

L'énigme de la persistance des peines minimales dans un contexte de valorisation
de la sémantique des droits de la personne: étude de la trajectoire répressive de la
suramende compensatoire

Stéphanie Duquette

Thèse soumise à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales
dans le cadre des exigences
du programme de maîtrise en criminologie (M.A.)

Département de criminologie
Faculté des études supérieures
Université d'Ottawa

© Stéphanie Duquette, Ottawa, Canada, 2016

REMERCIEMENTS

Je voudrais tout d'abord remercier la directrice de ce projet, la professeure Margarida Garcia. Son support, sa disponibilité et ses encouragements constants m'ont permis de finaliser cette recherche. L'effervescence de ses idées et le partage de ses commentaires plus que pertinents ont permis d'améliorer grandement le contenu de cette thèse. Merci d'avoir accepté de diriger ce travail. J'aimerais d'autant plus remercier le codirecteur de cette thèse, Alvaro Pires. Sans ses idées et réflexions, le travail menant à la réalisation de cette thèse n'aurait pas été aussi riche et stimulant. Ce travail s'intègre dans les travaux produits par la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* de laquelle Alvaro Pires est titulaire et Margarida Garcia chercheure associée.

Je tiens également à souligner la contribution financière du projet de recherche «Représentations politiques et juridiques de l'opinion publique et le choix des sanctions en droit criminel» financé par la subvention *Savoir* du *Conseil de recherche en sciences humaines du Canada* (CRSH) et dirigé par Richard Dubé et Margarida Garcia. Cette contribution m'a permis d'être pleinement disponible pour mener à terme ce projet.

Finalement, je remercie mon père, Jean, qui a cru en moi et qui m'a constamment encouragée pendant mes études universitaires. À mes yeux, il est à la fois un modèle et une source d'inspiration. Enfin, je ne peux conclure ce projet sans souligner l'appui de Pierre-Luc. Les cinq dernières années m'ont permis de m'épanouir tant sur le plan personnel qu'intellectuel en ta présence.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	v
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 : CONTEXTUALISATION ET ÉMERGENCE D'UN PROBLÈME DE RECHERCHE.....	8
1.1 Les caractéristiques des peines minimales	9
1.2 La suramende compensatoire : de sanction supplémentaire discrétionnaire à sanction non discrétionnaire	10
1.3 L'émergence d'un problème de recherche	16
Conclusion	20
CHAPITRE 2 : LA RECENSION DES ÉCRITS.....	22
2.1. Peines minimales et populisme pénal.....	23
2.2 Peines minimales et principes pénologiques du droit criminel moderne	26
2.2.1 Peines minimales obligatoires et principe de la modération des peines	26
2.2.2 Peines minimales obligatoires et principes de l'individualisation de la peine et de la proportionnalité	29
2.3 Peines minimales obligatoires et la séparation des pouvoirs	33
2.4 Peines minimales obligatoires et droits de la personne : les articles 7 et 12 de la Charte ..	37
2.4.1 L'article 12 et le test de la disproportion exagérée.....	39
2.4.2 Peines minimales obligatoires et article 7 de la Charte	41
2.5 La distinction fondements/faits justificatifs des peines minimales.....	42
Conclusion	47
CHAPITRE 3 : LE CADRE THÉORIQUE DE LA RECHERCHE	48
3.1 La théorie de la rationalité pénale moderne (RPM)	48
3.1.1 Les théories de la peine qui forment la rationalité pénale moderne	51
3.1.1.1 La théorie de la rétribution.....	54
3.1.1.2 La théorie de la dissuasion	56
3.1.1.3 La théorie de la dénonciation.....	58
3.1.2 Les caractéristiques essentielles de la théorie de la rationalité pénale moderne	60
3.1.2.1 Le droit et l'obligation de punir	60
3.1.2.2 L'usage de la peine afflictive	64

3.1.2.3 « La dévalorisation des peines alternatives» et l’obstacle à l’innovation	67
3.2 Les droits de la personne comme contexte cognitif pour penser les peines.....	71
3.2.1 La conceptualisation de la sémantique des droits de la personne.....	71
Conclusion	74
CHAPITRE 4 : LA MÉTHODOLOGIE DE RECHERCHE	76
4.1 Le choix du qualitatif et l’étude de cas	76
4.2 Posture épistémologique	82
4.3 La description du corpus empirique	83
4.4 L’analyse des données.....	88
CHAPITRE 5 :L’ANALYSE DES COMMUNICATIONS POLITIQUES AU SEIN DU DÉBAT SUR LE PROJET DE LOI C-37.....	94
5.1 Les faits justificatifs	95
5.1.1 L’usage de l’argument économique à titre de fait justificatif au présent débat	95
5.1.2 L’usage du médium des «droits des victimes» comme fait justificatif	106
5.2 La recherche des fondements de la suramende compensatoire.....	111
5.2.1 Sur la justification de la « peine minimale »	111
5.2.2 La construction du médium «responsabilisation»	114
5.2.3 L’actualisation de la RPM	118
5.3 La mobilisation des droits de la personne	121
Conclusion	127
CONCLUSION.....	131
BIBLIOGRAPHIE	137

RÉSUMÉ

Cette thèse veut contribuer à la compréhension de « l'énigme de la persistance des peines minimales » dans le cadre spécifique de décisions politiques portant sur la sanction d'amende. Nous avons choisi un type atypique d'amende, la suramende compensatoire, puisque ce dispositif vise à amasser des fonds pour des programmes d'aide aux victimes en matière criminelle. C'est ainsi que nous avons choisi d'examiner les débats parlementaires tenus au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* de la Chambre des communes du Canada qui ont porté sur le projet de loi C-37 en 2012. Ce projet a modifié pour la deuxième fois la sanction de suramende compensatoire (« Victim Fine Surcharge ») qui a été introduite dans le Code criminel canadien en 1989. En adoptant une distinction proposée par Machado et Pires (2010), nous avons cherché à déterminer quels étaient les «faits justificatifs» et les «fondements» de cette réforme qui ont transformé la sanction pécuniaire préexistante en «peine minimale d'amende» ayant limité le pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans le but d'améliorer les services offerts aux victimes de crimes.

À travers une analyse des débats parlementaires tenus au sein de ce comité, nous avons observé comment le système d'idées nommé « rationalité pénale moderne» (RPM) a été mobilisé dans le cadre spécifique de cette réforme. Nous croyons que cette recherche a pu démontrer la manière particulière par laquelle le système d'idées de la RPM a offert un appui cognitif à la création de cette peine minimale d'amende atypique. Ceci nous a permis d'ajouter un élément nouveau à la compréhension de la persistance de cette pratique de « peines minimales » malgré la valorisation contemporaine des droits de la personne et malgré l'opposition de certains grands principes pénologiques aux peines minimales de prison et d'amende. En effet, ces principes soutiennent que les peines minimales (sans pouvoir discrétionnaire des tribunaux) empêchent une

individualisation adéquate de la peine, nuisent au principe de la proportionnalité entre le crime et la peine et peuvent faire obstacle aussi à une protection adéquate des droits de la personne.

Notre analyse permet aussi de comprendre que si les droits de la personne jouent parfois un rôle de *frein* aux excès punitifs des systèmes politiques et de droit criminel, ils peuvent aussi prendre un rôle de *catalyseur* pour la rationalité punitive qui encadre le processus de détermination de la peine. Nous avons pu saisir empiriquement, par rapport à l'enjeu des peines minimales, l'usage paradoxal pouvant être fait des droits de la personne par le système de droit criminel, thème développé dans les recherches de Garcia (2010, 2011, 2014, 2015a, 2015b). En nous basant sur ses travaux, nous avons été en mesure de mieux comprendre pour quelles raisons les droits de la personne n'ont pas eu la force de constituer un obstacle cognitif suffisant pour apporter une critique substantive à ce projet de loi.

INTRODUCTION

L'augmentation accrue¹ du nombre de peines minimales au Code criminel est une tendance actuelle au Canada. Pires et Machado (2010) décrivent et observent les peines minimales comme «une intervention politique dans la sentence du droit» étant donné les contraintes automatiques, obligatoires et minimales de ces peines qui proviennent des décisions législatives plutôt que de la discrétion du pouvoir judiciaire lors de la détermination de la peine. La création et l'application d'une peine minimale par les systèmes politiques et de droit criminel font en sorte que la détermination de la peine n'est plus un processus individualisé qui tienne compte de la situation du délinquant et des circonstances de l'infraction. Pour cette raison, les acteurs judiciaires sont alors contraints d'imposer une peine qui respecte le quantum minimal prescrit par le législateur afin de «ne pas empiéter de façon injustifiée sur le rôle de celui-ci » (Rapport de la Commission pour l'harmonisation des lois au Canada, 2013). L'objectif de cette thèse est donc celui de cibler « les discours de fonds et de surface »² qui ont conduit à accentuer le besoin de punir par l'usage de peines davantage afflictives³ que sont les peines minimales. La contribution que nous espérons apporter à ce thème est celle d'approfondir la compréhension de l'énigme de la persistance des peines minimales obligatoires dans un contexte de valorisation de la sémantique des droits de la personne en tant que mécanisme de protection contre les excès punitifs. Rappelons que l'obligation de veiller au respect des droits de la personne ne s'impose pas qu'aux

¹ Selon le rapport final de la *Commission pour l'harmonisation des lois au Canada* (2013 :3) qui a pour mandat de prévoir des exemptions législatives aux peines minimales, le Canada (à l'exception des États-Unis) est « le pays qui possède la plus longue liste d'infractions passibles d'une peine minimale obligatoire. Le Canada est également le seul de ces pays à ne pas posséder une disposition d'exemption législative exhaustive. »

² Nous qualifierons au cours de cette thèse les termes « discours » et « communications » comme étant l'ensemble des expressions orales ou écrites utilisées à titre d'activité discursive par les individus ayant participé aux débats à la Chambre des communes, aux débats du Sénat ainsi que l'ensemble des témoins invités par le *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* dans le cadre de l'étude du projet de loi C-37.

³ Nous expliquerons en détail dans la section 2 les raisons qui justifient que la peine minimale soit une « peine davantage afflictive » que la peine régulière.

tribunaux depuis l'annexion de la Charte canadienne des droits et libertés à la Constitution canadienne en 1982, mais également au législateur lors du processus même de création d'une loi pénale. Comment expliquer alors que les droits universaux de la personne ne semblent pas faire obstacle à l'adoption et à la multiplication contemporaine des peines minimales? Pourquoi acceptons-nous encore aujourd'hui cette entorse au principe politique de la séparation des pouvoirs, en permettant au pouvoir législatif de déterminer la peine, une prérogative usuelle du pouvoir judiciaire?

C'est pour mieux répondre à ces questions que nous avons réalisé la présente recherche. Ce questionnement général traverse l'ensemble de notre étude visant à mieux décrire l'énigme de la persistance des peines minimales au sein d'une société démocratique qui protège une séparation juste des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) et qui défend les droits de la personne qui entourent la détermination de la peine.

Au Canada, depuis la décision d'invalider la peine minimale de 7 ans d'emprisonnement dans l'arrêt *Smith*⁴ en 1987, un nombre important de recours basés sur les garanties contenues dans la Charte ont été tentés afin d'invalider la constitutionnalité des peines minimales lors de la détermination de la peine. Toutefois, bien que les acteurs judiciaires considèrent la Charte comme un «outil d'autoévaluation et d'autocorrection juridique des lois et principes du droit criminel», et donc un moyen leur permettant d'intervenir dans les cas où la peine minimale déroge aux droits fondamentaux de l'accusé⁵ (Desrosiers, 2013), il semble y avoir une

⁴ Voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045

⁵ Voir à cet égard *R. c. Nur*, [2015] 1 R.C.S. 773, décision dans laquelle la Cour suprême du Canada a emprunté cette voie en déclarant inconstitutionnelles les peines minimales obligatoires pour les personnes accusées de possession d'armes à feu.

dynamique de résistance importante des juges à «casser»⁶ la peine minimale prescrite par le législateur. Les débats anciens et actuels qui ont lieu au sein de la jurisprudence canadienne quant à la validité constitutionnelle d'une peine minimale lors de son application demeurent une « indication évidente que des problèmes persistent quant au recours à de telles sanctions» (Commission canadienne de détermination de la peine, 1987 : 204).

Cette étude nous donnera ainsi l'opportunité d'approfondir l'impact *paradoxal* du rôle des droits de la personne dans le droit criminel : comme le mentionne notamment Garcia (2010, 2011, 2014, 2015a, 2015b) dans ses travaux, ils semblent parfois être mobilisés afin de limiter le droit de punir, et d'autres fois afin de justifier le devoir de punir par des peines encore plus sévères. Cette recherche permettra de montrer la trajectoire «erratique et imprévisible» (Garcia, 2010) que peuvent prendre les droits de la personne dans les opérations du système politique. De plus, cette pratique législative de la peine minimale dans la détermination de la peine entraîne des conséquences maintes fois nommées dans la littérature sociologique et juridique: des peines disproportionnées, non individualisées, arbitraires, cruelles et inusitées, etc. Toutes ces conséquences peuvent notamment être observées comme des entorses à certains principes pénologiques propres au droit criminel moderne (principe de la modération, principe de l'individualisation de la peine, etc.). Le principe de proportionnalité, même s'il n'a pas souvent un rôle modérateur (il semble compatible avec des peines très sévères comme la peine de mort et la peine perpétuelle pour certains crimes), est aussi dérogé par les peines minimales parce qu'elles ne permettent pas aux acteurs judiciaires de tenir compte de façon précise du degré de culpabilité de l'accusé.

⁶ Dans ce contexte, ce terme a pour but de signifier qu'il y a eu contestation par l'accusé de la validité constitutionnelle lors de l'application d'une peine minimale dans une situation spécifique étant donné l'incompatibilité de celle-ci avec les garanties fondamentales contenues à la Charte canadienne des droits et libertés.

Dans ce contexte, l'objet de cette recherche est celui de décrire et d'analyser deux aspects de cette problématique : (i) les fondements et les justifications qui supportent les peines minimales et (ii) l'interaction ou absence d'interaction entre la sémantique des droits de la personne et les peines minimales dans le processus législatif menant à leur création. En puisant dans la théorie de la « rationalité pénale moderne » (Pires, 1994, 1998a, 1998b, 1998c, 1998d, 2001a, 2001b), nous observerons quelles sont les formes d'interactions paradoxales qu'entretiennent les droits de la personne avec les faits justificatifs et les idées de la rationalité pénale moderne qui supportent le processus de création de peines minimales.

D'un point de vue méthodologique, nous ferons une étude de cas portant sur un projet de loi contemporain, le projet de loi C-37 ayant donné lieu à la *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* au Canada. Cette disposition législative adoptée en 2013 a eu pour objectif de transformer la suramende compensatoire⁷ en peine minimale obligatoire. Puisque nous nous intéressons aux zones de contact du discours sur les droits de la personne et de celui portant sur les peines minimales obligatoires, notre assise empirique sera constituée par les débats dont ce projet de loi a fait l'objet au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne*⁸. Ce comité a notamment comme mandat de veiller à examiner les projets de loi qui lui sont soumis par la Chambre des communes afin d'assurer le respect et la

⁷ La suramende compensatoire est une sanction de nature pécuniaire ordonnée au contrevenant lors de la détermination de la peine. Celle-ci est entrée en vigueur en 1989 dans le but de créer un fonds d'aide provincial ou territorial destinés aux victimes d'actes criminels. (*Résumé législatif de la Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*, 2013)

⁸ En général, les travaux effectués par les comités : «[...] procurent aux parlementaires une information fouillée sur des questions qui préoccupent les électeurs et provoquent souvent d'importants débats publics et « ils constituent un lien immédiat et visible entre les représentants élus et les Canadiens » (Marleau et Montpetit, 2000). Selon les archives du Parlement du Canada, le *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* a pour mandat d'examiner certaines modifications effectuées au Code criminel canadien et autres lois fédérales. Il peut choisir par lui-même les sujets d'études ou s'en voir imposer un de la Chambre des communes. Selon l'art. 108(3)d) du *Règlement de la Chambre des communes*, il a aussi pour mandat l'étude des rapports de la *Commission canadienne des droits de la personne* (Marleau et Montpetit, 2000).

conformité des lois criminelles avec la sémantique⁹ des droits de la personne et les objectifs pénologiques recherchés par la finalité de la peine. Le choix de ce matériel empirique tient donc au fait que ces débats nous permettent d’observer concrètement les motifs et les justifications avancés pour faire passer la suramende compensatoire de peine automatique à peine minimale, et ce, dans le contexte d’un comité ayant pour mandat de veiller à la conformité des projets de loi avec les principes de justice et les droits de la personne.

D’un point de vue analytique, nous procéderons à une analyse qualitative des débats qui ont eu lieu au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* afin d’observer comment les droits de la personne ont été mobilisés (ou non), lors du processus d’analyse de la conformité des dispositions créant une peine minimale, avec les droits universaux de la personne. Nous nous intéressons principalement aux motifs (fondements/faits justificatifs)¹⁰, en référence au texte de Pires et Machado (2010), qui ont été présentés dans les communications politiques afin de valider la légitimité de ces modifications législatives favorisant l’adoption de peines plus sévères. Dans le cadre de cette analyse, nous ne tenons pas compte des motivations individuelles des acteurs politiques selon leur appartenance aux partis politiques (nous n’avons pas mobilisé la distinction entre conservateurs et progressistes, par exemple).

La thèse comprend cinq chapitres. Le premier chapitre sera consacré à la contextualisation et à la conceptualisation de la problématique au centre de la présente étude. Après avoir défini brièvement les caractéristiques des peines minimales (1.1), nous exposerons le contexte entourant l’adoption du projet de C-37 et la trajectoire répressive de la suramende compensatoire (1.2). Nous exposerons les principales raisons évoquées dans le processus législatif ayant mené à

⁹ Le concept de « sémantique » signifie un « patrimoine d’idées de la société, aux thèmes qui sont disponibles pour la communication » (Garcia, 2015a : 174).

¹⁰ Nous présenterons la définition de ces concepts dans le prochain chapitre.

l'adoption de cette peine minimale pour ensuite présenter l'émergence d'un problème de recherche qui découle de cette pratique, soit l'énigme de la référence à ce type de peine au sein du système de droit politique malgré les nombreuses critiques qui lui ont été adressées (1.3).

Le deuxième chapitre servira à présenter les thèmes les plus pertinents et récurrents qui sont ressortis de la recension des écrits : le thème du populisme pénal comme facteur explicatif de l'adoption contemporaine de peines minimales (2.1); les entorses que les peines minimales apportent aux principes pénologiques du droit criminel moderne (2.2); le problème que pose l'anéantissement du pouvoir discrétionnaire des juges par rapport au principe constitutionnel qu'est la séparation des pouvoirs (2.3); finalement, le thème de la violation des droits de la personne et des garanties juridiques des personnes condamnées (articles 7 à 12 de la Charte canadienne des droits et libertés) (2.4). Nous conclurons ce chapitre en développant la distinction fondements/faits justificatifs des peines minimales tirée des travaux de Machado et Pires (2010).

Le troisième chapitre sera consacré au cadre théorique de la recherche, soit la rencontre de «la rationalité pénale» de Pires et le contexte des droits de la personne. La première section définira la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM) (3.1), les théories modernes de la peine qui forment cette rationalité (3.1.1) et les caractéristiques essentielles de ce « système d'idées» (3.1.2). Il s'en suivra une présentation des droits de la personne comme contexte cognitif possible pour penser les peines (3.2) et d'une conceptualisation de ce contexte (3.2.1).

Le quatrième chapitre présentera le choix de l'approche qualitative et l'étude de cas comme méthode de recherche (4.1). Nous exposerons ensuite notre posture épistémologique (4.2), la description du matériel empirique et des critères ayant mené au choix de celui-ci (4.3), et

finalement, nous terminerons en décrivant la méthode d'analyse des données qui a été employée dans le cadre de cette recherche (4.4).

Le cinquième chapitre sera divisé en trois sections. La première présentera les faits justificatifs qui ont servi à motiver l'adoption du projet de loi (5.1). La deuxième section présentera les fondements des peines minimales (5.2) et la dernière partie fera état de la mobilisation faite des droits de la personne dans le cadre des débats (5.3). Nous terminerons par la présentation des résultats de recherche et par les conclusions ressorties de cette étude.

CHAPITRE 1 : CONTEXTUALISATION ET ÉMERGENCE D'UN PROBLÈME DE RECHERCHE

Le problème à l'origine de cette recherche est celui de la pérennité des peines minimales obligatoires, malgré l'existence d'un nombre important de critiques et d'initiatives proposant leur abolition étant donné les problèmes qu'elles posent à l'égard du principe de la séparation des pouvoirs, des principes pénologiques du droit pénal moderne et des droits de la personne. Cette réalité était déjà décrite au Canada en 1987 par la Commission canadienne de la détermination de la peine : « Depuis 35 ans, toutes les commissions canadiennes qui ont abordé le problème des peines minimales obligatoires en ont recommandé l'abolition. » (Commission canadienne de la détermination de la peine, 1987 : 195) D'autres observateurs constatent la même énigme malgré notre attachement aux droits de la personne :

« Il est étonnant de constater que « ces modèles de structure de peines » résistent au temps et traversent même les périodes « progressistes » de réforme où l'on a déclaré l'intention de réduire l'usage de l'incarcération, d'abolir la peine de mort ou de faire évoluer la cause des droits de la personne. » (Machado et Pires, 2010 : 90)

Comme nous l'avons déjà mentionné, nous essayerons de contribuer à l'explication de cette énigme en analysant les débats tenus au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* à propos du projet de loi C-37. Avant de bien poser la problématique, ce que nous ferons dans la section 1.3, nous présenterons rapidement les caractéristiques des peines minimales (1.1), et nous décrirons le contexte législatif qui a conduit à la proposition de ce projet de loi et à son adoption (1.2), menant ainsi à l'amendement du Code criminel en 2013 (L.C. 2013, ch. 11).

1.1 Les caractéristiques des peines minimales

Les peines minimales sont définies comme étant des peines déterminées lors du processus législatif et qui imposent aux tribunaux ou à la libération conditionnelle un seuil minimal strict de souffrance, que ce soit en termes financiers ou en termes de temps d'incarcération. Les tribunaux peuvent infliger une peine plus sévère que le seuil minimal jusqu'à ce que la peine atteigne le maximum prévu par la loi, mais « il leur est interdit d'imposer une peine qui soit moindre que le minimum prescrit » (Roberts, 2005). Deux types de peine minimale existent, les peines minimales absolues et non absolues, dont la différence «ne réside pas dans leur caractère plus ou moins obligatoire, mais dans l'extension que la loi donne à l'obligation : dans un cas, elle accepte les exemptions et dans l'autre, non.» (Pires et Machado, 2010 : 102) Certains pays, autres que la Canada, permettent aux tribunaux d'imposer une peine moindre que la peine minimale obligatoire dans certaines circonstances. Au Canada, nous avons un modèle de peine minimale «absolue», c'est-à-dire qu'«aucune exemption n'est possible à la dite loi » (Pires et Machado, 2010 : 102). Cette structure de peine fait en sorte que le juge est dépourvu de tout pouvoir discrétionnaire lors de la détermination de la peine dans le cas d'une infraction assortie d'une peine minimale, phénomène que Pires et Machado (2010) décrivent comme une «intervention du politique dans la sentence du droit ». Le même type de limitation est imposé au plan de la libération conditionnelle. Au Canada, les limites imposées à la libération conditionnelle peuvent aller jusqu'à 25 ans d'incarcération pour certains crimes et cette peine minimale peut être encore plus élevée en cas de cumulation de peines (par exemple, trois meurtres au premier degré).

1.2 La suramende compensatoire : de sanction supplémentaire discrétionnaire à sanction non discrétionnaire

La suramende compensatoire est une sanction supplémentaire de nature pécuniaire¹¹ ajoutée au moment de la détermination de la peine dans chacune des provinces et territoires canadiens. La première disposition entrée en vigueur en 1989 sous le nom de «Victim Fine Surcharge»¹² (Projet de loi C-89) prévoyait un montant maximal à la suramende et n'en faisait pas une peine minimale. Contrairement à la peine d'amende, les objectifs de la suramende sont principalement d'offrir un soutien financier aux provinces et aux territoires afin d'augmenter l'accessibilité des services à l'ensemble des victimes d'actes criminels ainsi que de renforcer le niveau de responsabilisation individuelle du délinquant envers sa victime¹³. Les sommes recueillies par la suramende sont déposées dans un fonds spécialisé destiné aux victimes, aussi appelé « fonds d'aide aux victimes d'actes criminels » et administré par chacun des territoires et chacune des provinces afin d'offrir des services et programmes¹⁴ à l'ensemble des victimes de crimes. Le champ d'intervention de cette disposition législative est large : elle s'adresse à tous les délinquants reconnus coupables d'une infraction prévue par le Code criminel canadien, d'une

¹¹ La suramende se distingue de l'ordonnance de dédommagement puisque l'argent recueilli par la suramende est dirigé dans un fonds spécial pour les victimes, alors que le dédommagement est une ordonnance discrétionnaire des tribunaux qui ordonne qu'un montant soit versé directement à la victime du crime à titre de dommage-intérêts selon l'article 738 du Code criminel. Voir à ce sujet le résumé législatif : *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* (2013), Bibliothèque du Parlement du Canada, publication n. 41-1-C37-F. p.2

¹² Chambre des communes, 2^e lecture, 2012 :84.

¹³ Voir à cet effet : Law, M.A et Sullivan, S.M (2006). «Imposition obligatoire de la suramende compensatoire fédérale au Nouveau-Brunswick : un examen opérationnel », Ministère de la justice du Canada

¹⁴ Selon l'ancien premier ministre du Canada Stephen Harper, les services et programmes offerts aux victimes sont «la communication de renseignements sur le système de justice pénale et les procédures judiciaires, des services d'aiguillage vers des services de consultation, du soutien aux personnes vulnérables pendant le procès, de l'aide pour rédiger les déclarations des victimes, et des programmes d'indemnisation (Voir à cet effet: <http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2014/04/03/suramende-compensatoire#sthash.Jwan0WFu.dpuf>).

infraction prévue par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et s'applique également dans les cas où la peine principale est une absolution¹⁵.

1.2.1 Les modifications apportées de 1989 à 1999

La disposition de 1989 prévoyait dans l'article 730 du Code criminel canadien un montant *maximal* à la suramende qui pouvait toutefois être modifié par les règlements qui fixaient certaines limites aux tribunaux :

« [...] un contrevenant était tenu de verser une suramende compensatoire dont le montant ne pouvait pas dépasser le moins élevé des montants suivants : 15 % de l'amende infligée ou, si aucune amende n'était infligée, 10 000 \$; le montant prévu par règlement du gouverneur en conseil.»¹⁶

Le règlement initial prévoyait que le montant était de 35 \$ si aucune amende à titre de peine n'était infligée. En d'autres mots, la suramende pouvait représenter 15% de l'amende infligée, ou 35\$ dans les cas où aucune amende n'était infligée (Law et Sullivan, 2006 :12). Notons que si le contrevenant démontrait que cette sanction pouvait lui causer préjudice¹⁷, le juge avait la discrétion de l'octroyer ou non.

En 1999, une première modification fut apportée à la suramende compensatoire. La peine est devenue automatique¹⁸, soit par l'obligation de payer la somme de 50\$ (infraction punissable sur

¹⁵ L'absolution est une disposition contenue à l'article 730 du Code criminel canadien (CCC) : « (1) Dans le cas où il est condamné — ou absous aux termes de l'article 730 — à l'égard d'une infraction prévue à la présente loi ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, le contrevenant est tenu de verser une suramende compensatoire, en plus de toute autre peine qui lui est infligée. » (Art. 737, L.C 1985)

¹⁶ Résumé législatif du projet de loi C-37 : *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*, Bibliothèque du Parlement du Canada, 2013, publication n. 41-1-C37-F.

¹⁷ *Ibid.* Nous entendons par préjudice le principe de causer un tort important ou de contrevenir aux droits d'un individu.

¹⁸ Le terme automatique signifie le fait que le montant minimal de la suramende s'applique dans toutes les situations et qu'aucune limite maximale n'est prévue dans la loi. La valeur minimale est donc fixe et la valeur maximale est ouverte.

déclaration de culpabilité par procédure sommaire) ou 100\$ (infraction punissable sur déclaration de culpabilité par mise en accusation) lors de la détermination d'une peine non assortie d'une amende. La nouvelle disposition permettait ainsi aux juges d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire en augmentant le montant de la suramende lorsqu'ils jugeaient que le délinquant avait les moyens de la payer ou encore, de l'invalider lorsqu'ils considéraient que la peine pouvait causer préjudice à celui-ci.

1.2.2 Les motifs du retour au débat en 2013

Des études¹⁹ réalisées en 1990 et 1992 en Colombie-Britannique ont démontré que les fonds recueillis par la suramende étaient moindres que ceux anticipés et que celle-ci n'était imposée que dans très peu des poursuites admissibles compte tenu du fait que la grande majorité des délinquants appartiennent à des milieux défavorisés du point de vue social et économique²⁰ et qu'ils sont donc incapables, dans ces conditions, de payer la suramende imposée. Le fait que les acteurs judiciaires n'appliquaient pas la suramende dans la grande majorité des cas, étant donné leur pouvoir discrétionnaire et en raison du caractère non obligatoire de la loi, a créé une source d'inconfort et une forte mobilisation des acteurs politiques afin de rouvrir le débat sur la question du montant imposé et du besoin de donner un caractère obligatoire à la suramende. L'absence de justification des juges dans leurs décisions écrites quant aux motifs accompagnant la non-imposition de la suramende ainsi que la notion de préjudice injustifié ont aussi soulevé plusieurs questionnements auprès des acteurs politiques :

¹⁹ Selon Young (2001), *Série de recherche sur les victimes d'actes criminels : le rôle de la victime au sein du processus judiciaire : une analyse bibliographique 1989 à 1999*, Ministère de la Justice, p. 23 cité dans le résumé législatif du Parlement du Canada du projet de loi C-37 : *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* (2013), Bibliothèque du Parlement du Canada, publication n. 41-1-C37-F.

²⁰ Selon Jodouin et Sylvestre (2009 :570), «Les personnes pauvres ou marginalisées sont trop souvent emprisonnées faute de pouvoir fournir des garanties». Voir aussi Danièle Laberge et al. *Le rôle de la prison dans la production de l'itinérance* (1998), Rapport de recherche soumis au Conseil québécois de la recherche sociale, Montréal : *Les Cahiers de recherche du Collectif de recherche sur l'itinérance*.

«Il y a actuellement le fait que les juges renoncent à imposer la suramende dès que le contrevenant affirme qu'il est incapable de la verser au lieu de l'obliger à démontrer que lui ou les personnes à sa charge connaîtraient des difficultés excessives à cause du non-versement de la suramende compensatoire que prévoit le paragraphe 737(5) du Code criminel. Un autre problème actuel, qui a déjà été mentionné, est que les dossiers ne mentionnent pas de façon appropriée la suramende même dans les cas où son imposition est, à l'heure actuelle, obligatoire.» (Comité des affaires juridiques et constitutionnelles, 2012, 1^{ère} lecture : 13)

Une autre étude²¹ réalisée au Nouveau-Brunswick en 2006 a démontré que malgré l'ajout du caractère automatique à la peine en 1999, les revenus apportés par la suramende sont demeurés les mêmes dûs au nombre d'exemptions accordées par des juges :

«Les revenus anticipés pour le Nouveau-Brunswick à la suite des modifications de 1999 aux dispositions du Code criminel relatives à la suramende compensatoire n'ont pas été produits à cause, surtout, du nombre important d'exemptions. En fait, les revenus sont demeurés constants après les modifications de 1999.» (Law et Sullivan, 2006 : VII)

C'est dans ce contexte que le projet de loi C-37, constituant une initiative de l'honorable Peter Van Lohan du Parti conservateur, fut présenté à la Chambre des communes en avril 2012. Suite à la deuxième lecture du projet aux communes, celui-ci fut dirigé au *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (CPJDP) qui a mené à quatre différentes discussions sur le projet de loi et s'est interrogé sur sa conformité avec les droits de la personne. Le projet fut ramené à la Chambre des communes suite à ces discussions, et aucun amendement ou recommandation au projet ne fut proposé par le comité. Si, depuis, certains juges²² ont pu

²¹ Law, M.A. et Sullivan S.M (2006), *Imposition de la suramende compensatoire fédérale au Nouveau-Brunswick : un examen opérationnel*, Ministère de la justice du Canada.

²² Dans l'arrêt *Cloud*, [2014] QCCQ 464 [par53], le juge Healy émet la conclusion suivante : «I have stated my conclusion that the application of the surcharge in this case would make an otherwise reasonable joint submission disproportionate and unreasonable. I cannot say that the surcharge is inapplicable in this case. It is applicable. As a result, I have considered various means by which to minimize its disproportionate effects on Mr. Cloud. » Voir aussi *R. c. Michael*, [2014] ONCJ 360 dans lequel le juge Paciocco a prononcé que l'imposition de la suramende compensatoire dans cette situation violait les principes prévus à la section 12 de la Charte.

considérer la suramende compensatoire comme une peine « cruelle et inusitée » qui viole l'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés, le *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* n'a procédé à aucune reformulation ou amendement afin de rendre le projet davantage conforme aux articles de la Charte qui offrent une protection contre des peines excessives.

La nouvelle disposition de la suramende compensatoire modifie l'article 737 (2) du Code criminel à différents égards : (i) le juge est absolument contraint à imposer une suramende (limitation du pouvoir discrétionnaire) (ii) elle augmente la valeur de la suramende; et (iii) elle ajoute une clause de remplacement de la suramende par une autre sanction (non-monétaire) si le contrevenant démontre la preuve qu'il est incapable payer le montant fixé. Résumons alors ces trois modifications.

Tout d'abord, la nouvelle disposition vise à modifier l'article 737(5)²³ en limitant sérieusement le pouvoir discrétionnaire des tribunaux lors du prononcé de la peine. Depuis l'adoption du projet de loi, les acteurs judiciaires ne possèdent donc plus le pouvoir discrétionnaire de refuser d'imposer la suramende lorsqu'ils considèrent que celle-ci porte préjudice au contrevenant.

Deuxièmement, en ce qui concerne le montant de la suramende, le projet va doubler sa valeur. Dans le cas où il y a une peine d'amende, la valeur de la suramende va passer de 15 à 30 %. S'il n'y a pas d'amende, le montant minimal de la suramende sera de 100 \$ dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et de 200 \$ dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par mise en accusation. Le montant

²³ Précédemment à l'adoption du présent projet de loi, l'alinéa (5) de l'art. 737 du Code criminel stipulait que : « Le tribunal peut ordonner qu'aucune suramende compensatoire ne soit infligée aux termes du paragraphe (1), si le contrevenant en fait la demande et lui démontre que cela lui causerait — ou causerait aux personnes à sa charge — un préjudice injustifié. » Celui-ci fut abrogé en 2013 lors de l'adoption du projet de loi C-37.

minimal de la suramende doit être imposé d'office et ajouté aux autres peines rendues au contrevenant lors de la détermination de la peine. En outre, l'article 737 (3) du Code criminel canadien n'est pas modifié dans le cadre du projet de loi C-37 et stipule que (3) : « Le tribunal peut, s'il estime que les circonstances le justifient et s'il est convaincu que le contrevenant a la capacité de payer, ordonner à celui-ci de verser une suramende compensatoire supérieure à celle prévue au paragraphe (2).» Un minimum est donc établi sans fixer une marge maximale au montant imposé.

Troisièmement, le projet va obliger le juge à remplacer la suramende par une autre sanction advenant le cas où le contrevenant ne puisse pas la payer. Ce dispositif augmente la pression envers le juge pour collecter la suramende et l'oblige, le cas échéant, à ajouter une autre sanction. Cette clause de remplacement est formulée, dans un ton « positif », comme une « clause d'accès » à des programmes provinciaux de rechange, dépendamment de la province ou territoire où le crime a été commis. L'accès à ces programmes est possible, à condition que la province offre ces programmes, lors d'une incapacité du délinquant à s'acquitter d'une suramende selon l'article 737 (10) du Code criminel. En effet, le projet de loi C-37 vise à permettre aux délinquants de « s'acquitter de la suramende compensatoire par l'intermédiaire du programme de solutions de rechange à l'amende, s'ils existent et s'ils y sont admissibles. » Ces programmes ne s'offrent toutefois pas dans l'ensemble des provinces et territoires. On peut donc voir que le projet de loi crée à sa naissance un problème de « droits universaux de la personne » relevant de l'incarcération des pauvres par défaut de paiement de la suramende. Le Comité des droits de la personne de la Chambre des communes va « laisser passer » en connaissance de cause ce problème, comme nous le verrons dans le chapitre analytique.

Dans la section suivante, maintenant que le contexte entourant la transformation de la suramende au fil des temps a été précisé, nous expliciterons de quelle façon nous avons construit la problématique au centre de cette recherche.

1.3 L'émergence d'un problème de recherche

Alors que l'on dénombrait un total de 29 peines minimales au Code criminel canadien en 2001, on en compte approximativement 50 en 2012 (Desrosiers, 2013 : 121). Quelles pourraient être les raisons appuyant cette pratique législative persistante? Cette trajectoire progressive des peines minimales semble être justifiée, aux yeux de certains, par leurs effets de dissuasion et de réprobation sociale. Elles seraient pour eux une façon efficace de protéger la société. Un autre argument attrayant de cette structure de peine aux yeux de ceux qui les soutiennent est le fait qu'elles élimineraient la disparité²⁴ lors du prononcé des peines (Gabor et Crutcher, 2002 ; Doob et Cesaroni, 2001 ; Crutcher, 2000). Pour d'autres, leur récurrence serait liée à l'influence qu'apporte la législation américaine dans la structure pénale canadienne²⁵. D'autres encore attribuent la pérennité des peines minimales obligatoires à la croyance populaire en l'augmentation de la sévérité des peines comme meilleur moyen de dissuasion (Roberts, 2003). En somme, les arguments relevés en faveur des peines minimales soulignent:

²⁴ Les résultats de la *United States Sentencing Commission* (1991, cité dans Gabor et Crutcher, 2002 : 26) démontrent qu'il existe deux formes de disparité dans les peines : «Premièrement, des délinquants aux caractéristiques semblables faisaient l'objet d'un traitement différent sous le rapport de l'inculpation et des peines. Ces différences semblaient fondées sur des facteurs tels que la race, le circuit et les pratiques du ministère public. Deuxièmement, des délinquants très différents par la nature de l'infraction et le rôle qu'ils y avaient joué bénéficiaient d'allègements semblables qui situaient leurs peines en deçà du minimum obligatoire.» À cet effet, Gabor et Crutcher (2002 : 28) affirment que «Les PMO n'ont pas nécessairement pour effet de réduire la disparité des peines. Elles entraînent le déplacement, dans une certaine mesure, du pouvoir discrétionnaire des juges aux procureurs du poursuivant, au détriment de la transparence.»

²⁵ Il est fort intéressant de constater le renversement d'une telle idéologie lors des derniers discours de Barak Obama qui prône une réduction des sentences pour possession et trafic de drogue : « In far too many cases, the punishment simply does not fit the crime». (Voir à cet effet pour plus de détails <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-14/obama-calls-on-congress-to-overhaul-mandatory-minimum-sentences>).

«[...] qu'elles ont un effet dissuasif [...] qu'elles ont une fin éducative du fait qu'elles font part de la désapprobation de la société de manière claire et nette, qu'elles réduisent la disparité entre les peines en donnant des lignes directrices claires aux tribunaux pour que les délinquants de toutes les régions du pays soient incarcérés pendant une période minimale donnée, qu'elles répondent aux préoccupations du public selon lesquelles les gens devraient être tenus responsables de leurs actes criminels [...]»²⁶

Mais les peines minimales sont aussi les cibles de nombreuses critiques, car elles sont souvent décrites par leurs effets négatifs sur le processus de détermination de la peine, par l'entorse qu'elles causent à l'égard des principes pénologiques du droit criminel moderne et par le non-respect de certains droits de la personne accusée. Crutcher, par exemple, a remis en question les soi-disant effets positifs des peines minimales en soulignant leur inefficacité notamment sur les plans de la dissuasion et de la récidive : « these penalties do not deter, do not deal with the root of the crime problem, and have no effects upon recidivism. » (2000 :80)

La Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987), Doob et Cesaroni (2001), Desrosiers (2013), Roberts (2001, 2005), Fish (2008), Sheehy (2001) et Dumont (1997, 2001) démontrent que l'objectif de dissuasion²⁷ recherché est, dans les faits, difficilement atteint par la peine minimale :

«L'un des arguments les plus fréquemment avancés pour justifier les peines minimales est leur valeur dissuasive. À première vue, cela paraît convaincant. Cependant, cet argument repose sur deux prémisses qui sont fausses. La première est qu'il suppose que l'existence de peines minimales est connue de ceux qui sont susceptibles de commettre une infraction, ce que démentent les sondages d'opinion [...], et la seconde, que ces personnes sont à peu près certaines de se faire prendre, ce qui ne semble pas non plus être le cas.»²⁸

²⁶ Résumé législatif du projet de loi C-37 : *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* (2013). Bibliothèque du Parlement du Canada, publication n. 41-1-C37-F.

²⁷ Selon Pires et Machado (2010 : 111), « la théorie moderne de la dissuasion (ou de la prévention) soutient que la souffrance infligée par la peine doit dépasser (au moins un peu) les avantages du crime pour pouvoir servir de frein ou d'obstacle aux criminels potentiels en éliminant leur audace à commettre un crime. »

²⁸ Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987: 71).

La Commission canadienne de détermination de la peine ajoute qu' : « aucune peine ne peut avoir d'effet dissuasif si son existence même est inconnue » (1987:200). Pour sa part, Desrosiers (2013 :148) affirme que ces peines ont un double défaut : elles sont «inefficaces et nuisibles» tant sur les plans de dissuasion qu'à « l'égard de la gestion des fonds publics et de l'administration de la justice». Et Roberts (2005:11) ajoute que cette structure de peine n'est pas «un outil efficace en matière de détermination de la peine, c'est-à-dire que [les peines minimales] gênent le pouvoir judiciaire discrétionnaire sans offrir de meilleurs résultats quant à la prévention du crime. Néanmoins, les peines obligatoires sont encore populaires auprès de certains politiciens canadiens.» Il n'est pas rationnel d'analyser la proportionnalité d'une peine en fonction des objectifs de dissuasion et de dénonciation puisqu'on ne peut prouver la constance démontrant que l'inflation de la sévérité remplit réellement ces objectifs. On avance aussi que l'adoption de peines minimales obligatoires fait en sorte que les objectifs pénologiques de dissuasion et de dénonciation s'imposent au-delà des objectifs de réhabilitation, de réparation et de conscientisation mentionnés à l'article 718 du Code criminel canadien (Desrosiers, 2013). Selon Roberts (2001), lorsque l'objectif de dénonciation se définit comme une désapprobation sociale exprimée par la société à travers la sévérité de la peine, la prise en compte de la perception sociale face à la gravité d'un crime devrait être analysée avant de déterminer le besoin de dénonciation à travers une peine aussi rigoureuse. Aussi, Roach (2001), Dumont (1997), Roberts (2001) et Crutcher (2000) mentionnent le fait que la multiplication des peines minimales engendre un impact considérable sur le processus de détermination de la peine puisqu'elle crée un effet d'inflation qui porte atteinte à la structure de la détermination de la peine. Comme le mentionne Roberts (2001 : 311) :

«Drawing upon the Supreme Court judgment in *R. v. Morrissey*, (Roach) suggests that the creation of a severe four-year mandatory minimum sentence will have an inflationary effect on sentencing patterns as judges attempt to incorporate the new mandatory minima into the existing sentencing framework, in which proportionality is designated as the fundamental sentencing principle.»²⁹

Selon Roberts, l'introduction de nouvelles peines minimales sévères ne peut qu'engendrer un effet escalier et ainsi provoquer la hausse des autres peines minimales au même niveau: « it appears that when a mandatory minimum sentence is introduced, it has the effect not of moving the entire range upwards, but rather of constraining the distribution by raising all sentences to a new artificial floor. » (2001: 327) Le minimum devient alors le maximum octroyé aux contrevenants et les juges n'offrent que très rarement une peine plus lourde que la peine minimale établie (Crutcher, 2000). S'il y a création d'une nouvelle peine, ou encore, des modifications en vue d'augmenter sa sévérité, Roberts affirme que l'augmentation des autres peines sera nécessaire afin de distinguer les crimes plus graves et de répondre au principe de proportionnalité de la peine : « If rigorously followed by judges, the inflationary interpretation of the impact of a mandatory minimum carries the potential to wreck the current architecture of the sentencing process. » (2001 : 324) Selon Dumont (1997), cette «escalade de la rigueur répressive» s'attaque non seulement aux peines minimales, mais aussi à toutes les autres formes de peine dans le but de créer une uniformité juridique et politique. Roberts (2001) nomme que l'effet d'inflation crée un manque de cohérence lors du prononcé des peines et lors de son application à des peines de nature hétérogène³⁰ puisque la conservation et le renforcement des objectifs de la peine (rétribution, dénonciation, dissuasion) surpassent le principe de

²⁹ Voir *R. c. Morrissey* [2000] 2 S.C.R. 90.

³⁰ Roberts (2001) utilise l'exemple de deux individus ayant commis deux crimes différents avec usage d'une arme à feu avant l'adoption du projet de loi C-68. Un aurait dû recevoir une sentence de 18 mois et l'autre de trois ans. Suite au projet de loi, les deux reçoivent une peine égale de 4 ans sans tenir compte des circonstances du crime, ce qui va à l'encontre du principe fondamental de proportionnalité.

proportionnalité même si celui-ci est jugé fondamental. En somme, les recherches démontrent l'importance de se questionner en répondant à la question de savoir si les effets négatifs involontaires des peines minimales annulent les avantages que certains observateurs leur attribuent (Commission canadienne de détermination de la peine, 1987; Gabor et Crutcher, 2002; Roberts, 2001; 2005, Desrosiers, 2013; Doob et Cesaroni, 2001; Sankoff, 2013; Roach, 2001; Crutcher, 2000; Fish, 2008; Dumont, 1997, 2001; Boisvert, 2001).

En fait, les aspects problématiques des peines minimales sont tellement importants et nombreux qu'un chapitre³¹ complet du rapport de la Commission canadienne de la détermination de la peine leur est consacré et la recommandation finale, après analyse, s'oriente vers l'appui de leur abolition. On constate que ces peines représentent une réaction exagérée à des comportements indésirables, réaction qui mène au retrait de la discrétion judiciaire, à l'impossibilité d'individualiser la peine puisqu'elles interdisent la prise en considération des circonstances individuelles de chaque délinquant, menant ainsi à des peines injustement sévères (Crutcher, 2000). Sans oublier les impacts qu'elles apportent sur le plan des droits de la personne en violant, dans certaines circonstances, les articles 7 et 12³² de la Charte.

Conclusion

L'ensemble des changements législatifs apportés à la suramende compensatoire que nous avons décrit précédemment lui a procuré progressivement un cadre contraignant en la rendant automatique, puis obligatoire. Son caractère obligatoire et automatique, son seuil minimal inscrit au Code criminel, le retrait de la discrétion judiciaire afin de permettre certaines exemptions lors de préjudices injustifiés et la possibilité pour les tribunaux de fixer une suramende surélevée font

³¹ Voir à cet effet le chapitre 8 du rapport de la Commission canadienne de détermination de la peine (1987).

³² Nous approfondirons ces concepts dans la prochaine section.

donc d'elle une peine minimale d'amende sévère. Plusieurs écrits produits par des sociologues, des juristes, des associations professionnelles et des commissions d'enquête³³ font état des impacts négatifs des peines minimales sur le processus de détermination de la peine et sur les droits universaux de la personne. Comment expliquer leur étonnante résistance et, au-delà de cela, leur étonnante popularité auprès des politiciens?

Le prochain chapitre, consacré à la recension des écrits, devra nous fournir des nouvelles pistes pour répondre à cette énigme. Nous décrirons de façon synthétique le corpus de connaissances produites sur ce thème en mettant l'accent sur les trames discursives les plus récurrentes pour penser le thème des peines minimales que nous venons d'identifier, soit les raisons justifiant leur résistance et continuelle popularité, les entorses qu'elles apportent aux principes pénologiques du droit criminel moderne, leur relation avec les droits de la personne et finalement le problème de l'empiétement du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire. L'analyse de la littérature sur le thème des peines minimales obligatoires nous permettra de spécifier davantage la question de départ qui a servi de fil conducteur à cette recherche.

³³ Plusieurs commissions d'enquête telles que le Rapport Archambault (1938), Rapport Fauteux (1956), Rapport Ouimet (1969), La Commission Le Dain (1973), Les principes de la détermination de la peine et ses dispositions (1974), Emprisonnement et libération (1975), Études sur l'emprisonnement (1976), La Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987), Daubney Report : Taking responsibilities (1988) se sont penchées sur la question des peines minimale, et toutes ont conclu que les peines minimales étaient dispendieuses, inefficaces, et qu'elles devraient être abolies à l'exception du meurtre et des crimes de haute trahison (voir Crutcher, 2000 ; Doob et Cesaroni, 2001).

CHAPITRE 2 : LA RECENSION DES ÉCRITS

Plusieurs questions ont orienté la démarche d'observation de la littérature au sujet des peines minimales obligatoires. Comment justifier l'attraction des acteurs politiques pour ce type de peine? Quels types de relations entretiennent-elles avec la sémantique des droits de la personne? Quelles trames discursives émergent quand il s'agit d'appuyer ou de critiquer la pratique législative consistant à adopter des peines minimales? Nous avons organisé ce chapitre en séparant les thèmes les plus pertinents et récurrents ressortis de la recension des écrits : le thème du populisme pénal comme facteur explicatif de l'adoption contemporaine de peines minimales (2.1); les entorses que les peines minimales font aux principes pénologiques du droit criminel moderne (2.2); le problème que la restriction du pouvoir discrétionnaire des juges pose au principe constitutionnel qu'est la séparation des pouvoirs (2.3); le thème de la violation des droits de la personne et des garanties juridiques des personnes condamnées (articles 7 à 12 de la Charte canadienne des droits et libertés) (2.4); et nous concluons avec la distinction fondements/faits justificatifs des peines minimales (2.5).

Nous avons rencontré, suite à plusieurs lectures approfondies, *un niveau de saturation* des éléments d'analyse portant sur les peines minimales. Il est intéressant de constater que malgré les changements évolutifs et l'apport de nouvelles connaissances en ce qui concerne ce modèle de peine, les mêmes arguments (pour soutenir ou abolir cette pratique) sont répétés depuis 1982 (Crutcher, 2000) et font en sorte que les peines minimales conservent «une trajectoire historique

régressive³⁴» au Canada (Pires et Machado, 2010 :92). Nous écarterons de cette revue de littérature les arguments centrés sur les incidences économiques des peines minimales d'emprisonnement tout en mentionnant que les nombreuses recherches existantes sur le sujet démontrent que les peines plus longues sont plus coûteuses pour le système de justice, qu'elles augmentent inévitablement la population carcérale et qu'elles augmentent le nombre des procès coûteux (Gabor et Crutcher, 2002; Cohen et Canela-Cacho, 1994; Wooldredge, 1996; Desrosiers, 2013; Dumont, 2010).

2.1. Peines minimales et populisme pénal

On peut décrire le populisme pénal comme une tendance à répondre aux crimes spectaculaires par des peines encore plus sévères (Salas, 2005). Il s'agit d'une expression qui vise à décrire la forte tendance à créer, dans le champ des communications politiques, un faux besoin d'urgence à répondre à une problématique sociale particulière en utilisant certaines formes abstraites de «stimuli» considérés comme une forme d'appât convaincant dirigé aux acteurs professionnels et au public général. Ce phénomène envoie un message clair selon lequel la réponse la plus efficiente aux problèmes sociaux existants serait la nécessité de recourir à la peine et que la sévérité de celle-ci permet de protéger les droits des victimes et le public général. Ce phénomène que l'on nomme *le populisme pénal* renvoie alors « au fait, pour le législateur, d'adopter une loi répressive dans le but de plaire à une frange de son électorat et d'augmenter son capital politique, sans égard à l'efficacité et aux effets projetés de cette loi.» (Desrosiers, 2013 : 122) Roberts (2003 :5) propose une définition similaire, soit que le populisme pénal représente la poursuite de

³⁴ Nous entendons par *régressive* une augmentation importante du nombre de peines minimales dans le système de droit criminel canadien depuis l'abolition de la peine de mort (1976), et ce, en dépit des nombreuses critiques qui ont été faites à leur égard.

projets de loi dans le but de gagner des votes plutôt que de réduire le taux de criminalité ou promouvoir les principes de justice.

Au Canada, selon Desrosiers (2013 :122), « l'instauration de ces nouvelles peines minimales, tout comme l'augmentation de celles qui existaient déjà, est un des effets du populisme pénal qui a caractérisé la dernière décennie en matière de politiques criminelles. » En France, Salas fait un constat semblable qui nous permet encore une fois de saisir les raisons justifiant l'augmentation de peines minimales obligatoires :

« Tous démontrent que le populisme pénal s'installe comme une composante de la vie démocratique. [...] Trois éléments le caractérisent : tout d'abord, les promesses attractives pour l'électorat, parce que punitives et radicales; ensuite, une indifférence à l'égard de l'efficacité de ces politiques qui valent exclusivement par leur impact sur l'opinion; enfin, une législation pénale fondée sur le besoin de sécurité supposé de l'opinion.» (Salas, 2005 :57 cité dans Roberts, 2003 :8)

Le crime peut être perçu comme étant «spectaculaire» (Desrosiers, 2013 : 122), motif qui semble rendre légitime la création de nouvelles peines minimales. L'empressement du législateur de renforcer sa lutte contre le crime en créant de nouvelles politiques criminelles davantage répressives nous amène à nous questionner quant à l'importance d'une telle sévérité face à des problèmes sociaux normaux et ordinaires qui pourraient être résolus autrement que par le recours au pénal. Le système politique répond à «ces problématiques sociales complexes³⁵» (Dumont, 2010) en recourant au droit criminel, sans explorer les alternatives ainsi que les différentes interventions possibles autres que le recours à ce droit de punir plus sévèrement. Selon Dumont

³⁵ Par « problèmes sociaux complexes», nous entendons par exemple les problématiques de trafic ou possession de stupéfiants qui relèvent souvent d'un problème de toxicomanie chez le contrevenant. Plutôt que d'opter pour des programmes de réhabilitation, une peine minimale est créée afin de punir plus sévèrement ce type de problème social.

(2010 cité dans Desrosiers, 2013 :149), «l'engouement législatif pour ce type de peine ne s'appuie sur aucune donnée empirique, mais s'inspire plutôt d'un vent de populisme pénal qui effeuille les mesures répressives.» Cette pratique permet au législateur d'être perçu comme un combattant engagé dans une lutte constante pour réprimer le crime dans le but de répondre aux besoins du public. Ses racines punitives et radicales, son indifférence à l'égard de l'efficacité des politiques et une législation pénale basée sur le besoin de sécurité incessant proviendraient de cette opinion publique qui ordonne à l'État d'agir par le biais de ses acteurs politiques (Salas, 2005: 57). Dans les faits, l'opinion publique semble jouer le rôle ici d'une construction discursive par laquelle le pouvoir politique attribue à un public imaginé et construit une volonté punitive. À cet effet, Bourdieu (1973) émet la prémisse que « l'opinion publique n'existe pas en tant que tout cohérent; il existe des opinions individuelles, des opinions de groupes, voire des opinions semblables au sein d'une classe sociale, mais le concept d'opinion publique comme agrégation de ces opinions de groupes réduits est un fantôme sociologique. » (Bourdieu, cité dans Lalande, 2006 :8)

En somme, le populisme pénal est devenu partie intégrante de la vie démocratique étant donné son discours portant sur les promesses attrayantes pour l'électorat. L'« opinion publique » influence les décisions politiques prises par le législateur, celles-ci ayant à leur tour des impacts considérables sur les décisions prises par le judiciaire. Peut-on, dans ce contexte, justifier l'énigme de la persistance et de la résistance des peines minimales par une montée du populisme pénale? L'étude des fondements et faits justificatifs ayant soutenu cette transformation législative permettra, en bout de ligne, de clarifier et d'approfondir cette question. Regardons avant d'y arriver l'impact des peines minimales sur les principes pénologiques du droit criminel moderne.

2.2 Peines minimales et principes pénologiques du droit criminel moderne

Nous présenterons dans cette section les recherches qui abordent les incohérences et contradictions générées par les peines minimales obligatoires à l'égard des principes de détermination de la peine typiques du droit criminel moderne. Au Canada, les principes de détermination de la peine sont codifiés depuis 1996 dans le Code criminel. Le juge chargé d'imposer la peine doit tenir compte de tous les principes établis par les articles 718.1 et 718.2 du Code criminel afin d'appliquer une peine juste et appropriée qui respecte les principes et objectifs énoncés à la partie XXIII du Code criminel³⁶. Toutefois, l'ensemble de la littérature fait état du fait que les peines minimales obligatoires ne respectent pas certains principes de justice fondamentale codifiés lors de la détermination de la peine. De façon spécifique, nous attirerons l'attention sur les écrits qui ont identifié des entorses apportées par les peines minimales au principe de la modération (2.2.1), au principe de l'individualisation de la peine et au principe de la proportionnalité (2.2.2).

2.2.1 Peines minimales obligatoires et principe de la modération des peines

En 1987, la Commission canadienne de détermination de la peine indique dans son rapport que le principe de modération³⁷ constitue un principe directeur lors de la détermination de la peine, principalement dans les cas d'emprisonnement pour non-paiement d'amende :

«Conformément aux recommandations formulées par maintes commissions canadiennes antérieures, les peines d'emprisonnement doivent être utilisées de manière plus

³⁶ *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

³⁷ Les articles 718.2(d) et (e) du Code criminel font état que «an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances» et que «all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.» (Roberts, 2001 :321)

parcimonieuse, surtout à l'égard des personnes condamnées pour des infractions mineures contre les biens. Normalement, les peines d'emprisonnement doivent être réservées aux infractions les plus graves et avant tout à celles qui s'accompagnent de violence. Les justiciables ne doivent pas être emprisonnés pour avoir été incapables de payer une amende.» (Commission canadienne de la détermination de la peine, 1987 : xxvii)

Il faut remarquer que la suramende constitue par elle-même une forme d'aggravation des peines. En effet, elle ne constitue pas une partie de la valeur d'une amende qui est dirigée vers les victimes, mais un ajout à la peine imposée. Elle peut, par exemple, « prolonger » la valeur d'une amende. Si l'individu n'a pas la capacité de payer une amende, le juge doit remplacer celle-ci par une autre sanction. Si cet individu peut de justesse payer l'amende, mais ne peut pas payer la suramende, il sera soumis aussi à une sanction additionnelle. Donc, dans tous les cas, la suramende a été pensée comme une forme d'aggravation de la peine. Si la première version de la suramende compensatoire de 1989 permettait au tribunal de s'abstenir d'ordonner celle-ci lorsque le délinquant démontrait qu'elle pouvait lui causer un préjudice injustifié aux termes de l'article 737 (5) du Code criminel, les modifications effectuées par le projet de loi C-37 ont éliminé la discrétion judiciaire à cet égard (l'article 737 (5) de Code fut abrogé), rendant ainsi la suramende compensatoire automatique, obligatoire et minimale dans tous les cas.

Bien que les modifications apportées par le projet de loi permettent maintenant au contrevenant d'avoir recours au mode facultatif de paiement d'une amende, certaines provinces³⁸ n'offrent toujours pas ce type de programme. En pratique, cela signifie que le défaut de paiement de la suramende peut avoir pour conséquence de mener à une peine d'incarcération, étant donné l'abrogation du paragraphe 737(5) du Code criminel. Le recours à l'emprisonnement pour cause d'incapacité de payer une suramende obligatoire va ainsi à l'encontre du principe de modération

³⁸ L'Ontario et Terre-Neuve n'offrent pas de mode facultatif de paiement de l'amende (Résumé législatif du projet de loi C-37 : *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* (2013). Bibliothèque du Parlement du Canada, publication n. 41-1-C37-F).

des peines. Comme le mentionnent Machado et Pires (2010 :100), « même d'un point de vue pragmatique, les peines minimales non carcérales peuvent être un problème pour le tribunal et se terminer par l'incarcération³⁹». L'arrêt *Wu* (2003 : 541) fait état du principe selon lequel la peine privative de liberté doit être envisagée seulement en dernier recours :

« Les principes de détermination de la peine incluent la directive du législateur énonçant ‘ l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ‘, de même que « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances (al. 718.2d) et e) du Code. »

Dans son rapport de 1987, la Commission canadienne de détermination de la peine avait décrié le recours excessif à l'emprisonnement, principalement dans les situations de non-paiement d'amendes.

« L'amende obligatoire a également pour effet de saper le principe de modération. Certes, en théorie, l'amende est une sanction communautaire, mais en pratique, elle aboutit à l'incarcération des nombreux contrevenants qui ne la paient pas.» (Commission canadienne de détermination de la peine, 1987 : 206)

L'emprisonnement pour non-paiement d'amende constitue en soi une difficulté importante en matière d'imposition de la peine. La Commission canadienne de détermination de la peine (1987) recommande notamment que la vérification de la capacité de payer du délinquant soit effectuée d'emblée lors du prononcé de la peine dans tous les cas, sans que le fardeau de démontrer le préjudice ne soit imposé au délinquant lui-même :

«La Commission recommande que des amendes ne soient imposées que lorsqu'une enquête révèle qu'il est approprié de le faire. Il ne sert à rien d'imposer une amende à quelqu'un qui ne peut pas la payer. Donc, la Commission recommande qu'avant d'imposer une amende, on

³⁹ Les auteurs font ici référence à l'arrêt *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530.

fasse enquête sur la capacité de payer du contrevenant.» (Commission canadienne de détermination de la peine, 1987 : Xii)

En somme, l'emprisonnement peut être un mécanisme de sanction possible lors d'une incapacité de paiement de la suramende compensatoire malgré le principe de modération contenu à l'article 718.2 du Code criminel qui tente de limiter le recours excessif à ce type de peine. En d'autres termes, l'emprisonnement doit représenter un moyen de dernier recours, principalement lorsque le contrevenant se voit incapable de payer la somme demandée et que la peine lui cause un préjudice injustifié. Finalement, la Cour suprême a statué dans l'arrêt *Wu* (2003) que la peine d'emprisonnement ne pouvait résulter d'un non-paiement d'amende lorsqu'il existe une véritable incapacité de payer et que le facteur de la pauvreté⁴⁰ constitue en soi une excuse raisonnable.

2.2.2 Peines minimales obligatoires et principes de l'individualisation de la peine et de la proportionnalité

Un des principes fondamentaux de la détermination de la peine inscrit à l'article 718.1 du Code Criminel est celui de proportionnalité de la peine. Avant 1996, le principe de proportionnalité se définissait par la *sévérité de l'offense* commise versus *la sévérité de la punition* imposée (Commission canadienne détermination de la peine, 1987). Depuis 1996, le principe fut formulé explicitement, indiquant qu'une peine doit être proportionnelle à la *gravité de l'infraction* et au *degré de responsabilité du délinquant* (Roach, 2001).

Ce principe, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas un mécanisme adéquat pour favoriser la modération des peines. Au contraire, l'adoption d'une échelle de peines maximales très sévères

⁴⁰ La Cour suprême a affirmé dans l'arrêt *Wu* (2003 : 558) que c'est notamment « [...] le recours trop fréquent à l'incarcération des personnes pauvres pour amendes impayées qui a motivé en grande partie les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine.»

est fondée sur ce principe. Cependant, et malgré cela, ce principe peut jouer un rôle modérateur par rapport aux peines minimales de certains crimes dans la mesure où ces peines sont vues comme faisant obstacle à une individualisation de la peine centrée sur le degré de responsabilité ou de culpabilité du délinquant. En effet, on reconnaît usuellement que le processus de détermination de la peine se doit d'être individualisé selon le contexte propre au geste posé, aux caractéristiques personnelles du contrevenant et faire preuve de modération, ce «qui sous-entend alors qu'il doit exister un plafond et des balises au pouvoir de l'État de punir » (Jodouin et Sylvestre, 2009 : 537). La proportionnalité demeure un objectif essentiel en ce qu'elle, du moins pour la théorie de la rétribution, «représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste »⁴¹. Ce principe directeur contraint les tribunaux à choisir une peine appropriée en fonction du degré de responsabilité du délinquant et de la gravité de l'infraction commise selon la marge discrétionnaire qui leur est accordée par le législateur :

«Le principe fondamental de la détermination de la peine exige que la peine soit proportionnelle à la fois à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Comme notre Cour l'a déjà affirmé, ce principe ne découle pas des modifications apportées au Code en 1996; il s'agit depuis longtemps d'un précepte central de la détermination de la peine. Ce principe possède aussi une dimension constitutionnelle, puisque l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdit l'infliction d'une peine qui serait exagérément disproportionnée au point de ne pas être compatible avec le principe de la dignité humaine propre à la société canadienne. Dans le même ordre d'idées, on peut à juste titre décrire la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*.»⁴²

L'évaluation des caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances de la perpétration de l'infraction doit être effectuée avant l'imposition d'une peine puisque les impacts

⁴¹ R. c. Ipeelee [2012] 1 S.C.R.p.38, par. 37.

⁴² R. c. Ipeelee [2012] 1 S.C.R. par. 36.

de celle-ci lors de son application peuvent s'avérer aller à l'encontre des articles 7 et 12 de la Charte dans certaines situations.

Aussi, l'article 9 de la Charte offre une garantie contre l'emprisonnement arbitraire. Selon la Commission canadienne de détermination de la peine (cité dans Roberts, 2001: 315): «each criminal offence is uniquely defined by its own set of circumstances and the notion of a judge pre-determining a sentence before hearing the facts seems abhorrent to our notions of justice. If the punishment is to fit the crime, then there can be no pre-determined sentences since criminal events are not themselves pre-determined. » Afin d'être proportionnelle, la peine doit s'adapter aux circonstances du crime commis et celle-ci, comme l'indique Roach, ne peut jamais être prédéterminée par le législateur. Il est donc impossible, selon l'auteur, de respecter le principe de proportionnalité lorsqu'une peine est fixée par le législateur puisque celle-ci doit « correspondre à la culpabilité morale et non être supérieure à celle-ci » à défaut de quoi elle sera jugée disproportionnelle.

On voit alors que même dans une conception conventionnelle de la théorie de la rétribution, la peine minimale n'est pas un mécanisme facile à justifier du point de vue du droit. À cet effet, Crutcher (2000 : 128) appuie le fait qu'un des arguments principaux allant à l'encontre des peines minimales est le fait que celles-ci rendent très difficile la tâche de déterminer une peine juste et appropriée : «[...] main arguments against mandatory minimum penalties in that there is too much variation in the nature of the offence and the offenders to legislate a fair and just penalty to be applied so broadly.» Dans le même sens, le juge LaForest (cité dans Roach, 2001), soutient qu'il y a obligation dans un système pénal rationnel de respecter la nature du crime ainsi que les critères propres au contrevenant afin de déterminer la peine appropriée dans le but de répondre aux objectifs pénologiques de dissuasion, rétribution et réhabilitation. Le jugement

rendu dans l'arrêt *Ipeelee* (2012) impose aux tribunaux l'obligation d'équilibrer les deux facteurs d'évaluation de la proportionnalité puisqu'«en droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre.»⁴³

L'inflexibilité des peines minimales peut mener sans contredit à l'imposition de peines injustifiées et inadaptées au contexte et particularités du contrevenant. Roach (2001: 370) détermine que les standards constitutionnels font en sorte que les tribunaux mettent l'emphase sur le degré de responsabilité du délinquant afin d'imposer une peine minimale d'emprisonnement, et ce, même s'il ne s'agit pas du seul critère à prendre en considération lors de la détermination de la peine :

« As required by constitutional standards, the Court has increasingly emphasized the offender's fault as a justification for imposing mandatory penalties of imprisonment, even though traditionally, sentencing has not been exclusively calibrated on the basis of the offender's fault. »

Le fait d'ignorer la situation particulière du délinquant lors de l'imposition d'une peine et de déroger ainsi au principe de proportionnalité constitue en soi «une erreur de droit»⁴⁴. Selon Roberts (2001: 361), « once proportionality has been violated by the intrusion of a raft of severe, mandatory sentences of imprisonment, it cannot be re-established ».

En somme, le législateur peut choisir de réprimer et condamner les comportements criminels afin d'atteindre les objectifs que poursuit la peine minimale (dissuasion, dénonciation, rétribution), mais le pouvoir judiciaire se doit de respecter les principes de modération et d'équilibre lors de l'examen du principe de proportionnalité. L'idéal lors du prononcé des peines est d'appliquer

⁴³ *Ipeelee* [2012], par. 37.

⁴⁴ *R. c. Paré* [2011] QCCA 2047, par.46.

une peine ayant un caractère non arbitraire⁴⁵, ce qui est difficilement atteignable lorsqu'une peine minimale lie et contraint le pouvoir discrétionnaire des juges. Il s'agit du prochain point qui sera abordé.

2.3 Peines minimales obligatoires et la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire au sein d'une société démocratique se doit d'être appliquée et respectée tant par la sphère politique que juridique en tant que «principe pratique»⁴⁶ moderne (Machado et Pires, 2010 : 90). On remarque toutefois que la structure des peines minimales est construite « avec différents degrés de fermeture/ouverture à l'arbitraire judiciaire » (*Ibid.* 2010 : 100). La Cour suprême a affirmé dans l'arrêt *Ferguson* qu'il « est surprenant de constater qu'au Canada, les tribunaux ont accepté que le législateur instaure des peines minimales qui ne leur ménageaient aucune possibilité de dérogation.»⁴⁷ Lorsqu'il s'agit d'appliquer une peine minimale obligatoire, le pouvoir judiciaire se voit imposer les décisions préétablies par le législateur en matière de détermination de la peine et n'a, par conséquent, accès à aucune possibilité d'exemption. Cette intrusion dans la sentence du droit vient réduire la capacité de modération et de protection juridique des droits de l'accusé normalement contrôlée par les acteurs judiciaires (Pires et Machado, 2010). Le pouvoir judiciaire, pierre angulaire de notre système de justice, est ainsi fortement limité face aux peines minimales obligatoires

⁴⁵ Le caractère arbitraire d'une peine signifie que celle-ci « renvoie à l'imposition d'une peine préconçue à l'avance, sans que les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances de la perpétration de l'infraction n'aient été considérées. » (Desrosiers, 2013 : 144)

⁴⁶ Selon Brun et Tremblay et Brouillet (2008 : 591), « la notion stricte de séparation des pouvoirs ne conserve de signification en droit constitutionnel canadien et québécois qu'en ce qui regarde l'exercice de la fonction judiciaire. Elle prend la forme d'une règle de fonctionnement de l'État qui veut que les tribunaux soient indépendants des gouvernements et des parlements. » Pires et Machado (2010 : 117) soutiennent que la théorie de séparation des pouvoirs classique chez Montesquieu sur le plan criminel « attribue au juge la tâche de déterminer si un accusé est coupable ou non coupable, mais elle va attribuer au législateur (système politique) la tâche de déterminer la peine. »

⁴⁷ *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96, 2008 CSC (par. 54). L'arrêt fait référence ici en réalité à la peine perpétuelle obligatoire qui est, en fait, une « peine unique et fixe ». Elle n'est pas à proprement parler une peine minimale, mais un modèle encore plus rudimentaire de déterminer une peine dans la législation.

adoptées par le législateur. Roberts (2001 : 317) affirme qu'il s'agit d'une suppression directe de la liberté discrétionnaire offerte au judiciaire à l'intérieur de leur propre champ de pratique et de compétence puisque « Parliament [is] assuming a freedom unavailable to the judiciary ».

Pour certains observateurs, ceci remet donc en question le principe de l'indépendance judiciaire⁴⁸ et de la séparation des pouvoirs. Selon Desrosiers (2013 : 124), cette pratique constitue un « absolutisme législatif » qui empêche le juge d'adapter la peine au cas concret et qui provoque un accroissement punitif considérable. Comme le mentionne Roach (2001), étant donné le modèle retenu, « les juges ne bénéficient d'aucun pouvoir discrétionnaire pour réduire la peine de quiconque ayant été trouvé coupable d'une infraction assortie d'une peine minimale obligatoire au Canada » (cité dans Roberts, 2005 : 9). Le problème consiste dans le fait que le rôle du pouvoir judiciaire, qui est celui de déterminer la culpabilité du contrevenant ainsi que la peine en fonction de *la nature du crime* commis et du *degré de responsabilité* du délinquant, se trouve complètement compromis. Il devient donc impossible pour le juge de respecter le principe fondamental de la proportionnalité de la peine, tel que mentionné précédemment. Cette même peine doit tenir compte du préjudice causé, de la situation particulière du contrevenant et doit refléter un objectif pénologique approprié selon le geste commis. Le *sentencing* ne devrait donc, en aucun cas, être préétabli avant même la perpétration d'un crime. En effet, cette « intervention politique dans la sentence du droit » (Machado et Pires, 2010 : 122) vient à l'encontre de l'article 9 de la Charte puisqu'une peine moindre que la peine minimale permettrait tout autant d'atteindre les objectifs de la peine : « le caractère arbitraire d'une peine minimale

⁴⁸ Au Canada, nous défendons le principe d'indépendance judiciaire, soit la protection d'un « jugement libre, impartial et impavide » de nos tribunaux (Benyekhlef, 1988: 49). Le pouvoir judiciaire, perçu comme une institution, a donc besoin d'une certaine « indépendance adjudicative » afin de défendre les valeurs constitutionnelles d'une société (*Ibid.* :49). Il importe de ne pas reconnaître le pouvoir judiciaire comme étant dominé par le politique. Celui-ci possède une assise indépendante ainsi qu'une autonomie décisionnelle appréciable dans notre système de droit pénal canadien.

d'emprisonnement peut certainement être invoqué lorsqu'elle empêche arbitrairement le juge d'imposer une peine moindre qui permettrait elle aussi d'atteindre les objectifs pénologiques recherchés, dans un cas donné. » (Desrosiers, 2013 : 151) Du point de vue de ceux qui appuient cette pratique législative, le retrait du pouvoir judiciaire dans le cadre d'application des peines minimales a pour objectif premier de permettre une cohésion dans le prononcé des peines et ainsi d'éliminer les différentes formes de disparités. Il faut noter que le terme «disparité » ici est perçu comme péjoratif, et indique des différences qui peuvent, dans les fait, être justes et requises en raison de l'individualisation de la peine, un principe qui répond à un critère de justice. Aller contre cette disparité au nom de l'uniformité ou de l'égalité signifie donc accepter l'injustice. Gabor et Crutcher offrent un argument similaire, affirmant à ce sujet que le retrait du pouvoir décisionnel peut indirectement produire certaines autres formes indésirables de disparités et ainsi de discrimination : «En outre, certains auteurs soutiennent que l'obligation de l'uniformité en matière de peines risque de produire d'autres disparités du fait que des délinquants aux caractéristiques différentes sont traités de la même manière.» (2002 : 28)

Il faut remarquer cependant que les tribunaux ne créent pas eux-mêmes une prédisposition favorable à l'individualisation de la peine et au respect du principe de proportionnalité rétributiviste. C'est ainsi que dans l'arrêt *Latimer*, on va voir la Cour suprême appuyer l'idée d'une retenue judiciaire face à l'intention législative d'établir des peines minimales en disant que «le tribunal devrait [...] hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes».⁴⁹ Ici, la «réflexion du législateur », qui ne connaît pas les cas en espèce devant le tribunal, peut prendre la place du jugement judiciaire fait

⁴⁹ *R. c. Latimer* [2001] 1 R.C.S. 3, 150 C.C.C (3D) 129, 39 C.R. (5th) 1, 2001 Carswell-Sask 5, 2001, CarwellSaks 4, 2001 CSC 1, par. 76-77.

en connaissance de cause. Or, comment le législateur peut-il « mûrement réfléchir » sur un cas qui se trouvera présenté devant le tribunal et non au parlement?

Dans le cas des peines minimales, les décisions législatives sont unilatérales et sans connaissance de cause. Le jugement judiciaire est écarté justement pour l'empêcher de tenir compte du cas qui lui est présenté. Comme le législateur devrait savoir qu'il y a des situations qu'il ne peut pas envisager, la pratique de la peine minimale absolue apparaît plutôt comme une indication que la décision du législateur n'est pas dans tous les cas *mûrie* du point de vue du droit.

Selon Gabor et Crutcher (2002), l'application des peines minimales produit aussi (dans le cas du Canada) un effet «hydraulique»⁵⁰, soit le transfert du pouvoir discrétionnaire judiciaire à la police et aux procureurs de la Couronne en raison du large pouvoir discrétionnaire accordé à ces derniers. Dans le même ordre d'idées, Wallace (1993 :13 cité dans Gabor et Crutcher, 2002 :25) mentionne que les peines minimales « n'ont réussi qu'à faire passer ce pouvoir [...] du juge, qui l'exerçait officiellement et publiquement dans la salle d'audience, au procureur, qui l'exerce officieusement dans son bureau, toutes portes fermées.» La Commission canadienne de la détermination de la peine présente également le problème du transfert du pouvoir discrétionnaire dans son rapport:

« Par exemple, si on restreint la portée du pouvoir discrétionnaire en adoptant des peines minimales, on accorde ainsi plus de pouvoir au procureur de la Couronne durant la négociation du plaidoyer, car l'inculpé est plus susceptible de plaider coupable à une infraction réduite si la Couronne a le choix d'intenter des poursuites pour une infraction passible d'une peine minimale élevée » (1987 :131).

⁵⁰ La théorie « hydraulique » du pouvoir discrétionnaire explique que le degré de discrétion des acteurs impliqués lors de la détermination de la peine varie finalement peu; il est transféré sans être supprimé (Gabor et Crutcher, 2002).

En réalité, nous sommes plutôt en face ici d'un déséquilibre indu dans le champ du pouvoir discrétionnaire des opérateurs du droit que devant un effet hydraulique. Il n'y a aucune raison juridique valable pour éliminer la possibilité du tribunal à déterminer une peine moins sévère lorsque cela apparaît comme étant la décision juste aux yeux des acteurs judiciaires.

En somme, selon Machado et Pires (2010 :90), le retrait du pouvoir judiciaire crée un «autoritarisme incompatible avec les principes de la société démocratique» partagés entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. La seule intervention possible pouvant être posée par les tribunaux est la déclaration d'inconstitutionnalité lorsqu'il y a violation de certains principes fondamentaux étant donné qu'aucune exception n'est possible lors de l'application des peines minimales au Canada. Nous approfondirons ce thème dans la section qui suit.

2.4 Peines minimales obligatoires et droits de la personne : les articles 7 et 12 de la Charte

La Charte canadienne des droits et libertés contient des garanties juridiques en matière de peines qui pourraient servir d'obstacle à la pratique législative des peines minimales obligatoires. Ajoutée à la Constitution en 1982, la Charte permet au pouvoir judiciaire d'invalidier une loi ou une disposition en cas de non-conformité avec les droits et garanties protégés. En d'autres termes, après la constitutionnalisation des droits de la personne en 1982, le pouvoir judiciaire a été investi d'un double mandat par rapport à la peine : il doit déterminer les peines, mais aussi s'assurer que celles-ci respectent les droits garantis enchâssés dans la Constitution (Desrosiers, 2013). Parmi ces droits, rappelons l'article 7 de la Charte, qui protège le droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, et l'article 12 qui protège contre les peines cruelles et inusitées. D'un point de vue théorique, du moins, plusieurs soutiennent que les peines minimales obligatoires causent une entorse aux garanties constitutionnelles en matière de peine. C'est certainement la

raison pour laquelle des acteurs aussi importants dans la scène juridique que le Conseil de l'Association du Barreau canadien et Dandurand (2012) ont proposé que « lorsque l'imposition d'une peine minimale obligatoire [conduit] à une injustice, le juge [pourrait], dans certaines circonstances exceptionnelles, envisager d'imposer d'autres peines. » (2011, cité dans Desrosiers, 2013 : 142) Pourtant, il semble que les tribunaux se montrent réticents à mobiliser ces articles de la Charte afin d'invalider les peines minimales d'amende. Pour certains, ce phénomène peut être expliqué par le fait que les termes employés dans les articles fondamentaux de la Charte font notamment référence à des contextes de « châtiments corporels et de torture » (Desrosiers, 2013).

Roach (2011) fait remarquer à cet égard que les tribunaux semblent s'orienter de plus en plus vers un « minimalisme constitutionnel » lorsqu'il est question de déterminer si la peine minimale brime certaines garanties contenues dans la Charte. Selon lui, plus souvent qu'autrement, lorsqu'une peine minimale cause une injustice, les tribunaux créent des exemptions d'inconstitutionnalité afin de préserver la peine minimale en question et ne pas empiéter sur les décisions législatives, compromettant du même coup leur rôle de « gardiens des droits de la personne ».

En effet, depuis la décision rendue dans l'arrêt *Smith*, de nombreux autres cas⁵¹ ont été portés en appel devant la Cour Suprême du Canada afin de remettre en question la constitutionnalité de l'imposition d'une peine minimale obligatoire. Dans la grande majorité de ces cas apportés en appel de la décision rendue, les peines minimales sont remises en question afin de vérifier si leur caractère est « cruel et inusité » et si elles vont à l'encontre des articles 7 et 12 de la *Charte*

⁵¹ Voir, pour une contestation de la validité d'une peine minimale réussie, *R. c. Nur*, [2015] 1 R.C.S. 773.

*canadienne des droits et libertés*⁵². Toutefois, dans de nombreux cas soulevés devant la Cour suprême, la peine minimale fut conservée malgré les contestations soulevées par le contrevenant sur le plan constitutionnel⁵³. Si les droits de la personne offrent, d'un point de vue théorique du moins, un contexte cognitif et normatif pour contester les peines minimales, ils ne semblent pas s'actualiser dans la pratique judiciaire. Nous justifierons dans les sous-sections suivantes les motifs expliquant cette non-reconnaissance des droits de la personne par les tribunaux dans de nombreux cas en analysant plus spécifiquement l'article 7 et le test de la disproportion exagérée et l'article 12.

2.4.1 L'article 12 et le test de la disproportion exagérée

L'article 12 de la Charte stipule que : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». L'interprétation judiciaire de cet article indique que si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine, elle peut être déclarée disproportionnée aux termes de l'article 12. La situation particulière du délinquant doit être évaluée en premier lieu, et la présentation de «circonstances hypothétiques raisonnables»⁵⁴ doit être considérée afin de démontrer qu'il y a violation de l'article 12 (Desrosiers, 2013). Ce processus est problématique à différents égards. D'un côté il est impossible pour le législateur d'imaginer toutes les situations hypothétiques possibles et il est fort probable que dans certaines circonstances les lois s'avéreront injustes en causant préjudice au contrevenant.

⁵² Selon Desrosiers (2013 : 131), les trois principes de justice pouvant être revendiqués afin de contester la mesure législative sont : « le caractère arbitraire de la loi, la portée excessive de la loi et le caractère disproportionné de la loi ».

⁵³ Voir à cet effet les arrêts *R. c. Larocque* [2014] ONCJ 428 et *R. v. Michael* [2014] ONCJ 360 et *R. c. Flaro* [2014] ONCJ 2 qui ont invalidé la suramende compensatoire.

⁵⁴ À cet effet, Desrosiers (2013 : 131) souligne que « c'est précisément au carrefour des scénarios hypothétiques et des faits limitrophes que loge la faiblesse d'une peine fixe [...] puisque la peine minimale s'impose parfois à des situations marginales que le législateur n'avait pas envisagées. »

La Cour suprême a révisé la notion de disproportion exagérée en prenant en compte des objectifs de dénonciation et de dissuasion générale, en réduisant le champ des hypothèses raisonnables et en portant le seuil de la disproportion exagérée à un très haut niveau (Desrosiers, 2013). L'ensemble de ces critères fait en sorte qu'il devient très difficile pour les tribunaux de déclarer une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle dans son application : le test de l'article 12 est devenu un test extrêmement exigeant. Comme le mentionne le juge Cory, « il arrivera très rarement qu'une Cour de justice conclue qu'une peine est si exagérément disproportionnée qu'elle viole les dispositions de l'art. 12 de la Charte. »⁵⁵ L'arrêt *Goltz* fait état que l'argument de la disproportion exagérée ne permet pas l'invalidation automatique de peines décidées par le législateur; il s'agit d'une analyse de cas par cas. Le concept de peines exagérément disproportionnées fut aussi repris dans l'arrêt *Morrissey*, dans lequel il fut établi que la peine devait être disproportionnée au point « où les Canadiens et Canadiennes considéraient cette peine odieuse ou intolérable »⁵⁶ afin d'invalidier celle-ci.

«En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, le tribunal doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Il doit également tenir compte de l'effet réel de la peine sur l'individu, des objectifs pénologiques et des principes de détermination de la peine sur lesquels repose la sentence, de l'existence de solutions de rechange valables à la peine infligée et de la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort. »⁵⁷

Rappelons aussi qu'au Canada, aucune exception ou dérogation n'est permise à la structure des peines minimales (Machado et Pires, 2010). Même si le test de l'article 12 est extrêmement

⁵⁵ *Steele c. Établissement Mountain*, (1990) 2 R.C.S 1385, p. 1417.

⁵⁶ *R. c. Morrissey* [2000] 2 R.C.S, 90, 148 C.C.C.

⁵⁷ (*Ibid.* : 2)

exigeant, il n'est pas impossible de mobiliser cet article pour déclarer une peine minimale obligatoire inconstitutionnelle. Finalement, des développements judiciaires très récents au Canada nous ont fourni l'occasion de voir un juge mobiliser l'article 12 pour déclarer la suramende compensatoire comme étant une « peine cruelle et inusitée⁵⁸ ». Explorons maintenant les motifs de protection contenus à l'article 7 de la Charte lors de l'application des peines minimales.

2.4.2 Peines minimales obligatoires et article 7 de la Charte

Pour certains observateurs, l'article 7 de la Charte offre aussi une avenue de contestation des peines minimales obligatoires. En effet, selon Desrosiers (2013 : 125), le contenu de l'article 7 de la Charte « permet de contrôler les conditions de production de la peine ». On peut citer la Cour Suprême à l'appui de cette idée :

«L'article 7 de la *Charte* permet à l'État de priver un individu de sa liberté, mais dans la seule mesure où cette privation sert une fin légitime. Si la restriction du droit du particulier ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État, elle n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il pourrait en aller ainsi d'une peine minimale obligatoire comme d'une peine minimale comportant des exceptions, dans la mesure où cette peine ne servirait pas les intérêts poursuivis, elle serait inconstitutionnelle.»⁵⁹

Il importe, selon Desrosiers (2013), de faire le pont entre « la théorie de la portée excessive (article 7 de la Charte) et le second volet du test de proportionnalité exagérée (article 12 de la Charte) ». Ces articles « commandent une certaine proportionnalité entre la faute commise par le délinquant et la gravité de la peine imposée » (Boisvert, 2001 : 669).

⁵⁸ Selon le juge Paciocco dans l'arrêt *Michael* [2014]: «Incarceration and fines are the two paradigmatic forms of punishment». Dans cet arrêt, le juge a statué que la suramende compensatoire de 900\$ violait l'article 12 de la Charte.

⁵⁹ *R.c. Rodriguez* [1993] cité dans Desrosiers (2013 :146).

Comment expliquer alors que les droits universaux de la personne n'aient pas réussi à freiner cette montée punitive au fil du temps ni à « pénétrer davantage le champ pénologique » en menant à l'invalidation des peines minimales obligatoires? Peut-on attribuer le succès des peines minimales au « simple » populisme pénal contemporain? Comment justifier cette énigme de la persistance des peines minimales dans le champ de production politique? Cette explication nous semble insuffisante puisque les peines minimales ont une trajectoire persistante qui traverse plusieurs contextes historiques et politiques. La distinction entre fondements et faits justificatifs des peines minimales proposée par Machado et Pires (2010) nous aidera à approfondir le sens du problème qui nous occupe.

2.5 La distinction fondements/faits justificatifs des peines minimales

Étant donné les principes pénologiques du droit criminel moderne et les contextes normatifs et cognitifs offerts par les droits de la personne (Garcia, 2015a; 2015b), comment justifier la persistance de l'adoption législative de peines minimales décrites par la grande majorité des études présentées comme étant injustifiées, incohérentes et inefficaces⁶⁰? Comment expliquer la légitimité des modifications législatives apportées par le projet de loi C-37? Est-ce vraiment une question de renforcement des fonds d'aide aux victimes, tel que l'ont suggéré les parlementaires, qui ont appuyé l'adoption de ce projet?

Pour mieux comprendre la complexité de cette énigme de la persistance de cette structure de peine, Machado et Pires ont proposé la distinction entre les fondements et les faits justificatifs des peines minimales, distinction que nous reprenons avec quelques adaptations pour notre propre objet d'étude.

⁶⁰ Nous avons nommé une majeure partie de la littérature portant sur le sujet dans la section précédente.

Selon Machado et Pires (2010 :106), le fondement d'une pratique « sera donné par les idées qui se présentent comme les « derniers points d'appui» [...], ce sur quoi [cette pratique] repose ». Les fondements font souvent partie des « savoirs sérieux» observés comme relevant de la philosophie et sont perçus comme légitimes par les Parlements qui créent les peines minimales, y compris par les partis d'opposition⁶¹. Ils sont un ensemble d'idées constitué par le système de droit criminel, aveuglement accepté et jamais remis en question. Spécifiquement par rapport à la pratique qui nous occupe, selon Pires et Machado (2010), les fondements mêmes des peines minimales sont la rétribution, la dissuasion générale et la dénonciation. Pires et Machado (2010 :106-107) reconnaissent l'objectif de dissuasion comme exemple de fondement à la peine minimale:

«Ainsi, lorsque nous affirmons catégoriquement que « la peine minimale protège la société» (théorie de la dissuasion), que cela soit vrai ou faux, nous donnons un fondement à cette pratique : rien d'autre n'a besoin d'être ajouté. L'argument se tient par lui-même. La même chose arrive si nous disons que « la peine minimale est juste parce qu'elle rétribue le mal moral du crime par une souffrance proportionnelle à ce mal ». Que cela soit un raisonnement tordu de l'esprit ou non, peu importe : ici aussi, si l'on accepte cette conception de la justice, rien d'autre n'a besoin d'être dit.»

Ces fondements sont acceptés et approuvés par une large partie de la doctrine juridique et aussi (en règle générale) par les opérateurs politiques qui peuvent ainsi justifier leurs décisions sans paraître trop partiaux. Pour être acceptées, ces idées doivent aussi être utilisées par la philosophie politico-juridique et par les commissions de réforme du droit afin de légitimer des pratiques répétitives (Pires et Machado, 2010). Les fondements font en sorte que les bases de cette pratique

⁶¹ Pires, A. P., *Séminaire*. CRM 4710D, hiver 2015, Notes de cours non publiées. Département de Criminologie, Université d'Ottawa.

sont solides et presque indestructibles au fil du temps et rendent «probable » l'acceptation d'une proposition qui est en principe improbable ou fortement incertaine⁶².

Cette idée que les théories de la peine semblent fonder la pratique des peines minimales est appuyée par d'autres observateurs :

«Les partisans [des peines minimales] pensent qu'elles exercent un effet de dissuasion générale ou spécifique, c'est-à-dire qu'elles détournent les délinquants en puissance de commettre des délits ou les auteurs de délits de récidiver. Ils soutiennent aussi que les PMO préviennent le crime en ce qu'elles permettent la neutralisation du délinquant, c'est-à-dire son retrait de société. En outre, les PMO peuvent selon eux remplir une fonction pédagogique ou d'exemplarité en exprimant la réprobation sociale à l'égard d'actes déterminés.» (Gabor et Crutcher, 2002 : 1)

Avec leur accent sur la sévérité et l'obligation de punir, les théories de la peine fournissent les idées adéquates pour appuyer la pratique, la pratique venant à son tour renforcer ces idées : «plus un système répète pour lui-même certaines idées en les associant à une pratique, plus ces idées se condensent et gagnent en crédibilité » (Machado et Pires, 2010 : 109). Le fondement de la pratique ne justifie toutefois pas l'actualisation de la pratique donnée; il n'est ni responsable de sa construction, ni de ses résultats, il ne constitue en soi que la base de cette pratique: « La décision de créer des peines minimales législatives est une décision « inspirée par ces théories » (*Ibid.* : 112). Ces discours orientent, fondent et motivent les décisions sur la sanction criminelle dans le système de droit criminel et politique, créant ainsi des « patterns de communication et d'actions» (Raupp, 2015 :30). Les théories de la peine ne dicteront pas au pouvoir législatif de créer des peines minimales, mais elles vont être mobilisées afin de renforcer cette pratique en modifiant, par exemple, une peine en peine minimale ou en créant une nouvelle peine minimale. Par exemple, la théorie de la rétribution n'exige pas explicitement la peine minimale, mais

⁶² *Ibid.*

seulement une souffrance qui soit proportionnelle au mal du crime commis. Les fondements sont autosuffisants et ne dépendent d'aucunes autres idées pour se soutenir. Leurs discours appuient le fait que la peine minimale protège la société contre le crime, qu'elle est juste parce qu'elle est rétribue le mal moral du crime par une souffrance proportionnelle à ce crime et qu'elle est légitime parce qu'elle exprime la valeur qu'une société attribue à une norme de comportement (Pires, 2015). Les théories de la peine possèdent donc une autorité et une influence « presque cristallisante dans les modes de pensées du droit criminel » depuis des siècles (Garcia, 2010 : 112).

Pour ce qui est des faits justificatifs, selon Machado et Pires (2010), ils sont en quelque sorte des *habitudes de pensée* qui viennent stimuler un débat ou une nouvelle réflexion sur un sujet. Ils sont des raisons *pragmatiques* non reliées aux fondements, qui dévient le regard de l'observateur vers des justifications *aveuglantes*. Ces faits justificatifs sont des arguments utilisés à titre de « stimuli » dont le but est d'attirer et dévier l'attention de tous afin d'établir une nouvelle communication en nous éloignant des fondements mêmes de la peine: « On s'écarte du "noyau" de la pratique et orientons notre regard vers des faits dits "accessoires" qui seront le moteur du processus cognitif. » (Machado et Pires, 2010: 107-108) L'irrationalité des arguments est souvent camouflée par des aspects convaincants qui tendent à répondre à divers problèmes sociaux. Ces justifications laissent croire qu'elles sont « innovatrices » et qu'elles constituent la réponse idéale par la création d'incriminations et de par la pénalisation encore plus forte de certaines normes de comportement. Elles permettent la possibilité d'annuler ou d'abandonner une pratique, telle que l'imposition obligatoire de la suramende compensatoire, sans pourtant enterrer les fondements de la pratique que sont la dissuasion, dénonciation, etc. (Machado et Pires, 2010). Par exemple, affirmer que « la peine minimale protège la société » renvoie au

fondement de la pratique, soit la théorie de la dissuasion. Par contre, dire que « la peine minimale est largement acceptée par le public ou l'électorat », ou encore que « la peine minimale est légitime parce qu'elle défend les intérêts des victimes du crime » renvoie alors à un fait justificatif puisque ce discours est insuffisant en soi pour fonder la pratique (Pires et Machado, 2010 :106-107). Les faits justificatifs peuvent être invalidés, mais pas les idées qui soutiennent la pratique; les faits justificatifs sont donc insuffisants en soi pour fonder la pratique sociale. Ils sont davantage des conséquences désirées ou non désirées de la pratique et font référence à des «états-de-choses» (Pires et Machado, 2010 : 107). En résumé, ces faits construisent de nouveaux problèmes qui nous amènent à perdre de vue les idées et théories premières sur lesquelles elles s'appuient, légitimant ainsi la récurrence de la pratique au fil du temps.

Dans le cas de la suramende compensatoire, nous pouvons alors interpréter les modifications proposées au projet de loi C-37 et les raisons données par les parlementaires pour la transformer en peine minimale obligatoire comme étant des «faits justificatifs». Ces faits justificatifs (renflouement des coffres pour les services aux victimes, « droits des victimes » qui prévalent, etc.) amènent toutefois des résultats désirés et non désirés (la surreprésentation des pauvres en milieu carcéral, des peines disproportionnées). Notre analyse empirique permettra de valider comment l'usage de certains faits justificatifs vient appuyer la recherche persistante de la sévérité en transformant une peine déjà existante en peine minimale.

En lien avec cette distinction présentée entre fondements et faits justificatifs, nos questions de recherche seront les suivantes:

- 1) Quels sont les fondements et les faits justificatifs qui appuient la transformation de peines en peines minimales?

- 2) Quel a été le rôle de la sémantique des droits de la personne dans cette transformation?

Conclusion

Les arguments généralement soulevés en défaveur des peines minimales sont récurrents dans la littérature. On dénonce leur inefficacité à dissuader de façon spécifique ou générale les contrevenants, leur sévérité exagérée, le fait qu'elles limitent le pouvoir judiciaire en abrogeant toute forme d'exception à leur application, qu'elles ne permettent pas une individualisation des peines et ne s'harmonisent pas avec le principe fondamental de proportionnalité. Comme nous l'avons vu, les droits de la personne et les garanties constitutionnelles qui encadrent les peines ne semblent pas réussir à abroger cette pratique législative « d'intervention politique dans la sentence du droit » (Machado et Pires, 2010 : 118). Le principe politique de la séparation des pouvoirs ne semble pas non plus être suffisant pour questionner sérieusement cette pratique. Les travaux produits par les sciences sociales présentés dans ce chapitre, majoritairement critiques, ne semblent pas avoir produit non plus des arguments efficaces susceptibles de remettre en question les peines minimales obligatoires. Peut-on justifier leur succès par le populisme pénal contemporain comme le soutiennent certains auteurs? À ce stade, nous sommes d'avis que cette explication est insuffisante pour comprendre la pérennité, la résistance et la stabilité des peines minimales obligatoires. Nous avons suggéré, en suivant Machado et Pires (2010), que leurs fondements sont plus anciens et proviennent des théories de la peine de la première modernité. Cette conclusion nous a amenés à sélectionner comme cadre théorique à la recherche la théorie de la « rationalité pénale moderne », système de pensée dominant du droit criminel moderne. Le prochain chapitre lui sera consacré.

CHAPITRE 3 : LE CADRE THÉORIQUE DE LA RECHERCHE

Le choix de la RPM à titre de cadre théorique se justifie par le fait que «ce système de pensée» valorise l'obligation de punir par des peines afflictives qui exigent un certain degré de souffrance. Un tel contexte peut, de ce fait, nous aider à mieux comprendre la transformation d'une peine en peine minimale. Ce cadre théorique permettra d'observer de quelle façon les théories de la peine viennent appuyer l'obligation de punir par l'entremise de peines afflictives. Nous mettrons à profit de la construction théorique et empirique un deuxième contexte, soit le contexte cognitif des droits de la personne, pour observer de quelle façon cette sémantique a été mobilisée dans la création de peines minimales par le système politique : est-ce qu'elle a fait l'objet d'une mobilisation de nature *garantiste* ou plutôt en *faveur des excès punitifs* recommandés par certains groupes sociaux appuyant cette création?

3.1 La théorie de la rationalité pénale moderne (RPM)

La recension des écrits nous a permis d'identifier des travaux qui proposent un lien entre la pérennité, la résistance et la stabilité des peines minimales obligatoires avec les théories de la peine de la première modernité, celles qui composent la « rationalité pénale moderne » décrite dans les travaux de Pires (1998a; 1998b; 1998c; 1998d ; 2001a, 2001b ; 2007). Élaborée par Alvaro Pires et développée avec ses collaborateurs depuis sa formulation originale, la théorie de la RPM a été construite progressivement pour répondre à un problème de recherche précis, soit : « les obstacles liés à la réforme pratique et institutionnelle du droit criminel moderne, en particulier le caractère récurrent de la critique de la prison », « le constat d'existence d'une énorme difficulté pour légitimer, généraliser et restabiliser des sanctions qui ne visent pas

intentionnellement (ou au premier plan) à infliger une souffrance au coupable.» (Pires, 2010 cité dans Garcia, 2013 : 41)

Ce sous-système de pensée s'est développé entre la seconde moitié du XVIII^e siècle et le début du XIX^e siècle; il est possible d'affirmer que celui-ci est stable depuis plus de deux siècles et se présente ainsi comme un «espace cognitif fermé»⁶³ pour penser les peines et le droit de punir. Nous pouvons définir la théorie de la rationalité pénale moderne comme une *théorie* qui *questionne, observe, et interprète* les modes de raisonnement ainsi que les idées du système de droit criminel moderne et ses difficultés d'évolution⁶⁴. La rationalité pénale moderne est donc une théorie «critique, inductive⁶⁵ et constructiviste» (Garcia, 2013 :42).

Selon Pires,

« Des délits et des peines » de Beccaria «caractérise bien le temps fort de la naissance de la rationalité pénale moderne. C'est dans cette œuvre que se trouvent rassemblés, pour la première fois ou du moins de la façon la plus visible et marquante, une série de fils conducteurs et d'attributs qui vont déterminer les grandes lignes de la rationalité pénale moderne, comme sous-système de pensée autonome et engagé dans un processus de différenciation vis-à-vis des autres branches du droit.» (Pires, 1998 :16)

L'objet de cette théorie est un « système d'idées » composé par les théories de la peine de la première modernité : dissuasion, rétribution, dénonciation et réhabilitation (Pires, 1998a ; 2001a ; 2004b ; 2007 ; 2008b) qui viennent soutenir et valoriser autant le système de droit criminel que le système politique. Le système de pensée décrit par la RPM est majoritairement composé des

⁶³ Cette expression fut avancée par Garcia (2013: 54) qui décrit cet espace clôturé comme « un point aveugle commun dans le débat sur le crime et sur la peine ».

⁶⁴ Ces difficultés d'évolution font preuve d'une explication davantage approfondie dans l'ouvrage de Dubé, Garcia et Machado (2013). Nous les traiterons toutefois dans les prochaines sections afin de justifier comment cette absence d'innovation joue un rôle crucial pour notre objet et questions de recherche.

⁶⁵ À cet effet, Pires (2010: 6 cité dans Garcia, 2013: 42) stipule que la rationalité pénale moderne, selon le modèle d'opposition déduction/induction, se situe davantage du côté de l'induction.

discours de ces théories « qui, même sans être cohérent[e]s les uns avec les autres, forment dans leur ensemble une unité à partir de leurs points en commun. » (Xavier, 2012 : 134)

Le système politique actualise cette rationalité et justifie ses décisions en faisant appel aux théories modernes de la peine. Xavier précise :

« Dans le premier cas, les politiciens, au moment de justifier des modifications aux normes pénales, vont faire appel aux théories de la peine. Une augmentation de la peine, la création d'un crime, des modifications procédurales dans l'exécution des peines, etc., toutes demandent une motivation, une justification théorique. » (2012 : 164)

Les théories de la peine permettent donc d'actualiser les opérations du système politique ainsi que toutes celles qui dérogent de son cadre d'idées: « [Le système politique] reproduit continuellement ce système de pensée par la mise en pratique répétée de décisions qui en sont les fruits, qui s'y conforment complètement. Il le fait aussi, à contrario, quand il s'oppose à des décisions qui échappent à la RPM. » (Xavier, 2012 : 164) Le système de droit criminel agit d'une façon identique puisqu'il s'appuie sur les mêmes théories lors du prononcé des peines (principe de détermination de la peine), comme le mentionne Xavier :

« D'une certaine façon, on peut dire que la RPM est un point de couplage structurel entre le système politique et le SDC [système de droit criminel]. Il ne s'agit pas de théories liées à un seul système, puisqu'elles apparaissent autant dans le système politique que dans le SDC. Il s'agit d'un système d'idées partagé dont on ne peut expliquer l'évolution sans passer par ces deux systèmes sociaux. » (Xavier, 2012 : 165)

En d'autres mots, les théories de la peine émergent parallèlement dans les deux systèmes sociaux puisque la rationalité pénale moderne est actualisée comme « structure cognitive dominante » pour penser les peines tant dans le système de droit criminel que politique (Possas, 2009 : XIII).

Ces deux systèmes (politique et de droit criminel) actualisent le même système d'idée afin d'opérationnaliser la détermination de la peine et les choix politiques en matière de peine. Regardons de plus près les caractéristiques des théories de la peine qui forment la rationalité pénale moderne.

3.1.1 Les théories de la peine qui forment la rationalité pénale moderne

Le système de droit pénal s'identifie principalement aux théories de la peine, une combinaison d'idées qui renforce et justifie les idées et les pratiques du système « qui se rapportent notamment à la sélection et à la stabilisation de certaines sanctions au détriment d'autres qui seraient, d'un point de vue opérationnel, possibles» (Garcia, 2010 cité dans Garcia, 2013: 46). Celles-ci sont perçues comme étant des «théories pratiques» au sens de Durkheim. Les remarques du sociologue français à l'égard de ces théories pratiques sont donc tout à fait pertinentes pour notre objet quand il dit d'elles qu'elles sont :

«Des combinaisons d'idées, non des combinaisons d'actes, et, par là, elles se rapprochent de la science. Mais les idées qui sont ainsi combinées ont pour objet, non d'exprimer la nature des choses données, mais de diriger l'action [...] Leur objectif n'est pas de décrire ou d'expliquer ce qui est ou ce qui a été, mais de déterminer ce qui doit être. Elles ne sont orientées ni vers le présent, ni vers le passé, mais vers l'avenir. Elles ne nous disent pas : voilà ce qui existe et quel en est le pourquoi, mais voilà ce qu'il faut faire.» (Durkheim, 1922, 67-69)

Pendant des années, « les théories de la peine, en matière de sanctions, indiquent aux acteurs les possibilités admissibles ou valorisées et les possibilités non admissibles ou non valorisées, les possibilités à privilégier par rapport à d'autres « possibilités possibles» (Garcia, 2013 : 46). Depuis des siècles, les théories possèdent une autorité et une influence irréversible «presque

cristallisante dans les modes de pensée du droit criminel »⁶⁶ (Garcia, 2010 : 112). Elles tentent «d’orienter l’action, mais il existe toujours un écart entre la pratique et ses commandements» (Pires, 2008a cité dans Xavier, 2012 : 146). Ces théories vont appuyer davantage certaines pratiques, celles qui sont cohérentes avec les valeurs du système qui les mobilise. Elles «servent à motiver et à justifier des prises de décisions [et donc] justifier [les] choix (soit politique soit juridique) de peines» (*Ibid.* :146). Pour résumer, ces théories sont donc des consignes qui orientent les choix et les actions, sans toutefois en imposer l’utilisation; elles sont des idées récurrentes, ancrées et crédibles compte tenu de leur influence continuelle dans les prises de décisions politique. Comme l’explique Garcia :

«On pourrait en ce sens considérer théoriquement que les «cadres de référence» (Goffman, 1974) que forment les théories de la peine permettent au système de construire non seulement la réalité, non seulement sa propre réalité, mais de se construire lui-même en tant que réalité systémique ou en tant qu’observateur privilégiant un point de vue parmi tant d’autres possibles à l’intérieur des frontières communicationnelles du propre système.» (Garcia, 2010 : 109)

La RPM est le « noyau dur» formé par les idées communes des théories de la peine. Chacune de ces théories peut agir individuellement, bien qu’elles soient constamment en conflit les unes avec les autres, mais leurs idées communes permettent de rationaliser, justifier et légitimer les actions et décisions du système de droit criminel et du système politique. Ce sont ces idées communes qui forment un système et ce « système possède quelque chose de plus que ses composantes considérées de façon isolée ou juxtaposée : son organisation; l’unité globale elle-même (le « tout »); les qualités et propriétés nouvelles émergeant de l’organisation et de l’unité globale » (Morin, 1977: 106 cité dans Xavier, 2012). Bien que les idées véhiculées par les théories de la peine

⁶⁶ Elles sont, en ce sens, la formation discursive dominante du système de droit criminel.

soient différentes les unes des autres, elles partagent des principes et des « expectatives normatives »⁶⁷ similaires, soit l'obligation de punir, la valorisation des peines afflictives et l'exclusion des sanctions positives. Elles s'entendent sur le besoin de punir à l'aide de peines sévères et afflictives qui favorisent l'exclusion du coupable afin de protéger la société et de répondre aux normes sociales. Ces fondements de la peine démontrent une *capacité d'autosuffisance* puisqu'ils n'expriment pas le besoin de dépendre d'autres théories qu'elles-mêmes afin de soutenir leur pratique.

Les théories de la peine défendent l'obligation et la nécessité de punir, et non pas l'autorisation de « faire le bien » : « Ainsi, au niveau du système de pensée se trouve établie l'expectative normative voulant que, en cas de transgression de la loi, on doive punir pour différentes raisons. » (Garcia, 2013: 53) On observe donc « une certaine cohésion cognitive⁶⁸ qui tend à induire une certaine normativité opérationnelle » (Garcia, 2013:53).

Nous verrons, dans la progression du raisonnement, comment ces théories classiques de la peine remplissent, à l'intérieur des systèmes politique et de droit criminel, un rôle crucial lors des prises de décisions en matière de peines. Notre recherche nous permettra de mieux comprendre la valorisation de la suramende compensatoire, une peine dont le but est celui de générer un « mal additionnel » à celui déjà infligé par la peine établie. Cet ajout vise *intentionnellement*⁶⁹ à renforcer le degré de sévérité de la peine. Il importe de définir chacune de ces théories pour mieux saisir de quelle manière chacune d'entre elles offre un appui cognitif aux peines minimales, permettant ainsi de mieux comprendre l'énigme de leur persistance malgré la

⁶⁷ Expression de Niklas Luhmann, tirée de Garcia (2013) et de Dubé (2012a).

⁶⁸ Nous voulons ici signifier une stabilité sur le plan des idées.

⁶⁹ Cette intention provient des Parlementaires et fut questionnée dans les différents débats de la Chambre des communes et du Sénat dans le cadre du projet de loi C-37.

présence d'obstacles cognitifs⁷⁰ majeurs offerts par les principes de détermination de la peine (dont l'individualisation des peines, le principe de proportionnalité et de modération, etc.) et la sémantique des droits de la personne. Ces théories n'affirment pas explicitement le besoin de créer des peines minimales, mais nous verrons comment elles offrent leurs supports à cette pratique courante « d'intervention politique dans la sentence du droit » (Pires et Machado, 2010 : 90).

Explorons maintenant chacun des fondements de la RPM présents depuis le XVIII^e siècle⁷¹ et la façon dont ceux-ci s'opèrent afin d'appuyer les arguments spécifiques de la pratique. Nous traiterons de chacune des théories modernes de la peine très brièvement ici compte tenu de l'ampleur de la littérature déjà existante sur le sujet.

3.1.1.1 La théorie de la rétribution

Conceptualisée par Kant (1797), cette théorie postule qu'« une des justifications de la peine la plus connue est celle qui prétend que la peine afflictive (dont la peine de mort) fait justice », qu'elle serait une conséquence « naturelle » et « moralement obligatoire » du crime» (cité dans Xavier, 2012 : 150). Elle impose l'idée que la peine est impérative, obligatoire (obligation morale de punir), légitime, qu'elle est un « juste dû » envers le coupable et que l'État souverain soit la seule entité pouvant l'actualiser. Pires explique :

«Pour le rétributivisme pénal, le fondement du droit de punir réside dans le fait que la Justice requiert que la personne soit châtiée en conformité avec sa faute, pour la simple raison qu'elle a décidé librement de désobéir à la loi. Le châtement est alors la seule façon d'effacer la faute et de donner satisfaction à Dieu, à la morale ou au Droit. En outre, on doit châtier le

⁷⁰ Pires (1995 :135) définit ces obstacles par « des systèmes de pensée qui ont pour effet de reconduire ce qui pose problème dans le modèle de justice conçu à l'époque moderne.»

⁷¹ Selon Garcia (2010 :114) : « À l'exception de la théorie de la dénonciation qui ne sera stabilisée que dans la deuxième moitié du XX^e siècle, toutes les autres ont été institutionnalisées et stabilisées dans le courant de la première modernité, soit entre 1750 et 1950.»

coupable, même si la punition ne sert ni à amender ni à dissuader personne. Le fondement du droit de punir est alors la simple obligation de rétablir le respect de la loi par la souffrance du coupable en conformité avec sa faute, aucune autre méthode n'étant appropriée pour payer le prix du désordre.» (Pires, 1998b : 26)

Cette théorie écarte le rôle de la victime et s'actualise par le besoin de rendre justice à la société par l'entremise d'un châtement proportionnel au crime commis. Elle ignore le sort réservé à la victime ainsi qu'au coupable du crime puisque la peine demeure axée sur les gestes *antérieurs* : la sanction ne vise qu'à « restaurer l'équilibre social rompu par le comportement du transgresseur » (Pires, 1990 : 446). Cette théorie ne donne aucune place au principe de modération des peines puisque « pour Kant, la sanction pénale doit être stigmatisante, afflictive, voire humiliante en elle-même » (*Ibid.* : 452). Deux médiums importants s'inscrivent dans cette théorie de la peine : la proportionnalité de la peine et le principe de la légalité. Premièrement, le concept de proportionnalité de la peine s'inscrit dans toutes les théories modernes, mis à part celle de la réhabilitation. Ce principe de proportionnalité⁷² n'est pas en soi une théorie, mais bien un concept pouvant être interprété à sa façon selon chacun des objectifs recherchés par le « système de réception »⁷³ : « Dans l'ensemble, ce médium se déplace d'une théorie à l'autre selon l'usage qu'on fait et garde la caractéristique proposée par les deux théories selon laquelle une peine doit avoir un quantum minimum et maximum de souffrance pour être une peine juste et/ou efficace. » (Xavier, 2012 : 143) Dans le cas de la théorie rétributiviste, il impose que la peine soit équivalente au mal commis dans le but d'*expié* celui-ci.

Un autre médium jouant un rôle important au sein de la théorie de la rétribution est le principe de la légalité « utilisé pour conditionner le type (qualité) et l'intensité (quantité) de la peine, qui doit

⁷² Dans sa recherche, Xavier (2012 :144) décrit le concept de proportionnalité comme étant un médium puisque celui-ci peut prendre « des formes spécifiques » selon la théorie qui en fait l'utilisation.

⁷³ L'expression est de Pires (2006: 217-218).

être similaire au type et quantum de mal qui a été fait.» (Xavier, 2012 : 152) Le mal commis doit être considéré équivalent et de même nature que la peine afflictive reçue afin d'être vu comme juste et bon. Nous observerons empiriquement dans le chapitre analytique comment les fondements même de cette théorie servent d'obstacles cognitifs à l'innovation pénale et à un possible frein à la création de peines minimales obligatoires.

3.1.1.2 La théorie de la dissuasion

La théorie de la dissuasion, développée par Beccaria laisse entendre que différentes variables (durée de la peine, privation des droits, imposition d'une certaine souffrance, exclusion sociale) permettront d'apporter une impression suffisante dans les esprits afin d'empêcher les citoyens (dissuasion générale) et les contrevenants punis (dissuasion spécifique) de passer à l'acte. Elle est une des plus vieilles théories de la peine et un des fondements cognitifs principaux du système de droit criminel. Elle repose sur deux piliers, la certitude et la sévérité de la peine. Pour ce qui est du premier, Beccaria l'explique ainsi:

« Le frein le plus puissant des délits n'est pas la rigueur des peines, mais leur infaillibilité et par conséquent l'active vigilance des magistrats [...]. La certitude d'un châtiment, même modéré, fera toujours plus d'impressions que la crainte d'un autre plus terrible, crainte qui tempère toujours l'espoir de l'impunité; parce que les moindres peines, quand leur application est certaine, ne manquent jamais de frapper les esprits d'une salutaire terreur [...]
» (Beccaria, 1764 [1821] : 96).

Cette théorie laisse sous-entendre que la peine est obligatoire, certaine et préventive pour Beccaria et, contrairement à ce qu'on a pu voir avec la rétribution, « la réponse à un acte criminel se justifie non pas par le rétablissement d'une morale métaphysique salie par l'acte criminel, mais plutôt par l'utilité que cette peine peut avoir pour la société.» (Xavier, 2012 :148) La théorie de la dissuasion rejette le concept de sévérité maximale et de châtiments corporels telle la

peine de mort défendue par certains rétributivistes pour laisser place à «la peine privative de liberté qui lui paraît non seulement plus humaine et plus respectueuse des limites que le Contrat social institue par rapport au droit de punir étatique, mais aussi plus efficace ou plus utile en ce qui a trait à la dissuasion.» (Garcia, 2010 : 118)

La peine (principalement celle privative de liberté) est considérée utile et pratique puisqu'elle cherche à empêcher le délinquant de récidiver et permet de conscientiser les citoyens à rejeter les comportements criminels. Le caractère certain et modéré de la peine serait suffisant en soi afin de prévenir un passage à l'acte et ainsi protéger la société.

Cette forme de peine (privative de liberté) est aussi humaine et davantage dissuasive étant donné sa nature moins cruelle et le fait qu'elle respecte le «Contrat social»⁷⁴, contrairement à la peine de mort. La théorie veut s'assurer qu'il n'y ait aucune distinction possible entre la peine et le crime et que la crainte du passage à l'acte soit plus forte que les bénéfices encourus par le choix de la déviance : « Et dans le déploiement de cette rationalité dite "conséquentialiste", la peine assurément certaine et suffisamment sévère peut et se doit de jouer un rôle déterminant » (Garcia, 2010 : 121).

Une des prémisses de la théorie de la dissuasion est l'établissement d'un seuil temporel minimal de la peine, considéré comme étant un élément dissuasif contraignant sur l'individu : « la souffrance que la peine doit infliger au criminel visera de moins en moins le corps et sera de plus en plus placée dans la dimension temporelle. Selon ce mécanisme, la peine, pour faire souffrir le coupable d'une manière acceptable, doit " simplement " se prolonger dans le temps » (Machado et Pires, 2010:10).

⁷⁴ Voir l'explication historique dans Beccaria (1764). Voir, pour une analyse critique de la théorie de la dissuasion Dubé (2012b).

Marquant son désaccord avec l'utilisation des méthodes rétributives, cette théorie défend l'autorisation de punir par la menace d'une peine sévère, non excessive et certaine. L'augmentation de la suramende permettrait, selon les assises de cette théorie, de réduire la criminalité (puisque le châtement dépasse les avantages du crime) et cette conséquence dite «positive» viendrait donc surpasser la sévérité du mal imposé.

Finalement, nous pouvons nous permettre d'effectuer la même critique que nous avons adressée à la précédente théorie, soit que « les modes de résolution de conflits qui ne répondent pas aux exigences de la dissuasion relèveront donc de l'impunité et seront par conséquent discrédités » (Garcia, 2010 :119), laissant encore une fois une faible marge de manœuvre aux modes alternatifs non afflictifs de résolution de conflits.

3.1.1.3 La théorie de la dénonciation

La théorie de la dénonciation⁷⁵ fut longtemps oubliée dans la littérature du système juridique, mais les recherches de Lachambre (2008, 2011) démontrent l'intérêt de la considérer de façon autonome étant donné qu'elle détient un rôle clé au sein des théories de la peine depuis la deuxième moitié du XIX^e siècle. Elle fait, en ce sens, partie des théories de la rationalité pénale moderne.

La théorie de la dénonciation justifie l'obligation de punir par « la confiance du public dans l'administration de la justice qui réclame la punition de toutes les transgressions» (Lachambre, 2008 :29). Cette théorie tient compte de la représentation de l'opinion publique afin de dénoncer le crime désapprouvé par la société puisque la transgression de la norme est dénoncée par l'entremise de la peine. Elle postule que le crime odieux commis soulève la controverse et l'indignation de la société, d'où l'importance d'y répondre par une peine sévère afin de

⁷⁵ Aussi nommée «théorie de la prévention positive» (Garcia, 2010).

transmettre le message que certains comportements sont intolérables et vont à l'encontre des mœurs sociales protégées par le droit criminel.

Les peines ne peuvent donc pas se situer à l'extérieur de ce qui est perçu comme étant les attentes de l'opinion publique. À l'extérieur de cette fourchette, vers le haut ou vers le bas, elles seront considérées disproportionnelles : « L'idée de "fourchette de la peine" est l'idée que la peine ne peut être ni trop clémentine (et ainsi incapable d'apaiser le public et de dénoncer le crime), ni trop dure (et ainsi perçue comme injuste par le public) » (Xavier, 2012 : 157). Comme l'explique Lachambre, le concept de dénonciation est étroitement lié à l'idée de préservation de la « morale collective » :

« Premièrement, "dénoncer" signifie, entre autres choses, exprimer le degré de réprobation du public par la peine. La peine doit servir [à] exprimer le jugement moral que la société fait du crime et, en le faisant, elle réaffirme les valeurs fondamentales de la société. Dans la formulation de Lachambre, dénoncer (en matière de punition criminelle) c'est "punir au nom des valeurs fondamentales chères au public et pour exprimer son dégoût pour le crime". C'est à la fois un acte d'expression du sentiment suscité chez le public et de préservation des valeurs de la société.» (Xavier, 2012 : 156)

Suivant ce cadre d'idées, la peine doit être de nature afflictive et son degré de sévérité sera évalué selon le degré de réprobation de la société. La théorie de la dénonciation se distingue notamment des autres théories de la peine «par le fait de ne pas définir la fonction de la peine par rapport aux criminels, mais bien par rapport aux membres de la société qui agissent conformément aux règles de droit.» (Garcia, 2010 : 124) Une société qui dénonce les gestes interdits démontre qu'elle est fonctionnelle puisqu'elle rappelle les standards sociaux. Pires fait également état du principe selon lequel cette pensée ne fait aucune distinction entre les termes « réprobation » et « répression » puisqu'un dépend intimement de l'autre : « elle est centrée sur

l'idée de "réconforter" le public et elle est aussi une théorie qui n'offre aucun outil pour amoindrir la "souffrance" infligée au coupable. » (Pires, 2007 :12)

La recherche empirique nous donnera l'occasion d'observer si cette théorie a joué un rôle dans la transformation de la suramende en peine minimale obligatoire et de quelle nature a été ce rôle : a-t-il été un appui à la sévérité? La production d'arguments est-elle basée sur le public? Sur le public spécialisé que sont les « victimes »? Seule la recherche empirique nous permettra de fournir une réponse adéquate et nuancée à ces questions.

La description de ces théories vient confirmer qu'elles sont toutes différentes les unes des autres puisqu'elles défendent leurs propres idéaux et motifs pour punir. Mais nous pouvons aussi affirmer qu'elles partagent un noyau dur en termes de (sur)valorisation de l'affliction, de répression et d'obligation de punir et qu'à cet égard elles ne fonctionnent pas comme des alternatives les unes par rapport aux autres (Garcia, 2013 : 53) : pour toutes ces théories, la peine doit être sévère et obligatoire et elle doit être pensée et administrée par le système pénal (dévalorisation des sanctions alternatives). Comme nous verrons dans ce qui suit, ce sont ces caractéristiques qui font en sorte que la rationalité pénale moderne agit comme contexte cognitif dominant pour penser l'adoption de peines minimales.

3.1.2 Les caractéristiques essentielles de la théorie de la rationalité pénale moderne

3.1.2.1 Le droit et l'obligation de punir

Le système de droit criminel possède une structure « hostile et autoritaire » qui rend impossible pour la victime d'agir d'elle-même afin de résoudre son propre conflit; ce système de pensée semble empêcher la prise en considération de principes réparateurs entre les différents acteurs impliqués dans le conflit. Par son devoir de rétablir la norme transgressée en valorisant

les peines afflictives et sa tendance à dévaloriser les peines alternatives, l'utilisation du droit pénal devient une nécessité⁷⁶. La RPM transmet la directive que la peine sévère et afflictive apporte une réponse juste au conflit. Or, pour utiliser la formulation de Xavier, on pourrait dire que :

« [...] pour communiquer quelque chose, on peut toujours faire appel à différents moyens. La peine criminelle est un moyen pour communiquer la réprobation sociale, mais elle n'est absolument pas le seul à pouvoir le faire.» (Xavier, 2012 :251)

D'où provient cette injonction d'infliger une sanction afin de répondre à divers besoins et objectifs pénaux? Effectuons un bref retour à la théorie de la dissuasion de Beccaria (1764) qui affirmait, selon sa vision utilitariste, qu'il importait de tout punir afin de dissuader (nécessité pratique)⁷⁷ et de protéger la société d'un mal possible. La certitude d'une peine modérée pour tous les crimes commis aurait davantage d'impacts sur la dissuasion qu'une peine violente, incertaine et inconstante. Donc, il faut punir davantage, de façon systématique, mais avec modération. Pires précise la position de Beccaria :

«C'est que Beccaria laisse entendre, dans sa théorie de la peine criminelle, que la dissuasion et l'obligation de punir sont les seuls moyens légitimes et efficaces pour atteindre la 'vie bonne' ou la sécurité de tout un chacun. À ses yeux, l'impunité pénale, c'est-à-dire le fait de ne pas recevoir une peine criminelle, crée un risque pour la protection de la société.» (Pires, 1998b : 18)

La théorie rétributiviste de Kant (1797) met l'emphasis sur le fait que la punition provenait d'un besoin moral (nécessité morale) d'expier le mal commis, Anselm von Feuerbach (1801 cité dans

⁷⁶ Le rapport Ouimet de 1969 souligne que « le droit pénal ne doit intervenir qu'en dernière instance et de la façon la plus modérée possible » (Pires, 1995 : 136). Voir aussi Dubé 2007 et 2008.

⁷⁷ Beccaria «enseigne que la justice (pénale) est forte « non quand elle frappe au hasard quelques coupables, mais quand elle atteint tous les coupables, non quand elle châtie avec colère quelques délits, mais quand elle enveloppe et saisit tous les délits, sans qu'aucun, quelque petit qu'il soit, puisse échapper à sa vue » (Faustin Hélie ,1856 : lxxix cité dans Pires, 1998 :14).

Pires, 1998d :12) croyait que la punition provenait d'une «conséquence juridique nécessaire de la transgression» (nécessité juridique).

Les théories modernes de la peine ont toujours soutenu l'idée que la punition est une obligation; une nécessité plutôt qu'une simple autorisation ou possibilité. En effet,

« La pensée de l'époque des Lumières nous a légué l'idée et la perception que la punition est un « mal nécessaire souhaité et recherché : [...] on a commencé à voir la punition comme un avantage, une valeur, un devoir pratique des gouvernements, voire un devoir moral et un devoir juridique. » (Pires, 1995 : 145)

Peut-on procéder d'une autre façon qu'en infligeant une souffrance au délinquant afin d'atteindre les objectifs des théories de la peine, ou encore, afin de satisfaire la victime? Ce n'est pas parce que nous avons l'*autorisation* de faire quelque chose que nous sommes dans l'*obligation* de l'imposer: « L'obligation d'obéir à la norme de comportement n'est pas attachée à une obligation d'infliger une sanction, et moins encore une sanction afflictive, puisqu'il y a d'autres manières d'affirmer la norme » (Pires, 2001 : 180-186). Pires (cité dans Xavier, 2012) compare ce «droit de punir» à un *médium* qui peut être interprété de différentes façons, mais qui ne remet jamais en question son fondement même, soit son caractère contraignant qui répond à l'ensemble des objectifs modernes de dissuasion, dénonciation, neutralisation, rétribution et réhabilitation en infligeant une certaine forme de souffrance :

« [...] voilà où les théories de la peine se rejoignent : la forme qu'elles créent, pour le médium droit de punir, est toujours l'obligation d'infliger une souffrance. Même si les formes de la punition peuvent varier (ainsi que, bien sûr, les justifications), la forme du droit de punir est la même : c'est une obligation de punir dans un sens strict (Pires, 1998; Pires, 2008b). On ne peut pas ne pas punir, oublier ou pardonner, puisque la forme actualisée par ces théories de la peine est l'obligation de causer de la souffrance, et cela même si les possibilités d'actualisation de ce médium « droit de punir » sont nombreuses.» (Xavier, 2012 :140)

La rationalité pénale moderne représente le droit criminel (celui-ci considéré aussi sous-système du système juridique) comme étant un système qui tente de se différencier des autres sous-systèmes de droit, par *l'obligation de punir* et par la nécessité de respecter certains principes «philosophico-juridiques» abstraits tels la proportionnalité de la peine, la gravité du geste, etc.⁷⁸ sélectionnés et interprétés par chacune des théories de la peine. Selon les idées que composent la rationalité pénale moderne, l'utilisation et le recours au système de droit criminel comme solution aux conflits demeure « le seul mécanisme de contrôle pouvant encore, en dernière instance, protéger efficacement les valeurs fondamentales de la société » dans l'optique de protéger celles-ci puisqu'il est «la seule entité institutionnelle suffisamment stable et solide pour pouvoir le faire » (Garcia, 2013: 48).

Au fil du temps, le besoin imminent d'une distinction entre le droit privé (civil) et le droit pénal a dû être renforcé, obligeant ainsi les pénalistes à «chercher la punition des coupables la plus adéquate» (Pires, 1998b :17) et les civilistes à répondre au tort causé par le dédommagement ou la réparation. Le premier système répond aux conflits par certaines procédures médiatrices et réparatrices, alors que le droit pénal a recours à des stratégies évidemment houleuses et limitées⁷⁹ qui ne laissent que peu de place à l'innovation. Qui plus est, « nous avons tendance à accepter cette structure en faisant abstraction du résultat» (Pires, Cellard et Pelletier, 2001 :31). Cette nécessité inhérente de réaffirmer la norme transgressée par l'usage de la peine est soutenue par chacune des théories modernes de la peine : il faut rétribuer pour faire justice, dénoncer pour

⁷⁸ Ces idées abstraites sont majoritairement utilisées par les théories de la peine afin de s'auto-justifier; nous les appellerons des « médiums» dans le cadre de cette recherche. Rappelons que la RPM peut être observée à trois niveaux (Pires, 2008a; Garcia, 2013). Au premier niveau se trouvent des idées générales (ou médiums) qui s'adaptent à toutes les formes de théories de la peine. Au deuxième niveau se trouvent les théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation) et qui ensemble forment un troisième niveau : les « expectatives normatives généralisées» et stabilisées sous la forme d'un système de pensée.

⁷⁹ Pires (1994) compare ce principe de recours paradoxal à des solutions positives à la bouteille à mouche de Watzlawick, soit le fait que lorsque nous tentons de sortir des parois de la bouteille, nous y retombons encore plus creux et nous nous enfonçons.

satisfaire le public et dissuader pour prévenir et surpasser le bénéfice du crime. Aujourd'hui, l'ensemble de ces théories s'accorde pour dire qu'il faut punir par l'entremise de la sanction afflictive et de l'exclusion sociale⁸⁰ du délinquant. Ces fondements philosophiques et juridiques de la pratique ont participé à la naissance du système de droit criminel et agissent à titre de «cadre de référence» lors de prise de décision en matière pénale et politique.⁸¹

3.1.2.2 L'usage de la peine afflictive

Dans la logique offerte par la rationalité pénale moderne, non seulement sommes-nous obligés de punir, mais nous sommes aussi contraints de le faire en valorisant la peine afflictive et sévère (physiquement ou moralement ou les deux à la fois). Pour ce qui est de la peine privative de liberté, la sévérité de la peine peut se mesurer par l'imposition d'un seuil minimal ou maximal à la durée de l'incarcération « qui se traduit généralement par de longues périodes d'incarcération et donc par de plus longues périodes de traitement en milieu correctionnel » (Garcia, 2013: 59). Pour ce qui est de l'amende, la sévérité de la peine se traduit par le montant d'argent que l'individu aura l'obligation de verser à l'État. La malléabilité de ces limites temporelles ou financières par le système permet alors de camoufler le point convergeant de toutes les théories de la peine : «le consensus autour de la sévérité en tant que valeur crée un effet de système dans la rationalité pénale moderne» (Garcia, 2013: 59). À titre d'exemple, les peines minimales imposent un seuil d'emprisonnement minimal même si la durée de la peine devait dépasser largement le niveau de correction nécessaire afin de réhabiliter le contrevenant. La peine minimale d'amende peut outrepasser aussi le montant nécessaire à la correction de la situation ou les moyens financiers de l'individu afin de répondre aux idées des théories de la peine. Cette

⁸⁰ Nous clarifierons dans une prochaine section comment et pourquoi l'usage des peines afflictives et d'exclusion sociale (en référence à l'emprisonnement) sont les plus accessibles et valorisées de notre système de droit.

⁸¹ Ces théories sont une «philosophie pénale» selon Garcia (2010). Le système de droit criminel est principalement fondé sur celles-ci et « s'auto-décrit comme un sous-système juridique différent des autres » (Pires, cité par Garcia, 2013 : 44).

notion de sévérité est un facteur commun, voire même une variable principale lors de la détermination de la peine soutenue par l'ensemble des théories modernes de la peine. Xavier fait ressortir l'idée que pour le juge, il ne s'agit pas simplement d'infliger de la souffrance, car les théories de la peine lui procurent l'illusion qu'il produit un bien pour la société :

«Ainsi, le juge, en attribuant une peine (ou un politicien en la créant), peut être rassuré du bien-fondé de sa démarche : il n'attribue pas simplement une souffrance au transgresseur d'une norme pénale; il participe d'un projet de réhabilitation de l'individu, de dissuasion de criminels potentiels, de rétribution ou de dénonciation d'un comportement inacceptable pour la société. Il ne s'agit pas, avec le support des théories de la peine, d'une simple attribution de souffrance, mais plutôt de communiquer la nécessité de faire un mal pour obtenir un bien pour la société (le bien variant selon la théorie qu'on choisit).» (Xavier, 2012 : 147)

La punition servirait donc à répondre à un souci d'efficacité, d'utilité et de respect de la morale du droit pénal. Pourquoi ce besoin imminent de punir par la peine afflictive? La réponse est «Pour réhabiliter le contrevenant (Howard), pour rétribuer le mal par le mal (Kant), pour dissuader les criminels et les autres citoyens de commettre des crimes (Bentham), pour dénoncer un comportement (Stephen) » (Garcia, 2013: 43). Le contenant fermé qui renferme les théories de la peine indissociables les unes des autres s'autorégularise en imposant le message que « le pardon ne résout pas le conflit pénal, que les peines doivent provoquer de la souffrance et de l'exclusion sociale, que la sévérité ou la durée des sanctions sont des éléments fondamentaux et que les peines alternatives, n'étant prescrites dans aucune théorie, suscitent de la méfiance.» (*Ibid.* :16) La mise en forme d'une norme pénale se crée selon la structure suivante : « celui qui fait X doit être puni par Y » (Pires, 2001). La variable X serait la norme de comportement (premier degré), alors que la variable Y représenterait la norme sanctionnatrice (deuxième degré).

«Parallèlement à la mise en place de cette structure, on rendra officielle une ligne de pensée médiévale selon laquelle c'est la peine afflictive qui communique la valeur de la norme de comportement et le degré de réprobation en cas de non respect. La quantité du mal (norme de sanction) communiquerait le degré d'attachement au bien (norme de comportement honorée).» (Pires, 2001 : 9)

Cet alliage laisse croire que la peine et le crime sont indissociables. De ce fait, le crime est souvent défini par la peine : « sur le plan de la réflexion théorique, autant le droit que les sciences sociales vont définir le crime (ou le système pénal) par la peine (afflictive) et s'engagent dans une compréhension simultanée des deux types de normes.» (Pires, 2001 : 183) La norme sanctionnatrice véhicule toujours l'idée que la peine doit être d'origine afflictive, ce qui : « rend quasi impossible la tâche de penser le système pénal (ou le crime) sans un attachement exclusif à la peine afflictive et ouvre la porte à une ontologisation de la structure normative du droit pénal.» (Pires, 2001 : 183) L'association des termes «crime» et «peine» devient une corrélation qui fait en sorte que l'un ne survit pas sans l'autre et cette équation provient de la combinaison des théories de la peine et de leurs indications communes sur les idées qu'il faut valoriser au moment de déterminer la peine.

Il est effectivement possible de désapprouver un comportement puisqu'il ne répond pas aux normes sociales; toutefois, la réaction face à cette désapprobation n'a pas à être nécessairement afflictive et pourrait s'orienter vers d'autres alternatives davantage humanistes. Nous pouvons nous opposer à un comportement sans nécessairement avoir recours à l'utilisation du pénal et aux châtiments comportant un degré de souffrance pour renforcer la norme sociale.

Mais ce raisonnement va à l'encontre des prémisses défendues par la sémantique crime/sanction qui tire son origine des théories de la peine, ce qui rend difficile tout nouveau mode de pensée innovateur. Xavier (2012 : 134- 135) explique que « certains opérateurs du droit ont de la

difficulté à justifier une punition simplement avec la rétribution ou la réhabilitation, mais ils vont plutôt mélanger plusieurs théories dans leurs justifications (malgré les incompatibilités entre elles) dans le but de justifier effectivement une obligation de causer de la souffrance.» Cette pensée est fort intéressante compte tenu du fait que les acteurs politiques et judiciaires justifient leurs prises de décision par l'usage d'idées communes aux théories de la peine, et n'hésitent pas à changer de l'une à l'autre pour pouvoir appuyer l'idée de sévérité et d'affliction. Toutes les théories de la peine qui composent la rationalité pénale moderne véhiculent non seulement le message qu'il faut punir, mais ajoutent que les peines doivent comporter un certain degré de souffrance au délinquant afin d'être réellement efficaces : «Le médium "punition" est investi du contenu souffrance : pour "vraiment" punir, il faut faire souffrir » (Xavier, 2012 :141). Le chapitre analytique permettra d'observer de quelle façon les théories de la peine viennent soutenir cette obligation de punir en imposant un « seuil minimal » à la peine (Pires, 2001).

3.1.2.3 « La dévalorisation des peines alternatives »⁸² et l'obstacle à l'innovation

Pires (1995) explique les difficultés d'une réforme sur le plan de la détermination de la peine malgré l'avènement de certaines « solutions de rechange⁸³ » à celles déjà existantes. Il existe effectivement des formes d'intervention (ex. dédommagement, réparation, etc.) qui n'entrent pas la sphère pénale et qui peuvent répondre aux besoins des victimes. Deux hypothèses sont avancées pour expliquer la dévalorisation des peines alternatives dans le contexte cognitif de la rationalité pénale moderne : (i) une croyance à l'effet que le système

⁸² Ces fondements et prémisses ont été avancés par Garcia dans son texte « La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel » ainsi que dans sa thèse de doctorat. Étant donné la complexité à définir la notion d'«alternative», Garcia suggère de faire référence aux peines qui s'opposent à l'incarcération.

⁸³ Selon Garcia (2013: 64), il est difficile de définir le concept de «mesure de rechange ou alternative» puisque celles-ci sont relatives et sont « la plupart du temps constitué[es] par ce qui apparait comme dominant, généralisé ou central à une époque donnée ».

pénal constitue la seule et unique solution pour la résolution de conflits ainsi que (ii) la croyance que la peine privative de liberté est la meilleure solution disponible en matière de peines, croyance naturellement «accompagnée d'une dévalorisation des sanctions alternatives» (Garcia, 2013: 63). La sanction alternative peut être décrite comme « une sanction- plutôt qu'une «peine»- qui semble être en opposition et destinée à remplacer les sanctions traditionnellement valorisées par le système de pensée dominant.» (Garcia, 2013 : 64) Les sanctions alternatives sont toutefois souvent rejetées puisqu'elles sont représentées comme insuffisantes pour remplir les objectifs de protection de la société (Dubé, 2012a) et aussi parce qu'elles ne sont pas valorisées par les idées véhiculées par les théories de la peine. Comme le mentionne Garcia, elles n'ont aucun support cognitif stable:

« [...] l'utilisation d'une base théorique plus étendue et spécialement conçue pour stabiliser les sanctions alternatives pourrait sans doute non seulement encourager les décideurs à agir avec plus d'assurance, mais également inciter le pouvoir politique à augmenter les ressources, à créer les conditions matérielles nécessaires à la diversification, à l'enracinement et à la valorisation de ces sanctions. » (2013: 65)

Nous sommes face à un problème d'évolution et d'apprentissage du système. Le problème n'est pas seulement lié à notre difficulté à apprendre avec les erreurs du passé, mais provient aussi d'un «désaccord sur ce que nous persistons à vouloir retenir du passé en matière pénale compte tenu de notre situation et de nos connaissances actuelles.» (Pires, 1995 : 134) Les théories de la peine constituent donc un obstacle⁸⁴ qui nuit au changement possible du système: «En d'autres termes, elles [les théories de la peine] constituent des obstacles cognitifs aux stimuli

⁸⁴ Outre les travaux de Pires, voir aussi à cet égard, entre autres, Cauchie et Kaminski (2007), Garcia (2007) et Dubé (2007 et 2008).

environnementaux, en ce sens qu'elles réduisent le champ de liberté cognitive et la probabilité de penser sous l'angle des alternatives» (Garcia, 2010 :107).

Les théories de la peine créent un mur et empêchent le système de s'orienter vers d'autres alternatives : elles « [...] ont à cet égard contribué à justifier la punition au sens fort et à faire obstacle aux mesures de rechange et aux philosophies d'intervention qui n'exigent pas l'obligation de punir.» (Pires, 1998a :10) Elles agissent, en réaffirmant le système de pensée dominant du droit criminel, à titre de «mécanisme de défense» qui résiste aux innovations possibles.

La Commission Ouimet⁸⁵ (1969) a avancé l'idée que le droit pénal ne devrait être utilisé qu'en dernier recours et de façon modérée. La Commission de réforme du droit critiquait aussi le système, le trouvant à la fois «trop répressif et inapte à gérer convenablement les conflits sociaux» (Pires, 1995 : 136) qui pourraient se régler par d'autres types d'interventions comme le dédommagement, la réparation, le pardon. Ces formes de résolution du conflit pourraient profiter à la victime qui recevrait une forme de compensation directe plutôt que de laisser l'État prendre en charge la punition de son offenseur, comme c'est le cas de la suramende. Toutefois, « ces mesures de rechange semblent [...] susciter la crainte et la méfiance et donnent l'impression qu'il faut politiquement agir avec prudence en matière de sanctions alternatives.» (Garcia, 2013: 65)

Il importe d'effectuer une remise en question des assises de la rationalité pénale moderne et de comprendre qu'il est possible de régler certains conflits hors du cadre de la structure normative du droit pénal et sans l'utilisation de la sévérité et de l'affliction. Les théories de l'exclusion ont

⁸⁵ Voir Rapport Ouimet (1969 : 202) pour plus d'informations. Pour une analyse de l'impact de ce rapport dans le mouvement de réforme pénale au Canada voir les travaux de Dubé et de Dubé et Cauchie (2007).

toujours pu compter sur les théories de la peine afin de les soutenir dans leur application, mais les peines alternatives n'y trouvent pas le même support cognitif: «tant qu'une nouvelle théorie positive de la sanction ne viendra pas asseoir les sanctions alternatives sur un fondement solide, celle-ci ne pourront sans doute fournir un apport alternatif sur le plan des idées ou du système de pensée» (Garcia, 2013: 66).

Les recherches de Pires, Cellard et Pelletier (2001 : 32) ont permis de démontrer «l'influence de la rationalité pénale sur [ses opérateurs ou penseurs] et, d'autre part, montrer que ceux-ci ont tendance à accepter et à trouver de (nouveaux) arguments pour garder ce système de pensée ou pour le modifier sans que cela ait des effets significatifs sur la structure normative du programme.»

L'usage répétitif des théories de la peine (et de toute autre justification similaire) fait en sorte que les « acteurs restent alors souvent enfermés, malgré eux, dans cette rationalité, particulièrement lorsqu'ils jouent leur rôle formel de décideurs professionnels ou d'experts.» (Pires, Cellard et Pelletier, 2001 :32). Dans leurs recherches sur l'évolution des normes de sanction au Canada, Pires, Cellard et Pelletier ont en effet constaté que « le système "enseigne" comment lui demander des choses, fait des "promesses" récurrentes sur les effets bénéfiques de la peine et crée, chez nombre d'acteurs, des attentes normatives (inébranlables) à l'égard des peines.» (Pires, Cellard et Pelletier, 2001 :33) Quand il s'agit de penser la création de peines, « ce qui caractérise nos modes de pensée en cette matière, c'est davantage la non-inventivité que l'innovation cognitive» (Garcia, 2013: 50). C'est en tout cas ce qui arrive quand les peines sont pensées par et dans le contexte cognitif offert par la rationalité pénale moderne. Est-ce qu'il y aurait d'autres contextes disponibles? On sait que les acteurs politiques et judiciaires ont à leur disposition le contexte cognitif offert par les droits de la personne. Mais ceux-ci, comme nous

l'avons vu, ont un rôle paradoxal dans le système qui fait en sorte que dans certains contextes il soit possible qu'on utilise ces droits pour demander ou justifier une plus grande répression (Pires, 1995a : 141). Selon Teubner, (1989, 84 cité dans Garcia, 2008 : par.32), nous observons alors une « remarquable stabilité de certaines structures juridiques, durant des périodes parfois très longues, en dépit d'une multitude de stimulations favorisant la variation » telles que les peines alternatives et l'avènement du concept des droits de la personne. L'image que véhicule le droit pénal pose aussi problème face au principe des droits de la personne. Effectivement, le système ne peut à la fois défendre les droits de la personne et exprimer concrètement et immédiatement ces droits contribuant à sa configuration. L'analyse de l'empirie permettra de cibler les théories de la peine qui viennent renforcer ce besoin de punir plus sévèrement par l'entremise d'une peine d'amende minimale sans égard aux modes alternatifs de conflits ou aux garanties juridiques protégées par les droits de la personne. La prochaine section permettra de conceptualiser la sémantique des droits de la personne et de cibler le sens que peut prendre ce médium dans le cadre de cette recherche.

3.2 Les droits de la personne comme contexte cognitif pour penser les peines

3.2.1 La conceptualisation de la sémantique des droits de la personne

Comme nous l'avons mentionné précédemment, un des objectifs de cette recherche est celui d'observer comment le système politique mobilise (ou non) l'usage de la sémantique des droits de la personne à l'intérieur de ses communications et comment cette sémantique s'opérationnalise dans un débat visant à transformer une peine en peine minimale. Étant donné la place centrale que nous prétendons donner à cet aspect du problème dans notre analyse, il importe de définir cette sémantique et la façon dont nous comptons l'utiliser dans notre recherche. Pour ce faire, nous nous servirons surtout de l'approche proposée par Garcia dans ses

recherches. Dans ses travaux, Garcia (2015a : 172) commence par attirer l'attention sur la grande complexité autour de ce concept et la diversité de façons dont on peut se le représenter :

« Un survol de la « gigantesque littérature » sur le concept de droits de la personne nous apprend que l'on peut, selon l'angle d'observation, se les représenter comme un « méta-récit » ou une « *Grand Narrative* » ; une sémantique de la société moderne ; « un *esperanto* qui a peu de chance de devenir le langage quotidien de la dignité humaine » ; « une institution sociale ; une catégorie juridique ; un discours ; une idéologie ; une rhétorique ; un idéal ; un ensemble de critères moraux institué dans le système juridique ; une « politique » et une « non-politique » ; etc. »⁸⁶ (Garcia, 2015a : 172-173)

L'auteure montre comment les droits de la personne sont mal compris et pourquoi, suivant la littérature autour du concept, « il semble impossible de comprendre ou de décrire tout simplement le rôle et la fonction des droits de la personne dans la société contemporaine » (Garcia, 2015a : 172). Ces droits sont insaisissables, difficiles à circonscrire, imprécis, ambigus dans leur signification, et contradictoires dans leur portée (Delmas-Marty, 1995). S'inspirant des

⁸⁶ Ces expressions renvoient aux auteurs étudiés par Garcia (2010) : Thaddée NDAYIZIGIYE, Réexamen éthique des droits de l'homme sous l'éclairage de la pensée d'Emmanuel Levinas, Frankfurt/Main : P. Lang, 1997, notamment p. 320 et Michel VILLEY, Le droit et les droits de l'homme, Paris : PUF, 1983, notamment p. 15. ; José Augusto Lindgrenn ALVES, « The Declaration of Human Rights in Postmodernity », *Human Rights Quarterly*, 22, 2000, p. 478-500 ; Stephan PARMENTIER et Elmar G. M. WEITEKAMP, « Introduction: On the Double Relationship of Crime and Human Rights », in ID. (eds.), *Crime and Human Rights. Sociology of Crime, Law and Deviance*, Amsterdam : Elsevier, 2007, p. 1-8 ; Gert VERSCHRAEGEN, « Human Rights and Modern Society: a Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory », *Journal Of Law And Society*, 29 (2), 2002, p. 258-281 ; Ignacio Ara PINILLA, « La semantica de los derechos humanos », *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 16, 1988, p. 9-25 ; Boaventura de SOUSA SANTOS, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Droit et Société*, 35, 1997, p. 79-96, notamment p. 96 ; Niklas LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin : Duncker & Humblot, 1965. Nous reviendrons souvent sur ce texte, en utilisant la traduction espagnole présentée par Klaus DAMMANN, *Los derechos fundamentales como institucion. Aportacion a la sociologia politica*, Mexico : Universidad Iberoamericana, 2010 ; Gregorio PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit. ; Tom CAMPBELL, « Introduction. Realizing Human Rights », in Tom CAMPBELL, David GOLDBERG, Sheila MCLEAN et Tom MULLEN (eds.), *Human Rights. From Rhetoric to Reality*, Oxford : Basil Blackwell, p. 1-14 ; Voir en ce sens Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., et, dans un sens rapproché Karl MARX, *La question juive* [1844], Paris : Union générale d'éditions, 1968 ; Tom CAMPBELL, « Introduction. Realizing Human Rights », op. cit. et Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris : La Découverte, coll. « Repères », 2005 ; Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris : PUF, 1986 ; Peter BAL, « Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure », *Philosophy Social Criticism*, 20 (4), 1994, p. 71-99 ; Marcel GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris : Gallimard, coll. « Tel », 2002.

travaux de Luhmann, Garcia (2015a : 180) affirme qu'« une représentation unitaire et universelle du concept (des droits de la personne) devient impossible dans le cadre d'une société organisée en systèmes de fonctions autoréférentiels.» On remarque que « les droits de la personne se révèlent être une sémantique disponible pour la communication (observation) de plusieurs systèmes sociaux, chacun les thématissant à sa façon et à ses propres fins.» (*Ibid.* : 183) Ils existent dans différents systèmes sociaux (système de droit criminel et politique) et sont donc mobilisés de différentes façons. En soi, le contenu des droits de la personne n'est pas fixe, ni univoque; il est déterminé par l'interprétation et les mises en forme effectuées par les systèmes qui les utilisent « à partir de leur propre complexité cognitive, de leurs propres catégories» (Garcia, 2015a; 2015b). Les recherches de Garcia (2008, 2010) proposent une lecture des droits de la personne qui met en relief leur «polycontextualité» : ils appartiennent simultanément à différents systèmes sociaux, sans que l'on puisse leur attribuer une seule et vraie « essence ». Comme le propose Garcia, nous utiliserons le concept de « médium»⁸⁷ provenant de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann afin de décrire le concept des droits de la personne pouvant donner lieu à différentes formes d'interprétation selon le système qui en fait réception. Le terme « médium» sera employé dans le chapitre analytique afin de définir la sémantique des droits de la personne. Garcia (2010) définit le terme médium, à partir de la distinction médium/forme de Luhmann, en le comparant à une enveloppe renfermant différents mots, concepts, idées. Chaque système construit ensuite le sens accordé au concept à partir de ses propres structures internes, permettant ainsi une multitude de sens possibles selon les juxtapositions qui sont faites entre les droits de la personne et différents éléments du système. Certains objets ou idées (par exemple le médium « victime ») peuvent porter diverses

⁸⁷ Le terme médium fut construit par Luhmann qui s'est inspiré de la distinction médium/forme de Heider. Cette théorie propose de distinguer l'objet de la perception et le « fond qui sert de véhicule à sa perception (le médium) » (Garcia, 2015a : 184).

significations dans différents systèmes sociaux (par exemple des mouvements de victimes, la société de victimes, la victime d'une infraction criminelle, etc.). Comme l'indique Garcia :

« Les droits de la personne peuvent être représentés comme un ensemble d'électrons libres pouvant pénétrer différents univers de sens, s'accrocher à d'autres valeurs, idées, concepts, théories, et produire ainsi, par la voie des affinités électives entre les éléments réunis, des effets subversifs, progressistes, conservateurs, modérateurs, répressifs, tout et son contraire.»
(2010 : 90)

En ce sens, l'actualisation du sens du médium ne se détermine pas préalablement; il est «toujours à reconstruire par le système qui le mobilise» (Garcia, 2015). Les différentes formes de conceptualisations du médium seront mises à contribution dans notre analyse afin de valider le sens qu'accordent les acteurs sociaux au médium «droits de la personne» lors des différentes lectures des débats parlementaires du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* portant sur la suramende compensatoire. Nous verrons de quelle façon le système politique construit empiriquement le sens de ces droits pertinents pour la création de peines et comment il s'y réfère dans le contexte du débat: est-ce que les droits de la personne sont mobilisés pour critiquer la création d'une nouvelle peine minimale? Représentent-ils un obstacle à « l'intervention politique dans la sentence du droit »? Si oui, de quelle façon? Si non, qu'est-ce qui leur fait obstacle? Toutes ces questions devront être répondues par l'analyse de nos données empiriques menée dans le chapitre 5 de cette thèse.

Conclusion

Il fut établi précédemment que les théories de la peine pouvaient constituer un obstacle cognitif à une humanisation du droit criminel, et ce, malgré l'ajout d'une nouvelle variable permettant de justifier la modération et de critiquer leurs valeurs négatives, soit les droits de la personne. On peut dire que la rationalité pénale moderne et la sémantique des droits de la personne sont deux

contextes cognitifs qui permettent d'encadrer la création de peines dans des directions théoriquement différentes : les droits de la personne valorisant en principe l'inclusion sociale alors que les théories de la peine valorisent l'exclusion sociale ou sont indifférentes à l'inclusion sociale (Garcia, 2010; 2014).

Le choix de la théorie de la rationalité pénale moderne comme contexte théorique pour encadrer notre analyse se justifie par le fait que cette théorie offre une explication qui nous permet d'observer par quels processus cognitifs nous en sommes venus à valoriser des peines sévères et afflictives qui nécessitent une souffrance, ce qui vient expliquer la légitimité de la transformation d'une peine en peine minimale.

Le contenu de notre revue de littérature et le cadre théorique ont permis d'en venir à deux hypothèses de recherche : (i) le contexte des théories de la peine est prépondérant dans la transformation d'une peine en peine minimale et (ii) les droits de la personne ne sont pas suffisamment forts pour venir bloquer cette transformation d'une peine en peine minimale. Étant donné les effets paradoxaux des droits de la personne décrits par Garcia (2010; 2014; 2015) nous pouvons même faire l'hypothèse que la sémantique des droits de la personne puisse avoir contribué à cette transformation et à la trajectoire répressive de la suramende compensatoire.

Le prochain chapitre présentera les choix méthodologiques et épistémologiques qui ont permis de structurer la présente recherche.

CHAPITRE 4 : LA MÉTHODOLOGIE DE RECHERCHE

Ce chapitre présente les choix méthodologiques utilisés afin de traiter de notre objet de recherche, soit l'analyse du débat sur le projet de loi C-37 portant sur la transformation de la suramende compensatoire en peine minimale (*Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*). Étant donné que l'objectif de cette recherche est de décrire les fondements et les faits justificatifs ayant mené à la création d'une peine minimale obligatoire, et de comprendre comment la sémantique des droits de la personne interfère (ou non) dans les communications du système politique menant à leur adoption, nous avons choisi d'analyser le contenu des débats du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (CPJDP).

L'analyse de ces débats constitue un terrain qui nous a paru susceptible de permettre l'observation du déploiement d'arguments liés aux droits de la personne et à des principes pénologiques permettant de freiner la transformation d'une peine en peine minimale obligatoire.

Une première section de ce chapitre (4.1) vise à justifier le choix de l'approche qualitative et l'étude de cas comme méthode de recherche. Nous exposerons ensuite notre posture épistémologique (4.2), les critères ayant mené au choix du matériel qui constituera l'empirie et la description de celui-ci (4.3), et finalement, nous terminerons en décrivant la méthode d'analyse des données qui sera employée dans cette recherche (4.4).

4.1 Le choix du qualitatif et l'étude de cas

Puisque nous nous intéressons aux idées et arguments produits autour du maintien et de l'adoption de peines minimales, la recherche qualitative nous est apparue adéquate pour répondre à nos objectifs et traiter de nos données. Comme la recherche quantitative, la recherche qualitative comporte plusieurs opérations cognitives, telles que « rassembler et articuler les

éléments d'un portrait éclairant, juger une situation, dégager une interprétation, révéler une structure, construire ou valider une théorisation.» (Paillé et Mucchielli, 2010 :49) Ici, pour cette recherche, nous allons procéder par une étude de cas et nous allons examiner plus spécifiquement les débats parlementaires portant sur le projet de loi C-37, *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*, tenus par les membres du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne*.

L'étude de cas est considérée comme «une modalité de la recherche qualitative qui peut compter sur plusieurs méthodes pour arriver aux résultats visés» (Hamel, 1993 cité dans Possas, 2009 : 82).

La difficulté avec l'emploi de la notion d'« étude de cas » vient du fait que « cette dernière a pris des significations diverses dans la sociologie américaine et a été même employée comme synonyme de recherche qualitative » (Pires, 1997 : 138-139). La définition donnée par Roy illustre bien cette image englobante et large du terme : « une approche de recherche empirique qui consiste à enquêter sur un phénomène, un événement, un groupe ou un ensemble d'individus, sélectionné de façon non aléatoire, afin d'en tirer une description précise et une interprétation qui dépasse ses bornes.» (Roy, 2003 :166)

Dans notre cas, nous allons opter pour une définition qui indique simultanément une procédure d'échantillonnage. Alors, pour nous, une « étude de cas » implique le fait que le chercheur a commencé par sélectionner un échantillon composé d'un cas unique (au sens d'un seul cas) : un individu, une famille, une organisation, un événement, une ville, etc. Dans ce sens strict, comme le dit Pires (1997, 140), « on peut dire que la recherche par cas unique se fonde sur un corpus empirique qui est représenté au singulier et qui implique l'idée de faire une étude en profondeur

de ce seul cas. On a un cas unique si, à la question, « quel est le principal support empirique de ce cette étude ? », on répond : « C'est telle personne, telle famille, tel milieu (ou telle institution), tel événement ». Si le chercheur fait une comparaison entre deux écoles ou deux familles, nous ne sommes plus devant une étude de « cas unique » selon notre définition.

Comme on peut le voir, dans les études de cas unique, l'échantillonnage peut alors prendre différentes formes et cette étude peut être plus ou moins complexe selon le choix effectué. Pires (1997 : 135-138) a identifié trois grandes formes, ce qui n'exclut pas la possibilité d'autres : (i) l'échantillon d'acteur (une personne ou une famille), (ii) l'échantillon de milieu, géographique ou institutionnel (une aire de la ville, un hôpital psychiatrique, etc.) et l'échantillon événementiel ou d'intrigue (une affaire judiciaire, un scandale, un débat parlementaire, etc.). En ce qui nous concerne, nous avons alors constitué ce que Pires (1997 : 136-138) a appelé un « échantillon événementiel ou d'intrigue ». Il s'agit alors d'« un fait institutionnel (ou culturel) singulier, voire unique, qui se produit avec le concours des institutions ou de la culture et qui, pour cette raison, nous permet de saisir ces dernières en action ». Pires reprend une expression d'Edgar Morin pour dire que ces recherches portent sur des « révélateurs signifiants ». Pires (1997 : 137) souligne aussi que ces recherches événementielles, comme la nôtre, « renvoient souvent à un univers éclaté, multi-ramifié et formé de diverses couches ou surfaces de recouvrement mettant en présence plusieurs institutions, acteurs sociaux, etc. ». Dans notre cas, nous avons retenu pour une analyse en profondeur seulement une des couches de cet événement, en l'occurrence le débat tenu au sein d'un comité parlementaire (le *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* de la Chambre des communes du Canada). Nous avons alors bénéficié des frontières organisationnelles de ce comité pour constituer les frontières de notre observation empirique de cet événement (la création de ce projet de loi).

Ce cas a été choisi pour deux raisons principales. La première raison relève des *caractéristiques* et de la *qualité intrinsèque* du cas (Pires, 1997 : 142). Nous avons vu apparaître dans la législation un dispositif hybride particulier qui paraissait être le fruit d'une nouvelle conjoncture politique : une peine minimale d'amende *adressée aux victimes*. Ce fait n'est ni usuel ni typique dans l'histoire législative occidentale. Il s'agit plutôt d'un fait rare ou exceptionnel. D'où les questions : que se passe-t-il ici ? Comment cela a été justifié ? Comment les divers partis politiques se sont placés devant un tel projet législatif, etc. ? La deuxième raison relève de la pertinence théorique et des objectifs de départ de la recherche (Pires, 1997 : 142). Il y avait, dans cet événement, une curieuse combinaison entre deux particularités qui étaient, en principe, incompatibles entre elles : (i) la création d'une peine minimale qui est une forme d'expression de la rationalité pénale moderne et (ii) la création d'une peine d'amende *adressée aux victimes* qui *n'est pas une forme d'expression de cette même rationalité pénale moderne*. À nouveau : que se passe-t-il ici ? Cet événement serait-il le « signe » de quelque chose de particulier et, si oui, *de quoi* exactement ? Comme on parle aussi beaucoup aujourd'hui, sans doute de façon un peu contradictoire, de « droits de la personne *des victimes* » et comme les droits de la personne pourraient également faire éventuellement obstacle à un tel projet de loi, nous nous sommes alors intéressés particulièrement à l'observation empirique de ce comité parlementaire des droits de la personne. Comment ce comité va-t-il traiter de cette question ? Va-t-il effectivement porter attention aux droits de la personne et, si oui, comment va-t-il le faire ? D'où aussi ce choix de se concentrer sur l'observation de ce comité, cette « couche de l'événement ».

D'une façon plus générale, notre étude de cas a pour objectif de nous permettre d'observer les discours législatifs du système politique portant sur une peine minimale d'amende construite dans un cadre atypique parce que cette amende est supposée s'adresser à un fond public spécifique d'aide aux victimes d'actes criminalisés. Nous voulons aussi observer le discours politique portant sur le rôle des droits de la personne dans le cadre de ce processus législatif atypique. Le débat choisi pour mener notre réflexion nous donnera l'occasion d'observer les arguments mobilisés dans ce débat dans le but d'appuyer ou critiquer la transformation de la suramende en peine minimale obligatoire. Certes, nous avons également fait une lecture rapide de l'ensemble des débats parlementaires sur ce projet à la Chambre des communes et au Sénat, mais notre analyse empirique systématique s'est limitée aux frontières organisationnelles du comité indiqué. C'est à remarquer aussi que l'histoire de cet événement plonge ses racines dans d'autres projets de lois précédents sur la suramende compensatoire, ce qui sert pour visualiser l'existence de cet « univers de travail éclaté » dont parle Pires (1997 : 137).

Peut-on généraliser les résultats de cette recherche construite autour d'une étude de cas? Le médium « généralisation » peut prendre différents sens selon, entre autres choses, la structure de la recherche en question (Pires : 125-134). La structure de notre recherche s'apparente davantage à ce que Pires (1997 : 130) a nommé une « structure ouverte ou paradoxale ». Ce type de structure se caractérise par le fait que la chercheuse observe l'ensemble de son corpus empirique (ici l'ensemble des débats au sein de ce comité permanent du parlement) et part de cette base d'observation (l'ensemble de l'univers de travail) pour faire des réflexions et des généralisations analytiques sur des univers variables généraux (ici, le problème des peines minimales, la manière de penser les droits de la personne en matière de peines criminelles, la manière de penser les droits des victimes, etc.). Selon Pires (1997 : 149), « le fait d'avoir un seul cas [ici, un seul

événement] n'empêche pas une certaine forme de généralisation », mais « cela ne signifie pas qu'on puisse généraliser sur tout et de n'importe quelle façon » (Ibid.).

Ainsi, notre recherche n'a pas, à proprement parler, ce que Pires appelle un « échantillon opérationnel » (1997). Elle aurait eu un tel échantillon si nous avions analysé, par exemple, seulement une partie du débat dans la Chambre des communes à titre d'échantillon opérationnel de l'ensemble des débats dans cette même chambre sur toutes les peines minimales. Or, tel n'est pas le cas. D'une part, nous n'avons aucune intention de faire une généralisation de ce type. D'autant plus que nous savons que ce débat a une dimension « exceptionnelle ». Et, d'autre part, nous ne pouvons pas faire une généralisation de ce type et nous n'avons pas à le faire parce que nous avons analysé *l'ensemble* de notre univers de travail : tous les débats réalisés *dans* ce comité permanent sur le projet de loi en question. Pires (1997 :151) reconnaît que les études de cas « suscitent un certain embarras face à l'idée de généralisation telle qu'on la comprend intuitivement ». Il attribue cet embarras en partie à la confusion de sens autour du terme «généralisation» dans le cadre des procédures statistiques de constitution de l'information à l'intérieur d'un univers de travail versus les procédures qualitatives d'analyse qui portent sur l'ensemble de l'univers de travail. Le seul type de « généralisation » que nous pouvons faire ici, c'est donc celle que Pires appelle « analytico-théorique », puisqu'elle porte directement sur les univers généraux pertinents. En outre, même si Pires (2007) recommande d'être prudent quant à la généralisation «analytico-théorique» d'une étude de cas (unique), il précise que « la généralisation théorique renvoie moins à la correspondance absolue des faits avec la réalité qu'à la possibilité de retenir « dans un esprit critique une série de clés qui peuvent aider à comprendre ce qui se passe ailleurs » (Pires, 1997 : 149 cité dans Possas, 2009 :84). Dans cet esprit, l'objectif de notre étude est de tenter de mieux comprendre les éléments/idées qui viennent soutenir encore

aujourd'hui l'adoption de ce dispositif atypique de peine minimale, dispositif qui en plus empêche d'envisager la détermination d'une peine adéquate et individualisée.

4.2 Posture épistémologique

Dans cette section, nous voulons simplement indiquer les raisons par lesquelles nous n'allons pas employer ici la distinction courante entre *réalisme* et *constructivisme* pour caractériser notre propre posture épistémologique. En effet, dès 1997, Pires a attiré l'attention sur le fait que la notion d'*objet construit* était *équivoque* (1997 : 19) et que cela avait probablement contribué également à une certaine confusion de sens autour du terme « constructivisme ». Il écrit ce qui suit à ce propos :

« L'emploi du terme «constructiviste» en science sociale a entraîné une certaine confusion parce qu'il existe une forte tendance à considérer les objets de la science (naturelle ou sociale) comme des objets construits, que l'on se réclame ou non d'une perspective constructiviste. La confusion vient aussi de ce que l'objet des sciences sociales, le monde humain, est reconnu comme construit telle qu'il est par les humains, qu'on se dise au non, encore une fois, constructiviste. Alors affirmer que "la science construit son objet" ou que la "réalité sociale est produite par les êtres humains" n'est pas *suffisant* pour caractériser un point de vue comme constructiviste en sciences sociales. À mon avis, Comte, Marx, Durkheim et Weber n'hésiteraient pas à se rallier à ces deux affirmations » (Pires, 1997 : 22).

Un peu plus loin, Pires (1997 : 23) ajoute qu'il faut aussi garder à l'esprit que « les notions de *construction, invention, production, définition de la réalité, etc.* sont aujourd'hui employées dans des sens différents selon les objets et la perspective théorique de la recherche, et qu'elles ne sont pas l'apanage des seuls constructivistes. » Or, nous nous trouvons dans ce travail exactement dans cette situation équivoque décrite par Pires, car nous n'avons pas de difficultés à affirmer que « la peine minimale existe réellement » et aussi que la « peine minimale est une construction

sociale ». Le premier énoncé est typiquement « réaliste » et le deuxième peut être soutenu tant par des chercheurs qui se désignent comme constructivistes que par des chercheurs qui se considèrent comme des réalistes. En raison de cette confusion de sens et de cette ambivalence, nous avons décidé d'abandonner ici l'usage de la distinction réalisme/constructivisme. En attendant d'une meilleure solution à ce problème, nous allons caractériser notre posture épistémologique, comme Pires (1997 : 26) semble le recommander, seulement par « l'idée que l'effort d'objectivation est important. » Et cet effort d'objectivation « suggère une vision plus modeste de la science, sans nier la possibilité d'accéder au réel » (Pires, 1997 : 27). Dans cette vision plus modeste de la science, Pires (1997 : 26) inclut la possibilité toujours présente de l'erreur et de l'illusion du chercheur lui-même. Elle ne consiste alors que dans « un effort d'approximation du réel » (Pires, 1997 : 27).

4.3 La description du corpus empirique

Signalons d'abord que de nombreux écrits se sont penchés sur le rôle de la sémantique des droits de la personne lors de l'application judiciaire d'une peine minimale dans le cadre de la détermination de la peine, mais peu se sont centrés sur leurs effets lors de l'adoption même de ce type de peine par le législateur. Avant l'intervention des tribunaux, le législateur possède aussi aujourd'hui au Canada le mandat d'évaluer ses projets de lois en les envoyant à des comités spéciaux du Parlement qui sont supposés réfléchir de façon spécifique sur la question des droits de la personne. Ce processus d'évaluation de la compatibilité des lois avec les droits de la personne a été peu étudié, ce qui justifie le choix de notre matériel empirique. Soulignons que notre recherche n'a pas pour objectif l'évaluation de ces comités. Nous l'avons retenu exclusivement sous la base de la présomption que la question des droits de la personne devrait

avoir plus de chances d'être traitée et d'émerger devant un tel comité (par opposition à l'Assemblée générale).

Dans le choix du matériel empirique, nous avons aussi voulu contribuer de façon innovatrice en choisissant une peine minimale d'amende puisque celle-ci a très peu suscité l'intérêt des chercheurs et est rarement abordée dans la littérature pénale et sociologique. À cet effet, Pires et Machado (2010 : 96) affirment qu'un des problèmes repéré dans ce champ de recherche est cette « tendance à cibler l'observation seulement sur la peine minimale qui est construite avec la peine d'incarcération ». En raison de la faible quantité d'écrits traitant des peines minimales d'amende, nous puiserons davantage dans les similitudes de la logique punitive entre le modèle carcéral et le modèle non carcéral plutôt que sur leurs différences. Rappelons aussi que nous avons sélectionné une peine minimale d'amende atypique car, cette amende, contrairement aux autres, est adressée à un fond pour l'aide financière aux victimes. Certains résultats ne peuvent donc pas être généralisés aux autres peines minimales d'amende.

De plus, rares sont les recherches qui relient la peine minimale d'amende en général à la sémantique des droits de la personne, cette dernière étant presque uniquement mobilisée pour penser les peines de prison. Pour notre part, tout en reconnaissant les problèmes que posent les peines minimales obligatoires d'emprisonnement à l'égard du droit à la liberté et à la sécurité des personnes détenues, nous avons voulu investiguer l'épaisseur du discours sur les peines minimales face à une peine d'amende.

Notre corpus empirique est alors constitué de débats tenus au sein d'un comité parlementaire devant observer le rapport entre un projet de loi et les droits de la personne. L'analyse documentaire constituera la méthode employée. Elle consiste en une analyse approfondie,

détaillée et systématique d'un corpus précis cherchant à identifier, par des questions de recherche, des tendances, des thèmes, des significations, etc. (Berg, 2007).

Comme toute autre forme de collecte de données, elle est toujours irrémédiablement partielle. Une des restrictions de l'analyse documentaire, c'est que le chercheur ne peut pas « demander des précisions » additionnelles à ces documents (Cellard, 1997 : 252 cité dans Possas, 2009 : 91), comme, par exemple, demander à ce que le sens du mot «prévention » utilisé par un intervenant lui soit précisé. Cette limite fait en sorte qu'il est impossible, dans le cadre de cette recherche, de questionner les acteurs politiques en lien avec les idées qui sous-tendent le contenu de leurs communications afin d'obtenir des précisions supplémentaires.

L'accessibilité aux débats parlementaires tenus au sein du *Comité permanent de justice et des droits de la personne* ainsi qu'au résumé législatif du projet de loi C-37 a été relativement facile. Leur contenu est public ; une version électronique de chacun d'eux est disponible sur le site internet de la bibliothèque du Parlement du Canada.

En ce qui concerne sa trajectoire, le projet de loi a fait l'objet d'une première lecture à la Chambre des communes. Suite à une deuxième lecture de celui-ci, il fut renvoyé au *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* qui a procédé à quatre différentes sessions. Le projet de loi a fait l'objet d'un rapport sans amendement de la part du comité et une dernière lecture s'en est suivi à la Chambre des communes. Le projet fut ensuite envoyé au Sénat, qui procéda à deux lectures avant d'être examiné par le *Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*⁸⁸ pour faire ensuite l'objet d'une troisième lecture par le Sénat.

⁸⁸ Ce comité a pour mandat «d'examiner les projets de loi ainsi que tout autre question concernant les affaires juridiques et constitutionnelles en général, y compris: (1) les relations fédérales-provinciales; (2) l'administration de la justice, la réforme des lois; (3) le corps judiciaire; (4) toutes les affaires essentiellement juridiques et (5) les projets de loi privés non confiés spécifiquement à un autre comité, y compris ceux qui concernent le mariage et le

Finalement, le projet de loi C-37 reçut la sanction royale et fut donc adopté en date du 19 juin 2013 (Gouvernement du Canada, 2012). Le prochain tableau présente l'historique du projet de loi C-37 :

Chambre des communes	Première lecture Séance de la Chambre : 109 (2012-04-24)	Dépôt et première lecture : 2012-04-24
	Deuxième lecture Séance de la Chambre : 146 (2012-09-17) Séance de la Chambre : 147 (2012-09-18) Séance de la Chambre : 148 (2012-09-19) Séance de la Chambre : 150 (2012-09-21) Séance de la Chambre : 160 (2012-10-05) Séance de la Chambre : 162 (2012-10-16)	Deuxième lecture et renvoi à un comité : 2012-10-16
	Comité permanent de la justice et des droits de la personne Réunion du comité : 47 (2012-10-25) Réunion du comité : 49 (2012-11-01) Réunion du comité : 48 (2012-10-30) Réunion du comité : 46 (2012-10-23) Séance de la Chambre : 176 (2012-11-05)	Projet de loi ayant fait l'objet d'un rapport sans amendement (2012-11-05)
	Étape du rapport Séance de la Chambre : 196 (2012-12-11)	Adoption à l'étape du rapport : (2012-12-11)
	Troisième lecture Séance de la Chambre : 196 (2012-12-11) Séance de la Chambre : 197 (2012-12-12)	Troisième lecture (2012-12-12)
Sénat	Première lecture Séance de la Chambre : 131 (2012-12-13)	Première lecture (2012-12-13)
	Deuxième lecture Séance de la Chambre : 133 (2013-02-05)	Deuxième lecture (2013-03-05)

	Séance de la Chambre : 142 (2013-03-05)	Renvoi à un comité (2013-03-05)
	Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles Réunion du comité : 72 (2013-03-06) Réunion du comité : 73 (2013-03-07) Réunion du comité : 78 (2013-03-27) Réunion du comité : 79 (2013-04-17) Réunion du comité : 80 (2013-04-18)	Présentation du rapport du comité (2013-04-18)
	Troisième lecture Séance de la Chambre : 155 (2013-04-24) Séance de la Chambre : 157 (2013-04-30)	Troisième lecture (2013-04-30)
	Sanction royale	Sanction royale Lois du Canada : 2013, c. 11 (2013-06-19)

Les quatre réunions du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* ont été analysées dans le cadre de cette recherche. Le premier débat eu lieu le 23 octobre 2012 et comporte 13 pages, le deuxième fut en date du 25 octobre et a 18 pages, le troisième en date du 30 octobre 2012 et est d'un total de 15 pages. Finalement, le dernier débat eut lieu en date du premier novembre 2012 et est constitué de 14 pages. Nous avons laissé de côté l'analyse systématique des débats qui ont eu lieu aux Communes et au Sénat, ainsi que les lectures qui ont eu lieu devant le *Comité des affaires juridiques et constitutionnelles*.

Différents acteurs ont participé aux débats du Comité portant sur la suramende compensatoire, soit des députés du Parti Conservateur (PCC), du Parti Libéral (Lib.), du Nouveau Parti Démocrate (NPD), des victimes ou associations de victimes et la société John Howard. En soi, le contenu des débats du Comité nous est donc apparu suffisamment riche en contenu pour constituer un univers empirique pertinent à l'égard de nos questions de recherche.

4.4 L'analyse des données

Paillé et Mucchielli (2010 :143) définissent la démarche analytique comme « l'étude du matériau, progressive et sensible, [...] à l'aide de questions ciblées qui vont se multiplier à mesure de l'analyse, en prise ferme avec les données empiriques, ce qui va impliquer l'examen du corpus à plusieurs reprises.»

À travers la problématique énoncée, nous cherchons à mieux comprendre les idées qui ont conduit à la création de ce dispositif obligatoire et atypique de peine d'amende adressée à un fonds d'aide aux victimes. L'analyse des documents devra nous permettre de les identifier et de voir les liens qui existent entre ces idées et la rationalité pénale moderne et/ou la sémantique des droits de la personne. Notre attention portera sur les idées véhiculées par les acteurs politiques et non sur l'opinion politique individuelle des acteurs. On ne s'intéresse pas à l'appartenance des partis, mais plutôt aux discours et communications sur le thème du maintien et de la création des peines minimales, tous partis confondus. Nous sommes intéressés à mieux comprendre les «stimuli» qui sont venus renforcer ce droit de punir et promouvoir l'augmentation de la sévérité des peines, à déterminer au nom de quoi le système politique a pu justifier cette tournure davantage répressive que consiste à transformer la suramende compensatoire en peine minimale.

Afin de décortiquer le corpus empirique, trois ensembles de questions de recherche ont été préconstruits et partiellement reformulés en cours de route. Ces ensembles sont :

1. Quels sont les « stimuli » qui ont joué un rôle dans la proposition et acceptation de ce dispositif obligatoire de « peine minimale » adressée aux juges ? Quels sont les «stimuli» qui ont joué un rôle dans la proposition et dans l'acceptation de cette augmentation de la valeur minimale de la suramende ?

2. Dans le cas analysé, la RPM a-t-elle joué un rôle dominant et observable dans le discours politique ? Si tel n'a pas le cas, est-il possible d'envisager (d'une quelconque façon) une influence de la RPM dans la proposition et l'acceptation de ce projet de loi ?

3. De quelle manière les droits de la personne ont-ils été mobilisés dans le cadre du débat sur ce projet de loi qui a eu lieu au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* ? Ont-ils eu un impact critique sur le système de pensée du droit criminel (RPM) ou sont-ils venus appuyer et reproduire un discours punitif qui ne porte pas attention aux *droits universaux* de la personne ?

Anticipons dès maintenant que le premier ensemble de questions a été le plus difficile à répondre et que les résultats n'ont pas correspondu à nos attentes cognitives de départ. Pour répondre aux deux premiers ensembles de questions, nous avons parti de la distinction entre *fondements* (de la peine minimale) et *faits justificatifs* proposée par Machado et Pires (2010)⁸⁹. Pour simplifier, rappelons sommairement deux critères.

Le premier critère est que les *faits justificatifs* sont des arguments de *conjoncture*. Cela signifie qu'on ne réussit pas à les appliquer *rétroactivement* aux dispositifs de peine minimale qui ont été créés au 19^e siècle lorsque cette pratique est devenue généralisée en Occident en différentes proportions (Machado et Pires, 2010). Ainsi, par exemple, si l'argument que nous trouvons pour faire accepter ce dispositif obligatoire de suramande est « pour faire justice aux victimes », cet argument serait un *fait justificatif* parce qu'il ne s'applique pas aux peines minimales créées au 19^e siècle. Cette argument n'est ni évoqué ni central à ce moment selon les connaissances actuelles que nous avons. Si, au contraire, la raison donnée pour justifier ce dispositif obligatoire

⁸⁹ Nous avons défini la distinction entre fondements/faits justificatifs dans le deuxième chapitre.

est « pour dissuader les criminels », cet argument serait un des *fondements* parce qu'il est contemporain de l'invention du mécanisme de peine minimale au 19^e siècle.

Le deuxième critère-clé pour nous ici est le suivant. Si l'argument donné ne s'applique pas *partout* où la pratique existe, il serait un *fait justificatif*; si, au contraire, l'argument est spécifique à un cas particulier de peine minimale ou s'il est régional (par exemple, il s'applique aux peines minimales du Canada, mais non à l'ensemble des peines minimales en Occident), il serait un *fondement*. Si nous reprenons le même exemple du paragraphe précédent, l'argument « le but de ce projet est de faire justice aux victimes » serait un *fait justificatif*, et l'argument « le but de ce projet est de dissuader les délinquants », un *fondement*. La raison est celle-ci : l'argument « pour faire justice aux victimes » ne s'applique même pas à l'ensemble des peines minimales que l'on retrouve au Canada depuis le 19^e siècle. L'expression « ne s'applique pas » veut dire que nous n'avons pas trouvé empiriquement cet argument dans les débats parlementaires portant sur de projets de loi équivalents.

Une grille d'analyse fut créée à partir de quatre catégories distinctes provenant des questions de recherche. L'objectif des questions de recherche n'est pas de « forcer » les réponses à donner, mais bien d'orienter et guider notre attention lors de la lecture du discours parlementaire en fonction de thèmes précis. Par thème nous voulons dire « un ensemble de mots permettant de cerner ce qui est abordé dans l'extrait du corpus correspondant tout en fournissant des indications sur la teneur des propos » et ce qui distingue le thème de la catégorie est « le degré de généralité et le caractère plus ou moins dénotatif de l'appellation retenue. » (Paillé et Mucchielli, 2010 :170-171)

Quatre thèmes ont émergés des questions de recherche : les faits justificatifs, les fondements ayant justifié la trajectoire répressive de la suramende, la mobilisation qui est faite des droits de la personne et, finalement, une dernière catégorie fut ajoutée en cas d'incertitude lors de la classification des données empiriques.

Une pré-analyse du corpus a d'abord eu lieu afin de balayer le texte dans le but de cibler les thèmes récurrents au sein des débats. Différentes catégories sont ressorties de cette première lecture, soit celles rassemblant des éléments ayant des caractères communs sous un titre générique.

À partir des définitions fournies dans les chapitres théoriques (RPM/droits de la personne) et de recension des écrits (faits justificatifs/fondements), la classification des données du corpus a ensuite été effectuée à l'intérieur de la grille, selon notre interprétation des données, comme le recommande Bardin (1977). Au total, quatre grilles regroupant les mêmes catégories et les mêmes thèmes ont été créés, soit une pour chaque session du Comité. Au fil des différentes lectures du corpus, de nouveaux thèmes se sont ajoutées de façon à enrichir le contenu de notre grille d'analyse. Dans le cadre de cette recherche, les thèmes ressortis ont été ceux-ci :

Catégories	Fondements de la suramende		Faits justificatifs de la suramende		Droits de la personne		Incertitudes
	Extraits favorables	Extraits défavorables	Extraits favorables	Extraits défavorables	Extraits favorables	Extraits défavorables	
Objectifs du projet de loi							
Théories de la peine							
Médium des victimes							
Pouvoir discrétionnaire des tribunaux							

et principe de séparation des pouvoirs				
Programmes de rechange à la suramende				
Contexte socioéconomiq ue des justiciables				
Principe de la proportion nalité de la peine				
Principe de responsabilisat ion du délinquant				
Effets (recherchés ou non) de la suramende				

L'ensemble des discours politiques fut donc annoté et classé dans la grille d'analyse selon la catégorie et le thème auquel il se référerait dans le but de comprendre comment s'est opérationnalisé l'objet de notre recherche, soit la transformation de la suramende en peine minimale. Ce processus de codage consiste à coder une catégorie d'analyse à un «segment déterminé de contenu que le chercheur a décidé de retenir pour le faire entrer dans la grille d'analyse» (Robert et Bouillaguet, 1997 :30). Ce travail nous a permis, en outre, de déterminer quels faits justificatifs et quels fondements offrent un appui cognitif aux peines minimales, nous aidant ainsi à mieux saisir l'énigme de leur persistance. Il a également permis de comprendre de quelle façon les droits de la personne ont été mobilisés dans ce contexte.

Dans le cas des faits justificatifs, deux catégories récurrentes ont émergées du contexte afin de soutenir les changements législatifs apportés à la suramende compensatoire : «l'argument économique» et la construction du médium « droits des victimes». Pour ce qui est des fondements, nous avons observé « les théories de la peine», «l'actualisation de la RPM» et la construction du médium « responsabilisation» mainte fois nommée dans le cadre du projet de loi. Finalement, puisque le médium « droits des victimes» est considéré comme un fait justificatif «nouveau» et «appât de l'attention», le dernier thème englobe la description générale de la sémantique des droits de la personne, tant du point de vue *partisan* que *garantiste* afin de défendre ou soutenir la suramende.

Nous verrons, dans le chapitre analytique, comment chacun des arguments présentés est tombé dans l'une de ces deux catégories et le lien qu'il a avec les idées fournies par les contextes théoriques de la rationalité pénale moderne et la sémantique des droits de la personne. Les objectifs analytiques seront de comprendre comment ce «système d'idées ou de pensée» refuse de s'intéresser et demeure résistant aux alternatives possibles (dédommagement, réparation, peines alternatives) et comment certaines théories de la peine, considérées comme des fondements philosophiques et juridiques du système de droit criminel, sont mobilisées afin de soutenir des peines davantage sévères par leur durée (ou par leur montant) minimale et leur caractère obligatoire malgré les discours garantistes mis en place par la présence de la sémantique des droits de la personne.

Nous verrons, dans le chapitre suivant (analytique et empirique), les arguments qui ont présentés et les difficultés que cette distinction entre fondement et faits justificatifs nous a posées en raison du caractère atypique de notre « peine minimale ». Et nous verrons aussi comment la sémantique des droits de la personne a été mobilisée

CHAPITRE 5 :L'ANALYSE DES COMMUNICATIONS POLITIQUES AU SEIN DU DÉBAT SUR LE PROJET DE LOI C-37

Le présent chapitre présentera l'analyse des communications politiques qui ont eu lieu au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* dans le cadre de l'étude du projet de loi C-37 visant à modifier le dispositif du Code criminel portant sur la suramende compensatoire. L'analyse des données permettra de répondre à notre problème de recherche, soit celui de mieux comprendre les raisons données pour éliminer la discrétion judiciaire lors de l'imposition de la suramende et pour augmenter la valeur prévue pour cette peine et ce, en dépit de la présence de droits de la personne visant à assurer l'adéquation de la peine au cas concret.

Pour la présentation du matériel empirique, nous allons conserver dans ce chapitre la distinction initiale entre *faits justificatifs* et *fondements* (de la pratique généralisé de la peine minimale en Occident). Nous verrons que nous n'avons éprouvé aucune difficulté pour trouver explicitement des arguments qui se présentent sous la forme de « faits justificatifs ». En revanche, nous n'avons pas trouvé – au moins avec le même degré de clarté – des arguments concernant les *fondements* de cette « peine minimale ». Face à cette énigme, nous avons tenté de comprendre la raison de cette absence, au moins apparente, de « fondements » relevant des théories de la peine.

La première section (5.1) portera sur les raisons qui ont déterminé la présentation au Parlement du projet de loi C-37. Ces arguments ou « stimuli » seront observés comme étant de *faits justificatifs*. Dans la deuxième section (5.2), nous chercherons les arguments qui fondent la pratique généralisée de la peine minimale en droit criminel. Nous voulons tout particulièrement savoir si les objectifs ou finalités mis en place par les théories de la peine sont présents (ou non)

dans le discours des parlementaires. Notre question ici sera : est-ce que les théories de la peine, qui forment le discours dominant de la RPM et qui permettent de justifier et de légitimer la sévérité des peines, ont été évoquées dans le cadre du projet de loi C-37 ? Dans la dernière section (5.3), nous observerons de quelle façon les droits de la personne ont été mobilisés afin de *soutenir* ou de *résister* à la transformation de la peine et comment ils s'opérationnalisent dans les champs des communications politiques selon l'usage paradoxal (punitif ou humaniste) qui en est fait. Enfin, en guise de conclusion, nous ferons le point sur la distinction faits justificatifs/fondements dans le cadre de notre recherche empirique sur la suramende compensatoire. Nous soulignerons le rôle des droits de la personne (contribution ou obstacle) à l'approbation du présent projet de loi.

5.1 Les faits justificatifs

5.1.1 L'usage de l'argument économique à titre de fait justificatif au présent débat

Quelle a été la raison ou les raisons évoquées pour présenter ce projet de loi aux membres du Parlement? L'analyse des données empiriques nous a permis d'arriver à la conclusion que l'argument principal pour modifier le dispositif global de la suramende dans le Code criminel a été un constat concernant l'absence de fonds nécessaires pour les services d'aide aux victimes dans les provinces. C'est cela qui a provoqué la conversion de la suramende en une « peine minimale ». Pour des raisons qui seront davantage éclaircies seulement dans la conclusion, nous avons placé ici l'expression *peine minimale* entre guillemets. Signalons simplement dès maintenant que nous avons commencé cette recherche en employant le médium « peine minimale » pour observer cette modification législative et qu'il n'a pas été facile de se débarrasser de ce présupposé de départ. Pour mieux comprendre tout ce qui va suivre ainsi que

notre conclusion finale, nous allons distinguer de la manière la plus « neutre » possible trois aspects qui se trouvent étroitement jumelés et qui doivent être explicités avant de débiter. Pour bien réaliser cet exercice, nous allons décrire ces aspects sans employer des termes comme « peine minimale » ou « augmentation de la sévérité ».

Le premier aspect est le caractère *absolument contraignant et incontournable* de ce nouveau dispositif légal. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal est éliminé en ce qui concerne la décision portant sur la possibilité ou la non possibilité d'exiger la suramende en raison des conditions économiques du contrevenant. Nous ferons référence à cet aspect par l'expression « *dispositif obligatoire* ». Le deuxième aspect relève de l'*augmentation de la valeur* (ou du montant) de la suramende. Nous appellerons cela de « mesure d'augmentation de la suramende ». Le troisième aspect, étroitement attaché au premier, consiste dans l'obligation pour le tribunal de remplacer la suramende par une *autre sanction non orientée vers les victimes* en advenant l'hypothèse d'une incapacité financière de la payer de la part du contrevenant. Le juge est obligé de substituer une autre peine ou mesure non destinée au fonds des victimes à la suramende. Nous appellerons cet aspect « *mécanisme de remplacement* ». Les deux premiers aspects sont associés, dans la sémantique du droit criminel et de la criminologie, à la notion de « sévérité » et permettent à un observateur de parler d'*augmentation globale de la sévérité* lorsqu'il constate que le tribunal a perdu son pouvoir discrétionnaire lui permettant d'éviter d'appliquer une peine et qu'en plus la valeur de cette peine a augmenté. En matière criminelle, cette observation reste valable. Si le montant d'une amende ordinaire est augmenté, l'observateur peut se référer à cet événement en disant que « la peine d'amende est devenue plus sévère ». Notez cependant que l'expression « augmentation de la sévérité » ne s'appliquerait pas en matière administrative pour un événement réglementaire équivalent. Par exemple, si un gouvernement rend *absolument*

contraignant un péage pour traverser un pont ou prendre une autoroute et s'il *augmente* aussi le montant de ce péage, nous n'exprimons pas ce fait en disant « le gouvernement a augmenté la sévérité du péage ». Nous y reviendrons en conclusion.

Regardons d'abord comment un représentant du parti conservateur qui présente ce projet de loi justifie l'apparente nécessité de modifier la loi. La raison évoquée ici est de nature « fiscale » ou « financière » : les fonds provinciaux pour les services d'aide aux victimes de crimes ne disposent pas des ressources financières attendues lors de la création de la suramende en 1989 et la modification législative de 1999 n'a pas réussi à remédier ce « manque à gagner ». On arrivera alors à la conclusion que le droit criminel – par opposition, par exemple, au droit fiscal – doit faire alors quelque chose de plus pour obtenir cet argent et pour montrer aux victimes qu'elles sont importantes dans le cadre d'une procédure criminelle. Le Ministre de la justice semble justifier, à notre avis un peu trop rapidement, le fait d'éliminer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux par la notion d'uniformité dans les pénalités. Il indique aussi l'importance politique qu'il accorde au soutien des victimes, laissant sous-entendre que cela exige la suppression du pouvoir discrétionnaire.

«Il me semble que, d'abord, les dispositions du Code criminel concernant les pénalités doivent être appliquées de façon uniforme. Je crois que c'est fondamental. En outre, le renforcement de notre soutien aux victimes d'actes criminels et des services aux victimes va de soi et m'interpelle particulièrement, et je suis convaincu que la plupart des gens sont d'accord. C'est une bonne idée de contribuer aux programmes qui viennent en aide aux victimes d'actes criminels dans notre pays.» (M. Nicholson, Ministre de la Justice et procureur général du Canada, 23 octobre, 2012 :6)

Dans cette autre intervention, nous voyons le Ministre de la justice tenter d'attacher le projet de loi à l'idée de « rachat du contrevenant » ou de « contribution du contrevenant à la société » sans

montrer comment cette forme de rachat se distingue de celle de l'amende. En outre, l'idée de rachat ne justifie pas l'élimination de la discrétion judiciaire. Rappelons aussi que cette justification ne s'applique pas au mécanisme de remplacement de la suramende par une autre sanction. Cette justification est alors à la fois faible, insuffisante et non pertinente.

«C'est une *autre* façon pour le contrevenant de se racheter, de contribuer à la société, de reconnaître qu'il a infligé cette douleur à ses victimes et de tenter de se racheter. Ce n'est pas vraiment une question d'argent; c'est plutôt une façon de dire qu'il y a des conséquences et de permettre au contrevenant de commencer à contribuer. Le juge impose une pénalité, une peine d'emprisonnement ou une amende, et le contrevenant doit recommencer à contribuer à la société. La suramende compensatoire permet de rappeler que la situation est difficile non seulement pour la personne qui va en prison et qui souffre autant que sa famille, mais aussi pour les personnes qui ont souffert de ces actes.» (Rob Nicholson, Ministre de la justice, 23 octobre 2012 :5, nos italiques)

Les objectifs recherchés par le projet de loi sont aussi présentés par Madame Susan O'Sullivan, ombudsman⁹⁰ des victimes d'actes criminels. Regardons d'abord comment elle justifie le dispositif obligatoire (1er aspect de la réforme). Elle déplore la non application de la suramende et le fait qu'il n'y a pas de ressources financières suffisantes dans les fonds pour les victimes :

« Les modifications proposées dans le projet de loi C-37 pour doubler le montant de la suramende assureront un meilleur financement des services aux victimes et permettront aux contrevenants de réparer les torts qu'ils ont causés, en participant au financement de services qui aident les victimes à faire face à la situation et à aller de l'avant après un crime.»

Dans la deuxième citation de Mme O'Sullivan que nous présenterons, il y a deux formes de justifications qui se trouvent ensemble dans le même paragraphe. La première justification donne la raison pour *augmenter la valeur de la suramende* (2^e aspect de la réforme) : on cherche un meilleur financement pour

⁹⁰ L'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels a pour mandat de répondre aux plaintes des victimes, de fournir les renseignements nécessaires aux victimes afin de faciliter leurs accès aux services et de «sensibiliser le personnel de la justice et décideurs politiques des besoins et préoccupations des victimes » (CPJDP, 30 octobre 2012 : 1).

les services. Il manque encore de l'argent. La deuxième justification est hybride. D'une part, on veut « permettre » (c'est-à-dire, *contraindre*) les contrevenants à réparer les torts qu'ils ont causés en les faisant *participer au financement de services* destinés aux victimes (finalité financière) et, d'autre part, on veut permettre au contrevenant d'« aller de l'avant après un crime ». Cette raison reste en partie énigmatique. Elle paraît présupposer une dimension « thérapeutique » dans cette contrainte dans la mesure où le contrevenant fait quelque chose « pour la victime ». Mais cette raison ne s'applique pas à l'exigence du projet de loi de *remplacer* la suramende *par une autre sanction*. Car ce troisième aspect de la réforme n'a rien à avoir avec les victimes. Voici son intervention :

« Comme la suramende n'est habituellement pas infligée, les recettes qui pourraient être consacrées aux services provinciaux et territoriaux d'aide aux victimes sont inférieures à ce qui était prévu. Il est donc évident que la suramende n'atteint pas ses objectifs et qu'elle doit être améliorée.» (30 octobre 2012: 2)

Essayons de voir comment le processus de décision sera entamé et comment certaines questions importantes seront laissées de côté. Le prochain passage des débats communique que l'utilisation des fonds recueillis par la suramende a fait l'objet d'une gestion déficiente par les gouvernements provinciaux.

« En effet, les juges et les procureurs de la Couronne ontariens refusaient d'imposer la suramende simplement parce que ces fonds n'étaient pas attribués au fonds des victimes, mais versés au Trésor de la province de l'Ontario. L'argent n'était pas affecté directement aux victimes, ce qui ne mettait pas en confiance ces personnes.» (M. Côté du NDP, 30 octobre 2012 : 14)

Un représentant d'une association auprès des détenus attire aussi l'attention du comité sur les risques de créer des problèmes pour les pauvres et demande une étude plus réfléchie du problème avant d'approuver le présent projet de loi :

« Il est possible qu'il s'agisse là d'un fonds ciblé, mais avant de mettre en œuvre des changements qui vont nuire aux pauvres, il serait bon de savoir comment les provinces utilisent à l'heure actuelle les recettes provenant de la suramende compensatoire et si d'autres ressources demeurent également inutilisées. Les provinces obtiennent aussi des recettes à partir des suramendes associées aux infractions provinciales.»⁹¹ (Mme Latimer de la Société John Howard du Canada, 30 octobre 2012 :9)

En observant un déficit dans les recettes d'un programme préalablement implanté, l'observateur constate qu'il « n'atteint pas ses objectifs » et qu'il doit être amélioré. On ne va pas investiguer à *fond* les raisons de cette déception concernant les résultats financiers. Par exemple, on ne va pas se demander si les juges ont ou non des bonnes raisons pour ne pas appliquer la suramende. Et tel que mentionné précédemment, les juges ne donnent que rarement les raisons pour justifier la non-imposition de la suramende. Plutôt que de se soucier de cette problématique en se tournant vers d'autres alternatives possibles, la solution expéditive qui a été trouvée a été celle de doubler le montant de la suramende et de la rendre contraignante pour les tribunaux. Il aurait été important de consulter au préalable les acteurs judiciaires afin de comprendre les motifs de leurs décisions de ne pas imposer la suramende. Les parlementaires ne demanderont pas non plus s'il y a d'autres manières de combler le financement des services aux victimes *sans empiéter sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux*. Par exemple, à travers la réallocation d'une partie des valeurs des amendes ou encore, par l'entremise de la déclaration de revenus des contrevenants lorsque cela est économiquement viable pour eux. Dans ce dernier cas, la suramende ne serait pas collectée par les tribunaux criminels, mais ultérieurement dans les déclarations de revenus.

Dit autrement, le gouvernement aurait pu offrir un meilleur financement des services offerts aux

⁹¹ Précédemment, madame Latimer de la Société John Howard affirmait qu'« Il est également possible de se poser certaines questions au sujet de la nécessité d'augmenter les fonds destinés aux services provinciaux aux victimes. L'évaluation de la stratégie fédérale d'aide aux victimes, affichée sur le site Web du ministère de la Justice, montre que le volet provinces et territoires du fonds est gravement sous-utilisé. Le tableau 7 montre que sur les 16 millions de dollars prévus, les provinces utilisent 3 millions de dollars, ce qui laisse un montant de 13 millions de dollars qui demeure inutilisé.» (30 octobre 2012 : 8)

victimes sans compromettre l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux (par l'absence d'individualisation de la peine et de la prise en compte du portrait socioéconomique du délinquant) et sans compromettre les droits universaux de la personne.

Nous savons aussi que le système politique avait aussi déjà pris connaissance du fait que les opérateurs du système de droit se méfiaient de la véritable finalité de ce programme de suramende. Et cette information est à la fois jugée « importante » et confirmée par un parlementaire dans le cadre des travaux du Comité :

« Lors de nos travaux, une étude ontarienne datant de 1994 nous a aussi appris que les juges et les procureurs de la Couronne refusaient d'imposer la suramende compensatoire parce qu'ils n'avaient pas l'assurance que cet argent était vraiment alloué aux victimes, mais qu'il était versé au fonds consolidé de la province. C'était quand même un problème important.»
(M. Côté, Nouveau Parti Démocrate, 1er novembre 2012 : 8)

Et, ce même parlementaire fait aussi la remarque suivante :

«Au-delà de la perception des sommes pour la suramende compensatoire, il est des plus importants de considérer leur utilisation. Lors de nos travaux cette semaine, nous avons appris que, malheureusement, la majorité de ces fonds n'étaient pas utilisés par les provinces et qu'ils tombaient en désuétude.» (1er novembre 2012 : 8)

Ces deux problèmes – argent du fonds des victimes détourné par les gouvernements provinciaux et perception (apparemment correcte) des opérateurs du droit – ont été signalés dans le comité, mais n'ont eu aucune influence sur la réforme malgré leur importance. Cette forme de « négligence politique » ouvre sans doute la voie à différentes interprétations. Ce que nous pouvons dire, en s'appuyant sur nos observations empiriques, c'est qu'autant le parti conservateur que les représentants des mouvements des victimes continuent d'être intéressés par le projet, tel qu'il a été formulé, en dépit du fait que cet argent semble remplir une autre finalité.

Le représentant des victimes porte son attention sur le fait que « peu d'argent est ramassé », et c'est cela qui compte :

« Des études faites en 1992 et en 1999 ont révélé que seulement 15 p. 100 des suramendes compensatoires étaient imposées et que seulement 2,7 p. 100 étaient réellement recueillies. C'est trop peu. Les victimes ont besoin de la suramende compensatoire pour bénéficier de services de qualité qui leur sont destinés. » (Vice-président de l'Association des familles de personnes assassinées ou disparues, 25 octobre, 2012 :6)

Le parti conservateur, quant à lui, laisse entendre que l'augmentation de la valeur de la suramende peut « compenser » la part de détournement des fonds par les provinces. Remarquez que, dans cette intervention, *l'augmentation du montant de la suramende n'est pas justifiée comme une augmentation de la sévérité de la peine*. La « finalité » de l'augmentation ne semble pas être la plus ou moins grande sévérité de la peine, mais la volonté [fiscale, financière] d'obtenir des fonds pour les programmes d'aide aux victimes :

« En augmentant la suramende compensatoire et en la rendant obligatoire dans tous les cas, le projet de loi C-37 aura pour effet d'augmenter les fonds envoyés aux provinces dans le but d'améliorer les services offerts aux victimes dans l'ensemble du pays. » (M. Albas du PCC, 30 octobre, 2012 :6)

Ces extraits démontrent, avant tout, un certain « laisser aller » au niveau de l'examen du problème et une volonté politique d'insister sur cette voie en dépit des problèmes pragmatiques et juridiques envisagés et anticipés.

On voit émerger une sorte d'« automatisme » consistant à pousser la solution vers l'avant. Ce qui reste étonnant, c'est que les autres partis politiques n'iront pas davantage s'opposer fermement à la forme actuelle du projet, même après avoir signalé les problèmes dans les travaux du comité. Le prochain extrait illustre « l'opposition molle » que les autres partis offriront à ce projet. Par

« opposition molle », nous désignons une opposition qui est « indiquée » mais qui ne se traduit pas dans une *décision* d'opposition (comme une contreproposition conditionnelle ou un vote « contre », par exemple) :

« Je pense que nous tous ici, dans cette salle, sommes favorables à ce que les victimes soient indemnisées correctement. Ce projet de loi est peut-être un pas dans la bonne direction. En même temps, il faut s'assurer qu'on ne crée pas d'autres problèmes en adoptant le projet de loi.» (Mme Boivin du NPD, 23 octobre, 2012 : 3)

Le même style de prise de position a été observé en ce qui concerne le parti libéral. L'extrait ci-dessous laisse entendre, ce qui nous paraît exact, qu'il y a une différence entre, d'une part, le fait d'« avoir de la compassion pour les victimes » ou d'être en faveur d'un programme d'aide aux victimes et, d'autre part, le fait d'être en faveur de la manière par laquelle ce projet de loi a été rédigé. Cependant, cette réserve ne se traduira pas par une objection ferme au projet tel que rédigé :

«Peu importe à quel parti nous appartenons, nous avons tous la même compassion pour les victimes. Cependant, il y a peut-être des différences de point de vue en ce qui a trait à l'application de mesures et à ce que l'on doit faire.» (Monsieur Coderre du Parti libéral, 25 octobre, 2012 :7)

Le prochain extrait de l'ombudsman *des victimes* d'actes criminels démontre que l'attention est déplacée vers « la négligence » ou « la désobéissance » du juge qui refuse de l'imposer dans tous les cas, ce qui justifie la démarche politique d'intervenir dans le champ de prérogatives du système de droit compte tenu du faible taux d'imposition de la suramende.

«L'insuffisance des fonds que devrait générer la suramende pour financer des programmes et des services pour les victimes contribue peut-être à ces obstacles. La suramende vise à s'appliquer automatiquement, mais le juge chargé de la détermination de la peine renonce

régulièrement à l'infliger, souvent sans qu'il lui soit démontré qu'elle causerait un préjudice injustifié au contrevenant.

[...]

Comme la suramende n'est habituellement pas infligée, les recettes qui pourraient être consacrées aux services provinciaux et territoriaux d'aide aux victimes sont inférieures à ce qui était prévu. Il est donc évident que la suramende n'atteint pas ses objectifs et qu'elle doit être améliorée.» (Mme O'Sullivan, ombudsman fédérale des victimes d'actes criminels, 30 octobre, 2012 : 2)

Pendant le déroulement des débats parlementaires, certains députés se sont rendu compte de ce « déroutement politique » et ont proposé des étapes préalables afin de trouver une meilleure solution au problème. Comme nous le savons déjà, cette démarche plus réflexive tenant compte du respect du champ de prérogatives du système de droit ne sera pas adoptée.

Dans l'extrait suivant, on constate bien que l'image véhiculée est qu'il *va de soi* que l'argent amassé par la suramende et dirigé vers un fonds spécial administré par les provinces et territoires afin de répondre aux besoins spécifiques des victimes soit fourni par les contrevenants plutôt que par «les honnêtes contribuables» : « Les Canadiens respectueux de la loi ne devraient pas être les seuls à financer les services aux victimes; tous ceux qui font des victimes doivent assumer cette responsabilité.» (M. Nicholson du PCC, 23 octobre, 2012 : 3) Cette «formule politiquement gagnante» vient ici justifier une sorte de « loi du moindre effort » ou une sorte d'indifférence à l'égard des droits universaux de la personne. En plus, l'argument justificatif fourni paraît s'adresser plus à l'électorat qu'au problème comme tel :

« Nous croyons vraiment que le contribuable ne devrait pas se voir imposer la charge de fournir des services aux victimes quand le contrevenant a effectivement commis ces crimes. Nous sommes plus à l'aise avec le fait que l'argent provient de l'imposition d'une suramende,

d'une suramende imposée aux criminels ou les deux» (Mme Rosenfeldt des Victimes de violence, 1^{er} novembre 2012 : 4).

Ce même argument est assorti parfois d'un manque d'attention redoutable au problème discuté. Certains représentants des victimes vont, par exemple, justifier la solution envisagée en présumant qu'elle s'adresse exclusivement aux « crimes graves », alors que ce n'est pas dans tous les cas :

«Il est normal qu'un criminel qui a tué, violé, mutilé ou agressé une autre personne apporte sa contribution aux services aux victimes. Plus les criminels paieront, moins les contribuables honnêtes auront à payer pour ces services. De plus, on peut responsabiliser le criminel à l'égard de ses crimes.» (M. Serre de l'Association des familles de personnes assassinées ou disparues, 25 octobre 2012 :6)

Ces passages démontrent qu'à certains moments, on vient même utiliser une distinction erronée entre le contribuable et le contrevenant, alors que l'accusé est tout autant contribuable que d'autres citoyens ou que la victime. On observe, encore une fois, l'emphase mise sur la distinction qui existe entre la représentation du «criminel» et de la «victime-honnête citoyen» par l'intermédiaire de différentes formes. Cette relation irréconciliable entre condamné et victime empêche de voir que les droits des « victimes » ne peuvent pas empiéter sur les droits universaux de toute personne. En somme, l'argument économique causé par le manque de fonds monétaires pour les victimes étant donné la non-imposition de la suramende par le judiciaire dans plusieurs situations apparaît comme un fait justificatif majeur dans ce débat. Précisons maintenant l'importance accordée aux «droits des victimes » dans le contenu empirique.

5.1.2 L'usage du médium des «droits des victimes» comme fait justificatif

Cette section présentera les rapports qui existent entre les droits des justiciables et ceux des victimes et l'importance qui est accordée à ces derniers. Il importe, avant tout, de décrire la conception qui est faite du médium « droits des victimes » à titre de fait justificatif.

En effet, comme le démontrent les données de notre empirie, la reconnaissance des droits des victimes a créé, entre autres choses, une forme d'effervescence autour de cette logique de réduire les droits du contrevenant au profit des droits des victimes puisque les deux ne semblent pas pouvoir bénéficier de droits d'une manière compatible ou, du moins, non « hydraulique ». Dans les travaux du *Comité*, le présupposé est que les droits des victimes sont en quelque sorte « illimités » *par les droits de la personne* parce qu'il y a eu un crime. Par exemple, il est évident que la victime d'un crime – ou d'un tort en droit civil – a droit à la réparation la plus complète possible dans les circonstances. Mais il est également évident que les responsables des crimes et des torts peuvent se trouver dans des circonstances où cette réparation n'est pas possible et ne doit pas être convertie dans une *peine d'un autre genre* en raison des limites exigées par les droits de la personne. C'est ce « seuil limite » aux droits des victimes qui ne sera pas observé. C'est la fragilisation de cette « partie des droits du justiciable » qui est intégrée, pour ainsi dire, aux « droits universaux de la personne » et qui est en cause ici. En effet, l'analyse de notre matériel empirique nous permet d'observer que le débat au sein du *Comité* se fait plus souvent qu'autrement en opposant les droits des victimes (valorisés) aux droits des personnes accusées⁹²

⁹² Nous entendons par « droits des personnes accusées » le fait que la suramende compensatoire peut porter préjudice au délinquant lors de son application compte tenu de l'absence d'individualisation de la peine. Elle va également à l'encontre de l'article de 12 de la Charte puisqu'elle peut constituer une peine cruelle et inusitée lors de son application. Ces droits du justiciable seront davantage abordés dans la section 5.3. Pour l'instant, attardons-nous aux droits des victimes.

(dévalorisés). Même les victimes sont mises au profit dans le cadre de cette logique hydraulique où les droits d'un groupe sont observés comme une soustraction aux droits de l'autre groupe :

« En tant que victime, je suis soulagée de constater que le gouvernement actuel met en place des mesures législatives visant à corriger le déséquilibre historique entre les droits des victimes et les droits des criminels. Il a le courage politique de légiférer afin de responsabiliser les auteurs des crimes envers leurs victimes.» (Mme Jong, victime, 25 octobre 2012 : 5)

On voit aussi que les témoignages des victimes devant le comité renforcent cette représentation que la seule limite aux droits des victimes est le dommage qu'elles ont subi. Ils vont insister sur cette idée que « les criminels doivent prendre conscience du tort qu'ils causent» et que « leurs actes volontaires font de nous des victimes, donc ils devraient payer pour cela.» (Mme Jong, victime, 25 octobre, 2012 : 7) Madame Harvey, présidente et cofondatrice de l'Association *Canadian Parents of Murdered Children and Survivors of Homicide Victims Inc.* appuie le besoin de punir sans tenir compte des droits de l'accusé:

« Je veux surtout insister aujourd'hui sur la nécessité de supprimer cette possibilité de renoncer à l'application de la suramende sous prétexte qu'elle causerait un préjudice injustifié au contrevenant. [...] Quels sont les préjudices financiers injustifiés pour nous, les victimes? » (25 octobre, 2012 :11)

On constate également, et ceci est très important pour notre analyse de ce projet, que les parlementaires ne considèrent pas suffisamment sérieuse la décision de *supprimer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux* lors de l'application de peines en fonction des droits universaux de la personne. En effet, on laisse entendre que le problème éventuel posé par cette suppression peut ou doit être remédié au niveau de programmes politiques de rechange au non paiement de l'amende :

« La suppression du pouvoir des juges de ne pas imposer la suramende lorsqu'elle entraînerait des difficultés financières aura de lourdes conséquences pour les pauvres, les malades mentaux et les marginaux. Il est parfois possible de participer à un programme de solution de rechange à l'amende, mais ces programmes ne sont pas offerts partout et de nombreuses personnes ne peuvent, pour des raisons dues à leur âge, à l'ETCAF, à des questions de santé mentale et à d'autres problèmes, suivre jusqu'à la fin ces programmes.» (Mme Latimer de la Société John Howard du Canada, 30 octobre, 2012 : 8)

« Toutefois, mon inquiétude est qu'en enlevant l'aspect discrétionnaire de ce pouvoir, on se retrouve avec des contestations. En fait, ce ne sont pas toutes les provinces, ni tous les territoires, qui ont des programmes qui permettent à l'accusé de payer et de s'inscrire à un programme de travail ou de travaux compensatoires. Ce ne sont pas toutes les provinces qui vont retenir le permis de conduire jusqu'à ce que l'amende soit payée.» (Mme Boivin du NPD, 30 octobre, 2012: 2).

La promotion des « droits de la victime » apparaît comme une sorte de droit à l'imposition d'une plus grande sévérité au coupable et ceci prend la forme d'un droit de la personne au détriment d'une autre personne (Pires, 2001 : 200-201).

Les acteurs politiques semblent devenir ici porte-paroles d'une représentation particulière des «victimes », celle de la « victime créancière ». On constate alors un déséquilibre important entre les droits des victimes et ceux de l'infracteur lorsqu'ils se croisent dans notre justice de manière imprévue (Garcia, 2015a; 2015b).

Dans le cadre de la conjoncture actuelle, il est important de reprendre ici les remarques de Garcia (2010 : XIV) qui s'appuie aussi sur des observations faites par Salas. Garcia considère que le développement du «populisme punitif» et l'invention d'une «société de victimes» sont responsables d'une « mutation de la sémantique des droits de la personne qui serait passée de

limite au droit de punir à nouvelle source du pouvoir de punir.» Et Schabas exprime pour sa part certaines craintes face à ce soudain intérêt pour les victimes:

« En favorisant le droit des victimes, y compris leur participation au procès, en encourageant un déroulement rapide et efficace dans le but d’obtenir une condamnation et en demandant des peines lourdes au nom de la rétribution (‘‘les victimes la réclament’’) et de la dissuasion, le système de protection des droits de l’homme en vient rapidement à contredire certains de ses principes fondamentaux (Schabas, 2002 : 189-181).

À d’autres moments, on observe des discours purement rhétoriques en faveur du projet de loi dans sa forme actuelle. Le plus important cependant est de remarquer que la solution est systématiquement observée en termes hydrauliques, en termes de polarisation entre deux groupes, ce qui empêche de voir le fait que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne doit pas être éliminé lorsqu’il est question de limiter les peines en fonction des droits universaux des personnes :

« Si j’ai bien compris, s’agit-il d’une tentative d’équilibrer le système en faveur des victimes? Il existe des solutions pour les aider, pour que les contrevenants assument les coûts de la criminalité. D’après la dernière étude, les coûts de la criminalité étaient de 99,6 milliards de dollars, et, fait surprenant, 83 p. 100 de ces coûts étaient assumés par les victimes. Selon vous, est-ce qu’on tente d’équilibrer le système en faveur des victimes victimes d’actes criminels? (M. Goguen du Parti conservateur, 23 octobre 2012 : 5).

On peut voir par ces extraits comment le thème des « victimes » a donné lieu à un glissement vers l’acceptation d’un projet de loi qui interfère dans le champ de prérogatives des procureurs et des juges.

Pour conclure, si nous examinons les *motifs de premier plan* pour la présentation de ce projet de loi au Parlement tels qu'ils ont été exposés dans les débats du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (CPJDP) du Parlement canadien, deux motifs ont ressortis très clairement. Le premier motif était d'ordre financier ou fiscal et paraît avoir été le motif principal à la base de ce projet : une déception concernant le montant d'argent ramassé par les tribunaux ou transféré par les gouvernements provinciaux aux services d'aide aux victimes à partir du mécanisme de suramende créé précédemment. Les raisons de cette déception ne seront pas investiguées à fond, comme nous avons pu les constater. On demeure sans savoir précisément comment les gouvernements provinciaux ont géré ces fonds et aussi sans savoir précisément pour quelles raisons les tribunaux n'ont pas mis davantage en application ce dispositif. Est-ce parce qu'ils voyaient cette forme de prélèvement d'argent comme une taxe fiscale destinée à d'autres fins que les services aux victimes ? Est-ce parce qu'ils voyaient un grand nombre de justiciables comme incapables de payer la suramende ? Parce qu'ils considéraient la suramende comme une forme d'aggravation indue des peines alors que les services d'aide aux victimes pouvaient être financés par le fonds des amendes déjà prélevées ? Le *Comité des droits de la personne* ne va pas s'intéresser à cette question, même si elle affecte les droits des justiciables en aggravant leurs peines. Le deuxième motif est d'ordre politique et fait écho à la conjoncture actuelle où un ensemble de circonstances amènent à une prise en compte des victimes d'actes criminels d'une quelconque façon. Le *Comité des droits de la personne* se sent concerné par les droits de la personne « victime » et ne réussit pas à observer les « droits universaux de la personne » qui nécessitent l'exercice de la discrétion judiciaire. En effet, les droits de la personne ne sont pas observés comme des droits *universaux* de la personne, mais comme des droits *partisans* construits *par opposition* à d'autres droits également conçus comme *partisans* (Garcia,

2010). Comme les détenus « doivent être » responsabilisés par rapport aux victimes – le titre du projet de loi C-37, *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* est à cet égard suggestif – aucun problème concernant la viabilité financière de certains contrevenants pour payer la suramende n'est vraiment pris en ligne de compte dans la réflexion du comité. Cette première section nous a surtout permis de voir comment la déception concernant les attentes financières autour de la suramende ont joué un rôle de justification du projet. Dans la prochaine section, nous chercherons «les fondements philosophico-politiques et juridiques» (Machado et Pires, 2010) de la suramende compensatoire, c'est-à-dire «les idées qui valorisent et légitiment l'infliction de la souffrance intentionnelle» (*Ibid.*).

5.2 La recherche des fondements de la suramende compensatoire

5.2.1 Sur la justification de la « peine minimale »

Comme nous allons le voir au cours de cette section, les théories de la peine (particulièrement la théorie rétributiviste et celles de la dissuasion et de la dénonciation) ne seront pas *explicitement* mises en relation avec le mécanisme législatif de la « peine minimale ». Ce mécanisme fait partie des « habitudes parlementaires » et sa légitimité est largement prise pour acquise. En dépit de sa contestation par un grand nombre de commissions canadiennes de réforme du droit, cette structure de peine a été utilisée à plusieurs reprises depuis l'abolition de la peine de mort au Canada par le Parlement et particulièrement sous l'ancien gouvernement conservateur sans susciter de réserves particulièrement fortes. Il faut aussi se rappeler que même la Cour suprême a régulièrement réaffirmé sa validité de principe, et ce même lorsqu'elle a invalidé certaines peines minimales spécifiques. Malgré les opportunités qu'elle a eu, elle n'a même pas invalidé les trois situations où les tribunaux ne disposaient d'aucune option et ont été obligés

politiquement d'imposer une peine perpétuelle (meurtre au premier et deuxième degré et haute trahison). Il faut ajouter néanmoins que la légitimation *convergente* de ce mécanisme a été obtenue et maintenue en très grande partie par l'entremise des théories de la peine et par la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu au 18^e siècle qui n'attribuait aucune importance au pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de détermination de la peine (Machado et Pires, 2010).

En outre, remarquons qu'il est très difficile de visualiser par des extraits de citations tirés d'un débat parlementaire une pratique qui est prise pour acquise. Car ce qui est pris pour acquis passe usuellement sous silence. En effet, lorsque le mécanisme en tant que tel ne fait pas l'objet d'une contestation frontale (indépendamment du contenu du projet), il a peu de chances de donner lieu à une justification. Cela devient superflu. Il s'agit, en d'autres mots, d'une routine cognitive «latente» qui, bien que présente, peut s'avérer difficilement observable. Or, dans le cas que nous examinons, la peine minimale en tant que telle n'a pas été placée au centre de l'attention du *Comité*. Et la pertinence d'un mécanisme de remplacement de la suramende par une autre sanction restera un des grands points de cécité dans ce débat. Son attention spéciale était tournée vers le contenu du projet de loi C-37 et vers les « droits des victimes » à recevoir une aide financière « venant des infracteurs ». Ce fait justificatif va légitimer la suramende et les théories de la peine vont légitimer le mécanisme de la peine minimale obligatoire ainsi que le mécanisme de remplacement de la suramende.

En dépit de la difficulté à visualiser, par l'entremise de citations, un mécanisme qui est pris pour acquis et qui n'est pas contesté, nous croyons que ce débat nous offre quelques possibilités pour montrer, du moins de façon approximative, la présence en arrière-plan des théories de la peine. Par exemple, les représentants politiques étaient conscients que ce projet allait imposer aux juges

une pratique d'aggravation de peines de nature contraignante et que cela pourrait être une source de problèmes en ce qui a trait aux droits des contrevenants. Mais plutôt que de créer une clause d'exemption législative pour permettre aux tribunaux de respecter les droits universaux de la personne, le comité va attribuer aux juges la responsabilité de trouver une manière de respecter les droits sans libérer ces derniers du paiement de la suramende ou de l'imposition d'une sanction additionnelle de remplacement. À notre sens, ceci montre jusqu'à quel point les limites contraignantes imposées aux juges découlent des théories de la peine et sont prises pour acquies. Dans l'extrait suivant, on peut voir comment une des intervenantes du Ministère de la Justice prend explicitement pour acquis le fait que ce projet est en accord avec les théories de la peine et le fait qu'il revient au juge de compenser éventuellement l'imposition de la suramende (ou de la sanction de remplacement) dans le calcul global de la peine :

« Nous croyons que ces modifications sont de prérogative fédérale en matière de droit pénal dans le cadre du processus de détermination de la peine. Nous estimons qu'elles sont en accord avec les principes de détermination de la peine et de dissuasion du public en particulier et qu'elles respectent également le principe de la totalité de la peine.» (Mme Arnott du Centre de la politique concernant les victimes du ministère de la Justice, 23 octobre, 2012 : 11)

Le prochain extrait montre que l'importance de la discrétion judiciaire a été soulevée pendant les débats par monsieur Cotler du Parti libéral. Il va défendre clairement la possibilité d'exception pour les contrevenants n'ayant pas la capacité de payer, mais cette intervention ne produira pas des demandes de modification du projet de la part du *Comité*. On remarquera aussi que la théorie de la dénonciation est mobilisée pour le justifier :

«Pour dire les choses simplement, monsieur le président, le projet de loi C-37 veut rendre obligatoire le paiement de la suramende compensatoire, ce que nous appuyons, tout en supprimant la défense du préjudice indu. Cet amendement cadre avec l'intention du

gouvernement d'imposer la suramende, mais en suspend le recouvrement lorsqu'il en résulte des préjudices indus. Nous n'essayons pas ici de remplacer la défense du préjudice indu. Il va donc dans le sens des objectifs visés par le gouvernement en reconnaissant la pertinence d'une suramende et les fins connexes de la dénonciation, tout en permettant à un tribunal de tenir compte des préjudices financiers pouvant découler de l'obligation de paiement immédiat d'une amende.» (M. Cotler, Parti libéral, 1^{er} novembre 2012 :10)

En somme, l'analyse du corpus empirique démontre que les théories classiques de la peine n'apparaissent pas aussi solidement que prévu au sein des débats portant sur la suramende compensatoire. Il faut cependant reconnaître qu'on ne réussit pas à légitimer de manière forte et convaincante l'abolition de la discrétion judiciaire exclusivement par l'obligation des contrevenants à contribuer au financement d'un fonds d'aide aux victimes.

5.2.2 La construction du médium «responsabilisation»

L'analyse du débat parlementaire tenu au sein du *Comité permanent de justice et des droits de la personne* montre que le projet de loi C-37 s'appuie fortement sur le besoin de «responsabiliser»⁹³ le délinquant quant aux gestes commis afin de justifier les modifications répressives voulant être apportées à la loi déjà existante. Comment a-t-on construit cette justification de punir davantage en fonction du médium «responsabilisation» et comment ce terme va-t-il être défini?

Dans la littérature criminologique et juridique, le médium «responsabilisation » est défini d'une manière globale comme « un assujettissement à l'obligation de remplir un devoir, qu'il s'agisse de l'exigence de réparation des dommages et préjudices causés, qu'il s'agisse de la charge d'endurer et d'assumer activement toutes les fonctions dévolues à la peine.» (Kinable cité dans Digneffe et Moreau, 2006 : 43-46) Dans notre cas de figure, la notion de responsabilité véhicule l'idée qu'il faut cibler un coupable de l'infraction et lui amener à « réparer le dommage à travers

⁹³ Selon Digneffe et Moreau (2006 :21), la responsabilité revient aux « croyances par où (la) punition se motive dans l'individu» et « les institutions par quoi elle passe à l'acte dans le groupe».

une attitude accusatoire dont l'horizon, tourné vers le passé, est la sanction. » (Delends-Ravier, cité dans Digneffe et Moreau, 2006 : 263) On remarque que le sens de ce terme diffère selon le système de réception qui le traite. Le terme « responsabilité » peut être lié à une justice des mineurs, ou encore, à une capacité de poser une action pour une personne atteinte d'un trouble mental : « le sens du mot responsabilité se modifie et se construit autrement quand nous passons d'un système à l'autre. » (Pires cité dans Digneffe et Moreau, 2006 : 218).

Il est alors intéressant d'observer comment les communications politiques que nous avons analysées construisent et définissent le sens de ce médium. On peut voir alors que les parlementaires ne se responsabiliseront pas par leur façon de responsabiliser les contrevenants. Cette façon de « responsabiliser » va passer par l'élimination de la discrétion judiciaire, la seule en mesure de pouvoir évaluer la capacité du contrevenant à pouvoir payer ou non une amende. La principale implication de cette façon d'observer et de procéder – c'est-à-dire, son « coût social » - c'est qu'elle exclut la responsabilité des autorités envers le respect des droits de la personne et envers les conditions socioéconomiques des condamnés. La remarque de l'extrait suivant n'est pas en soi fausse, mais elle est aveugle à sa manière inconditionnelle de responsabiliser les contrevenants. Ceci est un « effet » de la rationalité pénale moderne et des théories de la peine :

« Il ne faut pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de la suramende compensatoire, qui est de responsabiliser les délinquants à l'égard de leurs victimes. Cela est tout à fait approprié et conforme aux principes de détermination de la peine énoncés dans le Code criminel, qui mentionnent spécifiquement le fait de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants et d'assurer la réparation des torts causés aux victimes. » (M. Nicholson, ministre de la Justice et procureur général du Canada, 23 octobre, 2012 :1)

Notre empirie nous permet aussi de voir que cette manière de « responsabiliser » ne trouve pas aisément ses propres limites. Elle a tendance à rester « insatisfaite » et à vouloir de temps à autre augmenter la sévérité à la saveur de la conjoncture.

Le prochain extrait du Ministre de la justice valorise l'augmentation du montant minimal de la suramende par la dimension afflictive de la peine, ce qui est une des caractéristiques des théories de la peine. À son avis, le montant doit être significatif afin que l'individu prenne conscience de ce qu'il a fait. L'augmentation de la sévérité de la peine est alors justifiée ici non seulement par la nécessité de « mettre à jour » la valeur de la suramende depuis l'an 2000, mais aussi par le besoin de conscientiser les délinquants face au geste commis. Le sens donné au terme «réhabilitation» ici fonctionne, en plus, comme un mécanisme de « confort moral » pour le décideur dans le cadre d'un choix politique répressif. L'aggravation des peines devient une pratique de politique législative banalisée en ce sens :

« Ce serait la première augmentation du montant de la suramende compensatoire depuis l'an 2000, date de la dernière modification de la disposition. Si l'on veut s'assurer que les délinquants prennent conscience de leurs responsabilités à l'égard des victimes auxquelles ils ont causé un préjudice, il faut que le montant de la suramende compensatoire soit significatif.» (M. Nicholson, ministre de la Justice et procureur général du Canada, 23 octobre 2012 :2)

M. Serre, vice-président de l'*Association des familles de personnes assassinées ou disparues*, soutient aussi que le fait « qu'un criminel paie une certaine somme d'argent constitue un pas vers sa réhabilitation.» (25 octobre, 2012 :6)

Dans l'extrait suivant, un représentant du Parti libéral fait une nouvelle objection au projet. Cette objection sert à visualiser l'emprise de la rationalité pénale moderne dans le cadre de ce débat. Ce député demande au comité de tenir compte de la réhabilitation du contrevenant. Il semble

considérer que le projet de loi ne tient pas suffisamment compte de cette dimension dans la mesure où il élimine la discrétion judiciaire. Son intervention, hélas, n'est pas suffisamment claire, mais il semble se demander ceci : jusqu'à quel point la peine doit-elle exprimer la sévérité afin de responsabiliser le délinquant? Si notre interprétation est correcte, cette intervention met en doute alors le principe selon lequel il faut faire appel aux peines plus sévères afin de rendre justice par la responsabilisation. Cette intervention se heurte néanmoins contre un « pris pour acquis » qui est trop puissant et elle ne va pas modifier l'orientation autoritaire du projet. Voici cet extrait :

« Il faut penser aussi à la réhabilitation. Peut-on faire de la réhabilitation dans un environnement tout en protégeant et en aidant les victimes? C'est la question que je me pose. C'est la première étape, selon moi.

Je vois qu'on veut doubler la suramende. On prétend que cela va rendre plus responsable celui qui a commis la faute et qui est condamné. Pourquoi ne pas tripler, quadrupler ou quintupler la suramende? Qu'est-ce qui est suffisant?» (Monsieur Coderre du Parti libéral, 25 octobre, 2012 :7)

Le contenu des débats démontre d'une certaine façon la nécessité (ou l'obligation pour les autorités) de recourir à des peines encore plus sévères afin de responsabiliser efficacement le délinquant face à sa victime. On ne parle pas seulement d'amener le coupable à contribuer à la réparation des torts commis à l'endroit de la victime par l'entremise de la suramende, mais bien «à le faire payer» (au sens de souffrir) pour le geste qu'il a commis.

Dans les deux extraits suivants, une victime (parlant implicitement au nom des autres) et un représentant du mouvement des victimes vont justifier l'augmentation de la valeur de la suramende :

«C'est un pas important dans la bonne direction, parce que les criminels doivent prendre conscience du tort qu'ils causent. Ils le savent peut-être, mais, en ce moment, ils n'ont qu'une peine d'emprisonnement ou de travaux communautaires. Pour les victimes, il ne semble pas juste que le criminel aille simplement en prison alors que nous souffrons du choix qu'il a fait. Le criminel a expressément commis un crime.» (Mme Jong, victime, 25 octobre 2012 :7)

«Pour ce qui est de l'amende, ce n'est pas un montant de 200 \$ qui va changer ma vie. Cependant, le fait de savoir que le criminel va contribuer à réparer les dommages qu'il a causés est, sur le plan psychologique, un grand pas dans la bonne direction.» (M. Surprenant de l'Association des familles de personnes assassinées ou disparues, 25 octobre 2012 :8)

On constate que l'objectif n'est plus seulement d'augmenter le fond des victimes, mais également d'imposer davantage de sévérité à la peine pour plaire aux victimes sous prétexte de «responsabiliser» les criminels.

5.2.3 L'actualisation de la RPM

Dans cette recherche, nous sommes partis de l'hypothèse que les théories de la peine allaient jouer un rôle majeur et explicite pour fonder l'ensemble des modifications proposées par le projet de loi sous étude. Cette hypothèse doit être modifiée à certains égards et reconstruite sur d'autres aspects.

Ainsi, l'augmentation de la valeur de la suramende a été motivée par des considérations d'ordre fiscal : on ne voulait pas utiliser le fonds des amendes régulières et on regrettait l'insuffisance du montant ramassé par le mécanisme de la suramende. Le mouvement des victimes faisait également beaucoup de pression pour améliorer les services aux victimes et pour augmenter la valeur de la suramende. Les objectifs de dissuasion, de rétribution et de dénonciation ne sont pas alors au centre de cette opération et ne peuvent pas la fonder. Comme il s'agit ici d'une amende *atypique* dirigée aux victimes, le fait justificatif « les victimes ont besoin de ces services »

semble suffisant à première vue pour justifier cette augmentation (pourvu que les contrevenants aient la capacité de la payer). Bien sûr, pour certaines victimes, ce problème est facile à solutionner :

« Augmenter l'amende supplémentaire allégerait une portion du fardeau qui pèse présentement sur tous les citoyens honnêtes. La critique qui veut que la somme de 200 \$ soit trop élevée à défrayer pour les pauvres criminels ne tient pas, car les criminels peuvent travailler pour acquitter ce montant.» (Mme Jong, victime, 25 octobre 2015: 5)

Il reste que la rationalité pénale moderne et les théories de la peine offrent un contexte cognitif appuyant les modifications proposées par le législateur dans le cadre du projet de loi C-37, particulièrement celles qui créent une peine minimale obligatoire. D'un côté, ces théories rendent souvent crédibles aux yeux des tribunaux les communications du système politique visant à augmenter la sévérité des peines. Elles ont alors probablement joué ici un rôle minimal pour faire accepter cette augmentation de la valeur de la suramende sans un examen plus approfondie du problème de l'insuffisance des fonds. On a pris pour acquis rapidement que les criminels peuvent « toujours payer » et que leur pauvreté ne constitue pas un véritable problème. Mais ceci n'est pas tout. Comment comprendre l'élimination complète du pouvoir discrétionnaire des juges et la proposition de remplacer la suramende par une autre sanction si le contrevenant ne peut la payer? Nous ne sommes pas certains d'avoir une réponse suffisamment décisive à ces deux questions, mais les faits justificatifs concernant les victimes paraissent insuffisants pour légitimer l'élimination de la discrétion judiciaire et le remplacement de la suramende par une sanction non financière.

En effet, dans les débats du comité, un parlementaire a rappelé à ses collègues que la suppression du pouvoir discrétionnaire des juges risque d'engendrer des répercussions importantes en raison de la capacité de payer de certains contrevenants. Cependant, ceci n'a pas été pris en considération :

« On reconnaît aussi l'importance d'appuyer les pouvoirs discrétionnaires des juges de la magistrature. Le juge est le mieux placé pour décider si une personne est en mesure de payer la suramende ou non. Les cas de pauvreté extrême, comme on l'a déjà souligné, de problème de santé mentale, de déficience intellectuelle et ainsi de suite posent des problèmes réels de paiement.» (Monsieur Jacob du NPD, 30 octobre, 2012 :7)

Ce mépris à l'égard des justiciables et cette non-prise en considération active et volontaire à l'égard de leur capacité de payer au point d'éliminer sans souci la discrétion des tribunaux à cet égard sont difficiles à comprendre en dehors du cadre général d'idées valorisées par la RPM. On voit s'actualiser dans ce projet de loi une « culture » ancrée dans la RPM. Le dispositif précédent de la suramende (avant cette réforme) paraissait entièrement centré sur la victime. L'augmentation de la valeur de la suramende dans ce projet peut encore se justifier par les victimes. Mais les modifications législatives proposées concernant le dispositif qui élimine la discrétion des juges et le mécanisme de remplacement de la suramende nous paraissent entièrement soutenues par les idées de la RPM.

Qui plus est, pourquoi vouloir remplacer la suramende par une mesure non financière si cette sanction de remplacement ne contribue pas aux fonds pour les victimes? Dans ce cas, les moyens pris ne viennent pas remplir la finalité qui est poursuivie. C'est peut-être ici que l'on peut mieux voir la présence de la RPM. En effet, on semble vouloir persister à faire « payer » le coupable d'une façon quelconque, et ce, même si aucun montant ne s'ajoute au fonds des victimes. On

semble également oublier que la possibilité d'avoir recours à des programmes substitutifs n'est pas possible dans l'ensemble des provinces canadiennes.

Finalement, pourquoi le projet de loi ne demande pas explicitement au juge de tenir compte de la suramende dans le calcul global de la peine ? Le projet ne se soucie pas de cette question. Il se soucie surtout d'imposer une souffrance supplémentaire au contrevenant. Ceci est une autre caractéristique de la RPM.

Pour toutes ces raisons, il est donc difficile de penser que la RPM n'a pas joué un rôle important dans l'acceptation de la « peine minimale absolue » proposée par ce projet, ainsi que dans l'acceptation d'un mécanisme de remplacement à la suramende. Mais nous ne pouvons pas affirmer que la RPM fonde le principe de la suramende (tel qu'il existait précédemment) et nous ne pouvons pas non plus dire qu'elle fonde l'idée d'augmenter la valeur de la suramende. Il nous reste à aborder le dernier thème qui structure notre étude, celui d'analyser le rôle des droits de la personne dans ce débat.

5.3 La mobilisation des droits de la personne

Cette section présentera la manière par laquelle les droits de la personne sont mobilisés dans le contexte de la transformation de la suramende en peine minimale. Nous avons indiqué, dans le chapitre théorique, la possibilité que les droits de la personne deviennent «une raison punitive» lorsqu'ils s'inscrivent et sont mobilisés dans la même trajectoire que les théories de la peine. Dans cette éventualité, ils annulent la « vocation protectrice et garantiste » qu'ils possèdent (Garcia, 2010: 79). Nous analyserons maintenant les passages du débat concernant les droits de la personne dans les modifications apportées à la suramende compensatoire.

Comme nous l'avons vu précédemment, le corpus empirique nous montre plusieurs passages où les acteurs politiques ont eu l'opportunité de prendre conscience des effets néfastes de retirer le pouvoir discrétionnaire aux acteurs judiciaires. Ces effets sont susceptibles de se produire en raison du statut socioéconomique prédominant de la clientèle de la justice criminelle : des individus pauvres ou avec une faible capacité de revenu. En dépit de cela, cette question a été traitée avec une étonnante désinvolture, et surtout si nous tenons compte du fait qu'il s'agit d'un comité chargé de penser au respect des droits de la personne. Nous avons aussi vu que le mécanisme de remplacement de la suramende est resté largement impensé par rapport aux objectifs de la réforme (amasser des fonds pour les victimes) et que les parlementaires ont eu aussi l'opportunité de prendre conscience du fait que ces mécanismes n'étaient pas disponibles dans toutes les provinces. Ceci créerait alors fort probablement un problème de violation des droits de la personne. Or, ce thème a été également traité avec désinvolture et légèreté par notre comité chargé des droits de la personne et par les représentants des victimes témoignant devant le comité. Sans cette désinvolture, il y aurait été impossible de supprimer toute forme d'exemption de la suramende (ainsi que des mécanismes de remplacement) par les acteurs judiciaires. Les extraits qui suivent dans cette section laisseront voir ce qui vient d'être rappelé et affirmé. C'est cette désinvolture aussi qui laissera ouverte la possibilité d'observer cette peine de suramende comme une peine « cruelle et inusitée » (dans les termes de l'article 12 de la Charte canadienne) :

« Ces peines supplémentaires viennent aggraver ce qui serait autrement des peines équitables. Si elles entraînent en fin de compte des conséquences pénales disproportionnées, elles risquent d'aller à l'encontre des protections qu'offre l'article 12 de la Charte. Des suramendes d'un montant fixe qui ne peuvent être adaptées à la gravité de l'infraction ou à la capacité de payer du délinquant auront un effet particulièrement dur sur les personnes démunies. » (Mme Latimer de la Société John Howard du Canada 30 octobre 2012 :9)

Commençons alors par montrer que, pendant les débats devant le comité, certaines personnes ont tenté d'attirer l'attention des membres sur le fait que la suramende, dans la manière par laquelle elle était exigée dans le projet, pouvait en venir à déroger le principe de proportionnalité entre le crime et la peine. Ce fut le cas de Mme Latimer, directrice exécutive de la *Société John Howard du Canada*, qui perçoit la suramende comme une peine supplémentaire imposée après le calcul global de la peine :

« Le deuxième point que j'aimerais souligner touche le manque de proportionnalité des peines. La peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du contrevenant. Les suramendes constituent des peines supplémentaires imposées aux accusés condamnés au moment où l'on fixe leur peine. Elle vient s'ajouter à ce que le juge estime être la peine appropriée.» (30 octobre 2012 : 9)

Toutefois, comme nous l'avons déjà vu, le comité a déjà attribué aux juges la responsabilité de trouver un « équilibre » dans la totalité des peines et a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'en faire référence dans le projet de loi. Le problème est renvoyé au pouvoir judiciaire en même temps que l'on interdit au judiciaire d'écarter la suramende. Dans l'extrait qui suit, la notion de proportionnalité n'est pas pensée en fonction du crime commis, mais plutôt en fonction du coût global de la criminalité. Une telle notion de proportionnalité permet d'aller très loin dans la pénalité. Encore une fois, on voit comment la réflexion est expéditive :

« L'aspect qui m'intéresse est la proportionnalité, le caractère équitable de l'amende. Vous ne pourrez jamais me faire croire qu'avec ces amendes ou avec les suramendes, les criminels paient des sommes qui se rapprochent de ce qu'ils coûtent à la société dans son ensemble.»
(M. Jean du PCC, 30 octobre, 2012 : 14)

Le projet législatif C-37 prévoit que soit envisageable l'accès à un programme de solution de rechange à la suramende dans les cas où le contrevenant est dans l'incapacité de payer l'amende. Le premier point de cécité ici – et le plus important – est que cette solution de rechange ne

devrait même pas être nécessaire. Comme il s'agit d'une sur-amende, une peine qui s'ajoute aux autres pour servir au financement des services aux victimes, si cette contribution du justiciable n'est pas viable, il devrait être libéré de cette exigence.

Certes, l'objectif plus abstrait de « faire quelque chose pour les victimes » pourrait inclure, par exemple, une réparation d'ordre thérapeutique impliquant des discussions entre la victime et le contrevenant, mais ce n'est pas ceci qui a été proposé et cette mesure ne serait pas non plus disponible partout au Canada. L'obligation de remplacer la suramende n'a pas alors de rapport avec l'aide aux victimes et risque, en plus, d'aggraver la peine. Le débat tenu au sein du comité s'est déroulé sans voir cet aspect. Il s'est déplacé vers le fait que ces programmes ne sont pas offerts dans l'ensemble des provinces canadiennes, créant ainsi un manque d'uniformité, et, par là, un problème d'égalité et d'accessibilité aux programmes et ressources. Et, au-delà de cette déviation, même ce constat de manque d'uniformité et d'accessibilité n'a pas amené les parlementaires à réintroduire le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Le prochain extrait montre que les membres du *Comité* ont eu l'opportunité de voir que ces programmes ne sont pas offerts de façon égalitaire dans l'ensemble des provinces. En plus, ils ont pu voir aussi que même là où ces programmes existent, les conditions d'accès peuvent limiter leur portée :

« Si vous regardez la situation dans les provinces, vous constaterez qu'il y a une grande diversité; il n'y a pas toujours de programme de rechange à l'amende. Par exemple, il n'y a pas de tel programme en Ontario, ni à Terre-Neuve-et-Labrador. Au Manitoba et en Alberta, par exemple, l'accès au programme de solution de rechange à l'amende n'est autorisé qu'une fois le délinquant admis en prison. » (M. Cotler du Parti libéral, 30 octobre 2012 :5)

Dans le prochain extrait, la Charte des droits et libertés sera évoquée par monsieur Cotler du Parti libéral pour remédier aux problèmes secondaires créés par le projet lui-même. Mais

rappelons encore une fois que le projet de loi sera accepté à l'unanimité par ce Comité sans aucune proposition d'amendement qui sera retenu :

« J'aimerais discuter du programme de solutions de rechange à l'amende. Il n'existe pour le moment aucun programme de solution de rechange à l'amende en Ontario et à Terre-Neuve et Labrador; au Manitoba et en Alberta, par exemple, un délinquant ne peut y participer qu'à partir du moment où il est admis en prison. En Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, le délinquant ne peut participer à ce programme qu'après avoir payé les frais judiciaires et la suramende compensatoire. Si l'on supprimait la défense fondée sur le préjudice injustifié, prévue à l'article 737 du Code, les programmes de solution de rechange à l'amende des provinces et des territoires resteraient les seules avenues possibles pour les Canadiens à faible revenu qui doivent payer une suramende compensatoire. Comme je l'ai déjà mentionné, nous avons constaté cette variation à l'échelle des provinces et les répercussions possibles sur les délinquants à faible revenu en fonction de leur province ou territoire de résidence.» (23 octobre 2012 :4)

L'accessibilité aux solutions de rechange est une problématique récurrente soulevée dans les communications politiques. M. Scott, du NDP, est un des premiers à citer les articles fondamentaux de la Charte (article 7) afin de soulever les incohérences du projet de loi :

« Je veux poursuivre le débat sur les programmes de solutions de rechange à l'amende et savoir s'ils sont accessibles et si chaque province impose des conditions entraînant l'exemption de la surcharge. Il semble que l'accessibilité soit problématique dans au moins cinq provinces, voire six ou sept. Disons qu'il y en a cinq. Dans ces provinces, les délinquants n'auraient pas accès au recours provincial du programme de solutions de rechange à l'amende. Monsieur le ministre, je veux savoir si vous avez reçu des conseils, à savoir s'il y a ici une application sélective du droit criminel. Je me demande vraiment si la situation est problématique à un point tel qu'il faut revoir les principes de justice fondamentale énoncés à l'article 7⁹⁴ de la Charte dont il est question ici. La loi impose quelque chose qui n'est pas appliqué partout au pays, même si nous avons un ensemble de

⁹⁴ L'article 7 de la Charte, rappelons-le, stipule que « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

dispositions applicables à l'échelle nationale. Avez-vous évalué quelque question que ce soit pour dire que l'article 7 ne pose pas problème? » (23 octobre 2012 :6)

Dans ce cas, le discours politique exploite la sémantique des droits de la personne afin de protéger les garanties fondamentales du contrevenant en anticipant le manque d'uniformité des programmes de rechange dans l'ensemble des provinces. Mais même ces développements secondaires restent sans aucune conséquence ou implication, puisque le comité va rejeter une proposition interne d'amendement et, par la suite, va accepter à l'unanimité le projet de réforme. Cela signifie que même le parlementaire qui a fait la proposition ne l'a pas jugée suffisamment importante pour s'opposer dans le vote final. Voici d'abord l'amendement et, par la suite, comment cette proposition a été justifiée.

Amendement proposé : «Il s'agit simplement d'ajouter la précision suivante: ‘Il est entendu que le contrevenant qui ne verse pas la suramende compensatoire... parce qu'il est incapable de la payer *n'est pas*, de ce fait, passible d'emprisonnement. ‘ » [*Nos italiques*]

« Cet amendement vise essentiellement à codifier le principe établi dans l'arrêt *La Reine c. Wu* auquel d'autres collègues et moi-même avons fait référence précédemment, dans lequel la Cour suprême a statué qu'il est irrationnel d'emprisonner un délinquant qui n'a pas les moyens de payer au motif que cela l'obligera à payer. Cela permettrait de clarifier la loi tout en donnant suite aux inquiétudes exprimées quant au fait que ce projet de loi aurait pour effet de prolonger l'incarcération de certains délinquants parce qu'ils sont incapables de payer ou qu'ils vivent dans une province n'offrant pas de modes facultatifs de paiement ou d'autres programmes semblables leur permettant de s'acquitter de leur dette.

Il s'agit donc essentiellement de codifier le raisonnement de la Cour suprême au moyen d'un amendement qui va dans le sens des objectifs visés par le gouvernement tout en évitant une incarcération déraisonnable ou prolongée qui n'aurait pas sa raison d'être par ailleurs. » (M. Cotler du Parti libéral, 1^{er} novembre, 2012 : 11)

Cette manière peu engagée de traiter les problèmes de droits de la personne nous semble être un indicateur de la présence de la RPM et de l'ampleur du problème auquel tout travail de

reconstruction du droit criminel moderne fait face. Pires propose de se questionner quant à mobilisation devant être fait des droits de la personne :

«Veut-on s'appuyer sur les droits de la personne pour humaniser et perfectionner le droit (pénal) et mettre en place des formes plus souples et moins répressives de résolution des conflits ou, au contraire, croit-on qu'il faut devenir de plus en plus répressif pour réagir contre les atteintes aux droits de la personne ?» (Pires, 1995, 136 cité dans Garcia, 2008 : par. 23)

Conclusion

Les résultats de cette analyse nous permettent de conclure que l'argument économique «amasser des fonds» et les «droits des victimes» ont aveuglé tant ceux qui se prononçaient en accord qu'en désaccord avec le projet de loi C-37. Notre réflexion démontre qu'au-delà des éléments de la rationalité pénale moderne ayant facilité à l'adoption du projet de loi C-37, des faits justificatifs servent «d'état-de-choses » afin de dévier notre attention et donc de « moteur du processus cognitif » (Machado et Pires, 2010). Ces faits viennent dévier l'attention de la nécessité de préserver la discrétion judiciaire pour permettre le respect des droits universaux de la personne. Ces deux motifs qui ont mobilisé le projet de loi C-37 ne se prêtent alors pas pour fonder la pratique des peines minimales; mais ils ont eu une grande importance dans l'acceptation de ce projet et ont également servis à détourner l'attention du comité des problèmes concernant la méthode adoptée pour obtenir ces fonds. C'est dans ce sens spécifique que les arguments présentés par les parlementaires et les représentants des victimes sont des faits justificatifs. Ils n'ont pas besoin d'être évoqués directement par rapport à la méthode adoptée ; il suffit qu'ils soient présentés pour autoriser une manière contraignante, forte et expéditive de procéder qui ne tienne pas compte de la nécessité de garantir le respect aux droits universaux de

la personne. Dans notre cas, ce « pris pour acquis » en a résulté un résultat un examen superficiel du problème.

Soulignons aussi que nous avons observé dans ce chapitre une rationalité dominante qui agit à titre de cadre de référence au système politique (Xavier, 2012) et qui facilite l'adoption de «surplus punitifs» sans examiner attentivement ses conséquences. L'actualisation des idées de la RPM dans le discours politique a permis de rendre légitime le recours à la structure de la peine minimale, malgré les différents cadres progressistes et humanistes qui tentent leur faire obstacle (Machado et Pires, 2010). La dominance de ces idées fait en sorte que la « pratique [de la peine minimale] a plus de probabilité de se reproduire et d'être actualisée que d'être abolie malgré des revendications répétitives en ce sens» (*Ibid.* : 95), expliquant ainsi l'énigme de la persistance des peines minimales.

L'analyse de ce débat nous amène à valider aussi le rôle paradoxal – au moins virtuel – qu'entretient la sémantique des droits de la personne en matière de punition dans les débats parlementaires. En effet, d'une part, nous avons vu que le thème des droits de la personne a été évoqué dans les débats du *Comité* dans le cadre d'une orientation dite *garantiste* (en faveur des droits universaux de la personne), et ce malgré la faible attention portée à cette question. D'autre part, et de manière prédominante, ces droits ont été utilisés de façon «antagoniste », opposant les victimes aux contrevenants, et ce de façon à vouloir éliminer toute forme de discrétion des tribunaux dans la défense des droits universaux de la personne. Cette « double possibilité » de l'usage des droits de la personne a été soulignée par Garcia (2010 :1) à plusieurs reprises :

« Ces droits semblent pouvoir à la fois limiter le droit de punir et favoriser la modération des peines (moins de pénal pour protéger la vie et la liberté des personnes justiciables) et

légitimer le droit de punir et favoriser la sévérité des peines (plus de pénal pour protéger la vie et la dignité d'autres personnes).»

Il est intéressant de remarquer que ce comité parlementaire chargé des « droits de la personne » ne semblait ni suffisamment préparé (en termes cognitifs) ni suffisamment outillé (avec l'aide d'experts en droits de la personne) pour accomplir sa tâche. Il a donc perdu de vue aisément le potentiel *garantiste* des droits de la personne : l'attention fut complètement déviée vers les faits justificatifs du débat plutôt que vers les questions de respect élémentaire des droits de la personne. Nos données laissent voir aussi que les droits de la personne sont en train d'être utilisées par le système politique comme une sorte de « catalyseur dans [le] tournant punitif » (Garcia, 2010) contemporain. En effet, ils ont été incapables, par leur faible mobilisation, de freiner la logique répressive du présent projet de loi.

Enfin, le résultat de notre analyse empirique nous fait voir aussi comment la présomption de la Cour suprême du Canada – exprimée dans l'arrêt *R. c. Latimer* [2001] – sur la manière approfondie et réfléchie de procéder du Parlement en matière de peines en droit criminel relève plutôt d'une illusion ou d'un souhait qui est encore loin de s'actualiser. En effet, sur cet aspect, nous n'avons trouvé aucun indice de « vues mûrement réfléchies du législateur ». Au contraire, ce que nous avons constaté c'est comment les droits de la personne ont une faible chance d'être pris au sérieux, comment les « erreurs parlementaires » précédentes concernant la suramende ne sont pas considérées ou reconsidérées, etc. Dans ce cas-ci, on a « réglé » l'erreur précédente (la réforme de 1999) en introduisant une erreur encore plus radicale à *l'intérieur* de l'erreur de départ, en faisant chaque fois de plus la même chose telle une routine automatique. La suramende, comme le nom l'indique, n'est pas l'amende traditionnelle dont au moins une partie de sa valeur est dirigée vers les victimes : c'est une *autre* amende qui s'empile à la précédente

alors que la clientèle de la justice criminelle provient de façon disproportionnelle des classes défavorisées, notamment lorsqu'il s'agit de délits de moindre gravité. Rappelons, à cet égard, que le projet C-37 ne s'adresse pas exclusivement aux crimes les plus graves.

Pour conclure, nous pouvons remarquer que le discours des parlementaires chargés des droits de la personne sur la gravité de certains crimes est un indice additionnel de la superficialité de la réflexion parlementaire lorsqu'il est question des peines.

CONCLUSION

L'objectif de cette thèse était de contribuer à l'élucidation de l'énigme de la persistance des peines minimales dans un contexte de valorisation de la sémantique des droits de la personne en tant que mécanisme de protection contre les excès de punition. L'objet de la recherche fut l'analyse du projet de loi C-37 (*Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*) portant sur la transformation de la suramende compensatoire (« Victim fine surcharge ») en peine minimale d'amende. Plus spécifiquement, nous avons examiné les débats parlementaires tenus au sein du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* de la Chambre des Communes du Canada en 2012. Cette réforme a introduit trois modifications majeures dans le Code criminel en ce qui concerne la sanction de suramende : (i) elle a augmenté la valeur monétaire minimale ; (ii) elle a éliminé intégralement la discrétion des tribunaux au moment de son application ; et (iii) elle a ajouté un mécanisme obligatoire de remplacement de la suramende par une autre sanction non financière et non nécessairement reliée aux victimes.

Puisque nous nous intéressions aux arguments qui ont justifié la transformation de la suramende en peine minimale, deux questions de recherche ont émergé de la revue de littérature et nous ont guidés lors de l'analyse de l'empirie :

- 1) À partir de la distinction proposée par Machado et Pires (2010), quels sont les fondements et les faits justificatifs qui appuient la transformation de la suramende compensatoire en peine minimale ?
- 2) Quel a été le rôle de la sémantique des droits de la personne dans cette transformation ?
De quelle façon les droits de la personne ont-ils été mobilisés dans le cadre de ce projet ?

Deux contextes cognitifs ont été analysés et mobilisés pour entreprendre l'analyse : le contexte cognitif des droits de la personne afin de comprendre le rôle paradoxal qu'a joué la sémantique des droits de la personne et celui de la RPM afin de saisir les idées soutenant l'élimination du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. À partir de ces systèmes d'idées, nos hypothèses de recherche ont été formulées comme suit:

- (i) le contexte cognitif des théories de la peine est censé jouer un rôle prépondérant dans la transformation d'une peine en peine minimale;
- (ii) les droits de la personne ne sont pas encore suffisamment forts dans le champ de la détermination des peines pour assurer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux au plan de la législation. Nous avons même soulevé la possibilité que la sémantique des droits de la personne ait contribué, à certains moments, à la trajectoire répressive de la suramende compensatoire.

En somme, la revue de la littérature ainsi que les théories mobilisées pour encadrer théoriquement la recherche nous ont amené à indiquer que le contexte cognitif offert par les théories de la peine est prépondérant dans la création d'une peine minimale et celui offert par les droits de la personne insuffisant pour constituer un obstacle assez fort à la mise en place de ce genre de pratique législative.

L'analyse de notre empirie nous a permis de constater que le *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* du Parlement canadien chargé d'examiner le projet de loi C-37 portant sur la sanction de suramende et créant une peine minimale obligatoire n'a pas réussi à prendre suffisamment en considération le thème des droits de la personne par rapport au pouvoir discrétionnaire des tribunaux et aussi par rapport aux droits des individus ayant été condamnés

pour un crime et se trouvant dans l'impossibilité de payer une amende. Cette situation particulière des justiciables à faible revenu semble avoir été traitée à la légère par un comité parlementaire chargé d'assurer le respect des droits de la personne. Le *Comité* a été obnubilé par l'argument portant sur la nécessité ou le bien fondé d'amasser de l'argent pour le fonds d'aide aux victimes auprès des coupables eux-mêmes et par l'emballement conjoncturel concernant les « droits des victimes ». Aucune investigation plus approfondie ne semble avoir été faite auprès des tribunaux pour connaître les raisons de la faible imposition de la suramende ni auprès des administrations provinciales pour savoir comment ils ont administré l'argent amassé.

Le comité a aussi de toute évidence pris pour acquis la légitimité de la pratique concernant la création de peines minimales obligatoires pour imposer ses projets politiques et fiscaux aux tribunaux. En effet, il n'a pas réussi à voir le rôle fondamental que les tribunaux peuvent venir à jouer dans la défense des droits de la personne en matière de peines criminelles. Il est vrai cependant que les tribunaux eux-mêmes légitiment ce type de pratique, y compris quand le gouvernement enlève toute option en termes de peine au tribunal, l'obligeant à condamner les coupables de certains crimes à la perpétuité. De ce point de vue, les tribunaux ne contribuent pas non plus à l'apprentissage du système politique.

Nous avons pu voir également que l'actualisation des idées de la rationalité pénale moderne a joué un rôle important dans la neutralisation du discours portant sur les droits de la personne et qu'elle a légitimé, parfois grossièrement, les diverses formes d'aggravation de la pénalité (aggravation de la valeur de la suramende, création d'une peine minimale sans clause d'exemption, etc.). Son actualisation est également démontrée par l'absence d'exception à la loi et par l'absence de la prise en considération de la capacité de payer du délinquant. Cette négligence « des droits du justiciable » constitue une forme d'affliction qui est démontré par une

« indifférence à l'inclusion sociale ». L'objectif d'amasser des fonds pour des victimes a été un facteur déterminant de la réforme, mais il reste insuffisant, selon toute vraisemblance, pour fonder l'élimination de la discrétion des tribunaux. La présence de la RPM a sans aucun doute permis l'opérationnalisation de ce projet de loi.

Nous devons cependant reconnaître que nos observations empiriques nous ont placées devant une énigme qui n'a pas été entièrement élucidée concernant les fondements de cette réforme législative. D'une part, les finalités des théories classiques de la peine – punir de manière proportionnelle au crime, dissuader, dénoncer et réhabiliter en milieu carcéral – n'ont pas été explicitement présentes dans le débat parlementaire du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* sur le projet de loi C-37; d'autre part, d'autres idées de la rationalité pénale moderne ainsi que les habitudes législatives attachées à la RPM – recours à la peine minimale sans exemption possible, absence de réflexion sérieuse sur les limites de la peine, absence de soin dans l'examen des droits universaux de la personne à l'égard des condamnés sans ressources financières, etc. – ont été observées. Comment comprendre cette situation ?

Au moins deux grandes orientations de réponse à cette question nous semblent possibles. (1) En effet, doit-on conclure que cette réforme s'est appuyée seulement sur de faits justificatifs et qu'elle n'a pas alors d'autres fondements que la loi elle-même ? Et si cette réforme ne se fonde pas sur les théories de la peine, quel a été alors le rôle joué par la rationalité pénale moderne (puisque nous avons pu quand même observer sa présence) ? (2) Ou, au contraire, doit-on soutenir que les faits justificatifs de conjoncture (la reconnaissance des droits de la victime et le projet fiscal d'amasser des fonds) ont joué sans aucun doute un rôle majeur et déterminant dans l'acceptation du projet, mais que les théories de la peine ont quand même fondé implicitement la

confection de cette réforme par la manière désinvolte par laquelle le comité a éliminé la discrétion du judiciaire dans la protection des droits universaux de la personne ?

Parmi ces deux interprétations possibles, nous avons opté pour la deuxième option. Plus précisément, pour nous, la justification de l'*augmentation* de la valeur monétaire de la suramende relève des faits justificatifs, mais la rationalité pénale moderne demeure le fondement implicite de la « peine minimale » absolument contraignante ainsi que de son mécanisme de remplacement par une autre sanction ne remplissant pas la même finalité. En dépit de ce choix en faveur de la deuxième forme de compréhension de cette réforme, nous restons conscients qu'une élucidation théorique additionnelle de cette énigme reste nécessaire.

Cette recherche a aussi réitéré une observation faite par d'autres recherches portant sur la création des lois en matière criminelle. En effet, on a pu voir que l'augmentation de la sévérité des peines est une opération politique relativement facile à accomplir. Il y a une prédisposition culturelle acquise pour le faire. C'est la démarche inverse qui n'est pas aisée. La raison derrière ce constat est que les représentants politiques disposent d'un énorme capital d'arguments répétitifs susceptibles de justifier l'aggravation des peines. D'ailleurs, aucun parti politique n'a offert une résistance argumentative importante à l'acceptation de ce projet. Même la question des justiciables avec un faible revenu, en dépit de quelques propositions refusées pour atténuer les risques, n'a pas empêché un appui unanime au projet de la part des membres du comité. En outre, on a pu constater aussi que les droits de la personne ont été observés de façon « hydraulique » dans le cadre d'une polarisation entre les victimes et les infracteurs : pour donner à un groupe, il fallait enlever à l'autre. Cette manière de concevoir les droits de la personne se prête à une utilisation de ces droits pour augmenter la sévérité des peines et non pour construire un droit criminel plus « citoyen ».

Enfin, dans le cadre d'observation limité et bien circonscrit de cette recherche, la manière de concevoir les « droits de la victime » prend la forme d'un obstacle additionnel à la transformation de la logique punitive ancrée et mobilisée par les théories classiques de la peine dans les opérations du système politique. Comme le soulignait Garcia (2007: par.35), les droits de la personne peuvent alors, dans certains contextes marqués par une absence de réflexivité sérieuse, devenir « un outil dangereux dans la main des victimes et des mouvements sociaux qui pénètrent le pénal. »

BIBLIOGRAPHIE

- Benyekhlef, K. (1998). *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville: Éditions Yvon Blais collection Minerve, 212 p.
- Bardin, L. (1977). *L'analyse de contenu*, Paris: Presses Universitaires de France, 124 p.
- Berg, B.L. (2007). *Qualitative research methods for the social sciences*, Boston, Montreal: Pearson Education; Allyn & Bacon, 384 p.
- Boisvert, A-M. (2001). «Peines minimales obligatoires et exemptions constitutionnelles : la politique du pire.» Caparros, Ernest, *Revue générale de droit*, Vol.31(4), pp.647-675.
- Bourdieu, P. (1984). *L'opinion publique n'existe pas*, Questions de sociologie, Paris : Éditions de minuit, pp. 222-235.
- Brun, H.; Tremblay, G. et Brouillet, E. (2008). *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1604 p.
- Cartuyvels, Y. (2007). «Droits de l'homme et droit pénal, un retournement? ». In Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck. *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Facultés Universitaires Saint-Louis, Belgique : Éditions Bruylant, pp.23-44.
- Cauchie, J-F.; et Kaminski, D. (2007). « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. IV, mis en ligne le 08 novembre 2009, consulté le 25 janvier 2015.
- Cellard, A. (1997). «L'analyse documentaire». In: Poupart et al. *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Boucherville, Québec, Canada: Gaetan Morin Éditeur, pp. 251-272.
- Charte canadienne des droits et libertés. (1982). Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Canada, c. 11 (R.-U.)

- Cohen, J. et Canela-Cacho, J. (1994). *Incarceration and violent crime: 1965-1988*. In *Understanding and preventing violence: Consequences and control* (Vol. 4), (pp.296-388), revu par Reiss Jr., A.J et Roth, J. Washington, DC: National Academy Press.
- Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (2013), *Exemptions législatives aux peines minimales obligatoires : Rapport final*, Victoria (C.-B.)
- Crutcher, N. (2001). «Mandatory minimum penalties of imprisonment: An Historical Analysis». *Criminal Law Quarterly*, 44(3), pp. 279-308.
- Cuba, E.G.; et Lincoln, Y.S. (2004). «Competing Paradigms in Qualitative Research. Theories and Issues ». In S. Hesse-Biber & P.Leary (Eds.), *Approches to Qualitative Research : A Reader on Theory and Practice*, New York: Oxford University Press, pp.17-38.
- Delens-Ravier, I. (2006). « Mesure réparatrices et responsabilisation du mineur», In Digneffe, F. et Moreau, T. *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 261-267.
- Del Vecchio, G. (1955). *La justice — La vérité. Essai de philosophie et morale* : Paris, Dalloz.
- Delmas-Marty, M. (1995). « Droits de l'homme et systèmes de droit », *Le Débat* 1995/1 (n° 83), pp.146-151.
- Desmazière, D. et Dubar, C. (2004). «Posture de recherche et statut de la parole des gens.» In D.Demazière & C. Dubar, *Analyser les entretiens biographiques. L'exemple de récits d'insertion*, Québec : Presses de l'Université Laval, pp.15-45.
- Desrosiers, J. (2013). « Peines minimales et principes de justice fondamentale : une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte». *Canadian Criminal Law Review* 122.
- Doob, A. N. et Cesaroni, C. (2001). «The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences. » *Osgoode Hall Law Journal* 39.2/3: pp. 287-304.
- Dubé, R. (2007). «Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation

- cognitive en matière de justice pénale : contributions conceptuelles de Michel Foucault et Niklas Luhmann», *Champ Pénal/Penal Field* [En ligne] <http://champpenal.revues.org/document694.html>, (IV), 14 p.
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*. Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal, Québec, Canada.
- Dubé, R. (2012a). «La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives», *Droit et Société*, (82), pp. 659-688,
- Dubé, R. (2012b). «La théorie de la dissuasion remise en question par la rationalité du risque», *Revue canadienne Droit et Société*, vol.27(1), p.1-29.
- Dubé, R., Cauchie, J.-F., «Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne : quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre», *Déviance et Société*, 31(4), 465-485, 2007.
- Dubé, R.; Garcia, M. et Machado, M. R. (2013). *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa, Ont. : Presses de l'Université d'Ottawa, 364 p.
- Dumont, H. (1997). «Désarmons les Canadiens et armons-nous de tolérance: Bannir les armes à feu, bannir les peines minimales dans le contrôle de la criminalité violente, Essai sur une contradiction apparente». *Can. Crim. L Rev.* pp. 43-62.
- Dumont, H. (2001). «Disarming Canadians, and arming them with tolerance: banning firearms and minimum sentences to control violent crime; an essay on an apparent contradiction. In Mandatory Minimum Sentences: Law and Policy, *Osgoode Hall Law Journal*, Summer-Fall, Vol.39 (2-3), pp.329-365
- Dumont, H. (2010). « Contre la contre-réforme en matière punitive : comment s'y prendre et comment repenser la réforme de la pénologie canadienne», dans Institut canadien

- d'administration de la justice. *Détermination et exécution des peines : La pénologie mise en pratique*. Montréal : Éditions Thémis.
- Durkheim, E. (1922). *Éducation et sociologie*. Paris: PUF.
- Erner, G. (2006). *La société des victimes*, Paris : La Découverte, 223 p.
- Gabor, T., & Crutcher, N. (2002). «Mandatory minimum penalties: Their effects on crime, sentencing disparities, and judicial system expenditures». Ottawa : *Department of Justice*, Canada.
- Garcia, M. (2008). « Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel », *Champ pénal/Penal field*, Séminaire Innovations Pénales.
- Garcia, M. (2010). *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel : les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal, Québec, Canada.
- Garcia, M. (2011). «De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et “désubstantialiser” les catégories juridiques». *Les cahiers de droit*, 53 (3-4).
- Garcia, M. (2013), « La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel », dans Dubé, R. Garcia, M. Machado, M. R. (2013). *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*. (pp. 37-72), Ottawa Ont. : Presses de l'Université d'Ottawa, 364 p.
- Garcia, M. (2014). «La géométrie normative variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel ». *Déviance et Société*, 2014/3 (Vol. 38), 134 p.
- Garcia, M. (2015a). «Le concept de « droits de la personne » et son observation théorique et empirique». *Droit et société*, 2015/1 n89, pp.171-190.
- Garcia, M. (2015b). «Contribution actuelles et virtuelles des droits de la personne aux décisions judiciaires et à l'évolution de la justice pénale». *Champ pénal*, Vol. X11.

- Jodouin, A. (1996). «La Charte canadienne a nouvelle légalité». Dans *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd, sous la dir. De Beaudoin, G.A.,; Mendes, E. Wilson et Lafleur, Montréal, 789 p.
- Jodouin et Sylvestre (2009). «Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine», *Les Cahiers de droit*, 2009, Vol.50 (3-4), pp. 519-584
- Kant, E. (1785). *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Paris, Delagrave.
- Kant, E. (1797). *Critique de la raison pure*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Kinable, J. (2006). « Les rapports entre responsabilité et culpabilité à propos/au jour de la psychopathologie», In Digneffe, F. et Moreau, T. *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 37-74.
- Laberge, L. et autres. (1998). « Le rôle de la prison dans la production de l'itinérance». Rapport de recherche soumis au Conseil québécois de la recherche sociale. *Les Cahiers de recherche du Collectif de recherche sur l'itinérance*. Montréal.
- Lachambre, S. (2011). *La théorie de la dénonciation : émergence et institutionnalisation en droit criminel*. Thèse de doctorat, Université d'Ottawa.
- Lapointe, M. (1996). *Les apports de la Charte canadienne à la problématique de détermination de la peine*. Thèse de maitrise, Université d'Ottawa.
- Law, M.A et Sullivan, S.M (2006). «Imposition obligatoire de la suramende compensatoire fédérale au Nouveau-Brunswick : un examen opérationnel ». *Ministère de la justice du Canada*.
- Le Moigne, J-L. (1995), « Les épistémologie constructivistes, Paris, PUF : coll. « Que sais-je? 2969 », 127 p.
- Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*. (2013) Résumé législatif, Bibliothèque du Parlement du Canada, publication n. 41-1-C37-F.

- Luhmann, N. (1982). « Politics as a Social System ». In N. Luhmann, *The Differentiation of Society*. Columbia: Columbia University Press, pp. 138-165.
- Luhmann, N. (1993). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Machado, M.R et Pires, A.P (2010). « Intervention politique dans la sentence du droit? Fondements culturels de la peine minimale». *Criminologie*, pp. 89-126.
- Paillé, P. et Mucchielli, A. (2010). *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*. Paris : Armand Collin, 315 p.
- Pires, A. P. (1990). « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires ». *Revue canadienne de criminologie* (numéro spécial sur la détermination de la peine), 32 (3) : pp. 441-460.
- Pires, A. P. (1991b). « La réforme pénale et la réciprocité des droits ». *Criminologie* (Montréal), 24 (1), pp. 77-104.
- Pires, A. et Digneffe, F. (1992). « Vers un paradigme des inter-relations sociales ? Pour une reconstruction du champ criminologique ». *Criminologie*, vol. 25 (2), pp. 13-47.
- Pires, A. P. et Acosta, F. (1994). «Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale ». *Carrefour*, vol. XVI (2), p. 8- 39.
- Pires, A. P. (1995a). « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal ». *Revue générale de droit*, (26), pp. 133-154.
- Pires, A. P. (1997). « Échantillonnage et recherche qualitative: essai théorique et méthodologique », In Poupart, J. ; Deslauriers, J-P. ; Groulx, L.-H. ; Laperrière, A. ; Mayer, R. ; Pires, A.P., *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*. Montréal : Gaëtan Morin., pp. 113-169.
- Pires, A. P. (1998a), « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne ». In C. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires (dir.), *Les savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, tome 2, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 3-52.

- Pires, A. P. (1998b). « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne ». In Debuyst, C.; Digneffe, F.; et Pires, A.P.; Bruxelles. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 83-144.
- Pires, A. P. (1998c). « Kant face à la justice criminelle ». In Debuyst, C.; Digneffe, F. et Pires, A.P.; *Les savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, tome 2, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 145-206.
- Pires, A. P. (1998d). « Un noeud gordien autour du droit de punir », In Debuyst, C.; Digneffe, F. et Pires, A.P.; *Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 207-220.
- Pires, A.P (2001a). « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique ». *Sociologie et sociétés*, vol. 33 (1), pp. 179-204.
- Pires, A. P. (2001b). « La "ligne Maginot" en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince ». *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 81 (2), pp. 145-170.
- Pires, A. P.; Cellard, A. et Pelletier, G. (2001). « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien ». In Fraile, P. *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*. Barcelone : Publicacions Universitat de Barcelona, pp. 195-217.
- Pires, A. P. (2006a). « Tomber dans un piège ? Responsabilisation et justice des mineurs ». In Digneffe, F. et Moreau, T. *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 121-145.
- Pires, A. P. et Garcia, M. (2007). « Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort », In Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck. *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Belgique, Facultés Universitaires Saint- Louis : Éditions Bruylant, pp.291-336.

- Pires, A. P. (2011). *Séminaire. CRM 6764, hiver 2011*, Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2015). *Séminaire. CRM 4710D, hiver 2015*, Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Possas, M. T. (2009). *Système d'idées et création de lois criminelles : le cas de la loi contre la torture au Brésil*. Thèse de Doctorat, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Rapport Ouimet (1969). «Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle», *Justice pénale et correction: un lien à forger*, Ottawa.
- Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. (1987). «Réformer la sentence: une approche canadienne». *Ministre des Approvisionnements et Services Canada* : Ottawa, 507 p.
- Raupp, M. M. (2015). *La réforme pénale de 1984 au Brésil : Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération*, Thèse de Doctorat, Département de criminologie, Université d'Ottawa.
- Roach, K. (2001). «Searching for Smith: The Constitutionality of MMS». *Osgoode Hall Law journal* [VOL. 39, NO.2 &3].
- Robert, A.D.; et Bouillaguet, A. (1997). *L'analyse de contenu*. Que sais-je? France : PUF.
- Roberts, J. (2001). «Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada». *Sociologie et sociétés*, 33(1). pp. 67-83.
- Roberts, J.; Stalans, J. P.; Indermaur, D. et Hough, M. (2003). «Penal Populism and Public Opinion Lessons from Five Countries». *New York: Oxford University Press*.
- Roberts, J.V (2005). «Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays du common law : Quelques modèles représentatifs.» Ottawa, *Ministère de la justice du Canada*.
- Roy, S. N. (2003). « L'étude de cas », dans Gauthier, B. (Dir.), *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*, Sainte-Foy: Presses de l'Université du Québec, pp.159-184.

- Salas, D. (2005). *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette Littératures.
- Sankoff, P. (2012). «The Perfect Storm: Section 12, mandatory minimum sentences and the problem of the unusual case. » *Constitutional Forum*, Spring, 2013, Vol. 22(1), 15 p.
- Schabas, W. (2002). «Droit pénal international et droit international des droits de l'homme : faux frères?», In M. Henzelin et R. Roth. *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, Bruxelles : L.G.D.J, Bruylant, pp. 165-181.
- Sicotte, D. (2008). «Dealing in Toxins on the Wrong Side of the Tracks: Lessons from a Hazardous Waste Controversy.» *Social Science Quarterly*, 89(5), pp.1136-1152.
- Woolredge, J. (1996). « Research note: A state-level analysis of sentencing policies and inmate crowding in state prisons », *Crime and Delinquency*, 42(2), 456 p.
- Xavier, J. R. (2012). *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*. Thèse de doctorat, Ottawa: Université d'Ottawa.
- Young, A. (2001). «Le rôle de la victime au sein du processus judiciaire: une analyse bibliographique (1989 – 1999) ». *Rapport pour le Ministère de la Justice du Canada*. Canada : Ministère de la Justice du Canada.

Jurisprudence

- R. c. Cloud [2014] QCCQ 464
- R. c. Ferguson, [2008] 1 R.C.S. 96
- R. c. Flaro [2014] ONCJ 2
- R. c. Gladue [1999] 1 R.C.S. 688
- R. c. Ipeelee [2012] 1 R.C.S. 433
- R. c. Larocque (2014) ONCJ 428
- R. c. Latimer, [2001] 1 R.C.S. 3

R. c. Martineau [1990] 2 R.C.S. 000

R. c. Michael [2014] ONCJ 360

R. c. Morrissey [2000] 2 S.C.R. 90

R. c. Paré [2011] QCCA 2047

R.c. Rodriguez [1993] 3 R.C.S. 519

R. c. Smith [1987] 1 R.C.S. 1045

R. c. Topp [2011] 3 R.C.S. 119

R. c. Wu [2003] 3 R.C.S. 530

R. c. Wust [2000] 1 R.C.S. 455

Steele c. Établissement Mountain [1990] 2 R.C.S 1385

Débats parlementaires

Parlement du Canada (2012), *Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 41^e législature, Fascicule no 34, 25 avril 2013

Parlement du Canada (2012), *Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 41^e législature, 1^{ère} session, 046, 23 octobre 2012

Parlement du Canada (2012), *Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 41^e législature, 1^{ère} session, 047, 25 octobre 2012

Parlement du Canada (2012), *Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 41^e législature, 1^{ère} session, 048, 30 octobre 2012

Parlement du Canada (2012), *Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 41^e législature, 1^{ère} session, 049, 1^{er} novembre 2012

Sections du Code criminel

Code criminel en 2013 (L.C. 2013, ch. 11)

Références en ligne

(Stephen Harper) <http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2014/04/03/suramende-compensatoire#sthash.Jwan0WFu.dpuf>

(Barak Obama) <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-14/obama-calls-on-congress-to-overhaul-mandatory-minimum-sentences>

La procédure et les usages de la Chambre des communes, sous la direction de Marleau, R. et Montpetit, C. (2000)
<http://www.parl.gc.ca/marleaumontpetit/DocumentViewer.aspx?DocId=1001&Sec=Ch20&Seq=1&Language=F>

Le rôle et mandat du *Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*
http://www.parl.gc.ca/sencommitteebusiness/CommitteeAbout.aspx?parl=39&ses=2&Language=F&comm_id=1011