

"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."

la réforme de la peine

Paul C. Weiler *

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

Partie 1

Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Partie 2

Les différentes sanctions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) la plus importante, quelles sont les normes de conduite décisives qui justifieront le recours à la force par la société?
- (ii) ensuite, par quelles mesures particulières cette force sociale réussira-t-elle à atteindre ses objectifs au niveau de la conduite des membres de cette société?

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

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

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

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

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

(i) *L'étendue des comportements proscrits*

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

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

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

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

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

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

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

L'exemple du stationnement interdit peut paraître banal, mais il ne l'est pas. C'est une infraction parmi d'autres consignées au code de la route, dont les infractions ont un rôle utilitaire essentiel, que cela soit celui d'empêcher les accidents causés par des véhicules moteur, de faciliter la circulation, de contrôler le fonctionnement des voitures et son importance dans la vie urbaine, etc. . . .¹⁹ Ce régime symbolise un changement radical de notre attitude depuis quelques siècles vis-à-vis les interventions gouvernementales. Par suite de l'accroissement démographique et de l'étroite interdépendance de notre communauté, les mécanismes coercitifs de l'État ont pour fonction de faire respecter un nombre croissant de normes *réglementaires*. Ma liste d'exemples n'a pas besoin d'être longue, qu'il s'agisse des règlements relatifs à l'alimentation, aux voitures, au travail, à la distribution des denrées ou touchant plusieurs autres secteurs. Ce phénomène est assez clair. Ce qui nous intéresse ici, c'est la technique mise en œuvre par l'État pour atteindre ces objectifs.

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

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

¹⁹ Il existe un grand nombre de généralisations hâtives dans le droit pénal, tant sur le plan philosophique que criminologique, qui auraient eu profit à ce qu'on tienne compte de leurs implications quant au code de la route. L'ouvrage de Ross: "Traffic Law Violations: A Folk Crime" (1961) 8 *Social Problems* 231 nous fournit des indications précieuses à ce sujet. Voir aussi l'ouvrage de Ross, "Folk Crimes Revisited" (1973) 11 *Criminology* 71.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Henry Hart, "The Aims of the Criminal Law" (1958) 23 *Law and Contemporary Problems* 401, pp. 404-05.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(iii) *La distribution des sanctions pénales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusion

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

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

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

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

La justification de la peine: Théories diverses

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

Il me semble que l'une des raisons essentielles à l'origine de cette situation provient du fait de la cohabitation de principes dissonnants dans la recherche d'une justification morale à l'existence de ces trois différents concepts du droit pénal. Tout d'abord, dans le cadre du droit lui-même, il existe un conflit entre la théorie de la *réduction*¹⁹ et celle de rétribution. La première suppose une justification à l'imposition de sanctions si et seulement si elles contribuent à réduire la proportion des actes criminels commis dans la société. La deuxième rétorque que ces sanctions ne sont justifiables que dans la mesure où le contrevenant a fait quelque chose de répréhensible pour laquelle il doit être châtié. Il est évident que, dans la première perspective, l'argumentation porte sur les effets futurs, c'est-à-dire sur les conséquences positives souhai-

¹⁹ J'ai emprunté ce terme à Walker, *Sentencing in a Rational Society* (1969) p. 3.

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

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

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

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

Diminution de la criminalité dans la société

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La frontière imprécise entre le réductionnisme et la rétribution

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainsi qu'un criminologue le déclarait:²⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* Le cas d'Adolph Eichman en donne un exemple intéressant.⁸⁸ On n'avait à prévenir aucune récidive de sa part, que ce soit par traitement ou par intimidation, parce qu'il avait été appréhendé longtemps après avoir commis ses crimes. Il m'est également assez difficile de penser que le fait de le punir ait ajouté au caractère dissuasif des lois de la guerre ou relatives au génocide. Mais le sentiment de réprobation que sa conduite avait suscité chez des millions de Juifs (et de Gentils) dans le monde, et le ressentiment qui en aurait résulté si on l'avait simplement relâché, ont été des faits bien tangibles qu'un utilitariste ne peut nier. Sans plaider pour le choix particulier de la peine capitale, je pense qu'il est bien évident qu'un utilitariste doit admettre qu'il existe de nombreuses peines graves qui sont justifiées dans ce domaine.

⁸⁸ Voir Hart, *Law, Liberty and Morality* (1963) pp. 58-60.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le sens véritable d'une justice rétributive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PREMIER CAS HYPOTHÉTIQUE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cependant, la philosophie juridique contemporaine (du moins dans le monde anglophone) ne retient à l'unanimité que la première de ces positions et écarte la seconde. L'argumentation rétributive peut en effet mettre des restrictions négatives à la distribution des sanctions dans des cas individuels mais ne peut être comptée au nombre des *objectifs généraux* positifs qui impliquent l'adoption de cette pratique elle-même.⁸⁵

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

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

⁸⁵ Hart a étudié en détail cette distinction dans son ouvrage *Punishment and Responsibility* (1968), en particulier pp. 8-13. Packer a repris le même thème dans son livre *The Limits of the Criminal Sanction*; voir pp. 66-67, par exemple. Je pense que, parmi les ouvrages récents écrits en anglais sur la théorie du droit pénal, ces deux livres font autorité; ils ont d'ailleurs eu une très grande influence. Cette notion capitale qui est à la base de leurs ouvrages respectifs exige d'être appréciée à sa juste valeur.

le bien de tous. Pour paraphraser la plus importante analyse récente des exigences de la justice³⁶, je dirai que les inégalités sont justes si elles contribuent au bien-être des plus démunis et si les situations qui les provoquent impliquent tout le monde. La seule raison que nous pourrions avoir de rejeter des mesures profitables pour tous mais qui deviennent naturellement plus profitables encore pour quelques-uns, c'est l'envie, et ceci ne peut pas être une raison valable.

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

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

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

³⁶ Rawls, *A Theory of Justice* (1971) passim.

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

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

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

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

EXCURSUS: DÉTERMINATION QUANTITATIVE DE LA RÉTRIBUTION PÉNALE

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

On peut répondre au réductionniste qu'il ne lui est pas possible, lui non plus, de déterminer avec précision quelle sera l'ampleur de la force de dissuasion d'une sanction, ou l'efficacité d'un traitement réellement curatif. Nigel Walker a répondu que cette question reflète les limites pratiques de la connaissance empirique. Bref, «les difficultés d'exactitude de la rétribution sont théoriques, fondamentales et insurmontables».³⁷ Je me rallie, ici, à l'opinion des réductionnistes. Tant que ces derniers se limitent au problème des meilleurs moyens à employer pour atteindre le but visé, tel que la dissuasion, le sujet reste appréhendable en termes scientifiques, du moins en théorie si ce n'est en pratique. On peut aller plus loin et dire que les conflits entre deux buts intermédiaires (c'est-à-dire dissuasion et réhabilitation) sont eux-mêmes théoriquement résolubles si l'on se réfère à un objectif plus lointain (disons la réduction de la criminalité). Nigel Walker lui-même suggère la justesse d'un principe tel que *l'humanitarisme*, qui limite les efforts du réductionnisme en excluant certaines peines, (peut-être parce qu'elles sont «cruelles et inhabituelles»). D'autres soutiendront que la protection de la liberté individuelle, exprimée par le concept du *due process*, est également une restriction à la lutte contre la criminalité. Chacune de ces positions, tout comme les revendications de la *justice rétributive*, est une valeur morale indépendante qui est censée diriger et contrôler notre jugement de l'efficacité utilitaire. En raison du fait que chacune implique des revendications *morales*, il n'est pas étonnant qu'elle refuse les réponses *scientifiques* ou empiriques. Le premier point à mettre au clair est que la justice rétributive ne pose pas qu'un problème au juge qui exerce ses fonctions, pour la bonne raison qu'elle lui demande de penser en termes de concepts moraux, par exemple, celui de «mérite».

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

³⁷ Walker, *Sentencing in a Rational Society* (1969) p. 11.

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

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

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

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

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

DEUXIÈME CAS HYPOTHÉTIQUE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La justice rétributive, dépendante de la justice distributive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusion

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

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

La Dialectique de la peine: Modèle institutionnel et justification morale

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

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

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

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

Justice rétributive et pratique du châtime

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ Ibid., p. 594.

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

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

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

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

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

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

DIGRESSION SUR LA RESPONSABILITÉ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Un exemple classique de cette orientation est la découverte et la sanction de « crimes sans victimes » (les délits relatifs aux stupéfiants en sont l'exemple le plus courant). Le fait distinctif de ce secteur du droit pénal est qu'il s'efforce de protéger une personne contre le tort qu'elle peut se faire, plutôt que de prévenir celui qu'elle peut causer à une victime non consentante. Qui plus est, dans presque tous les cas, la société pense au mal infligé à la « personnalité » de l'auteur. Par conséquent, l'objectif de la loi tient tout bonnement d'une forme de paternalisme moral.⁶¹

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

⁶¹ A ce sujet, je me limiterai à quelques considérations rapides, puisque j'ai traité le problème d'une façon très détaillée dans un article qui sera publié bientôt, *Law, Morals and Drugs*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Voilà donc la restriction la plus importante et la plus inflexible que je place implicitement dans mon analyse du recours à l'imposition de la peine. Quelles que soient les autres contraintes pragmatiques qu'on puisse imposer à cette pratique, c'est une question de principe capitale qu'on ne l'applique pas à des individus *innocents*. Ceci est à l'origine de la vitalité permanente des notions de *mens rea* et de «due process» au sein du droit pénal traditionnel. Pour mieux illustrer mon point de vue, je me limiterai à la notion de *mens rea*⁶³ (qui est la clé de l'exclusion légale de l'innocent, alors que la notion de «due process» exige des procédures et des présomptions pour arriver à une disculpation de fait).

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

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

⁶³ On trouvera un exposé plus détaillé de mes points de vue dans mon article "The Supreme Court of Canada and the Doctrines of *Mens Rea*" (1971) 49 Can. Bar. Rev. 280.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dissuasion et pratique de la pénalité

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

Rappelons-nous les caractéristiques de cette sphère de comportement humain et le genre des normes juridiques qui la circonscrivent à cette fin de dissuasion. Un exemple classique est l'affaire *Pierce Fisheries*,⁵⁶ qui présente aussi un intérêt parce que la Cour suprême du Canada a fermement défini l'attitude du droit canadien face à l'une des questions essentielles de cette pratique—la légitimité de la responsabilité stricte dans le cas d'infractions au bien-être public. Dans la situation en question, l'accusation portait sur la possession de homards de trop petite taille, soit 26 homards pesant en tout 50 livres et mesurant moins de 3 pouces 3/16. Nous sommes loin du cas de voies de fait graves résultant en de sérieuses blessures corporelles.

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

⁵⁶ (1970) 5 C.C.C. 193 (S.C. of C.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La pratique de la correction et l'idéal de réhabilitation

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

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

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

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

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

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

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

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

aux coups impitoyables d'une évaluation quantitative. Par conséquent, j'essaierai dans cet essai philosophique de considérer la valeur théorique de l'objectif de réhabilitation. En supposant que le traitement peut s'avérer être une solution réaliste dans certain cas, quels sont les principes moraux qui doivent sous-tendre son utilisation?

Pour pouvoir envisager clairement cette question, il est nécessaire au préalable de la débarrasser de tous les accessoires rhétoriques qui s'y rattachent. D'abord, les partisans du système correctionnel suggèrent trop souvent que les problèmes de justice et de justification morale n'ont aucun rapport avec leur souci d'aider un délinquant par des moyens scientifiques.⁵⁹

Le seul mot *justice* irrite les scientifiques. Aucun chirurgien ne s'attend à ce qu'on lui demande si une opération du cancer est juste ou non, on ne reprochera à aucun docteur que la dose de pénicilline prescrite soit plus ou moins forte que ne l'exige la justice. Les spécialistes du comportement considèrent également qu'il est absurde d'invoquer la justice quand il s'agit de décider du sort d'une femme cleptomane ou d'un homme qui ne peut pas vaincre ses instincts agressifs. Ce genre de comportement doit être contrôlé; on ne peut pas l'encourager; il faut en venir à bout. C'est (aux yeux du spécialiste) une question de sécurité publique, de coexistence pacifique, mais pas de justice

Il est bien évident maintenant qu'une telle analogie est erronée. Le médecin n'opère qu'avec le consentement de son patient. L'État transmet au «spécialiste du comportement» le pouvoir d'exercer la force à l'endroit du délinquant justement parce que ce dernier refuse son «aide». Le criminel violent de naissance a le droit de refuser une lobotomie préfrontale; le drogué peut ne pas apprécier une cure de désintoxication; le délinquant juvénile préfère peut-être rester dans la rue plutôt que d'aller dans une école de rééducation. Les raisons pour lesquelles la société peut à juste titre *demande* l'application de ces mesures sont très claires mais cela ne résoud pas le problème de la *justification*. Pourquoi avons-nous le droit d'empiéter sur les intérêts et les désirs de l'individu, l'utilisant ainsi comme un moyen d'atteindre un but social?

On peut d'ores et déjà comprendre la réaction qu'a provoqué ce point de vue correctionnel trop commun:⁶⁰

Le caractère distinctif du châtement n'est plus dans ces conditions un mobile particulier mais ses conséquences: l'exercice de la force sur une personne, contre son gré.

L'essence du châtement est l'emploi de la force par l'État contre le délinquant, pour le bénéfice prétendu de la société en général.

⁵⁹ Menninger, *The Crime of Punishment* (1968) p. 17.

⁶⁰ American Friends Service Committee Report on Crime and Justice in America, *Struggle for Justice* (1971) pp. 22, 25 et 26.

et on ne doit pas le considérer

comme un profit potentiel du sujet mais invariablement comme un préjudice imposé par la nécessité sociale.

Mais le fait de comprendre une telle réaction ne doit pas nous conduire à une approbation inconditionnelle.

Reconnaître le facteur commun de coercition dans la pratique traditionnelle de la peine et dans la tendance moderniste de la « correction » ne doit pas dissimuler leurs différences fondamentales au niveau de leur raison d'être et de leur nature. L'emploi de la force à l'endroit du délinquant juvénile ou du malade mental pose un problème moral mais n'admet pas nécessairement la même solution morale que celle que nous suggérons à l'égard du directeur de banque coupable de détournement de fonds par exemple. Il y a suffisamment de différences au niveau des situations pour que nous approchions chacune respectivement dans leur contexte.

Le second point provient de l'emploi abusif de la rhétorique scientifique. La criminologie positiviste pose comme prémisse l'existence de causes de la criminalité distinctes liées aux données biographiques du délinquant. Cette croyance des criminologues n'a rien d'original. Une telle théorie béhavioriste se retrouve dans la sociologie contemporaine, les sciences politiques, etc. Le trait distinctif de la criminologie est qu'elle se fonde sur l'hypothèse que la perpétration d'une infraction dénote une déviation, peut-être même pathologique, chez la personne du délinquant (ce qui nécessite par conséquent un traitement). Il est clair maintenant que ce n'étaient là que des prémisses fondées sur des *croyances*, non pas des questions de connaissance scientifique, ni même des mythes productifs pouvant orienter la recherche criminologique. La capacité de commettre une infraction est un élément constitutif normal et essentiel de la condition humaine, et non pas une caractéristique particulière des quelques malheureux qui commettent une infraction, sont arrêtés, jugés, jetés en prison et ensuite soumis à un examen scientifique. (Au contraire, il semblerait plutôt que ce soit la capacité de se conformer aux normes sociales plutôt que de les ignorer dans un but intéressé qui contienne le facteur humain particulier et problématique demandant à être expliqué.)

Cependant, si nous rejetons la définition fondamentale de l'infraction, à savoir qu'elle provient de forces innées qui nous poussent dans des directions prédéterminées, ce n'est pas une raison pour abandonner la recherche des « causes » dans certains domaines. Certains individus peuvent avoir perdu leur capacité de se conformer au droit pénal pour des raisons très spéciales. Je ne veux pas dire qu'ils soient totalement incapables d'obéir à un policier armé d'une matraque. Le

droit pénal fonctionne par le biais de normes générales qui sont communiquées au public dans son ensemble et qui ne représentent qu'une menace abstraite de sanction. Il est facile de comprendre pourquoi, en succombant à une tentation immédiate, certains individus sont momentanément privés de cette capacité de se conformer à la norme juridique. Je citerai l'exemple de l'héroïnomanie qui est contraint de posséder illégalement de la drogue (et souvent, de commettre d'autres délits) pour satisfaire ses besoins insatiables. Le rejet global du point de vue positiviste à l'endroit du délinquant ne saurait écarter la possibilité de faire des recherches scientifiques et de découvrir des situations spécifiques comme celles dont je viens de parler. Si nous réussissons à comprendre les facteurs qui entraînent ce genre d'infraction, il n'est pas dit que nous ne comprenions pas également le moyen de les contrer. Mais cette association naturelle de la criminologie et de la correction devrait opérer à l'échelon individuel et non pas collectif.

Je ne prétends pas pouvoir ici prouver le bien-fondé des revendications établies à l'égard de certaines catégories de délinquants tels que les malades mentaux, les délinquants juvéniles, les toxicomanes ou les psychopathes. Étant donné que nous avons quelques connaissances des causes particulières et des techniques correctionnelles, je m'attacherai surtout au problème de la justification morale de la pratique de la «correction». Bref, existe-t-il des situations dans lesquelles la peine n'est pas justifiable, alors que la correction du délinquant l'est parfaitement?

Ce problème est délicat, et ce, pour une raison élémentaire. La criminologie scientifique veut établir les facteurs de causalité qui expliquent la conduite pénale d'un individu. Cependant, s'ils sont les causes déterminantes de l'infraction, alors le délinquant n'est pas responsable du tort qu'il a causé. Par conséquent, puisqu'il n'est pas possible de le blâmer pour quelque chose qui est plus fort que lui, il est injuste de le punir, de prononcer un jugement, et de lui infliger le traitement classique d'un emprisonnement. La conclusion logique qui découle de cette théorie de la peine est que l'accusé doit être acquitté et remis en liberté.

Mais cette conclusion ne semble pas avoir une grande valeur pratique. Nous n'avons affaire ici ni à un accident inhabituel ni à une erreur fortuite. Si ce délinquant est dépourvu de *mens rea*, c'est qu'il souffre d'une condition qui le prive de la maîtrise de ses actes et le pousse à une conduite préjudiciable quoique involontaire. Or, dès que nous avons établi que son état est une excuse valable qui l'exempte de tout blâme, nous sommes frappés par le danger potentiel que contient ce même état à l'avenir. La pratique de la «correction» est née au moment où l'on a découvert que les raisons particulières de protéger un

délinquant de l'imposition d'une peine sont les mêmes que les raisons de protéger le reste de la société contre ce délinquant.

Dès que nous écartons le principe de *mens rea*, pivot de la conception classique de la pénologie, tout l'édifice menace de s'écrouler. La notion de *choix* est à la base de cet édifice, et j'ai beaucoup insisté là-dessus. Le délinquant a choisi de commettre un acte illégal spécifique qui implique un certain degré mérité de punition. Si l'exigence de *mens rea* disparaît, toute notion de sanction quantitative doit disparaître aussitôt. La perpétration d'un délit n'est plus maintenant que le symptôme d'une «maladie» sous-jacente. Des délits mineurs peuvent entraîner la découverte de problèmes plus importants et insolubles alors qu'il arrive que des délits plus graves ne cachent qu'une déficience bénigne et facilement corrigible. Le traitement doit répondre au délinquant individuel en tant qu'entité, et non à ses actes.*

Un autre élément constitutif de l'attitude légale et tout aussi inattaquable révèle son inconsistance dès qu'on l'aborde au niveau de la théorie. Je veux parler de l'idée qu'un accusé doit avoir *fait quelque chose d'illégal*. La doctrine d'*actus reus* n'a de sens que lorsqu'elle est jointe à celle de *mens rea*. Nous punissons un délinquant parce qu'il a choisi de faire quelque chose d'illégal et de préjudiciable. Mais quand il n'y a pas de choix, nous essayons de traiter scientifiquement les troubles de comportement personnel de l'individu et alors l'exigence d'un comportement spécifique semble dépourvue de toute logique. Si l'état dangereux du délinquant subsiste après son premier délit et après que son cas ait été classé, alors nous sommes en mesure de penser qu'un tel état était latent.

Si on considère *l'actus reus* comme un simple symptôme de cet état, on peut alors en trouver d'autres, également valables. Si nous visons la seule prévention et si nous nous estimons capables de venir à bout du danger que représente cet état présentement, il ne semble pas logique de vouloir prévenir seulement la perpétration de la deuxième infraction et non la première.

* M. George Street, président de la Commission des libérations conditionnelles et partisan fervent du point de vue correctionnel, exprime de façon représentative les implications d'une telle façon de penser dans ce commentaire:²¹

La solution idéale au problème de la criminalité serait que, lorsqu'une personne commet un délit et surtout un délit grave, elle soit placée sous garde aussi longtemps, mais pas plus qu'il ne le faut. S'il n'est pas possible d'exercer un contrôle efficace au sein de la société, alors cette personne sera placée en détention préventive. En aucun cas, on ne doit lui redonner sa liberté absolue avant que ses intentions de bonne conduite ne soient évidentes. Jusque-là, elle doit être soumise à une surveillance étroite, qu'elle soit détenue ou non.

²¹ Citation extraite de l'ouvrage de Wolff, *The Relation between the Court and the National Parole Board*, (1969) 19 Univ. of Toronto Law J. 559, p. 587.

Finalement, comme il est de plus en plus difficile de cerner la spécificité de l'acte illégal, la valeur d'un jugement devient contestable. Je ne me réfère pas seulement à l'incompatibilité des hypothèses que pose un procès accusatoire, avec la raison d'être de la pratique correctionnelle, bien que cela fasse partie de mon argumentation. Ceux dont le but est de réhabiliter une personne sujette à des troubles du comportement seront toujours choqués par un système qui confie le sort d'un accusé à la compétence juridique de son avocat. De même, il faut envisager l'éternel problème des témoignages au cours des débats, et de la communication d'informations personnelles « délicates » concernant sa famille, ses amis et lui-même, dans le cas d'un accusé délinquant ou malade mental. Pourtant malgré le bien-fondé de ces inquiétudes, nous préférons parfois en payer le prix de façon à ce que la procédure soit plus juste. Le problème le plus important est d'ordre institutionnel. Le système prévoyant le recours au tribunal est adéquat, je dirai même le meilleur qui soit, pour garantir une décision impartiale et avisée à l'endroit d'événements factuels controversés.

Ce système s'avère beaucoup moins satisfaisant lorsque le sujet de l'enquête porte sur le diagnostic de l'état général d'une personne et sur la prescription d'un type de traitement sur mesure. Ces matières exigent des recherches moins officielles, plus larges et dominées par le pouvoir inquisitorial du juge et des experts. La combinaison de l'idéal de réhabilitation et du procès accusatoire est au mieux un mariage de raison.

Je ne me livre pas ici à une dialectique abstraite. Il est aisé de voir comment les implications logiques de l'idéal correctionnel prennent corps dans la réalité de cette pratique (l'on connaît divers exemples de mélanges variés de pureté d'intention et de compromis). Mais quand nous faisons abstraction de ces éléments et élaborons le modèle correctionnel, le problème capital surgit: quelles sont les limites de la correction? La structure classique—avec les restrictions théoriques qu'elle impose à la conduite préjudiciable, au choix volontaire, à la sentence proportionnellement équitable et qui sont toutes appliquées dans le cadre d'un procès accusatoire—peut présenter une certaine cohésion interne, mais elle est tout à fait inadéquate dès qu'il s'agit du cas des malades mentaux, par exemple. Et si nous écartons ces restrictions, par quoi les remplacerons-nous?

Pendant quelque temps, on vit se manifester un sentiment de confiance à l'égard de l'entière discrétion des experts. Ces derniers n'avaient pas besoin des limitations artificielles de la loi comme les juges, les procureurs, les policiers ou les directeurs de prison. Si l'on pouvait

supposer que l'entreprise correctionnelle soit façonnée par certaines connaissances scientifiques objectives, alors on pourrait s'appuyer sur cette source interne, impersonnelle, détachée et prudente pour décider de la façon de traiter des problèmes d'un individu. Mais l'histoire nous enseigne qu'il ne faut avoir en rien une confiance absolue—la connaissance dont nous disposons est trop aléatoire, trop mobile, trop en fonction de nos jugements personnels. Le fait qu'un tel jugement soit prononcé au service de l'État expose le sort de l'individu à la corruption et aux abus et plus encore à l'insensibilité de la bureaucratie. Il est évident que l'on a besoin de méthodes de contrôle efficace au sein de la pratique correctionnelle, mais ces méthodes doivent correspondre d'une façon cohérente aux prémisses de l'idéal de réhabilitation.*⁶²

* Je pense qu'il est important de procéder à une qualification définitive. La plupart des écrivains qui se sont penchés sur ce problème s'imaginent pouvoir concilier ces deux aspects. D'une part, le but du système pénal en question devrait être la réhabilitation. D'autre part, ce but tend à être soumis à plusieurs restrictions traditionnelles (sinon à toutes) qui font partie d'un droit pénal résolument punitif. On arriverait en conclusion à un procès formel dans lequel serait prouvé hors d'un doute raisonnable qu'une personne a commis un acte spécifiquement illégal et encourt une sanction maximale. Le but de la réhabilitation ne saurait être poursuivi tant que ces conditions ne sont pas remplies. Ceci est une description honnête du programme inspiré par des théoriciens du droit, programme qui est largement adopté par la Cour Suprême des États-Unis et fait partie de la révolution quant à l'application du «due process» au niveau du tribunal pour jeunes délinquants. Mais je demeure assez sceptique quant à la possibilité d'intégrer, dans le cadre légal classique du droit pénal, cette volonté forcenée de réhabilitation. Les fondements intellectuels de chacun sont trop radicalement incompatibles.

La réhabilitation suppose un problème spécifique de la personnalité (quelle que soit la façon dont on le conçoit) qui s'est manifesté en un délit symptomatique. Autrement, que resterait-il à traiter? Supposons que ceux qui participent à la procédure correctionnelle croient que le délinquant a agi comme il l'a fait parce qu'il souffre de troubles du comportement. Comment peuvent-ils alors comprendre la raison d'être d'un système juridique complexe basé sur les notions de mérite et de châtiement et qui, par définition, limite leurs efforts? Bien sûr, ces contraintes peuvent être artificiellement imposées par des autorités supérieures mais on sait que le chemin à parcourir est long avant que chacun s'y conforme.

Supposons que le système juridique soit volontairement adopté par ceux-là même que gênent les hypothèses et les méthodes de la réhabilitation. Quelle est alors la situation de l'accusé? Il a été officiellement et solennellement déclaré coupable d'un délit particulier, a reçu des garanties d'une procédure équitable, et on a prononcé la sentence correspondant à ses actes. L'exécution de cette sentence sera considérée comme méritée, il sera marqué des stigmates du châtiement; l'atmosphère est chargée d'émotions qui, dès le départ, sont contraires à l'objectif de réhabilitation.

En matière de droit pénal, comme partout ailleurs, on ne réussit jamais à gagner sur deux fronts pendant longtemps. Si nous admettons que les hypothèses intellectuelles de la correction sont valables pour un certain type de délinquant, nous ne devrions pas chercher des restrictions à cette pratique dans une région qui propose une vision tellement différente de délinquant. Il doit y avoir des limites à l'exercice du pouvoir de l'État. Mais nous devons nous efforcer de les formuler d'une façon qui réponde à la logique interne de la pratique que nous tentons de contrôler.

⁶² Le partisan de ce point de vue qui a eu le plus d'influence a été Francis Allen; voir son ouvrage, *The Borderland of Criminal Justice*, (1964) particulièrement Ch. 2; voir aussi son ouvrage, *Legal Values and Correctional Values* (1968) 18 Univ. of Toronto Law J. 119.

Par conséquent, je proposerai différents principes limitatifs destinés à maximiser l'économie et la justice de nos diverses pratiques correctionnelles. J'hésite un peu à déterminer la nature de ces principes. Je ne suis pas certain qu'on puisse les déduire logiquement d'une théorie de la peine et il est facile d'imaginer des situations où nous devons à juste titre leur faire une entorse, ou même les enfreindre. Pourtant, de par leur rôle de lignes de force au sein d'institutions qui doivent fonctionner ensemble, ils aideraient certainement à dissiper la confusion actuelle.

La première étape importante consiste à énumérer les différents buts et objectifs de la pratique de la correction et à sélectionner le plus important. Il est juste de dire que l'objectif premier vers lequel tendent tous les efforts actuels des participants est la réhabilitation. Pourtant cette affirmation dissimule une ambiguïté fondamentale. *Pourquoi* voulons-nous réhabiliter un délinquant? Voulons-nous aider l'individu à résoudre ses problèmes d'inadaptation sociale ou voulons-nous protéger les autres citoyens des effets dangereux de son état?

Assurément, il est logique de dire que ces deux objectifs peuvent se compléter. Nous pouvons concevoir des situations où nous emploierons la force à l'endroit d'un individu en croyant de *bonne foi* que cela servira ses intérêts à long terme (par exemple, on peut à juste titre employer la force pour dissuader du suicide une personne bouleversée par un malheur récent). Mais nous parlons de la structure d'une pratique qui est mise en vigueur par un grand nombre de gens, qui applique des critères imprécis à un grand nombre de situations et qui a recours au pouvoir coercitif de l'État. Je pense qu'il serait sensé (en se gardant du piège omniprésent de l'hypocrisie) de définir la défense de la société et non pas le bien-être de l'individu comme but principal de cette pratique.* Cela n'empêche pas qu'il y ait des moyens valables de traiter les troubles de comportement d'un individu et d'améliorer ainsi son existence

* Nous pourrions ensuite envisager avec plus d'impartialité et voir plus clairement cette vérité: la pratique actuelle de la correction n'a pas attendu que des méthodes réalisables de réhabilitation soient disponibles. Elle a donc institué nos lois de détention préventive—privation de la capacité légale d'un délinquant jusqu'à ce que l'on traite son cas. Comme l'a exprimé Herbert Packer: «*La privation de la liberté est le revers de la médaille de la réhabilitation. Elle semble parfois en être l'aspect négatif.*» Même dans ces cas-là, la réhabilitation ne disparaît pas complètement du tableau. A défaut d'autre chose, le temps élimine souvent les dangers de telles conditions—soit que le délinquant juvénile arrive à maturité, soit que le malfaiteur invétéré se fasse vieux. Nous pourrions même qualifier de correctionnelle, dans le sens que lui donne M. Pickwick, une pratique qui met en quarantaine de telles personnes. Mais, elle atteint son but en se servant ostensiblement du pouvoir de l'État pour sacrifier les perspectives individuelles à l'intérêt général de prévention de la criminalité. Cette réalité, mise à jour ici, se dessine à l'arrière-plan des programmes thérapeutiques les plus révolutionnaires et les plus fantaisistes. Si nous voulons limiter d'une façon raisonnable l'emploi de la force à l'endroit d'un traitement, nous devons viser la justification de la défense sociale et ne jamais la perdre de vue.

et de la rendre plus heureuse. Mais dans la grande majorité des cas (c'est-à-dire ceux qui intéressent les institutions) il est permis de supposer que l'individu est plus à même de les percevoir que les autorités. S'il veut tirer profit de la possibilité d'un «traitement» qui vise essentiellement son bien, qu'on lui permette de le faire de son propre gré.

Comme corollaire à ce principe, je suggérerais une attitude très différente à l'égard de la réhabilitation dans le contexte du droit pénal en général. Un délinquant doit être condamné à une sanction proportionnelle à ce qu'il mérite et qui servira aussi le but de prévention générale. Au nom d'un but de réhabilitation, on n'a pas le droit d'infliger une peine trop grande à un individu. Cependant nous pouvons, pendant sa période de condamnation, tenter de déterminer les facteurs qui ont poussé cet individu à mener une existence criminelle.⁶⁸ De plus, dans ce contexte, le choix d'un programme spécifique de réhabilitation devrait être *volontaire*. L'État devrait s'efforcer de favoriser de tels programmes et d'encourager les délinquants à y participer: il ne devrait pas les y obliger. Tout en purgeant sa peine pour un délit passé, le délinquant devrait pouvoir augmenter ses chances d'avenir en participant à des cours de formation, à des sessions psychiatriques, de dynamique de groupe, etc. S'il ne croit pas que de tels programmes puissent l'aider, il n'y a pas de raison de le traiter plus sévèrement que ne le justifie son délit. En fait, cette proposition ne me semble pas simplement justifiable en théorie mais aussi en pratique. Il existe peu (s'il en existe) de programmes d'enseignement, de formation ou d'amélioration psychologique qui ne gagnent à ce que les participants aient décidé de leur propre chef d'y consacrer leur temps et leurs efforts.

Supposons qu'on nous réplique qu'il y a des individus qui bénéficieraient vraiment d'un traitement particulier, mais qui sont incapables de faire un choix rationnel si on leur donne la possibilité de choisir. Personnellement, je doute que ce problème aille bien loin, étant donné mes commentaires à propos de la normalité des délits. Je suis pourtant d'accord avec le fait que, par manque de perspicacité et d'intelligence, certains aient des difficultés à faire un choix rationnel. Je placerais dans cette catégorie certains délinquants juvéniles et retardés mentaux, mais en aucun cas tous les délinquants. Je ne vois pas comment il serait possible d'éliminer *a priori*, dans de tels cas, le recours de l'État à des mesures coercitives, pour des motifs purement paternalistes. A mon avis, le fait qu'une personne ait commis une infraction et ait ensuite refusé de se soumettre pour son «bien» à un programme de traitement n'est pas une preuve suffisante de la diminution de ses facultés mentales. Il est nécessaire que se manifestent d'autres symptômes plus révélateurs de son état. S'ils apparaissent, alors cette personne doit être

⁶⁸ Voir Norval Morris, "Impediments to Penal Reform" (1966) 33 Univ. of Chicago Law Rev. 627, pp. 638 et suivantes.

totale­ment écartée de la juridiction pénale, et ceci est une question de principe. Si une personne est considérée suffisamment normale et responsable pour endurer les marques et la souffrance d'une peine en réponse à ses actes, elle doit également être jugée capable de choisir d'améliorer ou non (ou du moins de modifier) son existence future.

Mais que ferons-nous des individus qui ne répondent pas à cette description et auxquels il semble qu'il faille imposer de force un traitement pour leur bien, mais sans qu'ils s'en rendent compte? Si nous employons la force de l'État à l'endroit d'un individu et que nous la justifions en disant que c'est pour son bien, nous devons alors lui accorder une forme de «droit légal à un traitement». Pendant trop longtemps, on a privé les gens de leur liberté au nom d'un traitement qui ne constituait qu'un vœu pieux. Dans ce genre de situation, l'individu (ou la personne qui agit pour lui) devrait pouvoir passer devant un tribunal judiciaire compétent et exiger qu'on révisé la valeur de ce que la société lui a offert, *en contrepartie* de son intervention forcée dans sa vie privée. Si cette compensation ne lui semble pas suffisamment acceptable, il devrait alors être acquitté de cette pratique correctionnelle. Si l'on s'appliquait actuellement à instaurer ce droit, on assisterait à de nombreuses remises en liberté de ce genre.

Ces propositions ne sont que les préliminaires de la question centrale. La plupart des pratiques correctionnelles en vigueur ont pour but de défendre la société et non pas les intérêts des particuliers. Je crois que le délinquant chronique, psychopathe ou atteint de démence et même le délinquant juvénile, sont soumis au contrôle de l'État, au Canada, pour la raison fondamentale qu'on croit qu'ils représentent une menace pour leur prochain. Nous voulons les mettre à l'écart même si on ne peut assurer le traitement promis. Nous pouvons même décider d'agir contre leur gré, si on dispose de mesures qui les rendront moins dangereux à long terme mais trop déplaisants à court terme pour qu'ils les acceptent volontairement. Quels sont les principes qui doivent animer et limiter la poursuite de cet objectif social?

D'abord, nous devons tracer une ligne de démarcation beaucoup plus nette entre les pratiques de la peine et de la correction. C'est trop souvent l'individu qui aujourd'hui subit les pires maux des deux mondes à cause de cette confusion d'objectifs sociaux. Prenons comme exemple le cas du délinquant «aliéné». La fonction manifeste de la défense de l'aliénation mentale est tout à fait louable: elle veut exempter les malades mentaux de la condamnation et du châ­time­ment, parce qu'ils n'avaient pas de *mens rea*. Mais une telle défense mène à une ordonnance d'internement de l'accusé acquitté «au bon plaisir du lieutenant-gouverneur», ce qui implique des stigmates plus graves encore qu'une condamnation et un casier judiciaire. L'importance de cet effet latent

de la défense n'échappe pas aux juges et aux procureurs, qui s'efforçaient d'obtenir qu'on l'applique à certains délinquants contre leur gré.

La source du problème c'est le postulat tacite que, sous prétexte qu'un accusé s'est livré un jour à une conduite criminelle, il représente un grave danger dans le futur. Règle générale, ceci est faux. Une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale risque d'être une menace, mais peut aussi bien ne pas l'être. Avant de pouvoir prononcer une ordonnance d'internement, il est nécessaire de pousser l'enquête et de prouver positivement l'existence de cet élément essentiel d'aliénation.

Pourquoi le droit s'en est-il si longtemps dispensé? La raison en est, je pense, que les notions rétributives de conduite préjudiciable sont toujours vivaces, bien que nous ayons légalement excusé l'accusé en raison de son état. Notre attitude vis-à-vis de l'aliéné mental criminel (et aussi du délinquant en état d'ébriété dont les excuses sont rarement prises en considération par le droit pénal) comporte une ambivalence. Alors que nous sentons qu'il est injustifiable de les blâmer, nous répugnons, émotionnellement, à les disculper totalement. Par conséquent, nous leur imposons les souffrances de la détention sans que rien n'en prouve la nécessité pour le futur; pourtant nous leur refusons l'avantage inhérent au châtement (en particulier qu'une sanction est fonction de ce qu'une conduite passée mérite) en invoquant les rationalisations de la correction.

Il faut mettre un terme à cette hypocrisie. Ceux qui ont commis l'*actus reus* d'un délit, mais sans *mens rea*, doivent être totalement exempts de représailles, acquittés et remis en liberté. Si la raison de l'absence de *mens rea* est l'aliénation mentale, les conséquences, dans le contexte du droit pénal, doivent être les mêmes et il ne devrait pas exister une telle catégorie de démence criminelle. Si une personne représente un danger réel de par son état permanent, l'État doit alors procéder à un procès civil séparé. Les critères de valeurs, les procédures et les conséquences de ce procès doivent découler du postulat qu'ils sont applicables dans la même mesure à ceux qui n'ont pas encore commis de délit.⁶⁴ Je ne veux évidemment pas exclure le cas antérieur du fait criminel pour démontrer le bien-fondé de cette seconde investigation. Dans le cadre de notre expérience, ce serait absurde. Ce que je veux écarter, c'est la situation présente, dans laquelle le fait de l'acte criminel perpétré en raison d'aliénation mentale (et en pratique, pour cause d'ébriété) a un poids déterminant, ce qui est également absurde.

Ceci nous amène à une seconde question clé: qu'entend-on exactement par «dangereux»? Cette question se subdivise en deux autres questions: quels genres de dommages voulons-nous prévenir et quelle

⁶⁴ Voir Fletcher, "Two Kinds of Legal Rules" (1968) 77 Yale Law J. 880, pp. 920-21.

doit être la proximité dans le temps de ces dommages, pour que nous puissions justifier la privation obligatoire de la capacité légale et la prescription d'un traitement? Je ne peux rien dire d'utile à propos de la deuxième question. Le dilemme théorique est assez évident. Comment pouvons-nous établir un système de normes et une structure de procédure qui diminuera le nombre de «faux positifs» (ceux à qui on impose un traitement et qui n'en requièrent pas), problème central il me semble, au processus de détermination précise. J'ai à cet égard un point de vue traditionnel. Nous devons d'abord disposer de tables de prédiction valides, *avant* que l'État n'ait le droit d'intervenir. Mais vu que ce point a déjà fait l'objet d'une étude exhaustive, je n'y reviendrai pas ici.

Que dire du problème, logiquement le premier de tous, de la définition des dommages que nous nous proposons de prévenir, par le biais de mesures imposées au nom de la défense sociale? Nous devrions restreindre cet objectif à la prévention des délits qui causent un dommage grave et irrémédiable à leurs victimes et qu'on ne peut pas prévenir par des moyens moins graves. Chaque élément constitutif de ce principe est important. La plupart des cas de dommages au bien d'autrui seraient exclus si seulement la victime pouvait (et devrait) être assurée contre ce genre de dommages. Les infractions qui causent uniquement une souffrance ou un choc psychologique—voies de fait simples, attentat à la pudeur, exhibitionnisme, etc. . . .—seraient exclues parce que le dommage causé n'est pas si grave. Cette pratique devrait donc ne s'occuper essentiellement que de la prévention d'infractions qui impliquent ou risquent sérieusement d'impliquer mort d'homme ou blessures corporelles—homicide, voies de fait avec une arme offensive, vol qualifié, rapt, incendie criminel et viol. Finalement, il nous a fallu avoir recours à d'autres méthodes préventives. Envisageons le cas de l'internement obligatoire d'héroïnomanes à cause du fait que leur intoxication contribue beaucoup au taux élevé de la criminalité. Ceci serait injustifié dans la mesure où il existe un autre moyen de défendre la société—en procurant des doses de maintien d'héroïne sur une base ambulatoire—moyen qui tend à diminuer le taux de criminalité, tout en entretenant cette habitude du drogué. (Si on me dit que cette dernière alternative n'aura pas le résultat avantageux de guérir le drogué, je répondrai que cette forme de paternalisme ne justifie pas la «correction».)

Il est clair qu'adopter ce principe signifierait un remaniement radical du droit canadien actuel et de l'emploi de la réclusion à des fins correctionnelles.⁶⁵ Par conséquent, permettez-moi de revenir au point

⁶⁵ Voir le "Report of the Canadian Committee on Corrections," *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*, (1968), Ch. 13.

essentiel de cette proposition. Je ne dis pas qu'on doive considérer chacun de ces moindres maux comme des infractions pénales et les traiter en conséquence. Ce qui m'intéresse ici c'est la mesure énergique qui consiste à priver un individu de sa liberté quand il n'a pas commis une infraction pour laquelle il est à blâmer (ni le priver de sa liberté) pendant une période excédant la portée habituelle de la peine infligée à des délinquants ordinaires. A ce niveau-là, je n'ai pas l'intention de mettre en question qu'il soit absolument indéfendable d'empiéter sur les intérêts d'un individu. En suivant ce raisonnement, on risque en définitive d'empiéter sérieusement sur les intérêts d'un autre innocent. Mais les seuls dommages que nous devons essayer de prévenir au moyen de cette pratique extraordinaire sont ceux qui entraînent mort d'homme ou blessures corporelles permanentes. Il est vrai que nous courons ainsi le risque répétitif et embarrassant d'une récurrence de délits mineurs même de la part de délinquants invétérés. Mais comme Holmes l'observait un jour, «Le droit, comme toute autre invention humaine, doit prendre des risques.»

Le problème qui se pose clairement, ne serait-ce qu'à l'endroit de l'emploi limité de la détention préventive, c'est que, lorsque le droit refuse de courir des risques, c'est toujours au détriment de l'individu défavorisé. L'hypothèse suivant laquelle nous pourrions empiéter sur la liberté de personnes qui, en raison de leur état, ne sont pas passibles de blâme, implique logiquement l'exigence que les établissements de correction soient aussi confortables et intéressées au bien-être des détenus que les hôpitaux ou les maisons de repos (et ressemblent le moins possible à des prisons). Tout le monde sait qu'en pratique ce principe est ignoré. De toute façon, même une détention confortable avec de la bonne nourriture et d'autres agréments prive cependant l'individu de sa liberté et de sa joie de vivre. Permettez-moi d'exposer une façon radicalement différente d'envisager ce problème. Si nous mettons un individu en quarantaine pour défendre les autres contre son état dangereux, nous devons alors compenser la perte de sa liberté. (Les difficultés actuelles de calcul de cette compensation ne sont pas insurmontables. Nous y procédons dans le cas d'arrestations arbitraires et devrions y procéder plus encore dans le cas de condamnations et d'emprisonnements par erreur.)

Considérons d'abord cette proposition comme une question de principe.⁶⁶ Le rôle précis de la société ici est de déposséder pour le bien public, un individu de ses droits de vivre sa vie librement dans l'environnement normal du monde extérieur. Si la société devait le déposséder de ses biens (en général pour en faire un usage plus

⁶⁶ Voir l'ouvrage de Frankel, "Preventive Restraints and Just Compensation", (1968) 78 Yale Law J. 229, pp. 256-67.

avantageux, mais parfois pour prévenir des dangers d'inondation, de glissement de terrain, etc., . . .), il est évident qu'elle devrait le dédommager. Et ce, en vertu du principe suivant lequel le public tire un profit de sa dépossession et que c'est donc ce dernier qui doit en assumer les frais et non pas l'individu malchanceux qui se trouvait sur le chemin de l'État. Le même principe est également valable pour le droit encore plus précieux de l'individu à la liberté. Ne cédon pas à la rhétorique et ne pensons pas que nous diminuons ce droit à la liberté en lui assignant une valeur monétaire. Nous ne faisons en réalité que reconnaître légalement la vraie signification de cet intérêt individuel, même au moment où nous nous sentons obligés d'en faire fi.*

Un tel système de compensation comporte d'autres avantages pratiques. D'abord, il fonctionne comme une forme de dissuasion au niveau du marché pour minimiser l'incidence et la durée de la détention préventive et pour encourager la recherche de moyens nouveaux de diminuer le danger que représente l'individu. N'ayons pas non plus l'illusion de croire que de telles gratifications coûteuses et supplémentaires ne s'adressent qu'à une classe particulière qui ne peut trouver de place dans notre économie. Les coûts de la détention obligatoire sont une réalité et, en ce moment-même au Canada, ils sont déguisés, plus ou moins invisibles, parce que nous les imposons à ces individus infortunés qui sont sacrifiés pour le bien de la collectivité. Je suggère que l'on procède à l'évaluation de ces coûts et qu'ils soient répartis entre les membres de la collectivité bénéficiaire. Ceci fait, il se peut que nous prenions profondément conscience de ce que coûtent effectivement nos pratiques de contrôle social. Alors, les solutions qui effraient actuellement le contribuable lui sembleront moins coûteuses en comparaison.

De la même façon, la création d'une forme limitée d'économie de marché peut s'avérer être la manière la plus fructueuse de garantir un traitement et des conditions plus convenables à ceux que nous mettons sous les verrous. On permettra aux détenus d'avoir de l'argent pour payer les agréments de leur réclusion ainsi que les formes de traitement susceptibles d'en écourter la durée. Un refrain familier qui

* Ma première réaction à l'égard de cette proposition a été que les situations sont différentes: dans ce cas-là nous répondons au danger que représente l'individu et donc nous ne lui sommes redevables en rien pour le privilège de nous en protéger. Après mûre considération, je pense que cette objection ne tient pas debout. En fait, elle reflète l'effacement des notions de «peine» et de «correction» dont j'ai parlé plus haut. Nous blâmons une personne et nous avons de la rancune parce que sa conduite cause un dommage grave à une victime, en dépit de son irresponsabilité. Mais on ne peut pas soutenir ces deux positions à la fois. Si nous décidons d'avoir recours à la pratique particulière de la correction parce qu'un individu n'a aucun contrôle sur son état, nous devons alors écarter de cette pratique toute connotation de blâme. En ce cas la logique de la compensation apparaît clairement.

apparaît dans tous les écrits correctionnels insiste sur la difficulté de détourner psychiatres et psychologues du traitement lucratif de riches névrosés et d'assurer un personnel compétent aux institutions qui reçoivent des personnes qui ont un plus grand besoin de ce genre de soins. Nous nous sommes trop longtemps reposés sur la sagesse et la bienveillance de notre bureaucratie gouvernementale pour résoudre ce problème. Peut-être pourrions-nous maintenant nous servir de «l'aide invisible» du marché pour faire en sorte que la recherche des intérêts personnels aille dans le sens du bien public.

Cependant, si l'on y réfléchit, chacun de ces principes prophylactiques ne fait qu'é luder le problème moral fondamental de la justification. Nous pouvons fixer des limites sévères à l'emploi de la correction, nous pouvons la rendre aussi agréable que possible, nous pouvons même dédommager le malheureux détenu de la perte de sa liberté. Toutefois, nous ne pouvons pas nier la vérité blessante de ce que nous faisons lorsque nous privons une personne de sa capacité de jouir de sa vie comme il l'entend, et ce, pendant une longue période et au stade le plus important de son existence. On ne peut écarter ici, comme dans la pratique de la pénalité, les revendications de la justice, en déclarant de façon réaliste qu'aucune inégalité réellement induite n'est commise. On peut considérer que ces amendes font partie des frais classiques et peu excessifs qu'implique le fait de faire du commerce ou de se livrer à une activité telle que conduire une voiture. Ce genre de sanction est qualitativement différent de la détention dans un hôpital psychiatrique, un centre de désintoxication ou une maison de correction. Bien que nous ayons réussi à diminuer l'importance de la flétrissure morale que comportent de tels ordres d'internement, il n'y a aucun moyen de compenser l'injustice de la perte de la liberté. Lorsque l'on a pris conscience de la vérité brutale de ce fait, pouvons-nous encore le soutenir et, si oui, comment?

Envisageons les situations dans lesquelles la correction obligatoire est effectivement mise en pratique ou proposée sérieusement pour elle-même (et non pas comme un accessoire du droit pénal défini dans son contexte retributif). Pouvons-nous distinguer un dénominateur commun significatif? C'est possible. Le malade mental est incapable de reconnaître les facteurs inconscients qui déterminent sa conduite. Le jeune délinquant n'a pas encore suffisamment développé la maîtrise nécessaire pour contrôler ses impulsions. Le psychopathe manque d'une conscience, d'un sens moral susceptibles de le motiver à agir en fonction des droits et des intérêts de ceux qu'il rencontre sur son chemin. Le drogué éprouve un besoin physiologique puissant de se procurer de la drogue lorsqu'il rencontre des obstacles. Le dénominateur commun à chacun de ces cas

est tout simplement une diminution grave de la capacité de contrôler ses penchants au mal en décidant délibérément de se soumettre à la loi.

Cette question m'incite à la prudence. Je ne veux pas dire que chaque membre de ces vagues catégories sociales—le délinquant juvénile, l'aliéné mental, le drogué ou le psychopathe—souffre de cette incapacité; il est évident que ce n'est pas le cas pour tous. Je ne veux pas non plus dire que ce thème commun n'est vrai que pour ces seules catégories. Beaucoup adhèrent à la proposition que la loi reconnaisse la même force contraignante et puissante chez l'alcoolique, chez les personnes économiquement et socialement défavorisées et peut-être chez d'autres groupes encore. Je ne soutiendrai pas non plus que l'individu le plus représentatif de l'une de ces catégories souffre d'un manque total de maîtrise de soi. Si un héroïnomane, ayant un besoin urgent d'une injection, voit un policier armé debout derrière son fournisseur, il maîtrisera ses besoins malgré les douleurs aiguës que cela puisse engendrer en lui. Le fait est que la loi fonctionne habituellement selon un système général, renforcé par des menaces abstraites de sanction et qui tire la plupart de son influence de l'approbation des particuliers. Le problème est alors qu'une société peut arriver à la conclusion qu'une fraction suffisante des membres d'un groupe déterminé souffre d'une diminution importante de leur capacité de se conformer à ce genre de système juridique. Quand une société gagne assez d'assurance pour prononcer un jugement sur l'une ou davantage de ces catégories, elle décide en général d'adopter un mode différent de contrôle social, celui que j'ai nommé «correction».*

Nous pouvons trouver dans cette menace commune un point critique naturel et raisonnable à l'utilisation de mesures correctionnelles. En fait, cette sphère du droit pénal semble s'articuler autour d'une réciprocité à deux volets. D'un côté, il y a les personnes qui sont capables de formuler des projets d'avenir et de les atteindre; ils sont tout autant capables de respecter délibérément cette même liberté chez les autres. D'un autre côté, il y a ceux qui, en ayant la capacité humaine d'atteindre leurs propres objectifs, sont incapables de décider de tenir compte des droits de leurs voisins.

* Pour éviter toute confusion, je vais revenir ici sur un point dont j'ai déjà parlé. Je ne souscris pas nécessairement à la vérité empirique des perceptions et des théories criminologiques qui ont abouti à l'établissement de quelques-uns de ces programmes légaux (si ce n'est tous). Les récents écrits critiques dans le domaine de la criminologie nous donnent de bonnes raisons de douter, mais je ne tiens pas à dissiper ce doute ici. Une argumentation philosophique risque de battre en brèche la vérité supposée de ses hypothèses fondamentales et je crois que nous possédons suffisamment de moyens de garantir ne serait-ce que la plausibilité de la tendance correctionnelle. La mise en application dans le monde réel de ce jugement de valeur philosophique dépendra de la vérification empirique de ses antécédents.

En ce qui concerne le premier groupe, ceux qui peuvent choisir d'adhérer à la loi, l'État ne doit pas intervenir tant qu'il ne voit pas quel choix ils ont fait. Ce n'est que si et lorsqu'ils décident d'enfreindre la loi que l'État peut (et je crois devrait) prendre l'initiative de les punir et de protéger ainsi le reste de la société. Mais il n'est pas nécessaire de donner cette même chance au deuxième groupe, ceux qui subissent une condition difficilement contrôlable et qui les pousse à une conduite préjudiciable qu'ils ne choisissent pas vraiment. Dans la mesure où ils ne sont pas responsables d'un délit,—puisqu'on ne peut pas les blâmer—on ne peut pas les punir. En vertu du même principe, leur incapacité d'être responsables—d'être blâmés—les prive de tout droit d'exemption de la « correction ». Le psychotique, poussé par sa manie, peut constituer un danger réel pour la liberté des autres citoyens qui ont le droit d'être protégés par l'État. Le fait que sa liberté à cet égard soit diminuée au départ implique qu'il ne peut pas se plaindre d'injustice quand la loi le prive de son droit.

Ceci n'est rien de plus qu'une description de ce dernier principe limitatif. On peut se fonder sur plusieurs arguments pour tenter de le défendre. Certains traitent ce principe sur un plan fonctionnel, en suggérant que c'est un moyen nécessaire de sauver la liberté et la sécurité de tous de l'intervention de l'État quand celui-ci favorise le traitement.⁶⁷ D'autres y voient l'implication d'une théorie générale de justice.⁶⁸ Ceux qui ne sont pas capables de contrôler leur conduite ni de rendre justice aux autres citoyens n'ont aucun droit à ce que l'État leur fasse pleinement justice. En d'autres termes, l'hypothèse fondamentale d'une théorie de la justice réside dans le fait de la liberté humaine dans laquelle il faut chercher l'origine de la valeur d'égalité. Nous accordons un traitement juste, par exemple, au psychopathe lorsque nous l'enfermons à perpétuité même s'il n'a pas vraiment *choisi* de commettre ses délits. Une fois de plus, cette décision de l'État n'a rien d'une mesure de représailles; au contraire, la raison d'être de la correction et la notion de blâme n'y sont pour rien. Je veux dire que ceux qui, à cause de problèmes de la personnalité, sont incapables de s'intégrer dans une institution modelée par des principes de justice—qui sont incapables de respecter les droits égaux des autres à la liberté—ne remplissent pas les conditions nécessaires qui leur permettraient de prétendre aux mêmes droits eux-mêmes.

Quoique je sois convaincu du bien-fondé de cette analyse, elle soulève des dilemmes philosophiques complexes que je ne puis pas aborder comme il le faut ici. Mais qu'il n'y ait pas de malentendu quant

⁶⁷ Ibid., pp. 247 et suivantes.

⁶⁸ Morris, "Persons and Punishment" (1968) 50 *The Monist* 475; Murphy, "Moral Death: A Kantian Essay on Psychopathy", (1972) 82 *Ethics* 284.

à l'orientation de cette argumentation. Le fait que certains ne peuvent pas totalement prétendre à un traitement juste ne signifie pas que l'État possède toute initiative d'exercer son pouvoir. Après tout, il s'agit d'êtres humains et nous sommes moralement obligés de limiter notre intervention de façon à ne pas causer de souffrances inutiles. Comme je l'ai suggéré, on devrait utiliser la correction à l'endroit de personnes qui représentent un danger réel pour les autres; elle devrait entraîner le moins possible de stigmates moraux, être appliquée dans un environnement confortable et agréable, et même être lucrative. Nous devons également nous défier de la possibilité omniprésente d'un diagnostic erroné. En théorie, nous pouvons avoir une bonne idée du genre de troubles de la personnalité auxquels nous avons affaire, mais c'est un problème très différent que de le reconnaître effectivement dans le monde réel. Les conséquences d'une erreur peuvent exposer pour une grande partie de sa vie à la détention préventive une personne en pleine possession de ses facultés. En somme, les individus soumis à la correction ont droit à autre chose qu'à des procédures minutieuses et des traitements bienveillants. L'état qui les prive de leurs capacités totales peut être un état transitoire (c'est le cas des délinquants juvéniles) ou temporaire (la plupart des malades mentaux). La défense de la société ne peut donc pas être la fin suprême de l'organisation du système correctionnel. Ce potentiel latent exige d'être reconnu dans la théorie des peines. En principe, la pratique de la correction doit être organisée de façon à contribuer au maximum à ce que ses sujets atteignent le statut de personnes morales autonomes. Si cela exige des dépenses supplémentaires ou même des risques supplémentaires, ce qui est vraisemblable, qu'il en soit ainsi.

Après toutes ces mises en garde, j'affirme que la pratique de la correction est moralement défendable. Et lorsque nous avons mis à nu les éléments de cette argumentation, nous sommes en mesure de comprendre une doctrine punitive particulière qui affirme que toute personne possède un *droit* au châtement. Comme Herbert Morris l'a dit:⁶⁹

La revendication de l'existence d'un tel droit a provoqué une réaction d'étonnement teinté de mépris pour la perversité de la suggestion. Un droit étrange qu'on ne souhaiterait jamais revendiquer! C'est sur cette figure de style que le chapitre est clos et le problème du droit réglé.

Mais cette question du «droit» est un peu plus apparente maintenant, alors que nous nous rendons compte que l'imposition d'une peine est une pratique qui possède ses traits caractéristiques. L'État doit prouver, hors de tout doute raisonnable et devant le tribunal, qu'une personne s'est livrée à une conduite illégale; dès que cela est établi, elle doit être punie suivant ce qu'elle mérite. L'éthos correctionnel est subversif à l'endroit de chacune de ces restrictions: les limitations de la sentence,

⁶⁹ Morris, cité ci-dessus au # 68, p. 476.

le *mens rea*, l'*actus reus*, le procès accusatoire, et même la preuve hors de tout doute raisonnable. Au sein d'une théorie rétributive, une personne peut exiger qu'on ait recours à son égard à la pratique de la peine seulement, et non pas à celle de la correction. Ceci est un droit précieux, peut-être même inviolable, qui reconnaît notre autonomie, notre libre choix dans la détermination du bien ou du mal. Au cours de ces dernières années, il est indéniable que l'adoption d'une orientation correctionnelle et la réalisation de réformes souhaitables ont répondu à un désir humanitaire de limiter les excès du droit pénal (bien que l'on puisse se demander dans quelle mesure la réforme pénale est effectivement due à cette convergence d'intérêts à l'endroit du traitement). Mais comme la logique de l'idéal de réhabilitation s'est d'elle-même progressivement épurée, il n'y a plus moyen d'avoir confiance en ses bonnes intentions.

Conclusion

Dès le premier chapitre de mon étude, j'ai fait état de l'esprit qui l'anime. J'ai essayé de réhabiliter une apologie de la peine traditionnellement dite rétributive. Je ne me suis nulle part étendu en détail sur la position réductionniste mais cela ne diminue en rien son importance. A partir du moment où une étude choisit de traiter un problème particulier, elle aura inévitablement un caractère de partialité. Dans la théorie du droit pénal en vigueur, il ne me semble pas indispensable de reconnaître la vérité permanente de la tradition rétributive. Pendant plus d'un siècle, on a insisté sur la réduction de la criminalité d'abord par le biais de la dissuasion puis ensuite par le traitement. Une telle insistance était historiquement justifiée; elle a contribué à l'évolution constante et à l'humanisation de notre droit pénal. Mais la poursuite de ce but unique, comme de tout autre, aura aussi des résultats excessifs et malheureux. Dans l'optique de la peine, une théorie rétributive est nécessairement correctionnelle et aujourd'hui nous sommes à même de comprendre pourquoi.

La cause rétributive en faveur de la peine est, depuis des années, lourde de connotations parfois déplaisantes. C'est une tâche ardue que de démêler la complexité de cette théorie. Mais elle comporte à sa base une revendication fondamentale. La peine doit être défendue essentiellement au niveau de la justice de sa distribution et non au niveau de l'utilité sociale de son application. Je vais retracer les grandes lignes de mon argumentation. La proposition spécifique de la «justice rétributive» est que la peine soit infligée à ceux qui la méritent. Cette conclusion est exigée en vertu des principes de justice, lesquels à leur tour

sont fondés sur un critère d'égalité de tous devant la loi. Par conséquent, l'argument punitif est une implication relativement concrète, dans le contexte du droit pénal, d'une théorie générale de la justice appartenant à la philosophie sociale.

Étant donné le caractère de l'esprit moderne, il est difficile d'apprécier ce genre d'argument. Il ne s'agit pas de s'interroger en particulier sur cette question: «le châtement rendra-t-il plus heureux les membres de la société?» mais plutôt: «est-ce que punir est bien ce que nous devons faire?» Beaucoup de gens ne comprennent pas comment le fait de répondre à cette dernière question peut être en lui-même une justification. Ils se demandent ce que les rétributionnistes font de plus que relater leur perception intuitive qu'une infraction doit être suivie d'une peine. Le point de vue utilitariste s'est tellement bien intégré à notre processus mental que, dès qu'il s'agit de justifier une pratique sociale, nous l'envisageons immédiatement en fonction de sa contribution au bien-être social futur. La justice rétributive, au sens strict, ne pose pas ce genre de question pragmatique. Il est donc facile d'éluder la réponse en affirmant qu'il ne s'agit que «d'un dogme, invérifiable et apparemment non plausible».

Dans ces conditions, comment une position qui invite à de tels épithètes a-t-elle pu maintenir sa place dans le débat historique sur la peine? Il est extrêmement courant de trouver, dans les écrits qui abordent la question, l'explication que la théorie rétributive n'est que la rationalisation intellectuelle d'une fixation émotionnelle. Une infraction soulève un désir de vengeance, excite nos tendances à la cruauté et la peine ne fait qu'exprimer ces attitudes de façon institutionnalisée. Au lieu de discuter de la théorie rétributive, nous effectuons plus souvent la psychanalyse du théoricien. Qu'a-t-il bien pu lui arriver au cours de son enfance pour qu'il dise maintenant des choses pareilles? J'aimerais savoir combien de lecteurs de cette étude ont été tentés de poser la question.

On ne peut se départir si rapidement de ce débat. On ne peut pas jurer de la valeur d'un point de vue d'après les attitudes de ses adhérents. La théorie rétributive punitive n'est qu'un élément d'une vision intellectuelle complexe du monde social. Ses conclusions peuvent paraître séduisantes à des personnes dont nous n'apprécions pas le caractère. Cette donnée psychologique n'ébranle en rien la logique de l'argument. Ce n'est que lorsque nous avons démontré le caractère erroné des opinions d'un adversaire que nous avons le droit de les rejeter en raison de ses préjugés. Ceux qui voudraient démontrer les incohérences de la

conception rétributive de la peine doivent d'abord comprendre et apprécier la structure de son raisonnement.*

Quand on en vient à un débat intellectuel, il n'est plus si facile de démolir la notion de rétribution. Pendant quelque temps, l'utilitarisme en tant que théorie sociale générale s'est trouvé complètement à l'écart des assauts critiques de la persuasion kantienne. Sur le plan théorique, il est clair maintenant que la justification ne signifie pas simplement une argumentation pragmatique ou utilitaire. Nous ne pouvons réduire toutes les valeurs à un seul dénominateur commun (appelez-le bonheur, bien-être, ou *bien suprême*) de votre choix, ni évaluer les moyens de le promouvoir d'après les résultats obtenus grâce à ces moyens. Très récemment ces déficiences de la «mécanique sociale» ou de «l'orientation de la politique» ont commencé à pénétrer l'opinion publique dans plusieurs domaines, au niveau de l'action.⁷⁰ Ne soyons pas surpris de voir s'insinuer cette *weltanschauung*** au sein du système de droit pénal.

De la même façon, il existe des tendances internes de l'administration de la justice pénale, lesquelles soulignent de plus en plus la pertinence de la théorie rétributive. Dans des perspectives utilitaristes, l'im-

* Permettez-moi de m'étendre un peu sur cette question et de revenir en référence à une analogie préalable, à la recherche de la justice économique dans la répartition des biens. Actuellement, c'est la place du marché qui détermine radicalement cette distribution. Je crois pouvoir dire que le marché représente un stimulant plus efficace que n'importe quel système, pour la production effective du total optimum des biens profitables (je répète: il n'est pas parfait, mais simplement meilleur). La question est de savoir si son fonctionnement devrait être délibérément limité par des politiques telles que le salaire minimum, l'impôt progressif, le revenu garanti, etc.

On peut démontrer que de telles politiques peuvent nuire à la «rentabilité». Je n'ai jamais trouvé de preuves convaincantes qu'elles maximisent le bien-être ou le bonheur de la société (à défaut de le mieux répartir). Mais ces considérations n'ont ici aucune raison d'être: on peut justifier, en vertu de principes indépendants de justice, de telles politiques salariales et fiscales qui visent à redistribuer tous les biens. Ces principes sont à leur tour fondés sur un critère fondamental d'égalité au sein des relations humaines. Ce n'est pas la peine de dénaturer l'argumentation en tentant de prouver que ces politiques sont fonctionnelles dans toutes leurs applications.

Mais ceux qui ne voient pas comment un argument peut faire figure de justification à moins qu'il ne soit formulé en termes pragmatiques ou utilitaristes n'accepteront pas cela. Ils rejeteront catégoriquement les propositions égalitaires sous prétexte qu'elles sont motivées par un sentiment d'envie à l'égard des riches ou de rancœur à l'égard de ceux qui réussissent. Une fois de plus, il est peut-être vrai que les partisans de telles politiques étaient poussés à défendre leur cause par ce genre d'émotions. Même le fait que cela soit vrai n'a aucun rapport avec leur position. Il faut rattacher les raisons de rejeter le bien-fondé d'une proposition à une certaine incohérence sous-jacente à son argumentation, dans le cas qui nous intéresse une théorie de la justice.

Il y a peu de philosophes aujourd'hui qui refusent cette conception du problème de la justice économique. Assurément, les arguments et les conclusions spécifiques de la justice pénale seront très différentes en raison de la différence de nature de leur objet. Je me contenterai d'affirmer ici que le choix d'un moyen adéquat pour aborder certaines questions présente un problème radicalement identique.

** *weltanschauung*: Mot allemand signifiant conception du monde, philosophie.

⁷⁰ Voir Tribe, "Policy Science: Analysis or Ideology" (1972) 2 *Philosophy and Public Affairs* 66.

position d'une peine n'est essentiellement qu'une spéculation sur l'avenir. Nous misons sur l'insatisfaction immédiate du délinquant dans l'espoir qu'elle contribuera en retour à l'institution d'une société saine et protégée. Malheureusement, nous connaissons mieux les mécanismes des délits et de nos réactions de sorte qu'une telle prise de position nous semble bien hasardeuse. Si j'examine des recherches effectuées, il y a peu de raisons d'être optimiste quand aux possibilités futures de provoquer délibérément une baisse appréciable de la criminalité. Le traitement ne semble pas fructueux en pratique et son fondement sur une théorie de la causalité demeure précaire. Des mesures draconiennes visant à faire respecter «l'ordre et la loi», que ce soit en prononçant des condamnations judiciaires plus sévères, en laissant toute initiative à la police ou en jugulant la Commission des libérations conditionnelles, ne sont pas plus prometteuses. Elles peuvent contribuer à augmenter la marge de dissuasion mais seulement en affaiblissant l'autorité ou l'acceptabilité morale du droit pénal, lesquelles comptent pour une grande part de son influence préventive. Que devons-nous penser de ce nouveau mot d'ordre qui stipule que le moyen de combattre la criminalité est de réduire la pauvreté et de tenter d'accroître la justice sociale? Ces propositions actuelles sont intrinsèquement valables et méritent d'être adoptées pour elles-mêmes; mais nous devons nous défier de ceux qui prédisent qu'une distribution plus juste des richesses aura comme heureux effet la réduction sensible de la criminalité. Plus nous avons connaissance de la vraie répartition sociale de la criminalité (et non pas des condamnations), plus ses rapports avec la pauvreté sont obscurs, c'est le moins que l'on puisse dire.

Je ne veux pas faire ici une description trop partielle. Nous ne pouvons nier l'impact qu'exerce le droit pénal et nous ne pourrions nous en passer sans en ressentir les contrecoups. Il est possible d'établir une analogie solide avec l'éducation.⁷¹ Jusqu'à un certain niveau de fonctionnement, les systèmes éducatifs et juridiques permettent de voir des résultats, qu'il s'agisse de lutter contre la criminalité ou d'éduquer les enfants. Mais à partir de ce point-là, nous n'avons pas de connaissance très sûre quant aux moyens d'améliorer délibérément ces résultats, soit en augmentant, soit en modifiant notre investissement. Des gains marginaux sont toujours possibles mais pour le moment aucun bouleversement ne s'annonce à l'horizon.

Cependant, il est difficile de ne pas voir le dommage que fait un délinquant à sa victime et ensuite celui que la société lui inflige en retour. De tels dommages représentent un mal tangible et entraînent de

⁷¹ Voir l'ouvrage de Jencks et les autres, *Inequality: A Reassessment of the effects of Family and Schooling in America* (1972). Ce livre aboutit à des conclusions très pessimistes sur les effets possibles inhérentes à la réforme de l'éducation.

graves inégalités dans la répartition du bien-être dans notre société. Nous sommes à juste titre sceptiques quant à la possibilité de soumettre l'avenir à notre volonté par le biais des sanctions pénales, mais il est facile de réaliser l'impact qu'elles exercent à court terme sur la position relative de ceux qui respectent la loi et de ceux qui l'ignorent. La réforme du droit pénal au Canada souligne avec insistance ce dernier point, à savoir la justice de la distribution des peines. Le seul moyen de naviguer en sécurité dans ces bas-fonds exige l'établissement d'une version défendable de la justice rétributive.

Quelles sont, sur le plan pratique en matière de droit pénal, les implications d'une telle transformation de notre système abstrait de référence? Je n'ai pas l'intention de récapituler mon analyse des différents aspects qui gagneraient à être réformés. Je voudrais simplement expliciter un thème fondamental. La réforme du droit pénal doit tendre à restreindre son rayon d'action et ses formes d'actualisation.⁷² Le droit recouvre actuellement trop de secteurs et s'occupe de trop de cas: on a introduit la sanction pénale dans des domaines ambigus du comportement humain (tel l'usage de la drogue); on y a recours dans des situations qu'il vaudrait mieux considérer ailleurs que dans le climat dramatique d'un procès pénal (par exemple une violente querelle familiale); la fréquence et la durée des sentences d'emprisonnement sont trop élevées; on ressent une volonté croissante de détruire le système qui mettrait à l'abri des condamnations l'accusé innocent. On pourrait débattre en termes utilitaires les problèmes soulevés par chacune de ces situations et évaluer les bénéfices sociaux et les coûts subséquents à une telle portée du droit pénal. Sur cette même base, il se peut que l'on arrive également à une politique de retranchement. Cependant, je pense que nous devrions défendre ces jugements en vertu des principes évidents et permanents de justice à l'égard de l'individu.

Par conséquent, je suis largement d'accord avec les conclusions pratiques que proposent les partisans d'une théorie purement négative de la rétribution, théorie qui considère les revendications de justice comme une simple limite à la lutte contre la criminalité et non pas comme une valeur digne de sauvegarder pour sa valeur intrinsèque. Je n'ai pas l'intention de répéter ma conviction qu'il est impossible de soutenir que des peines particulières ne sont pas méritées et sont, par conséquent, injustes, donc inapplicables, si ce n'est en vertu d'une théorie qui affirme que la peine est méritée dans certains cas, donc juste et

⁷² Le titre de ce livre récent est très révélateur: Schur, *Radical Non-Intervention: Rethinking the Delinquency Problem*, (1973). Ce volume, qui a attiré mon attention au moment où je terminais cet ouvrage, est un compte rendu excellent des recherches récentes en criminologie. Il arrive à peu près aux mêmes conclusions que moi, à savoir que la marge actuelle qui existe pour améliorer la lutte contre la criminalité par des réformes correctionnelles est très limitée.

applicable. Mais, en pratique, une peine sera justifiée en raison de son but dissuasif et le problème est donc de fixer des limites acceptables à la réalisation de cet objectif.

J'aimerais mentionner à nouveau en conclusion une implication positive du point de vue rétributif embrassé dans son ensemble. D'une façon générale, nous faisons actuellement un emploi excessif de la punition, particulièrement de l'élément essentiel à son fonctionnement, la peine d'emprisonnement. Dans le cas de délits de type «sophistiqué», nous n'y avons pas assez recours. Si un gagne-petit se risque de dérober le sac d'une dame pour se payer une bouteille, il y a de fortes chances qu'il aille en prison. Si un riche administrateur est à la tête d'un système qui a pour but de frauder les consommateurs, sa compagnie sera condamnée à payer une amende. De telles injustices ne devraient pas être permises dans le contexte d'un droit pénal fondé sur des principes de justice—quel que soit leur avantage sur le plan utilitaire. D'autre part, je ne crois pas que le meilleur moyen d'équilibrer les remèdes apportés par la loi soit d'alléger les sentences pour le «vol-à-la-tire».

* * * * *

Nietzsche nous enseigne: «Il faut se défier de ceux dont la soif du châtement l'emporte sur tout». Il avait raison. Pourtant n'était-ce qu'une demi-vérité. Méfiez-vous tout autant de ceux qui proscrivent tout châtement, et qui suggèrent ensuite d'autres moyens d'action.