

## Approche pragmatique du droit de l'État de punir

Antoine Manganas

Volume 27, numéro 2, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042747ar>  
DOI : <https://doi.org/10.7202/042747ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)  
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Manganas, A. (1986). Approche pragmatique du droit de l'État de punir. *Les Cahiers de droit*, 27(2), 401–418. <https://doi.org/10.7202/042747ar>

Résumé de l'article

The author tries to find some rational justifications for the power of the State to impose penal sanctions. He explains why in some exceptional situations the mechanisms of the penal system cannot be replaced by other alternatives.

The State has to maintain its power to impose penal sanctions in three particular cases : in the case of dangerous offenders such as multirescidivists ; in the case of persons who are not willing to execute the « alternative » measures ; and, most important, in the case of new offenses like impaired driving or crimes against the environment where the state has to be very tough. These are crimes of great danger for society and the offenders are often conscious of the dangerous nature of their conduct.

---

## Approche pragmatique du droit de l'État de punir \*

Antoine MANGANAS \*\*

*The author tries to find some rational justifications for the power of the State to impose penal sanctions. He explains why in some exceptional situations the mechanisms of the penal system cannot be replaced by other alternatives.*

*The State has to maintain its power to impose penal sanctions in three particular cases : in the case of dangerous offenders such as multirecidivists ; in the case of persons who are not willing to execute the « alternative » measures ; and, most important, in the case of new offenses like impaired driving or crimes against the environment where the state has to be very tough. These are crimes of great danger for society and the offenders are often conscious of the dangerous nature of their conduct.*

---

	<i>Pages</i>
<b>Introduction</b> .....	402
<b>Chapitre préliminaire — Évolution historique du droit de punir</b> .....	404
<b>1. Les fondements du droit de punir</b> .....	406
<b>2. Critique du droit de l'État de punir</b> .....	409
2.1. Inégalité à l'application du droit pénal .....	410
2.2. Incompatibilité avec les buts poursuivis par une société libre et démocratique .....	410
2.3. Le concept de « crime » n'existe pas .....	411
2.4. Impossibilité de déterminer la dangerosité d'un individu .....	411

---

\* Texte d'une conférence prononcée le 4 octobre 1985 dans le cadre du Colloque international pour les 25 ans de l'École de criminologie de l'Université de Montréal.

\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

	Pages
3. Cas où il faut exercer ce droit.....	412
3.1. Le cas du comportement dangereux.....	413
3.2. La personne qui n'exécute pas une mesure civile ou alternative à une peine....	414
3.3. Certains cas de criminalité « moderne ».....	414
Conclusion.....	416

---

## Introduction

Nous allons essayer, dans cet exposé, de répondre à la question de savoir si l'État doit continuer à sanctionner certains comportements par le biais du droit pénal ou si on devrait abolir ce système. La position des abolitionnistes qui préconisent l'abolition du droit pénal et son remplacement par des mécanismes de réglementation à caractère administratif, civil ou communautaire est très séduisante. On pourrait dire que cette position constitue l'idéal vers lequel on devrait tendre. Mais à l'heure actuelle, il est utopique de penser qu'on peut abolir le droit pénal, du moins pour certaines infractions et pour certains délinquants.

Par ailleurs, il faut admettre que les spécialistes du droit pénal, soucieux d'approfondir avec rigueur des notions difficiles telles que l'*actus reus*, le *mens rea*, la tentative, la complicité et les défenses, n'ont pas eu l'habitude de remettre en question les fondements du droit criminel et du droit de l'État d'imposer des sanctions<sup>1</sup>. Le droit de l'État de punir est considéré comme un acquis découlant du contrat social, de la théorie du libre arbitre ou des impératifs d'une justice criminelle efficace.

C'est ces dernières années, et sous l'influence des statistiques sur la criminalité, la récidive, l'emprisonnement ou les mesures alternatives ainsi que suite à l'incursion des sciences sociales et criminologiques dans le domaine de la justice, que ces spécialistes ont commencé à consacrer

---

1. Voir par exemple: J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., N.Y., The Bobbs-Merrill Co., 1960; G.I. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Stevens and Sons, 1978; J. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 5<sup>e</sup> éd., London, Butterworths, 1983; J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982; G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *Droit pénal canadien*, Montréal, Yvon Blais, 1984. Dans ces ouvrages, le problème est discuté très brièvement. Voir en ce sens: K. MENNINGER, *The Crime of Punishment*, N.Y., The Viking Press, 1968, p. 17.

quelques pages au phénomène criminel et ont commencé à citer les remises en question des postulats classiques touchant la sanction, ses fondements et ses objectifs<sup>2</sup>.

Il était temps car le système du droit pénal traditionnel commençait à s'ébranler sérieusement. Le droit de l'État de punir a été remis en question pour des raisons multiples. L'imposition des peines n'a pas empêché la récidive. La criminalité (surtout économique) a continué à augmenter et ceci dans toutes les sociétés.

Il fallait donc s'attendre à ce que les théories abolitionnistes se développent rapidement. L'apport des théories de M. Louk Hulsman fut considérable dans cette direction. On a alors pensé que la solution se trouvait dans l'abolition du droit pénal sous sa forme traditionnelle. Dans certains pays comme la Hollande, la Suède, le Canada, l'offensive est venue par la base où des organismes et institutions à caractère social, tels les services de réadaptation sociale, les maisons de transition pour délinquants, ainsi que des mécanismes nouveaux, tels les différentes alternatives à l'emprisonnement, ont pris les pénalistes et les juristes par surprise. Malgré leurs protestations, fondées sur des arguments classiques (liberté individuelle, notion de responsabilité), ces programmes ont pu s'imposer tranquillement mais sûrement par les résultats positifs qu'ils ont générés<sup>3</sup>.

Ces dernières années cependant, et parallèlement à ce phénomène, nous avons assisté à un phénomène inverse. De récentes lois, telles que la *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>4</sup> et le *Projet de Loi C-18*<sup>5</sup>, marquent un recul apparent et visent à criminaliser certains comportements ou à mettre plus de « responsabilité » sur les épaules de l'infacteur. De nouveaux types de comportements tombent déjà, ou vont tomber prochainement, sous le coup de la loi pénale. Nous pouvons donner en exemple les infractions à l'environnement, les crimes informatiques et les infractions routières<sup>6</sup>.

---

2. Voir par exemple : G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *supra*, note 1, p. 11 à 13 (phénomène criminel) et 81 à 144 (les principes régissant l'imposition de la sentence et les différentes sanctions).

3. Plusieurs juges ont senti le besoin de suivre cette tendance et, aidés par des spécialistes, ils ont imposé parfois des sentences s'écartant des peines traditionnelles fondées sur l'emprisonnement.

4. S.C. 1980-81-82-83, c. 110. Voir G. CÔTÉ-HARPER, « Le processus pénal juvénile : son évolution et ses perspectives d'avenir », in *Criminal Justice*, Toronto, Carswell, 1982, p. 219-246.

5. *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, c. 19.

6. G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *Supra*, note 1, p. 27.

Nous vivons donc à l'heure actuelle dans une situation où, d'une part on décriminalise certains comportements, mais d'autre part on en criminalise d'autres. Peut-on alors prétendre que le droit pénal est un échec complet ? Peut-on prétendre que l'État ne devrait plus avoir le droit de sanctionner ? C'est à cette question que nous allons tenter de répondre.

### Chapitre préliminaire : Évolution historique du droit de punir

La vengeance, exprimée par la loi du talion<sup>7</sup>, fut la première réponse de la partie lésée à son agresseur. Cette forme de réponse au crime était acceptée sans problème par les gens dans les sociétés archaïques<sup>8</sup>. La vengeance fut donc la forme préjuridique de la justice. Avec le passage du temps, les gens ont décidé que si la restitution des choses à leur état antérieur était impossible, il fallait songer à une forme de compensation<sup>9</sup>. Cette compensation privée était souvent étrangement proportionnée au crime<sup>10</sup>.

Peu à peu, l'État s'est substitué à la vengeance privée, mais il est difficile d'établir historiquement quand ce passage de la justice privée à la justice publique s'est effectué<sup>11</sup>.

À partir du XIX<sup>e</sup> siècle, il n'était plus pensable de remettre en question le pouvoir de l'État de punir. L'intervention de l'État était légitime car, de toute façon, l'État était ce sans quoi la liberté des hommes était impossible dans la société civile :

Aucun des mouvements de défiance vis-à-vis de l'État ne semble atteindre le domaine du droit pénal ; la philosophie politique latente des pénalistes est celle

- 
7. Voir cependant les réserves apportées par D. LOSHAK, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, Paris, P.U.F. 1983, p. 51 à la p. 98, qui juge irrecevable l'interprétation habituelle de cette loi et trouve que d'autres textes hébraïques parlent de « réparation pécuniaire ».
  8. K. MENNINGER, *supra* note 1, p. 191.
  9. J.L. VULLIERME, « La fin de la justice pénale », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, Paris, Sirey, 1983, p. 155 s., p. 162.
  10. *Id.*, p. 169. Dans certaines sociétés archaïques cependant, sans système pénal ni ordre politique, la sanction « fonctionne » malgré tout. A. KREMER-MARIETTI, « Les fondements philosophiques du droit pénal », in *Collection universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 107 s., p. 111, souligne : « Chez les Txiacao, la honte de celui qui a violé les règles des relations sociales devient insupportable au point qu'il choisit de mourir à la guerre ; de plus, le non-respect des interdits comme l'inceste entraîne la maladie et la mort. Chez les Achuars, les manquements graves concernant la sexualité entraînent la mort des coupables ». Voir également P. GERBER and P. MCANANY, Ed., *Contemporary Punishment*, London, University of Notre-Dame Press, 1972, p. 27.
  11. A. KREMER-MARIETTI, *supra* note 10, p. 108.

de la confiance. Pourquoi se méfier de l'État, puisqu'il est entendu qu'il n'est que par le Peuple et pour le Peuple ?<sup>12</sup>

Quant aux auteurs anglais, l'institution pénale constitue pour certains un point de départ essentiel pour l'édification de leur théorie de l'obligation politique. Pour d'autres, il s'agit d'examiner les justifications possibles d'une pratique qui enfreint une règle morale fondamentale : ne pas faire souffrir autrui, ne pas lui porter préjudice<sup>13</sup>.

La punition, parce que souffrance, c'est-à-dire quelque chose de désagréable, peut très bien être un mal mais elle est admise car elle promet d'exclure un mal plus grand.<sup>14</sup>

Il s'agit de l'approche utilitariste qui est opposée à l'approche fondamentaliste fondée sur la théorie du libre arbitre. Au cours du siècle dernier, la conception « punitive » du droit pénal a été abandonnée en faveur de la conception utilitaire. La première ayant été jugée anachronique et rétrograde, les gens ont cru que la conception utilitaire était une attitude moderne visant non pas à punir mais plutôt à protéger la société par la prévention de crimes futurs<sup>15</sup>. Cette tendance fut cependant renversée au cours de la dernière décennie. Maintenant, on met davantage l'accent sur les sanctions du droit pénal, dans l'intérêt de la justice, et aussi par souci de dénoncer de façon appropriée les actes répréhensibles<sup>16</sup>.

Un exemple frappant de ce revirement est le Rapport Badgley concernant les infractions sexuelles à l'égard des enfants. Devant l'ampleur de ce phénomène, les membres du Comité, composé majoritairement de non-juristes, ont adopté une approche très punitive en vue de dissuader les infracteurs. Si leurs recommandations sont suivies, de nouvelles infractions au Code criminel seront créées et des peines augmenteront. Nous pouvons citer comme exemple le cas des rapports sexuels avec une personne qui se trouve en rapport de dépendance avec l'accusé et autres :

Ce changement d'attitude provient dans une large mesure de l'insatisfaction et des doutes croissants à l'égard de l'efficacité de la conception utilitaire ; [...] les efforts utilitaires de la justice criminelle ont non seulement été incapables de

12. P. PONCELA, « Droit de punir et pouvoir de punir : une problématique de l'État », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, Paris, Sirey, 1983, p. 123 s., p. 126.

13. S. LAZARIDIS, « La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, Paris, Sirey, 1983, p. 91 s., p. 91.

14. *Id.*, p. 92.

15. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982, p. 44.

16. *Id.*

protéger la société et de réhabiliter les contrevenants, mais nous ont amené à perdre de vue l'intérêt légitime de la société à ce que justice soit faite.<sup>17</sup>

## 1. Les fondements du droit de punir

Le droit pénal a comme épïc centre de sa fonction la peine. Sans les sanctions et les mécanismes d'application de celles-ci, les interdictions du droit criminel pourraient ne pas être respectées.

Le dictionnaire nous dit que la peine est une punition, un châ timent infligé à celui qui commet une infraction, une affliction, une douleur morale. Quant au verbe punir, il signifie infliger à quelqu'un une peine pour un crime, une faute, châ tier. Les spécialistes cependant, ne se sont pas limités à la rétribution comme objectif de la peine. Ils parlent aussi de la protection de la société par l'effet exemplaire de la peine ou par la neutralisation du délinquant. Ils vont même jusqu'à dire que la réhabilitation pourrait constituer un autre objectif de la peine même si ces deux notions semblent à prime abord incompatibles<sup>18</sup>.

Certes, la commission d'un crime nécessite une réponse. Comme l'État s'est substitué à la partie lésée, c'est à lui qu'appartient de rétablir l'équilibre rompu par l'infraction. Mais pourquoi faut-il opter pour la punition plutôt que pour un autre mécanisme moins dommageable pour l'infracteur, sa famille et la société en général? Pourquoi ne pas opter pour un traitement par exemple? Parce que, dans le cas du traitement, l'élément distinctif de la punition, à savoir la *désapprobation sociale*, n'existe pas. Ainsi la punition est en même temps souffrance et désapprobation sociale :

Punishment is that social response which: (1) occurs where there is violation of a legal rule; (2) is imposed and carried out by authorised persons on behalf of the legal order to which the violated rule belongs; (3) involves suffering or at least other consequences normally considered unpleasant; and (4) expresses disapproval of the violator.<sup>19</sup>

17. *Id.*, p. 45. Voir aussi J. SMITH et B. HOGAN, *supra*, note 1, p. 7: « The retributive approach to sentencing was for many years out of favor with criminologists who thought it anachronistic and, indeed, barbarous. Recently there has been a change of thought and a « Return to retribution in penal theory ». This is at least partly because experience has shown that we simple do not know how to reform offenders and because sentences imposed purely on the basis of the prevention of crime may be unfair and oppressive ».

18. Lorsque vous corrigez un enfant après la commission d'un acte répréhensible, vous contribuez à son éducation ou à sa correction, vont vous dire ceux qui n'ont pas voulu modifier l'article 43 C.C. r. concernant l'emploi de la force nécessaire à l'égard des enfants.

19. A. ROSS, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, London, Stevens and Sons Ltd, 1975, p. 39.

Par ailleurs, nous ne pouvons pas nous fier à des mécanismes à caractère civil pour remplacer le droit pénal car, que fera-t-on avec l'infracteur qui refuse d'exécuter son obligation découlant d'un règlement civil? Comme disait Y. Brillon<sup>20</sup> :

La notion de punition semble indissociable de celle de justice pénale, et même de justice tout court. Lorsqu'un individu ou une collectivité est atteinte dans l'un de ses droits, il faut qu'il existe, au niveau de l'instance chargée de régler le litige, un pouvoir coercitif qui puisse, en dernier recours, forcer l'auteur de l'infraction à donner satisfaction à la partie lésée. Ce pouvoir coercitif implique la possibilité de recourir à des mesures punitives si le contrevenant refuse d'obtempérer à la décision de l'autorité légitime.<sup>21</sup>

D'autres justifications à la peine sont données par des philosophes, théologiens, psychologues et sociologues. Ainsi on trouve que la peine, en tant que souffrance du criminel, est juste car elle purifie<sup>22</sup>. Certains, se fondant sur la garantie de l'intégrité physique et morale due par le corps social à chacun de ses membres et sur la dimension psychologique de l'agression, précisent qu'entre la victime et le coupable, le droit pénal introduit le point de vue abstrait de l'intérêt général, qui, tel un catalyseur dans une réaction chimique, permet de décomposer le rapport complexe en ses éléments et de maîtriser un antagonisme qui risque de s'emballer<sup>23</sup>. Si l'État ne se charge pas d'intervenir, le désir de vengeance exacerbé chez la victime peut devenir une paranoïa rendant le sujet indisponible pour toute espèce de relation sociale. Or, c'est ce rapport destructeur entre victime et coupable que la société veut rompre en intervenant et en rendant ainsi à chacun de ses membres une personnalité fonctionnelle<sup>24</sup>.

Quant au droit positif, on se rend compte que l'État lui-même, par le biais de ses organes législatifs, a reconnu son propre pouvoir de punir. Au Canada, par exemple, comme dans d'autres pays, lorsque la *Charte des droits et libertés* parle d'emprisonnement ou détention arbitraire, elle reconnaît implicitement le droit de l'État de punir<sup>25</sup>. L'article 12 du même document,

20. « Les attitudes punitives dans la population canadienne », (1984) 24 *Can. J. of Criminology*, p. 293, à la p. 294.

21. Dans la publication *Points de repère*, du Comité pour le développement des alternatives à l'incarcération (CODAI), Québec, 1985, on trouve à la p. 17 : « Il est humain que la société veuille punir un individu ayant commis un crime très grave, et qui soulève l'indignation (viol, meurtre, délit avec violence, etc.) ... ».

22. J. PARRAIN-VIAL, « La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste? », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, Paris, Sirey, 1983, p. 141 s., p. 145.

23. P. DAUCHY, « L'arithmétique pénale dans la psychologie interindividuelle », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, Paris, Sirey, 1983, p. 137 s., à la p. 137.

24. *Id.*, p. 138 et 139.

25. Articles 9 s. de la Charte.

en interdisant les peines ou traitements cruels et inusités, reconnaît indirectement la légalité des autres peines ne tombant pas dans cette catégorie.

Enfin, on peut affirmer que le droit de punir est une conséquence du contrat social. L'État se charge de préserver la paix et la sécurité de ses citoyens et d'empêcher que les gens lésés cherchent à se faire justice eux-mêmes. En contrepartie, et pour atteindre ces objectifs, il doit pouvoir compter sur des mécanismes visant à neutraliser les individus dangereux et à prévenir la criminalité en comptant sur un certain effet dissuasif de la sanction : « [i]n some situations some individuals are deterred from some crimes by some punishments. »<sup>26</sup>

En guise de conclusion à ce chapitre, nous pouvons dire que le droit de l'État de punir se fonde sur plusieurs objectifs. L'État veut ainsi protéger la société, prévenir la criminalité, empêcher les gens de chercher à se faire justice, ou encore corriger tout simplement un individu dans le sens d'une rééducation par le biais de la sanction<sup>27</sup>. Et même lorsque l'État a recours à

26. J. GIBBS, *Crime, Punishment and Deterrence*, N.Y., Elsevier, 1975, p. 11. À la p. 2 du même document, on trouve : « Deterrence can be thought of as the omission of an act as a response to the perceived risk and fear of punishment for contrary behavior ». Il faut admettre cependant que les recherches sur l'effet exemplaire de la peine ne sont pas concluantes. D'ailleurs : « ... the word "deters" does not denote an observable phenomenon, and any assertion that contains the word is by itself contestable. » (*id.*)

27. Voir cependant : G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little Brown and Co., 1978, p. 415. Il est intéressant ici de faire le parallèle avec le débat entourant le pouvoir des parents de corriger leurs enfants en ayant recours à la force nécessaire, et ce en vertu de l'article 43 du Code criminel. On pourrait alors, et jusqu'à une certaine mesure, remplacer les parents par l'État et l'enfant commettant une indiscipline par l'infacteur.

La Commission de réforme du droit du Canada, dans son document de travail 38, *Les voies de fait*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984, distingue les trois cas suivants :

- a) Lorsqu'il y a une situation de danger ou d'urgence et pour éviter un grand mal, le parent est obligé d'exercer une certaine force ;
- b) Lorsqu'un parent, emporté ou énervé à cause des contrariétés de la vie, n'a pas la patience d'essayer d'expliquer à l'enfant la signification de son geste concret, mais préfère lui donner une fessée ou autre punition ;
- c) Lorsqu'après un certain temps et après que les esprits soient calmés, il applique une punition pour corriger l'enfant et l'empêcher de recommencer.

Dans le premier cas, il y avait unanimité des commissaires à l'effet qu'il faut appliquer les mesures d'urgence. Les deux autres cas cependant sont beaucoup plus difficiles. Idéalement, il faut éduquer l'enfant, lui expliquer les causes et les effets de son geste, l'aider à réparer une situation. Les membres de la Commission se dirigeaient au début vers l'exclusion de la défense de la force nécessaire dans ces cas. Mais à la fin, majoritairement, ils se sont ravisés pour des raisons et des difficultés d'ordre « pratique ». Si on transpose ces faits au cas de l'infraction, on voit que là aussi idéalement il faut éduquer, expliquer, aider à réparer mais non punir. Cependant, il est irréaliste de penser qu'à l'heure actuelle, cette approche peut s'appliquer intégralement même si de grands progrès sont accomplis dans le domaine des alternatives aux peines traditionnelles.

des mécanismes alternatifs autre que l'emprisonnement, il se trouve en réalité à exercer son droit de punir vu qu'il s'agit de mesures coercitives où l'individu doit se soumettre au risque d'être emprisonné. C'est donc en réalité le droit de l'État de punir qui se trouve derrière les objectifs qu'on assigne à une sentence en droit pénal.

## 2. Critique du droit de l'État de punir

La punition visant à infliger une certaine forme de douleur n'a jamais été acceptée facilement par la conscience des gens civilisés<sup>28</sup>. Comme disait J.L. Vullierme :

[q]ui s'avouera suffisamment cruel pour accepter la souffrance d'autrui et, pis encore, pour la préconiser en elle-même ? La sympathie, la bienveillance, la pitié, sont des sentiments partagés ; des instincts peut-être plus profonds encore qu'une attitude morale ou que la charité. Une impulsion naturelle nous porte à détester la souffrance des hommes, presque autant que la nôtre ; comme si elle devait en être l'augure, voire comme si elle pouvait en être la cause.<sup>29</sup>

Le même auteur concluait à l'effet qu'il n'est pas étonnant, en une époque où même le sacrifice des animaux de laboratoire suscite de violentes protestations, que l'allure surnaturelle de la peine augmente la répugnance qu'elle suscite, et conduise à son abolition<sup>30</sup>. Par ailleurs, les partisans du déterminisme prétendent qu'il est illusoire de chercher à punir en fonction de la responsabilité personnelle de l'auteur de l'infraction, car il est extrêmement difficile de déterminer les motifs, les intentions et les sentiments d'une autre personne<sup>31</sup>. Et de toute façon, sur le plan pratique, on peut dire que le propriétaire dont la cour a été ravagée est plus intéressé à être indemnisé de ses dommages qu'à en voir punir les auteurs<sup>32</sup>.

Mais les attaques les plus virulentes viennent de la part des abolitionnistes qui préconisent soit la disparition progressive du droit pénal au profit de procédures administratives préventives ou transactionnelles, soit son abolition par la restitution aux particuliers de leurs conflits, substituant ainsi une négociation entre les parties à la punition étatique d'une infraction<sup>33</sup>.

28. P. GERBER and P. MCANANY, *supra*, note 10, p. 39. Voir aussi : J. PARRAIN-VIAL, *supra*, note 22, p. 141.

29. *Supra*, note 9, p. 155.

30. *Id.*, p. 156. Voir aussi le cri d'alarme lancé aux spécialistes du droit par K. MENNINGER, *supra*, note 1, p. 18.

31. GOUVERNEMENT DU CANADA, *supra*, note 15, p. 55.

32. *Id.*, p. 34.

33. P. PONCELA, *supra*, note 12, p. 133, 134. Le même auteur poursuit : « Il serait préférable de penser le droit pénal comme organisation d'un système de peines sanctionnant certains rapports qui viennent à s'établir entre l'État et les particuliers, selon une relation plus ou moins directe. »

Les critiques les plus structurées viennent de la part de M. Hulsman. Il part de l'affirmation que le système pénal est une institution néfaste, qui broie des hommes et des familles sans régler pour autant le problème de la criminalité<sup>34</sup>. Il donne par la suite plusieurs arguments en faveur de l'abolition du système pénal. Nous avons extrait les principaux.

### 2.1. Inégalité à l'application du droit pénal

Le système pénal a pour objet de produire la souffrance et ces souffrances sont inégalement réparties. Cette inégalité à l'application du droit pénal est due :

- a) à la relativité du concept d'infraction qui varie d'un contexte social à un autre ;
- b) à la part importante de délinquance cachée commise par des citoyens considérés comme respectueux des lois ;
- c) au rôle des stéréotypes et des prévisions concernant les catégories de personnes susceptibles d'être des délinquants ;
- d) aux grandes variations observables dans la nature et la sévérité des sanctions<sup>35</sup> ;
- e) aux dangers de cataloguer certains comportements comme délictueux et certains individus comme délinquants.

Le droit pénal, en fonctionnant de cette façon, opère au détriment des membres les plus faibles de la société et renforce ainsi les inégalités sociales<sup>36</sup>.

### 2.2. Incompatibilité avec les buts poursuivis par une société libre et démocratique

Il est certain que les gens veulent être protégés contre les dangers véhiculés par la criminalité, mais il est trop simple d'interpréter ce désir comme un appel en faveur du maintien d'un système durement répressif.

---

34. Voir J. BERNAT de CELIS, « Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman », (1982) *Archives de politique criminelle*, p. 31 s., p. 40-41. D'après M. Hulsman, les mécanismes de contrôle social non juridiques ne sont pas forcément « meilleurs », mais, d'une part, ils sont propres à aider chaque individu à mieux maîtriser sa vie et d'autre part, les solutions trouvées et cautionnées en quelque sorte par la communauté de vie ou la collectivité intéressée ont plus de chances de correspondre aux vœux des personnes directement impliquées. (*Id.*, p. 59).

35. Sur le problème de la disparité des sentences, voir G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *supra*, note 1, p. 102 s.

36. Voir J. BERNAT de CELIS, *supra*, note 34, p. 19-20. Voir également GOUVERNEMENT DU CANADA, *supra*, note 15, p. 39 ; P. GERBER and P. MCANANY, *supra*, note 10, p. 259.

Comment une telle réaction punitive insupportable peut-elle être acceptée à la conscience d'une époque où les droits de l'homme s'affirment de plus en plus ?<sup>37</sup>. La grande importance accordée par les sociétés contemporaines aux idéaux de liberté et d'humanité ne peut pas se concilier avec un système excessivement punitif<sup>38</sup>.

### 2.3 Le concept de « crime » n'existe pas

Les crimes, en vertu de la loi pénale, ont été définis par des êtres humains et sont par conséquent des notions relatives et modifiables. On isole un acte et on l'extrait de son contexte social pour le mettre dans une définition légale. Mais le crime n'est pas un acte isolé ; c'est l'aboutissement d'un processus ou l'expression d'un malaise. Et lorsqu'on cherche à déterminer la gravité d'un acte par l'intensité du préjudice causé et l'intention de nuire ou culpabilité subjective, on fait fausse route car, à supposer que ces deux notions puissent se conjuguer rationnellement, ni le degré de préjudice ou de risque, ni le degré de culpabilité subjective imputé à l'auteur d'une infraction ne donnent par eux-mêmes aux décideurs la moindre indication leur permettant de connaître la situation d'une manière utile aux intéressés, ni de trouver les vrais moyens de prévenir le retour des faits indésirables.

Il est donc inacceptable de proportionner la peine, et le degré de souffrance qu'elle porte en elle, au type de comportement indésirable qui a eu lieu, du seul fait que celui-ci entre dans la compétence du système pénal, et sans avoir approfondi la situation-problème qui a provoqué cette réaction<sup>39</sup>.

### 2.4 Impossibilité de déterminer la dangerosité d'un individu

Le concept de la « dangerosité » d'une personne subit depuis un certain temps des critiques virulentes qui remettent en question son statut scientifique ainsi que la capacité des professionnels de prédire avec justesse la dangerosité d'un individu<sup>40</sup>. Christian Debuyst expose, d'après nous, correctement la situation lorsqu'il mentionne que :

La seule conclusion [...] est celle qui préconise un éclatement de la notion de dangerosité qui, à première vue, paraît recouvrir une réalité évidente, mais qui,

37. J. BERNAT de CELIS, *supra*, note 34, p. 40.

38. GOUVERNEMENT DU CANADA, *supra*, note 15, p. 49.

39. J. BERNAT de CELIS, *supra*, note 34, p. 33-34. Sur la définition légale du crime, voir entre autres G.I. WILLIAMS, *supra*, note 1, p. 14 s. ; J. SMITH et B. HOGAN, *supra* note 1, p. 17 s. ; G. CÔTÉ-HARPER, et A. MANGANAS, *supra*, note 1, p. 23 s.

40. « La dangerosité », *Revue Criminologie*, vol. XVII, n° 2, Montréal, P.U.M. 1984, éditorial, p. 3.

à seconde vue, est beaucoup plus de l'ordre d'une préoccupation qui unifie artificiellement une pluralité de difficultés se situant dans des problématiques différentes et qui pourraient donner lieu à une pluralité de démarches.<sup>41</sup>

Or, mis à part le fait que la notion de dangerosité est relative et doit être maniée avec beaucoup de précautions, M. Hulsman croit que ce sont moins les personnes qui sont dangereuses que les situations dans lesquelles elles se trouvent placées. Comment prédire le risque plus élevé que va présenter un individu particulier à un moment donné, dans des circonstances où il entre une si grande part de hasard ? Il semble donc illusoire de chercher à prendre des mesures d'efficacité fondées sur la dangerosité<sup>42</sup>.

Les abolitionnistes concluent donc qu'il faut avoir recours à d'autres mécanismes pour répondre à une infraction criminelle.

### 3. Cas où il faut exercer ce droit

La question qui se pose après l'analyse que nous avons effectuée est la suivante : existe-t-il des cas, à l'heure actuelle, où l'État devrait pouvoir exercer son droit de punir ?

Deux remarques préliminaires s'imposent. Premièrement, il faut éviter de confondre l'emprisonnement avec la sanction. La deuxième notion peut prendre d'autres formes telles que l'obligation de restituer, l'amende, etc.<sup>43</sup>. Si nous sommes d'accord pour dire que l'emprisonnement est mauvais, il faut éviter de généraliser pour dire qu'il ne faut jamais imposer une sanction. Deuxièmement, il faut éviter de confondre la notion de punition avec celles de protection de la société, d'effet dissuasif et de réhabilitation. Quand on emprisonne un individu pour protéger la société, on se trouve en réalité à lui imposer une sanction même si parfois notre but n'est pas de le punir. L'imposition d'une mesure coercitive coïncide donc avec la punition quant à ses effets. C'est dans ce sens que nous préconisons que l'État devrait pouvoir imposer des sanctions dans certains cas spécifiques et avec beaucoup de modération<sup>44</sup>.

---

41. C. DEBUYST, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », in *Criminologie*, *supra*, note 40, p. 7 s., p. 24.

42. J. BERNAT de CELIS, *supra*, note 34, p. 35.

43. G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *supra*, note 1, p. 111 s.

44. Voir les nouvelles dispositions proposées par le Gouvernement canadien et contenues dans le Projet de loi C-19 déposé le 7 février 1984.

### 3.1. Le cas du comportement dangereux

Dans ce cas, il faut neutraliser l'individu à cause de la gravité de son acte ou de son comportement dangereux. Nous allons donner deux exemples pour illustrer cette situation : le trafic des stupéfiants et les agressions sexuelles à l'égard des enfants. Pour mieux saisir la première situation, nous allons citer deux cas qui sont allés devant les tribunaux<sup>45</sup>.

Harold Lebovitch, trafiquant-usager avait été condamné en première instance à deux ans moins un jour d'emprisonnement pour trafic. L'accusé interjette appel sur sentence et la Cour d'appel lui donne raison à cause du fait qu'il avait suivi avec de bons résultats le programme de désintoxication du centre le Portage, programme qui est très sévère pour celui qui le suit. En conséquence, la Cour d'appel substitue à la peine d'emprisonnement un sursis de sentence de trois ans avec ordonnance de probation.

Nous sommes d'accord avec cette décision. Mais que fallait-il faire dans l'autre cas, celui de Masterson, héroïnomane qui avait à plusieurs reprises entrepris et abandonné des cures de désintoxication<sup>46</sup>? Celui-ci, devant répondre à une accusation de trafic, plaida non coupable. Après les accusations portées contre lui et étant sous cautionnement, il voyagea au Népal où il acheta 28 gr. d'héroïne qu'il mit dans des préservatifs, lesquels il a avalé pour les importer, sans succès cependant, au Canada. Héroïnomane de longue date, il avait consulté un médecin qui lui avait suggéré des longues marches et une diète spéciale. Cependant, Masterson recommença l'héroïne 4 ou 5 jours après avoir arrêté. Suite aux conseils de ses avocats et dans le but évident de bénéficier de la clémence des juges de la Cour d'appel, il entreprit un traitement qu'il suivit plus ou moins. Comment donc les juges devraient-ils réagir face à un tel cas? Et quelle est la ressemblance de cette cause avec celle de *Lebovitch* où l'accusé avait manifesté une intention réelle de se départir de sa toxicomanie? Peut-on vraiment blâmer les juges qui ont augmenté la peine de 18 mois à 5 ans d'emprisonnement?

L'autre cas est celui des infractions sexuelles à l'égard des enfants. Il s'agit d'infractions qui représentent de graves dangers pour une partie vulnérable de la population. Devant les incertitudes des divers traitements subis par les délinquants dangereux, la seule possibilité pour enrayer cette criminalité est d'avoir recours au droit pénal. C'est l'approche préconisée

---

45. *Lebovitch v. R.*, [1979] C.A. 462; *R. v. Masterson*, C.A., Mtl, n° 500-10-000220-796, 31 juillet 1979.

46. *R. v. Masterson*, *supra*, note 45. Pour d'autres cas, voir G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *supra*, note 1, p. 88 s.

par le Rapport Badgley<sup>47</sup> qui veut criminaliser certains comportements, élargir certaines infractions existantes ou augmenter les peines pour des infractions qui sont déjà dans le Code.

### 3.2. La personne qui n'exécute pas une mesure civile ou alternative à une peine

Le droit de punir devrait également être exercé comme dernier recours lorsque la personne sciemment n'exécute pas une mesure alternative aux peines traditionnelles. Cette solution est nécessaire si nous voulons que notre système de justice garde un minimum de crédibilité. Lorsque, par exemple, l'individu ne paye pas une amende, ne veut pas restituer les biens volés ou ne veut pas exécuter les travaux communautaires, il faut songer à avoir recours à un mécanisme punitif ou coercitif pour obtenir l'exécution. C'est ce qui est prévu par la nouvelle loi québécoise<sup>48</sup> :

63.8 : Lorsque des travaux compensatoires n'ont pu être offerts ou que le défendeur refuse ou néglige de faire de tels travaux, le percepteur, si l'amende n'a pas été acquittée, peut présenter une demande verbale et *ex parte* à un juge de paix pour que soit alors prononcée une peine d'emprisonnement.

### 3.3. Certains cas de criminalité « moderne »

Si les deux autres cas que nous venons d'aborder sont des cas traditionnels invoqués par ceux qui sont en faveur du droit de l'État de punir, la dernière situation a émergé par l'insistance de certaines formes de criminalité nouvelles dues surtout au progrès technologique. Nous parlons concrètement de la criminalité économique et des infractions à la circulation ou à l'environnement. Souvent, il s'agit d'une criminalité créant un danger pour la société et ne se dirigeant pas concrètement vers un individu en particulier. Dans ces situations, la personne, par son attitude consciente, crée des risques pour autrui ou va à l'encontre des buts légitimes recherchés par la société contemporaine :

... le droit pénal et le système de justice pénale doivent être « modernisés » de façon à pouvoir combattre de nouveaux types d'infractions (comme le harcèlement sexuel ou le gaspillage des ressources énergétiques) ou les conséquences néfastes de certaines pratiques des grandes entreprises. Vues sous cet angle, les sanctions du droit pénal peuvent dans certains cas être imposées parce que ces activités violent des valeurs sociales nouvellement acquises dont

---

47. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants, rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, Vol. I et II, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984.

48. *Loi modifiant la Loi sur les poursuites sommaires*, L.Q. 1982, c. 32.

l'importance grandit avec la complexité d'une société plus vulnérable à des types particuliers de méfaits comme la pollution, l'utilisation abusive des média d'information, la manipulation monopolistique et collusoire des prix et des marchés, le vol par ordinateur, la destruction des ressources naturelles rares ou non renouvelables, la fabrication de produits dangereux, le non-respect des normes de sécurité au travail, pour n'en nommer que quelques-uns.<sup>49</sup>

Il ne s'agit donc pas, dans la plupart des cas, des gens démunis, défavorisés, sans éducation, pour qui la commission d'une infraction est l'aboutissement prévisible d'un contexte social défavorable, mais de gens qui, sciemment et ayant la possibilité de choisir librement, ont préféré agir d'une façon plutôt que d'une autre. Évidemment, il existe certaines causes derrière ces comportements qu'on pourrait traiter plutôt que punir, mais il faut être réaliste face à ce problème et l'aborder avec les moyens que nous possédons actuellement.

Voici quelques exemples concrets tirés des recueils de jurisprudence et où la personne (physique ou morale) devrait subir une sanction :

- L'industrie qui déverse intentionnellement du polluant dans une rivière pour sauver de l'argent ;
- Le haut fonctionnaire qui, après un 5 à 7 et conduisant son auto en état d'ivresse avancée, provoque un accident mortel<sup>50</sup> ;

49. GOUVERNEMENT DU CANADA, *supra*, note 15, p. 40-41.

50. Voir le Projet de loi C-18 qui augmente les peines en cas de conduite avec facultés affaiblies, *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, 1985 S.C. c. 19. Nous trouvons opportun de citer des extraits d'un texte préparé par le Dr. Gillian Arsenault et publié dans *The Medical Post*, 25 juin 1985 :

The big car hit the small car. The little boy who had been waiting for his mother saw her thrown 50 feet from the small car. He ran to her.

She was unrecognizable. Grey matter, hair, facial skin, blood and teeth formed an amorphous mass where her head had been. Her pelvis was similarly flattened. The boy ran, screaming : « My mommy's dead, my mommy's dead ! ». He was 11.

Another boy had been waiting with him. This boy ran to the small car. Inside was his mother, unconscious, covered in blood, the right side of her body massively injured. The child ran to get his father and the ambulance.

[...]

What of the occupants of the big car? The driver, aged 17 was unhurt. The passenger, aged 18, had minor scalp lacerations. He, too, was taken to Maple Ridge Hospital — for stitches. While being stitched up, he explained they had been « dragging » a motorcycle. He figured they were doing 120 to 140 kilometers an hour.

[...]

Our patient died later that night.

I keep thinking about her. She was three weeks younger than I am. What of her son, her husband, the rest of her family? What of the other woman killed, mashed flat for her son to find?

And I think of an 18-year-old in the out-patient's, bragging about speeding.

I humbly submit that the two kids in the speeding car, the 17-year-old and the 18-year-old, do not really appreciate what they have done. They have experienced the speed, but have been spared full awareness of the resulting death, apin, grief and suffering. Society protects

- La personne qui, sciemment et en connaissance de cause, essaye d'exporter du Canada, pour les vendre à l'étranger, des œufs d'une espèce animale qui est en danger (exemple : faucon pèlerin)<sup>51</sup> ;
- Les supporters d'une équipe de football qui, dans un moment d'euphorie ou de colère après le match, blessent des gens ou cassent et détruisent les vitrines des magasins avoisinants<sup>52</sup> ;
- Le fonctionnaire qui, pour pouvoir suivre tranquille son programme préféré à la télé et parce que l'eau en ébullition mise au feu par son épouse faisait du bruit, a renversé la casserole avec l'eau bouillante sur la tête de son épouse.

Que ce soit pour dissuader ou corriger dans ces situations, nous estimons qu'il faut exercer le droit de punir. Comme disait un auteur :

[I]a peine doit être limitée à la moindre quantité de mal suffisante i) pour maintenir une dissuasion générale parmi ceux qui pourraient être tentés de commettre des crimes pareils et ii) pour prévenir le récidivisme parmi les criminels.<sup>53</sup>

## Conclusion

Les raisons invoquées par les abolitionnistes, et par M. Hulsman plus particulièrement, pour abolir le système pénal traditionnel sont souvent très valables lorsque, par exemple, ils affirment que ce sont les situations de la vie qui sont plus dangereuses que les personnes. Là où nous ne sommes pas nécessairement d'accord, c'est sur les moyens qui sont proposés à l'heure

---

them. We, the medical profession, fight to save the injured. We see. The families are bereft. They suffer.

I think we should cease to protect those who assault others with cars. I think we should cease to shield them from the full and awful realization of the consequences of their irresponsibility.

This is what I think we should do :

With the permission of the families, the bodies of the victims should be placed in a room. Pictures of each victims as she was in life should be prominently displayed.

Into this room each young man should go, alone. And sit. And think. I suggest 12 hours of contemplation for the driver, and six for the passenger who egged him on. I think the two of them should face, intimately and directly, the once-living human they have killed. They should consider long and well the transition from life to death, and the role they played in that transition. They should consider how they wish to behave in future.

They should then be offered the opportunity to spend several years providing what service they can to other families bereaved by death or burdened by crippling. If they decline, they should be barred from driving for life. The irresponsible are less leathal on bicycles.

51. *Krey v. R.*, (1982) 29 C.R. (3d) 175 (N.W. Ter. S. Ct).

52. *Le Soleil*, 5 juin 1985, p. S-8.

53. S. LAZARIDIS, *supra*, note 12, p. 102.

actuelle pour remplacer les mécanismes employés par le droit pénal<sup>54</sup>. Nous vivons en 1985 avec une réalité qui peut difficilement absorber le système préconisé par M. Hulsman. Nous faisons face à une opinion publique répressive dans une période d'insécurité économique. Il y a une urbanisation démesurée avec les conséquences déshumanisantes qui en découlent. Les jeunes n'ont pas de travail et cherchent désespérément de nouvelles valeurs. L'État a tellement pris en charge l'individu que la responsabilité individuelle a disparu en faveur d'un état de surprotection et de complaisance. Des institutions traditionnelles, telle la famille, ont éclaté. La qualité de vie s'est dégradée et la vie en général est devenue trop complexe.

D'autre part, l'État s'est rendu compte que l'emploi des mécanismes contraignants traditionnels, tels la prison, ne pouvaient pas contrer la délinquance. Plusieurs pays ont commencé à utiliser les mesures alternatives. Cet effort doit continuer. Mais doit-on aller jusqu'à départir l'État de son pouvoir ultime d'imposer des sanctions dans certains cas ? Doit-on laisser ce pouvoir aux particuliers ? Nous croyons qu'il faut essayer de trouver un dosage intelligent où, tout en laissant le droit ultime à l'État, il faut impliquer les différentes communautés collectivement ou les individus à la solution des transgressions aux règles de la vie sociale. Il faut donc arriver à un stade où le comportement criminel sera envisagé de façon globale. Cependant, cette méthode d'aborder le comportement nuisible dans ses causes et ses effets est difficile dans son application pratique. Car, quel mécanisme sera responsable au départ pour prendre la décision sur le meilleur traitement pour chaque cas ? La police ? Le procureur de la Couronne ? Nous pensons qu'il est actuellement impossible pour ces mécanismes d'avoir une approche globale étant donné les ressources limitées qu'ils possèdent. Et en supposant qu'on ait fait un choix judicieux au départ, qui sera celui qui assurera le suivi et s'occupera du problème en vue d'éliminer les causes du comportement nuisible ? De plus, il faut que la personne qui a commis l'infraction se soumette volontairement au « traitement », sinon il faut envisager d'autres solutions.

---

54. On propose de substituer le processus civil. Mais en quoi ce système fonctionne-t-il mieux que le système pénal ? Des retards, il y en a. De plus, la situation conflictuelle qui a abouti au litige n'est pas nécessairement mieux analysée. Quant au système de la peine pécuniaire, il favorise les riches au détriment des pauvres dans certains cas. Et comment va-t-on recouvrer l'amende non-payée ?

Les abolitionnistes donnent comme exemple dans la plupart des cas les infractions mineures telles les petits vols. Mais à l'heure actuelle, tout le monde s'accorde pour décriminaliser ou appliquer des mesures alternatives pour ces cas.

Il faut donc prévoir un mécanisme ressemblant à la Direction de la protection de la jeunesse qui déciderait, après concertation avec les spécialistes, des mesures à prendre.

En guise de conclusion, nous pouvons donc dire que l'État doit traiter de façon individuelle chaque infracteur dépendant de sa situation, sa condition et sa responsabilité personnelle ainsi que des motifs qui l'ont poussé à l'acte. Il faut cependant maintenir le droit de l'État de sanctionner dans certaines circonstances exceptionnelles.