

"Source : *Études sur le sentencing*, 232 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1974. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada



études 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

MONTREAL
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 induite 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 châtiment. 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 châtimeut 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 sentencing.

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 sentencing 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 sentencing 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 sentencing 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

Finalement, 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 serviraient 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.)

Partie 1

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 rchange 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 qui sont manifestement 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».

Partie 2

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 le 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». À 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 est 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 bureaucratiation 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 doive 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 châtement 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.

Partie 3

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, antiseptique (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 lésé 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 pourraient 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 SCHEMATIQUE DU MODÈLE

