomanes à cause du fait que leur intoxication contribue beaucoup au taux élevé de la criminalité. Ceci serait injustifié dans la mesure où il existe un autre moyen de défendre la société—en procurant des doses de maintien d'héroïne sur une base ambulatoire—moyen qui tend à diminuer le taux de criminalité, tout en entretenant cette habitude du drogué. (Si on me dit que cette dernière alternative n'aura pas le résultat avantageux de guérir le drogué, je répondrai que cette forme de paternalisme ne justifie pas la «correction».)

Il est clair qu'adopter ce principe signifierait un remaniement radical du droit canadien actuel et de l'emploi de la réclusion à des fins correctionnelles.⁶⁵ Par conséquent, permettez-moi de revenir au point

⁶⁵ Voir le "Report of the Canadian Committee on Corrections," *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*, (1968), Ch. 13.

essentiel de cette proposition. Je ne dis pas qu'on doive considérer chacun de ces moindres maux comme des infractions pénales et les traiter en conséquence. Ce qui m'intéresse ici c'est la mesure énergique qui consiste à priver un individu de sa liberté quand il n'a pas commis une infraction pour laquelle il est à blâmer (ni le priver de sa liberté) pendant une période excédant la portée habituelle de la peine infligée à des délinquants ordinaires. A ce niveau-là, je n'ai pas l'intention de mettre en question qu'il soit absolument indéfendable d'empiéter sur les intérêts d'un individu. En suivant ce raisonnement, on risque en définitive d'empiéter sérieusement sur les intérêts d'un autre innocent. Mais les seuls dommages que nous devons essayer de prévenir au moyen de cette pratique extraordinaire sont ceux qui entraînent mort d'homme ou blessures corporelles permanentes. Il est vrai que nous courons ainsi le risque répétitif et embarrassant d'une récidive de délits mineurs même de la part de délinquants invétérés. Mais comme Holmes l'observait un jour, «Le droit, comme toute autre invention humaine, doit prendre des risques.»

Le problème qui se pose clairement, ne serait-ce qu'à l'endroit de l'emploi limité de la détention préventive, c'est que, lorsque le droit refuse de courir des risques, c'est toujours au détriment de l'individu défavorisé. L'hypothèse suivant laquelle nous pourrions empiéter sur la liberté de personnes qui, en raison de leur état, ne sont pas passibles de blâme, implique logiquement l'exigence que les établissements de correction soient aussi confortables et intéressées au bien-être des détenus que les hôpitaux ou les maisons de repos (et ressemblent le moins possible à des prisons). Tout le monde sait qu'en pratique ce principe est ignoré. De toute façon, même une détention confortable avec de la bonne nourriture et d'autres agréments prive cependant l'individu de sa liberté et de sa joie de vivre. Permettez-moi d'exposer une façon radicalement différente d'envisager ce problème. Si nous mettons un individu en quarantaine pour défendre les autres contre son état dangereux, nous devons alors compenser la perte de sa liberté. (Les difficultés actuelles de calcul de cette compensation ne sont pas insurmontables. Nous y procédons dans le cas d'arrestations arbitraires et devrions y procéder plus encore dans le cas de condamnations et d'emprisonnements par erreur.)

Considérons d'abord cette proposition comme une question de principe.⁶⁶ Le rôle précis de la société ici est de déposséder pour le bien public, un individu de ses droits de vivre sa vie librement dans l'environnement normal du monde extérieur. Si la société devait le déposséder de ses biens (en général pour en faire un usage plus

⁶⁶ Voir l'ouvrage de Frankel, "Preventive Restraints and Just Compensation", (1968) 78 Yale Law J. 229, pp. 256-67.

avantageux, mais parfois pour prévenir des dangers d'inondation, de glissement de terrain, etc., . . .), il est évident qu'elle devrait le dédommager. Et ce, en vertu du principe suivant lequel le public tire un profit de sa dépossession et que c'est donc ce dernier qui doit en assumer les frais et non pas l'individu malchanceux qui se trouvait sur le chemin de l'État. Le même principe est également valable pour le droit encore plus précieux de l'individu à la liberté. Ne cédon pas à la rhétorique et ne pensons pas que nous diminuons ce droit à la liberté en lui assignant une valeur monétaire. Nous ne faisons en réalité que reconnaître légalement la vraie signification de cet intérêt individuel, même au moment où nous nous sentons obligés d'en faire fi.*

Un tel système de compensation comporte d'autres avantages pratiques. D'abord, il fonctionne comme une forme de dissuasion au niveau du marché pour minimiser l'incidence et la durée de la détention préventive et pour encourager la recherche de moyens nouveaux de diminuer le danger que représente l'individu. N'ayons pas non plus l'illusion de croire que de telles gratifications coûteuses et supplémentaires ne s'adressent qu'à une classe particulière qui ne peut trouver de place dans notre économie. Les coûts de la détention obligatoire sont une réalité et, en ce moment-même au Canada, ils sont déguisés, plus ou moins invisibles, parce que nous les imposons à ces individus infortunés qui sont sacrifiés pour le bien de la collectivité. Je suggère que l'on procède à l'évaluation de ces coûts et qu'ils soient répartis entre les membres de la collectivité bénéficiaire. Ceci fait, il se peut que nous prenions profondément conscience de ce que coûtent effectivement nos pratiques de contrôle social. Alors, les solutions qui effraient actuellement le contribuable lui sembleront moins coûteuses en comparaison.

De la même façon, la création d'une forme limitée d'économie de marché peut s'avérer être la manière la plus fructueuse de garantir un traitement et des conditions plus convenables à ceux que nous mettons sous les verrous. On permettra aux détenus d'avoir de l'argent pour payer les agréments de leur réclusion ainsi que les formes de traitement susceptibles d'en écourter la durée. Un refrain familier qui

* Ma première réaction à l'égard de cette proposition a été que les situations sont différentes: dans ce cas-là nous répondons au danger que représente l'individu et donc nous ne lui sommes redevables en rien pour le privilège de nous en protéger. Après mûre considération, je pense que cette objection ne tient pas debout. En fait, elle reflète l'effacement des notions de «peine» et de «correction» dont j'ai parlé plus haut. Nous blâmons une personne et nous avons de la rancune parce que sa conduite cause un dommage grave à une victime, en dépit de son irresponsabilité. Mais on ne peut pas soutenir ces deux positions à la fois. Si nous décidons d'avoir recours à la pratique particulière de la correction parce qu'un individu n'a aucun contrôle sur son état, nous devons alors écarter de cette pratique toute connotation de blâme. En ce cas la logique de la compensation apparaît clairement.

apparaît dans tous les écrits correctionnels insiste sur la difficulté de détourner psychiatres et psychologues du traitement lucratif de riches névrosés et d'assurer un personnel compétent aux institutions qui reçoivent des personnes qui ont un plus grand besoin de ce genre de soins. Nous nous sommes trop longtemps reposés sur la sagesse et la bienveillance de notre bureaucratie gouvernementale pour résoudre ce problème. Peut-être pourrions-nous maintenant nous servir de «l'aide invisible» du marché pour faire en sorte que la recherche des intérêts personnels aille dans le sens du bien public.

Pendant, si l'on y réfléchit, chacun de ces principes prophylactiques ne fait qu'é luder le problème moral fondamental de la justification. Nous pouvons fixer des limites sévères à l'emploi de la correction, nous pouvons la rendre aussi agréable que possible, nous pouvons même dédommager le malheureux détenu de la perte de sa liberté. Toutefois, nous ne pouvons pas nier la vérité blessante de ce que nous faisons lorsque nous privons une personne de sa capacité de jouir de sa vie comme il l'entend, et ce, pendant une longue période et au stade le plus important de son existence. On ne peut écarter ici, comme dans la pratique de la pénalité, les revendications de la justice, en déclarant de façon réaliste qu'aucune inégalité réellement induite n'est commise. On peut considérer que ces amendes font partie des frais classiques et peu excessifs qu'implique le fait de faire du commerce ou de se livrer à une activité telle que conduire une voiture. Ce genre de sanction est qualitativement différent de la détention dans un hôpital psychiatrique, un centre de désintoxication ou une maison de correction. Bien que nous ayons réussi à diminuer l'importance de la flétrissure morale que comportent de tels ordres d'internement, il n'y a aucun moyen de compenser l'injustice de la perte de la liberté. Lorsque l'on a pris conscience de la vérité brutale de ce fait, pouvons-nous encore le soutenir et, si oui, comment?

Envisageons les situations dans lesquelles la correction obligatoire est effectivement mise en pratique ou proposée sérieusement pour elle-même (et non pas comme un accessoire du droit pénal défini dans son contexte retributif). Pouvons-nous distinguer un dénominateur commun significatif? C'est possible. Le malade mental est incapable de reconnaître les facteurs inconscients qui déterminent sa conduite. Le jeune délinquant n'a pas encore suffisamment développé la maîtrise nécessaire pour contrôler ses impulsions. Le psychopathe manque d'une conscience, d'un sens moral susceptibles de le motiver à agir en fonction des droits et des intérêts de ceux qu'il rencontre sur son chemin. Le drogué éprouve un besoin physiologique puissant de se procurer de la drogue lorsqu'il rencontre des obstacles. Le dénominateur commun à chacun de ces cas

est tout simplement une diminution grave de la capacité de contrôler ses penchants au mal en décidant délibérément de se soumettre à la loi.

Cette question m'incite à la prudence. Je ne veux pas dire que chaque membre de ces vagues catégories sociales—le délinquant juvénile, l'aliéné mental, le drogué ou le psychopathe—souffre de cette incapacité; il est évident que ce n'est pas le cas pour tous. Je ne veux pas non plus dire que ce thème commun n'est vrai que pour ces seules catégories. Beaucoup adhèrent à la proposition que la loi reconnaisse la même force contraignante et puissante chez l'alcoolique, chez les personnes économiquement et socialement défavorisées et peut-être chez d'autres groupes encore. Je ne soutiendrai pas non plus que l'individu le plus représentatif de l'une de ces catégories souffre d'un manque total de maîtrise de soi. Si un héroïnomane, ayant un besoin urgent d'une injection, voit un policier armé debout derrière son fournisseur, il maîtrisera ses besoins malgré les douleurs aiguës que cela puisse engendrer en lui. Le fait est que la loi fonctionne habituellement selon un système général, renforcé par des menaces abstraites de sanction et qui tire la plupart de son influence de l'approbation des particuliers. Le problème est alors qu'une société peut arriver à la conclusion qu'une fraction suffisante des membres d'un groupe déterminé souffre d'une diminution importante de leur capacité de se conformer à ce genre de système juridique. Quand une société gagne assez d'assurance pour prononcer un jugement sur l'une ou davantage de ces catégories, elle décide en général d'adopter un mode différent de contrôle social, celui que j'ai nommé «correction».*

Nous pouvons trouver dans cette menace commune un point critique naturel et raisonnable à l'utilisation de mesures correctionnelles. En fait, cette sphère du droit pénal semble s'articuler autour d'une réciprocité à deux volets. D'un côté, il y a les personnes qui sont capables de formuler des projets d'avenir et de les atteindre; ils sont tout autant capables de respecter délibérément cette même liberté chez les autres. D'un autre côté, il y a ceux qui, en ayant la capacité humaine d'atteindre leurs propres objectifs, sont incapables de décider de tenir compte des droits de leurs voisins.

* Pour éviter toute confusion, je vais revenir ici sur un point dont j'ai déjà parlé. Je ne souscris pas nécessairement à la vérité empirique des perceptions et des théories criminologiques qui ont abouti à l'établissement de quelques-uns de ces programmes légaux (si ce n'est tous). Les récents écrits critiques dans le domaine de la criminologie nous donnent de bonnes raisons de douter, mais je ne tiens pas à dissiper ce doute ici. Une argumentation philosophique risque de battre en brèche la vérité supposée de ses hypothèses fondamentales et je crois que nous possédons suffisamment de moyens de garantir ne serait-ce que la plausibilité de la tendance correctionnelle. La mise en application dans le monde réel de ce jugement de valeur philosophique dépendra de la vérification empirique de ses antécédents.

En ce qui concerne le premier groupe, ceux qui peuvent choisir d'adhérer à la loi, l'État ne doit pas intervenir tant qu'il ne voit pas quel choix ils ont fait. Ce n'est que si et lorsqu'ils décident d'enfreindre la loi que l'État peut (et je crois devrait) prendre l'initiative de les punir et de protéger ainsi le reste de la société. Mais il n'est pas nécessaire de donner cette même chance au deuxième groupe, ceux qui subissent une condition difficilement contrôlable et qui les pousse à une conduite préjudiciable qu'ils ne choisissent pas vraiment. Dans la mesure où ils ne sont pas responsables d'un délit,—puisqu'on ne peut pas les blâmer—on ne peut pas les punir. En vertu du même principe, leur incapacité d'être responsables—d'être blâmés—les prive de tout droit d'exemption de la « correction ». Le psychotique, poussé par sa manie, peut constituer un danger réel pour la liberté des autres citoyens qui ont le droit d'être protégés par l'État. Le fait que sa liberté à cet égard soit diminuée au départ implique qu'il ne peut pas se plaindre d'injustice quand la loi le prive de son droit.

Ceci n'est rien de plus qu'une description de ce dernier principe limitatif. On peut se fonder sur plusieurs arguments pour tenter de le défendre. Certains traitent ce principe sur un plan fonctionnel, en suggérant que c'est un moyen nécessaire de sauver la liberté et la sécurité de tous de l'intervention de l'État quand celui-ci favorise le traitement.⁶⁷ D'autres y voient l'implication d'une théorie générale de justice.⁶⁸ Ceux qui ne sont pas capables de contrôler leur conduite ni de rendre justice aux autres citoyens n'ont aucun droit à ce que l'État leur fasse pleinement justice. En d'autres termes, l'hypothèse fondamentale d'une théorie de la justice réside dans le fait de la liberté humaine dans laquelle il faut chercher l'origine de la valeur d'égalité. Nous accordons un traitement juste, par exemple, au psychopathe lorsque nous l'enfermons à perpétuité même s'il n'a pas vraiment *choisi* de commettre ses délits. Une fois de plus, cette décision de l'État n'a rien d'une mesure de représailles; au contraire, la raison d'être de la correction et la notion de blâme n'y sont pour rien. Je veux dire que ceux qui, à cause de problèmes de la personnalité, sont incapables de s'intégrer dans une institution modelée par des principes de justice—qui sont incapables de respecter les droits égaux des autres à la liberté—ne remplissent pas les conditions nécessaires qui leur permettraient de prétendre aux mêmes droits eux-mêmes.

Quoique je sois convaincu du bien-fondé de cette analyse, elle soulève des dilemmes philosophiques complexes que je ne puis pas aborder comme il le faut ici. Mais qu'il n'y ait pas de malentendu quant

⁶⁷ Ibid., pp. 247 et suivantes.

⁶⁸ Morris, "Persons and Punishment" (1968) 50 *The Monist* 475; Murphy, "Moral Death: A Kantian Essay on Psychopathy", (1972) 82 *Ethics* 284.

à l'orientation de cette argumentation. Le fait que certains ne peuvent pas totalement prétendre à un traitement juste ne signifie pas que l'État possède toute initiative d'exercer son pouvoir. Après tout, il s'agit d'êtres humains et nous sommes moralement obligés de limiter notre intervention de façon à ne pas causer de souffrances inutiles. Comme je l'ai suggéré, on devrait utiliser la correction à l'endroit de personnes qui représentent un danger réel pour les autres; elle devrait entraîner le moins possible de stigmates moraux, être appliquée dans un environnement confortable et agréable, et même être lucrative. Nous devons également nous défier de la possibilité omniprésente d'un diagnostic erroné. En théorie, nous pouvons avoir une bonne idée du genre de troubles de la personnalité auxquels nous avons affaire, mais c'est un problème très différent que de le reconnaître effectivement dans le monde réel. Les conséquences d'une erreur peuvent exposer pour une grande partie de sa vie à la détention préventive une personne en pleine possession de ses facultés. En somme, les individus soumis à la correction ont droit à autre chose qu'à des procédures minutieuses et des traitements bienveillants. L'état qui les prive de leurs capacités totales peut être un état transitoire (c'est le cas des délinquants juvéniles) ou temporaire (la plupart des malades mentaux). La défense de la société ne peut donc pas être la fin suprême de l'organisation du système correctionnel. Ce potentiel latent exige d'être reconnu dans la théorie des peines. En principe, la pratique de la correction doit être organisée de façon à contribuer au maximum à ce que ses sujets atteignent le statut de personnes morales autonomes. Si cela exige des dépenses supplémentaires ou même des risques supplémentaires, ce qui est vraisemblable, qu'il en soit ainsi.

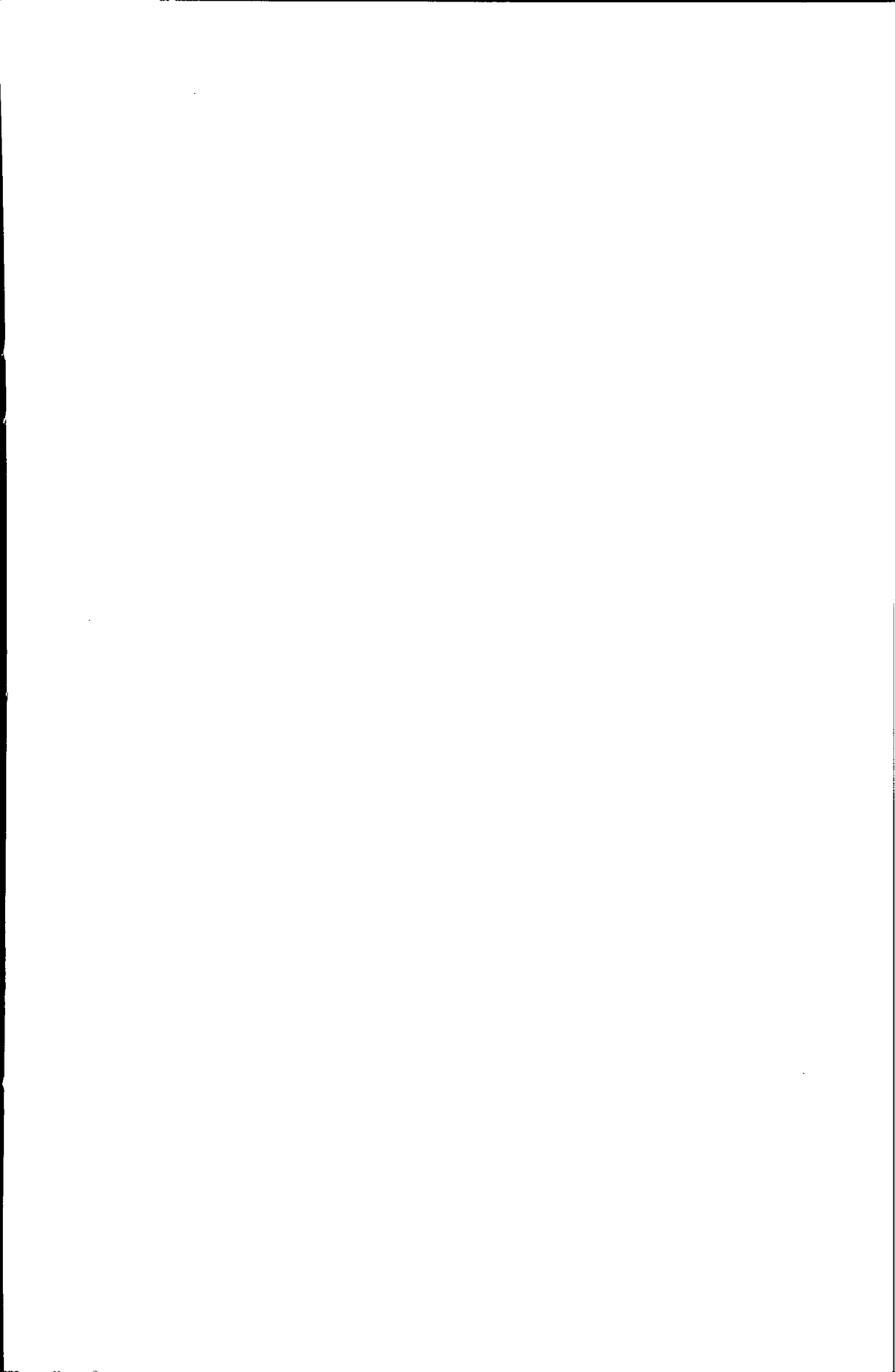
Après toutes ces mises en garde, j'affirme que la pratique de la correction est moralement défendable. Et lorsque nous avons mis à nu les éléments de cette argumentation, nous sommes en mesure de comprendre une doctrine punitive particulière qui affirme que toute personne possède un *droit* au châtement. Comme Herbert Morris l'a dit:⁶⁹

La revendication de l'existence d'un tel droit a provoqué une réaction d'étonnement teinté de mépris pour la perversité de la suggestion. Un droit étrange qu'on ne souhaiterait jamais revendiquer! C'est sur cette figure de style que le chapitre est clos et le problème du droit réglé.

Mais cette question du «droit» est un peu plus apparente maintenant, alors que nous nous rendons compte que l'imposition d'une peine est une pratique qui possède ses traits caractéristiques. L'État doit prouver, hors de tout doute raisonnable et devant le tribunal, qu'une personne s'est livrée à une conduite illégale; dès que cela est établi, elle doit être punie suivant ce qu'elle mérite. L'éthos correctionnel est subversif à l'endroit de chacune de ces restrictions: les limitations de la sentence,

⁶⁹ Morris, cité ci-dessus au # 68, p. 476.

le *mens rea*, l'*actus reus*, le procès accusatoire, et même la preuve hors de tout doute raisonnable. Au sein d'une théorie rétributive, une personne peut exiger qu'on ait recours à son égard à la pratique de la peine seulement, et non pas à celle de la correction. Ceci est un droit précieux, peut-être même inviolable, qui reconnaît notre autonomie, notre libre choix dans la détermination du bien ou du mal. Au cours de ces dernières années, il est indéniable que l'adoption d'une orientation correctionnelle et la réalisation de réformes souhaitables ont répondu à un désir humanitaire de limiter les excès du droit pénal (bien que l'on puisse se demander dans quelle mesure la réforme pénale est effectivement due à cette convergence d'intérêts à l'endroit du traitement). Mais comme la logique de l'idéal de réhabilitation s'est d'elle-même progressivement épurée, il n'y a plus moyen d'avoir confiance en ses bonnes intentions.



Conclusion

Dès le premier chapitre de mon étude, j'ai fait état de l'esprit qui l'anime. J'ai essayé de réhabiliter une apologie de la peine traditionnellement dite rétributive. Je ne me suis nulle part étendu en détail sur la position réductionniste mais cela ne diminue en rien son importance. A partir du moment où une étude choisit de traiter un problème particulier, elle aura inévitablement un caractère de partialité. Dans la théorie du droit pénal en vigueur, il ne me semble pas indispensable de reconnaître la vérité permanente de la tradition rétributive. Pendant plus d'un siècle, on a insisté sur la réduction de la criminalité d'abord par le biais de la dissuasion puis ensuite par le traitement. Une telle insistance était historiquement justifiée; elle a contribué à l'évolution constante et à l'humanisation de notre droit pénal. Mais la poursuite de ce but unique, comme de tout autre, aura aussi des résultats excessifs et malheureux. Dans l'optique de la peine, une théorie rétributive est nécessairement correctionnelle et aujourd'hui nous sommes à même de comprendre pourquoi.

La cause rétributive en faveur de la peine est, depuis des années, lourde de connotations parfois déplaisantes. C'est une tâche ardue que de démêler la complexité de cette théorie. Mais elle comporte à sa base une revendication fondamentale. La peine doit être défendue essentiellement au niveau de la justice de sa distribution et non au niveau de l'utilité sociale de son application. Je vais retracer les grandes lignes de mon argumentation. La proposition spécifique de la «justice rétributive» est que la peine soit infligée à ceux qui la méritent. Cette conclusion est exigée en vertu des principes de justice, lesquels à leur tour

sont fondés sur un critère d'égalité de tous devant la loi. Par conséquent, l'argument punitif est une implication relativement concrète, dans le contexte du droit pénal, d'une théorie générale de la justice appartenant à la philosophie sociale.

Étant donné le caractère de l'esprit moderne, il est difficile d'apprécier ce genre d'argument. Il ne s'agit pas de s'interroger en particulier sur cette question: «le châtement rendra-t-il plus heureux les membres de la société?» mais plutôt: «est-ce que punir est bien ce que nous devons faire?» Beaucoup de gens ne comprennent pas comment le fait de répondre à cette dernière question peut être en lui-même une justification. Ils se demandent ce que les rétributionnistes font de plus que relater leur perception intuitive qu'une infraction doit être suivie d'une peine. Le point de vue utilitariste s'est tellement bien intégré à notre processus mental que, dès qu'il s'agit de justifier une pratique sociale, nous l'envisageons immédiatement en fonction de sa contribution au bien-être social futur. La justice rétributive, au sens strict, ne pose pas ce genre de question pragmatique. Il est donc facile d'éluder la réponse en affirmant qu'il ne s'agit que «d'un dogme, invérifiable et apparemment non plausible».

Dans ces conditions, comment une position qui invite à de tels épithètes a-t-elle pu maintenir sa place dans le débat historique sur la peine? Il est extrêmement courant de trouver, dans les écrits qui abordent la question, l'explication que la théorie rétributive n'est que la rationalisation intellectuelle d'une fixation émotionnelle. Une infraction soulève un désir de vengeance, excite nos tendances à la cruauté et la peine ne fait qu'exprimer ces attitudes de façon institutionnalisée. Au lieu de discuter de la théorie rétributive, nous effectuons plus souvent la psychanalyse du théoricien. Qu'a-t-il bien pu lui arriver au cours de son enfance pour qu'il dise maintenant des choses pareilles? J'aimerais savoir combien de lecteurs de cette étude ont été tentés de poser la question.

On ne peut se départir si rapidement de ce débat. On ne peut pas jurer de la valeur d'un point de vue d'après les attitudes de ses adhérents. La théorie rétributive punitive n'est qu'un élément d'une vision intellectuelle complexe du monde social. Ses conclusions peuvent paraître séduisantes à des personnes dont nous n'apprécions pas le caractère. Cette donnée psychologique n'ébranle en rien la logique de l'argument. Ce n'est que lorsque nous avons démontré le caractère erroné des opinions d'un adversaire que nous avons le droit de les rejeter en raison de ses préjugés. Ceux qui voudraient démontrer les incohérences de la

conception rétributive de la peine doivent d'abord comprendre et apprécier la structure de son raisonnement.*

Quand on en vient à un débat intellectuel, il n'est plus si facile de démolir la notion de rétribution. Pendant quelque temps, l'utilitarisme en tant que théorie sociale générale s'est trouvé complètement à l'écart des assauts critiques de la persuasion kantienne. Sur le plan théorique, il est clair maintenant que la justification ne signifie pas simplement une argumentation pragmatique ou utilitaire. Nous ne pouvons réduire toutes les valeurs à un seul dénominateur commun (appelez-le bonheur, bien-être, ou *bien suprême*) de votre choix, ni évaluer les moyens de le promouvoir d'après les résultats obtenus grâce à ces moyens. Très récemment ces déficiences de la «mécanique sociale» ou de «l'orientation de la politique» ont commencé à pénétrer l'opinion publique dans plusieurs domaines, au niveau de l'action.⁷⁰ Ne soyons pas surpris de voir s'insinuer cette *weltanschauung*** au sein du système de droit pénal.

De la même façon, il existe des tendances internes de l'administration de la justice pénale, lesquelles soulignent de plus en plus la pertinence de la théorie rétributive. Dans des perspectives utilitaristes, l'im-

* Permettez-moi de m'étendre un peu sur cette question et de revenir en référence à une analogie préalable, à la recherche de la justice économique dans la répartition des biens. Actuellement, c'est la place du marché qui détermine radicalement cette distribution. Je crois pouvoir dire que le marché représente un stimulant plus efficace que n'importe quel système, pour la production effective du total optimum des biens profitables (je répète: il n'est pas parfait, mais simplement meilleur). La question est de savoir si son fonctionnement devrait être délibérément limité par des politiques telles que le salaire minimum, l'impôt progressif, le revenu garanti, etc.

On peut démontrer que de telles politiques peuvent nuire à la «rentabilité». Je n'ai jamais trouvé de preuves convaincantes qu'elles maximisent le bien-être ou le bonheur de la société (à défaut de le mieux répartir). Mais ces considérations n'ont ici aucune raison d'être: on peut justifier, en vertu de principes indépendants de justice, de telles politiques salariales et fiscales qui visent à redistribuer tous les biens. Ces principes sont à leur tour fondés sur un critère fondamental d'égalité au sein des relations humaines. Ce n'est pas la peine de dénaturer l'argumentation en tentant de prouver que ces politiques sont fonctionnelles dans toutes leurs applications.

Mais ceux qui ne voient pas comment un argument peut faire figure de justification à moins qu'il ne soit formulé en termes pragmatiques ou utilitaristes n'accepteront pas cela. Ils rejeteront catégoriquement les propositions égalitaires sous prétexte qu'elles sont motivées par un sentiment d'envie à l'égard des riches ou de rancœur à l'égard de ceux qui réussissent. Une fois de plus, il est peut-être vrai que les partisans de telles politiques étaient poussés à défendre leur cause par ce genre d'émotions. Même le fait que cela soit vrai n'a aucun rapport avec leur position. Il faut rattacher les raisons de rejeter le bien-fondé d'une proposition à une certaine incohérence sous-jacente à son argumentation, dans le cas qui nous intéresse une théorie de la justice.

Il y a peu de philosophes aujourd'hui qui refusent cette conception du problème de la justice économique. Assurément, les arguments et les conclusions spécifiques de la justice pénale seront très différentes en raison de la différence de nature de leur objet. Je me contenterai d'affirmer ici que le choix d'un moyen adéquat pour aborder certaines questions présente un problème radicalement identique.

** *weltanschauung*: Mot allemand signifiant conception du monde, philosophie.

⁷⁰ Voir Tribe, "Policy Science: Analysis or Ideology" (1972) 2 *Philosophy and Public Affairs* 66.

position d'une peine n'est essentiellement qu'une spéculation sur l'avenir. Nous misons sur l'insatisfaction immédiate du délinquant dans l'espoir qu'elle contribuera en retour à l'institution d'une société saine et protégée. Malheureusement, nous connaissons mieux les mécanismes des délits et de nos réactions de sorte qu'une telle prise de position nous semble bien hasardeuse. Si j'examine des recherches effectuées, il y a peu de raisons d'être optimiste quand aux possibilités futures de provoquer délibérément une baisse appréciable de la criminalité. Le traitement ne semble pas fructueux en pratique et son fondement sur une théorie de la causalité demeure précaire. Des mesures draconiennes visant à faire respecter «l'ordre et la loi», que ce soit en prononçant des condamnations judiciaires plus sévères, en laissant toute initiative à la police ou en jugeant la Commission des libérations conditionnelles, ne sont pas plus prometteuses. Elles peuvent contribuer à augmenter la marge de dissuasion mais seulement en affaiblissant l'autorité ou l'acceptabilité morale du droit pénal, lesquelles comptent pour une grande part de son influence préventive. Que devons-nous penser de ce nouveau mot d'ordre qui stipule que le moyen de combattre la criminalité est de réduire la pauvreté et de tenter d'accroître la justice sociale? Ces propositions actuelles sont intrinsèquement valables et méritent d'être adoptées pour elles-mêmes; mais nous devons nous défier de ceux qui prédisent qu'une distribution plus juste des richesses aura comme heureux effet la réduction sensible de la criminalité. Plus nous avons connaissance de la vraie répartition sociale de la criminalité (et non pas des condamnations), plus ses rapports avec la pauvreté sont obscurs, c'est le moins que l'on puisse dire.

Je ne veux pas faire ici une description trop partielle. Nous ne pouvons nier l'impact qu'exerce le droit pénal et nous ne pourrions nous en passer sans en ressentir les contrecoups. Il est possible d'établir une analogie solide avec l'éducation.⁷¹ Jusqu'à un certain niveau de fonctionnement, les systèmes éducatifs et juridiques permettent de voir des résultats, qu'il s'agisse de lutter contre la criminalité ou d'éduquer les enfants. Mais à partir de ce point-là, nous n'avons pas de connaissance très sûre quant aux moyens d'améliorer délibérément ces résultats, soit en augmentant, soit en modifiant notre investissement. Des gains marginaux sont toujours possibles mais pour le moment aucun bouleversement ne s'annonce à l'horizon.

Cependant, il est difficile de ne pas voir le dommage que fait un délinquant à sa victime et ensuite celui que la société lui inflige en retour. De tels dommages représentent un mal tangible et entraînent de

⁷¹ Voir l'ouvrage de Jencks et les autres, *Inequality: A Reassessment of the effects of Family and Schooling in America* (1972). Ce livre aboutit à des conclusions très pessimistes sur les effets possibles inhérentes à la réforme de l'éducation.

graves inégalités dans la répartition du bien-être dans notre société. Nous sommes à juste titre sceptiques quant à la possibilité de soumettre l'avenir à notre volonté par le biais des sanctions pénales, mais il est facile de réaliser l'impact qu'elles exercent à court terme sur la position relative de ceux qui respectent la loi et de ceux qui l'ignorent. La réforme du droit pénal au Canada souligne avec insistance ce dernier point, à savoir la justice de la distribution des peines. Le seul moyen de naviguer en sécurité dans ces bas-fonds exige l'établissement d'une version défendable de la justice rétributive.

Quelles sont, sur le plan pratique en matière de droit pénal, les implications d'une telle transformation de notre système abstrait de référence? Je n'ai pas l'intention de récapituler mon analyse des différents aspects qui gagneraient à être réformés. Je voudrais simplement expliciter un thème fondamental. La réforme du droit pénal doit tendre à restreindre son rayon d'action et ses formes d'actualisation.⁷² Le droit recouvre actuellement trop de secteurs et s'occupe de trop de cas: on a introduit la sanction pénale dans des domaines ambigus du comportement humain (tel l'usage de la drogue); on y a recours dans des situations qu'il vaudrait mieux considérer ailleurs que dans le climat dramatique d'un procès pénal (par exemple une violente querelle familiale); la fréquence et la durée des sentences d'emprisonnement sont trop élevées; on ressent une volonté croissante de détruire le système qui mettait à l'abri des condamnations l'accusé innocent. On pourrait débattre en termes utilitaires les problèmes soulevés par chacune de ces situations et évaluer les bénéfices sociaux et les coûts subséquents à une telle portée du droit pénal. Sur cette même base, il se peut que l'on arrive également à une politique de retranchement. Cependant, je pense que nous devrions défendre ces jugements en vertu des principes évidents et permanents de justice à l'égard de l'individu.

Par conséquent, je suis largement d'accord avec les conclusions pratiques que proposent les partisans d'une théorie purement négative de la rétribution, théorie qui considère les revendications de justice comme une simple limite à la lutte contre la criminalité et non pas comme une valeur digne de sauvegarder pour sa valeur intrinsèque. Je n'ai pas l'intention de répéter ma conviction qu'il est impossible de soutenir que des peines particulières ne sont pas méritées et sont, par conséquent, injustes, donc inapplicables, si ce n'est en vertu d'une théorie qui affirme que la peine est méritée dans certains cas, donc juste et

⁷² Le titre de ce livre récent est très révélateur: Schur, *Radical Non-Intervention: Re-thinking the Delinquency Problem*, (1973). Ce volume, qui a attiré mon attention au moment où je terminais cet ouvrage, est un compte rendu excellent des recherches récentes en criminologie. Il arrive à peu près aux mêmes conclusions que moi, à savoir que la marge actuelle qui existe pour améliorer la lutte contre la criminalité par des réformes correctionnelles est très limitée.

applicable. Mais, en pratique, une peine sera justifiée en raison de son but dissuasif et le problème est donc de fixer des limites acceptables à la réalisation de cet objectif.

J'aimerais mentionner à nouveau en conclusion une implication positive du point de vue rétributif embrassé dans son ensemble. D'une façon générale, nous faisons actuellement un emploi excessif de la punition, particulièrement de l'élément essentiel à son fonctionnement, la peine d'emprisonnement. Dans le cas de délits de type «sophistiqué», nous n'y avons pas assez recours. Si un gagne-petit se risque de dérober le sac d'une dame pour se payer une bouteille, il y a de fortes chances qu'il aille en prison. Si un riche administrateur est à la tête d'un système qui a pour but de frauder les consommateurs, sa compagnie sera condamnée à payer une amende. De telles injustices ne devraient pas être permises dans le contexte d'un droit pénal fondé sur des principes de justice—quel que soit leur avantage sur le plan utilitaire. D'autre part, je ne crois pas que le meilleur moyen d'équilibrer les remèdes apportés par la loi soit d'alléger les sentences pour le «vol-à-la-tire».

* * * * *

Nietzsche nous enseigne: «Il faut se défier de ceux dont la soif du châtement l'emporte sur tout». Il avait raison. Pourtant n'était-ce qu'une demi-vérité. Méfiez-vous tout autant de ceux qui proscrivent tout châtement, et qui suggèrent ensuite d'autres moyens d'action.

DEPT. OF JUSTICE
MIN. DE LA JUSTICE

SEP 3 1980

LIBRARY / BUREAU DE
CANADA