

La théorie de la dénonciation :  
émergence et institutionnalisation en droit criminel

Sébastien Lachambre

Thèse soumise à la  
Faculté des études supérieures et postdoctorales  
dans le cadre des exigences  
du programme de doctorat en criminologie

Département de criminologie  
Faculté des Sciences sociales  
Université d'Ottawa

## Table des matières

<b>LISTE DES FIGURES</b>	<b>v</b>
<b>LISTE DES TABLEAUX</b>	<b>v</b>
<b>RÉSUMÉ</b>	<b>vi</b>
<b>REMERCIEMENTS</b>	<b>vii</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
<b>CHAPITRE I</b>	
<b>APPROCHE THÉORIQUE : SUR LES THÉORIES DE LA PEINE ET SUR UN SYSTÈME D'IDÉES CONSTITUÉ DE THÉORIES DE LA PEINE</b>	<b>7</b>
<b>1.1 L'assise de la thèse : l'émergence du problème de recherche et le concept au cœur de ce problème de recherche</b>	<b>8</b>
1.1.1 L'émergence d'un problème de recherche	8
1.1.1.1 Pourquoi étudier la théorie de la dénonciation ?	9
1.1.1.2 Pourquoi étudier la période allant des années 1950 aux années 1980 ?	16
1.1.2 Réflexions sur les théories de la peine	18
1.1.2.1 Les théories de la peine comme constitutives d'un « vocabulaire de motifs »	22
1.1.2.2 Quels sont les éléments composant une théorie de la peine ?	27
<b>1.2 La « rationalité pénale moderne » et ses théories de la peine</b>	<b>30</b>
1.2.1 La structure de la théorie de la rétribution	32
1.2.2 La structure de la théorie de la dissuasion	39
1.2.3 La structure de la théorie de la réhabilitation carcérale	45
1.2.4 La rationalité pénale moderne (la RPM)	52
1.2.4.1 Un point de départ	53
1.2.4.2 Les relations entre les théories de la peine formant la RPM	58
<b>1.3 L'observation de l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC</b>	<b>61</b>
<b>CHAPITRE II</b>	
<b>CHAPITRE MÉTHODOLOGIQUE</b>	<b>73</b>
<b>2.1 Une recherche qualitative documentaire</b>	<b>74</b>
<b>2.2 Les types de documents analysés</b>	<b>76</b>
<b>2.3 L'échantillonnage</b>	<b>81</b>
2.3.1 La périodisation de notre recherche	81
2.3.2 La cueillette des données	83
<b>2.4 L'approche analytique</b>	<b>90</b>

### **CHAPITRE III**

## **LES DISCOURS SAVANTS SUR LA DÉNONCIATION ENTRE LES ANNÉES 1950 ET 1980 \_\_\_\_\_ 93**

### **3.1 Un point de départ : Le témoignage de Lord Denning devant la RCCP \_\_\_\_\_ 96**

### **3.2 L'apport de Feinberg à la théorie de la dénonciation : la « fonction expressive de la peine » \_\_\_\_\_ 103**

3.2.1 La philosophie comme discours légitimateur de la sévérité des peines \_\_\_\_\_ 106

3.2.2 Un (nouveau) « nom » pour la théorie \_\_\_\_\_ 107

3.2.3 Substantialisation du concept de crime et de peine et valorisation de l'infliction de la souffrance \_\_\_\_\_ 108

3.2.4 Un nouveau concept de « proportionnalité » ? \_\_\_\_\_ 110

3.2.5 Comment rendre le mépris « rationnel » pour la détermination de la peine \_\_\_\_\_ 115

3.2.6 Les théories de la dénonciation, de la rétribution et de la dissuasion \_\_\_\_\_ 118

3.2.7 La théorie de la dénonciation comme justification de la sévérité des sanctions \_\_\_\_\_ 120

### **3.3 Une première discussion critique de la dénonciation : H.L.A. Hart \_\_\_\_\_ 122**

3.3.1 La position défendue par Hart et la manière par laquelle elle oriente sa perception de la théorie de la dénonciation \_\_\_\_\_ 124

3.3.2 La « théorie de la dénonciation » faisant l'objet des critiques de la part de Hart \_\_\_\_\_ 127

3.3.3 Comment Hart construit-il l'aspect néfaste de cette théorie ? \_\_\_\_\_ 133

### **3.4 Le traitement distinct de Nigel Walker (1969, 1980 et 1981) \_\_\_\_\_ 137**

3.4.1 Une théorie de la peine à plusieurs variantes appartenant à l'un ou l'autre des courants philosophiques \_\_\_\_\_ 137

3.4.2 Sur l'absence de critère pour lier des auteurs et des idées à la dénonciation \_\_\_\_\_ 145

### **3.5 L'intégration de la « dénonciation » dans la dissuasion par Johannes Andenaes \_\_\_\_\_ 148**

3.5.1 Comment affirmer que la dénonciation fait partie de la théorie de la dissuasion ? \_\_\_\_\_ 149

3.5.2 L'obstacle terminologique \_\_\_\_\_ 153

### **3.6 L'attachement rétributiviste de la théorie de la dénonciation ou le glissement sémantique : illustration à travers l'ouvrage 'Salmond on jurisprudence' \_\_\_\_\_ 155**

### **3.7 La radicalisation de la critique à la dénonciation \_\_\_\_\_ 159**

3.7.1 Le « *'cold' legalism* » comme cadre de référence \_\_\_\_\_ 158

3.7.2 La recommandation d'exprimer des émotions ou de la désapprobation comme masque de la souffrance intentionnellement infligée \_\_\_\_\_ 159

### **3.8 En guise de conclusion \_\_\_\_\_ 161**

3.8.1 Comment les discours savants récents traitent-ils de l'indépendance analytique de la théorie de la dénonciation ? \_\_\_\_\_ 162

3.8.2 Comment les discours savants lient-ils l'infliction de souffrances et l'expression de la désapprobation dans le cadre des opérations du SDC ? \_\_\_\_\_ 166

3.8.3 Mise en valeur des constats pouvant être tirés à partir de ce chapitre \_\_\_\_\_ 169

## CHAPITRE IV

### LA NAISSANCE ET L'INSTITUTIONNALISATION DE LA THÉORIE DE LA DÉNONCIATION OBSERVÉE À TRAVERS LES RAPPORTS DE COMMISSION DE RÉFORME 172

<b>4.1 La Royal Commission on Capital Punishment (1953) : la mise au monde de la théorie de la dénonciation s'amorce définitivement</b>	<b>173</b>
4.1.1 Caractérisation du rapport et raison d'être de la commission	173
4.1.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles	176
4.1.3 rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation	179
4.1.4 Le rôle de la théorie de la dissuasion dans la naissance de la théorie de la dénonciation	188
4.1.5 En guise de conclusion	191
<b>4.2 Le rapport Fauteux (1956) – Committee appointed to inquire into the principles and procedures followed in the remission service of the department of justice of Canada</b>	<b>192</b>
4.2.1 Caractérisation du rapport et raison d'être du Comité	192
4.2.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles	193
4.2.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation	196
4.2.4 Lorsque la dénonciation n'a pas besoin du support d'une autre théorie de la peine pour « naître »	198
4.2.5 En guise de conclusion	201
<b>4.3 Rapport Ouimet (1969) – Report of the Canadian Committee on Corrections</b>	<b>201</b>
4.3.1 Caractérisation du rapport et raison d'être de la Commission	202
4.3.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles	203
4.3.3 Le rôle des théories de la rétribution et de la dissuasion (ensemble) dans la naissance de la théorie de la dénonciation	207
4.3.4 En guise de conclusion	210
<b>4.4 Struggle for Justice (1971) – A Report on Crime and Punishment in America Prepared for The American Friends Service Committee</b>	<b>210</b>
4.4.1 Caractérisation du rapport et raison d'être du groupe	212
4.4.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles	214
4.4.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation	217
4.4.4 Le rôle de la théorie de la dissuasion dans la naissance de la théorie de la dénonciation	218
4.4.5 En guise de conclusion	221
<b>4.5 Doing Justice (1976) – Report of the Committee for the Study of Incarceration</b>	<b>221</b>
4.5.1 Caractérisation du rapport et raison d'être du Comité	222
4.5.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles	224
4.5.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation	229
4.5.4 En guise de conclusion	233
<b>4.6 La Commission de réforme du droit du Canada (1971 – 1976)</b>	<b>234</b>
4.6.1 Caractérisation du rapport et raison d'être de la Commission	234
4.6.2 La position de la Commission face aux théories de la peine et sa conception de l'intervention pénale	236
4.6.3 La position de la CRDC par rapport au médium « dénonciation »	240
4.6.3.1 La « dénonciation » comme un rôle global du SDC	241
4.6.3.2 La « dénonciation » comme objectif spécifique	245
<b>4.7 Remarques conclusives</b>	<b>252</b>

## **CHAPITRE V**

### **LA NAISSANCE ET L'INSTITUTIONNALISATION DE LA THÉORIE DE LA DÉNONCIATION OBSERVÉE À TRAVERS LA JURISPRUDENCE**

**CANADIENNE** \_\_\_\_\_ **256**

**5.1 Type A : Lorsque la théorie de la rétribution contribue à la naissance de la théorie de la dénonciation** \_\_\_\_\_ **257**

**5.2 Type B : Lorsque la théorie de la dissuasion contribue à la naissance de la théorie de la dénonciation** \_\_\_\_\_ **273**

**5.3 Type C : Lorsque la théorie de la dénonciation apparaît comme distincte à la fois de la théorie de la rétribution et de la théorie dissuasion** \_\_\_\_\_ **280**

**5.4 Remarques conclusives** \_\_\_\_\_ **309**

## **CHAPITRE VI**

### **UNE RECONSTITUTION DE LA THÉORIE DE LA DÉNONCIATION ET L'APPORT DE JAMES FITZJAMES STEPHEN** \_\_\_\_\_ **313**

**6.1 L'émergence d'une certaine mise en relation du public et des peines de droit criminel dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle** \_\_\_\_\_ **315**

6.1.1 La peine et le public chez Garofalo \_\_\_\_\_ 316

6.1.2 La peine et le public chez Tarde \_\_\_\_\_ 317

6.1.3 Et Durkheim dans tout cela ? \_\_\_\_\_ 318

6.1.4 Remarques conclusives \_\_\_\_\_ 325

**6.2 La théorie de la peine de James Fitzjames Stephen, une des premières formulations de la « théorie moderne de la dénonciation » ?** \_\_\_\_\_ **325**

6.2.1 Sur le fondement du droit de punir \_\_\_\_\_ 332

6.2.2 Quel est le but de la peine ? \_\_\_\_\_ 335

6.2.3 Qui peut-on punir ? \_\_\_\_\_ 347

6.2.4 Qu'est-ce qui compte (ou qui ne compte pas) comme peine ? \_\_\_\_\_ 349

6.2.5 Quels sont les devoirs de l'autorité politique et juridique ? \_\_\_\_\_ 351

6.2.6 Quel type de peines et quelle quantité de peine ? \_\_\_\_\_ 353

**6.3 Remarques conclusives** \_\_\_\_\_ **358**

## **CONCLUSION** \_\_\_\_\_ **361**

**7.1 Retour sur les conclusions des différents chapitres** \_\_\_\_\_ **362**

7.1.1 La reconstitution de la théorie de la dénonciation et l'apport de Stephen \_\_\_\_\_ 362

7.1.2 Les discours savants et la théorie de la dénonciation \_\_\_\_\_ 365

7.1.3 Les rapports de commissions de réforme et la théorie de la dénonciation \_\_\_\_\_ 367

7.1.4 Le rôle que joue la théorie de la dénonciation dans des décisions de tribunaux canadiens \_\_\_\_\_ 369

**7.2 Consolidation des conclusions individuelles** \_\_\_\_\_ **369**

7.2.1 À propos de la naissance de la théorie de la dénonciation \_\_\_\_\_ 370

7.2.2 L'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation \_\_\_\_\_ 371

7.2.3 Résultats de la recherche remis en perspective à la lumière du contexte sociohistoriques \_\_\_\_\_ 372

## **BIBLIOGRAPHIE** \_\_\_\_\_ **379**

## Liste des tableaux

<i>Tableau I : Comparaison des modes de valorisation des théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation</i>	<u>360</u>
---	------------

## Liste des figures

<i>Figure I : Un juge et des motifs</i>	<u>25</u>
<i>Figure II : Synthèse de la théorie de la rétribution</i>	<u>39</u>
<i>Figure III : Synthèse de la théorie de la dissuasion</i>	<u>45</u>
<i>Figure IV : Trois concepts de proportionnalité</i>	<u>115</u>
<i>Figure V : Synthèse de la théorie de la dénonciation</i>	<u>359</u>

## Résumé

L'objectif central de cette thèse est d'observer et de décrire le processus de naissance et d'institutionnalisation d'une nouvelle théorie de la peine : la théorie de la dénonciation. Cette théorie de la peine va naître *à l'intérieur* d'un système d'idées formé par d'autres théories de la peine *déjà institutionnalisées*. Ce système d'idées a été identifié et appelé par Alvaro Pires la « rationalité pénale moderne ». Notre contribution visera, elle, à observer d'une part le processus de naissance d'une *autre théorie de la peine* à l'intérieur de ce système d'idées et, d'autre part, la naissance et l'institutionnalisation de cette théorie dans divers discours : la philosophie et la doctrine juridique, les rapports des commissions de réforme du droit ou encore dans la jurisprudence (canadienne). Au cours de cette observation, nous aurons également la possibilité de voir comment une conception alternative de la dénonciation est apparue, mais sans réussir à prendre la forme stricte d'une « théorie de la peine » ni à s'institutionnaliser de façon stable et visible. Il s'agit de la dénonciation telle que l'a conçue la Commission de réforme du droit du Canada dans les années 1970. Cette manière de concevoir la dénonciation se situait à l'*extérieur* du système d'idées formé par la rationalité pénale moderne.

Cette thèse fait plusieurs contributions à la fois, et de différents genres. Elle prétend contribuer entre autres à la description du processus de naissance et d'institutionnalisation d'une théorie (de la peine) du système de droit criminel en mettant en évidence comment cette théorie va s'opposer à une conception alternative portant le même nom et prédominer sur cette dernière. De plus, cette thèse va construire trois niveaux parallèles d'observation empirique. En effet, nous allons observer la naissance de cette théorie sur trois trames discursives distinctes et bien différenciées : (i) le discours de la philosophie, de la théorie du droit et de la sociologie (ou criminologie) ; (ii) le discours des commissions de réforme (« étatiques » et « non étatiques ») ; (iii) le discours de la jurisprudence.

## **Remerciements**

Il est de ces choses qui arrivent et qui changent une vie. Ma rencontre avec le professeur Alvaro Pires aura été un de ces moments décisifs. Tous ceux qui l'ont côtoyé s'entendent sur deux conclusions : il est difficile de le faire s'arrêter courir pour discuter de nos travaux, mais lorsqu'il le fait, il est capable du meilleur. Au fil de ces moments passés à discuter, il m'aura permis de faire des apprentissages d'une valeur inestimable. J'aimerais lui adresser des remerciements des plus chaleureux.

En plus d'assumer le rôle de codirecteur de thèse, le professeur Jean-François Cauchie aura été pour moi bien davantage. En fait, je l'ai rapidement vu plus comme un grand frère. Il aura su être compatissant ou faire montre de fermeté selon les périodes, toujours avec mon bien-être en tête. D'ailleurs, je ne peux passer sous silence son incroyable curiosité intellectuelle qui aura nourri d'innombrables conversations. J'aimerais lui exprimer toute ma gratitude.

Il y a certaines belles personnes qui rendent la vie des gens autour d'eux plus agréable. Une de ces belles personnes m'a accompagné au cours du long périple menant au dépôt de ma thèse, je pense ici à Gérard Pelletier. Il a assaisonné mon quotidien de petits calembours et son aide a plus d'une fois débordé le strict cadre académique quand les circonstances le commandaient. Et cela, c'est sans compter toutes les heures qu'il a passées à relire un peu tout ce que j'ai écrit au cours des dernières années. Je lui dois beaucoup plus que je ne pourrai jamais lui remettre. Merci!

J'aimerais aussi remercier l'équipe du Laboratoire de recherche en Traditions juridiques et rationalité pénale, dirigé par le professeur Alvaro Pires. La générosité de tout un chacun a facilité cette période exigeante de ma vie. Je me souviendrai longtemps de ces moments passés en votre compagnie à défendre vigoureusement nos idées ou simplement à profiter de moments de détente avant l'inévitable retour au travail.

Je ne pourrais passer sous silence la contribution de Françoise Vanhamme à mon parcours. Elle se trouvait dans une situation qui n'était pas toujours évidente et elle a tout de même su m'amener à explorer des avenues intéressantes, et ce, toujours à l'intérieur de délais toujours serrés. Je la remercie également.

Pour parvenir à boucler le budget nécessaire à une telle entreprise, j'ai pu bénéficier du support financier de différentes sources. L'une de ces sources très importantes a sans nul doute été la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. Enfin, la confiance que Colette Parent, Christine Bruckert et Patrice Corriveau m'ont accordée (et régulièrement renouvelée) à travers les nombreux assistanats de recherche qu'ils m'ont confiés, m'a permis de respirer plus aisément sur le plan financier. Je leur dois une fière chandelle.

Je ne crois pas que j'aurais pu souhaiter un meilleur support que celui que les membres de ma famille m'ont donné. Ils ont su se montrer compréhensifs à l'égard de mes nombreuses absences et de mes passages en coup de vent au cours des années, tout en multipliant les mots d'encouragement à chaque occasion qui s'offrait. D'ailleurs, j'ai aussi eu la chance de me trouver une « nouvelle famille à Gatineau » qui a elle aussi fait en sorte de rendre des moments parfois pénibles, moins désagréables.

Enfin, la dernière et non la moindre, ma chère Geneviève. Que dire sinon qu'elle aura été là dans certains des moments les plus sombres de ma vie. Elle a su me redonner le sourire alors que c'était ce dont j'avais le plus besoin. Je suis heureux de pouvoir partager avec elle ces moments meilleurs qui s'annoncent. Je te serai toujours reconnaissant Ma Belle!



## *Introduction*

Le droit criminel voit apparaître régulièrement de nouvelles idées, de nouveaux critères de décision ou de nouvelles pratiques, y compris – même si c’est moins fréquent – en ce qui concerne les finalités et les justifications des peines. C’est sur une de ces finalités, qui est possiblement une théorie de la peine à savoir la « dénonciation » ou la « réprobation sociale », que nous nous arrêterons dans la présente thèse. Sans tambour ni trompette, ce nouveau motif pour imposer des peines est en effet venu s’ajouter aux opérations quotidiennes du système de droit criminel. Si, au Canada, la « dénonciation » n’a été codifiée comme objectif légitime de la peine qu’en 1996, nous verrons que cela ne signifie pas pour autant qu’elle est née à ce moment-là.

Au-delà de l’intérêt à observer l’apparition de la dénonciation comme une « nouveauté » pour le droit, il appert que la « théorie de la dénonciation » peut avoir contribué à maintenir l’emprise de certaines des idées les plus punitives du droit criminel.

L’objectif central de cette thèse est d’observer et de décrire le processus de naissance et d’institutionnalisation de cette nouvelle théorie de la peine. Il nous faut donc distinguer conceptuellement les notions de « finalité » et de « théorie » de la peine de manière à pouvoir qualifier la dénonciation comme finalité ou comme théorie (selon le cas). Nous devons également distinguer la « naissance » d’une nouvelle théorie de la peine de son institutionnalisation au sens fort du terme et ce, pour observer comment la théorie de la dénonciation émerge à la fois sur le plan des idées (sa naissance), des discours de réforme et des opérations ordinaires de décisions des tribunaux (son institutionnalisation) du système de droit criminel. Il faut toutefois se garder de voir dans

nos travaux l'idée de promouvoir cette théorie de la peine aux dépens de toutes les autres. Nous cherchons en effet ici à décrire et non à promouvoir ce qui s'avérera être une théorie de la peine.

Comme nous le verrons, cette théorie de la peine va naître *à l'intérieur* (et non à l'extérieur) d'un système d'idées formé par d'autres théories de la peine *déjà institutionnalisées* (notamment les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation en milieu carcéral). Ce système d'idées a été identifié par Alvaro Pires (1998) et il l'a appelé la « rationalité pénale moderne » (dorénavant aussi la RPM), un concept-clé sur lequel nous nous appuierons tout au long de la présente étude. Notre contribution visera, elle, à observer d'une part le processus de naissance d'une *autre théorie de la peine* à l'intérieur de ce système d'idées et, d'autre part, la naissance et l'institutionnalisation de cette théorie dans divers discours : la philosophie et la doctrine juridique, les rapports des commissions de réforme du droit ou encore dans la jurisprudence (canadienne). Notre thèse s'inscrit ainsi dans la problématique large de l'observation et de la description du système de droit criminel et de son système d'idées dominant telle que la développe tout particulièrement Alvaro Pires dans les travaux produits par la *Chaire de Recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale*.

Au cours de cette observation, nous aurons également la possibilité de voir comment une conception alternative de la dénonciation est apparue, mais sans réussir à prendre la forme stricte d'une « théorie de la peine » ni à s'institutionnaliser de façon stable et visible (nous définirons plus loin ce que nous entendons par cette institutionnalisation). Il s'agit de la dénonciation telle que l'a conçue la *Commission de*

*réforme du droit du Canada* dans les années 1970. Cette manière de concevoir la dénonciation, qui avait le même « nom » que celle qui prendra la forme d'une théorie de la peine et qui a été institutionnalisée par le système de droit criminel, se situait à l'*extérieur* du système d'idées formé par la RPM.

Cette thèse fait plusieurs contributions à la fois, et de différents genres. D'une manière plus accessoire ou complémentaire, elle contribue à une vérification empirique de la formation et du développement de ce système d'idées décrit par Pires. D'une manière fondamentale ou originale, elle prétend contribuer à la description du processus de naissance et d'institutionnalisation d'une théorie de la peine du système de droit criminel en mettant en évidence comment cette théorie va s'opposer à une conception alternative du même nom et finir par la neutraliser (provisoirement ?). Notre étude va aussi, nous l'avons dit, mettre à contribution tant théoriquement qu'empiriquement le concept d'institutionnalisation d'abord proposé par Berger et Luckmann (1966), puis retravaillé par Colyvas et Powell (2006). Nous verrons alors comment le potentiel théorique de ce concept sera accru en étant associé au couple médium / forme, tel qu'il a été proposé par Luhmann (2000) dans le cadre de la théorie des systèmes sociaux. Enfin, nous nous attellerons à bâtir trois niveaux parallèles d'observation empirique. En effet, nous allons observer la naissance et l'institutionnalisation de cette théorie dans trois trames discursives distinctes et bien différenciées : (i) les discours de la philosophie, de la théorie du droit et de la sociologie (ou criminologie) ; (ii) les discours des commissions de réforme (« étatiques » et « non étatiques ») ; (iii) les discours de la jurisprudence. C'est en combinant ces trois plans d'analyse que nous nous sommes rendu compte que l'émergence d'une théorie alternative pouvait très bien apparaître dans un type de

discours mais 1) ne pas être retenue ensuite dans les communications subséquentes de ce même type de discours et 2) ne pas apparaître pour autant dans les autres types de discours analysés.

Cette recherche se divise en six chapitres.

Dans le premier chapitre, nous indiquerons comment nous avons vu émerger un problème de recherche autour de la « dénonciation », tout comme les questions de recherche qui ont guidé nos travaux. C'est également dans ce chapitre que nous réfléchirons théoriquement aux concepts centraux de notre recherche, notamment sur ce qu'est une « théorie de la peine », sur la rationalité pénale moderne et les théories de la peine qui la composent, ou encore sur l'institutionnalisation à la fois comme un processus et comme un résultat.

Le deuxième chapitre visera à discuter des questions méthodologiques liées à notre recherche. Nous discuterons d'abord de la méthode de cueillette de données – une recherche qualitative documentaire. Ensuite, nous indiquerons et caractériserons les trois types de documents analysés (discours savants, rapports de commissions de réforme du droit, et jurisprudence). Enfin, nous décrirons l'échantillonnage que nous avons fait pour chaque type de document, la périodisation retenue, et le type d'analyse auquel nous procéderons.

Dans le troisième chapitre, nous traiterons des discours savants depuis les lendemains de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à aujourd'hui, discours qui comprennent des prises de position à l'égard de la dénonciation ; nous insisterons particulièrement sur une période qui sera identifiée au premier chapitre (les années 1950 à 1980). Comme nous l'indiquerons au moment opportun, nous considérons les discours

savants comme un matériau empirique au même titre que les rapports de commissions de réforme du droit et les décisions des tribunaux. Ces discours peuvent servir à voir comment on y présente la dénonciation, quel sens on lui donne et quel rôle on lui voit jouer dans le droit criminel, aux côtés d'autres finalités et théories de la peine.

Dans le quatrième chapitre, nous suivrons la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation dans les rapports des commissions de réforme du droit. Bien qu'elles soient mandatées par le politique, ces commissions de réforme constituent également un lieu de réflexion du droit sur le droit. Cependant, à la différence des discours savants, les rapports de ces commissions proposent plus explicitement des idées de réforme et tendent à conserver une plus grande proximité avec la pratique du droit. Plusieurs commissions de réforme du droit ont été mises sur pied après la Seconde Guerre mondiale, non seulement au Canada, mais aussi ailleurs en Occident. C'est surtout à cette occasion que nous pourrons explorer la conception alternative de la dénonciation telle qu'elle a été promue par la *Commission de réforme du droit du Canada*.

Dans le cinquième chapitre, nous montrerons le résultat d'une recherche jurisprudentielle que nous avons conduite dans les décisions des tribunaux canadiens. Ces décisions nous offrent un autre point de vue sur la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation notamment parce qu'il ne s'agit pas d'un lieu de réflexion sur le droit, mais bien du droit criminel *en action*. Nous pourrons ainsi observer le rôle que jouait la dénonciation dans les décisions sur les peines au Canada.

Dans le sixième et dernier chapitre de cette recherche, nous reviendrons sur les discours savants sur la dénonciation, mais cette fois pour mettre en lumière une première

construction (ou, au moins, une des premières formulations) de la théorie de la dénonciation dans la doctrine juridique. En ce sens, nous avons exploré une piste fournie par les discours savants. C'est ainsi que nous avons approfondi les écrits du juriste anglais James Fitzjames Stephen au XIXe siècle. Ce chapitre a pour but de « découvrir rétroactivement » la théorie de la dénonciation dans les écrits de Stephen et joue, du moins en partie, le rôle d'une conclusion « théorique ».

En guise de conclusion plus conventionnelle destinée à synthétiser notre cheminement, nous proposerons d'abord et avant tout un rappel des différents enseignements tirés de chacun des chapitres empiriques. En plus de ce retour sur les contributions empiriques de la thèse, nous tirerons des conclusions plus transversales pour l'ensemble de l'étude.

## Chapitre I

### Approche théorique : Sur les théories de la peine et sur un système d'idées constitué de théories de la peine

Au cœur de notre objet de recherche se trouve la notion de « théorie de la peine ». Ce concept vise à ne pas réduire la théorie de la peine à son but, à son objectif ou à sa finalité puisqu'ils ne sont pas suffisants pour comprendre l'utilisation qu'en fait le système de droit criminel (dorénavant aussi SDC). Comme nous analyserons des discours dans lesquels sont discutées des théories de la peine – notamment les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation –, il est également important de déterminer de quoi il s'agit. D'ailleurs, nous devons déterminer comment ces théories de la peine interagissent entre elles à l'intérieur d'un système d'idées qu'Alvaro Pires a appelé « rationalité pénale moderne » (dorénavant aussi RPM). Comme le remarquait Pires (2008a, 20), l'observation des théories de la peine peut et doit se faire sur trois plans différents : celui des idées (ou des énoncés), celui des théories de la peine elles-mêmes et, le cas échéant, celui d'un système d'idées.

Ce chapitre sera divisé en trois parties. La première partie présentera l'émergence du problème de recherche. Nous répondrons alors à deux questions : (i) pourquoi faisons-nous l'étude de la théorie de la dénonciation ? et (ii) pourquoi ciblons-nous une période historique particulière ? C'est également à cette occasion que nous clarifierons ce que nous entendons par « théorie de la peine ». À cet égard, notre objectif est de fournir des

pistes pour distinguer les contours (ou limites) d'une théorie de la peine – du même coup des théories de la peine entre elles.

La deuxième partie de ce chapitre consistera à décrire succinctement les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation, et aussi à montrer de quelle manière ces théories de la peine forment un système d'idées identifié et appelé « rationalité pénale moderne » par Alvaro Pires. Loin de nous l'idée de chercher à tout dire soit à propos de chacune de ces théories de la peine soit à propos de la RPM. Nous chercherons plutôt à voir comment la théorie de la dénonciation se situe par rapport à elles.

La troisième partie de ce chapitre consistera à développer théoriquement le concept « institutionnalisation », avec comme toile de fond ce que proposaient Berger et Luckmann (1966) à ce sujet et certains ajouts faits par Colyvas et Powell (2006). Encore une fois, notre objectif sera très orienté vers notre objet de recherche. Il ne s'agira donc pas ici d'explorer les débats sociologiques entourant ce concept. Par la suite, nous allons présenter le concept médium / forme proposé par Luhmann (2000) car nous allons l'utiliser pour notre analyse.

## **1.1 L'assise de la thèse : l'émergence du problème de recherche et le concept au cœur de ce problème de recherche**

### **1.1.1 L'émergence d'un problème de recherche**

La recherche, dont cette thèse constitue l'aboutissement, porte sur l'émergence d'une théorie de la peine dont l'origine remonte au XIXe siècle, mais qui n'est devenue



« visible » qu'après la deuxième moitié du XXe siècle. Cette théorie sera connue sous plusieurs noms, dont celui de « théorie de la dénonciation ».

La première partie de ce chapitre théorique consistera à identifier (1) pourquoi la théorie de la dénonciation nous est apparue comme un problème suffisamment important pour mériter d'être au cœur de notre recherche ainsi qu'à indiquer (2) la raison pour laquelle nous avons sélectionné la période qui va du début des années 1950 à la fin des années 1970.

#### 1.1.1.1 Pourquoi étudier la théorie de la dénonciation ?

Notre intérêt pour ce thème remonte à l'histoire de Robert Latimer et de sa fille Tracy, histoire qui a pris la forme d'une affaire judiciaire : l'*affaire Latimer*.

Le 18 janvier 2001, la Cour suprême du Canada (dorénavant aussi CSC) a confirmé la condamnation et la peine d'emprisonnement à perpétuité de Robert Latimer pour le meurtre, commis par compassion, de sa fille Tracy<sup>1</sup>. Elle souffrait d'une paralysie cérébrale grave et elle avait déjà subi de nombreuses chirurgies, dont une pour équilibrer la musculature de sa ceinture pelvienne et une autre pour corriger la courbure anormale de son dos. Dans les semaines précédant le meurtre de Tracy, on venait d'annoncer aux Latimer la nécessité de retirer une partie de l'os de sa cuisse pour réduire la douleur liée à sa hanche disloquée en permanence. La récupération allait prendre un an et s'annonçait extrêmement douloureuse. D'autres opérations étaient également envisagées par les médecins de Tracy. C'est à ce moment que Robert Latimer a décidé qu'il s'agissait de mutilation et qu'il était souhaitable que sa fille meure. Elle avait 12 ans.

---

<sup>1</sup> La décision de la CSC, *R.c. Latimer* [2001] 3 R.C.S. 1, est accessible en ligne à l'adresse électronique suivante : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2001/2001csc1/2001csc1.html>.

À la suite d'une procédure pénale échelonnée sur près de sept ans<sup>2</sup>, la CSC a maintenu le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré et l'application de la peine perpétuelle obligatoire (emprisonnement à perpétuité sans possibilité de remise en liberté avant 10 ans) prononcée contre M. Latimer. La cour a donc dû motiver cette peine à l'aide des principes et objectifs pénologiques reconnus au Canada. C'est surtout vers l'objectif de dénonciation que la CSC s'est tournée pour justifier sa décision (R.c. Latimer [2001] 3 R.C.S. 1, par 86)<sup>3</sup>. Cette affaire s'étant déroulée sur une période d'environ sept ans et ayant attiré beaucoup d'attention, la CSC a affirmé que la « dénonciation » prenait « beaucoup plus d'importance » lorsque « l'infraction et ses conséquences » faisaient notamment l'objet d'une « forte publicité ». La CSC a ajouté que c'était d'autant plus important dans un cas où la victime était « vulnérable ».

La CSC a cru bon de « rappeler » ce qui était entendu par la dénonciation (ici sous les traits de la « réprobation ») lorsqu'il s'agissait d'un objectif de la peine. Pour ce faire, la cour a repris un extrait d'une de ses décisions antérieures :

« l'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. [Souligné dans l'original.] » (R.c. M. (C. A.), [1996] 1 R.C.S. 500, par. 81, cité dans R.c. Latimer [2001] 3 R.C.S. 1, par. 86)

De ce passage, cumulé à la décision de la CSC de maintenir la peine d'emprisonnement à perpétuité imposée à M. Latimer, ressort l'idée que l'imposition

---

<sup>2</sup> M. Latimer a fait l'objet de deux « séries » de procès, allant du procès en première instance à des appels à la CSC en raison d'un vice de forme lors de la sélection du jury à l'occasion du premier procès, nécessitant du même coup la tenue d'un deuxième procès.

<sup>3</sup> La cour a par elle-même exclu le besoin de réhabiliter ou de neutraliser M. Latimer ; de la même manière, la dissuasion spécifique n'avait pas d'emprise sur ce cas. La CSC a tout de même souligné la dissuasion générale, mais elle lui a accordé, au mieux, le statut de complément à la dénonciation.

d'une peine sévère dans ce cas visait à affirmer symboliquement à quel point la société désapprouvait le meurtre intentionnel de personnes vulnérables peu importe les circonstances. Donc, il faut vraisemblablement en conclure que M. Latimer dut effectivement passer les huit années<sup>4</sup> suivantes en prison parce qu'on y voyait une valeur symbolique positive pour la société (et possiblement pour les personnes vulnérables). Autrement dit, on a extirpé de sa famille (M. Latimer a trois autres enfants) un père à la « persévérance louable en tant que parent qui aime sa fille et prend soin d'elle », à la « bonne moralité » et à la « bonne réputation » (R.c. Latimer [2001] 3 R.C.S. 1, par. 85), et on lui a imposé les souffrances bien réelles qu'engendre la privation de liberté parce qu'on y voyait l'expression des valeurs fondamentales de la société.

Lors des audiences devant la CSC dans cette affaire, des groupes de défense des droits des handicapés (ils ont formé une « Coalition » le temps de cette affaire<sup>5</sup>) sont intervenus à titre d'*amicus curiae* afin de demander plus de protection de leurs droits et libertés par l'imposition d'une peine longue à Robert Latimer. L'objectif de la Coalition dans l'affaire Latimer consistait à soutenir l'idée que « Everyone, disabled or non-disabled, must enjoy equal protection of the law » (Coalition, 2000, 13). Cette « protection égale de la loi » que réclamaient les groupes de défense des droits des personnes avec un handicap devait, selon eux, se traduire par une peine perpétuelle à l'égard de Latimer. C'est ainsi que la Coalition a cherché à transmettre à la CSC l'idée

---

<sup>4</sup> M. Latimer a pu bénéficier d'une semi-liberté en 2008, mais pour ce faire, il a dû profiter d'une décision favorable d'une instance d'appel de la Commission nationale des Libérations conditionnelles (Tiedmann et Valliquet, dernière mise à jour 17 juillet 2008, accessible à l'adresse électronique suivante : <http://www.parl.gc.ca/information/library/prbpubs/919-f.htm>

<sup>5</sup> Cette Coalition *ad hoc* était composée de six organisations : Council of Canadians with Disabilities, Saskatchewan Voice of People with Disabilities, Canadian Association for Community Living, People in Equal Participation inc., DAWN Canada, and People First of Canada. Ces organisations se sont regroupées, l'espace de cette affaire seulement, pour faire une représentation commune. À partir de maintenant, nous adoptons « Coalition » pour nous référer à cette entité temporaire.

que les décisions à prendre sur la culpabilité (criminelle) de M. Latimer ainsi que la peine à lui imposer le cas échéant allaient avoir des répercussions concrètes pour les personnes atteintes d'un handicap :

« This case raises significant issues about the rights of people with disabilities and its outcome could have threatening consequences for scores of disabled individuals. It is essential that this appeal be resolved in a fashion which clearly and strongly affirms the rights of the many disabled Canadians whose dignity and security have been put in jeopardy by the arguments advanced on behalf of the Appellant. » (Coalition, 2000, 1).

La Coalition ne s'intéressait pas tant à la signification de ce jugement pour M. Latimer (ou pour sa famille), mais plutôt à ce qu'il représentait pour la cause des personnes handicapées. L'enjeu était de taille pour ces groupes puisque le handicap de la victime leur semblait jusqu'alors l'élément déterminant de cette affaire :

« it is abundantly clear that Tracy Latimer's disability is the only consideration which allows the Appellant to suggest that it was somehow justifiable for him to murder his child. Neither the public nor the courts would tolerate his arguments for a moment if Tracy had been an able bodied and mentally competent child experiencing severe pain.» (Coalition, 2000, 10)

La représentation de la Coalition devant la CSC sera alors construite autour de l'idée que l'infliction d'une peine *moins sévère* à M. Latimer que la peine perpétuelle obligatoire prévue pour le meurtre au deuxième degré constitue une discrimination envers les personnes handicapées. Au total, ces groupes humanistes défendront une position répressive pour valoriser abstraitement les droits humains des personnes handicapées. Il s'agit là d'une prise de position paradoxale.

Nous y voyons un paradoxe puisque ces groupes de défense des droits des personnes handicapées, des groupes humanistes ou philanthropiques, ont défendu l'importance de peines sévères. Pour ces groupes, de deux choses l'une : ou la cour

respectait les droits des personnes handicapées et imposait la même peine que si Tracy n'avait pas été handicapée, ou la cour reconduisait la discrimination dont les personnes handicapées sont victimes en imposant une peine moindre (ou pas de peine du tout). Du même coup, ces groupes humanistes réaffirmaient la valeur de l'infliction intentionnelle de souffrance (les peines de droit criminel) pour consolider l'importance de certaines valeurs qui leur tenaient à cœur. Une peine sévère servant à réaffirmer les valeurs de la société, c'est justement le sens que la CSC donnait à la théorie de la dénonciation.

De plus, selon la Coalition, il était beaucoup plus important que la CSC impose la peine prévue<sup>6</sup> dans la loi à M. Latimer pour affirmer la dignité, l'intégrité et la sécurité des personnes handicapées puisque la société canadienne était divisée au sujet de la peine à imposer<sup>7</sup>. À cela, la Coalition ajoute deux réflexions :

« this Court obviously should not be swayed by public sentiment, particularly when considering the rights of a minority group. [...] [And] the bias of the Canadian news media in its reporting of this case may have significantly contributed to the public “outrage” that the Appellant relies on to support his position. » (Coalition, 2000, 19)

Ce qui était important pour la Coalition, dans un contexte où les handicapés sont victimes de préjugés, préjugés reproduits par les médias et qui se sont matérialisés sous la forme d'appuis à Robert Latimer, c'était que la CSC ignore la divergence d'opinions dans la société et impose la peine d'emprisonnement à perpétuité prévue au Code criminel. On espérait ainsi que la peine parvienne à (1) protéger les handicapés par son effet dissuasif

---

<sup>6</sup> Les avocats de M. Latimer avaient argumenté la réduction de la sévérité en invoquant la disposition de la Charte des droits et libertés du Canada qui protège les accusés contre les *peines cruelles et inusitées*.

<sup>7</sup> Par exemple, le *Globe and Mail*, à la suite de la décision de la Cour d'appel de rétablir la peine minimale obligatoire de prison à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant une période de 10 ans, mais avant la décision de la CSC confirmant cette peine, a publié les résultats d'un sondage mené auprès d'un large échantillon de Canadiens. On y montrait qu'une proportion importante de Canadiens (73%) supportait la réduction de la sévérité de la peine imposée à M. Latimer [*Latimer sentence too harsh, poll told Tolerance shown for mercy killing*, Jeff Sallot, The Globe and Mail, Toronto, 11 Janvier 1999, A 5]

et à (2) *dénoncer* la dévalorisation de la valeur de la vie des handicapés qu'exprimait, aux yeux de la Coalition, le geste de Latimer et ce, en imposant la même peine que celle qui aurait été imposée si la victime n'avait pas été handicapée.

Il fallait, selon la Coalition, affirmer la dignité, l'intégrité et la sécurité des personnes handicapées, et dans ce cas-ci, la seule manière de le faire, c'était par l'imposition (ou le maintien) de la peine obligatoire d'emprisonnement.

Cette décision coïncidait avec l'entrée en vigueur, au milieu des années 1990, d'une nouvelle partie au Code criminel du Canada concernant la détermination de la peine<sup>8</sup>. Dans cette partie du Code, le législateur a inséré des objectifs de la peine tout comme d'autres principes. Un de ces objectifs est justement la « dénonciation des comportements illégaux »<sup>9</sup>.

Cependant, comme le juriste canadien Michael Mandel (1984) l'indiquait, il n'a pas fallu attendre les années 1990 pour voir apparaître la prise en compte du public et la théorie de la « dénonciation » dans les décisions des tribunaux. En effet, il a identifié trois extraits de décisions des tribunaux où se retrouve l'évocation de la dénonciation (ou des attentes du public en matière de peine). D'abord, dans l'arrêt *Wood* (1975), la Cour d'appel de l'Alberta a considéré que :

« The denunciatory sentence plays an important part in maintaining the righteousness of society values. The community demands that certain conduct be heavily punished and when the Courts fail to satisfy this demand to support core values, the public, in my view, can justifiably complain that the Courts have failed in their duty. » (Wood, 1975, Cour d'appel de l'Alberta ; cité dans Mandel, 1984, 166)<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Projet de loi C-41 : Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, c. 22 ; il a reçu la sanction royale le 13 juillet 1995.

<sup>9</sup> L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont également inséré la dénonciation comme objectif de la peine dans une nouvelle codification sur la détermination de la peine, également à la fin des années 1990 et au début des années 2000 (voir à cet égard Freiberg, 2001 au sujet de l'Australie ; et le Sentencing and Parole Act, 2001, article 7(e) en ce qui concerne la Nouvelle-Zélande).

<sup>10</sup> Mandel cite cette décision de : *Wood* (1975), 26 C.C.C. (2d) 100 (ALTA C.A.)

Ensuite, dans l'arrêt *Ingram and Grimsdale* (1977), la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé que dans le cas d'une peine ayant pour objectif la dénonciation, « [t]he sentence imposed must be one which expresses the public abhorrence for such conduct and a refusal to countenance it » (*Ingram et Grimsdale* 1977, Cour d'appel de l'Ontario ; cité dans Mandel, 1984, 165)<sup>11</sup>. Enfin, la Cour d'appel, également en 1977, en citant une décision anglaise, a également affirmé que :

« Society, through the courts, must show its abhorrence of particular types of crimes, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass. The courts do not have to reflect public opinion. On the other hand, courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead public opinion » (Atkinson, Ing et Roberts 1977, citant *Sargeant* [1974] ; cité dans Mandel, 1984, 165)<sup>12</sup>

De ces trois extraits ressort d'abord l'idée que des tribunaux canadiens (et anglais à travers *Sargeant*), déjà dans les années 1970, avaient amorcé la réflexion en fonction de la prise en compte des attentes du public et de l'expression adéquate de sa désapprobation à l'égard du crime. Toutefois, pour Mandel (1984, 165), cette prise en compte des attentes du public semble être « largement théorique » (voulant dire « sans signification »). L'évocation de *Sargeant* pointe, selon lui, dans cette direction puisque la cour affirme à la fois que la peine doit refléter l'indignation de la société, mais que la cour ne doit pas suivre l'opinion publique. Il en allait de même pour Mandel dans le refus de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, dans *Gamester* (1978), d'autoriser un juge à « inviter le public à se présenter devant lui et faire connaître leurs opinions concernant la peine à imposer dans un cas de conduite avec faculté affaiblie causant la mort » (Mandel, 1984,

---

<sup>11</sup> Mandel cite cette décision de : *Ingram and Grimsdale* (1977), 35 C.C.C. (2d) 376 (Ont. C.A.)

<sup>12</sup> Mandel cite cette décision de : *Atkinson, Ing et Roberts* (1978), 43 C.C.C. (2d) 342 (Ont. C.A.).

179 ; notre traduction)<sup>13</sup>. Enfin, de ces extraits ressort aussi une confusion quant aux enjeux liés à la dénonciation et à la prise en compte des attentes du public en matière de peine.

En fait, un commentaire émis par un autre juriste canadien, Allan Manson, l'année suivant l'entrée en vigueur de la nouvelle partie du Code criminel en 1996, traduit bien une partie du problème que cette recherche visera précisément à mettre en lumière. Pour lui, « It is not self-evident that there is agreement about the inclusion of denunciation [in the criminal code] or about its meaning » (Manson, 1997, 292). Pour appuyer ses dires, il rappelle des prises de position (projets de loi, décisions des tribunaux, rapports de commission de réforme) où parfois la dénonciation est absente, où parfois la portée en est atténuée, et parfois enfin, comme la décision de la CSC dans *M.(C.A.)*, où elle se voit accordée une place bien à elle (cette « place » en question est ouverte à la discussion)<sup>14</sup>.

Les interrogations de Manson soulèvent plusieurs questions d'intérêt pour nous. Que se passe-t-il avec cette « finalité de dénonciation » qu'on attribue à la peine ? D'où vient-elle ? Est-elle liée ou non à une théorie de la peine déjà existante ? Est-elle une « nouvelle » théorie ? Si oui, comment entre-t-elle en relation avec les autres ? Est-elle (vraiment) sans conséquence sur la manière de concevoir la peine ?

#### 1.1.1.2 Pourquoi étudier la période allant des années 1950 aux années 1980

La deuxième moitié du XXe siècle a fait l'objet de beaucoup d'attention en ce qui a trait à l'observation de l'orientation des politiques criminelles et des théories de la

---

<sup>13</sup> Mandel cite cette décision de *Gamester* (1978), 38 C.C.C. (2d) 548 (P.E.I. C.C.).

<sup>14</sup> Manson émet son commentaire dans un ouvrage collectif ayant justement pour projet d'analyser la modification importante au Code criminel du Canada et paru l'année suivant l'entrée en vigueur de cette modification législative



peine. Une manière répandue de se représenter ces années est d'affirmer, comme Garland (2001) ou Cohen (1985), qu'une importance toute particulière est mise sur la réhabilitation des années 1950 aux années 1980. Ces deux criminologues de renom y ont vu l'âge d'or de l'*idéal réhabilitatif* pour reprendre l'expression d'Allen (1964). Les théories classiques de la peine (les théories de la rétribution et de la dissuasion) étaient parfois invoquées, mais les regards (et les attentes de tout un chacun) étaient tournés vers la réhabilitation.

Ce qui nous intéresse ici, c'est *exclusivement* l'observation que font ces deux sociologues de l'existence d'un contraste entre ces deux périodes : celle entre 1950 et 1980 et celle après 1980. La première est décrite comme étant « plus progressiste » ou du moins s'éloignant de théories purement centrées sur l'exclusion sociale et sur l'infliction de la souffrance comme les théories de la rétribution et de la dissuasion. La deuxième (grosso modo après 1980) est décrite comme un retour imprévisible à des pratiques strictement centrées sur l'exclusion sociale et l'infliction de la souffrance. Selon eux, rien ne laissait présager ce qui allait arriver après 1980.

Nous ne sommes pas en désaccord sur le fait que la période entre 1950 et 1980 soit « plus progressiste », au moins potentiellement, que celle qui débutera après 1980. Nous ne sommes pas non plus intéressés ici à expliquer ou à comprendre ce « virage ». Mais, en raison de notre objet de recherche, nous avons des soupçons sur le fait que cette période entre 1950 et 1980 n'était peut-être pas aussi clairement « sans ambiguïté », « sans ambivalence » et « sans signe » permettant aussi de prévoir au moins le risque d'actualisation d'orientations plus répressives (théories de la peine) en matière de peine. Comme nous avons trouvé des signes de l'émergence de cette théorie de la dénonciation

(notre objet d'étude) justement dans la période entre 1950 et 1980, nous avons décidé de concentrer notre observation sur cette période. Que se passe-t-il ici concernant cette théorie de la peine qui valorise par moment la peine de mort et la peine perpétuelle et qui s'oppose à la théorie de la réhabilitation et à la réduction de l'échelle des peines ?

Ce que l'on savait, c'est que la « fonction expressive de la peine », la dénonciation et la prise en compte des attentes du public en matière pénale avaient joué un rôle quelconque dans ce « virage punitif ». Ce fait est reconnu par Garland (2001), Pratt, Brown, Hallsworth et Morrison (2005), et Pratt (2007), Roberts *et al* (2003) ainsi que par Bottoms (1995) (à travers l'idée de « populisme pénal »). Cependant, lorsqu'on essayait d'en savoir plus sur ce thème, tout devenait plus nébuleux. Or, pour notre problème, cette question était cruciale : que se passe-t-il pendant cette période concernant cet objectif (théorie) de la peine ?

Notre objet et notre période d'investigation empirique prenaient alors peu à peu forme. Nous avons décidé d'explorer trois trames discursives pendant cette période : d'abord, la littérature philosophique et juridique, ainsi que certains travaux criminologiques incontournables, portant sur cette finalité (ou une théorie) de la peine qualifiée du nom « dénonciation » ; ensuite, les rapports de commissions de réforme du droit ; et enfin, des décisions des tribunaux.

### 1.1.2 Réflexions sur les théories de la peine

Avant même d'approfondir ce qu'est une théorie de la peine, il nous faut fixer les limites de notre réflexion. En cela, nous allons marquer et maintenir tout au long de notre réflexion, à la suite de Pires (2008a, 2), deux distinctions. Une première distinction se

situe entre les théories de la peine criminelle et les autres théories de la punition ; nous nous intéressons seulement ici aux peines de droit criminel et aux théories qui leur sont consacrées. Une seconde se situe, elle, entre les théories de la peine criminelle et les peines criminelles tout court. Ce faisant, nous suivons Pires (2008a, 10) qui considère qu'il ne faut pas identifier « la fonction de la *théorie* (de la peine) avec la fonction *de la peine* (elle-même) », et par « fonction », nous entendrons dans ce contexte-ci « servir à ». D'ailleurs, pour poursuivre avec Pires, il faut voir qu'il « y a une *différence* entre les *théories* de la peine du droit criminel et les *peines* proprement dites qui ont été sélectionnées *de fait* par le législateur » (Pires, 2008a, 3).

Dans son acception la plus simple, la notion de « théorie de la peine » renvoie à l'idée de cadre pour penser la peine. En effet, selon Grupp (1971, 3), il s'agit d'un « cadre de référence » pour traiter de la question des peines. De la même manière, pour Golding (1977, 94) les théories de la peine servent « d'inspiration » ou « d'attitude ou d'approche générale » pour réagir aux transgressions de la loi criminelle. En clair, une théorie de la peine propose une direction (ou une posture) à adopter face aux peines.

En fait, il y a un large consensus face aux théories de la peine qui consiste à les reconnaître comme étant « normatives », c'est-à-dire comme des descriptions de ce qu'une pratique (dans ce cas-ci, punir) devrait être, plutôt qu'une description de ce qu'elle est. Pour le dire autrement, les théories de la peine sont des recommandations quant aux pratiques punitives. Comme l'avait dit Armstrong (1961, 474 ; notre traduction) de manière fort efficace, « ces théories [de la peine] ont en commun [...] de ne

pas être si préoccupées par ce qui est que par ce qui devrait être »<sup>15</sup>. Plus spécifiquement, les théories de la peine

« disent ce que les sanctions criminelles doivent être (à leur avis) et comment on doit les placer dans la législation ou les utiliser dans un cas concret, mais elles ne décrivent ni ce que le législateur ni ce que le juge [...] font exactement. » (Pires, (2008a, 5)

Les théories de la peine portent donc surtout sur la législation criminelle (débat parlementaire sur les projets de loi, textes et rapports gouvernementaux ayant par exemple trait aux énoncés de politiques, programmes des partis politiques, etc.), les décisions des tribunaux et de la jurisprudence (Pires, 2008a, 5 et 16).

Ces théories, rappelle Pires (2008a, 35), visent à aider les autorités législatives et judiciaires – c'est une fonction qu'elles s'attribuent elles-mêmes – à prendre des décisions en ce qui concerne les peines en droit criminel<sup>16</sup>. Pour ce faire, les théories de la peine proposent un ensemble de critères à adopter pour décider en matière de peine en droit criminel (Pires, 2008a, 35). Évidemment, les critères de décision d'une théorie peuvent diverger d'une théorie à l'autre. C'est pourquoi Pires (2008a, 19) considère que les « théories de la peine sont des attributions de sens à des manières de faire ». C'est également pourquoi il ne serait pas faux de prétendre que les théories de la peine visent à convaincre du bien-fondé des recommandations sur les décisions à prendre sur les peines qu'elles formulent à l'exclusion d'autres décisions possibles.

---

<sup>15</sup> « these theories [of punishment] have in common [...] that they are not so much concerned with what is as with what should be »

<sup>16</sup> À partir de maintenant et pour le reste de notre réflexion, nous suivons Pires (2008a, 31), qui s'aligne lui-même sur Luhmann, pour considérer les décisions dans leur sens sociologique plutôt que psychologique : la décision prise sans avoir été communiquée ne nous intéressera pas ; « la décision sera définie ici comme un type de communication ».

Dans la même veine, Pires (2008a) avait souligné que les théories de la peine jouaient le rôle des « théories pratiques » de Durkheim. À titre de théories pratiques, les théories de la peine « ne sont pas l'action elle-même, elles y préparent et en sont toutes proches » (Durkheim, 1902, 2) si bien qu'elles peuvent servir à « éclairer » la pratique (Durkheim, 1902, 2)<sup>17</sup>. En fait, pourrait-on poursuivre avec Durkheim,

« 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 se proposent pas d'exprimer fidèlement des réalités données, mais d'édicter des préceptes de conduite. 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)<sup>18</sup>.

De là l'importance à accorder à une recommandation fort simple émise par Duff et Garland en vue de l'analyse « sérieuse » des théories de la peine, soit que le caractère normatif des théories de la peine doit dicter la manière de les aborder :

« sociologists of punishment must remember that what they are trying to describe, analyse, and explain is itself a normative practice which must be understood accordingly. » (Duff et Garland, 1994, 1)

Ainsi, puisque les théories de la peine sont avantageusement décrites comme des « théories pratiques » (ou des « théories normatives »), elles ne peuvent pas être soumises à un effort de falsification ou de réfutation, pour utiliser un critère de scientificité bien connu proposé par Karl Popper dans *La logique de la découverte scientifique*. C'est sur ce point précis que la recommandation de Duff et Garland devient particulièrement importante. En effet, les théories de la peine ne sont pas directement affectées par la démonstration de leur efficacité ou de leur inefficacité. Autrement dit, bien que des gens

---

<sup>17</sup> Duff (2003, XV) allant dans la même direction, souligne que les théories de la peine sont des théories normatives liées à la pratique de punir et qui en tirent leur source.

<sup>18</sup> Nous devons remercier Margarida Garcia d'avoir attiré notre attention sur cette citation de Durkheim, particulièrement éclairante par sa simplicité.

peuvent retirer leur appui à une théorie de la peine parce qu'on aura fait la démonstration scientifique de l'impossibilité des présupposés de cette théorie, ce n'est pas une conséquence nécessaire d'une telle réfutation. Et cela, même en mettant de côté les questions liées à la possibilité réelle de valider scientifiquement les présupposés des théories de la peine, ce qui est loin d'être acquis.

D'ailleurs, Pires a émis une mise en garde complémentaire à celle de Duff et Garland, en soulignant que « la théorie n'est pas là *pour produire un effet qui dépasse la décision elle-même et ses effets sur les opérations subséquentes* » (Pires, 2004, 186) du SDC et du législateur en matière de droit criminel et de peine. En ceci, nous ne voulons pas pour autant prétendre, comme Pires (2004, 186–7) le rappelle, que « chaque décision pouvant être reliée à une des théories est « gouvernée » [...] par l'une ou l'autre des théories », « mais [seulement que] par rapport aux opérations les concernant, ces théories peuvent être évoquées ». C'est notamment pourquoi il préférerait l'emploi de l'appellation « théorie de la décision » à celle de « théorie de la peine » puisqu'il y voit une manière « d'échapper à un raisonnement (courant en matière pénale) mettant l'accent sur les effets promis » par les théories de la peine (Pires, 2004, 186).

#### 1.1.2.1 Les théories de la peine comme constitutives d'un « vocabulaire de motifs »

Dès lors apparaît l'intérêt de présenter les théories de la peine comme des « motifs » au sens de C. Wright Mills (1940)<sup>19</sup>. Comme l'a laissé entendre Pires (2007), concevoir les théories de la peine comme manière de motiver des décisions permet de

---

<sup>19</sup> Nous sommes conscients que les notions de « motif » et de « vocabulaire des motifs » de Mills ne sont pas sans soulever des controverses en sociologie (voir par exemple Campbell (1996)), mais elles offrent un cadre fertile pour penser les théories de la peine.

solliciter le double sens du mot « motif » : qui oriente l'action (ou la décision) *et* qui justifie l'action déjà entreprise ou choisie. Selon Mills (1940, 905), « les motifs sont des mots », ils ne sont donc pas quelque chose « dans » l'individu ; c'est pourquoi pour nous, « motif » renverra à ce qui est explicité par un acteur social à l'intérieur d'une communication. En fait, « les motifs sont les termes selon lesquels procède l'interprétation des conduites des *acteurs sociaux* »<sup>20</sup> (Mills, 1940, 904 ; notre traduction). Il ajoute que des « situations institutionnellement différentes » ont « différents vocabulaires de motifs », ce qui veut dire que des motifs appropriés dans une situation ne le seront pas nécessairement dans une autre et que les motifs appropriés dans une situation donnée constituent ce qu'il nomme le « vocabulaire des motifs » appropriés pour cette situation (Mills, 1940, 906)<sup>21</sup>. Il prend appui sur l'idée que dans plusieurs contextes, d'autres individus doivent accepter, tacitement ou explicitement, les motifs fournis (Mills, 1940, 907).

Nous amarrons – à l'aide d'ajouts insérés entre crochets – les intuitions de Mills à notre objet :

« A satisfactory or adequate motive is one that satisfies the questioners of [a decision], whether it be the other's or the actor's. As a word, *a motive tends to be one which is to the actor and to the other members of a situation an unquestioned answer to questions concerning [the legality of a decision]. A stable motive is an ultimate in justificatory conversation. The words which in a type situation will fulfill this function are circumscribed by the vocabulary of motives acceptable for such situations. Motives are accepted justifications for present, future, or past [decisions].* » (Mills, 1940, 907 ; en italique dans l'original).

---

<sup>20</sup> « motives are the terms with which interpretation of conduct by *social actors* proceeds »

<sup>21</sup> Il est déjà possible d'entrevoir les liens que nous tracerons entre le vocabulaire des motifs acceptables lors de la détermination de la peine et l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC.

Spécifiquement au sujet de la motivation des décisions concernant les peines, la question qui se pose est la suivante : s'agit-il d'un motif acceptable ou approprié pour justifier une décision juridique sur les peines ?

Cependant, c'est au niveau de l'observation sociologique que Mills ajoute des précisions cruciales. À travers le concept de « motif », Mills nous permet de sortir des questions insolubles sur les causes des actions humaines (par exemple, pourquoi l'agent X a-t-il pris la décision Y?) :

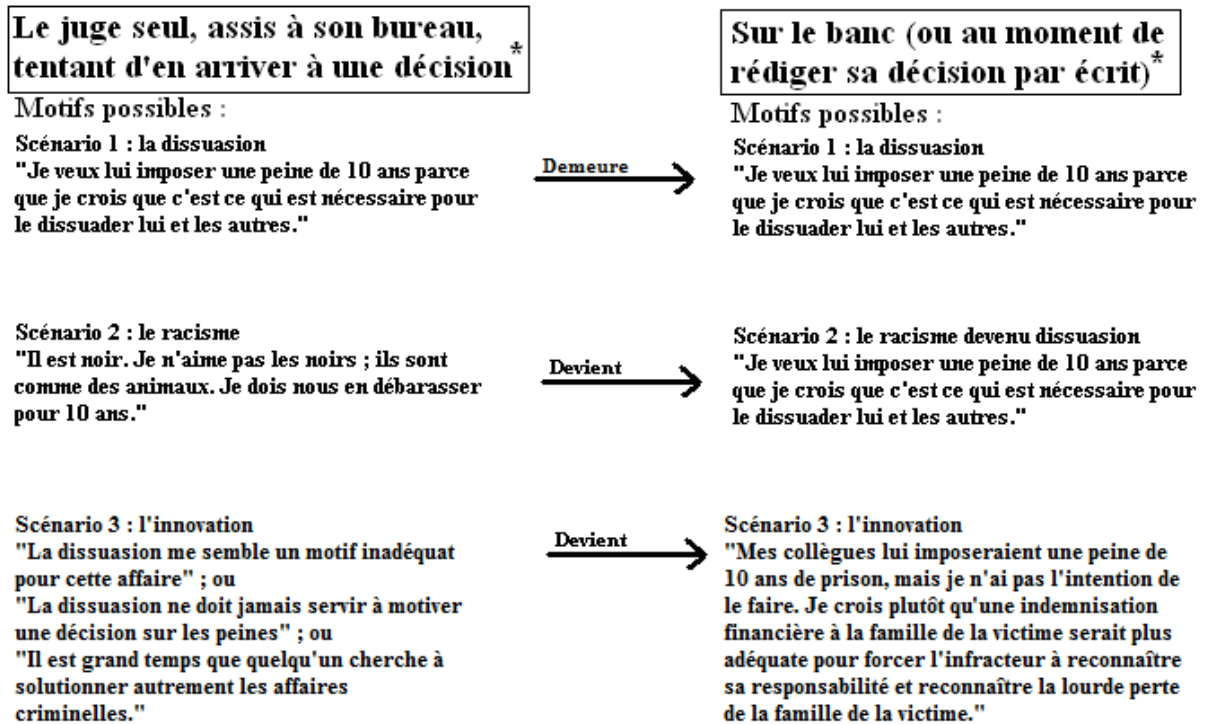
« This sociological conception of motives as relatively stable lingual phases of delimited situations [...] translates the question of « why » into a « how » that is answerable in terms of a situation and its typical vocabularies of motive » (Mills, 1940, 906).

En fait, c'est bien de cela qu'il s'agit : les motifs utilisés pour justifier une décision sont les éléments les plus facilement accessibles pour conduire une recherche sociologique. Dit plus directement, l'étude des motifs invoqués permet de contourner le « pourquoi » une certaine décision a été prise – puisqu'il est impossible d'étudier directement la manière par laquelle les motifs ont été soupesés par un individu (Mills, 1940, 910) – et d'observer plutôt « comment » une décision est institutionnellement appropriée ou acceptable.

Prenons l'exemple d'un juge devant une décision à prendre sur les peines dans une affaire d'homicide involontaire. Mills nous incite à distinguer ce qui se produit dans la tête du juge au moment où il soupèse les différents éléments d'une affaire pour arriver à une décision et le motif invoqué lors du prononcé de sa décision (ou dans la rédaction de la version écrite de la décision, ce qui revient au même du point de vue de l'analyse des motifs). Voici trois scénarios qui peuvent illustrer schématiquement cette distinction :



*Figure I : Un juge et des motifs possibles*



\* Bien que notre intérêt ne réside que dans les motifs invoqués sur le banc (ou dans la décision écrite), nous reconnaissons qu'il y a un processus cognitif complexe à l'oeuvre menant des uns (les motifs dans la tête du juge) vers les autres (les motifs invoqués au moment de rendre la décision).

Ce sur quoi nous tentons d'insister par ce schéma, c'est que l'étude des motifs, au sens de Mills, ne se rapporte qu'à ce qui est communiqué. Dit autrement, notre intérêt ne se situe qu'au deuxième moment, c'est-à-dire lorsque la décision, rendue publique, est motivée. Nous pouvons empiriquement observer la décision de ce juge, en comprendre le motif, et interpréter ce motif à la lumière des motifs invoqués par d'autres juges dans des situations similaires. Nous déplaçons ainsi l'attention de ce qui se produit dans la tête du juge, du processus cognitif complexe menant à une prise de décisions, à ce qui est sociologiquement observable, le motif invoqué.

L'intérêt que nous voyons dans l'étude des motifs au sens de Mills tient au fait qu'on souligne qu'il existe un univers inaccessible sociologiquement, en le positionnant

dans le domaine des virtualités. Ainsi, dans le scénario 1, le juge croit à la dissuasion et motive sa décision par la dissuasion ; la dissuasion faisant partie du vocabulaire des motifs stabilisés par le SDC. Dans le scénario 2, il y a une différence entre ce qui le pousse à prendre une certaine décision et le motif invoqué. Dans le scénario 3, tout ce que nous savons, c'est que l'imposition au coupable d'une indemnisation financière à la famille de la victime dans une affaire d'homicide involontaire ne fait pas partie du vocabulaire des motifs stabilisés par le SDC<sup>22</sup> ; peut-être le juge a-t-il pris sa décision avec ce motif en tête, ou peut-être voulait-il seulement proposer un nouveau motif. Bref, ce sur quoi Mills permet d'insister, c'est que nous savons, en étudiant les motifs invoqués, que *nous ne savons pas ce qui se produit dans la tête du juge*.

Dès lors, pour conduire une analyse empirique des motifs, il faut construire le vocabulaire des motifs dans une société donnée pour une situation donnée et ensuite y comparer les motifs invoqués (Mills, 1940, 910). C'est en ce sens que

« [t]he languages of situations as given must be considered a valuable portion of the data to be interpreted and related to their conditions » (Mills, 1940, 913).

Les scénarios que nous venons d'évoquer permettent de souligner le deuxième sens du mot « motif », soit celui où il oriente l'action :

« Often anticipations of acceptable justifications will control conduct. (« If I did this, what could I say ? What would they say ? ») Decisions may be, wholly or in part, delimited by answers to such queries. [...] Thus, acts often will be abandoned if no reason can be found that others will accept. » (Mills, 1940, 907)

Ces remarques prennent une connotation particulière en droit criminel. En effet, même si on veut ne voir dans les théories de la peine que de simples justifications *a*

---

<sup>22</sup> Nous ne croyons pas devoir justifier la nature innovante d'une indemnisation financière à la victime (ou sa famille) dans une affaire d'homicide involontaire alors qu'une peine de 10 ans aurait pu être acceptable.

*posteriori* de peines décidées à l'aide d'autres principes, on fait tout de même face au problème de l'acceptabilité de ces justifications aux yeux de ceux qui seront amenés à réviser ces décisions. Les décisions de cours de première instance sont (ou peuvent être) révisées en cour d'appel et les décisions des cours d'appel sont (ou peuvent être) révisées par la Cour suprême. De même, à titre de théories pratiques, les théories de la peine sont « mises au service de la pratique » (Durkheim, 1902, 2) sans pour autant les déterminer. Par conséquent, à travers l'anticipation de la réception d'un motif, l'acteur social pourra déterminer si, pour lui, une position particulière sur les peines peut ou non être acceptable de manière générale et/ou si cette position peut être « soutenue par » une théorie de la peine ou « motivée à l'aide » d'une théorie de la peine. Par exemple, si l'on regarde le scénario 2, il est possible de dire qu'un juge devrait savoir qu'aujourd'hui du moins, il serait très risqué de justifier sa décision par un motif explicitement raciste. Du coup, anticipant les réactions, il opterait pour la dissuasion pour motiver sa décision, motif qui fait partie du vocabulaire de motifs du droit criminel. Laissons pour l'instant de côté les motifs pour y revenir lorsqu'il sera question d'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC.

#### 1.1.2.2            Quels sont les éléments composant une théorie de la peine ?

Jusqu'à maintenant, il a été question de ce qu'étaient les théories de la peine. Passons maintenant à ce qui les compose. Comme nous l'avons déjà mentionné, nous avons accepté la position de Pires qui considère qu'une théorie de la peine est un ensemble de critères à adopter concernant les peines en matière criminelle. Ces éléments ne sont pas déduits comme si cela allait de soi, comme s'il s'agissait de caractéristiques

« naturelles » d'une théorie de la peine. Il s'agit plutôt d'un ensemble de critères que contenaient les théories de la peine institutionnalisées par le SDC. Des théories de la peine qui ne seraient pas institutionnalisées (ou fortement institutionnalisées, nous y reviendrons) pourraient se disséquer autrement.

Nous allons également considérer, encore une fois à la suite de Pires, qu'une théorie de la peine « est un « système fermé », où tous les éléments interagissent et se renforcent mutuellement » (Pires, 1998, 163). Les éléments composant la théorie, ses énoncés, peuvent se retrouver dans plus d'une théorie de la peine ; la proposition selon laquelle « la peine doit être proportionnelle au crime » en est un bel exemple. En effet, comme nous le verrons sous peu, les théories de la rétribution et de la dissuasion ont toutes deux incorporé cette idée de la proportionnalité entre crime et peine, mais cette recherche de proportionnalité ne prend pas exactement le même sens (voir Pires, 1998). C'est pour cette raison que nous trouvons intéressant de considérer les théories de la peine comme des organisations d'idées dont le sens est stabilisé par et pour la théorie.

Enfin, il faut déterminer autour de quels axes spécifiques une théorie de la peine construit sa structure interne. Hart (1959) a éclairé une bonne partie de la littérature sur le sujet<sup>23</sup>. L'objectif de Hart (1959, 1) était de fournir un cadre pour réfléchir sur les théories de la peine. Allant dans le même sens que Hart, Pires (1998, 163) montre que les théories modernes de la peine qui ont été stabilisées par le SDC fournissent usuellement une réponse aux sept questions suivantes : i) Au nom de quoi l'État punit-il ? ii) Quel est le but de la peine ? iii) Qui peut-on punir ? iv) Qu'est-ce qui compte (ou ne compte pas)

---

<sup>23</sup> La plupart des auteurs adoptent sommairement les mêmes catégories (ou composantes), à une exception près. Pour Bedau (1978, 608 ; notre traduction), « une théorie complète » est une théorie qui « indique ou implique une réponse à toutes les questions sérieuses » qui surviennent lorsqu'il est question des peines.

comme peine ? v) Quels sont les devoirs de l'autorité juridique (et politique) ? vi) Quel type de peine doit-on choisir ? vii) Quelle quantité de peine doit-on imposer ?

Mais, est-ce à dire qu'en ce qui concerne sa constitution, une théorie de la peine n'est qu'une série de réponses à certaines questions sur les peines ? Nous allons provisoirement répondre par la négative à cette question ; une théorie de la peine est plus que la simple somme de réponses à certaines questions. La théorie de la peine organise les idées qui la constituent. Pires (2008a) considère que cette organisation d'idées constitue la « structure interne » de cette théorie et qu'à partir du moment où l'organisation d'idées s'est stabilisée, on dira que la théorie aura achevé de constituer sa structure interne. Il s'agit du point limite à partir duquel la théorie apparaîtra comme « déjà construite ». Il est toutefois difficile, voire impossible, d'étudier des théories de la peine « en formation » : elles sont ou elles ne sont pas formées, ce qui dépend évidemment du cadre de référence pour analyser cette formation. Nous croyons que tant qu'une théorie de la peine n'a pas achevé sa formation, il ne sera pas possible de distinguer ses idées d'autres idées sur les peines qui ne prennent pas la forme d'une « théorie de la peine ».

En clair, nous croyons que d'une certaine manière, on pourrait dire qu'une théorie de la peine est aussi une proposition de cohérence entre les différents énoncés qui la composent. De là, nous adoptons comme critère pour différencier des théories de la peine entre elles – au-delà de la différence ou de la similitude entre les énoncés qui les composent – la manière par laquelle la théorie se valorise<sup>24</sup>. Une théorie de la peine, en se

---

<sup>24</sup> Nous devons remercier Alvaro Pires pour l'intuition première qui a mené à la formulation de ce critère pour distinguer des théories de la peine entre elles.

posant différentes questions, constitue une organisation d'énoncés cohérents entre eux, ce qui lui permettra de se valoriser d'une certaine manière.

### **1.2 La « rationalité pénale moderne » et ses théories de la peine**

La RPM, à titre de système d'idées, est composée de certaines théories de la peine : les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation carcérale (ou de la première modernité). Une description brève de ces théories s'impose avant de passer à notre discussion de la RPM. Toutefois, comme nous avons tenté de le montrer dans la première partie de ce chapitre, observer une théorie de la peine est une tâche complexe. Il faut notamment chercher à identifier la cohérence entre les énoncés formant cette théorie, ce qui nécessite une compréhension approfondie de l'histoire et de la contribution de divers auteurs à la formation de la théorie.

C'est pourquoi nous allons nous référer au travail d'envergure que Pires (1998) a déjà accompli. En fait, il sera question ici de la théorie de la rétribution dans la forme approximative que l'on retrouve à partir d'une compréhension dominante de la version donnée par Kant et de la théorie de la dissuasion à partir également d'une compréhension dominante de la forme donnée par Beccaria. Ce qui nous intéresse tout particulièrement ici, c'est la reconstruction qu'a faite Pires de ces théories, car cela nous permet de voir clairement la structure respective d'énoncés de ces deux théories. Ce travail ayant déjà été accompli par Pires, nous n'avons pas trouvé de raisons empiriquement valables pour le refaire. Nous allons nous appuyer aussi sur une série de communications subséquentes où Pires a entrepris une démarche semblable pour la théorie de la réhabilitation carcérale ou de la première modernité. À cet égard, il est particulièrement important pour notre

propos de retenir la distinction qu'il fait entre *deux théories de la réhabilitation* : (i) celle qui est contemporaine à la naissance de la prison et celle qui se développe peu à peu à partir de la deuxième moitié du XXe siècle, dite théorie de la réhabilitation « de la deuxième modernité ». Celle-ci abandonne ses attaches étroites avec l'institution carcérale et se présente même comme une théorie « critique » de la prison, même si elle accepte dans certaines circonstances d'intervenir *dans* la prison. Nous amorçons pour notre part un travail semblable à l'intérieur de cette recherche, mais cette fois en ce qui concerne la théorie de la dénonciation.

En cours de route, nous allons aussi visualiser, sur le plan empirique, comment certains éléments déjà présents dans les théories de la rétribution et de la dissuasion seront utilisés pour former la théorie de la dénonciation qui sera institutionnalisée. Ce processus ne peut être observé que rétroactivement et il nous aide aussi à voir comment et pourquoi cette théorie de la dénonciation demeure à l'intérieur de la RPM. Autrement dit, nous allons dégager ces idées, présentes dans les théories de la rétribution et de la dissuasion, qui seront reconnaissables dans la théorie de la dénonciation.

Comme l'indiquait Pires (*Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs, à paraître*), il est possible de repérer, pour une théorie de la peine, un « point limite de référence », sa « matrice d'origine » ou son « registre d'immatriculation ». Ce « point limite de référence » ou cette « matrice d'origine » peuvent être le fait d'un seul auteur ou de quelques auteurs. Nous y verrons l'archétype de la théorie.

Même si l'on peut être porté à croire que les auteurs sont tous plus ou moins originaux, ce n'est pas le cas au niveau macrosociologique de la reproduction de la

théorie. Des pistes fournies par Pires (*à paraître*) découle un constat qui n'est pas nécessairement problématique : bien que la matrice originale soit *prise* comme telle, ce choix est éclairé tant théoriquement qu'empiriquement. Par exemple, Pires (*à paraître*) a identifié, à la suite de Berman, la trajectoire de la théorie de la rétribution allant de Saint-Anselme jusqu'à Kant, où Kant est considéré comme l'archétype de la théorie *moderne* de la rétribution. Du coup, lorsque vient le temps de comparer des auteurs, on peut voir apparaître des expressions du genre : « a la même organisation que la théorie de Kant », « appartient au même courant philosophique que Kant », « du même genre que la théorie de Kant », etc<sup>25</sup>.

Dans l'ordre, nous présenterons d'abord dans ses grandes lignes la structure de la théorie de la rétribution telle qu'elle a été institutionnalisée. Nous passerons ensuite à la présentation de la structure de la théorie de la dissuasion. Nous concluons cette partie en traçant à grands traits la théorie de la réhabilitation. Ces trois structures ont été essentiellement reconstruites par Pires (1998; 2008a). C'est dans la dernière partie de ce chapitre que nous verrons comment, à la suite de Pires, nous pouvons observer que ces théories de la peine forment un système d'idées qu'il a appelé la rationalité pénale moderne. En ce qui concerne la théorie de la dénonciation, la reconstruction que nous allons proposer constitue le dernier chapitre ; nous verrons pourquoi à cette occasion.

### 1.2.1 La structure de la théorie de la rétribution

D'abord et avant tout, la « théorie moderne et laïque de la rétribution plonge ses racines dans une théorie de l'expiation [...] d'origine juridico-religieuse du moyen âge », chez St. Anselme (Pires, 2008a, 36). C'est pourquoi Pires (2008a, 36) considère qu'il

---

<sup>25</sup> C'est au fil de discussions avec Alvaro Pires que nous en sommes venus à accepter ces expressions.



s'agit « probablement de la première théorie de la peine à avoir été constituée, en tant que théorie ». Cependant, qu'elle soit ou non la *première* théorie de la peine constituée est une question empirique de moindre importance. Ce qui est important, c'est le fait que son parcours l'amène à être encore actualisée par le SDC au 21<sup>e</sup> siècle.

Selon Pires (2008a, 37), « très rapidement, et assurément à partir de Thomas d'Aquin au 13<sup>e</sup> siècle, une extension de cette théorie est déjà explicitement faite au droit criminel laïc ». Autrement dit, elle n'est plus seulement une théorie du droit canonique à partir de là. Malgré tout, poursuit Pires (2008a, 39) :

« Jusqu'au début du 18<sup>e</sup> siècle, la théorie de la rétribution, telle qu'elle se présente dans les livres de philosophie et de droit, fait encore des références explicites à Dieu, à la loi divine ou à un modèle de justice que l'homme attribue à Dieu (sans que personne, bien sûr, puisse savoir si la justice de Dieu est ou non comme celle qui a été imaginée par la théorie). »

C'est à Kant qu'on va attribuer la « version entièrement laïcisée de cette théorie » (Pires, 2008a, 40). Cependant, Pires note toutefois, et ce sont là ses propres mots, un « fait curieux » : à partir du moment où Kant formule sa version laïcisée de la théorie de la rétribution,

« la philosophie, et même les juristes criminalistes, vont comme oublier les origines religieuses de la théorie. Elle sera présentée usuellement comme si elle était née tout à fait de la plume de Kant. » (Pires, 2008a, 40)

Autrement dit, Dieu disparaît des réflexions sur les peines de droit criminel et on attribue à Kant la théorie de la rétribution que l'on réitère par la suite. Il s'agit également de ce que Pires (*à paraître*) considère être le « point limite de référence » de la théorie *moderne* de la rétribution (Pires, 2008a, 14 – 15). Par « moderne », nous entendons non seulement un point de référence historique (notamment lié à l'industrialisation dans la

deuxième moitié du XVIIIe siècle), mais aussi la manière par laquelle ces théories se sont constituées, c'est-à-dire en accentuant la différence entre le droit criminel et les autres types de droit et en investissant la face droit criminel de la distinction. Donc, loin de nous l'idée d'y voir un quelconque jugement de valeur quant à la qualité de la théorie dite « moderne » par rapport à d'autres théories qui pourraient être, elles, « pré-modernes » dans le sens d'une périodisation, etc.

Selon Pires, le terme *rétributivisme* indique, dans ce cas, « spécifiquement une sorte de représentation de la justice ou du châtement, c'est-à-dire une vision punitive de la justice divine, morale, ou criminelle » et est « explicitement utilisé [par Kant] pour désigner une forme de justification du *châtiment moral en général* (et non exclusivement pénal) » (Pires, 1998, 158). La théorie kantienne de la peine est, selon Pires (*à paraître*), la forme « dominante » de la théorie de la rétribution pour le SDC à partir du XVIIIe siècle.

Pour présenter la structure de référence de cette théorie de la rétribution, de la manière la plus succincte possible, nous reprenons la présentation de Pires (1998) où il organise les énoncés de la théorie à partir des dimensions que j'ai soulignées précédemment (les sept questions). La sobriété de notre présentation de la théorie de la rétribution (ce sera également le cas avec la théorie de la dissuasion) vise à ne pas insister sur un contenu déjà bien connu, mais souvent « oublié » par le fait que cette théorie est souvent identifiée à sa simple « finalité » de « rendre justice », où le terme « justice » signifie « payer le mal du crime par une souffrance proportionnelle exprimée ou causée par la sanction ».

Premièrement, au nom de quoi l'État punit-il ? Bien que Kant ait intégré la théorie du Contrat social dans sa philosophie politique, il l'exclut pour résoudre les questions pénales (Pires, 1998, 113). Il adopte plutôt la « Moralité » ou la « Justice » comme fondement du droit de punir (Pires, 1998, 165). En fait, « [la] seule façon de rétablir l'ordre troublé [par la désobéissance à la loi pénale] est de punir le coupable » (Pires, 1998, 165). Punir sert, pour l'*autorité hiérarchique*, à « rétablir l'ordre en imposant une souffrance au coupable » (Pires, 1998, 165).

Deuxièmement, quel est le but de la peine ? La réponse de Kant est simple : « il faut punir pour punir ou, si l'on préfère, payer le mal par le mal, c'est-à-dire rétablir la moralité et la justice par la souffrance du coupable » (Pires, 1998, 167). Ou dans les mots de Kant lui-même : « la peine juridique [...] doit uniquement être infligée [au criminel], *pour la seule raison qu'il a commis un crime* » (Kant, 1797, 214).

Le but rétributiviste s'articule sur la position selon laquelle seule la peine, dans le cadre de la justice criminelle, peut effacer le mal causé et rétablir la justice. Et si la peine a d'autres effets que celui-ci, ces effets ne doivent pas être recherchés comme tels (Pires, 1998, 165). Pour Kant, l'homme, même celui reconnu coupable d'un crime, « ne doit jamais être traité comme un pur moyen au service des fins d'autrui » (Kant, 1797, 214).

À noter que Pires (2008a, 37) s'appuie sur Hélie pour rappeler que « la théorie rétributiviste [...] accepte l'idée d'un but de la peine », et ce but peut prendre différentes formes équivalentes : « rétablir l'ordre dérangé, rendre justice, rétablir l'ordre moral du monde » (Pires, 2008a, 38).

Troisièmement, qui peut-on punir ? Selon Kant, l'État doit punir « tout individu *libre et rationnel qui a effectivement commis de façon intentionnelle un « crime public »*

(Pires, 1998, 174). L'État ne doit punir que les personnes déclarées coupables par un tribunal compétent, en excluant évidemment les personnes que l'on sait innocentes, les malades mentaux, les personnes en bas âge, etc. (Pires, 1998, 174). Bien entendu, cet énoncé qui consiste à ne pas punir des personnes innocentes est également présent dans les deux autres théories modernes de la peine (la théorie de la dissuasion et la théorie de la réhabilitation carcérale). Nous soulignons ce fait parce qu'un bon nombre de philosophes rétributivistes semblent croire que cet énoncé est exclusif à la théorie de la rétribution. La théorie rétributiviste privilégie aussi l'approche du libre arbitre ou de la liberté de la volonté (*free will*) et « la capacité de l'individu de choisir entre le bien et le mal » (Pires, 1998, 121).

Quatrièmement, qu'est-ce qui compte (ou ne compte pas) comme peine ? Tout en excluant les « mesures de rechange », c'est-à-dire les sanctions qui ne semblent pas exprimer clairement l'intention d'infliger une souffrance au coupable, et en faisant la critique du pardon (Pires, 1998, 175), Kant fait la promotion de la peine afflictive : soit un « mal-de-peine », qu'on subit en conséquence d'un « mal-de-faute » (Pires, 1998, 176). De plus, pour Kant, la peine criminelle convenable doit remplir trois exigences :

« Tout d'abord, la punition est [1] un *mal physique* (ou une *peine douloureuse*) [2] qu'on inflige comme *conséquence* à un mal moral (Kant, 1788, 1P, 1L, 1C, th. IV, Sc II : 38). La troisième condition [3] c'est le rapport *hiérarchique* : « la punition ne peut avoir d'existence que dans un rapport d'un supérieur (*imperantis*) à un inférieur (*subditum*) » (Kant, 1797a, 2P, 2S, §57, 230). » (Pires, 1998, 177)

Kant ne veut voir que très exceptionnellement l'autorité *atténuer* ou *suspendre* l'application des lois et des peines et on ne peut pas choisir de *sanctions alternatives*, telle une privation financière à l'intention de la victime, à titre de peine autonome en

matière criminelle (Pires, 1998, 179). Une telle sanction n'exprimerait pas convenablement et clairement l'intention de l'autorité d'infliger une souffrance au coupable.

Cinquièmement, quelle économie de la peine doit-on choisir ? Pour Kant (1797, 214), l'application de « [la] loi pénale est un impératif catégorique » pour l'État. Comme le soulignera (Pires, 1998, 179), il faut voir dans « l'impératif catégorique » de Kant à la fois une obligation de *poursuivre* les infractions connues que d'*infliger une peine* lorsque l'accusé est reconnu coupable. C'est pourquoi, pour Pires (1998, 179), punir est une *obligation morale absolue* pour la théorie de la rétribution. L'application de ce principe dans la métaphore de « l'île » en est l'exemple le plus connu :

« Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier) le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple qui n'aurait point voulu ce châtement, car il pourrait alors être considéré comme complice de cette violation de la justice publique » (Kant, 1797, 216)

À la suite de Pires (1998, 180), nous traitons simultanément la sixième question (quel type de peine doit-on choisir ?) et la septième question (quel degré de privatisation doit-on imposer ?). Comme Pires l'explique, Kant tire les réponses à ces deux questions de sa représentation de la loi du talion.

« La première fonction de l'image du talion chez Kant est d'exprimer l'idée d'une identité mimétique entre la violence de celui-qui-a-commencé (Muller, 1995 : 184), et la violence de la loi. Sa deuxième fonction est d'ordre méthodologique, et sert à répondre aux questions de *comment punir et combien* ? Kant y répond par la notion d'*égalité* qui englobe celles d'analogie et de proportionnalité, tout en apportant des spécifications à cette dernière. » (Pires, 1998, 180 – 181)

Cette loi du talion, que Kant exprime sous l’adage « œil pour œil, dent pour dent », l’amène à affirmer que « si tu outrages un autre d’entre le peuple, tu t’outrages toi-même ; si tu frappes, tu te frappes toi-même ; si tu le tues, tu te tues toi-même » (Kant, 1797, 215).

À partir de là, il doit y avoir une « identité approximative de nature entre le crime et la peine » (Pires, 1998, 181), tout comme le quantum de peine à imposer doit respecter une *proportionnalité-horizontale-impérative* (Pires, 1998, 182). Ce principe vise à éviter les disproportions entre les crimes et les peines « *dans toutes les directions* [les limites supérieures et inférieures de la peine], et non seulement l’*excès* de punition » comme dans la représentation plus stéréotypée (Draï, 1991)<sup>26</sup> de la loi du Talion (Pires, 1998, 182)<sup>27</sup>.

\*\*\*

Pires (1998 et 2008a) a élaboré un modèle pour présenter d’un coup une théorie de la peine. Nous reprenons ici son schéma :

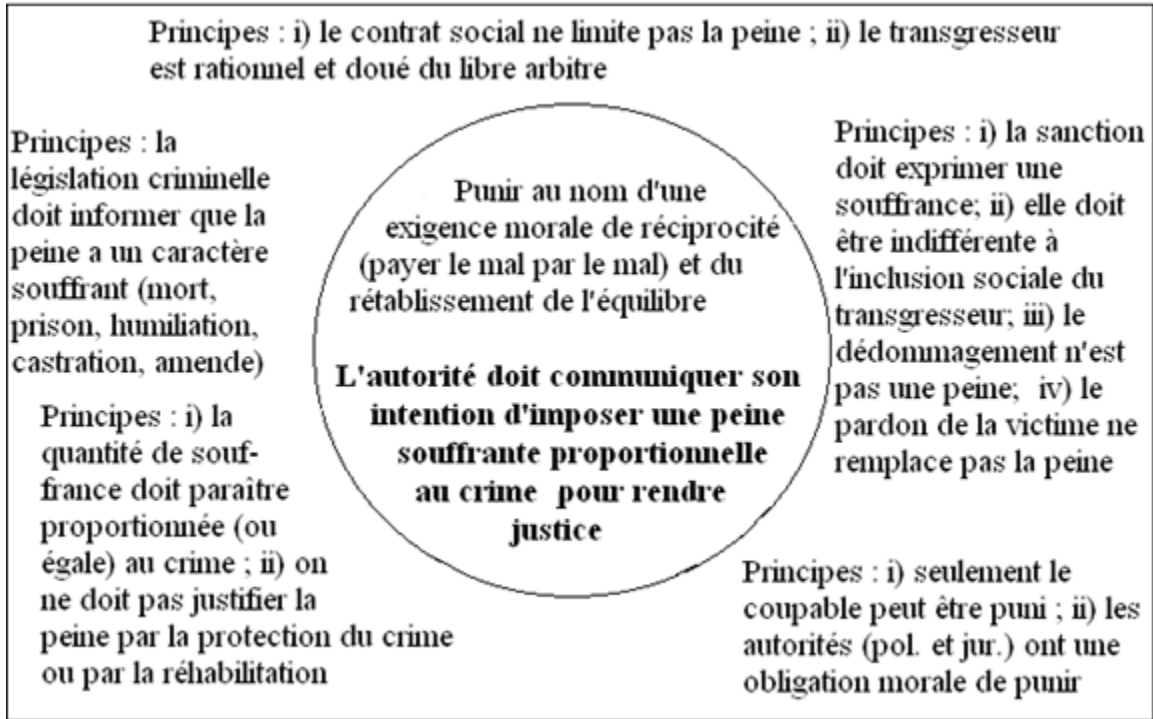
---

<sup>26</sup> Nous ne désirons pas donner l’impression d’avoir lu directement certaines références, dont celle de Draï (1991), c’est pourquoi nous insérons ces références en note de bas de page. Draï est cité de :

Draï, R. (1991), *Les mythes de la Loi du Talion*, Aix-en-Provence, Alinea.

<sup>27</sup> Suivant Berman, Pires rappelait que la loi du Talion du droit hébraïque indiquait une limite maximale de l’amplitude de la réaction (de la sanction) à ne pas dépasser, mais que les solutions de moindre amplitude étaient quant à elles tout à fait acceptables. Ainsi, comme nous venons de le mentionner, Kant a interprété la loi du Talion comme « œil pour œil » tandis que l’interprétation que l’on fait de ce principe en droit hébraïque est plutôt « pas plus d’un œil pour un œil ».

*Figure II : Synthèse de la théorie de la rétribution*



### 1.2.2 La structure de la théorie de la dissuasion

La forme moderne qui a été retenue de la théorie de la dissuasion, selon Pires, fut initialement celle proposée par Beccaria (Pires, 1998, 93). Quant à Bentham, tout en suivant Beccaria, il constitue tout de même le prototype de « l'utilitariste pur » dans la mesure où il met le « règne du calcul » au-dessus de tout (Pires, 1998, 100). Voici, suivant la manière par laquelle nous avons procédé avec la théorie de la rétribution, un condensé de la structure de la théorie de la dissuasion.

Premièrement, au nom de quoi l'État punit-il ? Pour Beccaria, le fondement du droit de punir trouve sa source dans le Contrat social. Ainsi, le droit de punir « est constitué par « l'ensemble [des] plus petites portions de liberté ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice » [Beccaria, 1764a, 9] » (Pires, 1998, 109). En fait, Beccaria prétend

que les lois politiques doivent viser l'intérêt général (ou la vie bonne) ; il soutient le principe de l'utilité ou la recherche du « maximum de bonheur réparti sur le plus grand nombre » (Pires, 1998, 97 – 98). Cependant, Beccaria, comme le remarque Pires (1998, 115), ne tire pas les conséquences logiques d'un tel fondement du droit de punir à l'égard de la théorie de la dissuasion qu'il va construire et soutenir : « il prend ici [dans sa théorie de la dissuasion] plusieurs décisions qui vont à l'encontre du principe de « dernière instance » » (Pires, 1998, 115), faisant la promotion d'un système de pénalité qui valorise l'infliction de la souffrance pour protéger la société par l'effet dissuasif de la peine.

Deuxièmement, quel est le but de la peine ? Pour Beccaria, le but de la peine est d'empêcher le criminel de commettre de nouveaux dommages à la société et de dissuader les autres individus de commettre des crimes semblables (Pires, 1998, 116) ; ce sont la dissuasion spécifique (ou spéciale) et la dissuasion générale. Dans les mots de Beccaria, la peine doit avoir pour but « d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables » (Beccaria, 1764, 24).

Quant à lui, Bentham (1840) emploie le concept de « prévention ». Pour lui, les buts de la peine sont la prévention générale et la prévention particulière (ou spécifique). La dissuasion générale constitue l'essentiel de la « prévention générale » chez Bentham tandis que la dissuasion spécifique ne constitue que l'une de trois formes que la « prévention spécifique » prend ; la réhabilitation et la neutralisation s'ajoutent à la dissuasion spécifique. Bentham arrive alors près de préfigurer la formation de la RPM comme un système d'idées. Il ne le fait pas parce qu'il exclut la rétribution (tout en acceptant certains éléments isolés de cette théorie). Cependant, cela ne permet pas



d'observer les théories sur le plan des théories, mais seulement sur celui du système d'idées.

Troisièmement, qui peut-on punir ? Tout d'abord, évidemment, les individus déclarés coupables d'un crime par le tribunal criminel. En outre, pour pouvoir infliger une peine, il est nécessaire de prouver « la rationalité et la capacité d'association d'idées des individus » (Pires, 1998, 125). Ainsi, pour cette théorie, il n'y aurait aucun sens de punir un individu considéré comme étant « fou » (au sens médical et psychiatrique du terme). Alors, tout comme c'était le cas pour le rétributivisme kantien, la théorie de la dissuasion met hors de la portée du droit criminel les malades mentaux, les personnes en bas âge, « les personnes qu'on sait innocentes », etc. (Pires, 1998, 174).

Beccaria fait quant à lui partie d'un « sous-groupe d'utilitaristes » qui accepte le « présupposé du *libre arbitre* » (Pires, 1998, 125). Bentham se rallie plutôt au point de vue de ceux qui ne se soucient pas du libre arbitre ni même de la question du déterminisme (Pires, 1998, 12). Cela signifie que, dans l'ensemble, la théorie de la dissuasion ne présuppose pas nécessairement le libre arbitre ; ce qu'elle présuppose, c'est la façon de calculer les coûts et les bénéfices du crime ou de décider rationnellement (d'une façon libre ou déterminée).

Quatrièmement, qu'est-ce qui compte (ou ne compte pas) comme peine ? Pour Beccaria, la peine légitime est celle qui peut produire l'effet de dissuasion sans *trop* d'excès (Pires, 1998, 129). Pour ce faire, le système politique et le système de droit criminel peuvent, selon la théorie, se servir du coupable comme d'un simple « moyen » (au sens d'opportunité) pour protéger la société (Pires, 1998, 130). Cette théorie, comme la théorie rétributiviste, exclut aussi « toute forme de déjudiciarisation ou de négociation

entre les parties [dont la victime] dans la résolution du litige » et relègue les sanctions qui n'expriment pas clairement l'intention de faire souffrir les coupables (dédommagement, avertissement, ordonnances de toutes sortes, etc.) au rang de solutions incomplètes, insatisfaisantes, privées ou risquées. Cela vaut uniquement à l'égard « des délits les plus insignifiants » (Pires, 1998, 130). Bien entendu, pour la théorie rétributiviste, le pardon de l'autorité ou de la victime sera aussi dévalorisé à titre de motif pour ne pas punir. C'est pour cette raison que Pires (1998, 129) conclut que Beccaria « intègre, sans s'en rendre compte, dans sa théorie utilitariste de la peine, quelques principes clés de l'ancienne théorie rétributive de St-Anselme ».

À cela, il faut ajouter que Pires et Garcia (2007, 326) observent, chez Beccaria, la mise en place d'un autre mécanisme important qui sera plus tard intégré aussi par la théorie rétributiviste (à travers les travaux d'Hegel). Il s'agit de ce qu'ils ont appelé la *temporation de la souffrance ou de la peine*. La souffrance que l'autorité doit infliger au coupable change de registre : au lieu de « faire souffrir physiquement » (voir la citation de Kant ci-dessus), l'autorité doit exprimer cette souffrance désormais surtout dans la dimension temporelle (Pires et Garcia, 2007, 326). Ce faisant, le texte de Beccaria « propose un autre registre d'observation de la souffrance et de la sévérité en les faisant passer d'un registre « physique » à un registre purement temporel », partant du présupposé que le temps faisait autant sinon mieux souffrir (Pires et Garcia, 2007, 326).

Cinquièmement, quelle économie de la peine doit-on choisir ? Beccaria formule trois raisons qui font de la peine une obligation ou une nécessité pragmatique (Pires, 1998, 131). D'abord, selon la *raison pragmatique ou utilitaire*, « la certitude de la peine

(*légale*) *criminelle* est une condition essentielle de son *efficacité* et, par ricochet, de sa *légitimité* » (Pires, 1998, 131). Ensuite, selon la *raison politique*,

« À partir du moment où l'on se donne comme objectif principal la dissuasion et que l'on fait reposer sur la peine criminelle la possibilité d'obtenir cet effet, punir de façon minimale devient une recommandation politique. Le législateur s'en tiendra alors à prévoir des peines dans les lois qui devront être appliquées avec certitude par le judiciaire. Et le pouvoir exécutif doit aussi veiller à cet exercice. » (Pires, 1998, 132)

À noter, Beccaria (1764, 11 – 12) considère que « les peines doivent être fixées par la loi de façon absolue » puisque l'esprit des lois est menacé par l'interprétation des juges, ces derniers se substituant ainsi au législateur. À cet égard, Beccaria accepte et intègre la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Enfin, selon la *raison juridico-morale*, on doit rechercher l'uniformisation des peines et le principe d'égalité formelle dans l'application des peines pour ainsi éviter que leurs applications retombent sur la « violence des passions » des juges, « ses relations avec la personne lésée » et « toutes les causes humaines » (Beccaria, 1764, 12). Pires (1995, 146) note ailleurs que Anselm von Feuerbach – un utilitariste allemand du début du XIXe siècle – désirait pour sa part qu'on « transforme l'exigence pratique et morale [de punir] en une « conséquence juridique *nécessaire* » de la transgression ».

Sixièmement, quel type de peine doit-on choisir ? La théorie de la dissuasion valorise le principe de l'analogie, sans pour autant en faire un absolu (Pires, 1998, 134). Selon ce principe, formulé par Bentham, « l'idéal de la peine est d'être une sorte de *clone* ou de *copie approximative* du crime : la peine doit reproduire le crime » (Bentham 1840, I, C4, 57 ; cité dans Pires, 1998, 134). Ici, la théorie de la dissuasion se confond aussi

avec le principe du Talion tel qu'il est représenté par Kant dans sa version de la théorie rétributiviste.

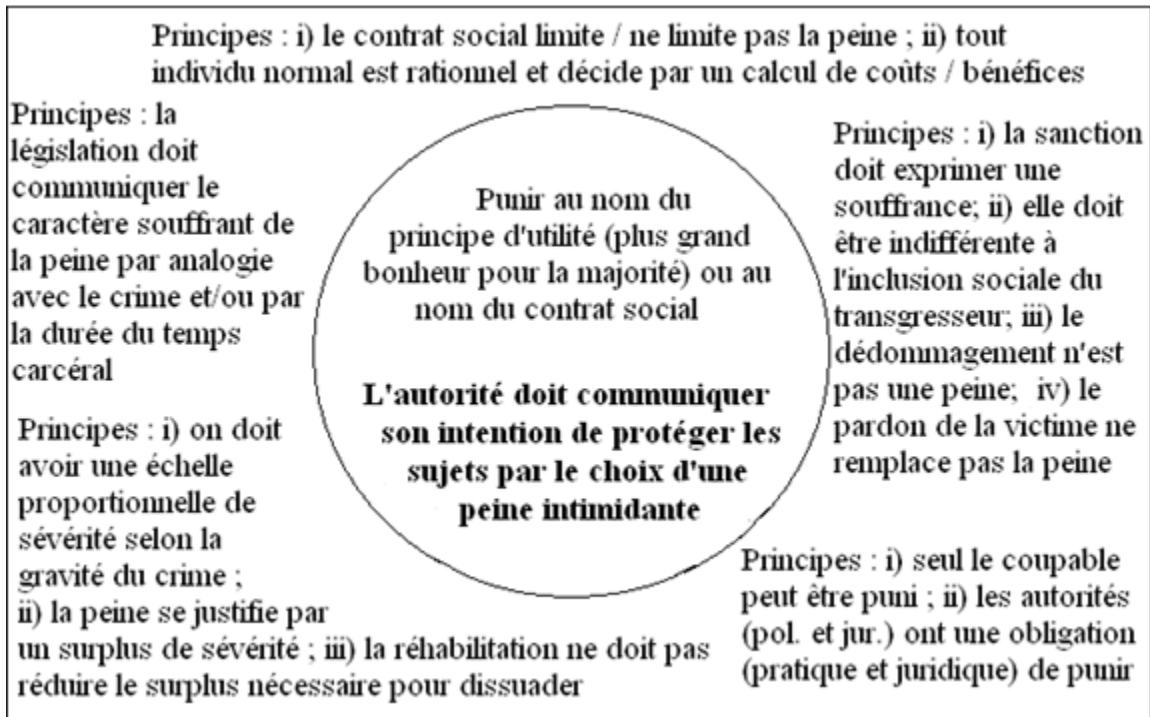
Septièmement, quel degré de privatisation doit-on imposer ? Comme nous l'avons mentionné plus tôt, Beccaria proposait d'imposer une peine qui surpassait l'avantage du délit pour le criminel, ce qui comporte l'idée d'un *surplus [modéré ou efficace] de peine* et qui devait être proportionnel à la nuisance du crime pour la société (Pires, 1998, 139). Apparaît dès lors la nécessité de garder une échelle de gradation des crimes et des peines (Pires, 1998, 138). Pires et Garcia (2007, 321) indiquent certaines motivations qu'ont les autorités pour construire une « échelle proportionnée de crimes et de peines afflictives » à partir de la théorie de la dissuasion ; ils notent, entre autres, celles d' « empêcher le passage de certains délits mineurs à d'autres plus graves [et de] réduire les coûts inutiles de la peine ».

Il faut tout de même rappeler que pour Beccaria, la sévérité des peines n'était pas la seule dimension des peines pouvant favoriser la dissuasion ; il mentionnait aussi la certitude des peines. En effet, « la certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si cette crainte se mêle d'espoir de l'impunité » (Beccaria, 1964, 46). Ceci étant dit, bien que l'opposition forte à l'impunité présente chez Beccaria (et chez les tenants plus récents de la théorie de la dissuasion) soit une préoccupation importante, elle ne permettait pas de justifier l'imposition de peines moins sévères.

\*\*\*

Nous reprenons encore une fois le modèle schématique de Pires (1998, 2008a) pour illustrer d'un seul coup une théorie de la peine :

*Figure III : Synthèse de la théorie de la dissuasion*



### 1.2.3 La structure de la théorie de la réhabilitation carcérale

En guise d'amorce de ce processus d'élucidation de la théorie de la réhabilitation, nous prendrons comme point de départ les paramètres généraux fournis par Pires (2008b)<sup>28</sup> quant à la théorie de la réhabilitation prise comme une théorie de la peine et nous les développerons davantage lorsque ce sera possible. Cependant, l'élucidation de cette théorie ne sera pas complétée à la suite de la présente discussion.

<sup>28</sup> Nous nous en sommes largement inspiré ici pour structurer notre réflexion.

Pires (2008b) identifie trois grandes périodes et théories de la réhabilitation : une théorie pré-moderne, une théorie contemporaine et attachée au pénitencier et une théorie qui émerge à partir des années 1960 et qui se trouve à l'extérieur du système d'idées de la RPM. Ce sont ces deux dernières théories qui vont nous intéresser ici ; la dernière ne sera abordée qu'à la toute fin de la présente partie. La théorie de la réhabilitation dite « carcérale » (pensée ensemble avec l'invention du pénitencier) s'est formée durant la période allant de la fin du XVIIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle (voir, dans le même sens, Allen 1964, 28, et Cullen et Gilbert 1982, 67 et suivantes).

Selon Pires, cette théorie va concevoir la réhabilitation comme le fait d'enlever le « désir de récidiver » à travers l'adoption d'un programme *constructif (ou positif)* d'intervention (éducatif, professionnel ou thérapeutique) (Pires, 2008b). « Retirer le désir » à travers un programme positif d'intervention (et non seulement à travers la souffrance de la peine) marque la différence entre cette théorie et la théorie de la dissuasion spécifique (aussi bien qu'avec la théorie pré-moderne de la réhabilitation). En effet, là où la réhabilitation consiste à enlever le désir de commettre des crimes, la théorie de la dissuasion, elle, considère qu'on doit retirer l'*audace* de commettre des crimes, par peur des conséquences (les peines)<sup>29</sup>.

Ainsi, réhabiliter en droit pénal, c'est amener une modification de l'état de conscience du coupable par un programme positif de telle manière que l'individu ne voudra plus, par lui-même, commettre de crimes. Il s'agit d'une conception de la réhabilitation relativement répandue. Prenons par exemple la formulation de Hudson (2003<sup>30</sup>, 26 ; cité dans Raynor et Robinson, 2005, 4) :

---

<sup>29</sup> Cette manière de distinguer la réhabilitation et la dissuasion spécifique revient à Pires (1998, 168).

<sup>30</sup> Hudson, Barbara (2003), *Understanding Justice*, 2<sup>e</sup> édition, Buckingham, open University Press.

« taking away the desire to offend, is the aim of reformist or rehabilitationive punishment. The objective of reform or rehabilitation is to reintegrate the offender into society after a period of punishment, and to design the content of the punishment so as to achieve this. »

D'autres représentations de la réhabilitation comme réduction du désir de commettre des crimes se trouvent notamment chez Armstrong (1961, 479) et chez Allen (1981, 2).

Par ailleurs, toujours selon Pires (2008b), la théorie de la réhabilitation carcérale reste fortement attachée au pénitencier qui est vu comme le lieu par excellence où des programmes positifs doivent être implantés. En effet, la formation de la théorie moderne de la réhabilitation semble être liée à celle de l'emprisonnement comme peine plutôt que comme manière de s'assurer d'un individu ou encore comme simple façon de le punir « négativement » (théories de la rétribution et de la dissuasion). Bien entendu, la référence la plus ancienne à l'emprisonnement dans une visée correctrice (mais sans un programme positif de formation) est sûrement celle de Platon dans *Les Lois* (McKelvey, 1977, 2). Foucault (1975, 143) rappelle d'ailleurs que ce serait le Rasphuis d'Amsterdam qui aurait historiquement « fait le lien entre la théorie, caractéristique du XVII<sup>e</sup> siècle, d'une transformation pédagogique et spirituelle des individus par un exercice continu, et les techniques pénitentiaires imaginées dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle ».

De plus, Pires (2008b) rappelle que la réhabilitation a besoin du temps. En fait, la théorie réclame un temps long (voire une durée indéterminée) pour arriver à réhabiliter les criminels. En se fiant à Cullen et Gilbert (1982), il est possible d'identifier la période allant de 1870 à 1920 comme le moment décisif de cette conception de la réhabilitation qui amènera la formation de la théorie de la réhabilitation telle que nous la connaissons

encore aujourd'hui (malgré la présence de conceptions « déviantes » ou « marginales » de la réhabilitation ; voir Dubé, 2007). Ce serait durant cette période que les autorités juridiques auraient été invitées à individualiser le traitement des détenus, notamment dans sa durée (Cullent et Gilbert, 1982, 11).

De plus, dans la version médicale qui s'ensuit, la théorie recommande une détention d'une durée indéterminée puisqu'on ne peut pas prévoir, selon elle, la durée de la réhabilitation pour un individu donné<sup>31</sup>. La suite logique de ce besoin d'individualiser le traitement peut impliquer, selon les diverses conceptions de mise en pratique, un large pouvoir discrétionnaire dans les mains des acteurs chargés de superviser la réhabilitation des contrevenants, les seuls à même d'observer les progrès accomplis (Cullen et Gilbert, 1982, 76). En d'autres mots, et toujours d'après Cullen et Gilbert, c'est la période où l'on va valoriser, dans certaines juridictions occidentales (dans plusieurs états des États-Unis et en Angleterre, par exemple), un large pouvoir discrétionnaire dans les mains des autorités chargées d'appliquer les peines de manière à pouvoir « fit the « punishment » to the criminal rather than to the crime » (Cullen et Gilbert, 1982, 76).

Pires (2008b) rappelle également que la théorie accepte la distinction « criminel corrigible » / « criminel incorrigible » pour guider l'intervention. Les individus aboutissant sur la face « incorrigible » seront l'objet de mesures visant simplement à les neutraliser (emprisonnement prolongé, peine de mort). La théorie de la réhabilitation fait la promotion de deux idées complémentaires : (1) la criminalité d'un individu a une ou des causes (le contrevenant est au moins en partie « déterminé »), et (2) le contrevenant peut être corrigé, c'est-à-dire réhabilité de manière à ce qu'il ne commette plus de transgressions de la loi criminelle. C'est ainsi que pour Raynor et Robinson (2005, 5), il y

---

<sup>31</sup> La peine indéterminée devait également servir à « motiver » les détenus à participer à leur réhabilitation.



a, « [a]t the heart of the correctional model [...] the notion of *corrigibility* », c'est-à-dire « a belief in the propensity of (at least some) offenders to change 'for the better' ». Pour accepter cette théorie, il faut voir le politique et le droit criminel comme devant favoriser, d'une quelconque façon, un programme d'inclusion sociale et comme acceptant l'hypothèse qu'au moins certains individus peuvent changer (se modifier ou être modifiés). Ce sont les deux prémisses de base de la théorie. Mais en même temps apparaît cette figure de « l'incorrigible », celui qui ne peut pas changer.

Par ailleurs, Pires (2008b) souligne que cette théorie *de la peine* ne réfléchit pas sur les limites qu'elle doit se donner pour concevoir et construire l'intervention visant la réhabilitation. Dit autrement, pour la théorie, l'objectif visé est positif pour la société *et* pour le contrevenant ; il n'est donc pas essentiel, en excluant les cas extrêmes, de se préoccuper de la manière par laquelle on arrivera à ce résultat. Du coup, Pires signale par exemple que les droits des détenus ne sont, pour ainsi dire, jamais problématisés au-delà de quelques questions élémentaires comme le rejet de la torture ou la nécessité de fournir de la nourriture comestible. De la même manière, la théorie produit la banalisation du temps carcéral. Sur ces différents thèmes, on peut consulter, en plus de Cullen et Gilbert (1982) et Pires (2008b), Morris (1974), Armstrong (1961) et Cohen (1985), pour n'en nommer que quelques-uns.

Enfin, selon Pires (2008b), la théorie de la réhabilitation en tant que théorie *de la peine*, présupposera aussi, en règle générale, le passage à l'acte de l'individu et sa condamnation par un tribunal. Sauf le cas extrême de certaines revendications visant à « enfermer avant le crime », la théorie n'accepte que l'exclusion de ceux qui ont effectivement déjà commis un acte défini comme crime par le droit criminel.

C'est à ce point que l'importance de la nécessité d'envoyer en prison pour réhabiliter, accentuée par la théorie, entre en jeu. Prenons comme point de départ le commentaire suivant de Donald Cressey en Préface à *Reaffirming Rehabilitation* :

« It became [à partir de 1950-70] acceptable, even fashionable, to say that nowadays persons are sent to prison *as* punishment (the psychological pain stemming from loss of liberty), not *for* punishment (the physical pain stemming from assaults on the body). » (Cressey, *in* Cullen et Gilbert, 1982, xviii ; en italique dans l'original)

Du coup, à partir de la définition de la « peine » la plus largement acceptée en droit criminel, le fait de contraindre un individu à la prison, même pour son bien à travers la réhabilitation, constitue tout de même une peine au sens le plus courant du terme. D'ailleurs, cette affirmation de la dimension punitive de la théorie de la réhabilitation est apparente dans la *Déclaration de principes* du premier *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, en octobre 1870, qui a été identifié par certains (notamment, Cullen et Gilbert, 1982, 67 – 68 ; Vold, 1954, 43 ; et Conrad, 1978, 360) comme un moment stratégique pour comprendre la formation de la théorie de la réhabilitation. En effet, selon cette *Déclaration de principes*, punir des criminels, c'est « les contraindre à l'emprisonnement pour souffrir pour des crimes »<sup>32</sup> (1870, 56 ; notre traduction) ; condamner quelqu'un à la prison constitue la peine, c'est-à-dire qu'elle exprime la dimension afflictive de la peine. Cependant, la peine (en prison) avait bien entendu pour but la réhabilitation du contrevenant puisque

« [p]unishment is suffering inflicted on the criminal for the wrong done by him, with a special view to secure his reformation » (NCPRD, 1870, 52).

---

<sup>32</sup> « to force them into prison to suffer for crimes »

En d'autres mots, on punit le criminel pour le réformer, le « traiter » ou assurer sa « régénération morale » (NCPRD, 1870, 52), mais il s'agit bien de cela, d'une peine.

\*\*\*

Comme nous l'indiquions au début de cette partie sur la théorie de la réhabilitation, Pires (2008b) distingue la théorie de la réhabilitation dite « carcérale », celle qui fait partie de la RPM, d'une autre théorie de la réhabilitation qui se développe à partir des années 1960. Cette autre théorie de la réhabilitation est devenue visible notamment à travers le rapport de la Commission Ouimet (1969) ; c'est une des conclusions importantes de l'étude de Dubé (2007) portant sur cette commission de réforme. Cependant, cette théorie de la peine, qui ne fait pas partie de la RPM, demeure marginale à l'égard des discours dominants sur les peines (Pires, 2008b ; Dubé 2007).

Un des éléments importants de cette autre théorie de la peine pour Pires (2008b) tient au fait qu'elle « valorise une conception de la justice criminelle qui place au premier plan les sanctions non-carcérales et la réduction du temps carcéral ». Elle se « détache donc de toutes théories de la peine indifférentes à l'inclusion sociale » et de la RPM. Elle se distingue également de la théorie de la réhabilitation dite « carcérale » puisque la réhabilitation y est d'abord et avant tout réfléchie pour être vécue en milieu ouvert (dans la communauté) et non pas fermé.

#### 1.2.4 La rationalité pénale moderne (la RPM)

Nous allons reprendre, à la suite de Pires, l'hypothèse selon laquelle les théories modernes de la peine (rétribution, dissuasion et réhabilitation carcérale) forment un système d'idées sur les peines du droit criminel qui a été institutionnalisé et qui est encore aujourd'hui dominant par rapport à d'autres théories ou idées sur les peines. Pires a désigné ce système d'idées par l'appellation « rationalité pénale moderne » (RPM).

Plus précisément, ce que l'on appelle « la théorie de la rationalité pénale moderne » comporte deux dimensions, ou plus précisément, deux hypothèses empiriques (Pires, 2010). La première est une hypothèse descriptive et porte sur le système d'idées dominant du SDC formé par ces théories de la peine. La deuxième est une hypothèse explicative et porte sur « les conditions d'évolution de certaines structures (internes) du système de droit criminel » (Pires, 2010). Cette deuxième hypothèse considère que ce système d'idées (RPM) constitue un « obstacle épistémologique » ou « cognitif » majeur (Pires, 2002 et 2010) à l'évolution des structures cognitives et de normes du SDC.

Le travail que nous avons mené porte davantage sur le champ de la première hypothèse, celle qui vise à décrire la structure et l'évolution interne de ce système d'idées (RPM) lui-même. Bien sûr, les deux hypothèses sont interreliées. La complexification interne de la RPM que nous allons décrire joue simultanément le rôle de formation d'autres obstacles cognitifs à l'intégration d'idées innovantes. Nous porterons donc davantage attention ici à la description de la naissance et de l'institutionnalisation d'une nouvelle théorie à l'intérieur de ce système d'idées (RPM).

#### 1.2.4.1 Un point de départ

Commençons par dire que ce système d'idées (RPM) constitue une « manière de penser et de construire le droit pénal » (Pires, 2001b, 181) qui a achevé sa formation entre les années 1750 et 1850. C'est aussi vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et le début du XIX<sup>e</sup> siècle que le système de droit criminel achève son processus de différenciation comme un sous-système autonome du système de droit (Pires, 1998). Autrement dit, le processus de cristallisation de la RPM sous la forme d'un système d'idées s'est produit au moment de « l'épanouissement de la représentation de la justice pénale comme un système de régulation autosuffisant, différencié et renfermé sur lui-même » (Pires, 1998, 14). En fait, la formation de la RPM et l'autonomisation du SDC sont deux processus définis par Pires (1998, 14) comme allant main dans la main :

« il est vrai que le processus d'autonomisation du système pénal même au plan du savoir commence (un peu?) avant la reconstruction [des théories fondatrices de la RPM], mais cette représentation n'acquiert toute sa force qu'à partir de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle avec la reformulation et le développement de ces théories de la peine criminelle. Ces théories ont mis en valeur cette représentation, ont stimulé et accéléré son adhésion généralisée, elles en ont changé l'échelle de grandeur. Comme le note Foucault (1969 : 36), « on n'a pas besoin de remettre le discours à la présence lointaine de son origine ; il faut le traiter dans le jeu de son instance ». »

D'ailleurs, lorsqu'on affirme, à la suite des nombreux travaux de Pires (1998, 2001a ; 2001b ; Pires *et al*, 2001 ; etc.), que la RPM est le système d'idées dominant<sup>33</sup> du SDC, cela signifie que c'est autour de la RPM que le SDC a construit sa principale vision identitaire, c'est-à-dire sa manière de « s'auto-observer » et de « s'auto-décrire » (Pires *et al*, 2001, 198). Pires souligne

---

<sup>33</sup> D'autres avant Pires ont reconnu le caractère *dominant* d'une « idéologie » qui s'est développée durant la deuxième moitié du 18<sup>e</sup> siècle, dont Conrad (1978, 350).

À noter, l'utilisation de l'adjectif « dominant » pour Pires (2006b) soulignait la possibilité théorique de l'existence d'un autre système d'idées sur le même thème.

« [qu']un système de pensée dominant est un corpus de théories et d'énoncés qui, pour parler comme Dreyfus et Rabinow (1982, 75), a subi « avec succès une sorte de test institutionnel » : il a résisté au temps *dans* le système de référence, ce qui signifie qu'il a survécu aux discours alternatifs internes et aussi aux assauts éventuels de son environnement. Il a été stabilisé et généralisé. » (Pires, 2004, 195 ; en italique dans l'original)<sup>34</sup>

Dans ce cas-ci, l'institutionnalisation de la RPM par le SDC se mesure à sa redondance et à sa capacité de résistance à l'intérieur de ce système social de référence. En fait, Pires avait préalablement précisé sa pensée sur ce qu'il entendait par cette institutionnalisation<sup>35</sup> : « Le concept de système de pensée comprend, en principe, tous les discours savants (ou ayant un appui savant) qui ont été *sélectionnés, validés, stabilisés et généralisés* par [...] le système pénal » (Pires, 2004, 183 ; en italique dans l'original).

De manière imprécise, nous pourrions dire que la RPM *est* un point de vue sur les peines qu'on y inflige et, par là, sur le droit criminel en général. À ce titre, nous pourrions dire qu'elle est *une* conception de ce qui peut être « acceptable » en matière de peine en droit criminel et ce qui, parallèlement, lui sera « incompatible ». Du coup, penser le droit criminel à travers la RPM influencera inévitablement la manière de construire le droit criminel. Ceci dit, il est alors clair que ce système d'idées n'englobe pas *toutes les idées* et « rationalités » présentes en droit criminel. Par exemple, la justice réparatrice est une manière de penser les peines en droit criminel qui se situe à l'extérieur de ce système d'idées appelé RPM.

---

<sup>34</sup> Pires ajoutera : « Ce système existe aussi indépendamment des particularités des normes ici et là, du degré d'avancement et de recul d'un droit national par rapport à un autre (en réintroduisant ou conservant, par exemple, la peine de fouet ou la peine capitale), ou de l'appartenance du droit national à la tradition juridique de la *common law* ou romano-germanique. » (Pires, 2004, 195)

<sup>35</sup> Pires n'utilise généralement pas cette notion d'institutionnalisation pour décrire la relation entre la RPM et le SDC.

Ce système d'idées s'est élaboré autour d'un concept particulier de peine, c'est-à-dire d'une définition qui « substantialise » le concept de peine. On va alors définir la peine par son caractère afflictif et l'opposer à la réparation. En effet, poursuit Pires,

« 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, 2001b, 182).

Le fait que ce soit à travers la *peine afflictive* que se communique la valeur (le prix ou l'importance) de la valeur sociale inscrite dans la norme de comportement n'allait pas de soi et n'était pas la seule option. C'est plutôt le résultat d'une contingence historique « hyper improbable » qui tire sa source dans un pamphlet anonyme du 11<sup>e</sup> siècle (Pires et Cauchie, 2007, 17). Ce concept de peine sera intégré à la première théorie rétributiviste connue qui est d'origine religieuse. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, cette définition « sera [...] sélectionnée par la théorie utilitariste de Beccaria et sera reconduite dans la version laïcisée de la théorie rétributiviste de Kant » (Pires et Cauchie, 2007, 20). On la retrouve réitérée par la suite dans une quantité innombrable de textes philosophiques et juridiques. Nous allons montrer seulement ici comment elle se présente dans le texte d'un théoricien anglais du droit. En effet, Hart (1959, 4-5), dans son très célèbre *Prolegomenon to the principles of punishment*, va définir la punition comme suit :

- « (i) [Punishment] must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.
- (ii) It must be for an offence against legal rules.
- (iii) It must be of an actual or supposed offender for his offence.
- (iv) It must be intentionally administered by human beings other than the offender.
- (v) It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed. »

Cette définition de la peine, particulière et contingente d'un point de vue historique, est accompagnée d'autres éléments qui détermineront la manière de concevoir le droit criminel à travers la RPM :

« Le droit pénal ainsi constitué va s'auto-observer, s'auto-décrire et projeter un auto-portrait complexe de lui-même. Cet auto-portrait est strictement punitif et sera construit essentiellement autour des théories (modernes) de la peine. Les théories dominantes à cet égard seront surtout celles qui conçoivent la « protection de la société » (ou des normes) de façon hostile, abstraite, négative et atomiste. Hostile, parce qu'on représente le déviant [...] comme un ennemi du groupe tout entier. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est perçu comme *devant causer* un bien moral immatériel ou un bien pratique invisible et futur. Négative, puisque ces théories *excluent toute alternative* visant à réaffirmer le droit par une action positive du déviant (le dédommagement, par exemple) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant (et à son entourage) peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, atomiste, parce que la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes (comme si elles ne faisaient pas partie du « même groupe ») que d'une façon tout à fait secondaire et accessoire ; on voit « l'intérêt public » comme réclamant la peine et comme étant incompatible avec la simple pacification du conflit entre les parties. » (Pires, Cellard et Pelletier, 2001, 198 ; en italique dans l'original)

En plus d'amener à concevoir le droit criminel de manière hostile, abstraite, négative et atomiste, les théories de la peine de la RPM vont également toutes valoriser l'*obligation de punir tous* les individus reconnus *coupables* de transgressions à la loi criminelle. Comme le remarque Pires (2001b, 185), à travers ces théories de la peine, on glisse sémantiquement de l'autorisation de punir (pourquoi *peut-on* punir?) à une obligation de punir (pourquoi *doit-on* punir ?). En fait, dès le début du XIXe siècle, les théories de la rétribution et de la dissuasion insèrent dans « notre culture juridique au moins trois « bonnes » raisons pour punir sans relâche : une obligation pratique (Beccaria, Bentham), une obligation morale (Kant, Hegel) et une obligation juridique ou



nécessité logique (Feuerbach) » (Pires, 2001a, 520). Pires ajoutera ironiquement : « Vous pouvez les combiner ou choisir votre raison préférée » (Pires, 2001a, 520).

Cette description de la RPM, de sa manière de concevoir la justice, de définir la peine et de survaloriser l'imposition des peines en réponse aux crimes au point d'en faire une obligation, n'est pas réellement affectée par ce que van de Kerchove (2005, 284) considère être un « mouvement de diversification des mesures et des peines, amorcé dès la fin du XIXe siècle [et qui] continue à se poursuivre ». Ledit mouvement cherchait, de cette manière, à souligner l'apparition de la probation, mais aussi, des sursis au prononcé de culpabilité, des sursis des prononcés de la peine ou des sursis d'exécution des peines. Il faut y ajouter les travaux communautaires qui « peinent » à être considérées comme une peine (Cauchie, 2009). Ce mouvement de diversification des peines que décrit van de Kerchove vise à répondre à un « souci [...] plus récent d'apporter une « réponse » à toute infraction enregistrée, quelle que soit sa gravité, plutôt que de recourir à un classement sans suite, ainsi que de ne plus laisser systématiquement des peines prononcées sans exécution » (van de Kerchove, 2005, 285). Dans ces deux cas, cependant, c'est le plus souvent (mais pas exclusivement) de crimes de moindre gravité dont il est question. Et, l'ascendance de la RPM semble beaucoup plus forte lorsqu'il est question de crimes plus graves et vice versa<sup>36</sup>. Il semble y avoir une limite à penser l'infliction de souffrance (la peine) lorsqu'il faut diviser cette souffrance en parties suffisamment petites pour être équivalentes (ou proportionnelles) au crime de faible gravité.

---

<sup>36</sup> À cet égard, on peut voir un lien avec ce que Mylène Jaccoud (2007) considère être le « paradoxe de la réparation » où « plus les conséquences des délits sont graves et moins la justice réparatrice est appliquée et inversement » bien que ce soit lorsque les conséquences sont graves que le besoin de réparation est le plus grand. Donc, poursuit-elle, « la justice réparatrice est confinée à la gestion de délits de moindre gravité ».

#### 1.2.4.2 Les relations entre les théories de la peine formant la RPM

Par l'emploi du concept « système d'idées », Pires comprend l'existence de connexions ou de relations entre des théories pratiques (de la peine). Plus précisément, la RPM, à titre de système d'idées, est « un réseau de sens ayant une unité propre sur le plan du savoir » (Pires, 2001b, 181). Pires (2004, 188) considère que la RPM, en tant que système d'idées, est constituée d'une formation discursive particulière (Foucault, 1969) ; en fait, la RPM a « la capacité étonnante d'intégrer et d'organiser à sa façon ce qui paraît, lorsque nous observons à partir [du niveau des théories de la peine], comme incompatible ou comme étant en conflit permanent » (Pires, 2008a, 20).

Pires dira que la RPM s'est constituée initialement autour de « ce qu'on appelle le droit pénal classique » (Pires, 2006a, 227), c'est-à-dire les théories de la rétribution et de la dissuasion. À ces théories de la peine fondatrices de la RPM est venue se greffer la théorie de la réhabilitation (Pires, 2006a, 227) :

« S'ajoute rapidement [aux théories de la rétribution et de la dissuasion] une théorie de la réhabilitation centrée sur l'idée d'*exclure* (dans le pénitencier) pour *inclure* (grâce à un programme de réhabilitation). Mais si cette [théorie] atténue effectivement la rigueur de la matrice classique et entre en conflit cognitif avec cette dernière par sa préoccupation d'inclure socialement les justiciables après les avoir exclus, elle ne redessine pas [les contours du système d'idées] ; ces [théories] fusionnent en un seul système de pensée. » (Pires, 2006a, 227)

Dans un travail plus récent, Pires va fournir des pistes inspirantes pour comprendre comment les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation peuvent former un système d'idées. Il dira :

« La prison va jouer un rôle capital dans la *formation même* du système d'idées appelé RPM. Sans la prison, il est difficile d'imaginer<sup>37</sup> comment un système d'idées qui intègre les théories de la dissuasion et de la rétribution à une théorie

---

<sup>37</sup> La note de bas de page est de Pires : « Ceci est évidemment une affirmation de la théorie qui peut être falsifiée si l'on arrive à concevoir comment cela aurait pu arriver. »

de la réhabilitation (axée sur un programme positif) aurait pu se former. C'est la *prison* qui va permettre d'*intégrer* l'idée de placer une *intention* directe d'infliger une souffrance au premier plan à l'idée d'*ajouter* un programme positif de formation ou de traitement à *l'intérieur* d'une pratique qui prolonge, dans le temps, l'intention de faire souffrir. » (Pires, 2010, 18 ; en italiques dans l'original)

Ainsi, la prison, par sa capacité à transmettre l'intention d'infliger une souffrance (la privation de liberté) et en même temps de permettre l'ajout d'un programme positif de traitement, va devenir ce que nous pourrions appeler l'élément fédérateur de la RPM. Il est dès lors possible de comprendre pourquoi Pires n'attribue plus – comme d'autres avant lui – la source du problème d'évolution du SDC, caractérisé notamment par un refus d'intégrer des peines alternatives à l'emprisonnement, à la prison elle-même :

« [Le] programme de recherche [de la Chaire de recherche du professeur Pires] ne va pas conceptualiser ce problème d'évolution [du SDC] comme relevant de la prison. Dit autrement : la prison ne sera pas vue comme étant la *source* du problème. Et, à plus forte raison, il ne va pas non plus l'identifier aux problèmes posés par la prison elle-même : problèmes d'allocation financière, de personnel compétent, de programmes de formation, de formes de gestion, etc. Ces problèmes sont « réels » (empiriquement observables) et sont « importants » à maints égards, mais ne seront pas conceptualisés comme *centraux* pour le *problème de l'évolution qualitative* des structures du droit criminel moderne. Cependant, cette théorie systémique va reconnaître le rôle que la prison va jouer dans la *configuration* de ce problème d'évolution. » (Pires, 2010, 18)

Sans vouloir développer davantage sur ce point, nous pourrions dire, du moins de manière provisoire, que Pires considère que la prison aura été nécessaire à la formation d'un système d'idées constituant un obstacle à l'innovation en matière pénale, mais que la prison n'est pas en elle-même la cause de l'absence d'évolution.

\*\*\*

Le constat que dressent Pires et d'autres auteurs au sujet des *liaisons dangereuses* que certaines théories de la peine entretiennent entre elles est le suivant :

« l'enjeu théorique fondamental du débat sur la pénalité aux XVIIIe et XIXe siècles consiste moins dans les éléments d'opposition (interne réelle) entre les positions de l'utilitarisme classique, du rétributivisme et de l'utilitarisme positiviste que dans les rapports non problématisés que ces trois perspectives entretiennent ensemble avec le droit pénal ou avec la rationalité pénale. Cela veut dire, entre autres choses, que ces trois perspectives *ne sont pas de véritables alternatives l'une à l'autre* ; elles ne sont même pas *véritablement en opposition* ; en tout cas, la signification théorique et pratique de cette opposition a été largement gonflée et, à vrai dire, elle n'en vaut pas la chandelle. » (Pires, 1998, 16 ; en italique dans l'original)

La base de ce constat peut se voir comme suit : les tenants des différentes positions sur les peines (tout particulièrement de la rétribution et de la dissuasion) ont à ce point exprimé entre eux leur désaccord qu'ils n'ont pas vu les points de jonction entre leurs positions respectives. Allant dans la même veine que Pires, Cohen (1985, 193) propose quant à lui

« the various judicial modes within classicism and the disciplinary or treatment modes within positivism are more complementary than they appear »<sup>38</sup>.

Enfin, van de Kerchove émet d'ailleurs lui aussi l'hypothèse, relevée par Pires (1998, 16), selon laquelle

« au-delà des controverses – sans doute réelles – qui les opposent, ces courants [i.e. rétribution, dissuasion et réhabilitation] partagent secrètement certains présupposés communs et que, se définissant toujours en opposition l'un à l'autre, ils parviennent à occulter la « clôture » dans laquelle s'inscrit leur débat et à faire perdre de vue ce qu'ils éliminent l'une et l'autre » (van de Kerchove, 1981 : 291)<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Du point de vue de Cohen, les « modes judiciaires » du classicisme renvoient aux théories de la dissuasion et de la rétribution tandis que ceux du positivisme renvoient tout particulièrement à la réhabilitation pensée à partir du pénitencier.

<sup>39</sup> Il est plus ou moins clair, dans cet article, que van de Kerchove avait en tête à la fois la rétribution et la dissuasion face à la réhabilitation. L'impression générale qui s'en dégage pointe plutôt vers une opposition entre les théories de la dissuasion et de la réhabilitation. Quoi qu'il en soit, en conjuguant ce texte avec un

Bref, que ce soit chez Cohen et van de Kerchove, et plus tard chez Pires qui développera le sujet bien davantage, on reconnaît que ce que ces théories de la peine partagent entre elles est plus important que leurs oppositions.

Pires (2001b, 181) va souligner que « c'est quand nous essayons de penser le système pénal autrement que nous prenons conscience de l'emprise de [la RPM] sur notre façon de voir les choses ». C'est pourquoi la RPM, en plus de créer et de stabiliser des attentes envers le SDC et la peine, prend la forme d'un « obstacle épistémologique » (Pires, 2002)<sup>40</sup> qui empêche d'envisager d'autres modèles de justice criminelle ou d'autres modes de résolutions de conflit pour le droit criminel lui-même ou parallèles au droit criminel.

### **1.3 L'observation de l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC**

Il semble assez incontournable d'aborder la notion d'institutionnalisation pour discuter de l'entrée en scène progressive d'une idée complexe (une théorie de la peine) dans le SDC. D'un autre côté, les notions « institution » et « institutionnalisation » datent d'aussi loin que la naissance de la sociologie. Bien qu'il soit hors de question que nous épuisions théoriquement le concept « institutionnalisation » puisque cela nous éloignerait beaucoup trop de notre objet d'étude, nous allons tout de même préciser comment nous entendons utiliser cette notion<sup>41</sup>.

---

autre (van de Kerchove, 1984), l'ambiguïté est éliminée puisqu'il y traite alors – dans des termes moins clairs pour notre propos – à la fois de rétribution, de dissuasion et de réhabilitation.

<sup>40</sup> À d'autres occasions, Pires utilise « obstacle cognitif » ou « obstacle de la connaissance » ; ces expressions sont pour lui équivalentes.

<sup>41</sup> C'est notamment pourquoi nous ne retournerons pas aux classiques de la sociologie tels que Weber ou Durkheim sur ce thème.

Une référence incontournable (et toujours actuelle) sur l'institutionnalisation est bien entendu Berger et Luckmann (1966). Dans son sens le plus général, « L'institutionnalisation se manifeste chaque fois que des types d'acteurs effectuent une typification réciproque d'actions habituelles » (Berger et Luckmann, 1966, 118). Dans cette perspective, l'institutionnalisation est prise comme la constitution d'une typification inexistante à partir d'interactions entre les acteurs. L'institutionnalisation peut également indiquer l'insertion d'un élément « nouveau » dans une institution « déjà formée ».

S'appuyant notamment sur Berger et Luckmann (1966), Colyvas et Powell (2006, 306)<sup>42</sup> considèrent l'institutionnalisation comme un « processus à plusieurs niveaux » (de *multi-level process*) et un « résultat »<sup>43</sup>. Malgré tout, comme le rappellent Berger et Luckmann, « [l]'institutionnalisation n'est pas [...] un processus irréversible, en dépit du fait que les institutions, une fois formées, ont tendance à persister. » (Berger et Luckmann, 1966, 156) Du coup, « la portée des actions institutionnalisées peut diminuer » (Berger et Luckmann, 1966, 156).

Nous retiendrons que l'institutionnalisation, bien qu'elle ne soit jamais définitive (ou irréversible), peut se faire à différents niveaux d'intensité et peut atteindre un degré très élevé. À ce titre, poursuivent Colyvas et Powell (2006, 306), on peut observer des niveaux graduels d'institutionnalisation (pré- , semi- , et complètement institutionnalisé) que l'on peut disposer sur une échelle de gradation de l'institutionnalisation allant du degré d'institutionnalisation le plus faible à celui le plus élevé.

Nous nous inspirerons de l'approche développée par Colyvas et Powell (2006), mais nous ferons tout de même certaines adaptations. En effet, nous retiendrons

---

<sup>42</sup> L'aspect empirique de leur travail porte sur la commercialisation de connaissances produites en milieu universitaire et sur la gestion de cette commercialisation par les institutions d'enseignement.

<sup>43</sup> Noreau (2001) adopte une position similaire lorsqu'il discute de la législation.

l'existence de différents niveaux d'institutionnalisation, mais nous écarterons deux de leurs appellations. D'une part, parler de « pré-institutionnalisation » sous-entend une prédiction de l'avenir : cette expression laisse à penser que l'institutionnalisation suivra. D'autre part, l'idée d'institutionnalisation « complète » (de l'anglais *fully*) sous-entend également une prédiction de l'avenir, mais d'un autre genre : elle met dans l'ombre la « réversibilité » du phénomène. En lieu et place de ces appellations, nous suivrons plutôt les traces de Dubé (2007) qui parlait d'institutionnalisation « faible » ou « forte », et nous maintiendrons l'idée d'un niveau intermédiaire d'institutionnalisation qui, à défaut de mieux, sera encore appelée « semi-institutionnalisation » à la suite de Colyvas et Powell (2006). Nous opérationnaliserons sous peu ces différents niveaux d'institutionnalisation.

Mais comment déterminer le niveau d'institutionnalisation ? Selon Colyvas et Powell (2006, 306), l'institutionnalisation d'une pratique, en tant que processus, est la combinaison de l'augmentation de la légitimité et de l'accroissement de ce qui est considéré comme allant de soi (de *taken-for-grantedness*) quant à cette pratique. Développant sur ces thèmes, ils diront, à la suite de Suchman, que la légitimité est

« a generalized perception or assumption that the action of an entity is desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs, and definitions » (Suchman, 1995, 574 ; cité dans Colyvas et Powell, 2006, 308)<sup>44</sup>.

Autrement dit, la légitimité est un jugement positif de quelque chose en vertu d'un cadre de référence. De plus,

« Almost all institutional theories argue that once particular practices or outcomes become legitimated, they are « built into » the social order, reproduced without

---

<sup>44</sup> Colyvas et Powell citent Suchman, de Suchman, M. C. (1995), Managing legitimacy : Strategic and institutional approaches. *Academy of Management Review*, 20, 571 – 611.

substantial mobilization, and resistant to contestation (Jepperson, 1991). » (Colyvas et Powell, 2006, 308)<sup>45</sup>

Colyvas et Powell (2006, 310) arguent que la progression du processus de légitimation entraîne la réduction de la vulnérabilité aux modifications de l'élément en voie d'institutionnalisation.

Nous voyons un lien évident ici avec les considérations que nous avons proposées plus tôt sur la possibilité de considérer que certaines théories de la peine constituent le vocabulaire de motifs du SDC. Plus la légitimité d'une théorie de la peine en cours d'institutionnalisation augmentera, plus il semblera approprié de l'utiliser (ou qu'elle soit utilisée) comme motif pour justifier des décisions portant sur les peines.

Quant à la dimension « tenir pour acquis » (ou sa familiarité), « [it] has been central to sociological institutionalism, providing the cognitive element in explaining the reproduction of the social order (Zucker, 1977) » (Colyvas et Powell, 2006, 310)<sup>46</sup>.

D'ailleurs,

« Whether taken-for-grantedness represents pre-conscious understandings, pre-set expectations, a schema or script for guiding interaction, a highly efficacious routine, a deeply felt value, or a widely prevalent and strongly embedded practice, the resilience of an activity or belief is enhanced through practice and replication. In Berger and Luckmann's (1966) formulation, becoming taken-for-granted entails search for pre-existing templates for thought and action. Such sense-making efforts can be efficacious as they reduce the cognitive load associated with decisions, as well as decrease risk by providing well-rehearsed modes of communication and action and ready-made categories for resolving uncertainties (Weick, 1995) ». (Colyvas et Powell, 2006, 310 – 311)<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Jepperson est cité de : Jepperson, R. L. (1991), *Institutions, institutional effects and institutionalism*, in W. W. Powell & P. J. DiMaggio (sous la dir.), *The new institutionalism in organizational analysis*, Chicago, Chicago University Press, pp. 143 – 163.

<sup>46</sup> Zucker est cité de : Zucker, L. G. (1977), *The role of institutionnalisation in cultural persistence*, *American Sociological Review*, 42, 5, pp. 726 – 743.

<sup>47</sup> Weick est cité de : Weick, K. (1995), *Sense-making in organizations*, Thousand Oaks, Sage.



Un des indicateurs de l'institutionnalisation que Colyvas et Powell (2006, 315) utilisent à cet égard est la présence et l'absence de l'élément en cours d'institutionnalisation, aussi bien que l'amorce et la cessation de discussions sur l'élément en voie d'être institutionnalisé<sup>48</sup> ; ils y voient une manière d'effectuer la « périodisation de l'institutionnalisation ».

Colyvas et Powell (2006, 327 – 328) ajoutent :

« [t]he key element of taken-for-grantedness is the development of shared activities and convention that defines the way things are or should be done (Scott, 1987). »

Bref, on peut conclure que la dimension « tenir pour acquis » constitue surtout la stabilisation du sens de la pratique (Colyvas et Powell, 2006, 328). Il est possible d'établir un parallèle intéressant avec le point de vue développé par Mary Douglas pour qui « [l]es institutions dirigent de façon systématique la mémoire individuelle et canalisent nos perceptions vers les formes compatibles avec le type de relation qu'elles autorisent » (Douglas, 1986, 84). Du coup, poursuit-elle, la stabilité des institutions leur est « acquise quand elles s'établissent dans des formes reconnaissables » (Douglas, 1986, 101).

Un outil conceptuel développé dans la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann peut être fort utile pour observer l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC, notamment à l'égard de la dimension « tenir pour acquis », mais aussi de sa légitimité. Il s'agit de la distinction entre médium et forme.

---

<sup>48</sup> Ils illustrent leurs propos avec l'exemple fourni par Elias quant à l'utilisation progressive de la fourchette. Ils rappelleront, à la suite d'Elias, que les premiers guides des bonnes manières comportaient des discussions étendues sur le sujet, mais qu'à partir du début du 19<sup>e</sup> siècle, ces discussions ont disparu de ces guides ; ils y voient un exemple de « taken-for-granted » (Colyvas et Powell, 2006, 311).

Commençons notre discussion de la distinction médium / forme par l'exemple suivant : « le *vocabulaire* fonctionne comme *médium* (véhicule, moyen) » (Pires, *Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs, à paraître*). Le médium offre

« an open-ended multiplicity of possible connections that are still compatible with the unity of an element – such as the number of meaningful sentences that can be built from a single semantically identical word. » (Luhmann, 2000, 104)

La forme, quant à elle, « renvoie à la sélection et à l'actualisation de propositions spécifiques » (Pires, *à paraître*). Pour reprendre un exemple de Pires, « le mot « égalité » est un *médium* et la proposition « tous les individus sont égaux devant la loi » [...] est une *forme* » (Pires, *à paraître*). Pires ajoutera « qu'une forme peut devenir à son tour un médium pour construire d'autres formes » (Pires, *à paraître*). En revenant sur une des formes (« tous les individus sont égaux devant la loi ») que le médium « égalité » contenait, il est possible de construire la forme « tous les individus doivent subir les mêmes conséquences pour les mêmes transgressions de la loi » ce qui peut vouloir dire qu'il faut punir de mort tous les meurtriers<sup>49</sup>.

De ce dernier exemple transparaît une caractéristique des médiums :

« The medium offers no resistance – words cannot struggle against the formulation of phrases any more than money can refuse to be paid at specific prices. » (Luhmann, 2000, 105)

Autrement dit, les médiums (du moins lorsqu'il s'agit du langage) sont toujours à la disposition de tous. N'en demeure pas moins que les médiums possèdent des limitations :

---

<sup>49</sup> Pires (*à paraître*) développait davantage, sous un angle légèrement différent, son exemple du médium « égalité ».

« media impose limits on what one can do with them. Since they consist of elements, media are nonarbitrary. But their arsenal of possibilities is generally large enough to prevent fixation on a few forms. » (Luhmann, 2000, 105)<sup>50</sup>

Lorsqu'on considère le langage sous l'angle de la distinction médium / forme, les limitations aux médiums sont d'ordre linguistique réduisant du coup le domaine du possible pour chaque médium. Le langage accorde un certain nombre de sens aux mots (pensons aux différentes définitions d'un même mot dans un dictionnaire). Par contre, les limitations langagières aux formes que peut prendre un médium ne sont pas définitivement fixées ; les langues évoluent et les médiums qu'on y retrouve se modifient également.

De plus, pourrions-nous poursuivre avec Pires qui s'appuie sur Luhmann,

« On peut dire que le médium est *plus stable* (dans le temps) et *plus flexible* (pour ce qui est de la potentialité des formes) que la construction de la forme (Luhmann, 1992a, p. 228). [...] Inversement alors, les formes sont *plus rigides* que le médium est aussi *moins durable* dans le temps. » (Pires, à paraître ; en italique dans l'original)

De ces affirmations, nous comprenons que le médium est plus stable et plus flexible que la forme puisque le médium sous-entend moins de contenu informatif que la forme tout en ayant des possibilités d'utilisations plus souples ; la forme consistant dans la sélection de « propositions spécifiques » parmi le domaine du possible (du médium).

Enfin, des synonymes linguistiques (ou du moins des mots voisins du point de vue linguistique) peuvent être des médiums équivalents à l'égard d'une forme spécifique. Puisque c'est *du point de vue de la forme spécifique* que ces médiums sont équivalents, ils ne sont pas nécessairement entièrement équivalents ; chacun pourrait constituer des

---

<sup>50</sup> Ou encore, « the medium receives without resistance the forms that are possible within it » (Luhmann, 2000, 106).

formes que les autres ne pourraient pas former (cette limitation est, comme nous le disions, langagière)<sup>51</sup>. Andersen (2003, 85) présentait la situation de la manière suivante :

« A form is not necessarily tied to one medium. It is possible to imagine a situation in which several media make themselves available to the same form. »

Ainsi, par exemple, dans notre cas, la forme (ou les sous-variétés de formes<sup>52</sup>) qui sera fixée à l'aide du médium « dénonciation » peut aussi être fixée à l'aide du médium « réprobation sociale » ; c'est ce que la CSC a fait dans *R.c. M./C.A./ 1996*. De plus, et pour prendre un exemple dont nous discuterons dans un prochain chapitre, dans la période d'amorce de l'institutionnalisation, la dénonciation est fixée notamment par un médium bien connu qui avait une autre forme, la théorie de la rétribution. Dans son traité de droit criminel, John Salmond (Williams, 1957)<sup>53</sup> soutiendra que la seule forme acceptable pour lui de la théorie de la rétribution est celle qui promeut l'idée que la peine doit satisfaire l'indignation du public. Il ajoute que la forme la plus acceptée est cependant celle qu'incarne Kant et qu'il en existe une troisième dans la lignée des idées de Hegel. Autrement dit, le médium « théorie de la rétribution » avait trois formes pour Salmond et l'une d'elles – celle où la peine doit satisfaire l'indignation du public – sera plus tard rattachée au médium « dénonciation » (c'est nous qui faisons cette dernière affirmation et non Salmond).

L'observation de l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC (et par le système politique) se présentera donc pour nous comme l'observation de la légitimité croissante (ou acquise) de certains médiums et des formes construites avec ces

---

<sup>51</sup> Nous devons remercier Alvaro Pires pour l'aide précieuse qu'il nous a apportée dans la mise en forme de nos idées sur ce point précis.

<sup>52</sup> Les sous-formes sont des variations à l'intérieur d'une même forme ; les formes, quant à elles, se présentent comme des alternatives plus radicalement distinctes.

<sup>53</sup> C'est l'édition préparée par Glanville Williams (1957) que nous citons dans le cadre de notre recherche.

médiums. Et plus le niveau d'institutionnalisation augmentera, plus ces médiums et les formes qu'ils construisent seront stables et « tenus pour acquis ».

Une « *institutionnalisation faible* » correspondra pour nous à des situations où il est seulement possible d'observer des traces d'institutionnalisation. Nous pourrions dire qu'à ce titre, l'élément à l'étude existe empiriquement du point de vue des discours juridiques. Mais, en même temps, l'élément pourrait ne jamais (res)servir dans les opérations du SDC ou s'il sert, être très peu utilisé. Dubé (2007, 20) dira que l'élément a un statut « précaire » pour le SDC. Cette précarité n'empêche cependant pas qu'il « s'imprègne plus profondément dans les opérations [du SDC] » (Dubé, 2007, 89) à un autre moment ; les éléments faiblement institutionnalisés sont « en tout temps accessibles » (Dubé, 2007, 89)<sup>54</sup>.

Le niveau de *semi-institutionnalisation* nous servira à marquer cette période (ou un état institutionnel) où la légitimité de l'élément en cours d'institutionnalisation est questionnée sans pour autant le faire disparaître. Cette remise en question peut se faire directement (l'élément « x » ne doit pas être accepté, la « théorie de la peine Y » ne doit pas servir de motif dans les décisions sur les peines, etc.) ou indirectement par le fait de l'ignorer, de faire comme si elle n'existait pas. C'est également la période où il est possible d'observer beaucoup de variété dans les médiums et les formes de l'élément en cours d'institutionnalisation. Plusieurs médiums serviront à produire certaines formes et les mêmes médiums servent à construire, dans les discours institutionnels, plusieurs

---

<sup>54</sup> Nous pouvons identifier certains exemples. (i) Un juge peut utiliser un certain motif pour prendre une décision, décision qui ne sera pas renversée en appel, sans pour autant que ce motif ne soit jamais réutilisé dans une autre décision. (ii) Les autorités d'un pénitencier peuvent avoir adopté un certain programme expérimental de traitement pour une catégorie d'infractions particuliers et, malgré le succès apparent dudit programme, il ne parvient pas à faire son chemin dans d'autres pénitenciers. (iii) Le législateur peut maintenir dans la législation une incrimination qui n'a jamais servi ou qui ne sert plus depuis longtemps alors qu'il est difficile d'en imaginer des applications dans un proche avenir (l'exemple de la sorcellerie dans le Code criminel canadien peut venir à l'esprit).

formes différentes. Il s'agit de la période de tâtonnement en ce qui concerne les médiums et les formes où il est difficile de « tenir [ces médiums et ces formes] pour acquis ».

Une « *institutionnalisation forte* » sera, pour nous, cette période à partir de laquelle (et durant laquelle) un ou quelques médiums seulement servent à construire des formes précises et connues, où ces médiums et ces formes sont reconnus comme légitimes et où il n'est plus nécessaire d'en faire une longue présentation puisqu'ils sont généralement « tenus pour acquis ».

Par ailleurs, l'observation de l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC vise aussi à déterminer toutes les formes et les sous-formes que prend ce nouveau médium (la « théorie de la dénonciation »). Dans notre cas, nous verrons comment certaines formes nouvelles sont construites par moments avec d'anciens médiums, tout particulièrement la « théorie de la rétribution » et la « théorie de la dissuasion », et éventuellement, comment ces formes s'affranchissent de ces médiums pour être construites avec le médium « dénonciation » (et des médiums équivalents, dont la « réprobation », pour n'en nommer qu'un). Nous observerons spécifiquement comment la légitimité de ces médiums et formes s'accroît dans des discours juridiques durant la période des années 1950 à 1980.

Parallèlement, nous constaterons que la Commission de réforme du droit du Canada (1976) va proposer une *autre* conception de la dénonciation *qui ne sera que très faiblement institutionnalisée* (elle demeure disponible et prête à être plus profondément institutionnalisée, mais rien n'indique qu'elle a atteint un niveau plus important d'institutionnalisation). Ici, nous dirons que nous avons le même médium avec une autre forme. L'utilisation du même médium rendra moins visible le fait que la *conception* (la

forme) ici *n'est pas la même*. En effet, rien ne force le SDC à n'utiliser, voire à n'institutionnaliser qu'une seule forme qu'il est possible de construire avec le médium « dénonciation ».

Finalement, nous distinguerons du processus d'institutionnalisation la « naissance de la théorie de la dénonciation » ou sa « formation » à titre de théorie de la peine. Alors que l'observation de l'institutionnalisation cherche à établir dans les discours du SDC (et du système politique) comment s'y insère une théorie de la peine, selon les paramètres dont nous venons de discuter, l'observation de la naissance de la théorie s'intéresse davantage au domaine des idées. Plus précisément, par « observation de la naissance d'une théorie de la peine », nous voulons cibler le processus par lequel cette idée de « punir pour dénoncer le crime » se développe et qui ultimement, prendra la forme d'une théorie de la peine. De plus, contrairement à l'institutionnalisation, la naissance d'une théorie de la peine n'est pas dépendante des communications ou des discours du SDC ; une théorie de la peine distincte pourrait fort bien naître dans des circuits discursifs autres que ceux du SDC.

Ces deux niveaux d'observation, bien que proches l'un de l'autre et complémentaires, doivent être distingués puisqu'ils permettent d'observer différemment la théorie de la peine à l'étude. Dans le cas de la naissance, on cherche à savoir comment les idées prennent la forme d'une théorie de la peine distincte et comment cette théorie de la peine interagit avec d'autres théories de la peine. Dans le cas de l'institutionnalisation, on cherche à savoir comment le SDC (et le système politique) intègre cette théorie de la peine dans ses opérations, dans son vocabulaire des motifs.

Ces deux manières d'observer la théorie de la dénonciation demeurent malgré tout très proches puisque ce sont les mêmes discours qui nous serviront à observer la « naissance » et « l'institutionnalisation » de la théorie de la dénonciation.

\*\*\*

Nous résumerions de la manière suivante l'approche que nous entendons utiliser pour observer l'institutionnalisation d'une théorie de la peine par le SDC. D'abord, une théorie de la peine est plus qu'un simple objectif de la peine : c'est une organisation d'énoncés parmi lesquels figure (et joue un rôle clé) l'objectif ou le but de la peine (du point de vue de la théorie). Pour comprendre la théorie de la peine, il faut observer les interactions entre ces énoncés. Il faut également retenir que l'institutionnalisation d'idées – ou des théories de la peine – n'est pas un processus irréversible ; et elle se caractérise par des niveaux variables de légitimité et de stabilisation du sens de l'élément en cours d'institutionnalisation (d'une institutionnalisation faible à forte). Et ce processus d'institutionnalisation à travers un ou certains médiums et des formes qu'ils construisent n'empêche pas l'existence d'autres formes qu'il est possible de construire avec ce ou ces mêmes médiums, certaines formes pouvant ne pas être aussi profondément institutionnalisées.



## Chapitre 2

### Chapitre méthodologique

Le présent chapitre vise à expliquer l'approche méthodologique que nous avons employée pour aborder notre objet de recherche. L'objectif central de cette thèse est l'observation et la description du processus de naissance et d'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation.

Cette thèse fait plusieurs contributions empiriques. D'une manière originale et centrale, elle va construire et articuler trois niveaux d'observation empirique pour saisir et décrire la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation. Nous avons, en effet, décidé d'observer et d'analyser séparément trois trames discursives : (i) celle des discours de la philosophie, de la théorie ou de la doctrine du droit, de la sociologie et de la criminologie ; (ii) celle des discours des *rapports des commissions* de réforme ; et (iii) celle des discours de la jurisprudence (canadienne). Afin de les identifier, nous allons nous référer à ces trois trames discursives par les expressions « *discours savant* », « *discours de réforme* » et « *discours jurisprudentiel* » respectivement.

Il n'est probablement pas possible de qualifier de façon tranchante le contenu de chacune de ces trames discursives. Cependant, on peut dire que ce qui caractérise, au premier plan, le discours jurisprudentiel, c'est qu'il est toujours strictement attaché à une décision sur une affaire juridique en espèce. En plus, c'est en fonction de cette tâche pratique que se construit le discours. Le discours savant, quant à lui, jouit, au premier plan, de plus de liberté cognitive pour la réflexion et pour la détermination de son

contenu. Il peut aussi prendre « plus de distance » par rapport aux contraintes pratiques. Quant au discours des commissions de réforme, il se situe quelque part entre les deux premiers : il a des conditions plus favorables à la réflexion en tant que telle que le discours jurisprudentiel, mais cette réflexion est forcément orientée vers la réforme. Dans le cas des commissions *publiques*, qui est le plus typique, le thème est aussi prédéterminé dans ses grandes lignes par un mandat, même si la commission peut se donner une plus ou moins grande latitude quant à la manière de l'interpréter.

Cette thèse cherche aussi à décrire la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation et nous voulons, entre autres choses, mettre en évidence le fait que cette théorie va s'opposer à une version alternative de cette théorie portant le même nom et prédominer sur elle. Enfin, cette thèse visera aussi, de manière complémentaire ou accessoire, à une vérification empirique de la formation du système d'idées décrit par Pires, la *rationalité pénale moderne*.

De facture très sobre, ce chapitre s'articulera de la manière suivante : (i) une discussion de la méthode de cueillette de données – une recherche qualitative documentaire ; (ii) l'indication et la caractérisation des trois types de documents analysés ; (iii) une description de l'échantillonnage pour chaque type de documents, dont la périodisation que nous avons retenue ; et (iv) l'explication de l'analyse à laquelle nous procédons.

## **2.1 Une recherche qualitative documentaire**

Nous conduisons une analyse documentaire qualitative. À cet égard, nous reconnaissons toute l'importance d'une des forces des recherches qualitatives évoquées

par Flick *et al* (2004, 3). Selon eux, l'accent que les recherches qualitatives mettent sur des « descriptions précises et 'riches' » (« precise and 'thick' descriptions ») de l'objet d'étude permet d'en tirer des enseignements de « l'inhabituel », du « déviant » ou de « l'inattendu ».

Quant au choix de l'analyse documentaire à l'égard d'autres modes de cueillette de données, nous pourrions simplement le justifier par l'éloignement temporel qui nous sépare de la période historique sur laquelle nous portons notre attention dans cette recherche. Comme Cellard le soulignait

« [Le document écrit] est bien sûr irremplaçable dans toute reconstruction faisant référence à un passé relativement éloigné, car il n'est pas rare qu'il représente la quasi-totalité des traces de l'activité humaine à certaines époques. En outre, bien souvent, il demeure le seul témoin d'activités particulières ayant eu lieu dans un passé récent. » (Cellard, 1997, 251)

En effet, 60 ans nous séparent maintenant du début de la période sur laquelle nous porterons notre attention dans les chapitres empiriques et, soulignons-le aussi, une tranche de 30 ans s'est déjà écoulée depuis la fin de la période à l'étude. Pour le dire autrement, une cueillette de données directement auprès des acteurs sociaux était impossible au cours de la période allant des années 1950 aux années 1980. La portée du terrain empirique rendait aussi pratiquement impossible cette méthode.

Nous pourrions aussi justifier le choix de conduire une analyse documentaire en raison de notre propre thème : observer le processus d'institutionnalisation d'une théorie de la peine. Fletcher (2007) et Pires (2008a) nous indiquent tous deux l'importance des sources écrites en raison du fonctionnement même du droit criminel. Le droit criminel d'aujourd'hui (et c'est vrai depuis longtemps) fonctionne le plus souvent par l'écrit ; nous pouvons ici penser aux décisions jurisprudentielles et à la doctrine. En fait, même les

décisions des tribunaux, qui peuvent parfois être rendues oralement, sont transformées sous forme écrite lorsque vient le temps d'en vérifier la légalité. Les cours d'appel ne demandent pas aux juges de première instance de venir expliquer leurs décisions révisées en appel pas plus qu'elles n'entendent de témoins. La *matière première* des décisions des cours d'appel est une transcription des procédures en première instance ; il ne s'agit pas de la reprise du procès.

Par ailleurs, le fait que notre matériel empirique soit composé de documents stimule la sélection du concept de communication (écrite) plutôt que celui d'action. Cependant, pour la sociologie, comme on le sait, autant le concept de communication n'exclut celui d'action (pensons aux communications non verbales et à l'action d'écrire) que le concept d'action n'exclut pas celui de communication (orale ou écrite)<sup>55</sup>.

## **2.2 Les types de documents analysés**

Pires (2008a, 5) a identifié différents « espaces institutionnalisés » où le SDC est allé, par le passé, récupérer des théories de la peine. Il s'agit des différents types de discours qui s'offrent à nous pour observer la naissance et l'institutionnalisation d'une théorie de la peine :

- les lois et les travaux législatifs
- les textes de philosophie pénale, de doctrine juridique et de théorie du droit criminel
- les textes de réformateurs du droit
- et les décisions des tribunaux

---

<sup>55</sup> Sur cette question, voir de manière générale Stichweh (2000).

Nous avons fait l'analyse de trois de ces types de discours<sup>56</sup> : (a) les discours savants sur la théorie de la dénonciation (textes de philosophie pénale, de doctrine juridique et de théorie du droit criminel) ; (b) les textes de commissions de réforme du droit ; et (c) les décisions des tribunaux. Chacun de ces types de discours a des particularités qu'il est important de saisir. Signalons dès maintenant que nous avons ajouté au groupe des « discours savants » certains textes très connus de sociologie ou de criminologie sur la théorie de la dénonciation. Cela nous permet de montrer, entre autres choses, comment cette théorie était vue par les discours savants de la science.

(a) *Les discours savants sur la théorie de la dénonciation.* D'ordinaire, l'exploration de la littérature sur un thème constitue un aspect préliminaire de la recherche. On élabore alors une revue de la littérature qui sert en tout ou en partie à constituer la problématique de la recherche. Nous avons évidemment procédé à cette revue de la littérature ; elle nous a notamment servi à observer l'émergence d'un problème de recherche. Cependant, nous avons décidé d'en faire un chapitre empirique. L'explication de ce choix est la suivante : le type de discours que l'on y trouve n'est pas, du point de vue de notre objet d'étude, différent des autres discours que nous analysons. Autrement dit, l'analyse des discours savants nous permet, entre autres choses, de voir naître la théorie de la dénonciation (à titre de théorie de la peine) de la même manière que les rapports de commissions de réforme du droit ou les décisions des tribunaux le permettaient. La différence est que, dans le premier cas, nous sommes « plus loin » du fonctionnement effectif des tribunaux et des projets de réforme.

---

<sup>56</sup> Les lois et les travaux législatifs ne constituaient pas une possibilité durant la période que nous ciblons ; il a fallu attendre les années 1980 et 1990 avant que des modifications aux lois soient discutées.

Ceci dit, il ne faut pas non plus perdre de vue que ce type de discours est orienté spécifiquement vers la réflexion. Les discours savants, qu'ils soient philosophiques, juridiques ou scientifiques, ont tous pour but de produire une réflexion sur le thème à l'étude (dans notre cas, la théorie de la dénonciation), qu'il s'agisse de promouvoir ou de critiquer une théorie de la peine aux dépens des autres, ou encore de décrire et de commenter d'autres discours savants portant sur cette théorie de la peine.

Dès lors, nous avons abordé ce matériel dans ses divergences tout autant que dans ses convergences, de manière à mieux saisir la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation.

(b) *Les discours de réforme du droit criminel.* Nous avons regroupé ici deux types distincts de « commissions de réforme » : (i) des commissions instituées officiellement par le gouvernement et (ii) des commissions « spontanées » d'initiatives privées exprimant surtout le point de vue du savoir scientifique. Les commissions gouvernementales sont les commissions « typiques ». Il s'agit ici aussi d'un « lieu de réflexion » sur le droit (Dubé, 2007, 69), mais d'un type différent des discours savants puisque le rôle principal de ces différentes commissions gouvernementales, comme le rappelle Dubé, est « de conseiller ou d'inciter le gouvernement à adopter telle politique plutôt que telle autre » (Dubé, 2007, 72). Les comités d'initiatives privées se sont donnés ici un rôle voisin : celui de suggérer des orientations plus larges d'idées de réforme (sans nécessairement faire des recommandations concrètes) et de « faire pression » en faveur de ces idées.

En adaptant librement les commentaires de Dubé (2007), nous allons considérer que les groupes d'études, les comités ou les commissions qui ont produit les différents rapports dont nous avons fait l'analyse pouvaient compter à différents degrés sur les « trois ressources organisationnelles » que Dubé (2007, 77) a associées spécifiquement aux commissions publiques de réforme, c'est-à-dire « le temps, la liberté cognitive et l'expertise »<sup>57</sup>. La présence de ces « trois ressources organisationnelles » rendait ces organisations susceptibles d'introduire de la variété, que ce soit des nouveautés, mais possiblement aussi des idées provocatrices, à l'égard du discours dominant sur le droit criminel (Dubé, 2007, 81 – 82) ; ce qui ne veut pas dire pour autant qu'elles vont (ou même voudront) nécessairement le faire.

Deux grandes catégories de rapports ont été observées. La première, et de loin la plus importante, se compose de rapports des commissions gouvernementales dûment constituées pour réfléchir sur la réforme du droit criminel. La deuxième comprend des rapports rédigés par des représentants des sciences sociales ou des organisations non étatiques impliquées dans l'assistance sociale et dans divers types de réformes sociales. En dépit de certaines ressemblances entre les deux groupes de commissions, il appert que le plus grand engagement pratique des commissions gouvernementales en ce qui concerne les opérations de réforme les a amenées à conserver, voire à valoriser, la théorie de la réhabilitation alors que les commissions privées se sont données plus de liberté pour faire écho aux vigoureuses critiques en cours dans certains secteurs des sciences sociales.

---

<sup>57</sup> La dimension temporelle et l'expertise sont claires en elles-mêmes tandis que l'autre dimension mérite une explicitation. Par « liberté cognitive », il faut comprendre que les discours de réforme ont comme caractéristique de pouvoir penser autrement le droit criminel, en tout ou en partie. Il s'agit là d'une potentialité qui ne sera pas systématiquement utilisée. Par exemple, les discours de réforme ne sont pas tenus de reconduire la conception de la justice que promeut la RPM, tout comme la manière spécifique avec laquelle la RPM organise les théories de la peine. En fait, les discours de réforme ne sont même pas tenus de conserver chaque théorie de la peine ou de conserver telles quelles les théories de la peine.

(c) *Les décisions des tribunaux.* L'une des manifestations importantes du droit criminel se trouve représentée par les décisions des tribunaux, ces organisations ayant pour but de décider d'affaires criminelles qui leur sont acheminées. Lors de la détermination de la peine, les théories de la peine peuvent être invoquées pour motiver la peine imposée à l'accusé. Cependant, comme l'indiquait Pires (2006b, 23 – 24), l'activité quotidienne des tribunaux est peu propice « à faire apparaître les théories de la peine », on y observe plutôt des « traces » des théories. Il ne s'agit pas d'un lieu de réflexion du droit comme le sont les discours savants et les discours de réforme du droit. Les décisions des tribunaux doivent répondre à des impératifs organisationnels limitant le temps et la liberté cognitive des juges au moment de rendre leurs décisions. À l'intérieur de délais courts, les juges doivent soupeser la preuve présentée devant eux durant le procès, déterminer la culpabilité de l'accusé, entendre les recommandations sur la peine des procureurs de la couronne et des avocats pour la défense, les témoignages d'experts, etc., et appliquer les principes du droit acceptés comme légitimes pour déterminer la peine « appropriée ». Il s'y trouve bien peu d'espace pour une réflexion philosophique sur les théories de la peine.

Malgré tout, à travers les traces de théories de la peine, il est possible de reconstituer le « vocabulaire des motifs institutionnalisés » pour ce contexte social et d'y voir s'y insérer un motif nouveau, une théorie de la peine nouvelle, d'en comprendre l'orientation générale et d'observer les relations que cette théorie de la peine entretient avec d'autres théories de la peine.



### 2.3 L'échantillonnage

Il nous reste maintenant à circonscrire les limites de nos terrains de recherche empirique. Nous avons pris d'abord un échantillon temporel (choix de la période entre 1950 et 1980) et, ensuite, un échantillon pour chaque terrain d'observation (textes savants, commissions de réforme et jurisprudence).

#### 2.3.1 La périodisation de notre recherche

À l'intérieur de la partie du chapitre précédent portant sur l'émergence du problème de recherche, nous avons tout particulièrement ciblé la période allant de 1950 à 1980. La sélection de cette période a été guidée par certaines informations préalables qui étaient déjà connues ou qui ont été trouvées dans la littérature concernant la théorie de la dénonciation. Ainsi, d'une part, nous étions déjà au courant du fait que la *Commission de réforme du droit du Canada* (1976) avait explicitement traité de l'objectif de « dénonciation ». En plus, l'étude de Cavadino et Dignan (1992 [2007]) attribuait le début de la théorie de la dénonciation comme finalité spécifique de la peine à la Commission anglaise sur la peine de mort dont le rapport est de 1953. D'autre part, la littérature a identifié un « virage punitif » au début des années 1980 et voyait la période 1950-1980 comme une période plus progressiste et favorisant aussi l'idéal de réhabilitation (par exemple Young, 2007 et Garland, 2001). Dans ce constat d'un « virage punitif », les attentes du public à l'égard des peines et le but (politique et juridique) de « dénoncer le crime par la sévérité de la peine » paraissaient avoir joué un rôle important. Nous avons construit alors l'hypothèse que, pour observer la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation, il était nécessaire de mieux

connaître ce qui c'était passé dans cette trentaine d'années entre 1950 et 1980, et ce, d'autant plus qu'il y avait ici une énigme. En effet, la littérature qui a mis l'accent sur le virage punitif faisait état d'un contraste fort entre les années avant / après 1980 et ne semblait pas avoir vu la présence de « nouvelles idées » opposées à la théorie de la réhabilitation et plus favorables à la punition avant 1980. Il est entendu, cependant, que notre objectif ici *n'était pas* l'étude de cette période des années 1950 à 1980 en tant que telle, mais l'examen d'un *problème* relevant de la naissance et de l'institutionnalisation de cette théorie de la dénonciation.

D'ailleurs, nous nous sommes également inspiré de remarques de Foucault (1980) dans *La poussière et le nuage*. Expliquant l'approche qu'il avait adoptée pour conduire ses travaux menant à *Surveiller et punir*, Foucault distinguera l'étude d'une « période » historique de l'analyse d'un « problème », même lorsque celui-ci comporte un « temps fort » (Foucault, 1980, 30 – 32). Selon lui,

« qui en effet voudrait étudier une « période », ou du moins une institution pendant une période donnée » devrait suivre « deux règles parmi d'autres » : « traitement exhaustif de tout le matériau et équitable répartition chronologique de l'examen » (Foucault, 1980, 32).

S'il s'agissait pour nous d'étudier cette « période », il faudrait décrire dans son ensemble tout ce qui a été écrit et dit sur les peines en droit criminel. Si, par contre, il s'agit d'étudier un « « problème », apparu à un moment donné », il faut suivre « d'autres règles » :

« choix du matériau en fonction des données du problème ; focalisation de l'analyse sur les éléments susceptibles de le résoudre ; établissement des relations qui permettent cette solution. Et donc indifférence à l'obligation de tout dire, même pour satisfaire le jury des spécialistes assemblés. » (Foucault, 1980, 32)

Or, comme nous l'avons dit, notre thème de recherche relevait de l'observation d'un problème et le choix de la période a été fait *en fonction de* ce problème. En nous inspirant de ces règles mises de l'avant par Foucault pour analyser un problème apparu à un moment donné, l'échantillonnage par choix raisonnés, incluant le choix de la période, nous est apparu le plus approprié.

### 2.3.2 La cueillette des données

Rappelons notre question centrale : comment la théorie de la dénonciation a-t-elle émergé dans les discours sur les peines et comment a-t-elle été institutionnalisée par le système de droit criminel ?

Une fois la période choisie, il nous restait à décider du type de matériel à partir duquel nous allions faire nos observations. En fonction des informations déjà connues, un type de matériel paraissait clairement incontournable : les rapports des commissions de réforme du droit. Un autre matériel semblait accompagner presque naturellement celui-là : la littérature philosophique, juridique et criminologique pendant cette période. Une fois l'examen de ce matériel fait, nous avons décidé d'en ajouter un autre : la jurisprudence canadienne pendant cette période. Cet ajout nous est apparu nécessaire pour renforcer l'hypothèse d'une institutionnalisation forte de cette théorie pendant cette période et aussi pour observer si l'on trouvait, dans la jurisprudence, la même forme de naissance que nous avons trouvée dans les textes savants. Nous nous référons ici au fait que la théorie de la dénonciation « naissait » à la fois de la théorie de la rétribution et de la théorie (utilitariste) de la dissuasion. Cette hypothèse a été confirmée.

Reste maintenant à expliquer comment nous avons sélectionné le matériel pour chaque type de terrain.

1. En ce qui concerne les textes savants portant directement sur la finalité de dénonciation, nous avons décidé de recueillir et de lire tout ce que nous allions trouver *avant, pendant et après* la période sélectionnée. Cela nous est apparu très important pour avoir une bonne compréhension de notre problème de recherche et pour nous assurer d'avoir fait notre possible pour tester nos hypothèses émergentes. Pour effectuer la cueillette des discours savants sur la théorie de la dénonciation, nous avons procédé alors à une recherche bibliographique classique, c'est-à-dire en examinant les différentes bases de données qui s'offrent aux chercheurs et en suivant les enchaînements référentiels (c'est-à-dire explorer les auteurs cités par ceux déjà repérés).

2. En ce qui a trait aux rapports des commissions de réforme, nous avons d'abord décidé de conduire une analyse préliminaire sur tous les rapports des commissions officielles et fédérales de réforme du droit criminel au Canada pour la période indiquée. Pour des raisons déjà mentionnées, nous avons décidé aussi d'inclure, dès le départ, le rapport de la Commission anglaise sur la peine de mort, car on renvoyait à cette commission pour parler d'une des premières manifestations visibles de cette théorie. Par la suite, nous avons décidé d'ajouter deux « rapports » non officiels de réforme nord-américains qui ont été très influents pendant les années 1970. Cela nous est apparu aussi incontournable pour bien cerner notre problème. En cours de route, nous avons examiné trois autres rapports américains auxquels on faisait beaucoup référence pendant cette

période pour voir s'il y avait un matériel pertinent pour notre problème. Avant d'indiquer tous les rapports examinés, soulignons une limite très claire de notre recherche : nous avons décidé de laisser de côté l'observation de ce qui se passait dans les pays de tradition juridique romano-germanique.

Au départ, concernant la première catégorie, l'analyse préliminaire a porté sur six rapports de commissions, comités ou groupes de réflexion : les rapports canadiens du Comité *Fauteux* (1956), de la Commission *Ouimet* (1969) et de la Commission de réforme du droit du Canada (1976) ; les rapports anglais de la *Royal Commission on Capital Punishment* (1953) et du Comité *Wolfenden* (1957) ; et le rapport de la *President's Crime Commission* (1967), une commission américaine. À ces six rapports étatiques, nous aurions ajouté les travaux conduits par la *Royal Commission on the Penal System* (1964 – 1966), tenue en Angleterre, mais nous les avons exclus puisque cette commission n'a pas publié de rapport<sup>58</sup>.

En plus de ces six rapports étatiques, cinq autres rapports (et autres propositions de réformes) ont fait l'objet d'une première analyse ; tous ces rapports sont des initiatives privées américaines : le *Model Penal Code* (1962), le *Model Sentencing Act* (1963), *Struggle for Justice* (1971), *Doing Justice* (1976), et *Fair and Certain Punishment* (1976).

De ce total de onze discours de réforme, nous en avons exclu cinq. Pour quatre d'entre eux, l'exclusion a été choisie sur la base de l'absence ou de la faible quantité d'informations pertinentes pour observer la naissance et l'institutionnalisation de la

---

<sup>58</sup> Selon Cavadino et Dignan (1997, 99), le rapport n'a pas été produit puisqu'on a été incapable d'arriver à un compromis sur la tâche à accomplir et la manière de procéder.

théorie de la dénonciation ; c'est le cas du *Model Penal Code*, du *Model Sentencing Act*, du *President's Crime Commission* et de *Fair and Certain Punishment*.

Le cinquième rapport, *Wolfenden*, portait en grande partie sur l'homosexualité et a été exclu en raison du fait qu'il s'écartait trop de notre sujet et offrait très peu d'informations utiles. En plus, il n'ajoutait rien de nouveau et de différent par rapport aux autres documents.

On peut constater qu'en termes quantitatifs les discours de réforme canadiens sont les plus fortement représentés dans notre univers de travail. Cependant, cela ne nous dit rien sur leur contribution qualitative et sur leur capacité virtuelle d'influence. Concernant notre thème, le rapport de la Commission anglaise sur la peine de mort aura une influence décisive, et ce, même au Canada, tandis que la théorie de la dénonciation de la *Commission de réforme du droit du Canada*, qui est beaucoup plus innovatrice, n'aura presque pas d'influence, y compris au Canada. Nous faisons alors l'hypothèse que cette forte représentativité des rapports canadiens n'affecte pas essentiellement l'analyse que nous ferons ici. « Les idées voyagent sans avoir besoin de passeport »<sup>59</sup>.

3. Quant à *la cueillette des données concernant la jurisprudence*, nous nous sommes limité au cas du Canada surtout pour des raisons pratiques. Nous pensons tout particulièrement ici à l'accessibilité des données et au problème de la compréhension des décisions. D'ailleurs, à cette raison fondée sur la praticabilité s'en ajoute une deuxième : la gestion de quantité importante de décisions. Pour faire une analyse en profondeur de

---

<sup>59</sup> C'est une phrase que nous répétons souvent au Laboratoire de la CRC en Traditions juridiques et rationalité pénale.

décisions des tribunaux, il nous fallait maintenir le nombre de décisions suffisamment bas pour qu'il demeure gérable.

Nous avons recueilli plus de 130 décisions des tribunaux canadiens allant de 1950 jusqu'à la fin de 1979 au fil d'une recherche par mots clés dans *Quicklaw*, un organisme privé qui collige des décisions judiciaires. Nous avons constitué notre liste de mots clés à travers la recension des écrits qui ont fait partie du premier chapitre empirique. Cette liste était la plus inclusive possible et était bilingue.

D'abord, commençons par dire un mot sur *Quicklaw* à proprement parler. Nous avons pu apprendre, lors d'une communication téléphonique avec un représentant de cette entreprise, que *Quicklaw* n'a pas de critères d'inclusion précis des décisions formant sa base de données. En effet, les décisions sont insérées dans cette base soit parce qu'un de leurs partenaires locaux (les différentes salles de greffes des cours par exemple) leur a acheminé une grappe de décisions soit parce qu'un client a demandé l'accès à une décision ne faisant pas partie de la base de données, amenant *Quicklaw* à commander une version écrite d'une décision à la cour impliquée. Par conséquent, nous n'avions aucune maîtrise de la constitution du bassin de décisions à l'intérieur duquel nous avons procédé à notre cueillette. Il est d'ailleurs important d'ajouter que bien que *Quicklaw* contienne des décisions pouvant être aussi éloignées que le XIXe siècle, c'est surtout à partir des années 1980 que sa base de données devient plus étendue. Du coup, il s'agit peut-être d'un heureux hasard que *Quicklaw* ait renfermé autant de décisions pertinentes – et issues de la période qui nous intéressait – pour notre propos, même si sa base de données était beaucoup moins complète pour cette période.

À l'intérieur des décisions publiées par *Quicklaw*, nous avons utilisé deux critères d'inclusion pour composer notre univers de travail en plus de celui de la période : (1) la décision devait appartenir au droit criminel et porter sur la détermination de la peine ; et (2) les mots clés devaient servir à articuler une réflexion portant sur les peines. Ce deuxième critère était nécessaire puisque certains de nos mots clés font partie du vocabulaire juridique courant ou de la langue courante. Par exemple, en français, « dénonciation » est le nom que porte la première étape du processus judiciaire où un citoyen (le plus souvent un policier) transmet l'accusation à la cour. De la même manière, en anglais, « repudiation » ou « repudiated » est utilisé lorsqu'un avocat ou un juge inscrit son opposition à un argument précédemment mis de l'avant par un avocat ou un juge. Enfin, comme l'indiquait Mandel (1984) dans les décisions canadiennes qu'il citait et que nous mentionnions au chapitre précédent, on associe à la dénonciation l'idée d'exprimer le dégoût (de l'anglais *abhorrence*) de la société pour le crime. Cependant, les tribunaux indiquent à l'occasion que l'infraction devant la cour est perçue par la société – ou parfois par les juges eux-mêmes – comme dégoûtante, odieuse, etc., sans pour autant mettre en lien la peine avec ce jugement très défavorable de la conduite. Or, une évaluation morale du crime qui n'est pas explicitement associée à la peine ne peut pas être attribuée à la théorie de la dénonciation. Du coup, pour maintenir le lien le plus direct entre les décisions et notre objet de recherche, nous avons exclu les décisions où le caractère odieux du crime n'apparaît pas clairement lié à la motivation de la peine ; une décision affirmant que le crime était odieux d'une part et qu'il fallait imposer une peine pour dissuader l'infracteur et les autres a été exclue. Nous voulions uniquement maintenir



les décisions où les relations entre les énoncés sont à la fois les plus denses et les plus faciles à décrire.

Un éclaircissement additionnel sur l'échantillonnage des décisions judiciaires s'impose. Suivant Pires (1997, 113), nous allons considérer que

« Le mot « échantillon » peut prendre une double signification. Au sens strict ou opérationnel, il désigne exclusivement le résultat d'une démarche visant à prélever une partie d'un tout bien déterminé ; au sens large, il désigne le résultat de n'importe quelle opération visant à constituer le corpus empirique d'une recherche. »

Dans notre cas, rappelons-le, nous avons d'abord fixé une limite temporelle entre 1950 et 1979. À l'intérieur de cette période, nous avons retenu l'ensemble du corpus de données jurisprudentielles qui avait été préconstruit par le programme *Quicklaw*. C'est la combinaison de ces deux opérations qui a déterminé « notre population », c'est-à-dire l'ensemble de décisions disponibles pour cette période. Une fois cette population constituée et sélectionnée, nous avons retenu *tous les cas pertinents pour notre recherche* à partir de mots-clés. La sélection des décisions judiciaires analysées s'approche alors davantage du sens large du mot « échantillonnage » indiqué par Pires. En effet, nous *n'avons pas* prélevé un échantillon opérationnel des décisions pertinentes disponibles entre 1950 et 1979 : nous avons pris, pour cette période, l'ensemble de la « population ». Il est cependant entendu que cela reste un échantillon au sens large.

Bien sûr, lorsqu'il est question de décisions des tribunaux, il convient de rappeler que cette « base de données » de *Quicklaw* est constituée par un certain nombre de *décisions écrites rapportées*, excluant toute forme de *décisions rendues oralement*. Ce genre de matériel, sauf s'il est enregistré, reste perdu pour toute recherche. En dépit de cela, nous pouvons aussi nous demander si une telle information aurait vraiment été

indispensable, car pour observer la manière par laquelle la théorie de la dénonciation a été institutionnalisée, les traces écrites sont beaucoup plus importantes et pertinentes. En effet, d'une part, dans les communications orales, les juges sont moins portés à évoquer les théories de la peine et, d'autre part, les décisions simplement orales ne sont pas celles qui servent d'appui pour la prise de décisions subséquentes dans le système de droit criminel et ne s'intègrent pas à la structure communicationnelle du système. Elles ont peu de chances de rester dans la « mémoire » du système et de rester disponibles pour un usage subséquent.

Or, comme nous avons retenu l'ensemble des décisions pour la période indiquée, nous n'avons pas eu besoin de recourir au critère de saturation comme principe de limitation de la cueillette de donnée. Par contre, au moment de l'analyse des données, ce critère de saturation a pu être utilisé. Nous avons alors constaté qu'à partir d'un certain moment, les décisions subséquentes n'ajoutaient plus d'éléments nouveaux à notre analyse. Malgré cela, nous avons analysé l'ensemble du matériel disponible, soit les 133 décisions retenues.

#### 2.4 L'approche analytique

Nous avons observé et analysé chacun de ces trois terrains empiriques séparément. Cependant, nous avons trouvé, par comparaison, une similitude très grande dans le processus d'émergence de cette théorie dans les textes savants et dans la jurisprudence. Ceci n'était pas étonnant, parce que la trame discursive des commissions de réforme est nécessairement intermittente alors que celles de la littérature savante et de la jurisprudence ne le sont pas. Il reste que ces trois terrains empiriques nous ont aidé,

chacun à leur façon, à observer et à décrire le processus de naissance et d'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation.

En ce qui a trait à la mise en relation de nos différents discours entre eux, nous allons y voir, à la suite de Glaser et Strauss (1967, 65), des « tranches de données » (de l'anglais *slices of data*) qui permettent d'obtenir « différents points d'observation à partir desquels comprendre » (1967, 65 ; notre traduction<sup>60</sup>) l'objet à l'étude<sup>61</sup>. Contrairement à Glaser et Strauss (1967, 68) qui voyaient dans ces *tranches de données* une manière de parfaire une théorie en construction, nous y verrons plutôt des couches parallèles de discours sur le SDC qui s'interpénètrent et se renforcent, et nous permettent du même coup de raffiner notre compréhension de la naissance de la théorie de la dénonciation et de son institutionnalisation par le SDC.

Cet effet cumulatif de ces différentes tranches de données prend un sens particulier. Lorsqu'il y a un « point de contact » entre les différents types de trames discursives (et même à l'intérieur d'un même type de discours), c'est le lieu de réception qui compte le plus pour comprendre ce qui se passe par la suite à l'intérieur de la trame qui établit le contact (Pires, *Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs, à paraître*). Pour le dire autrement à l'aide d'un exemple, lorsqu'un juge, au moment de rendre une décision, évoque un passage d'un rapport d'une commission de réforme du droit, ce qui compte pour la suite de la communication jurisprudentielle, c'est la compréhension qu'a eue le juge. Le juge (comme toute autre personne) va comprendre nécessairement le rapport à sa manière et peut n'en avoir gardé qu'un élément qui n'est

---

<sup>60</sup> « different views of vantage points from which to understand »

<sup>61</sup> Pires (1997) s'était inspiré de cette expression de Glaser et Strauss et nous le faisons à notre tour.

pas représentatif de l'esprit du rapport selon un autre observateur (qui analyse le même rapport avec un autre objectif et d'autres éléments en tête).

Comme nous le verrons dans les prochains chapitres, la théorie de la dénonciation de la *Commission de réforme du droit du Canada* (1971 – 1976) comportait l'affirmation suivante : « il peut être justifié d'envoyer en prison [une personne condamnée] pour dénoncer le crime ». Cette affirmation sera reprise par des décisions des tribunaux canadiens. Cependant, en ne retenant que cette affirmation, on passe à côté de l'essentiel des rapports de la *Commission de réforme du droit du Canada* et des restrictions qu'elle imposait à cette finalité. Ainsi, selon la Commission, une peine « pour dénoncer » ne devrait pas être supérieure à trois ans et cette pratique devrait être exceptionnelle. Cet énoncé s'insérait dans un cadre plus global d'éléments ayant la modération comme principe directeur<sup>62</sup>.

Qui plus est, même en présence d'un transfert d'idées d'un discours à un autre, le discours original n'est pas pour autant affecté. Ce n'est pas parce que certaines décisions des tribunaux n'ont retenu des rapports de la *Commission de réforme du droit du Canada* que l'idée qu'il peut être acceptable d'emprisonner pour dénoncer le crime que les rapports de cette commission sont moins innovants pour autant.

\*\*\*

Passons maintenant à l'analyse de notre premier type de discours, soit les discours savants sur la théorie de la dénonciation.

---

<sup>62</sup> Nous verrons en temps et lieu pourquoi nous jugeons que la Commission de réforme du droit a construit un discours hors de la RPM.

### **Chapitre III**

#### **Les discours savants sur la dénonciation entre**

#### **les années 1950 et 1980**

L'objectif de ce chapitre est de montrer comment les discours juridiques, philosophiques et, dans une moindre mesure, sociologiques ou criminologiques percevaient la théorie de la dénonciation. À travers ces discours savants, nous amorçons l'observation de la naissance de la théorie de la dénonciation et de son institutionnalisation par le SDC.

Pour nos propos ici, il ne sera pas nécessaire de distinguer entre les divers types de discours (philosophiques, juridiques et scientifiques) qui seront traités. En effet, par rapport à ce que nous voulons visualiser, la différence entre ces circuits de communication n'est pas pertinente. Au contraire, il est même intéressant de voir le chevauchement entre ces différentes trames discursives. Cependant, cela ne nous empêchera pas d'indiquer en cours de route, le cas échéant, la trame discursive principale dans laquelle s'inscrit l'auteur pour orienter le lecteur et l'aider à comprendre certaines différences dans l'approche de ce thème. Par exemple, les philosophes et les juristes veulent souvent développer ou perfectionner cette théorie, éclaircir ses liens avec les autres théories connues ou critiquer cette théorie souvent au nom des théories classiques. Les sociologues et les criminologues, même lorsqu'ils participent aussi à cet exercice de développement ou de critique, introduisent souvent une dimension empirique.

Nous ciblerons de manière générale la période allant des années 1950 aux années 1980, et, de manière spécifique, quelques auteurs en particulier durant cette période. Ces auteurs ont été choisis entre le témoignage du juriste Lord Denning devant la *Royal Commission on Capital Punishment* en 1953 et un article de 1980 de A. J. Skillen qui s'intitulait *How to Say Things with Walls*. Nous avons choisi le témoignage de Lord Denning comme point de départ de cette observation parce qu'il est souvent perçu comme jouant un rôle important dans l'apparition de la théorie de la dénonciation au XX<sup>e</sup> siècle (notamment par Cavadino et Dignan, 2007). En revanche, le texte de Skillen a été choisi pour clore cette période parce qu'il a permis le raffinement des critiques adressées à la théorie de la dénonciation. En plus de discuter de Denning et de Skillen, nous aborderons les points de vue de Nigel Walker et de H.L.A. Hart puisqu'ils demeurent ceux qui ont le plus écrit sur le sujet. Parallèlement, le texte de Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, doit également être abordé puisqu'il a contribué d'une manière significative à faire naître cette théorie de la peine. Enfin, nous nous servirons d'écrits de Johannes Andenaes pour discuter la filiation de la théorie de la dénonciation avec la théorie de la dissuasion et d'un extrait d'un livre de John Salmond sur la filiation de la théorie de la dénonciation avec la théorie de la rétribution.

L'examen de ce matériel devra contribuer à répondre à des questions comme celles-ci : comment cette théorie va-t-elle « naître » ? Cette question peut aussi se formuler comme suit : comment cette théorie va, pour ainsi dire, « se détacher » de la théorie rétributiviste et de la théorie de la dissuasion ? Comment la littérature de cette période va-t-elle mettre en relation cette théorie de la dénonciation avec les autres théories déjà bien établies dans le système de droit criminel et, tout particulièrement, avec

les théories de la rétribution et de la dissuasion ? À quels auteurs attribue-t-on la théorie ? Qui, selon nos connaissances actuelles, a « baptisé » la théorie par l'expression « de la dénonciation » ? Cette théorie est-elle (ou non) attachée à l'idée d'infliction de la souffrance ? Et comment cette théorie sera accueillie par les discours savants observés ici ? Sera-t-elle « valorisée » ou « critiquée » et, si critiquée, de quelle façon ? Autrement dit, nous allons entreprendre une approche descriptive de communications philosophiques, juridiques et scientifiques portant sur la théorie de la dénonciation. Compte tenu de nos objectifs, au lieu de faire une analyse plus rapide d'un plus grand nombre d'études, nous avons opté, au contraire, pour faire une analyse plus étendue d'un nombre plus réduit de textes ; en l'occurrence ceux qui ont marqué cette période et qui forment souvent les « incontournables » de la littérature contemporaine sur le sujet. En conclusion, nous allons nous référer à d'autres études (dont de plus récentes) pour compléter notre observation sur deux thèmes choisis pour leur caractère central face au problème à l'étude ici. Nous pouvons ainsi mieux visualiser le processus de naissance de cette théorie, y compris dans la littérature, naissance qui débouchera vers son institutionnalisation forte par le SDC.

L'examen de la littérature pendant cette période constitue une des trois manières par laquelle nous allons observer la naissance et l'institutionnalisation de la dénonciation comme *finalité* et *théorie* de la peine à proprement parler. Les deux autres manières, comme nous l'avons déjà dit, sont les rapports des commissions de réforme et la jurisprudence canadienne pendant la même période.

### 3.1 Un point de départ : Le témoignage de Lord Denning devant la RCCP (1953)

Comme nous le verrons plus loin, on attribue à Lord Denning un rôle important dans l'émergence de la théorie de la dénonciation. En fait, nos recherches nous amènent à penser qu'il est un des premiers (sinon le premier) à se référer à cette théorie (ou finalité) par le terme « dénonciation » dans un contexte très « visible ». Pour le dire autrement, nous n'avons pas rencontré de discours juridiques ou philosophiques, au sens large, plus lointain qui utilise le médium « dénonciation » ou « dénoncer » comme finalité de la peine. Nous allons considérer cela comme un fait significatif puisque, entre autres choses, sans un nom propre, sans une « carte d'identité » individualisée, une nouvelle théorie éprouve une grande difficulté à naître. Elle a besoin d'un « nom » susceptible de la distinguer des théories rivales préexistantes. Or, cette appellation va émerger justement dans le témoignage de Lord Denning devant la *Royal Commission on Capital Punishment* (dorénavant aussi *Commission royale sur la peine capitale* et RCCP), tenue en Angleterre et qui publia son rapport en 1953.

Nous allons voir au dernier chapitre que cette « théorie » – et cette finalité de la peine – est présente chez Stephen au XIX<sup>e</sup> siècle, y compris de façon plus développée. Il faut toutefois pendre en compte que Stephen ne la désigne pas par un nom propre. On peut peut-être dire que la formulation de la théorie revient à Stephen (du moins, ce sera notre prétention), mais que c'est Lord Denning qui l'a baptisé au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Et ce baptême facilitera l'épanouissement de la théorie dans le SDC (et le système politique) et son « détachement » des deux autres (rétribution et dissuasion). Nous verrons, en cours de route, qu'il y a d'autres noms concurrents pour cette théorie, mais c'est l'appellation de Denning qui va s'imposer dans la tradition de la *common law* pendant le XX<sup>e</sup> siècle.



Plus tard, une autre expression va faire concurrence à celle-ci. C'est le terme « théorie expressive » de la peine, terme qui émerge aussi pendant cette période et qui recoupe parfois les mêmes idées.

Nous allons considérer que l'émergence d'un autre langage est un phénomène symptomatique. En effet, pourquoi parler d'une finalité de la *dénonciation* si l'on voulait tout simplement dire la même chose ? Ou si l'on voulait dire que la finalité de la peine était « rétributiviste » ou « dissuasive » ? La commission à laquelle a pris part Denning va servir, en quelque sorte, de médium pour le témoignage de Lord Denning : on peut se demander si ce n'est pas elle qui va « propulser » cette théorie dans la philosophie et dans les communications juridiques (commissions de réforme, jurisprudence et doctrine). Il ne faut donc pas se surprendre que la littérature fasse très souvent référence à ces quelques lignes retenues par la Commission lorsqu'il est question de la théorie de la dénonciation.

Voici le passage qu'a retenu la RCCP du témoignage de Lord Denning :

« The punishment inflicted for grave crimes should adequately reflect the *revulsion felt* by the great majority of citizens for them. *It is a mistake* to consider the objects of punishment *as being deterrent or reformative* or preventive and nothing else ... The ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent, but that it is *the emphatic denunciation by the community* of a crime : and from this point of view, there are some murders which, in the present state of *public opinion*, demand the most emphatic denunciation of all, namely the death penalty. » (Témoignage de Lord Denning, Ninth days of Evidence, cité avec les points de suspension par la RCCP, 1953, 18 – 53).

Avec ce passage, nous voulons tout de suite attirer l'attention du lecteur sur quatre points qui correspondent à ce qui a été souligné dans ce passage. Mais ces points ne seront pas présentés dans l'ordre dans lesquels ils se trouvent dans cette citation. Le premier point est que cette finalité de « dénonciation » s'autoprésente comme étant à la fois distincte et plus importante que les finalités de *dissuasion* et de *réhabilitation*. Dans

ce passage, la théorie émergente ne s'autodistingue pas explicitement de la théorie de la rétribution (de Kant et de Hegel), mais elle ne va pas tarder à le faire. Le deuxième point est que cette finalité de la peine s'inscrit *immédiatement* dans le champ des « émotions ». Sa finalité serait de refléter les émotions. Ceci est à la fois très attrayant d'un point de vue pratique et très risqué du point de vue de la « rationalité » du système. En troisième lieu, on voit apparaître le terme « dénonciation » et il est qualifié de « dénonciation *énergique* ». Ceci est sans doute une référence implicite à la peine de mort et, plus globalement, à la supposée nécessité d'avoir des peines très sévères pour les crimes les plus graves. En quatrième lieu, cette finalité est mise en relation directe avec la « communauté » et avec l'« opinion publique ». Nous verrons plus loin que l'on dira aussi que cette « finalité de dénonciation » peut aussi *guider* (et non seulement refléter) l'opinion publique et qu'elle peut exprimer autant l'émotion de la communauté que la désapprobation de l'État ou du système de droit criminel. Ce sont des *variations internes* de la théorie qui vont la rendre plus flexible dans son application à divers scénarios. Par ces quatre aspects de la théorie, on peut déjà entrevoir *comment* elle va se distinguer des théories classiques de la rétribution et de la dissuasion : accent sur l'émotion, valorisation de la sévérité de la peine en fonction du public, de l'opinion publique ou d'une tâche que l'on doit accomplir par rapport au public et déplacement de la finalité de la peine vers la simple « dénonciation » du comportement *par la sévérité du châtement*.

En arrangeant différemment les propos de Lord Denning, nous obtenons que l'objectif principal de toutes les peines doit être « la vigoureuse dénonciation du crime par la communauté ». La peine devrait aussi être « proportionnelle » au niveau de répulsion qu'un crime inspire à la « majorité des citoyens ». Sur cette base, Lord

Denning, parlant au nom de l'opinion publique, demande et recommande à la Commission de garder la peine de mort, dans certains types de meurtres, pour assurer la plus « vigoureuse dénonciation ». Selon Lord Denning, l'opinion publique ne demanderait pas la peine de mort pour *tous les types de meurtres*, mais seulement pour les plus intolérables. La « finalité de dénonciation » pourrait alors se prêter à justifier l'imposition, dans certains cas, des peines plus sévères. On peut se demander si un nouveau concept de *proportionnalité*, ni rétributiviste ni centré sur la théorie de la dissuasion, n'est pas déjà présent dans ce passage : quelques meurtres semblent demander des peines *plus sévères* pour qu'elles soient « proportionnelles » au degré de répulsion du public. Ni Kant ou Hegel, ni Beccaria ou Bentham ne seraient en accord avec un tel concept ...

La Commission n'a évidemment pas repris intégralement le témoignage de Lord Denning et ces omissions permettent de mieux saisir le contexte dans lequel s'inscrit cette proposition. L'extrait suivant situe le passage de Lord Denning cité par la Commission dans un contexte plus large. En effet, le mémorandum de Lord Denning commence sur ces mots :

« Whilst everyone agrees that crimes must be punished there is profound disagreement as to the form which punishment should take. Many are inclined to test the efficacy of punishment solely by its value as a deterrent : but this is too narrow a view. **[1]** Punishment is the way in which society expresses its denunciation of wrong doing : and, **[3]** in order to maintain respect for law, it is essential that the punishment inflicted for grave crimes *should adequately reflect the revulsion* felt by the great majority of citizens for them. It is a mistake to consider the objects of punishment as being deterrent or reformative or preventive and nothing else<sup>63</sup>. **[2]** If that were so, we should not send to prison a man who was guilty of motor manslaughter, but only disqualify him from driving ; *but would public opinion be content with this ?* The truth is that some crimes are *so outrageous* that society insists on adequate punishment, because the wrong-doer deserves it, *irrespective of whether it is a deterrent or not*. [...] Some cases are so

---

<sup>63</sup> La Commission avait inséré des points de suspension avant de citer un passage apparaissant plus loin.

outrageous that, irrespective of the value of the death penalty as a deterrent, the great bulk of the community consider that the only fitting penalty is death. In my view the ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent, but that it is the emphatic denunciation by the community of a crime : and from this point of view, there are some murders which, in the present state of public opinion, demand the most emphatic denunciation of all, namely the death penalty. » (Mémorandum de Lord Denning transmis à la Commission en novembre 1949, publié dans les Minutes of evidence, Ninth day, december 1st, 1949, Royal Commission on Capital Punishment, p. 207).

Dans les passages que la commission n'a pas retenus, nous retrouvons certaines informations qui permettent de compléter ce qui a été retenu du témoignage de Lord Denning par la RCCP (1953) .

D'abord, on voit que, selon Lord Denning, la « dénonciation » d'un comportement ne peut être exprimée adéquatement qu'à travers le châtement. Denning ne considère pas d'autres possibilités pour exprimer une désapprobation. Le châtement, et si le crime est grave, le châtement sévère, est pour lui une sorte de « nécessité incontournable ».

Ensuite, Lord Denning maintient que la peine « is the way in which society expresses its denunciation of wrong doing ». L'expression "wrong doing" rappelle de loin la théorie rétributiviste, mais il y a déplacement non négligeable ici de la « finalité » de la peine vers la « dénonciation » (en fonction du degré d'émotion que l'on attribue au public). On a surtout retenu que Denning considérait la peine de mort, mais on peut voir par la suite que la finalité de dénonciation peut s'appliquer sans aucune difficulté à l'incarcération. L'important ici semble être la valorisation de la *sévérité* de la peine dans le cas des crimes considérés graves.

Enfin, la théorie de la dénonciation va aussi dire aux autorités que le « respect de la loi » dépend d'un châtement qui s'adapte au degré de répulsion du public. Si les

autorités veulent stimuler le respect de la loi, elles doivent supposément punir selon le degré de réprobation du public. Cette théorie est adaptée à une société qui valorise les médias de communication et l'opinion publique dans la détermination de la peine. En cela elle se distingue aussi bien du rétributivisme que de la théorie de la dissuasion. Il est intéressant de noter que cette théorie déplace les raisons pour respecter le droit : selon la théorie, le droit ne doit pas chercher le respect du public dans une procédure impartiale et dans des sanctions qui tiennent compte de l'inclusion sociale du contrevenant, mais dans des peines dont le degré de sévérité est susceptible de satisfaire les émotions du public. Cela est évident dans la manière par laquelle cette théorie a été utilisée pour justifier la peine de mort, mais nous verrons que cela se produit aussi bien à l'égard de l'incarcération.

Le témoignage de Lord Denning nous permet aussi d'entrevoir, rétroactivement, comment cette théorie émergente de la dénonciation va entrer en relation avec la théorie moderne de la dissuasion. Elle ne va pas « démentir » directement cette théorie ; elle va plutôt tenter de la déplacer, au moins dans certaines circonstances, et créer un espace propre de manière à favoriser une sévérité de la peine « adaptée au public ». On peut observer cela dans une réponse que Lord Denning a donné à une question du président de la Commission voulant savoir s'il « attachait quelque valeur à la dissuasion » (Minute of evidences, december 1st, 1949, p. 209) :

« Yes, I attach very great value to the aspect of deterrence, but my view is that there are quite a number of cases where deterrence is not the only guide. Take a case like the Haigh case recently, or some of these outrageous cases. The community, in my view, would demand the death penalty without regard to questions of deterrence at all. Indeed, if you take some of the sexual offences, such as offences against small boys, many people would say, « Let such an individual be treated by a psychiatrist », but somehow the public sense at the

present stage demands that there should be some kind of punishment. » (Minute of evidences, december 1st, 1949, p. 209)

Ce commentaire a amené le président de la Commission a questionné Lord Denning quant à son opinion sur ces émotions fortes ressenties par le public, émotions à la source de la sévérité des peines pour Denning : « do you think that is a right and proper feeling ? » (Minute of evidences, december 1st, 1949, p. 209) Ce à quoi Lord Denning a répondu :

« No, I think we need educating to the other view. I think the right view is probably that those cases should be treated from the medical aspect, but I am not sure that public opinion is ready for that at the moment. » (Minute of evidences, december 1st, p. 209)

On voit que Denning sépare ici son point de vue *personnel* de ce que prétend la théorie. Cependant, en donnant son appui à la théorie, celle-ci acquiert plus de valeur que sa propre position. Le message semble clair : si l'on s'aligne avec cette théorie, ce qui compte ce n'est pas ce que l'on devrait rationnellement faire, mais ce qui s'adapte à l'état de l'opinion publique.

La combinaison de ces différents passages nous laisse l'impression suivante : Lord Denning lui-même considère que la dissuasion et vraisemblablement la réhabilitation sont des objectifs de la peine qu'il serait intéressant de maintenir comme des finalités pour le SDC. Cependant, il semble considérer que le public doit recevoir ce qu'il « demande », et ce, particulièrement lorsque le crime suscite une grande indignation ou lorsqu'il faut stimuler la réprobation à l'égard de certains comportements (voir l'exemple donné concernant la conduite de voitures). Et, ce que le public demande, selon la théorie, c'est que sa désapprobation (ou son indignation) soit adéquatement exprimée.

Dès lors, il semble juste de voir que chez Denning, le droit criminel doit chercher à répondre aux attentes du public, notamment en matière de peine, et que la dénonciation semble être la finalité concrétisant cette satisfaction des attentes du public en matière de peine.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il faut retenir ici, c'est que pour Denning, la « dénonciation », doit être une finalité de la peine à être valorisée par le SDC. Il considère également que la peine, pour respecter cette finalité, doit être équivalente (ou proportionnelle) au niveau d'indignation de la « société » ou de l'« opinion publique » à l'égard du crime.

### **3.2 L'apport de Feinberg à la théorie de la dénonciation : la « fonction expressive de la peine »**

Joel Feinberg va écrire du point de vue de la philosophie du droit criminel. En travaillant la définition même de la peine, son projet est de perfectionner les théories de la peine déjà existantes et dominantes dans le discours philosophique sur les peines en matière criminelle. Il ne semble pas tout à fait conscient du fait qu'il est en train de participer à la construction d'une *nouvelle* théorie, mais il est pleinement conscient de son insatisfaction avec les théories rétributivistes, de la dissuasion et de la réhabilitation. C'est en « critiquant » jusqu'à un certain point surtout les deux premières théories, auxquelles il va en même temps s'attacher, qu'il va contribuer à la naissance de la théorie de la dénonciation (ou de la fonction expressive de la peine)<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Nous avons pleinement conscience qu'il ne s'agit pas là de la compréhension usuelle de ce texte, mais elle nous semble la plus juste. Nous verrons sous peu comment le texte de Feinberg intègre des critiques aux théories de la rétribution et de la dissuasion.

La dimension « critique » de sa communication est alors très limitée : il fera des critiques « internes » à ce système d'idées appelé « rationalité pénale moderne ». C'est en sortant *partiellement* de *certaines idées* qui caractérisent le rétributivisme et la théorie moderne de la dissuasion qu'il contribuera à faire naître la théorie de la dénonciation « entre » les deux autres. La dimension critique de sa pensée est aussi limitée en un autre sens : il accepte aisément la sévérité des peines pour les crimes graves et sa théorie s'accommode parfaitement de la valorisation de la prison (et de la peine de mort). Autrement dit : sa théorie *ne valorise pas* la diversité des sanctions en droit criminel et les sanctions qui n'expriment pas l'idée d'un « traitement dur » des coupables (de tous les crimes). Bien sûr, comme nous le verrons, cela ne l'empêchera pas de soutenir l'idée classique que les crimes plus graves doivent être punis plus sévèrement que les moins graves.

Ce texte de Feinberg nous semble fondamental pour l'observation du processus de naissance de la théorie de la dénonciation. Et ce, à tel point que nous pouvons nous demander si, dans sa forme la plus achevée, cette théorie juridico-philosophique n'a pas été un produit « à trois têtes » : Stephen-Denning-Feinberg. Un produit qui, par ailleurs, a été en gestation pendant plus d'un siècle (1863 – 1965). Pour faciliter la compréhension de ce qui va suivre, nous allons résumer les sept idées principales que nous allons tenter de montrer ici, en l'occurrence :

1. D'un point de vue philosophique, c'est Feinberg qui va donner ses « lettres de noblesse » à la théorie de Stephen (et aux remarques de Denning faites lors de son témoignage devant la *Commission royale sur la peine capitale*).
2. Feinberg va donner un nouveau nom, plus abstrait, et plus attrayant pour la philosophie, à la théorie de la « dénonciation » et celui-ci deviendra dominant dans les communications philosophico-juridiques au cours de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle : « théorie expressive de la peine ».



3. Feinberg continuera à substantialiser les concepts de crime et de peine et va insister sur le fait que le « traitement dur » (« *hard treatment* ») ou l'intention d'infliger une souffrance significative au coupable fait partie essentielle du concept de punition. Il va cependant ajouter à cette vieille définition philosophique (Pires et Cauchie, 2007) deux autres éléments. Pour lui, il est nécessaire de dire aussi que la punition est un « *traitement dur* » qui exprime, d'une part, la réprobation et, d'autre part, le mépris et l'indignation (*contempt, indignation, resentment*) au nom du public ou de la communauté.
4. Feinberg va également critiquer explicitement le concept de proportionnalité de la théorie rétributiviste classique et proposer un nouveau concept de proportionnalité mieux adapté aux représentations que nous faisons de l'*opinion publique* ou que le système de droit criminel fait du *degré de réprobation* et de *mépris* du public à l'égard des divers crimes.
5. Avec Feinberg, l'*émotion* et, plus particulièrement, le sentiment de mépris et d'indignation deviennent *intégrés* à la « rationalité de la peine ». Il devient alors philosophiquement « rationnel » de vouloir exprimer, à travers le « traitement dur » (mais proportionnel à la gravité-désapprobation du crime), la réprobation de l'acte.
6. Ce texte de Feinberg nous permet de voir aussi *comment* la théorie de la dénonciation *se détache* – et en même temps *se rattache* – aux théories de la rétribution et de la dissuasion. Il ajoute alors des éléments à la démarche déjà entreprise par Stephen et par Denning (dans son témoignage à la RCCP).
7. Enfin, ce texte montre très bien que la théorie de la dénonciation ne s'intéresse ni à la modération ou à la réduction de peines d'incarcération (particulièrement dans le cas de crimes graves) ni à la diversité de sanctions en droit criminel ni encore à l'inclusion sociale (et la réduction de la souffrance) des personnes condamnées. Ce sont des points aveugles de la théorie.

Outre ces idées clés, le texte de Feinberg véhicule *de façon explicite* un paradoxe qui est devenu une sorte de *lieu commun* pour un grand nombre d'observateurs qui s'autoreprésentent comme « humanistes » (Possas, 2009). Feinberg se présente au début de son article comme un philosophe moraliste « *sensitive to injustice and suffering* » et il va soutenir la thèse que le concept de punition *est* – et *doit être vu* – comme l'imposition d'une *souffrance* significative (*hard treatment*) pour exprimer les attitudes de mépris, de ressentiment et d'indignation, aussi bien que la réprobation de l'acte. Les personnes sensibles à la souffrance des autres peuvent alors devenir insensibles à la souffrance du coupable et ne pas y voir aucune difficulté ou « contradiction ».

### 3.2.1 La philosophie comme discours légitimateur de la sévérité des peines

Stephen, comme nous le verrons, *met ensemble* tous les éléments essentiels de cette théorie de la dénonciation, mais sans le témoignage de Denning (1953) et sans le texte de Feinberg (1965), on ne réussit pas aisément à la voir. Tout se passe comme s'il était aisé de la trouver rétroactivement (bien entendu, si l'on fait une observation systématique de ses textes), mais en se plaçant au moment où il écrit, cela n'a pas du tout la visibilité d'une « nouvelle théorie ». On voit de nouvelles idées, quelques déplacements particuliers, etc., mais la théorie reste invisible en tant que théorie et même en tant que finalité privilégiée pour la peine. C'est dans les années 1950 et 1960 que cela va se faire.

Feinberg (1965, 403) va s'attacher explicitement à la fois à Stephen (en acceptant une de ses comparaisons métaphoriques) et à la *RCCP* en ce qui concerne ce qu'il considère être la « fonction expressive » de la peine et le rôle de la punition criminelle dans la « canalisation » de cette expression. En effet, à ce rôle – étiqueté comme « universel » (Feinberg, 1965, 403) – d'exprimer des sentiments comme la « haine », la « peur » et le « mépris » (« hatred, fear, contempt »), il attribue aussi au droit criminel le rôle d'exprimer d'une façon plus « civilisée et démocratique » (Feinberg, 1965, 402 – 403) ces élans de vengeance en la transformant dans une sorte de « legitimized vengefulness ». C'est dans ce contexte qu'il s'attache à Stephen en lui donnant raison :

« hence there is much truth in J. F. Stephen's celebrated remark that 'The criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite'. » (Feinberg, 1965, 403)<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> De Stephen, Feinberg avait également retenu, comme références parmi d'autres, que la peine « should always connote ... moral infamy » (Feinberg, 1965, 398 en note de bas de page à partir de Stephen, 1883, II, 83)

Il semble vouloir dire : de la même façon que le mariage a la fonction [pour eux, bien entendu] d'exprimer, discipliner et légitimer l'appétit sexuel dans sa dimension sauvage, la punition en droit criminel aurait pour fonction d'exprimer, discipliner et légitimer les passions (autrement sauvages) de vengeance.

Ensuite, il dira que ces deux éléments du concept de punition, le ressentiment (qui inclut la haine, le mépris, la peur, etc.) et la réprobation ont déjà été signalés aussi par la RCCP (Feinberg, 1965, 403 – 404). À cette occasion, il en profite aussi pour prendre distance de la théorie de la rétribution qui, selon la lecture qu'il fait du rapport de la Commission, confondrait ces deux éléments.

### 3.2.2 Un (nouveau) « nom » pour la théorie

Chez Stephen, le processus de naissance de la théorie commence, mais celle-ci ne reçoit encore aucun nom pour la désigner et la différencier plus aisément de la théorie de la dissuasion et de la rétribution. Elle « emprunte » parfois le nom de ces théories, ou certains éléments « inclus » dans ces théories, pour s'autoprésenter. Elle se voit et sera vue comme une « variante du rétributivisme » ou comme la « dimension pédagogique » (plus ou moins négligée ou secondaire) de la théorie de la dissuasion. Chez Denning et dans le rapport de la RCCP, la théorie est « baptisée » comme théorie de la « dénonciation ». Ce terme sera destiné à avoir un grand succès auprès du système politique (gouvernement), du système de droit criminel (dans la tradition de la *common law*) et auprès des mouvements sociaux. C'est l'aspect « pratique », « militant », « concret » et « émotif » (rhétorique) de ce terme qui semble le rendre attirant pour ces circuits de communication. Le texte de Feinberg, sans se défaire de ce premier nom de

baptême, va permettre d'utiliser un autre nom, à la fois plus « savant » et plus « abstrait », pour cette théorie : « théorie expressive de la peine ». Le texte va présenter cette théorie comme relevant d'une « dénonciation symbolique », et ce, même si le traitement qu'elle propose de donner aux accusés est « dur » et bien « concret ».

En effet, c'est surtout à Joel Feinberg<sup>66</sup> que l'on doit l'appellation « fonction expressive de la peine ». Comme point de départ, Feinberg soutient l'idée selon laquelle la peine aurait une « fonction expressive » en ce sens où

« Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, either on the part of the punishing authority himself or of those « in whose name » the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a *symbolic significance* largely missing from other kinds of penalties. » (Feinberg, 1965, 400 ; en italique dans l'original)

Un peu plus loin, il dira aussi qu'il considère le terme « *condamnation* (ou dénonciation) comme fusionnant les éléments de ressentiment et de réprobation » de la *punition*.

### 3.2.3 Substantialisation du concept de crime et de peine et valorisation de l'infliction de la souffrance

Le texte de Feinberg va s'attacher à cette trame discursive de la philosophie et de la doctrine du droit criminel qui soutient que le « crime » et la « peine » du système de droit criminel sont des « réalités essentiellement différentes » d'autres formes

---

<sup>66</sup> Feinberg n'a pas été le premier à en faire mention (il se réfère lui-même à Henry Hart (1958) et à Lord Denning). Nous pouvons également mentionner Hart (1961 [1968]) qui mentionne que « Stephen's [...] expressive or denunciatory theory of criminal punishment is with us still » en pointant dans la direction de Denning ; personne à notre connaissance ne s'est référé à Hart à ce sujet. Nous reviendrons sous peu sur la position de Hart.

d'interdictions morales et de châtements (« pénalités », « sanctions », etc.)<sup>67</sup>. En effet, Feinberg va tenter, encore une fois, de distinguer entre *punition/pénalité* (Feinberg, 1965, 398 – 400), en prétendant que la *punition* a des éléments spécifiques ou « naturels » (notre terme) qui seraient absents de la « pénalité ». Quels seraient, selon lui, ces éléments? À son avis, ces éléments résideraient justement dans « l'expression du ressentiment et de la réprobation ». Les « pénalités » n'exprimeraient ni du ressentiment ni de la réprobation. Dès lors, à ses yeux, quand le droit civil donne une sanction de « dommages punitifs » (Feinberg, 1965, 407), il n'y aurait ni une expression de réprobation ni de ressentiment. À en croire Feinberg, c'est seulement la « machinerie symbolique de la *punition* » (Feinberg, 1965, 408) [du droit criminel] qui serait capable d'exprimer cela, et l'on suppose que c'est surtout grâce à l'emprisonnement (ou à la peine de mort). Il dira alors que la « *punition* [du droit criminel] a, en résumé, une *signification symbolique* qui est largement absente des autres types de pénalités » (Feinberg, 1965, 400 ; notre traduction).

Au début de l'article de Feinberg, nous avons eu l'impression qu'il allait critiquer de manière plus fondamentale le concept de *punition* qui est au cœur de ce système d'idées appelé rationalité pénale moderne (Pires et Cauchie, 2007). Feinberg (1965, 397) nous rappelle, dans ses propres termes, ce concept :

« Punishment is defined, in effect, as the infliction of hard treatment by an authority on a person for his prior failing in some respect (usually an infraction of a rule or command). »

---

<sup>67</sup> Pires (1991 ; 1998), en s'appuyant sur d'autres auteurs, montre comment la doctrine du droit criminel a constaté l'échec de ces tentatives de substantialisation de la différence entre, d'une part, le droit criminel et, d'autre part, le droit civil et administratif. Il montre aussi que même les auteurs qui ont constaté cet échec n'ont pas réussi pour autant à en tirer toutes les conséquences théoriques. Feinberg reconduit les anciens arguments pour démontrer cette « substantialisation » et ne semble pas conscient des critiques qu'ils ont suscitées.

Dans son texte, Feinberg ne fait état d'aucune *autre* définition de la punition. L'impression qu'il donne, c'est qu'il n'y a pas d'alternatives. Par la façon qu'il introduit cette définition usuelle, il est clair qu'il ne s'en satisfait pas. Mais, par la suite, on se rend vite compte que son opposition au concept ne réside pas dans cette idée de définir la punition par l'infliction d'un « traitement dur » ; ce qu'il déplore, c'est le fait que cette définition ne fasse pas immédiatement état de la fonction symbolique de la punition, soit le ressentiment (mépris, haine, etc.) et la réprobation. Il va alors proposer d'*inclure* cette fonction dans la définition :

« It will be my thesis in this essay that [...] both the hard treatment aspects of punishment and its reprobative function must be part of the *definition* of legal punishment [...] (Feinberg, 1965, 400 ; en italique dans l'original).

Il va reprendre cette idée plus loin en disant que :

« A philosophical theory of punishment that, through inadequate definition, leaves out the condemnatory function, not only will disappoint the moralist and the traditional moral philosopher ; it will seem offensively irrelevant as well to the constitutional lawyer » (Feinberg, 1965, 408).

Dans ce passage, il passe près d'indiquer qu'il est en train de construire une nouvelle théorie de la punition dans le but de la rendre utile pour le système de droit.

#### 3.2.4 Un nouveau concept de « proportionnalité » ?

La question que nous allons examiner maintenant est très complexe et nous ne pouvons qu'effleurer ce problème qui est néanmoins important pour comprendre les transformations introduites par la théorie de la dénonciation. Le lecteur doit voir les lignes qui suivront comme une simple exploration préliminaire et tâtonnante de cette question. Sur ce point, le texte de Feinberg est lui-même difficile à interpréter et marqué

par des ambiguïtés ou par des passages insuffisamment clarifiés. Nous avons eu aussi l'impression que, dans ce texte, Feinberg a réussi à s'éloigner clairement du concept rétributiviste de proportionnalité, mais qu'il n'a pas fait autant par rapport au concept utilitariste de proportionnalité (théorie de la dissuasion). Par conséquent, la « nouveauté » de sa proposition reste en partie « noyée » ou « controversée ». Car un autre interprète peut évoquer des passages où, par exemple, il va définir la « gravité du crime » par la quantité de dommage qu'il cause. Si la sévérité de la peine doit être proportionnelle au dommage causé par le crime, son concept de proportionnalité se rapproche de façon étonnante de celui de Beccaria et de Bentham. Son texte gagne alors à être vu encore comme un lieu de « bifurcation », un de « carrefour » : le lecteur peut s'aligner du côté de la théorie de la dissuasion (« la sévérité de la peine doit s'adapter au dommage causé par le crime ») ou, au contraire, se diriger vers un nouveau concept de proportionnalité (« la sévérité de la peine doit s'adapter au degré de réprobation sociale du crime »).

Le restant de notre matériel empirique laisse voir que la théorie de la dénonciation (dominante) a pris surtout la deuxième voie. Nous allons alors souligner dans notre exposé cette deuxième voie qui est celle qui nous paraît faire aussi le plus justice au projet global de Feinberg lui-même : il cherche à s'éloigner à la fois des théories classiques de la rétribution et de la dissuasion, et il trouve une (autre) théorie (« expressive ») de la peine, une théorie de la dénonciation.

Commençons alors par rappeler qu'autant la théorie de la dissuasion (Beccaria, Bentham) que la théorie rétributiviste moderne (Kant, Hegel) avaient élaboré deux concepts de proportionnalité, ayant chacun sa propre particularité (Pires, 1998). Pires a désigné le concept de proportionnalité de la théorie de la dissuasion par les expressions

« proportionnalité verticale » ou proportionnalité-échelle; et il a désigné le concept rétributiviste de proportionnalité par les expressions « proportionnalité horizontale » ou « proportionnalité-miroir ». Quelle est la différence la plus visible entre eux ?

Pour la théorie de la dissuasion, la souffrance infligée par la peine devait être supérieure aux bénéfices du crime, mais le législateur devait assurer grossièrement une *échelle de sévérité* des peines proportionnelles à une *échelle de gravité* des crimes. Car les crimes plus graves sont ceux que l'on veut éviter le plus. Le critère de base pour déterminer la sévérité des peines est la gravité du crime. Et la gravité du crime est estimée selon le « dommage objectif » causé par chaque acte, puisque plus un acte cause de dommages plus il doit être considéré par le législateur comme « indésirable ». Alors, les crimes plus graves devaient avoir des peines plus sévères que les crimes moins graves et vice-versa. Le fait aussi de stipuler des peines très sévères pour les crimes moins graves pourrait aussi stimuler l'impunité totale : peu de gens vont vouloir porter plainte et les juges ou le jury vont acquitter les accusés en dépit des preuves.

La théorie rétributiviste, quant à elle, soutenait que la peine ne devait être ni plus ni moins sévère que la gravité de chaque crime. Cependant, la gravité de chaque crime devait être estimée en fonction de deux critères : le degré de *culpabilité* des coupables et de la gravité morale du crime. Ainsi, un homicide intentionnel devait être plus sévèrement puni qu'un homicide par négligence. Cependant, les deux formes d'homicide, en tant que représentant une atteinte à la valeur morale « vie », devaient être plus sévèrement punies qu'un vol intentionnel, car, dans ce cas, la valeur morale en jeu est la propriété et non la vie. La vie vaut plus moralement que la propriété. La peine devait être



alors proportionnelle à chaque type de crime, mais aussi aux différents degrés de culpabilité des individus.

Ces deux concepts de proportionnalité sont très voisins et peuvent aisément se confondre. En plus, ces deux concepts véhiculent une recommandation commune : il faut construire une échelle de sévérité de peines où des peines très sévères sont autorisées pour – et *seulement pour* – les crimes considérés les plus graves. Mais la détermination de la gravité n'est pas laissée aux représentations de l'opinion publique ou du public. Elle exige un examen soigné, une expertise, que le public n'est pas en mesure de faire.

Or, la théorie de la dénonciation va donner encore un *autre sens* au concept de proportionnalité. Elle va introduire le « public » et/ou l'opinion publique comme critère de base pour établir le degré de sévérité des peines. Pour elle, au moins dans une de ses versions plus populaires, la peine devra être « proportionnelle » à l'indignation du public, au ressentiment du public, à la souffrance infligée à la victime ou encore à la peur ressentie par le public. Le texte de Feinberg va permettre, entre autres choses, ce genre de lecture ou d'interprétation par l'importance qu'il accorde à la peine comme manière d'exprimer la désapprobation. C'est par cette voie que la philosophie va stimuler la création d'un nouveau concept de proportionnalité « plus populiste ». Feinberg dirait probablement « plus démocratique », ce qui est une autre façon, plus jolie, plus acceptable, mais pas moins souffrante dans ses conséquences, de le voir.

Ce (nouveau) concept de proportionnalité de la théorie de la dénonciation (ou de la théorie expressive de la peine) sera formulé par Feinberg à la fin de son article, par le biais d'une critique qu'il adresse au concept de proportionnalité de la théorie rétributiviste. On voit alors que Feinberg n'est pas d'accord avec la théorie rétributiviste

sur ce point. Pour Feinberg, le *degré de culpabilité* des accusés ne devrait pas être considéré comme un critère pour déterminer la sévérité de la peine. Seulement le *degré de réprobation sociale*, le *dommage objectif* causé par le crime et la *disposition des gens à le commettre* devraient compter pour la détermination de la sévérité de la peine :

« What justice requires is that the *condemnatory aspect* of the punishment suit the crime, that the crime be of a kind that is truly worthy of reprobation. » (Feinberg, 1965, 423 ; en italique dans l'original)

C'est dans ce sens que, pour Feinberg (1965, 423), « la punition doit s'adapter au crime » et alors, « les crimes les plus graves devraient recevoir une désapprobation plus grande que les moins graves ». Ceci paraît aller de soi, car nous désapprouvons toujours davantage ce qui nous paraît plus grave : nous désapprouvons moins le vol d'une radio de voiture que le meurtre de son chauffeur. Mais, ce sur quoi Feinberg semble vouloir insister, c'est que le degré de « traitement dur » qui accompagne nécessairement (pour lui) la désapprobation, et l'exprime selon les habitudes actuelles de l'Occident, doit s'adapter à la gravité du crime (et au degré de désapprobation). La « culpabilité de l'individu » ne dépend pas alors, pour la théorie, de ses formes d'intentionnalité, mais du degré de réprobation publique à l'égard du crime :

« Pain should match guilt only insofar as its infliction is the symbolic vehicle of public condemnation. » (Feinberg, 1965, 423).

Il insiste à plusieurs reprises sur cette idée que « c'est la désapprobation sociale et sa forme appropriée d'expression [le traitement dur] qui doit s'adapter au crime » (Feinberg, 1965, 423 ; notre traduction)<sup>68</sup>. La porte est alors grande ouverte pour faire

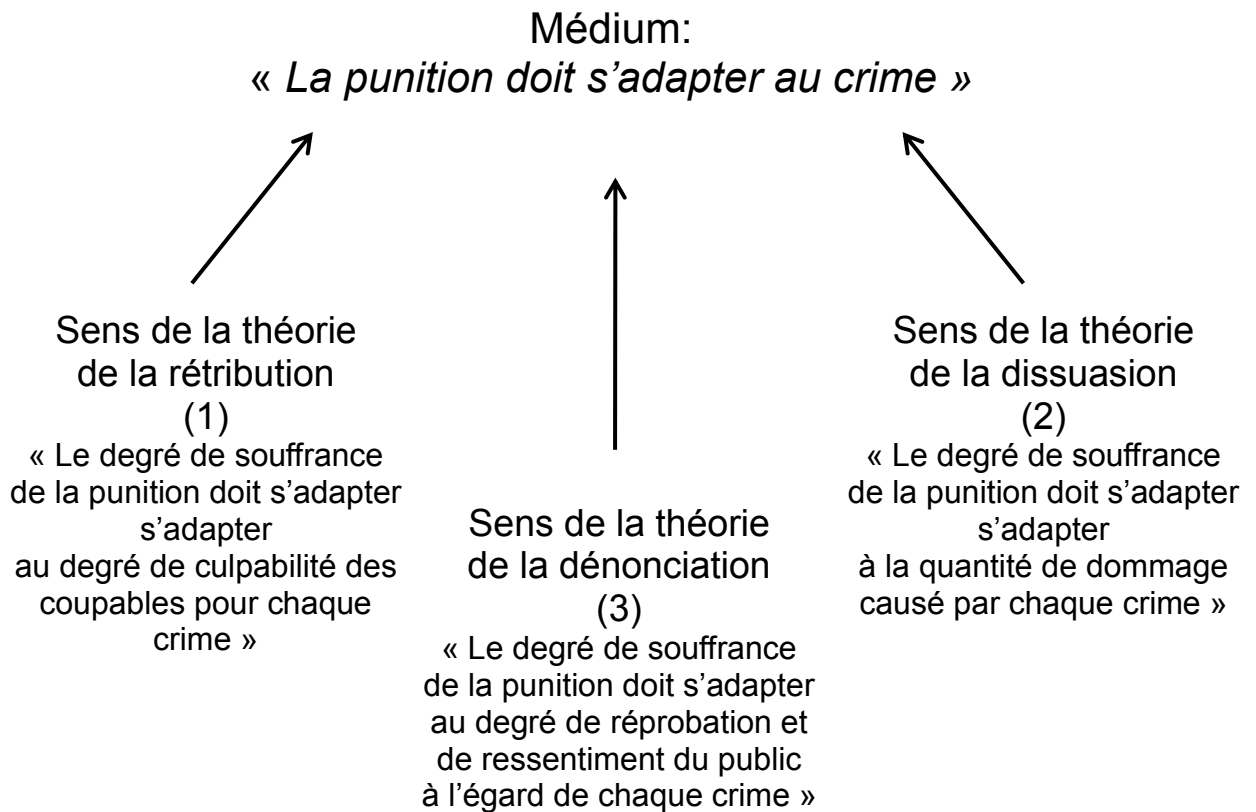
---

<sup>68</sup> « ...it is *social disapproval* and its appropriate expression [hard treatment?] that should fit the crime... »

varier les peines selon les stimulus médiatiques ou selon les estimations de l'état de l'*opinion publique* (faites par qui que ce soit).

La figure ci-dessous résume ces trois concepts de proportionnalité ou ces trois possibilités de sens pour le médium « la punition doit s'adapter au crime » (une autre manière d'introduire l'idée de proportionnalité) :

*Figure IV : Trois concepts de proportionnalité*



### 3.2.5 Comment rendre le mépris « rationnel » pour la détermination de la peine

Peut-être peut-on dire, sans un grand risque d'erreur, que les théories modernes de la peine (dissuasion, rétribution, réhabilitation) ont tenté, bien ou mal, de contrôler le rôle

des « émotions » dans la détermination des peines. Beccaria, Bentham, Kant et Hegel ne voulaient pas laisser aux émotions et à l'appréciation de l'opinion publique la détermination des peines que l'on devait infliger aux coupables. Comme nous le verrons ci-dessous, Hart va attirer l'attention sur ce point. Or, contrairement à ces autres théories de la peine, Feinberg va valoriser, tout au long de son texte, la dimension « émotionnelle » du crime et son rôle dans la détermination de la sévérité de la peine.

Reprenons d'abord ce passage clé où Feinberg présente sa vision de la punition en droit criminel :

« Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, either on the part of the punishing authority himself or of those « in whose name » the punishment is inflicted. » (Feinberg, 1965, 400)

Il considère que la dimension expressive de la peine sert à deux aspects ou qu'elle est composée de deux éléments inséparables : un élément de « ressentiment » et un autre de « réprobation ». C'est par le premier qu'il introduit explicitement aussi les états émotionnels que l'on désigne par les termes de « haine », « peur », « goût de vengeance ». Il écrit à ce propos :

« I think it is fair to say of our community, however, that punishment generally expresses more than judgments of disapproval ; it is also a symbolic way of getting back at the criminal, of expressing a kind of vindictive resentment. [...] I venture to say, even Professor Gardner's strong terms - 'hatred, fear, or contempt for the convict' - will not seem too strong an account of what imprisonment is universally taken to express. » (Feinberg, 1965, 403)

Quant au terme « condamnation » chez Feinberg, il *ne désigne pas* cette étape de la procédure pénale où le juge déclare que l'accusé est coupable et, par conséquent, exprime en même temps une réprobation sociale pour sa conduite ; ce terme est plutôt

synonyme de *dénonciation* et indique la fusion des deux aspects ci-dessus : le ressentiment et la réprobation sociale du public (ou au nom du public ou de la justice). En effet :

« If we reserve the less dramatic term 'resentment' for the various vengeful attitudes, and the term 'reprobation' for the stern judgment of disapproval, then perhaps we can characterize condemnation (or denunciation) as a kind of fusing of resentment and reprobation. » (Feinberg, 1965, 403)

En outre, il considère que le fait d'exprimer ces sentiments – et non de les sublimer, de les contrôler ou de leur donner une expression plus positive comme le voulait Mead (1918) – constitue une « fonction sociale *positive* ». Sa théorie de la peine « valorise » alors l'expression de ses sentiments, usuellement vue, comme moins « nobles » ou moins dignes de valeur :

« The condemnatory aspect of punishment does serve a socially useful purpose : It is precisely the element in punishment that makes possible the performance of such symbolic functions as disavowal, non-acquiescence, vindication, and absolution. » (Feinberg, 1965, 420)

Comme on peut le voir, la *désapprobation* est alors *déplacée* de la décision condamnatrice à la *détermination de la peine* et, à l'élément de désapprobation, s'ajoute s'ajoute l'idée de « prendre sa revanche du criminel » (*getting back at*). C'est sur ce point qu'il s'attache à Stephen :

« punishment bears the aspect of legitimized vengefulness ; hence there is much truth in J. F. Stephen's celebrated remark that « The criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite » [1863, 99]. » (Feinberg, 1965, 403)

On peut dire qu'avec cette version de la théorie de la dénonciation, les sentiments de vengeance et de haine, qui ont été dévalorisés par l'éthique traditionnelle, trouvent une

manière d'entrer explicitement dans les opérations de justification de la peine en matière de droit criminel.

### 3.2.6 Les théories de la dénonciation, de la rétribution et de la dissuasion

La proposition de Feinberg ayant été le plus souvent reprise consistait à l'affirmation que

« both the hard treatment aspect of punishment and its reprobative function must be part of the *definition* of legal punishment » (Feinberg, 1965, 400 ; en italique dans l'original).

Lorsqu'il ajoutait, immédiatement ensuite dans son texte que « ces aspects soulèvent chacun leur propre question à propos de la *justification* des peines légales à titre de pratique » (Feinberg, 1965, 400 ; notre traduction et l'italique est dans l'original)<sup>69</sup> il était possible de voir la réaffirmation d'un projet commun à beaucoup de penseurs de cette époque, notamment, Flew, Benn et Hart qui avaient tous cherché à distinguer la définition de la peine de sa justification.

Cependant, il enchaîna avec son insatisfaction face à la théorie de la rétribution classique qu'il considérait comme incohérente. Cette incohérence avait une cause liée à l'omission de prendre en compte la dimension dénonciatrice de la peine :

« the incoherence of a familiar form of the retributive theory results from the failure to appreciate the force of [the recommendation that each of these aspects raises its own kind of question about the *justification* of legal punishment as a general practice] » (Feinberg, 1965, 401).

De cette manière, Feinberg voulait mettre en lumière la nécessité de prendre en compte la dimension expressive de la peine du point de vue des justifications fournies par

---

<sup>69</sup> « each of these aspects raises its own kind of question about the *justification* of legal punishment as a general practice »

la théorie de la rétribution (qui dès lors ne serait vraisemblablement plus la même théorie de la peine). Ainsi, il voulait à la fois insister sur un problème de la théorie de la rétribution – sans pour autant s'étendre sur l'explication de ce problème – et en même temps le résoudre par l'ajout de la « fonction expressive de la peine » dans la définition de la peine et sur la nécessité de justifier également cette dimension de la définition de la peine (plutôt que de se contenter de justifier la souffrance infligée à titre de peine).

Pour ce qui est de la prise de distance de Feinberg face à la théorie de la dissuasion, elle est moins centrale dans son texte que celle vis-à-vis de la théorie de la rétribution, mais il marque tout de même son insatisfaction quant à cette autre théorie de la peine. En effet, lorsque la peine n'est définie que comme une souffrance (ou une conséquence désagréable), elle peut être perçue comme un tarif (ou prix, de l'anglais *price-tag*) de telle sorte que les conduites sont « découragées sans être complètement prohibées » puisque ceux avec une « motivation particulièrement forte seront prêts à payer » (Feinberg, 1965, 399 ; nos traductions)<sup>70</sup>. De ce point de vue, poursuit-il, les peines – lorsqu'elles ne contiennent pas de dimension réprobatoire – « sont, en fait, des permis à payer, différents des autres permis achetés en ce sens qu'ils sont souvent payés après coup plutôt qu'à l'avance » (Feinberg, 1965, 399 ; notre traduction)<sup>71</sup>. Ainsi, « la condamnation devrait faire en sorte de rendre clair que la pénalité n'est pas qu'un tarif alors que ce ne serait pas aussi clair sans elle » (Feinberg, 1965, 420 ; notre traduction)<sup>72</sup>,

---

<sup>70</sup> « discouraged without being absolutely prohibited » et « especially strong motivation will be willing to pay the price »

<sup>71</sup> « are, in effect, licensing fees, different from other purchased permits in that the price is often paid afterward rather than in advance »

<sup>72</sup> « condemnation is likely to make it clear where it would not otherwise be so that a penalty is not a mere price-tag »

ce qui reconduit autrement la conception de la peine comme obstacle au passage à l'acte de la théorie de la dissuasion, quoique d'une manière légèrement différente.

Bref, la critique de Feinberg aux théories de la rétribution et de la dissuasion ne se traduit pas par leur mise à l'écart, seulement par l'ajout d'un amendement pour prendre en compte la dimension expressive des peines. C'était clairement le cas avec la théorie de la dissuasion où l'effet dissuasif n'est obtenu que dans la mesure où la peine comporte une dimension expressive. C'était aussi le cas avec la théorie de la rétribution, mais autrement puisque Feinberg accepte que « la justice requière que, dans un autre sens [que celui de la théorie classique de la rétribution], que « la peine corresponde au crime » » (Feinberg, 1965, 423 ; notre traduction)<sup>73</sup>. L'amendement que Feinberg apporte à cette autre théorie de la peine est d'affirmer que « ce que la justice requiert, c'est que l'aspect *condamnatoire* corresponde au crime » (Feinberg, 1965, 423 ; notre traduction et en italique dans l'original)<sup>74</sup>. Transparaît dès lors comment la position de Feinberg favorisera l'imposition de sanctions sévères.

### 3.2.7 La théorie de la dénonciation comme justification de la sévérité des sanctions

Comme nous l'indiquons dans la section portant sur la proportionnalité, la position globale de Feinberg consiste à affirmer que la peine doit être proportionnelle à la désapprobation du crime dans la société. Cette recommandation se traduisait par la recommandation suivante :

« the degree of disapproval expressed by the punishment should 'fit' the crime only in the unproblematic sense that the more serious crimes should receive stronger disapproval than the less serious ones [...] Given our conventions, of

---

<sup>73</sup> « justice does require that in some (other) sense [than classical retribution] « the punishment fit the crime » »

<sup>74</sup> « What justice requires is that the *condemnatory aspect* of the punishment suit the crime »



course, condemnation is expressed by hard treatment, and the degree of harshness of the latter expresses the degree of reprobation of the former ; still this should not blind us to the fact that it is social disapproval and its appropriate expression that should fit the crime, and not hard treatment (pain) as such. Pain should match guilt only insofar as its infliction is the symbolic vehicle of public condemnation. » (Feinberg, 1965, 423)

Comme nous l'indiquons plus tôt, pour Feinberg,

« Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation » (Feinberg, 1965, 400).

Par la manière de formuler cette description de la peine (à titre de « convention sociale »), Feinberg ouvrait la possibilité de considérer la souffrance comme une possibilité parmi d'autres de communiquer la désapprobation. Autrement dit, il laissait à penser que l'infliction de souffrance aurait pu (ou pourrait) être remplacée à titre de convention sociale pour exprimer la désapprobation. Dans un premier temps, il dira que

« To say that the very physical treatment itself expresses condemnation is to say simply that certain forms of hard treatment have become the conventional symbols of public reprobation. This is neither more nor less paradoxical than to say that certain words have become conventional vehicles in our language for the expression of certain attitudes, or that champagne is the alcoholic beverage traditionally used in celebration of great events, or that black is the color of mourning. » (Feinberg, 1965, 402)

Cependant, il s'interrogera sur la possibilité de ne pas avoir recours à la souffrance comme véhicule de la désapprobation du public à l'égard du crime :

« Now we condemn felons to penal servitude as the way of rendering their crimes infamous. Could not the job be done still more economically ? Isn't there a way to stigmatize without inflicting any further (pointless) pain to the body, to family, to creative capacity ? [...] Perhaps this is only idle fantasy ; perhaps there is more to it. The question is surely open. » (Feinberg, 420 – 421)<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Il a spécifié « further (pointless) pain » puisqu'il considérait que la réception d'un blâme, même lorsque ce blâme est exprimé sans le support de la souffrance, est en lui-même souffrante (Feinberg, 1965, 400).

En dehors d’imaginer un rituel public visant l’expression de la désapprobation autrement que par la souffrance (par le recours aux « trustiest devices of religion and mystery, music and drama »), cette « possibilité » n’est ni plus ni moins que rhétorique. Non seulement ne semble-t-il pas lui accorder un grand mérite (« Perhaps this is only idle fantasy »), mais en plus, comme nous l’indiquions plus tôt, sa manière d’intégrer les émotions négatives à la justification de la peine laissait bien peu de place à des résolutions de conflits ne transitant pas par la souffrance. En guise de rappel, Feinberg (1965, 403) utilisait par exemple « condemnation (or denunciation) » comme la fusion entre le « ressentiment » (recouvrant « the various vengeful attitudes ») et la « réprobation » (qui transmettait le « stern judgment of disapproval »).

Dès lors, pourrions-nous conclure, l’idée même de « convention sociale » (une convention peut être changée dans un contexte approprié) ne doit pas nous faire perdre de vue que l’infliction de souffrance communiquant le bon niveau de désapprobation se situe au cœur du point de vue de Feinberg et que c’est cette manière de communiquer la désapprobation qui contribuera à la naissance de la théorie de la dénonciation.

### **3.3 Une première discussion critique de la dénonciation : H.L.A. Hart**

H. L. A. Hart est un des juristes ayant le plus écrit sur la dénonciation et il est en même temps l’un des premiers, ce qui lui vaut une attention toute particulière de notre part, d’autant plus que ses idées ont reçu une large diffusion. Hart écrivait à partir (de la théorie) du droit criminel et de la philosophie pénale ; c’est à cet égard qu’il a été connu et reconnu par ses pairs. Il faut noter que les écrits de Hart dont nous traitons ici ont tous été produits dans les années suivant le débat sur la décriminalisation de l’homosexualité

en Angleterre (avec comme moment fort la publication du rapport de la Commission Wolfenden (1957)). Il a consacré beaucoup de son *Law, Liberty and Morality* (1963) à discuter la sauvegarde de la moralité de la société (rétrograde lorsqu'il est question d'homosexualité si on lit entre les lignes chez Hart) par le droit criminel.

Contrairement à Lord Denning ou à Feinberg, Hart ne contribue pas à la naissance de la théorie de la dénonciation, il va plutôt la considérer comme « déjà là » et aussi comme méritant d'être critiquée vigoureusement. Cependant, cette critique de la dénonciation n'est pas jumelée chez Hart avec une critique d'autres théories de la peine avec lesquelles la théorie de la dénonciation pourrait partager beaucoup conceptuellement (tout particulièrement les théories de la dissuasion et de la rétribution). En fait, Hart a contribué à cette vague de « théories mixtes » de la peine où, d'une manière ou d'une autre, les philosophes et les juristes cherchent à combiner les théories de la rétribution et de la dissuasion pour résoudre leurs lacunes. Et cette « théorie mixte » que Hart propose, il la constitue autour d'une définition de la peine fort répandue valorisant l'infliction intentionnelle de souffrance. Comme nous le faisons avec Feinberg, regroupons de manière synthétique ce que Hart nous permet d'observer quant à la naissance de la théorie de la dénonciation.

- La vision du droit criminel que défend Hart oriente en partie sa critique de la théorie de la dénonciation. Cette vision se fonde sur la souffrance comme élément distinctif (en combinaison avec d'autres caractéristiques) de ce qu'est une peine ; sur l'utilité sociale comme justification du système de droit criminel et les peines en droit criminel (favoriser des comportements et réduire l'occurrence d'autres comportements) ; sur les principes rétributivistes qui doivent servir à déterminer les crimes à punir et la manière (dont l'intensité de la punition).
- Les critiques importantes que Hart adresse à la « théorie de la dénonciation » ou à la « théorie expressive de la peine » (des expressions qu'il utilise) présupposent une théorie de la peine « déjà née » ou suffisamment détachée des autres pour être critiquée « en elle-même ». Cette théorie – qu'il associe

fortement à Stephen et à Lord Denning – est souvent conceptualisée comme rétributiviste par Hart, mais elle est parfois à la limite de l'utilitarisme, permettant du même coup de comprendre que la description même de cette théorie a une influence considérable sur la manière de la caractériser (et ensuite de la critiquer).

- Les critiques de Hart à la dénonciation sont nombreuses. Pour lui, cette théorie constituerait une sorte de « régression » sur le plan des idées par rapport à la théorie de la rétribution et de la dissuasion. Elle introduirait une sorte de « désordre », voire « d'irrationalité » dans la détermination des peines. En effet, la théorie introduit une dimension émotionnelle qui est construite d'une façon à favoriser des « élans contingents de punitivité » guidés par des justifications « rationnelles » partisans et de « courte vue ». La théorie introduirait un « excès de politique » dans la détermination de la peine, affectant négativement la qualité des structures du droit criminel. Sa critique reste néanmoins une critique « interne » à la RPM parce qu'il reconduit et restabilise les deux autres théories de ce système d'idées : celle de la dissuasion et de la rétribution.

### 3.3.1 La position défendue par Hart et la manière par laquelle elle oriente sa perception de la théorie de la dénonciation

Deux éléments caractérisent le mieux la position générale défendue par Hart : (i) la peine est une infliction intentionnelle de souffrance et (ii) la justification des peines nécessite une combinaison d'éléments associés à la théorie rétributiviste et d'autres associés aux théories utilitaristes.

(i) À l'avant-plan de la conception de la peine de Hart se trouve la reconduction d'une définition de la peine classique fondée surtout sur l'infliction intentionnelle de souffrance. Reprenant les grandes lignes des définitions avancées par Benn et Flew, Hart (1959, 4 – 5) considérait que la peine était la combinaison de cinq caractéristiques :

1. It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.
2. It must be for an offence against legal rules.
3. It must be of an actual or supposed offender for his offence.
4. It must be intentionally administered by human beings other than the offender.

5. It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed.

On peut donc noter le rôle prédominant de l'infliction intentionnelle de souffrance au cœur de cette définition de la peine. Cette définition ne contient aucune dimension comparable à la « fonction expressive de la peine » de Feinberg<sup>76</sup>.

Puisque la peine doit comporter l'idée d'infliger intentionnellement des souffrances, ce qui n'est pas souffrant n'est pas une peine. C'est ainsi que Hart aborde la dénonciation. En effet,

« The normal way in which moral condemnation is expressed is by *words*, and it is not clear, if denunciation is really what is required, why a solemn public statement of disapproval would not be the most « appropriate » or « emphatic » means of expressing this. » (Hart, 1963, 66)

Autrement dit, la manière « normale » d'exprimer la désapprobation de la commission d'un crime est le recours à des mots plutôt que par l'infliction d'une peine prise dans le sens d'infliction de souffrance. Par conséquent, puisqu'il est possible de dénoncer sans faire souffrir, pourrait-on poursuivre avec Hart, alors il n'est pas nécessaire de justifier la dénonciation :

« Mr S.I. Benn rightly observes of Lord Denning's view that denunciation does not imply the deliberate imposition of suffering which is the feature needing justification » (Hart 1959, 2)

Du coup, là où Denning justifiait l'infliction de la peine de mort par la nécessité de dénoncer le crime adéquatement, Hart voyait plutôt un rôle que des mots pourraient

---

<sup>76</sup> En 1968, lorsque Hart publiera de nouveau son *Prolegomenon to the Principles of Punishment* (1959), il mentionnera en note de fin de texte l'existence de l'article de Feinberg sur la « fonction expressive de la peine ». Cependant, il ne se positionne pas ni favorablement ni défavorablement sur la pertinence d'ajouter la dimension expressive au côté de la dimension afflictive dans la définition de la peine (Hart, 1968, 239). Bedau (2001) a d'ailleurs fait cette même observation.

remplir. Cependant, force est de constater que la critique que Hart adresse à la position de Denning ne s'est pas traduite par une remise en question de sa définition de la peine. Au contraire, il reconduit cette conception particulière de la peine, présente également chez Denning et chez Feinberg, où la peine est une infliction intentionnelle de souffrance.

(ii) Hart substantialise également la notion de crime au cœur de sa position sur les peines. Cette notion de crime sera à la base de sa justification des peines (et d'une autre de ses critiques à la dénonciation). Pour lui, la criminalisation d'un comportement sert

« To announce to society that these actions are not to be done and to secure that fewer of them are to be done » (Hart, 1959, 6).

Se dessine alors ce qui constitue pour lui la justification de l'application des peines (et du droit criminel), soit que

« the criminal law sets up, in its rules, standards of behaviour to encourage certain types of conduct and discourage others » (Hart, 1959, 6).

Il privilégiera une justification utilitariste des peines par rapport à une justification rétributiviste (Hart, 1959, 8 – 9). Cependant, quand viendra pour lui le temps de déterminer le type et la quantité de peine à infliger, il aura plutôt recours aux principes rétributivistes (Hart, 1959, 11 à 13).

Ainsi, face à l'idée que la dénonciation puisse servir de justification à la peine, comme Denning le laissait entendre, Hart considère plutôt que la dénonciation du crime (à titre de comportement à ne pas adopter) est une fin de la Législation plutôt que de la peine :

« confusion between the simple immediate aim of any criminal legislation and the justification of punishment seems to be the most charitable explanation of the claim that punishment is justified as an 'emphatic denunciation by the community of a crime'. Lord Denning's dictum that this is the ultimate justification of punishment can be saved from Mr. Benn's criticism, noted above, only if it is treated as a blurred statement of the truth that the aim not of punishment, but of criminal legislation is indeed to denounce certain types of conduct as something not to be practised. » (Hart 1959, 7 – 8)

Avant de critiquer la théorie de la dénonciation dans ce qu'elle pouvait entraîner comme conséquences (comme nous le verrons ci-bas), Hart a commencé par qualifier la justification de la peine par la dénonciation comme une erreur, tirant les conséquences de la substantialisation qu'il opère tant des peines (comme infliction intentionnelle de souffrance) que des crimes (des comportements naturellement promus et la proscription d'autres).

### 3.3.2 La « théorie de la dénonciation » faisant l'objet des critiques de la part de Hart

D'entrée de jeu, nous indiquions que Hart s'est concentré à critiquer la théorie de la dénonciation ; il la trouvait dangereuse pour le droit criminel et il le fait clairement comprendre. À travers les critiques de Hart se trouve en filigrane une description de la théorie de la dénonciation. Sa description de cette théorie n'est pas systématique, mais il présuppose néanmoins l'existence d'une théorie de la peine distincte des autres ou à tout le moins suffisamment détachée des autres pour être critiquée « en elle-même ».

Comme nous l'avons vu, Lord Denning et Joel Feinberg ont altéré le vocabulaire de la philosophie pénale en introduisant les médiums « dénonciation » ou « dénoncer le crime par la peine » et « fonction expressive de la peine » en complément d'idées plus anciennes dont certaines seront associées à Stephen. Hart complète pour sa part le cercle

en utilisant directement les expressions « théorie de la dénonciation » ou « théorie expressive de la peine », l'une et l'autre employées comme synonymes. Il utilise ces expressions pour décrire la position de Stephen dans un premier temps et ensuite celle de Lord Denning :

« Stephen's view of the relation of criminal law to morality and what may be called his expressive or denunciatory theory of criminal punishment *is with us still*. Thus Lord Denning told the Royal Commission on Capital Punishment that « [...] The ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent, but that it is the emphatic denunciation by the community of a crime » » (Hart, 1961, 170 ; notre souligné)

Tout particulièrement à propos de Stephen, Hart émet quelques remarques.

Notamment, Hart indique d'une part que

« Stephen [1874, 162] relies [...] on a simple and indeed crude form of retributive theory : that punishment of the criminal is justified because « the feeling of hatred and the desire of vengeance are important elements in human nature which ought in such cases to be satisfied in a regular public and legal manner ». (Hart, 1963, 61)

Cette position, rétributiviste selon lui, inclut autre chose. Sous le rétributivisme de Stephen « sommeille » (c'est notre expression) une théorie de la dénonciation :

« there is at least one other element [than retributivism] woven into his arguments. This I shall call, for reasons which will appear, the denunciatory element. » (1963, 62)

En fait, ajoute-t-il,

« Stephen sometimes writes as if the function of punishment were not so much retributive as denunciatory ; not so much gratify feelings of hatred or revenge as to express in emphatic form moral condemnation of the offender and to « ratify », the morality which he has violated. » (1963, 63)



Du coup, Hart laisse à penser que la dénonciation serait distincte de la rétribution « bien que Stephen lui-même ne la distingue pas de sa variante de la théorie de la rétribution » ( Hart, 1963, 62 ; notre traduction)<sup>77</sup>.

Si Hart n'accepte pas la justification qu'en donne Stephen, il accepte tout de même deux raisons d'aligner les peines selon ce qu'en pense le public :

« There are many reasons why we might wish the legal gradation of the seriousness of crimes, expressed in its scale of punishments, not to conflict with *common estimates of their comparative wickedness*. One reason is that such a conflict is undesirable on simple utilitarian grounds : it might either confuse moral judgments or bring the law into disrepute, or both. Another reason is that principles of justice or fairness between different offenders require morally distinguishable offences to be treated differently and morally similar offences to be treated alike. » (1963, 36 – 37 ; notre italique)

En clair, pour Hart, dévier des jugements moraux du public quant aux infractions pourrait amener le public à remettre en question son propos jugement moral, ou encore cela pourrait jeter le discrédit sur le droit.

D'ailleurs, Hart, en lisant les tenants de la dénonciation dont Stephen d'une certaine manière, considère qu'il peut être justifié d'infliger des souffrances pour exprimer la condamnation morale puisque cela pourrait permettre de raffermir le respect du code moral de la société chez l'accusé et dans le reste de la société

« It is, I think, probable that what the advocates of this theory really mean by an « emphatic » denunciation and the « appropriate » expression of moral condemnation is one that is effective in instilling or strengthening in the offender and in others respect for the moral code which has been violated. But then the theory assumes a different character ; it is no longer the theory that the legal enforcement of morality is a value apart from its consequences ; it becomes the theory that the legal enforcement of morality is valuable because it preserves an existing morality. This is no doubt the most plausible form of [Stephen's] thesis. » (Hart, 1963, 66)

---

<sup>77</sup> « Though Stephen himself does not distinguish this from his own form of retributive theory »

Ici, Hart distinguait entre la dénonciation sans égard à ses conséquences ou la dénonciation qui permet de préserver une moralité existante. Si dans la première lecture de la théorie, elle s'apparente davantage à une variante de la théorie de la rétribution, dans la seconde lecture, elle est beaucoup plus proche de l'utilitarisme et de la théorie de la dissuasion. Passer de l'une à l'autre de ces lectures est possible chez Stephen (nous le montrerons plus tard) puisqu'il a régulièrement présenté ce qui deviendra sa théorie de la dénonciation comme un moyen de prévention indirecte du crime, consolidant la haine du crime (parfois aussi du criminel) par l'imposition de peines adéquates. Du coup, il est possible de voir que la manière par laquelle on décrit la théorie de la dénonciation influence la caractérisation de cette théorie. Ceci explique pourquoi elle peut être aisément observée soit comme une variante du rétributivisme soit comme une variante (renversée) de la théorie utilitariste de la dissuasion.

D'ailleurs, il est possible d'observer une situation similaire dans un passage de Hart (1968) ayant reçu peu d'attention (c'est-à-dire que nous n'avons rencontré aucun auteur ayant mentionné cette autre remarque). En publiant un recueil d'articles parus ailleurs sous le titre *Punishment and Responsibility* (1968), Hart a ajouté un chapitre, inédit celui-là. À cette occasion, il mentionne d'une part que

« In its most interesting form modern retributive theory has shifted the emphasis, from the alleged justice or intrinsic goodness of the return of the suffering for moral evil done, to the value of the authoritative expression, in the form of punishment, of moral condemnation for the moral wickedness involved in the offence [dans un paragraphe suivant, il écrit : « the public expression of condemnation of the offender by punishment »]. This theory, expounded in its most convincing form by Bishop Butler in his sermon on Resentment, is termed by some of its modern advocates a theory of reprobation rather than retribution. » (Hart, 1968, 235)

Autrement dit, la « forme la plus intrigante de la théorie moderne de la rétribution » déplace non seulement l'emphase de la Justice (ou du bien que l'infliction d'un mal procure en retour du mal causé par le crime) vers l'expression, par l'autorité, de la désapprobation du public, mais en plus, elle est parfois présentée comme une « théorie de la réprobation ». Il est d'ores et déjà intéressant de constater que pour Hart, lorsque l'emphase n'est plus sur la Justice ou la Morale telle que le promouvait notamment Kant, la théorie subit une modification telle qu'elle peut même porter un nom différent.

Accessoirement, bien que Hart lui-même ne lie pas cette théorie de la réprobation à la théorie de la dénonciation dont il faisait la critique, les idées que Hart associe à l'une et l'autre de ces théories sont très proches tout comme les notions de dénonciation et de réprobation sont également très voisines. Du coup, nous pouvons dans un premier temps considérer que Hart, Stephen et Denning sont à l'origine de la théorie de la dénonciation, mais que l'évêque Butler – un penseur du début du XVIII<sup>e</sup> siècle – doit également être considéré<sup>78</sup>.

De plus, la théorie de la réprobation telle que la présente Hart, comme sa conception de la théorie de la dénonciation, pouvait être observée à la fois comme une théorie rétributiviste et une théorie utilitariste. Hart nous laisse voir aussi aisément comment la théorie de la dénonciation peut être observée comme ayant deux points d'ancrage, ou « deux lieux de naissance », différents : l'un dans le rétributivisme et l'autre dans la philosophie utilitariste.

« this form of theory [of reprobation] has also at least two different forms : in one of them the public expression of condemnation of the offender by punishment of his offence may be conceived as something valuable in itself ; in the other it is valuable only because it tends to certain valuable results, such as the voluntary reform of the offender, his recognition of his moral error, or the maintenance,

---

<sup>78</sup> Comme nous le verrons, Butler est l'une des influences importantes de Stephen, aux côtés de Bentham.

reinforcement or 'vindication' of the morality of the society against which the person punished has offender. Plainly the latter version of reprobation trembles on the margin of a Utilitarian theory, in which the good to be achieved through punishment is less narrowly conceived than in Bentham's or in other orthodox forms of Utilitarianism. » (Hart, 1968, 235)<sup>79</sup>

Parmi les effets bénéfiques que pourrait avoir l'expression de la condamnation publique à l'égard du crime, Hart identifie notamment la réforme volontaire de l'infacteur, la perpétuation ou le renforcement du code moral de la société et la peine visant à venger la transgression du code moral de la société.

Les bienfaits que la dénonciation pourraient engendrer pour la société dans la manière que Hart représente les idées de Stephen n'était qu'implicitement associée à l'utilitarisme. Lorsqu'il discute de Butler et de sa théorie de la réprobation – qui comporte également le renforcement de la moralité de la société – l'implicite fait place à l'explicitation du raisonnement. En effet, lorsque punir permet la consolidation de la moralité sociale (ou de la réprobation des conduites criminelles), il s'agit d'un point de vue utilitariste dans la mesure où l'on s'autorise à ne plus considérer l'utilité dans une optique aussi pointue que celle développée par Bentham. Dès lors, Hart illustre comment cette théorie de la peine, et sa manière de concevoir les bienfaits que la peine entraîne pour la société, remet en question ce qui semblait pourtant être acquis, c'est-à-dire la manière de comprendre et d'utiliser les courants philosophiques que sont le rétributivisme et l'utilitarisme.

---

<sup>79</sup> En note de fin de document, Hart (1968, 267) va aussi attacher de façon lâche cette théorie de la dénonciation au Durkheim de *la Division du travail social* :

« *Punishment as the reinforcement of social morality*. See Durkheim, *The Division of Labour in Society*, Chap. II, and the remarkably similar view of the English judiciary as represented by Lord Denning (supra, p. 170) and Lord Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965). »

### 3.3.3 Comment Hart construit-il l'aspect néfaste de cette théorie ?

Comme nous l'indiquons plus tôt, Hart considère que la dénonciation de certaines conduites comme répréhensibles est un rôle qui revient de plein droit au Législateur ; il ne s'agit pas d'une fonction que doit remplir la détermination de la peine. Mais une fois cette objection enregistrée, le problème demeure entier puisque certains (dont Stephen et Denning) font la promotion d'idées de cette nature.

Critiquant la position de ceux qui valorisent l'expression de la désapprobation du public par la peine, Hart est catégorique lorsqu'il affirme que :

« It represents as a value to be pursued at the cost of human suffering the bare expression of moral condemnation, and treats the infliction of suffering as a uniquely appropriate or « emphatic » mode of expression. [...] The idea that we may punish offenders against a moral code, not to prevent harm or suffering or even the repetition of the offence but simply as a means of venting or emphatically expressing moral condemnation, is uncomfortably close to human sacrifice as an expression of religious worship. » (Hart, 1963, 65 – 66)

La mise en relation de la dénonciation avec l'infliction de souffrance dans le cadre de rites religieux est lourde de sens et marque avec vigueur la régression du droit criminel que cause cette théorie de la peine pour Hart. Parallèlement, cependant, ce que ce commentaire de Hart permet de voir, c'est son attachement aux théories de la peine de la RPM. En effet, bien que punir pour exprimer la désapprobation à l'égard d'un comportement est inacceptable, punir pour prévenir des conduites dommageables ou la répétition de ces conduites est non seulement acceptable, mais même nécessaire. En fait, c'était à ce point acceptable pour Hart qu'il en a fait la pierre d'assise de sa justification des peines en droit criminel. On notera au passage que cette critique forte à la dénonciation, Hart ne la fait pas à la théorie de la rétribution bien qu'elle semble pouvoir s'appliquer à la lumière de l'expression qu'il emploie (« The idea that we may punish

offenders against a moral code ») ; son attachement à la RPM en est probablement la cause d'autant plus qu'il réintroduira les principes rétributivistes pour déterminer ceux qui doivent être punis et de quelle manière.

Ce traitement différentiel de la théorie de la rétribution et de la dénonciation, chez Hart, prend peut-être une autre source. Pour Hart, la théorie de la dénonciation crée des confusions tant pour les juges que pour le public :

« To tell judges that the expression of the community's moral indignation is 'the ultimate justification of punishment' is to tempt them from the task of acquiring knowledge of and thinking about the effects of what they are doing. And for the community to think that there is something sacrosanct about its scale or moral evaluations may, as Mill long ago told us, stultify its advance. For these evaluations may plainly rest on inadequate understanding or appreciation of facts. » (Hart, 1961, 170 – 171)

Tant les juges que les membres du public doivent, pour Hart, connaître leurs rôles dans le fonctionnement du droit criminel. Pour le public, dont l'opinion peut être fondée sur une mauvaise compréhension des enjeux et des leurs implications, ce rôle est de recevoir les décisions prises par d'autres (en position d'autorité) et d'en tirer les apprentissages, le cas échéant. Pour les juges, leur rôle est d'appliquer le droit tel que le Législateur l'édicte, ils ne doivent surtout pas chercher à réfléchir en fonction des implications des décisions qu'ils prennent. Par le désir de prendre en compte les émotions et les jugements du public, les juges pourraient sortir du cadre que Hart considère approprié, c'est-à-dire l'application mécanique de paramètres sur lesquels ils ne doivent pas avoir de contrôle.

De plus, l'idée même de punir suivant la désapprobation du *public* sous-entend un public homogène qui pourrait être le siège de cette désapprobation. Hart s'oppose à cette

idée puisque la société n'est pas homogène de telle sorte qu'on ne peut pas identifier cette volonté populaire claire que la théorie présuppose :

« It is true that for all social moralities certain major evaluations hold good. [...] But it is sociologically very naïve to think that there is even in England a single homogeneous social morality whose mouthpiece the judge can be in fixing sentence [...]. Our society, whether we like it or not, is morally a plural society ; and judgments of the relative seriousness of different crimes vary within it far more than this simple theory recognizes. » (Hart, 1961, 171)

Cette théorie, comme la conçoit Hart, est obsolète dans ses prémisses de base : il n'existe pas (ou il n'existe plus si la chose a déjà existé) de pensée uniforme de laquelle les juges pourraient être les porte-paroles. En guise d'appui à son affirmation, Hart souligne une recherche sur l'opinion publique, domaine qui, de son propre aveu, « n'en est qu'à ces débuts » (Hart, 1961, 171). À la simplicité de la théorie au niveau de ses prémisses, Hart oppose des résultats scientifiques très préliminaires ; le temps et les recherches subséquentes lui donneront tout de même raison sur ce point.

Qui plus est, cette théorie de la dénonciation ne respecte pas le principe de proportionnalité que Hart favorise lui-même, c'est-à-dire celui issu de la théorie de la rétribution :

« law should not in its scale of punishments gratuitously flout any well-marked common moral distinctions. But this is because the claim of justice that 'like cases should be treated alike' should always be heard ; and where the law appears to depart from common estimates of relative wickedness it should make clear what moral aims require this. [...] But respect for justice between different offenders expressed in the injunction 'treat like cases alike' is not to be identified with a denunciatory theory of punishment ; it does not involve search for a penalty the severity of which, like a gesture, will aptly express a specific feeling of revulsion or moral indignation. This is indeed a semi-aesthetic idea which has wandered into the theory of punishment. » (1961, 171 – 172)

À travers cette critique, Hart montre que la théorie de la dénonciation ne doit être observée ni comme étant la théorie rétributiviste classique dans les termes de Kant ou Hegel ni comme une théorie classique de la dissuasion. Hart ne reconnaît pas à la théorie de la dénonciation le principe de proportionnalité dont nous faisons la discussion plus tôt. Au contraire, il juge que les peines dictées par cette théorie ne sont pas rationnellement fondées, qu'elles « flottent gratuitement » au-delà de ce que le principe rétributiviste de proportionnalité autorise et impose. Et tout cela, conclut-il, la théorie le fait sous le couvert d'une idée qui peut paraître attrayante sans pour autant être valable : qu'il soit possible de trouver une peine afflictive capable d'exprimer adéquatement des émotions. Faut-il rappeler qu'il jugeait que le médium convenable à ses yeux pour exprimer la désapprobation était le langage ?

Finalement, Hart rappelle, dans un contexte historique où la décriminalisation de l'homosexualité est un sujet chaud (notamment autour de la publication du rapport de la Commission Wolfenden (1957)), que punir selon la volonté du public peut conduire à la tyrannie de la majorité sur les minorités. En effet, rappelant la critique de Morley à Stephen, « where Mill would protect the minority from coercion by the majority, Stephen's principles would expose them to it » (Hart, 1963, 78). Hart souligne cette possibilité sans pour autant y voir une conséquence nécessaire des idées promues par Stephen et d'autres comme Denning. Il s'agit d'une autorisation illégitime pour le droit d'entrer dans un domaine politique qui ne lui convient pas.



### 3.4 Le traitement distinct de Nigel Walker (1969, 1980 et 1981)

Nigel Walker est un sociologue et un criminologue qui a beaucoup écrit sur la dénonciation. Il en discute d'abord en 1969 dans *Sentencing in a Rational Society*, puis écrit des chapitres de livres sur le sujet en 1980 et 1981<sup>80</sup>. Parallèlement, il a fait des expérimentations qu'il associe à la dénonciation dès 1964 et y revient encore en 1967 et 1984. L'approche adoptée pour ces expérimentations était cependant très limitée dans ce qu'elle désirait explorer.

De Walker, il est possible de retenir deux aspects importants de l'émergence de la théorie de la dénonciation.

1. Là où Hart semblait tomber « par hasard » sur différentes formes que pouvait prendre la dénonciation, Walker, lui, structure sa réflexion autour de ces variantes. Autrement dit, il reconnaissait dès la fin des années 1970 la pertinence de traiter distinctement des variantes de la dénonciation. Elles n'ont par contre pas toutes le même statut pour lui. Par ailleurs, à la manière de Hart, Walker liera aussi ces variantes aux autres théories de la peine accentuant l'idée d'une mise au monde partagée de la dénonciation par la théorie de la rétribution et la théorie de la dissuasion.
2. Un implicite dans la pensée de Walker n'est pas sans soulever de questionnement : sur quels critères lie-t-il des auteurs ou des idées à une théorie de la peine ? La question se pose tout particulièrement avec Walker en raison de certains auteurs qu'il lie à la dénonciation.

#### 3.4.1 Une théorie de la peine à plusieurs variantes appartenant à l'un ou l'autre des courants philosophiques

Walker accorde suffisamment d'importance à la dénonciation pour en traiter séparément des autres finalités de la peine ; c'était le cas en 1969 et c'était encore le cas en 1980. En 1969, sous le titre « Denunciation », Walker (1969, 19) avait indiqué que « to show society's abhorrence of crime » était une finalité de la peine « possible » et que

---

<sup>80</sup> Dans son *Why Punish ?* (1991), Walker reprend pour l'essentiel les éléments déjà discutés en 1981 en ce qui concerne la dénonciation.

« the word 'denounce' is commonly used in formulating this aim », c'est pourquoi il utilise l'expression « the 'denunciatory aim' ». Précisant ce qu'il entend par dénonciation à titre de finalité de la peine, Walker ajoute :

« [« The Expressive (Denunciatory) » theory] holds that the justification for penalising an offender is that doing so expresses an important statement about the offence. A penalty declares, in effect, that in the society in question the offence is not tolerated. » (Walker, 1980, 28)

Walker soutient par ailleurs la possibilité d'observer plusieurs variantes distinctes dans la dénonciation. Parmi les trois variantes les plus importantes qu'il identifie, les deux premières sont liées à l'utilitarisme tandis que la troisième entretient des liens très proches avec le rétributivisme. Au total, Walker conclut que la théorie de la dénonciation n'est pas une justification distincte de la peine.

i) Quelqu'un favorisant la dénonciation comme finalité de la peine peut, selon Walker, vouloir affirmer que

« the point of declaring society's non-tolerance of this or that sort of law-breaking is to strengthen people's disapproval of it, and so reduce its frequency » (Walker, 1980, 28).

Cette variante de la dénonciation, il l'a directement liée à ce qu'il appelle « réductivisme »<sup>81</sup> (c'est-à-dire rechercher la réduction du nombre de crimes). Il la formulait de la manière suivante : « éduquer le public à considérer comme plus graves ces infractions (et ainsi en réduire la fréquence) » (Walker, 1980, 27 ; notre traduction)<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Ce concept sociologique visait, pour Walker, à accentuer que les théories utilitaristes de la peine (l'appellation philosophique) consistaient le plus souvent en stratégies visant à réduire l'ampleur de la criminalité.

<sup>82</sup> « educating the public to take a more serious view of such offences (thus indirectly reducing their frequency) »

De manière limpide, cette forme que peut prendre la dénonciation doit être considérée comme appartenant soit à l'utilitarisme soit directement à la théorie de la dissuasion.

Cette variante de la dénonciation, Walker a tenté d'en valider les prétentions à plusieurs reprises (notamment Walker et Argyle, 1964 ; Berkowitz et Walker, 1967 ; et Walker et Marsh, 1984). À chaque fois, il conclut (avec ses coauteurs) que l'effet de la loi et de l'application de peines sur la désapprobation du public à l'égard de certains comportements est peu convaincant. Il accusera d'ailleurs les partisans de cette variante de la dénonciation de « partager, pour la plupart, » « le défaut de ne pas prendre en considération les faits de la vie » (Walker, 1981, 114 ; notre traduction)<sup>83</sup>.

L'idée d'expérimenter les prémisses d'une théorie de la peine n'est pas originale ; Andenaes faisait de même au sujet de la dissuasion tandis que les expérimentations sur la réhabilitation sont très connues (nous pensons par exemple à l'étude de Martinson, 1974). Ce qui est par contre particulier chez Walker, c'est qu'il n'y a que cette variante de la théorie qu'il a cherché à étudier d'un point de vue sociologique. Autrement dit, il n'a cherché qu'à savoir si les peines imposées en droit criminel pouvaient influencer les opinions des gens. Il n'a pas cherché à savoir si les peines pouvaient effectivement « montrer l'indignation de la société à l'égard du crime », à « satisfaire » la société (la troisième variante dont il discute), ou encore, comme au point (ii), si l'imposition de peines pouvait avoir pour effet de consolider la cohésion sociale.

ii) La dénonciation pourrait également être supportée, selon Walker, en affirmant que l'expression de la désapprobation consolide la cohésion sociale à la manière de Durkheim :

---

<sup>83</sup> « a failure to take into account the facts of life »

« If, on the other hand, the denouncer denies that he is a mere reducer, he must tell us what it is that makes the expression of non-tolerance a good thing. Sociologically-minded denouncers usually give Durkheim's answer to this question: that denunciation promotes social cohesion. If this is offered as a justification (and not as a mere description) it is implied that social cohesion is a good thing, and the answer is again a utilitarian one, although rather vaguer and harder to test than the reductive version. » (Walker, 1980, 28)

Cette deuxième version de la dénonciation, pour Walker, consiste à exprimer la désapprobation du public par la peine puisqu'il s'agit d'une manière de promouvoir la cohésion sociale. Il note son existence, mais ne semble pas lui accorder de poids particulier. En fait, il semble même douter qu'il s'agisse bel et bien d'une variante de la dénonciation. Nous reviendrons également plus loin sur la réflexion à propos de Durkheim et du caractère possiblement descriptif de sa position.

iii) Walker considère qu'il existe également une « dénonciation cérémoniale » (Walker, 1980) ou « ritualiste » (Walker, 1981) ; la *Commission de réforme du droit du Canada* lui sert d'ailleurs de base pour discuter cette variante de la dénonciation<sup>84</sup>. Les partisans de cette dénonciation cérémoniale justifient

« penalties by talking not of any future benefit but simply of the immediate satisfaction which they give to people who know and disapprove of the offence, in much the same way as funerals and other ceremonials give satisfaction to most if not all participants. » (Walker, 1980, 29)

---

<sup>84</sup> Il introduit de la manière suivante la position de la CRDC (1976) qu'il ne cite que dans ce seul passage, dans la section portant le sous-titre : « The ritual version » :

« If the Canadian Law Reform Commission is to be taken seriously, theirs is a non-utilitarian version :

« Organising the future ... is not the major function of the criminal law. Even if we cannot control the future, this does not mean we must ignore the present and the past. We still need to do something about wrongful acts : to register our social disapproval, to publicly denounce them and to reaffirm the values violated by them. [Our Criminal Law, 1976] »

If the Commission really meant that denunciation had regard to 'the present and the past' and that 'organizing the future' was not its function, this is a non-instrumental justification. It is by no means impossible that this is what they meant. » (Walker, 1981, 117)

Poursuivant la discussion dans cette sous-section concernant la « version ritualiste », Walker émet des remarques qui peuvent d'une certaine manière permettre de comprendre ce qu'il entend par la « version ritualiste » de la théorie de la dénonciation ; pour ce faire, il la met principalement en lien avec la théorie de la rétribution.

Reprenant un style argumentaire classique en philosophie pénale, Walker affirme d'entrée de jeu, à propos des similitudes entre ces deux positions, que

« Denunciation certainly resembles retribution to the extent that both are responses to a past act ; and like retribution it can be regarded as having no designs on the future. » (Walker, 1981, 118)

C'est bien davantage en ce qui concerne les différences que l'on peut saisir la compréhension de Walker. À cette occasion il avance qu'il y a une différence « importante » entre la dénonciation (vraisemblablement la version ritualiste) et la rétribution :

« the two justifications differ in an important way. The retributivist must logically demand that the punishment actually be inflicted ; but the denouncer need not. So long as the sentence is pronounced and people believe that it will be carried out, disapproval has been expressed. [...] The retributive justification entails genuine infliction of penalties : denunciation merely requires that people believe in the infliction. » (Walker, 1981, 118)

L'argument de Walker est difficile à saisir dans la mesure où il ne permet pas de comprendre pourquoi il affirme que la peine n'a pas besoin d'être infligée du point de vue de la dénonciation. Il ne s'agit d'ailleurs pas de la seule proposition de Walker dont l'origine est difficile à cerner. Il avance l'idée que le public ciblé par la dénonciation doit supporter l'infliction de peines correspondant aux recommandations rétributivistes :

« What does seem essential is that the audience should regard the sentence as retributively appropriate. If it seems too severe or too lenient the ritual fails in its aim. » (Walker, 1981, 120)

« the ceremonial denouncer must explain why [« the belief that penalties are being imposed or are deserved »] should make the ceremony of sentencing satisfying ; and, as I have said, the only plausible explanation is that it is satisfying to believers because they regard the penalties as retributively justified. In other words, a denouncer has to assume that those whom his penalties are meant to satisfy are retributivists. » (Walker, 1980, 33)

Walker n'est pas le premier à appliquer les principes de la théorie de la rétribution du côté du public (nous y reviendrons sous peu). Notre compréhension de la théorie de la rétribution consiste à y voir une théorie de la justice criminelle étatique ; nous n'avons pas l'impression que la théorie de la rétribution prétend – par elle-même – s'appliquer au public. Il est dès lors possible de voir que la compréhension que Walker a de la théorie de la dénonciation l'amène à faire un usage inadéquat de la théorie de la rétribution.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que la dénonciation contamine le sens de la rétribution au point d'amener certains auteurs à la dénaturer. Pensons seulement à la vigoureuse objection de Hart relative à la possibilité que les juges prennent en compte les estimations du public quant aux peines à donner : cette prise en compte du public éloignerait les juges de leur rôle véritable, c'est-à-dire imposer des peines « justes », et cela donnerait l'impression au public que son opinion à l'égard des peines est importante.

En ce qui le concerne, Walker peut accepter que le rituel promu par cette variante de la dénonciation « serait justifié s'il était satisfaisant », « subject to one proviso » (Walker, 1981, 119) :

« The proviso is concerned with suffering. A ritual which does not involve suffering requires no justification beyond the satisfaction it gives ; but one which does, does. The suffering must be justified. This is a fundamental problem for the ritual version of denunciation. In the instrumental version the suffering entailed by penalties is justified by results, or at least would be if the assumed results were achieved. In the ritual version there can be no appeal to results : only to a non-

utilitarian justification. Unless some new one can be conceived, this must be desert. In other words, the ritual denouncer must argue either

(a) that such suffering as inevitable is justified because it is deserved in the retributive sense ; or

(b) that no suffering is really entailed because he does not intend that penalties should actually be inflicted. » (Walker, 1981, 119)

Walker laisse à penser qu'il n'y a que la rétribution ou le résultat bénéfique pour la société qui soit en mesure de justifier l'infliction de peines. Du coup, il ne considère pas que la dénonciation, si elle n'est pas utilitariste ou si elle ne s'appuie pas sur la rétribution, puisse être justifiable. La justification de la souffrance sera utilitariste ou rétributiviste, sinon la souffrance ne sera pas justifiée. Walker intègre également la RPM comme point de référence et malgré ses critiques à la dénonciation, il ne sortira pas pour autant de la RPM.

(iv) Walker résume ainsi sa position quant à l'affiliation philosophique de la théorie de la dénonciation :

« The denouncer is either a crypto-reducer or a quasi-punisher<sup>85</sup>. He is the former if he believes that sentences educate the public morally. He is the latter if he regards sentences as ceremonials which give satisfaction, since without retributive feelings there would be no satisfaction. *Denunciation is thus not an independent justification.* » (Walker, 1980, 44 ; notre italique)

« In short the different versions of the expressive theory are either unlikely in the face of the facts or *very odd, not to say cynical, in their implications.* The increasing popularity of the theory in recent years almost certainly reflects dissatisfaction with both the traditional justifications of punishment rather than greater sophistication. [...] To the squeamish Kantian and the disillusioned Benthamite the denouncer seems to offer a new hope, sanctified by the father of sociology, hymned by some of our greatest judges. But when he is listened to and questioned, he speaks with different voices : sometimes that of Kant, sometimes that of Bentham. *When he speaks with his own voice, he is offering a strange*

---

<sup>85</sup> En guise de rappel, Walker préférerait employer « reductivism » et « reducer » (personne qui recherche la réduction des crimes) plutôt que l'étiquette « utilitarisme » tandis qu'il préférerait « punisher » à rétributivisme.

*ritual*, of which only he sees the real meaning, and in which the worshippers are retributivists at heart. » (Walker, 1981, 121 ; nos italiques)

À l'intérieur de ces différentes prises de position, Walker a considéré que la dénonciation était souvent utilitariste, mais qu'elle pouvait également être non utilitariste. Dans ces cas, on justifierait le plus souvent l'imposition de la souffrance par l'appui de la rétribution.

Lorsqu'en 1980, Walker affirme que la « dénonciation n'est pas une justification indépendante », il nous place devant un dilemme. En présentant les variantes de la dénonciation, Walker a pris soin de montrer que la dénonciation était aussi une forme de réductivisme (la jumelle d'une forme de la théorie de la dissuasion) et que si elle n'était pas utilitariste, elle avait besoin de l'appui de la rétribution pour être justifiée. De là, il est possible de comprendre que la « dénonciation n'est pas une justification indépendante » : elle doit sa légitimité, selon Walker, à ses implications implicitement rétributivistes ou à sa contribution au réductivisme. Mais alors, pourquoi en discute-t-il de manière distincte des autres théories de la peine ? Comment faut-il comprendre l'idée même de « justification indépendante » ? Peut-être faut-il y voir une appréciation personnelle de la validité de la dénonciation comme justification de la peine (du point de vue philosophique), puisqu'à en juger par la manière avec laquelle il nous présente la dénonciation, on comprend bien qu'elle fait partie des discours juridiques. Du coup, bien qu'elle ne soit pas une « justification » adéquate, la dénonciation était tout de même un « motif » au sens où nous l'entendions plus tôt. D'ailleurs, a-t-il modifié sa position entre 1980 et 1981, alors qu'il semble avoir accepté que la version cérémoniale ou ritualiste, aussi « étrange » ou « cynique » puisse-t-elle être, puisse avoir sa « propre voix » ?



### 3.4.2 Sur l'absence de critère pour lier des auteurs et des idées à la dénonciation

Jusqu'à présent, Walker nous permettait lui aussi de voir comment la théorie de la dénonciation est emboîtée dans les autres théories de la peine et comment son processus de naissance se fait en se distinguant de ces théories. Les travaux de Walker permettent d'observer autre chose quant à la naissance de la dénonciation dans les discours savants : il est difficile d'observer quelles idées et quels auteurs sont associés à la théorie de la dénonciation. Walker semble associer facilement certains auteurs à ladite théorie, mais sans toutefois préciser les critères qu'il utilise dans sa démarche.

Dès 1969, il écrivait que cette idée circulait déjà ici et là, à des époques différentes :

« At various times and in various words it has been put forward by Beccaria (1964), Fitzjames Stephen (1883), Émile Durkheim (1895), Lord Denning (1950), and at least one Home Secretary, Gwilym Lloyd George (1956). » (Walker, 1969, 19)

En 1980, il ajoute notamment que ces idées étaient également utilisées par des décisions de cours d'appel anglaises :

« Examples of earlier versions are to be found in Bernard Bosanquet's *Some Suggestions in Ethics*, and in Emile Durkheim's *Division of Labour in Society*. Better known to English Lawyers is James Fitzjames Stephen's denunciatory argument about capital punishment in his *History of the Criminal Law of England*, which may have inspired Lord Denning to argue similarly to the Royal Commission on Capital Punishment in 1954. [...] The Court of Appeal have used it occasionally: for example Llewellyn-Jones (1967) [...] and [...] Sargeant (1974) » (Walker, 1980, 25)

Comment construit-il cette liste composée tant d'utilitaristes que de rétributivistes, de juristes, de philosophes et de sociologues ?

La filiation de Stephen à cette théorie était déjà bien établie à ce moment, comme le démontre l'affirmation que sa position sur la dénonciation est « Better known to English Lawyers » (Walker, 1980, 25) tout comme « The most emphatic exponents of denunciation have been English lawyers, beginning with the imaginative Victorian judge, Fitzjames Stephen » (Walker, 1981, 110). Nous désirons plutôt explorer trois autres figures que Walker lie à la dénonciation (uniquement à travers ce que Walker en dit) : Beccaria, Bosanquet et Durkheim pour chercher à comprendre pourquoi il les sélectionne pour faire partie du groupe des auteurs qui contribuent à la naissance de la dénonciation.

Pour Walker, Beccaria doit faire partie de cette liste puisqu'il considérait que d'imposer des peines sans proportion avec la gravité du crime créerait des confusions dans « the lowest part of mankind » quant à son évaluation de la gravité des crimes :

« As early as 1730 Sollum Emlyn, arguing against the use of capital punishment for a wide range of offences, wrote : « The lower part of mankind are apt in dubious cases to judge of the heinousness of the Offence by the severity of the Punishment ; but yet, when they see the same punishment annexed, where the difference of guilt is manifest and apparent, they soon lose the sense of that extraordinary guilt .... » (Preface to *Cobbett's Complete Collection of State Trials* (2<sup>nd</sup> edn). Some thirty years later Beccaria used the same argument (*Dei Delitti e delle Pene* (1764)). » (Walker, 1981, 109)

Selon ce que nous en savons, à cette époque (début du XVIII<sup>e</sup> siècle) il n'y avait aucune relation visible ou évidente entre la gravité de l'offense et la peine ; la constitution de la RPM comme système d'idées dominant du SDC rendra visible et évidente cette relation entre gravité du crime et sévérité de la peine. Ce que Emlyn et Beccaria promouvaient, c'était d'ajouter un symbolisme particulier aux peines : les peines pourraient enseigner la gravité des crimes à « the lowest part of mankind » ; ou plus précisément encore, les peines pourraient créer de la confusion dans l'esprit

populaire quant à la gravité relative de différentes infractions si elles n'étaient pas proportionnelles. Même si c'était seulement de manière marginale quant à sa position générale, Beccaria suggérait que les peines pouvaient être porteuses de symbolisme.

Ce que nous déduisons de l'intégration de Beccaria à la liste d'auteurs et d'écrits à lier à la dénonciation, c'est que pour Walker, les positions sous-entendant – implicitement plutôt qu'explicitement – quelque chose de l'ordre d'une dimension communicationnelle seraient dénonciatrices ou expressives.

Il semble appliquer le même critère pour intégrer Bosanquet à cette liste :

« Moral philosophers have been more hesitant to recognise denunciation as an independent justification. Bosanquet, who was influenced by Durkheim as much as by Kant, believed that punishment was 'the « negation » of bad will by the reaction of the social will for good' ; and that 'some overt act is ... necessary, some visible and sensible diminution of personality – imprisonment perhaps ... – to make sure that the dullest capacity, including that of the guilty person if dimmed and hardened by sin, shall not fail to apprehend the intensity of the annulling act'. » (Walker, 1981, 111)

Indirectement, l'extrait que Walker présente reprend l'argument hégélien de « l'annulation du crime par la peine ». La peine y joue un rôle symbolique et elle comporte également une dimension communicationnelle.

Quant à l'intégration de Durkheim, Walker dira que le grand sociologue verra dans la symbolisation de la désapprobation du crime « la vraie fonction de la peine » (Walker, 1981, 109). Cependant, Walker n'est pas convaincu de la justesse de l'intégration de Durkheim puisqu'un doute demeure bien présent à son esprit : Durkheim propose-t-il une vision descriptive ou normative de la peine ? Ce questionnement prend forme chez Walker dans le passage suivant :

« Sociologically-minded denouncers usually give Durkheim's answer to this question : that denunciation promotes social cohesion. If this is offered as a

justification (and not as a mere description) it is implied that social cohesion is a good thing » (Walker, 1980, 28)

Dès lors, Walker semble utiliser au moins deux critères pour lier des idées et des auteurs à la dénonciation : l'intégration d'une dimension symbolique ou communicationnelle à la peine et un contenu normatif. La nécessité d'un contenu normatif nous semble appropriée, du moins si nos remarques sur les théories de la peine sont justes. Nous avons par contre beaucoup de réserves quant au premier critère que semble utiliser Walker. En effet, peut-on vraiment affirmer qu'une dimension symbolique est totalement absente des théories de la rétribution et de la dissuasion ? Si une dimension symbolique se trouve bel et bien dans ces autres théories de la peine, comment utiliser ce critère pour distinguer ce qui appartient à la dénonciation ?

D'un autre côté, ce regroupement du symbolisme pénal sous le chapeau de la dénonciation par Walker permet, d'une autre manière, de montrer comment les théories de la rétribution et de la dissuasion ont contribué à la naissance de la théorie de la dénonciation. Chacune d'elles contenait des éléments qui seront repris et légèrement transformés pour constituer une théorie de la peine distincte.

### **3.5 L'intégration de la « dénonciation » dans la dissuasion par Johannes Andenaes**

Johannes Andenaes, le criminologue, est l'une des figures importantes dans les recherches empiriques sur la dissuasion dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle. En effet, Zimring et Hawkins (1973, xiii), deux auteurs également fortement associés à l'étude de la dissuasion, ont indiqué dans leur livre *Deterrence* qu'ils sont « deeply indebted to

Johannes Andenaes [...] who has been largely responsible for the current renewal of serious interest in the subject of deterrence » (Zimring et Hawkins, 1973, xiii).

Le problème sur lequel Andenaes peut nous apporter un éclairage particulier prend naissance dans des prises de position comme celle de Rupert Cross dans son livre *The English sentencing system* (1971) :

« the « denunciatory » or « educative » theory, may be described as one of long term deterrence. It is a justification of punishment on the ground that it helps to maintain people's standards. The fact that people are punished for crime is believed to build up an abhorrence of it over the years and thus to reduce the number of those who would even remotely contemplate it. [...] The theory was very clearly stated by Sir James Stephen [1883]. » (Cross, 1971, 124)<sup>86</sup>

Pour Cross, la dissuasion comporterait une dimension « à long terme » qu'il nomme « théorie de la dénonciation » ou « théorie éducative de la peine » et qui se trouvait notamment dans les écrits de Stephen. De ce point de vue, la peine servirait à consolider les habitudes respectueuses de la loi, entraînant du coup un effet préventif à long terme (d'autres utilisent « indirect ») à l'égard des comportements criminels.

### 3.5.1 Comment affirmer que la dénonciation fait partie de la théorie de la dissuasion ?

Andenaes (1952, 1966 et 1975) préfère se référer à la théorie de la dissuasion par l'expression théorie de la « prévention générale ». Rappelons que Bentham (1840, 21) employait aussi la distinction prévention générale/particulière (ou spécifique) pour se référer au « but des peines ». Pour lui, la prévention générale « s'applique à tous les

---

<sup>86</sup> Cross dira aussi que lorsque la dénonciation prend le sens de « build up an abhorrence of [crime] over the years », elle constitue la forme positive de cette théorie tandis que « the failure to punish will depreciate the seriousness of the crime », tel que le proposait le *Model Penal Code* de l'*American Law Institute*, en constituait la version négative (Cross, 1971, 125). Nous n'insistons pas sur cette distinction puisqu'elle n'est pas claire chez Cross.

membres de la communauté sans exception » et la « prévention particulière, « au délinquant individuel ». Chez Bentham,

« la prévention générale s'opère par la dénonciation de la peine, et par son application, qui, selon l'expression commune et juste [à son avis], sert d'*exemple* : la peine soufferte par le délinquant offre à chacun un exemple de ce qu'il aurait à souffrir en se rendant coupable du même délit » (Bentham, 1840, 10 ; notre souligné, l'italique est dans l'original).

En revanche, le concept de « prévention particulière » s'adresse à la prévention de la récidive et il inclut (la théorie de) la réhabilitation.

Comme nous le verrons, Andenaes modifie un peu ce cadre conceptuel de la théorie de la dissuasion (ou prévention générale). Il va réserver le terme « dissuasion » pour désigner une des trois dimensions de cette « théorie de la prévention générale ». Il utilise ensuite la même distinction *générale/spécifique* que l'on retrouve dans la théorie de la dissuasion pour distinguer entre la finalité de « prévention générale » et la « finalité de prévention spécifique ». La prévention générale, de la même façon que pour Bentham, est celle qui considère les effets de la peine sur le reste de la société (Andenaes, 1952, 179). La prévention spécifique prend en compte les effets de la peine sur l'individu récidiviste, c'est-à-dire celui qui n'a pas été dissuadé (ou réhabilité) lors de sa première punition. C'est à l'intérieur de la prévention générale qu'Andenaes identifie trois dimensions.

La première dimension de la prévention générale constitue ce qui est considéré comme étant le noyau de la théorie de la dissuasion, en l'occurrence « la crainte de la

punition ou l'effet de dissuasion que cette crainte de la punition produit » (« the mere frightening or deterrent effect of punishment ») (Andenaes, 1952, 179)<sup>87</sup>.

La deuxième dimension est la plus problématique. Andenaes considère que la théorie de la prévention générale inclut aussi la formation « d'inhibitions inconscientes » sans lien avec la morale. Cette dimension serait « exclusivement une question d'habitude ». Il écrit à ce sujet:

« Purely as a matter of habit, with fear, respect for authority or social imitation as connecting links, it is possible to induce favourable attitudes toward this or that action and unfavourable attitudes toward another action » (Andenaes, 1952, 179)

Force est de constater qu'il développe très peu sur cette possibilité, mis à part de donner l'exemple du régime militaire qui favorise l'habitude de l'obéissance dans le sens qu'obéir devient un réflexe (Andenaes, 1952, 179). Mais dans le cas du régime militaire, il y a un *programme de formation disciplinaire* qui est imposé aux individus. On ne voit pas comment la peine du législateur pourrait produire un effet similaire. Andenaes semble avoir confondu ici certains aspects de la théorie de la réhabilitation (qui a un *programme positif quelconque de formation*) avec la théorie de la dissuasion du système de droit criminel qui est exclusivement « négative » : elle tente simplement d'intimider.

La troisième dimension indiquée par Andenaes serait un supposé effet « moralisateur ou éducatif de la peine ». Dans ce cas,

« The idea is that punishment as a concrete expression of society's disapproval of an act helps to form and to strengthen the public's moral code and thereby creates conscious and unconscious inhibitions against committing crime » (Andenaes, 1952, 179).

---

<sup>87</sup> En 1966, il utilisera simplement « mere deterrence » plutôt que « the mere frightening or deterrent effect of punishment ».

À une autre occasion, il avait considéré que la peine pouvait « affermir les inhibitions morales », ce qu'il considérait être « un effet moralisateur » (Andenaes, 1952, 180 ; nos traductions)<sup>88</sup>. Du point de vue de la « moral [or] educative value of punishment » (Andenaes, 1952, 192),

« Punishment is an expression of society's disapproval of the act, and the degree of disapproval is expressed by the magnitude of punishment. A serious crime must be answered with a severe punishment, a minor misdemeanor with a lenient reaction. But here it is rather a question of the relative severity of the punishment than of its absolute magnitude. » (Andenaes, 1952, 192)<sup>89</sup>

On peut dès lors considérer que selon Andenaes, pour cette dimension de la prévention générale, la peine exprime la désapprobation de la société à l'égard du crime, notamment pour ce qui est du degré de désapprobation. On peut également considérer que la peine vise soit à *former* ou à *consolider* le code moral de la société, ce qui créerait des inhibitions (conscientes et inconscientes) au passage à l'acte.

Avant que Walker tente de réfléchir à la possibilité que l'État puisse diriger les points de vue (de l'anglais *attitudes*) moraux du public par des variations dans les peines, Andenaes posait déjà le dilemme de la manière suivante :

« A question of practical importance in this connection is : can the law influence the public's attitude toward a group of punishable acts by changing their position on the marking scale ? In other words, by increasing the punishment for a group of crimes can we not only increase its deterrent effect but also increase the moral inhibitions against them ? It is impossible to say for sure. Personally I think it probable that such an influence can occur in certain areas and to a limited degree, but that it is at best a long-term proposition. A deterrent effect can be achieved quickly ; a moral effect takes longer. » (Andenaes, 1952, 193)

---

<sup>88</sup> « strengthen moral inhibitions » et « a moralizing effect ».

<sup>89</sup> La même idée formulée autrement dans un texte plus tardif :

« Punishment is a means of expressing social disapproval. In this way the criminal law and its enforcement supplement and enhance the moral influence acquired through education and other non-legal processes. Stated negatively, the penalty neutralizes the demoralizing consequences that arise when people witness crimes being perpetrated. » (Andenaes, 1966, 950)



Pour Andenaes, influencer moralement le public par les peines est peut-être possible, mais seulement avec le temps, et encore là, « in certain areas and to a limited degree ». Il est difficile de dire ici si Andenaes affirme que cet effet peut être obtenu exclusivement par les peines, comme la théorie le prétend. En effet, en tant que criminologue et méthodologue, comment pourrait-il accepter cette prétention de la théorie qui fait abstraction de tous les autres types d'influences ?

### 3.5.2 L'obstacle terminologique

Dans ces premiers textes que nous avons analysés, Andenaes distinguait lui-même clairement la prévention générale de la dissuasion. Par exemple,

« it is not correct to regard general prevention and deterrence as one and the same thing. The concept of general prevention also includes the moral or socio-pedagogical influence of punishment. [...] Some authors extend the concept of deterrence so that it includes the moral influences of the law and is, thus, synonymous with general prevention. In this article, however, the term deterrence is used in the more restrictive sense. » (Andenaes, 1966, 950)

À cette occasion, la dissuasion était une composante de la prévention générale, une de ses dimensions. Revenant sur cette idée quelques années plus tard, il dira que

« The term « deterrence » in ordinary usage carries the meaning of influencing by fear. However, it seems to be generally accepted that the threat and imposition of punishment may have a motivating influence apart from the creation of fear, through an expression of social condemnation of the forbidden act. Criminal law is not only a price tariff, but rather *also* is an expression of society's disapproval of a particular act – a disapproval which may work in subtle ways to influence, the educative, the socializing, the aptitude shaping, the norm strengthening or norm reinforcement influence, and so on. [...] Some of the researchers in the field explicitly state that they construe deterrence in a broad sense, so as to also include the moral effects. » (Andenaes, 1975, 341 ; notre italique)

À cette occasion, il pointe dans la direction de Zimring et Hawkins (1973, 77). La lecture de ce livre de Zimring et Hawkins nous a permis de faire une constatation étonnante : Andenaes pointe vers Zimring et Hawkins pour qui la dissuasion comporterait la dimension « éducative » ou « moralisatrice » dont discutait Andeanes. Cependant, Zimring et Hawkins renvoient eux-mêmes à Andenaes sur ce même point (Zimring et Hawkins, 1973, 78 et suivantes)<sup>90</sup>. Quoi qu'il en soit, Andenaes conclut en affirmant qu'il ne s'agit que d'un problème de terminologie dans la mesure où les termes sont clairement définis :

« The particular terminology used is, of course, of limited importance when the meanings of the terms are made sufficiently clear. It has been my experience that the use of the term deterrence tends to focus the discussion on the motivating effects of conscious fear, to neglect of other aspects of the problem. » (Andenaes, 1975, 341)

Cette conclusion d'Andenaes tend à négliger la difficulté empirique à affirmer que le médium dissuasion renvoie uniquement à la création d'inhibitions par la peur des conséquences désagréables (souffrantes) liées au passage à l'acte. L'utilisation du médium dissuasion (dans un texte de loi, dans une décision judiciaire et même dans des travaux de philosophie pénale) vient rarement avec l'explication détaillée du domaine couvert par le médium. D'ailleurs, comme nous l'indiquions plus tôt, les formulations classiques de la théorie de la dissuasion comportaient déjà, bien que de manière marginale ou secondaire, la prise en compte d'effets moins directs de la peine. Walker renvoyait à la proposition de Beccaria selon laquelle l'échelle de sévérité des peines liée à une échelle de gravité des crimes pouvait avoir un effet éducatif sur certains segments de

---

<sup>90</sup> Dans un texte antérieur, Hawkins lui-même semble tenter de séparer ces autres prétendus effets préventifs de la théorie classique de la dénonciation:

« Yet, poursuit Hawkins, it is clear that *something quite different from, and independent of, deterrence as ordinarily understood is involved* » (Hawkins, 1969, 552 ; notre italique).

la population tandis que Bentham (1789) proposait une finalité secondaire de la peine qu'il a appelée la « leçon morale ».

### **3.6 L'attachement rétributiviste de la théorie de la dénonciation ou le glissement sémantique : illustration à travers l'ouvrage 'Salmond on jurisprudence'**

À notre connaissance, il n'y a pas de référence emblématique pour discuter de la relation entre la dénonciation et la rétribution comme pouvait l'être Andenaes pour discuter du lien entre la dissuasion et la dénonciation. Nous avons donc opté pour un texte qui marquait clairement plusieurs dimensions de la théorie de la rétribution. Il avait d'ailleurs été présenté, dans *Struggle for Justice* (1971, 20 – 21)<sup>91</sup>, comme un « standard British treatise on jurisprudence » sur le « retributive punishment » (c'est le sous-titre dans l'ouvrage de référence). Le passage cité l'est de la 11e édition de *Salmond on jurisprudence* (1957), préparée par Glanville Williams<sup>92</sup>, aux pages 120 et 121. Dans ce passage, on établit un lien entre la peine, la rétribution, l'indignation, le désir de vengeance du public et la satisfaction. Voici l'essentiel du propos qu'on y trouve à ce sujet :

« Retributive punishment, in the only sense in which it is admissible in any rational system of administering justice, is that which serves for the satisfaction of the emotion of retributive indignation which in all healthy communities is stirred up by injustice. It gratifies the instinct of revenge or retaliation, which exists not merely in the individual wronged, but also by way of sympathetic extension in the

---

<sup>91</sup> De ce rapport, nous en dirons seulement pour l'instant qu'il a été considéré comme un point tout particulièrement important de remise en question du statu quo en matière de politiques criminelles de la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle (Cohen, 1985, Garland, 2001), c'est-à-dire la période où on observerait une rupture dans l'importance accordée à la théorie de la réhabilitation pour favoriser un retour vers le rétributivisme à travers la notion de *juste dû*. Nous en discuterons davantage au prochain chapitre.

<sup>92</sup> Nous avons consulté une édition précédente de cet ouvrage, soit la quatrième édition parue en 1913, préparée par John W. Salmond lui-même. En comparant la version de 1913 de Salmond et celle de 1957 de Williams sur ce sujet précis, nous constatons qu'il n'y a que quelques éléments qui ont été modifiés, et ils sont tous de moindre importance. Par contre, entre la 11<sup>e</sup> et la 12<sup>e</sup> édition, préparée elle par Fitzgerald, on notera d'importantes modifications. Nous y reviendrons sous peu.

society at large. [...] Indignation against injustice is, moreover, one of the chief constituents of the moral sense of the community, and positive morality is no less dependent on it than is the law itself. It is good, therefore, that such instincts and emotions should be encouraged and strengthened by their satisfaction ; and in civilized societies this satisfaction is possible in any adequate degree only through the criminal justice of the state. There can be little question that at the present day the sentiment of retributive indignation is deficient rather than excessive, and requires stimulation rather than restraint. » (Williams, 1957, 120 – 121)

Autrement dit, la rétribution, pour Salmond, est « the satisfaction of the emotion of retributive indignation which in all healthy communities is stirred up by injustice ».

Un commentaire suivant de près cette position consistait à affirmer que

« [this] foregoing explanation of retributive punishment as essentially an instrument of vindictive satisfaction is by no means that which receives universal acceptance » (Williams, 1957, 121).

Et que « l'opinion la plus largement répandue » à propos du rétributivisme est incarnée par le rétributivisme de Kant (Williams, 1957, 121 – 122). Enfin, on présente également l'expiation comme « une forme plus définie de l'idée d'une peine purement rétributiviste » (Williams, 1957, 123 ; notre traduction)<sup>93</sup>. Il ajoute à cet égard

« In this view, crime is done away with, cancelled, blotted out, or expiated, by the suffering of its appointed penalty. To suffer punishment is to pay a debt due to the law that has been violated. » (Williams, 1957, 123)

Cependant, Patrick J. Fitzgerald, en préparant la douzième édition de ce même ouvrage, a tenu à prendre ses distances de la lecture du « rétributivisme » qui y voit la satisfaction de l'indignation de la société :

« Society's desire for retribution cannot of course be wholly disregarded. Indeed it is arguable that such desire is necessary for the health of the community and the effectiveness of the law. A society which felt neither anger nor indignation at outrageous conduct would hardly enjoy an effective system of law. But while righteous social anger can fulfil a useful purpose, it must be remembered first that

---

<sup>93</sup> « A more definite form of the idea of purely retributive punishment »

of all procedures the least desirable is to deal with an offender in the heat of the moment ; and, secondly, that *such anger carries no self-evident title to satisfaction* – it may, for example, be based on factual error. While it may be difficult for the authorities to disregard popular clamour, authority is at its best when refusing to bow to it and persisting in acting as itself thinks right. » (Fitzgerald, 1966, 99 ; notre italique)

En clair, que ce soit chez la position de Salmond transmise par Williams (1957) ou celle de Fitzgerald (1966), un élément apparaît clairement : satisfaire la société à l'égard de la peine ne fait pas partie de la théorie de la rétribution dans sa forme classique. N'en demeure pas moins que la satisfaction du public à travers l'imposition de peines a été associée à la rétribution.

En ce qui concerne la position de Fitzgerald sur la satisfaction du public, si nous traduisions ce point de vue en termes plus actuels, nous pourrions dire qu'il affirmerait que la réprobation du public à l'égard du crime n'entraîne pas un droit patent à ladite satisfaction par l'imposition de peines. Il s'agit d'un point de vue très similaire à celui de Hart pour qui l'opinion du public n'avait rien de sacro-saint. En cela, il rejoint évidemment la forme classique de la théorie de la rétribution pour laquelle punir par l'infliction d'une peine afflictive proportionnelle au crime est la seule manière de faire justice et de rétablir la morale.

### **3.7 La radicalisation de la critique à la dénonciation**

A. J. Skillen (1980), le dernier auteur dont nous discuterons les idées de manière indépendante, offre une approche critique de la théorie de la dénonciation (et des théories expressives) d'un point de vue philosophique. Le côté radical de cette critique, par comparaison à celle de Hart, se trouve dans le fait qu'elle ne vise pas à mettre de côté la

dénonciation pour revaloriser d'autres théories de la peine de la RPM. Skillen adopte plutôt une attitude abolitionniste et, dans son article, c'est la théorie de la dénonciation qui fait l'objet de ses critiques.

Prenant surtout l'article de Feinberg comme base de sa critique, Skillen cherche à isoler le mode d'expression (la peine) de ce qui est exprimé (la désapprobation du crime ou l'indignation qu'il provoque) pour souligner qu'il s'agit toujours d'infliction de souffrance et que contrairement à ce que Feinberg avançait, l'infliction de souffrances n'est pas une « convention sociale » qui permet d'exprimer la désapprobation. De là son titre fabuleux par son ironie : *How to Say Things with Walls*.

### 3.7.1 Le « 'cold' legalism » comme cadre de référence

Comme d'autres avant lui, Skillen répertorie une série d'auteurs et d'extraits qui illustrent cette approche expressive dont il désire faire la critique. Ce que ces auteurs ont notamment en commun, c'est de s'éloigner de ce qu'il appelle un « cold legalism » (Skillen, 1980, 509). Nous comprenons ce « légalisme froid » comme étant la valorisation d'une application mécanique et impersonnelle du droit, selon des paramètres bien établis. Hart semble se rallier à cette approche du droit lorsqu'il s'oppose à la prise en compte par les juges tant du public que des effets des peines qu'ils imposent. Les auteurs qu'il évoque sont tous connus : Stephen (1883), *Salmond on Jurisprudence* (1957), Denning (1953) et Durkheim. Il est intéressant de noter que Skillen est l'un des rares à insérer *L'Éducation morale* de Durkheim plutôt que la *Division du Travail social* ; nous verrons pourquoi au dernier chapitre.

Skillen doute que la dénonciation, ou la théorie expressive, constitue une « seule doctrine », encore moins une « doctrine cohérente » (Skillen, 1980, 513). La théorie expressive est parfois assimilable au rétributivisme, parfois à l'utilitarisme (Skillen, 1980, 511). Et pour Skillen, cette théorie amène ses promoteurs à des glissements sémantiques importants :

« Some writers all the time and most writers some of the time move without apology from speaking of punishment as *venting* community feeling, almost like a safety valve, to speaking of punishment as 'symbolizing' this feeling, almost as an arbitrary code. » (Skillen, 1980, 511).

La cause des glissements que la théorie peut causer tient à la nature non arbitraire du moyen utilisé pour transmettre le message : punir pour exprimer les émotions de la communauté n'est pas neutre. Il s'agit là de ce que Skillen tente de mettre en lumière dans son article.

### 3.7.2 La recommandation d'exprimer des émotions ou de la désapprobation comme masque de la souffrance intentionnellement infligée

L'objectif de Skillen dans le cadre de l'article que nous examinons ici était clair : il cherchait à faire comprendre que punir (lire aussi faire souffrir) n'est pas un moyen comme un autre de communiquer la désapprobation et l'indignation de la communauté. De manière générale, il juge que les justifications des peines de droit criminel sont insatisfaisantes. Dans son article, il s'est limité à exprimer son opposition à l'utilisation des théories expressives comme justification de la souffrance à titre de peine :

« punishment's justification continues to be elusive. I do not imagine that these arguments will deter my more punitive colleagues from continuing to seek such justification, but I hope they will search elsewhere. » (Skillen, 1980, 509)

Le risque que voit Skillen dans cette théorie de la peine réside dans l'importance que cette dernière met sur le symbolisme des peines à titre de « convention sociale » plutôt que sur le caractère non arbitraire des « symboles » utilisés. Il tire tout particulièrement cette conclusion des écrits de Feinberg et de Durkheim qui insistent, chacun à leur manière, sur la dimension conventionnelle des peines exprimant la désapprobation ou le ressentiment (Skillen, 1980, 515). Selon lui,

« The question is : is it *punishment* that it is said to be the 'conventional symbol' of disapproval, or is it the material embodiment of '*form*' of punishment that is supposed to stand in this conventional relation to disapproval ? We have seen that Feinberg speaks of punishment as a 'conventional device'. But he also speaks of what he calls the 'hard treatment' of material of punishment – hanging, shooting, imprisonment, bread-and-water diet or whatever as standing 'symbolically' to disapproval – 'the very walls of his cell condemn him' (402). » (Skillen, 1980, 515 ; en italique dans l'original)

Si, comme Feinberg l'indiquait, certaines conventions sociales se matérialisent à partir de support « neutre » (le noir pour marquer le deuil, les roses rouges pour signifier l'amour de l'autre, etc.), ce n'est pas le cas avec l'idée de faire souffrir pour exprimer la désapprobation et le ressentiment. Plus particulièrement, pour Skillen,

« Feinberg vastly underrates the natural appropriateness, the non-arbitrariness, or certain forms of hard treatment to be the expression of communication of moralistic and punitive attitudes. Such practices embody punitive hostility, they do not merely 'symbolize' it. [...] For *if* punishment is predominantly a 'conventional' symbol, the 'intrinsic' horrors of incarceration, beatings, hanging or whatever *must* appear almost gratuitous. » (Skillen, 1980, 517 – 518 ; en italique dans l'original)

Ce sur quoi Skillen tentait d'attirer l'attention dans le cadre de cet article, c'est que cette théorie de la peine est risquée. En effet, elle fait en sorte, selon lui, de dissimuler « les horreurs intrinsèques » que les peines constituent derrière les émotions négatives qu'un comportement fait naître chez le public.



Dès lors, s'inspirant des théories de la communication classiques, Skillen considère que « there are some questions to be asked – who is expressing what, through what to whom ? » (Skillen, 1980, 520). Il s'agit donc de quatre questions différentes que Skillen cherche à mettre à l'avant-scène des réflexions sur les peines : (1) qui est celui qui exprime la désapprobation ? ou qui est l'émetteur de la communication ? ; (2) quel est le message relayé ? ou quel est le contenu informatif de la communication ? Et en question complémentaire, quelles valeurs sont à la base du message ? ; (3) quel est le mode d'énonciation ? ou quel est le médium utilisé pour communiquer ? ; et (4) vers qui est dirigée la communication ? Qui est le récepteur visé par la communication ?

L'objectif de Skillen peut alors se résumer ainsi : il faut remettre l'infliction de souffrances au centre de l'analyse plutôt que de n'observer que la désapprobation qui, pour cette théorie de la peine, sert de motivation à punir.

### **3.8 En guise de conclusion**

En conclusion, nous ferons trois choses distinctes. D'abord, nous aborderons les discussions sur l'indépendance analytique de la théorie de la dénonciation dans des discours plus récents. Ensuite, et également dans les discours savants plus récents, nous traiterons de la représentation de la nécessité d'imposer des souffrances pour exprimer adéquatement la désapprobation. Enfin, nous dégagerons certains constats sur la naissance de la théorie de la dénonciation, mais aussi sur son institutionnalisation par le SDC (et éventuellement par le système politique).

3.8.1 Comment les discours savants récents traitent-ils de l'indépendance analytique de la théorie de la dénonciation ?

À notre connaissance, un seul auteur cherche directement à argumenter l'existence d'une théorie de la dénonciation distincte du rétributivisme et de l'utilitarisme. Pour Richard Rychlak (1990, 300 – 301 ; notre traduction), la dénonciation n'est ni rétributiviste ni utilitariste puisqu'« il n'y a que la théorie de la dénonciation qui prenne en compte l'impact de la peine sur les citoyens respectueux de la loi »<sup>94</sup>. Par cette affirmation – qui nous semble fautive par ailleurs<sup>95</sup> – Rychlak cherchait à promouvoir « sa » théorie de la peine qu'il nomme « théorie de la dénonciation ». S'inspirant de certains auteurs dont Durkheim, Rychlak (1990, 301) considère que du point de vue de sa théorie de la dénonciation,

« Punishment thus serves to strengthen the ties that bind people together in a society and to satisfy the obligations that society (as an entity) owes to its members ».

Autrement dit, il s'agit, selon lui, de la manière par laquelle il serait souhaitable de comprendre la théorie de la dénonciation. C'est pour cette raison que nous insistons sur le fait qu'il s'agisse de sa théorie de la peine portant le nom « dénonciation ».

Pour sa part, Joshua Dressler (1987, 8) voit plutôt la théorie de la dénonciation comme une théorie de la peine « hybride » du rétributivisme et de l'utilitarisme<sup>96</sup>. Cette théorie est utilitariste puisqu'elle est « éducative », qu'elle permet d'éviter les vengeances

---

<sup>94</sup> « [o]nly the denunciation theory considers punishment's impact on law-abiding society »

<sup>95</sup> Tant pour la théorie de la rétribution que la théorie de la dissuasion, les citoyens « honnêtes » sont considérés. En effet, les citoyens « honnêtes » sont ceux qui ont le privilège de vivre dans une société juste (théorie de la rétribution) tout comme ils peuvent bénéficier de la sécurité que procure une société où les crimes sont moins nombreux (théorie de la dissuasion).

<sup>96</sup> Pour Stuart (1982 [2007], 63), la dénonciation « chevauche les courants moral et utilitariste » (« straddl[e] the moral and utilitarian classifications »), ce qui est proche de l'idée de théorie hybride.

privées et qu'elle favorise le maintien de la cohésion sociale (Dressler, 1987, 8). D'un autre côté,

« Denunciation is also retributive, however, in the sense that it is a form of moral condemnation. Denunciation serves to stigmatize the offender for his offence. By denunciation society announces that the wrongdoer deserves to be punished. It also expresses society's feelings of hostility toward the offender. These are feelings and beliefs consistent with aspects of retributive theory. » (Dressler, 1987, 8)

Ainsi, ce qui fait en sorte que la théorie de la dénonciation est une « théorie hybride », c'est que la société juge que l'infracteur doit être puni selon des paramètres que Dressler associe au rétributivisme et que cette dénonciation entraîne des bienfaits pour la société. Cette idée d'une théorie de la peine « hybride », bien que faisant écho aux positions avancées jusqu'ici selon lesquelles la dénonciation est vue soit comme rétributiviste soit comme utilitariste, laisse plutôt à penser que la dénonciation serait par elle-même, autre chose.

Cottingham affirme presque que nous sommes en face d'une autre théorie en adoptant une approche descriptive (par comparaison à Rychlak qui était normatif). En effet, il note que la théorie de la dénonciation n'est pas rétributiviste, mais qu'elle peut prendre un visage « non utilitariste » si elle fait abstraction des conséquences de la peine à plus long terme. Il écrit ceci :

« it is doubtful whether clarity is served by labelling Denning's thesis 'retributivist'. No doubt exacting retribution could be *an* emphatic way of denouncing a crime. But one could presumably exact retribution quietly – even secretly – without denouncing. And, conversely, it is evidently logically possible to denounce a crime without exacting retribution (indeed without punishing at all). One suspects that the main reason for calling [this] theory 'retributivist' is the tendency, already noted and condemned above, to call any non-consequentialist account of punishment 'retributivist'. » (Cottingham, 1979, 245 ; en italique dans l'original)

D'abord, selon Cottingham, la dénonciation et la rétribution peuvent coïncider dans leurs demandes en matière de peines, mais ce n'est pas obligatoire. Les deux propositions suivantes que fait Cottingham sont par contre moins développées. La première proposition présuppose que la rétribution en secret – comme manière de faire justice dans un système de droit criminel moderne – pourrait être acceptable. Nous croyons comprendre ici l'importance pour la théorie de la dénonciation du caractère public des peines surtout parce que la théorie recommande de prendre en considération le public (et ses attentes ou ses émotions) lors de la détermination de la peine. La seconde proposition par laquelle Cottingham distingue la dénonciation de la rétribution consiste à reprendre une position défendue notamment par Hart (1959) et Benn (1958) selon laquelle la dénonciation n'a pas besoin du support de la peine pour être exprimée. À cet égard, nous croyons voir chez Cottingham une confusion causée par le médium « dénonciation » qui, comme le remarquaient Hart et Benn, peut facilement produire une forme « non punitive » (dans le sens que la dénonciation peut s'effectuer sans le support de la peine).

Ensuite, Cavadino et Dignan (2007) traitent de la dénonciation dans la section « autres justifications » après avoir traité de rétributivisme et de réductionnisme. Selon eux, la « dénonciation » s'appuie sur l'idée que « la peine peut et devrait démontrer l'indignation de la société à l'égard du crime » (Cavadino et Dignan, 2007, 47 ; notre traduction)<sup>97</sup>. Ils distinguent ensuite la « dénonciation instrumentale » de la « dénonciation expressive »<sup>98</sup>. La première consiste à affirmer que la dénonciation « peut

---

<sup>97</sup> « punishment does and should demonstrate society's abhorrence of the offence »

<sup>98</sup> Nous croyons que Primoratz (1989) a tenté de faire la même distinction en utilisant les étiquettes « expressionnisme » « extrinsèque » et « intrinsèque », mais la manière par laquelle il les définit crée plus de problèmes qu'elles n'aident à en résoudre.

réduire la fréquence des crimes » puisque la peine « renforce la *conscience collective* de la société et du même coup fait en sorte que les membres de la société continuent d'éviter de commettre des crimes », ce qu'ils comprennent comme « un message symbolique que l'action de l'infracteur est socialement dégoûtante, du même coup mauvaise » (Cavadino et Dignan, 2007, 47 ; nos traductions)<sup>99</sup>. Quant à la « dénonciation expressive », il s'agit de la

« (non-forward-looking) notion that punishment is justified *simply* because it is the expression of society's abhorrence of crime. Sometimes this is explained in terms of the community showing its recognition of and commitment to its own values [...]. The claim is therefore that denunciatory punishment is *justified even if it has no good consequences* such as educating the public conscience and thereby reducing the amount of crime. » (Cavadino et Dignan, 2007, 47)

À la manière de Walker, ils concluent en l'absence d'une « justification morale distincte de la peine » (Cavadino et Dignan, 2007, 47). En fait,

« Why – unless perhaps we are closet retributivists or reductivists – should not offenders simply be formally denounced with words and ceremony and then set free ? Unless we care nothing for human freedom and are impervious to human suffering, denunciation seems an implausible general justification for a system which deliberately inflicts punishment on people. » (Cavadino et Dignan, 2007, 47)

Enfin, Kahan, s'appuyant sur les points de vue des auteurs critiquant une théorie de la peine fondée sur la fonction expressive de la peine, affirme que :

« According to its critics, the expressive theory can be saved from incoherence only at the expense of its analytical independence. Clarifying the theory inevitably merges the expressive account into deterrence or retributivism, making independent study of the expressive view unnecessary. » (Kahan, 1996, 601)

---

<sup>99</sup> Dans l'ordre : « can help reduce the incidence of crime », « reinforce the *conscience collective* of society and thereby ensure that members of society continued to refrain from crime » et « a symbolic message that the offender's action is socially abhorred, and therefore wrong »

Pour sa part, il préfère reconnaître que la théorie n'est pas analytiquement indépendante des théories de la rétribution et de la dissuasion, mais qu'il n'est maintenant plus possible de représenter les théories de la rétribution ou de la dissuasion sans référence à leurs aspects dénonciateurs (Kahan, 1996, 601). Nous croyons que cet auteur fonde sa réflexion sur une confusion entre l'ajout de la dimension expressive à la définition des peines et une théorie de la peine construite autour de cette définition de la peine. Ce qui ne serait plus possible, selon lui, serait de ne pas prendre en compte la dimension expressive des peines à l'intérieur des théories de la rétribution et de la dissuasion.

En clair, mises à part quelques exceptions, les discours savants n'interprètent toujours pas la dénonciation comme une théorie de la peine distincte. Elle demeure plutôt perçue comme une variante de l'une ou l'autre des théories de la peine les plus connues.

### 3.8.2 Comment les discours savants lient-ils l'infliction de souffrances et l'expression de la désapprobation dans le cadre des opérations du SDC ?

Nous pouvons observer deux manières fondamentalement différentes de lier (ou de ne pas lier) l'infliction de souffrances et l'expression de la désapprobation. D'abord, il y a ceux, de loin les plus nombreux, pour qui punir équivaut à exprimer la désapprobation et à faire souffrir ; c'était le cas de Feinberg (1965). C'est également le cas de van de Kerchove (2005, 35) qui considère que

« Selon une conception traditionnelle, la peine est constituée de deux caractères essentiels : d'une part, la privation d'un bien ou, si l'on préfère, l'imposition d'un mal (en termes objectifs) ou d'une souffrance (en termes subjectifs), qu'on vise généralement en parlant de la dimension « afflictive » de la peine ; d'autre part, une marque de réprobation sociale, un blâme, une stigmatisation ou, si l'on préfère

une atteinte à l'honneur susceptible de susciter la honte, à laquelle on se réfère habituellement en parlant de la dimension « infamante » de la peine. »

Pour certains, dont Primoratz (1989, 187) et Kleinig (1991, 412), la désapprobation du crime à travers la peine doit être exprimée par la souffrance pour « être prise au sérieux ». Chez Burgh (1987, 330), « punishment, making the offender suffer, is the way of emphatically expressing this condemnation so that there can be no doubt that it is genuine ». Pour sa part, Duff (2003, 142 et 177) considère que l'expression de la désapprobation de la société par la souffrance est *la* façon de persuader l'infracteur d'affronter ce qu'il a fait et à accepter de faire pénitence (c'est sa proposition normative). Quant à lui, von Hirsch (1993) considère qu'il faut exprimer la désapprobation de la société à l'égard du crime par la peine afflictive pour s'assurer de maintenir l'effet dissuasif ; le quantum de peine devrait tout de même, selon lui, être déterminé en fonction de la désapprobation plutôt que par rapport à la dissuasion<sup>100</sup>. Allant dans le même sens que von Hirsch, Narayan (1993, 179 – 180) trouve à ce point naturelle l'expression de la désapprobation par l'infliction de souffrances pour maintenir l'effet dissuasif qu'il y voit

« a reason not to set our ingenuity to work at the task of creating other means of making censure matter, and of expressing degrees of censure effectively. »

Ainsi, chez ces différents observateurs du droit criminel, les peines expriment la désapprobation et on ne peut penser l'expression de la désapprobation de la société à l'égard des crimes sans recourir à l'imposition de souffrances.

Allant dans le même sens, mais de manière différente, Hanna (2008, 138) considère qu'il est possible d'exprimer la désapprobation sans pour autant infliger

---

<sup>100</sup> Lorsque von Hirsch revisite ce thème en 2005, avec Ashworth, il maintient cette même position.

intentionnellement des souffrances, mais il ne s'agirait pas là de « peines »<sup>101</sup>. Il rejoint en ceci Scheid (1997, 441) qui considère justement que la peine se définit par l'infliction de souffrances « allant plus loin que le simple stigma social »<sup>102</sup>. L'un et l'autre rappellent Benn (1958, 328) et Hart (1959, 2) pour qui l'expression de désapprobation à l'égard des crimes pouvait se faire par des mots, de telle sorte qu'aucune justification n'était nécessaire. Ceux qui adoptent ce deuxième point de vue semblent continuer de définir la peine comme infliction de souffrances tandis que l'expression de la désapprobation peut (ou doit?) en être détachée.

C'est également le point de vue qu'a adopté Braithwaite lorsqu'il a proposé le « reintegrative shaming ». En effet,

« Reintegrative shaming means that expressions of community disapproval, which may range from mild rebuke to degradation ceremonies, are followed by gesture of reacceptation into the community of law-abiding citizens. » (Braithwaite, 1989, 55)

En lisant Braithwaite (1989, 73, 178 et 180) de plus près, il est possible d'y voir non pas des « peines alternatives », mais bien des « alternatives aux peines », *lorsque cela est possible*. Lorsqu'il n'est pas possible d'opter pour des « alternatives aux peines », il faut privilégier l'éducation morale et parfois la neutralisation comme objectif des peines (toujours définies comme souffrance par ailleurs).

En fait, rares sont ceux qui affirment que punir peut signifier exprimer la désapprobation sans pour autant passer par l'infliction de souffrances. Nils Christie semble être un des seuls auteurs dont nous ayons analysé les idées qui accepte la possibilité que le droit criminel puisse servir à exprimer la désapprobation à l'égard du

---

<sup>101</sup> Golding (1975, 89) et Cottingham (1979, 245) adoptent également ce point de vue.

<sup>102</sup> « beyond mere censure of social stigma »



crime sans pour autant utiliser la souffrance comme moyen de communiquer cette désapprobation. C'est du moins l'impression qui se dégage de l'extrait suivant de *Au bout de nos peines* (1980, 37 – 38) :

« Le meurtrier est prétendument exécuté, non pour prévenir le meurtre, mais pour dénoncer la méchanceté du meurtre. [...] La livraison de douleur est ici conçue comme déclaration morale. Pourquoi ne pas le dire ?

En le disant, [...] il deviendrait bien plus évident que la livraison de douleur est destinée à fonctionner comme un type de langage. Un tel effet ouvrirait la voie à l'idée que d'autres langages, moins douloureux, pourraient être mobilisés. »

### 3.8.3 Mise en valeur des constats pouvant être tirés à partir de ce chapitre

Que peut-on conclure de l'étude des discours savants, tout particulièrement durant les années 1950 à 1980, quant à la naissance et à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation ?

Nous cherchions, dans le cadre de ce chapitre, à savoir comment les discours savants ont observé le « détachement » de la dénonciation des théories rétributiviste et de la dissuasion. Nous voulions aussi comprendre comment la littérature de cette période a mis en relation cette théorie de la peine avec les autres théories déjà bien établies dans le système de droit criminel et, tout particulièrement, avec les théories de la rétribution et de la dissuasion.

Quant à l'observation de l'institutionnalisation de cette théorie de la peine, nous cherchions à savoir comment cette théorie a été accueillie par les discours savants. Nous voulions aussi savoir si elle était « valorisée » ou « critiquée » et, si elle était critiquée, de quelle façon. Pour nous accompagner dans nos observations, nous avons établi l'accroissement (1) de la légitimité et (2) de la familiarité (ou le fait que cela soit « tenu

pour acquis »), comme indicateurs de l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation.

D'abord, les discours savants observent la naissance de cette théorie de la peine, mais le plus souvent comme une forme appartenant à la théorie de la rétribution ou à celle de la dissuasion (ou aux deux à la fois). Bien qu'un certain temps ait dû s'écouler avant que le vocabulaire employé se cristallise autour des médiums « dénonciation » et « fonction expressive de la peine », les discours savants continuent d'associer ces médiums aux théories de la rétribution et de la dissuasion. Il est peu fréquent d'observer la défense de la théorie de la dénonciation comme théorie de la peine distincte d'autres théories de la peine. Il est dès lors difficile d'y voir une théorie de la peine *tenue pour acquise* par les discours savants ; les formes qu'elle prend sont nombreuses et difficiles à concilier. Parallèlement, même si les discours savants observent peu la dénonciation comme une finalité et une théorie de la peine distincte, on considère tout de même qu'elle supporte les grandes orientations promues par les théories de la rétribution et de la dissuasion.

Ensuite, cette fois à propos de la légitimité de la théorie de la dénonciation pour le SDC, nous pouvons considérer que les discours savants ne contribuent que très modestement à en accroître la légitimité. Bien sûr trouve-t-on la proposition de Denning devant la RCCP (qui reprendra en grande partie cette proposition) qui a contribué à son institutionnalisation, rendant la dénonciation beaucoup plus visible dans les discours sur les objectifs et les théories de la peine à partir de là. D'ailleurs, il semblait aller de soi pour Denning que la peine puisse servir à « exprimer l'indignation de la société » (*revulsion*) et qu'« une dénonciation énergique » renvoie également à cette idée.

De plus, quand Hart critiquera cette proposition (que la peine puisse servir à dénoncer le crime), même s'il la rejette, il reconnaît qu'elle est répandue dans les discours jurisprudentiels ; il n'hésitera d'ailleurs pas à lier Denning à Stephen. Il est dès lors possible de spéculer sur la présence, dans les décisions des cours anglaises (Stephen et Denning étaient tous deux juges) durant toute la première moitié du XXe siècle, de décisions où l'expression de l'indignation de la société par la peine et la dénonciation apparaissent légitimes. Nous ne pouvons que spéculer puisque cette période constitue une zone d'ombre dans notre recherche.

D'autre part, il n'en demeure pas moins que le constat général des discours savants, même les plus récents, consiste à observer quelque chose de l'ordre d'une finalité de la peine<sup>103</sup> sous certains médiums différents (tout particulièrement « dénonciation » et « fonction expressive de la peine »). Cette finalité, peu importe le médium avec lequel on la construit, conserve une légitimité fragile comme motif pour des décisions sur les peines. On la critique pour son manque de cohérence ou son utilité comme motivation des peines.

Suivant le cadre d'observation du processus d'institutionnalisation que nous avons établi, il est difficile de conclure à autre chose qu'à une semi-institutionnalisation de la théorie de la dénonciation dans les discours savants des années 1950 à 1980, et même dans les discours des années suivantes (jusqu'à aujourd'hui).

---

<sup>103</sup> Ils ne se rendent pas jusqu'à affirmer l'existence d'une « théorie de la peine » distincte ; notre recherche a cet objectif.

## Chapitre IV

### La naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation

#### observée à travers les rapports de commissions de réforme

L'objectif de ce chapitre est de montrer la manière par laquelle la théorie de la dénonciation va à la fois « naître » à travers les rapports des commissions et des comités de réforme du droit, et comment ils vont grandement contribuer à son institutionnalisation. Alors que la discussion de la naissance de la théorie sera effectuée rapport par rapport, l'institutionnalisation sera pour sa part abordée en conclusion de manière à observer les effets parfois cumulatifs de ces rapports de réforme.

Pour chaque rapport discuté ici, nous aurons recours à la structure de présentation suivante. D'abord, nous caractériserons brièvement le rapport tout en décrivant la « raison d'être » de la commission, du comité ou du groupe de réflexion ayant produit ces rapports. Ensuite, nous ferons une synthèse des théories de la peine traitées par chaque rapport ainsi que la manière de se positionner sur elles. Cette deuxième étape vise à montrer le contexte discursif à l'intérieur duquel la théorie de la dénonciation émerge progressivement dans les discours sur les peines. Enfin, nous verrons comment chaque rapport contribue – à des niveaux variables – à la naissance et à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation comme théorie de la peine distincte du SDC.

En ce qui concerne la mise en relation des rapports entre eux, l'ordre chronologique nous est apparu ici en fin de compte comme étant le plus approprié. Au fur et à mesure que l'exposé se déroule, nous allons dresser quelques comparaisons entre les rapports. D'ailleurs, à deux reprises avons-nous couplé l'introduction de deux rapports.

C'est le cas des rapports *Fauteux* (1956) et *Ouimet* (1969) d'une part, et de *Struggle for Justice* (1971) et de *Doing Justice* (1976) d'autre part. Comme nous le verrons à ces occasions, les thèmes couverts par ces rapports comportent plusieurs similitudes sur lesquelles nous jugions utile d'insister.

#### **4.1 La Royal Commission on Capital Punishment (1953) : la mise au monde de la théorie de la dénonciation s'amorce définitivement**

La *Commission royale sur la peine capitale* doit être considérée comme le point de départ de la naissance de la théorie de la dénonciation dans les discours sur les peines de droit criminel. Comme nous l'indiquions précédemment, c'est la première manifestation *très visible* de la dénonciation comme finalité de la peine. La période qui précède ce rapport et que nous situons autour des idées de Stephen et de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle est plus avantageusement représentée comme la période de gestation de la théorie de la dénonciation. Nous y reviendrons au sixième chapitre.

##### **4.1.1 Caractérisation du rapport et raison d'être de la commission**

La *Commission royale sur la peine capitale* a tenu ses travaux en Angleterre (et au Royaume-Uni) de 1949 à 1953, année où a été déposé le rapport contenant ses conclusions. Il s'agit d'une commission mandatée par l'autorité royale anglaise pour examiner l'application de la peine capitale et d'éventuelles modifications (ou limitations) à faire au droit. Pour mener à bien les travaux de la Commission, des intervenants de différents domaines ont été entendus et des études empiriques analysées. Le rapport ne

présente de façon générale pas de point de vue dissident et à une seule occasion il fait référence à un point où le désaccord a persisté<sup>104</sup>.

La Commission a reçu le mandat suivant :

« Our Terms of Reference postulate the retention of capital punishment and at the same time require us to consider how the liability to suffer it might be limited or modified. Our duty then, as we understand it, has been to look for means of confining the scope of that punishment as narrowly as is possible without impairing the efficacy attributed to it. » (RCCP, 1953, 4 – 15)<sup>105, 106</sup>

Comme on peut le voir, le mandat de la Commission ne mettait pas en doute la pertinence de la peine capitale en tant que telle. La RCCP va considérer alors que son rôle est celui de limiter le plus possible l'application de la peine de mort. Dès lors, la Commission dirige en partie l'observation vers les finalités (et les théories) de la peine ; c'est du moins la seule façon dont nous pouvons lire « efficacy attributed to it » qui semble être identifiée comme le critère pour encadrer cette limitation de l'application de la peine de mort.

Selon la RCCP (1953, 190 – 535), la principale lacune du droit concernant la sélection de la peine de mort tient au fait qu'elle se présente comme une « peine unique » et obligatoire dans les cas de meurtre. Tout se passe alors comme si la peine capitale était donnée directement par le système politique et c'est lui aussi qui assume la responsabilité de ne pas l'appliquer dans « des cas où elle est clairement inappropriée ». Cela se fait à travers la prérogative royale de clémence qui revient au pouvoir exécutif. La Commission

---

<sup>104</sup> L'enjeu portait sur l'âge minimum pour que la peine de mort puisse être appliquée. On nous indique que les membres de la commission étaient partagés sur le bien-fondé de l'augmentation de l'âge minimum de 18 ans à 21 ans (RCCP, 1953, 68).

<sup>105</sup> Le premier nombre suivant la virgule est le numéro de la page tandis que le second est le numéro de paragraphe lorsqu'il y en avait un.

<sup>106</sup> À cela est venu se greffer la demande d'étudier et de faire des recommandations sur les manières d'exécuter les condamnés à la la peine de mort (RCCP, 1953, 4 – 15). Nous n'en traiterons qu'indirectement puisque c'est de peu d'intérêts pour notre propos.

ajoute au passage que le problème ne se situe pas dans une utilisation abusive de la peine de mort ; le système en place, aussi inadéquat soit-il du point de vue du droit criminel (c'est le politique qui prend des décisions que le SDC considère lui appartenir), est tout de même « broadly satisfactory » dans ses résultats (RCCP, 1953, 213 – 608).

En fait, ce rapport nous permettra d'observer une sorte de « méthode d'abolition progressive » de certaines peines. Cette méthode consiste à réduire de plus en plus le champ d'application d'une peine. On réduit d'abord le nombre de crimes susceptibles de donner lieu à cette peine. On crée aussi au moins une alternative à cette peine (par exemple, la peine perpétuelle). Enfin, lorsqu'on arrive à un seul crime susceptible de recevoir cette peine, on se demande comment réduire l'application d'une peine à *l'intérieur même de la catégorie juridique de ce crime*. Ceci sera le « problème à résoudre » pour cette Commission. Ce « problème » va demander la construction d'une justification particulière. En effet, s'il faut distinguer entre les meurtres qui *méritent / ne méritent pas* la peine de mort, il faut trouver une justification forte et particulière pour *les meurtres qui méritent (plus que les autres) la mort*.

La *Commission royale sur la peine capitale* va chercher à contourner la rigidité politique de la peine en matière de meurtre de manière « à rendre au droit » la sentence de mort; celle-ci doit être attribuée « par les opérations du droit lui-même » (RCCP, 1953, 215 – 613). Après avoir exploré – et rejeté – la possibilité de créer des degrés aux meurtres (RCCP, 1953, 190 – 535), la RCCP (1953, 278 – sans para.) a conclu que le « seul » moyen de contourner la « rigidité de la loi » (cette « peine unique ») serait (au lieu de donner d'autres options de sentence au tribunal) de donner au jury le pouvoir

discrétionnaire de déterminer qui serait exécuté, à défaut de quoi, il serait préférable d'abolir la peine de mort.

#### 4.1.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles

Deux remarques nous semblent nécessaires pour situer le point de vue sur les théories de la peine. D'abord, la RCCP (1953, 17 – 50) considère que le besoin de « protection de la société » limite le champ d'application de la peine de mort. Ce médium, dans le cadre de ce rapport, prend le sens large de protection de la société contre la criminalité plutôt que ses sens plus restreints de synonymes de la dissuasion ou de la neutralisation. Si la « protection de la société » avait pris ces sens plus restreints, elle aurait pu limiter l'application de la peine de mort en motivant son imposition uniquement lorsqu'elle aurait été nécessaire pour protéger la société ; la question de l'application de la peine de mort en serait devenue une « empirique ». Cependant, cette commission n'y donne pas ce sens plus restrictif puisque ce rapport mentionne au passage que les membres ne sont pas d'accord quant à ce qui est nécessaire à cette fin.

Ensuite, la Commission attribue une place à la théorie de la rétribution : elle doit être toujours *présente* dans la manière de penser les sanctions. Comme cette théorie soutient le principe de proportionnalité, on doit avoir des peines très sévères pour les crimes qui sont très graves et inversement. Ce principe sera appliqué *dans la catégorie du meurtre elle-même* : il y a alors des meurtres qui mériteront la peine de mort et d'autres qui ne le mériteront pas. La Commission fait la remarque suivante :

« in another sense [than vengeance] retribution must always be an essential element in any form of punishment ; punishment presupposes an offence and the measure of the punishment must not be greater than the offence deserves » (RCCP, 1953, 18 – 53)



La RCCP semble ici vouloir insister, non pas tant sur la rétribution – elle le fera autrement – que sur la nécessité de considérer l’infraction comme condition nécessaire à une peine ainsi que sur la proportionnalité à maintenir entre la gravité du crime et la sévérité de la peine. Hart (1959) approche d’ailleurs le dilemme posé par les théories de la peine d’une manière similaire.

La Commission royale anglaise va tenir compte explicitement de trois théories de la peine : la rétribution, la dissuasion et la réhabilitation (RCCP, 1953, 17 – 51). Nous discuterons en profondeur de la position de la RCCP quant aux théories de la rétribution et de la dissuasion dans ce qui suit. Pour l’instant, mentionnons, en ce qui concerne la théorie de la rétribution, qu’en plus de servir à limiter l’application des peines aux coupables ainsi qu’à s’assurer que la peine demeure proportionnelle à la gravité du crime, on la distingue, dans ce rapport, de la vengeance et ce, de manière à en réaffirmer l’importance. En ce qui a trait à la dissuasion, on distinguera conceptuellement la dissuasion à court terme d’une dissuasion à long terme. Et malgré les critiques portant sur l’efficacité de la dissuasion à court terme (RCCP, 1953, 18 – 53 et 24 – 68), le rapport la maintiendra aux côtés de la dissuasion à long terme comme une théorie de la peine valide pour le SDC.

Par ailleurs, la *Commission royale sur la peine capitale* (1953) a affirmé son enthousiasme vis-à-vis de la réhabilitation bien qu’elle ne puisse évidemment pas être une finalité de la peine en matière de peine de mort. En effet, à titre de comparaison, la RCCP a indiqué que parmi le groupe des infracteurs ayant commis des crimes graves, les meurtriers (les seuls susceptibles de se voir imposer la peine de mort) sont de bons sujets

à la réhabilitation (RCCP, 1953, 18 – 54)<sup>107</sup>. Lorsque la Commission royale anglaise discute de la réhabilitation des meurtriers ayant bénéficié d'une clémence commuant leur peine de mort en emprisonnement (RCCP, 1953, 218 – 623 et paragraphes suivants), on nous présente un modèle de théorie de la réhabilitation où on cherche à modifier l'état de conscience des infracteurs (retirer le désir de commettre de nouveaux crimes), par l'entremise d'un programme constructif, avec des réflexions très modestes sur les limites de l'intervention, dans un milieu prévu à cette fin pour une durée indéterminée. À noter, bien que l'on ne discutait pas directement de neutralisation en relation avec la peine de mort, le rapport prévoyait que ceux « whom it would be unsafe ever to release » (RCCP, 1953, 229 – 652) soient envoyés dans une institution spécialement conçue pour eux (RCCP, 1953, 231 – 660).

Enfin, comme nous l'avons dit, le problème de la Commission sera celui de trouver « un meurtre dans le meurtre » pour pouvoir justifier la peine de mort ; le meurtre « tout court » n'est plus suffisant. C'est en cherchant à justifier la peine de mort pour les « pires cas de meurtre » que la Commission finira par trouver « la théorie de la dénonciation » (RCCP, 1953, 6 – 22). À cet égard, cette Commission royale rappelle que

« We began our inquiry with the determination to make every effort to see whether we could succeed where so many have failed, and discover some effective method of classifying murders so as to confine the death penalty to the more heinous. » (RCCP, 1953, 189 – 534)

Comment la Commission va-t-elle alors construire cette catégorie du « meurtre dans le meurtre » ? Elle va établir trois balises sur la peine capitale : (i) le besoin de

---

<sup>107</sup> La Commission avait également comme mandat d'explorer la situation des condamnés à mort ayant été l'objet de clémence, voyant leur peine commuée en emprisonnement.

protéger la société ; (ii) les restrictions quant à la culpabilité de l'infracteur; et (iii) le maintien de la proportionnalité entre les peines pour les meurtres présentant des niveaux différents de gravité de telle sorte à n'envisager imposer la peine de mort que dans les cas les plus graves. Comme nous le verrons, seul le troisième énoncé sera décisif par rapport à notre thème. Le premier reprend, en apparence, une préférence du type utilitariste, mais ce médium « protection de la société » peut être aisément employé comme une sorte de « parapluie » pour les trois théories de la peine explicitement nommées : rétribution, dissuasion et réhabilitation. Bien entendu, la théorie émergente de la dénonciation peut aussi s'y loger sans aucune difficulté. Le deuxième énoncé reprend un lieu commun du système de droit criminel qui devient une question sensible devant le caractère radicalement incorrigible de la peine de mort : on ne doit pas condamner – et surtout pas exécuter – des innocents. Certes, nous savons que même encore aujourd'hui cet idéal n'est pas nécessairement atteint, mais cela est une autre histoire ...

#### 4.1.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation

La RCCP va reconceptualiser la théorie de la rétribution. Il en ressortira l'idée – et plus discrètement ou subtilement, la *finalité* d'expression – de réprobation (et plus loin la théorie de la dénonciation). Selon elle, on doit comprendre la théorie de la rétribution de la manière suivante: « the State's marking its *disapproval* of the breaking of its law by a punishment proportionate to the gravity of the offence » (RCCP, 1953, 17 – 52 ; notre italique).

Dans la forme que la Commission donne à cette théorie de la rétribution, la désapprobation est attribuée à l'État (par opposition à la désapprobation *du public, de la communauté* ou *de la société*). D'une part, l'attribution de la désapprobation restera flottante dans la théorie de la dénonciation selon ses utilisateurs : État, Communauté, Société, Public, Opinion publique, etc.. D'autre part, la *finalité* de cette théorie de la rétribution ne sera plus de « rétablir la justice » en faisant payer le mal par le mal, ni même de réaffirmer la Morale offensée, mais bien d'exprimer la « réprobation » (de l'État, du Public etc.).

Même si la RCCP attribue d'abord la réprobation à l'État, elle va attacher ensuite cette réprobation à celle du public. Comment fera-t-elle cela ? En écrivant ceci :

« Moreover, we think it must be recognised that there is a strong and widespread demand for retribution in the sense of reprobation – not always unmixed in the popular mind that of atonement and expiation. » (RCCP, 1953, 17 – 53)

La Commission va « retrouver » la réprobation de l'État *dans les gouvernés*. La réprobation de l'État semble alors, sous un certain angle, « refléter » celle de l'esprit populaire (tel que reconstruit par la Commission). Mais, sous un autre angle, la réprobation de l'État se distingue aussi de la réprobation populaire et atteint une sorte de niveau supérieur, parce qu'elle n'est pas teintée d'expiation ou de vengeance ; elle est, pour ainsi dire, « plus parfaite », « plus rationnelle ». Tout se passe comme si l'État purifiait le sentiment populaire de réprobation en renforçant seulement ce qu'il aurait de « bon » et de « rationnel » en lui.

Quoi qu'il en soit, immédiatement ensuite<sup>108</sup>, la RCCP cite le témoignage de Lord Denning. En le faisant, de nouveaux déplacements auront lieu et de nouvelles alternatives pour la naissance de la théorie de la dénonciation vont prendre place dans le rapport. Compte tenu de l'importance de ce passage pour notre thème, nous avons inséré des numéros afin de faciliter nos commentaires.

« The punishment inflicted for [1] *grave crimes* should adequately reflect [2] *the revulsion felt by the great majority of citizens* for them. It is a mistake to consider the objects of punishment as being deterrent or reformatory or preventive and nothing else ... [3] *The ultimate justification* of any punishment is not that it is a deterrent, but that [4] *it is the emphatic denunciation by the community* of a crime : and from this point of view, there are [5] *some murders* which, in the present state of public opinion, [6] *demand* the [7] *most emphatic denunciation of all*, namely the [8] *death penalty*. » (Témoignage de Lord Denning, Ninth days of Evidence, cité avec les points de suspension par la RCCP, 1953, 18 – 53 ; ce sont nos italiques).

La première phrase laisse voir immédiatement que, *dans cette communication*, la théorie de la dénonciation sera particulièrement attachée aux « crimes graves ». On voit aussi que la réprobation que la théorie prétend refléter ici est celle du public (« la grande majorité... »). Cependant, l'expression même « crimes graves » (n°1) va rester relativement ouverte et imprécise jusqu'à la référence « *certaines meurtres* ». La théorie s'attache alors, d'une manière générale, à tout ce que l'observateur est capable de représenter comme étant « grave » et, d'autre part, et encore plus particulièrement, à ce que l'observateur est en mesure d'indiquer comme étant « grave parmi les crimes graves » (n° 5). La théorie émergente s'adresse alors à tous les cas de meurtre, mais plus particulièrement aux « meurtres graves parmi les meurtres ». Pourquoi veut-on construire

---

<sup>108</sup> « ... there is a strong and widespread demand for retribution in the sense of reprobation - not always unmixed in the popular mind that of atonement and expiation. **As Lord Denning put it :**

« The punishment inflicted for grave crimes should adequately reflect the revulsion felt by the great majority of citizens for them ... » »

une justification pour le crime grave dans le crime grave ? Les théories « classiques » de la rétribution et de la dissuasion (avec leurs concepts de proportionnalité) seraient-elles devenues « insuffisantes » ? Ou serait-ce la peine de mort elle-même qui, pour « rester en vie », a besoin d'une autre justification, à la fois plus pointue (le crime grave dans le crime grave) et moins gênée par la proportionnalité rétributiviste classique pour attribuer des peines sévères ? La peine de mort est une peine « corporelle » prémoderne qui a réussi à passer le cap de la modernité et qui n'a pas cessé de « poser des problèmes » concernant son éventuelle abolition. La création de cette Commission est elle-même la preuve de cette remise en question périodique.

Pour durer dans le temps, cette peine semble exiger de « nouvelles » justifications et des justifications (politiques) « fortes ». Et elle semble demander aussi quelques concessions additionnelles : peut-être un rétrécissement de son champ d'application (les meurtres plus graves dans le meurtre) ; peut-être aussi moins d'intervention directe obligatoire du politique dans les sentences imposées par le droit. Cela fera mieux paraître cette peine, y compris pour le système juridique lui-même. D'où l'idée de « laisser les tribunaux choisir » les cas qui doivent être exécutés et réduire du même coup l'intervention politique dans le processus visant à commuer la peine qui a été politiquement imposée au droit. Bref, on y observe l'abandon de la peine capitale unique et obligatoire, et l'abandon aussi du pardon politique après la sentence de mort obligatoire du droit.

Dans cette communication, la théorie naissante est saluée comme étant « *the ultimate justification of any punishment* » (RCCP, 1953, 18 – 53 ; n° 3). Une sorte de nouvelle « bombe atomique » du système politique et du système de droit criminel pour

légitimer des peines sévères et « chirurgicales » : cette légitimation peut *individualiser* la sévérité des crimes tout en se protégeant d'une critique d'inégalité. Car, dira-t-elle, les « meurtres particulièrement graves » doivent être traités de façon *également* sévère et de façon *inégalement* sévère par rapport aux autres cas de meurtres (moins graves). On voit aussi alors apparaître *un principe de proportionnalité dans le principe de proportionnalité* : tout meurtre doit être plus sévèrement puni qu'un vol ; de même, tout meurtre particulièrement « choquant » doit être davantage puni que les autres meurtres.

En plus, cet autre concept de proportionnalité déplace son point d'appui : il s'agit moins de s'appuyer sur un type général de crime, comme le faisait le rétributivisme classique en référant à la catégorie « meurtre », que de s'appuyer sur un sentiment, une « demande » (n° 6) ou une « dénonciation énergique de la communauté » (n° 5). Bref, cette proportionnalité était jusque-là « externe » aux catégories juridiques. Un espace de liberté plus grand pour punir de façon sévère est en train d'être construit peu à peu.

Et ce que l'on « demande » (n° 6), aussi bien que la *méthode* pour dénoncer (n° 7), semblent être bien *concrètes* (par opposition à « symbolique ») et particulièrement définitives : on demande la *mort* et la méthode pour dénoncer est la *mort*, « symbole concret » de l'exclusion sociale totale. La question empirique qui s'en suivra sera celle de savoir si cette nouvelle théorie de la dénonciation, avec ces particularités, sera bien reçue par la doctrine et surtout par les tribunaux. Nous savons déjà qu'à quelques exceptions près (dont Hart (1963) et Skillen (1980)), cette théorie n'a pas fait l'objet de critiques importantes par les travaux de doctrine.

Cette théorie de la dénonciation qui est observée comme étant « symbolique » dans la mesure où elle permet la dénonciation du crime par la société, comporte une

dimension terriblement « concrète » qui peut être observée dans une discussion sur la *méthode physique d'exécution*. S'il s'agit bel et bien d'éviter le spectacle prémoderne de la souffrance physique publique, il s'agit également d'éviter le simple fait empirique de la mort. Une mort « sans leçon » n'est pas une mort suffisante. Un commentaire « intéressant » portant sur les méthodes de mises à mort laisse voir que l'absence radicale du spectacle est aussi rejetée. Le passage porte sur la possibilité d'offrir aux condamnés à mort le choix de se suicider (avec un poison liquide), ce à quoi la Commission s'oppose :

« We ought to mention here a suggestion – though only to dismiss it – that the prisoners should be offered some lethal dose the night before his execution and allowed to escape the gallows by drinking it if he so chooses. The suggestion is prompted by feelings of humanity, but the objections to it are manifest. The purpose of capital punishment is not just to rid the community of an unwanted member ; it is to mark the community's denunciation of the gravest of all crimes by subjecting the perpetrator, in due form of law, to the severest of all punishments. » (RCCP, 1953, 266 – 769)

La théorie de la dénonciation dans la version de Lord Denning a été comprise comme une théorie qui ne peut pas céder vraiment à l'« humanisme », car elle doit articuler le rejet concret au rejet symbolique, et rejet à la fois du *comportement* et de l'*individu* qui l'a commis. La peine (et du même coup, la peine de mort) est ici un moyen d'exprimer la désapprobation du comportement le plus grave par la peine la plus grave plutôt que de simplement se débarrasser d'un indésirable. D'une certaine manière, dans ce passage comme dans le témoignage de Lord Denning, nous voyons une « boucle communicationnelle » qui partirait du public : c'est là qu'on y désapprouve au plus haut point certains meurtres. Le SDC servirait par la suite de courroie de transmission en exprimant cette désapprobation *perçue* par l'imposition d'une peine concrète-symbolique d'exclusion sociale radicale. Dans ces deux cas, la boucle se fermerait – bien que ce ne



soit pas précisé – par le public qui recevrait de retour le message de désapprobation qu’il aurait envoyé et il serait alors « satisfait » avec la justice qui l’aurait « écouté ». Au passage, on présume à la fois le SDC capable de percevoir la désapprobation du public et on attribue à la peine la capacité de l’exprimer.

\*\*\*

Par ailleurs, cette « boucle communicationnelle » a été conceptualisée différemment par cette commission. De cet autre point de vue, le public pourrait se sentir également conforté dans sa désapprobation du crime. C’est une possibilité que mentionne la RCCP en discutant du témoignage de l’évêque de Canterbury qui exprime son appui à la position de Denning :

« The Archbishop of Canterbury, while expressing no opinion about the ethics of capital punishment, agreed with Lord Denning's view about the ultimate justification of any punishment. By reserving the death penalty for murder the criminal law stigmatises the gravest crime by the gravest punishment ; and it may be argued that, by so doing, the law helps to foster in the community a special abhorrence of murder as « the crime of crimes », so that the element of retribution merges into that of deterrence. » (RCCP, 1953, 18 – 53)

Dans ce passage, la RCCP souligne une capacité présumée ou virtuelle de l’imposition d’une peine dénonciatrice, soit de servir de moyen de prévention indirecte (ou à long terme) du crime. En effet, on cite l’évêque de Canterbury qui considère qu’en associant « la peine la plus grave pour le crime le plus grave », on promeut (*helps to foster*), dans la communauté, une réprobation ou une haine particulière (*a special abhorrence*) du crime, ce qui « fusionnerait » la rétribution et la dissuasion ou amènerait à les confondre (*merge*). En fait, il ne s’agit pas tant de confondre la rétribution et la

dissuasion, mais de considérer que d'infliger une peine avec un niveau de sévérité égale à la désapprobation du crime par le public entraînerait un renforcement de cette désapprobation *déjà présente* dans le public, de telle sorte que cette désapprobation se maintiendrait évitant du coup la perpétration de crime dans un futur plus ou moins bien défini. Dit autrement, la dissuasion n'est pas ici prise dans le sens strict de l'intimidation (la possibilité de se voir infliger une peine serait intimidante pour des infracteurs potentiels), mais bien dans une visée réductionniste au sens large (prévenir la commission de crimes).

Sur cet ajout que l'Évêque de Canterbury a fait au témoignage de Lord Denning, la RCCP ne prend pas position en affirmant que « Whatever weight may be given to this argument, the *law cannot ignore the public demand for retribution* which heinous crimes undoubtedly provoke » (RCCP, 1953, 18 – 53 ; notre italique). Mais tout en laissant en suspens cette potentialité de la peine « dénonciatrice » à favoriser le respect des lois, elle réaffirme d'une certaine manière que le droit criminel doit être « réceptif » aux attentes du public en ce qui concerne les peines à infliger, sans égard aux effets possibles que l'infliction de ces peines pourrait entraîner.

Enfin, la RCCP considère que le droit criminel doit limiter les divergences de points de vue qui pourraient survenir avec l'opinion publique. En effet,

« it would be generally agreed that, though reform of the criminal law ought sometimes to give a lead to public opinion, it is dangerous to move too *far in advance* of it » (RCCP, 1953, 18 – 53 ; notre italique).

Ici, la Commission considère que le droit criminel doit rester à proximité de l'opinion publique bien qu'on y accepte la possibilité que le droit criminel oriente le public par les peines qu'on y impose. D'ailleurs, sans en dire davantage, la RCCP

mentionne qu'il serait dangereux d'être trop en avance sur l'opinion publique. Deux choses doivent être mentionnées ici. D'abord, on ne nous dit pas pourquoi ce serait dangereux. Ensuite, puisqu'il est question de réforme du droit, la RCCP semble présupposer que réformer le droit équivaut automatiquement à le faire évoluer (ou à l'améliorer) et que le public est moins « *évolué* », de telle sorte que le droit ne doit pas être « too far in advance of it ».

En clair, que pouvons-nous dire du rôle de la théorie de la rétribution concernant la naissance de la théorie de la dénonciation dans ce rapport ? Comme nous avons pu le constater, la théorie de la dénonciation a investi le médium « rétribution », ou s'est articulée sur cette théorie, dans la mesure où l'expression de désapprobation par la peine est une forme que prend la rétribution. Pour ce rapport, la désapprobation exprimée par la peine est surtout celle de la « majorité des citoyens ». Outre le fait de mentionner la possibilité que les peines qui expriment la désapprobation du public puissent avoir pour effet de promouvoir le respect des lois (déjà présentes), la Commission ne prend pas position, ne sachant pas « quel poids à accorder à cet argument ». Mais par l'évocation même de cette autre dimension que l'on peut accoler aux peines dénonciatrices, la RCCP montre différentes formes que peut prendre le médium « dénonciation ». Qui plus est, en dehors d'affirmer que la rétribution est présente dans toutes les peines, ce qui signifiait la nécessité de la culpabilité et de la proportionnalité entre la gravité du crime et la sévérité de la peine, la RCCP ne valorise plus la théorie de la rétribution lorsque cette dernière prend le sens strict que Kant lui a donné au XVIII<sup>e</sup> siècle.

#### 4.1.4 Le rôle de la théorie de la dissuasion dans la naissance de la théorie de la dénonciation

Selon la *Commission royale sur la peine capitale* (1953), la théorie de la dissuasion, quant à elle, doit être comprise comme la combinaison de la dissuasion que nous pourrions qualifier de « directe » ou d'immédiate et de la dissuasion « à long terme »<sup>109</sup>. À ce sujet, on nous dit, dans la partie explicitement dédiée à la dissuasion dans le rapport, que

« We think it is reasonable to suppose that the deterrent force of capital punishment operates not only by affecting the conscious thoughts of individuals tempted to commit murder, but also *by building in the community, over a long period of time, a deep feeling of peculiar abhorrence for the crime of murder.* « The fact that men are hung for murder is one great reason why murder is considered so dreadful a crime »<sup>110</sup>. This widely diffused effect on the moral consciousness of society is impossible to assess, but it must be at least as important as any direct part which the death penalty may play as a deterrent in the calculations of potential murderers. It is likely to be specially potent in this country, where the punishment for lesser offences is much more lenient than in many other countries, and the death penalty stands out in the sharper contrast. » (RCCP, 1953, 20 – 59 ; notre italique)

Ainsi, pour cette commission, la dissuasion prend la forme d'un calcul rationnel (intimidation) où la prévention du crime est directe, et d'un effet indirect ou à long terme, où, à travers la loi criminelle (et plus particulièrement les peines associées aux crimes), on parvient à prévenir le crime de manière indirecte. La première forme de dissuasion, c'est celle qui est le plus fermement associée à la théorie de la peine de Beccaria. La deuxième a été appelé en alternance « the educative-moralizing function of the law »,

---

<sup>109</sup> La RCCP ne discute pas de la dissuasion spécifique en relation à la peine de mort pour une raison qui nous semble évidente.

<sup>110</sup> C'est une citation de Stephen (1864, 761) bien que la RCCP n'indique pas la référence. Le rapport avait d'ailleurs cité un autre passage de ce texte (Stephen, 1864, 753) (1953, 19 – 57), mais cette fois avec la référence, encore une fois en appui à l'effet dissuasif des peines. Cet article de Stephen s'intitulait justement *Capital punishment* et traitait tant de la dissuasion générale que de la neutralisation et de la dénonciation à titre d'effet que l'on pourrait vouloir rechercher à travers l'imposition de la peine capitale.

« the moral or socio-pedagogical influence of punishment », ou encore les « educative and habituating effects of our penal sanctions » (par exemple Hawkins, 1969). L'idée serait, pour cette « dissuasion à long terme », d'enseigner au public la gravité des crimes en assignant les peines les plus graves aux crimes les plus graves et inversement. Du coup, si on veut affirmer qu'un crime est plus grave qu'il ne l'était, on lui assignera une peine plus importante que par le passé.

Ainsi, bien que cette commission n'ait pas voulu prendre position sur la proposition (de l'Évêque de Canterbury) selon laquelle l'imposition des peines les plus graves aux crimes les plus graves permettait de consolider (de l'anglais *helps to foster*) la réprobation (de *abhorrence*) du public déjà présente face à ces crimes, la RCCP voit d'un œil favorable la possibilité *de faire apparaître* cette réprobation (encore de l'anglais *abhorrence*) par la peine. Il est tout aussi intéressant de constater que la première proposition a été intégrée à la rétribution tandis que la seconde l'a été à la dissuasion. Malgré tout, que ce soit en se référant à l'Évêque de Canterbury ou dans les mots mêmes de la Commission quelques paragraphes plus loin, le mécanisme à l'œuvre pour prévenir indirectement le crime est somme toute assez similaire. D'un point de vue conceptuel, il n'y a qu'une différence importante : la désapprobation du crime est présente dans l'esprit du public au départ de la boucle communicationnelle que nous évoquions plus tôt dans un cas, tandis qu'elle y apparaîtra en cours de route dans le second.

Le point le plus pertinent ici tient au fait que l'association entre la dissuasion « à court terme » et la dissuasion « à long terme » amène la Commission royale anglaise à conclure que peu importe l'absence de preuve de l'efficacité (ou de l'inefficacité) de la

dissuasion générale « traditionnelle » (RCCP, 1953, 18 – 53, 19 – 56, et paragraphes suivants) puisque

« any deterrent effect of capital punishment is likely to reside primarily in its long-term effect on the attitude of society to murder rather than in the conscious calculations of potential criminals. » (RCCP, 1953, p. 23 et 24 – para 66)

En prenant cette position favorable à l'effet dissuasif à long terme, cette commission neutralisait d'une certaine manière *tous les arguments visant l'abandon de la peine de mort sur la base de l'inefficacité dissuasive* puisqu'on ne peut pas valider les prétentions de la dissuasion « à long terme » de l'aveu même de la RCCP (1953).

Dès lors, comment comprendre le rôle de la théorie de la dissuasion dans la naissance de la théorie de la dénonciation ? Dans le cadre de ce rapport, lorsque la dénonciation prend les traits d'une « dissuasion à long terme », elle est à ce point réconfortante qu'elle permet de faire perdre de vue les problèmes posés par la théorie de la dissuasion fondée sur l'intimidation directe des infracteurs potentiels. De plus, sous le couvert connu du médium « théorie de la dissuasion », les idées d'une forme de la théorie de la dénonciation sont intégrées sans critique à une position sur les peines comme si elles avaient *de facto* passé le test institutionnel. C'est d'ailleurs étonnant puisque c'est la « nouveauté » discursive – l'éducation morale de la société par la peine – qui sauvegarde la théorie de la peine plus connue – l'intimidation directe telle que (sur)valorisée par Beccaria et Bentham – et non l'inverse. Pour le dire autrement, la nouvelle théorie (ou du moins la nouvelle dimension de la théorie) permet de préserver la version plus ancienne de cette théorie malgré les critiques auxquelles cette dernière fait face.

#### 4.1.5 En guise de conclusion

Ce rapport nous permet d'observer des discours savants qui ont intégré deux formes attribuées à la théorie de la dénonciation et ce, via les médiums « théorie de la rétribution » et « théorie de la dissuasion ». Dans le cas de la théorie de la rétribution, on fait de l'expression de « la désapprobation du crime pour la société » la forme principale prise par cette théorie de la peine (en plus de servir à donner corps à la nécessité de la culpabilité comme critère pour imposer des peines et de maintenir une certaine proportionnalité entre le crime et la peine). Pour le dire autrement, c'est à travers le médium « théorie de la rétribution » qu'une des formes associées à la théorie de la dénonciation apparaîtra dans ce rapport. Par contre, ce recours à la rétribution ne valorise pas cette autre forme de la dénonciation qui consiste à affirmer que l'expression de la désapprobation du public à l'égard des crimes peut conforter le public et ainsi qu'il demeure respectueux des lois.

En ce qui concerne la théorie de la dissuasion, la forme de la dénonciation qui pénètre le discours ne vise pas à remplacer la forme que l'on attribue généralement à la théorie de la dissuasion puisque la peine continue de viser l'intimidation des infracteurs potentiels. Dans ce rapport, on élargit néanmoins le médium « théorie de la dissuasion » pour y faire apparaître une dissuasion à « long terme » ; dissuasion que le rapport discute là où elle n'était qu'implicite chez Beccaria et Bentham. On y prend en outre position de telle façon à mettre la dissuasion directe ou immédiate à la remorque de la forme de la dénonciation que le rapport intègre.

Ainsi, les relations que la théorie de la dénonciation entretient, au moment de son émergence, avec les théories de la dissuasion et de la rétribution diffèrent. Et pourtant,

ces deux théories classiques de la peine servent à donner naissance à la théorie de la dénonciation. Chacune à leur façon accompagne la théorie de la dénonciation lors de sa naissance, lui donnant l'aura familière de théories de la peine connues depuis des générations.

#### **4.2 Le rapport Fauteux (1956) – Committee appointed to inquire into the principles and procedures followed in the remission service of the department of justice of Canada**

Ce premier rapport canadien et le rapport Ouimet (1969) dont nous discuterons ensuite partagent certaines similitudes générales. En effet, comme nous le verrons sous peu, ils contiennent notamment un germe d'innovation qui consiste à prendre conscience dans le SDC des problèmes posés par un droit criminel répressif (ses théories de la peine) tout comme ils commencent à reconnaître les limites de la théorie de la réhabilitation carcérale (c'est plus poussé dans le cas de Ouimet, 1969). On limite de plus la portée de la prison dans les deux cas et on élargit l'éventail des peines.

Chacun à leur manière, ces rapports et leurs articulations des théories de la peine poursuivent la phase de naissance de la théorie de la dénonciation, quoique différemment l'un de l'autre et différemment de ce que l'on retrouvait dans le rapport de la RCCP (1953).

##### **4.2.1 Caractérisation du rapport et raison d'être du Comité**

Le Comité *Fauteux* a été mandaté en décembre 1953 par le ministre de la Justice du Canada pour faire rapport sur les procédures liées aux remises en liberté des contrevenants ayant été incarcérés. Un rapport sera publié en 1956. Il n'y a pas eu



d'audiences publiques lors des travaux du Comité, mais on a rencontré des intervenants pouvant aider le comité lors de rencontres privées tout comme des opinions écrites ont été acheminées au Comité (Fauteux, 1956, 2 – 3).

Le mandat confié au Comité Fauteux par le ministre de la Justice consistait à étudier les principes et les procédures utilisées par le « Remission Service of the Department of Justice » et de faire des recommandations quant à d'éventuels changements à apporter à ces principes et procédures (Fauteux, 1956, 1). Le ministre de la Justice semble avoir mis le moins de restrictions possible à ce mandat (Fauteux, 1956, 1) et c'est de cette manière que les membres du comité ont dit avoir compris leur mandat : « we welcomed the opportunity to give to the terms of reference their broadest application » (Fauteux, 1956, 1). Du coup, on peut dès lors entrevoir que le Comité Fauteux a étudié les principes et procédures de remises en liberté notamment à la lumière des impératifs dictés par la réhabilitation ou la réinsertion sociale (Fauteux, 1956, 10).

#### 4.2.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles

Ce rapport évoque les théories de la peine les plus souvent mentionnées, soit la rétribution, la dissuasion et la réhabilitation, mais il favorise surtout la réhabilitation tandis que la rétribution est d'une certaine manière mise à l'écart (nous verrons de quelle manière sous peu) et que la dissuasion fait l'objet de peu d'enthousiasme.

Ce qui semble déterminant pour les membres du Comité est la mise à l'avant-plan de la « protection de la société » :

« The chief purpose of punishment is the protection of the public. First, by the reform of the offender, that is, by ensuring as far as possible, through appropriate punishment, that he will not subsequently commit similar or other breaches of the law ; and secondly, by deterring persons other than the offender from committing breaches of the law. » (Fauteux, 1956, 11).

Par la « réforme » de l'infracteur, *Fauteux* (1956) englobe à la fois – mais distinctement l'une de l'autre – la dissuasion spécifique et la réhabilitation. Lorsque la « réforme » prend le sens de la dissuasion spécifique, on considère que :

« Fear of punishment may, for a time, operate to deter the previous offender from the commission of further offences. However, fears tend to dissipate with the passage of time and as the fear dissipates, greater will be the possibility of a reversion, on the part of the former inmate, to criminal conduct. » (fauteux, 1956, 11)

En d'autres mots, bien qu'on considère que l'imposition d'une peine – implicitement d'emprisonnement – *puisse* avoir un effet dissuasif, cet effet ne sera que de courte durée. On peut dès lors imaginer que la réhabilitation sera valorisée par ce comité justement sur le caractère définitif des modifications comportementales que le traitement entraîne (c'est encore une fois une attente projetée sur la peine par ce comité).

En ce qui a trait à la théorie de la réhabilitation, le Comité précise d'abord le sens qu'il donne à la réhabilitation : « [The punishment] may cause a change of outlook on the part of the offender so that he becomes aware of his responsibilities as a citizen and is prepared to live up to them » (Fauteux, 1956, 11). De ce point de vue, la réforme « involves something more than mere custody of the offender apart from society for a given period of time. It necessarily involves training, treatment and re-education. » (Fauteux, 1956, 11). Autrement dit, la réhabilitation pour *Fauteux* est la recherche de la modification de l'état de conscience de l'infracteur à travers un *programme constructif de traitement*. À cela, nous pouvons ajouter que la réhabilitation doit préférablement se produire à l'extérieur des prisons, c'est-à-dire le même genre de recommandation que fera *Ouimet* avec plus de vigueur :

« Rehabilitation of an offender should, wherever possible, be effected without placing upon him the stigma of imprisonment. This is what probation is designed to do. » (Fauteux, 1956, 14)

Cependant, le Comité développe aussi beaucoup sur la réhabilitation à l'intérieur du pénitencier puisque des infracteurs y sont envoyés que ce soit ou non au départ avec la réhabilitation en tête. Un extrait illustre bien à lui seul l'esprit de ce rapport à ce sujet : « As soon as possible after his reception into the prison the process of classification and treatment should begin » (Fauteux, 1956, 45). Par ailleurs, il fallait maintenir, selon ce comité, les peines indéterminées pour les « habitual criminals » (Fauteux, 1956, 19) ou pour les « incorrigibles » (par exemple, *Fauteux*, 1956, 40 et 48).

Par ailleurs, on discute peu de dissuasion générale dans ce rapport en dehors d'affirmer que la dissuasion générale est l'un des deux moyens de protéger la société (Fauteux, 1956, 11). Il faut tout de même considérer que *Fauteux* valorise la sévérité des peines – au moins en partie pour la dissuasion – lorsqu'il s'agit de « crime organisé » et pour les criminels multirécidivistes :

« In cases involving organized crime, severity of sentence in Canada is undoubtedly justified. Persistent anti-social offenders, including those who commit crimes of violence, cannot be made the subject of unwarranted indulgence and sentimentality. The criminal law must be fearlessly enforced and offenders must be strictly but fairly dealt with. Where justice is weak, crime tends to become rampant. We do say, however, that many offenders do not fall within this class and that it is not in the best interests of Canada that they should be treated with the same severity. » (Fauteux, 1956, 19)

Il semble clair que les préoccupations liées à la réhabilitation passent au second rang, au moins à ces occasions. On précise tout de même, de manière à limiter l'emploi de cette vision, que les infracteurs de ce type au Canada sont peu nombreux, réaffirmant

autrement la nécessité de « maintenir le plus d'infracteurs possible hors des prisons » (Fauteux, 1956, 46).

\*\*\*

Passons maintenant à ce qui porte sur la naissance de la dénonciation dans ce rapport.

#### 4.2.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation

Dans un premier temps, Fauteux distingue les notions de « peine », de « rétribution » et de « dénonciation » :

« While, therefore, we speak of 'punishing' the offender, it is clear that in a modern correctional system there is no place for punishment which is based on nothing more than retribution. Punishment is the necessary evidence of the denunciation by society of the conduct of its offending member. The denunciation should never, however, be such that revenge, or even the appearance of revenge, has a part in the exercise of the court's discretion in passing sentence. » (Fauteux, 1956, 11)

La liaison que fait ce rapport entre les notions de « peine », de « rétribution » et de « dénonciation » n'est pas sans équivoque et ne permet pas d'interprétation définitive. Il est tout de même possible d'affirmer à partir de la première phrase, et de sa transposition dans la liste de recommandations du comité en fin de rapport (Fauteux, 1956, 87)<sup>111</sup>, que la rétribution n'est plus acceptée, par les membres de ce comité, comme finalité de la peine qui peut justifier à *elle seule* l'imposition d'une peine. Par cela, nous ne voulons

---

<sup>111</sup> « Some means should be found whereby the courts, at all levels, may be made more conscious that the true purpose of punishment is the correction of the offender and not mere retribution by society. »

pas insinuer que la rétribution doit, pour ce rapport, disparaître de la réflexion en matière de peine, mais seulement qu'il faut, selon *Fauteux*, lui adjoindre quelque chose d'autre. Ce quelque chose d'autre peut évidemment être une autre finalité de la peine (que ce soit la réhabilitation ou la dissuasion) ou encore une forme portée par la dénonciation.

L'évocation de la dénonciation, quant à elle, peut permettre de faire au moins deux affirmations qui ne s'opposent pas l'une à l'autre. La « dénonciation » peut être comprise comme étant liée à la rétribution, possiblement comme une forme de la théorie de la rétribution, puisque rien dans la manière dont se présente ce paragraphe ne permet de dire le contraire. De plus, la « dénonciation du comportement criminel par la société » peut également être une manière de décrire la peine de droit criminel. De cet autre point de vue, lorsqu'on punit, on démontre la dénonciation du comportement criminel par la société. Dès lors, la « dénonciation » de la société à l'égard du crime s'ajouterait à la conception de la peine d'une manière similaire à ce que Feinberg (1965) a argumenté par rapport à la « fonction expressive de la peine » où il considérait qu'il fallait ajouter la dimension symbolique des peines à leur dimension afflictive.

Quoiqu'il en soit, que la dénonciation ait été ou non une forme, acceptable celle-là du point de vue du Comité Fauteux, du médium « théorie de la rétribution » est de moindre importance puisque dans le rapport, on n'a pas pour autant fait de la rétribution une finalité de la peine valorisée comme l'ont été les théories de la dissuasion et de la réhabilitation.

4.2.4 Lorsque la dénonciation n'a pas besoin du support d'une autre théorie de la peine pour « naître »

C'est lorsque la dénonciation est détachée d'une autre finalité de la peine qu'elle joue le plus grand rôle dans ce rapport. Comme nous l'indiquions plus tôt, pour Fauteux, « Punishment is the necessary evidence of the denunciation by society of the conduct of its offending member » (Fauteux, 1956, 11), ce que nous pouvions lire comme la substitution de la forme classique de la théorie de la rétribution par une des formes de la dénonciation ou comme une proposition d'ajouter la dénonciation à la définition de la peine. Explorons maintenant cette autre face de la naissance de la dénonciation à travers le rapport Fauteux.

Lançons notre réflexion à partir de l'affirmation par ce Comité d'une obligation absolue de punir toutes les infractions :

« Parliament has provided punishments ranging in severity from the death penalty to the merely social restraints of probation. [...] Undoubtedly some form of punishment is essential in every case where the criminal law is broken. » (Fauteux, 1956, 11)

On observera d'abord que la probation, même si elle n'est qu'une « merely social restraints », est conceptualisée comme une peine. Elle est en fait représentée comme la limite entre « punir » et « ne pas punir », là où la peine de mort est la peine la plus sévère.

Dans un passage suivant l'affirmation de l'obligation de punir, *Fauteux* modère tout de même son propos en affirmant que la condamnation (*conviction*) pouvait servir à satisfaire cette obligation :

« In some cases, undoubtedly, the mere fact of conviction is, in itself, sufficient punishment, and no useful purpose is served by the imposition of unnecessarily harsh sanctions which, in the circumstances, may well embitter the convicted

person and contribute adversely to the quality of his subsequent behaviour. »  
(Fauteux, 1956, 11)

Ainsi, on a vraisemblablement voulu modérer l'obligation de punir pour la concilier avec les impératifs de la « correction », d'une part en considérant la probation comme une peine adéquate et d'autre part en jugeant que dans certains cas la condamnation devait suffire pour ne pas entraîner des résultats contre-productifs du point de vue du « correctionnel » (l'expression du rapport).

Toutefois, une fois que l'on remet l'affirmation de la condamnation comme « peine suffisante » avec la peine qui est « the necessary evidence of the denunciation by society of the conduct of its offending member » (Fauteux, 1956, 11), il se dégage alors une idée qui paraîtrait étrange aux auteurs du rapport de la RCCP (1953). En effet, là où le rapport de la Commission royale anglaise justifiait en partie la peine de mort par l'importance de dénoncer le crime, le rapport du Comité Fauteux permet de lire que la condamnation pourrait, en elle-même, être suffisante à titre de dénonciation du crime par la société. D'ailleurs, cette idée trouve écho dans le rapport puisqu'on y a avancé que le public pourrait se satisfaire de peines de moindre sévérité (une sentence suspendue jumelée à une probation) :

« A great number of first offenders do not require reformation or rehabilitation. [...] If, through lack of understanding on the part of the court, or the lack of proper probation facilities, the first offender is sent to prison, the result may be to promote even greater anti-social conduct. A suspended sentence and release upon probation might well satisfy society and, at the same time, give reasonable assurance that the offender will not again violate the criminal law. » (Fauteux, 1956, 26 – 27 ; notre souligné)

Du point de vue de la réhabilitation, ce passage se justifie dans la mesure où le SDC – pour cette théorie de la peine – doit traiter les infracteurs que tant qu'ils ont besoin

de traitement et les relâcher après coup. Du point de vue de l'observation de la naissance de la théorie de la dénonciation, il est possible d'observer deux choses. D'une part, *Fauteux* se préoccupe de la satisfaction du public à l'égard des peines que le SDC impose. La recherche de la satisfaction du public dans les peines imposées par le SDC ne va pas de soi et elle n'est pas directement soutenue par les théories de la peine de la RPM (les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation). Qui plus est, là où la RCCP (1953) avait vu un public qui n'allait être satisfait que par l'imposition de la peine de mort, *Fauteux* considère que le public pourrait être satisfait par l'imposition d'une sentence suspendue jumelée à la probation. Il va sans dire que *Fauteux* ne prenait sûrement pas en compte le meurtre au même titre que la RCCP (1953). N'en demeure pas moins que *Fauteux* s'autorise à penser la satisfaction du public par l'imposition de peines non-carcérales, soit des peines de moindre intensité.

Ainsi, sans être une finalité de la peine (et une théorie) mise de l'avant comme la RCCP l'a fait quelques années plus tôt, la dénonciation et la satisfaction du public sont devenues, pour *Fauteux*, des préoccupations importantes. De plus, il s'agit d'un exemple rare d'articulation d'un discours sur les peines autour de la satisfaction du public où le résultat virtuel est la valorisation d'une peine modérée, non-carcérale de surcroît. *Fauteux* (1956) ouvre dès lors la possibilité de penser la jonction du public et du SDC, en matière de peine, sans pour autant qu'on ne cherche uniquement à valoriser l'imposition d'une peine sévère. De tous les discours de réforme que nous avons analysés (issu de cette période), il s'agit d'une occurrence rare, mais qui n'est pas unique : la *Commission de Réforme du Droit du Canada* (1976) en fera davantage dans cette direction.



#### 4.2.5 En guise de conclusion

Contrairement au rapport de la RCCP (1953), *Fauteux* n'a pas donné naissance à une théorie de la dénonciation à travers la théorie de la rétribution. Dans le cadre de ce rapport, la « dénonciation du crime par la société » peut venir compléter le sens de la rétribution. Cependant, *Fauteux* peut avoir contribué à la naissance de la théorie de la dénonciation dans la mesure où la satisfaction du public aurait un rôle à jouer dans la détermination de la peine. De cet autre point de vue, la théorie de la dénonciation aurait pu, pour ce rapport, naître sans le support d'autres théories de la peine. Il ne s'agit pas d'une occurrence fréquente, mais elle existe et elle se représentera à au moins une autre reprise.

#### **4.3 Rapport Ouimet (1969) – Report of the Canadian Committee on Corrections**

Comme nous l'indiquions dans l'introduction au rapport *Fauteux*, le rapport *Ouimet* contient également un germe d'innovation, mais il est davantage développé que dans *Fauteux*. Dans *Ouimet*, on prend conscience des problèmes posés par un droit criminel répressif (ses théories de la peine), mais aussi des limites de la théorie de la réhabilitation. Ce rapport contiendra alors les bases d'une autre théorie de la réhabilitation qui s'est détachée du pénitencier.

Par sa façon d'articuler les théories de la peine, ce rapport poursuit la phase de naissance de la théorie de la dénonciation dans la veine du RCCP (1953), quoique de manière moins claire et moins élaborée.

#### 4.3.1 Caractérisation du rapport et raison d'être de la Commission

Le *Canadian Committee on Corrections* a été établi en 1965, à la demande du ministre de la Justice du Canada pour étudier (et faire des recommandations) sur le « correctionnel » « au sens large ». Le Comité déposera son rapport en 1969, mais cette fois au Ministère du Solliciteur Général (en raison d'une modification des responsabilités entre ces deux ministères en 1966). Il n'y a pas eu d'audiences publiques, mais on a encouragé le dépôt de « written briefs » par la diffusion d'une brochure (Ouimet, 1969, 5) tout comme des entrevues ont été conduites avec différents intervenants (issus des milieux politique, juridique, universitaire, liés à l'administration des prisons, etc.) et des visites ont été effectuées dans chaque province canadienne, dans des pays étrangers et dans certaines institutions pénales (Ouimet, 1969, 5). On a également demandé à des intervenants du milieu correctionnel de remplir des questionnaires (Ouimet, 1969, 6). Des documents de travail ont été commandés sur des thèmes précis (Probation, prisons et libérations conditionnelles) à des experts pour aider le Comité dans ses travaux (Ouimet, 1969, 5).

Le mandat tel qu'établi par le ministre de la Justice au moment d'amorcer les travaux du Comité était :

« To study the broad field of corrections, in its widest sense, from an initial investigation of an offence through to the final discharge of a prisoner from imprisonment or parole, including such steps and measures as arrest, summoning, bail, representation in Court, conviction, probation, post-release supervision and guidance and rehabilitation ; to recommend as conclusions are reached, what changes, if any, should be made in the law and practice relating to the matters in order better to assure the protection of the individual and, where possible his rehabilitation, having in mind always adequate protection for the community ; and to consider and recommend upon any matters necessarily ancillary to the foregoing and such related matters as may later be referred to the Committee » (Ouimet, 1969, 1)

De ce mandat, nous observons deux choses : (i) il postule l'importance de la « protection de la société », et (ii) la réhabilitation devait être considérée, même si le mandat ne forçait pas à lui accorder une place prédominante. Comme nous le verrons sous peu, c'est justement la voie que ce rapport suivra.

#### 4.3.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles

Comme le rapport de la Commission *Ouimet* le martèle tout au long de son rapport, « the protection of society [...] [is] the only justifiable purpose of the criminal process in contemporary Canada » (Ouimet, 1969, 11)<sup>112</sup>. Cependant, *Ouimet* visait la protection de « tous les membres de la société, y compris l'infracteur lui-même » (Ouimet, 1969, 11). La Commission *Ouimet* cherchait à affirmer que l'infracteur, malgré sa transgression de la loi, demeurait « a member of society entitled to full protection » (Ouimet, 1969, 11). Toutefois, comme le remarquait Dubé (2007, 288), le rapport a sélectionné la face « protection de la société » de cette distinction au détriment de la « protection de l'infracteur lui-même ».

*Ouimet* a accordé la préséance à la réhabilitation sur les autres finalités de la peine, tout en faisant jouer un rôle somme toute important à la dissuasion et beaucoup plus effacé à la rétribution :

« The aim of sentencing should be the protection of the community. Contemporary positions on sentencing take into account three possible approaches to this desired result :

(i) punishment<sup>113</sup> for general or particular deterrence,

---

<sup>112</sup> Nous encourageons la lecture de Dubé (2007) qui a produit une réflexion très intéressante sur l'orientation du discours sur les peines de ce rapport, notamment sur la « protection de la société ».

<sup>113</sup> À l'intérieur de *Ouimet*, le concept « peine » (de l'anglais *punishment*) prend deux sens. Le premier sens est simplement l'expression générique utilisée dans le Code criminel (« an omnibus expression applying to sentences in the Code ») pour identifier la sanction imposée par le juge lors de la détermination de la peine (Ouimet, 1969, 189). Ce premier sens ne semble être utilisé qu'à cette seule occasion. Le deuxième sens, celui qui semble le mieux décrire la conception de la peine selon *Ouimet*, est celui où on prend

- (ii) segregation, and
- (iii) rehabilitation. » (Ouimet, 1969, 188)

Deux choses peuvent être soulignées à partir de ce passage. D’abord, comme nous pouvons le constater, l’ordre de présentation des objectifs ne respecte pas l’ordre de valorisation de ces objectifs par ce Comité. De même, la rétribution n’est pas directement évoquée comme finalité de la peine valorisée du point de vue de *Ouimet*.

Précisant sa position sur les peines, *Ouimet* affirmera que

« The overall views of the Committee may be summed up as follows : segregate the dangerous, deter and restrain the rationally motivated professional criminal, deal as constructively as possible with every offender as the circumstances of the case permit, release the harmless, imprison the casual offender not committed to a criminal career only where no other disposition is appropriate. In every disposition the possibility of rehabilitation should be taken into account. » (Ouimet, 1969, 185)

*Ouimet* affirme le besoin de neutraliser les délinquants représentant un danger pour la société (par la détermination de sa dangerosité ou par le risque grave qu’il représente comme ce sera le cas dans le passage précédent). Dans la même veine, on doit libérer les individus ne représentant pas un danger pour la société, à moins qu’il n’y ait pas d’autres options, tout comme on doit dissuader les délinquants rationnels. En un mot, ce qui semble le mieux représenter la position de *Ouimet* face à la peine est la combinaison de « deal as constructively as possible with every offender as the circumstances of the case permit » avec « [i]n every disposition the possibility of rehabilitation should be taken into account ».

---

« punishment as a sanction » (Ouimet, 1969 : 18 ; notre souligné) par opposition à l’ensemble des sanctions. Les autres types de sanctions sont ceux visant le traitement (ou la correction ou la réhabilitation) et la neutralisation, ces deux types de sanction ne constitueraient pas une peine ; nous retrouvons cette idée que la réhabilitation et la neutralisation n’amènent pas l’imposition d’une « peine » à différentes occasions dans le rapport (Ouimet, 1969, 19, 167, 187, 190, 256, 262, et 267).

Sur la théorie de la dissuasion, *Ouimet* prend position de telle sorte qu'il est possible de tirer deux conclusions. (1) On remet en question son efficacité (Ouimet, 1969, 16 et 189), suivant les traces de la RCCP (1953) à cet égard. Et (2) malgré cette remise en question, on réactualise sans critique ni modification la forme originale de la théorie moderne de la dissuasion, tout particulièrement en ce qui a trait aux personnes liées au « crime organisé » – les « professionnels » –, mais aussi aux délinquants « rationnels » et lorsqu'un comportement est très « tentant » pour le public, élargissant du même coup le domaine d'application de la dissuasion que *Ouimet* semblait par ailleurs vouloir limiter (Ouimet, 1969, 202 et 265).

C'est sur la théorie de la réhabilitation que le Comité Ouimet porte le plus d'attention et c'est sur cette théorie que le Comité fonde le plus d'espoir parce qu'il voit dans la réhabilitation « la meilleure protection à long terme de la société » (Ouimet, 1969, 15). Dans le cadre du rapport Ouimet, la réhabilitation a deux dimensions : (1) il est possible (voire nécessaire) de modifier la conscience de l'individu pour lui retirer son désir de récidiver (Ouimet, 1969, 416 – 417), et (2) ce résultat s'obtient par un programme constructif (ou positif) d'intervention (éducatif, professionnel ou thérapeutique) (Ouimet, 1969, 316). Autrement dit, le rapport *Ouimet* accepte qu'une modification de l'état de conscience de l'individu soit non seulement possible, mais aussi souhaitable pour la société. Cependant, cette modification de l'état de conscience doit se faire de manière positive, notamment en cherchant la valorisation de l'infacteur (Ouimet, 1969, 187)<sup>114</sup> et en cherchant le rehaussement de la dignité humaine et son estime de soi

---

<sup>114</sup> « Correction, in the view of the Committee, involves an averment of the value, or potential value, of an offender » (Ouimet, 1969, 187)

(Ouimet, 1969, 397)<sup>115</sup>. D'ailleurs, on considère dans *Ouimet* que (a) la communauté est à privilégier comme lieu où accomplir la réhabilitation plutôt que la prison (par exemple Ouimet, 1969, 373). *Ouimet* s'oppose également (b) à une caractéristique de la théorie de la réhabilitation de la première modernité qui l'amène à ne pas penser les limites de l'intervention (notamment aux pages suivantes : Ouimet, 1969, 15 – 16, 132, 274). Cette prise de position s'exprime notamment dans le refus de « banaliser » le temps carcéral (Ouimet, 1969, 190) tout comme le refus d'employer des « rehabilitative measures that go beyond the bounds of the concept of justice » (Ouimet, 1969, 15) .

En somme, la conception de la réhabilitation promue dans le rapport de la Commission *Ouimet* (1969) partage beaucoup avec celle promue par le rapport *Fauteux* (1956) et ce, dans la mesure où l'on y poursuit la prise de distance avec une conception de la réhabilitation, issue de la deuxième moitié du XIXe siècle, et qui avait comme principe de base de valoriser la prison comme lieu privilégié de la réhabilitation. Évidemment, comme nous venons de le constater, *Ouimet* va beaucoup plus loin dans cette direction. Et, non seulement pose-t-on dans le cadre de ce rapport, les bases d'une nouvelle théorie de la réhabilitation (Dubé, 2007), mais on modifie en plus l'importance des théories de la peine de la RPM pour accorder préséance à la théorie de la réhabilitation.

Cependant, *Ouimet* n'est pas parvenu à se débarrasser d'un certain nombre d'idées en opposition claire avec la position plus positive, innovante, quant au contrevenant qu'on tentait de promouvoir par ailleurs, dont certaines liées aux théories de la peine favorisant l'exclusion sociale.

---

<sup>115</sup> « We wish to emphasize the importance [...] of this treatment being such as to enhance rather than degrade the offender's human dignity and sense of worth as a person. » (Ouimet, 1969, 397)

Passons maintenant à l'observation de la naissance de la théorie de la dénonciation dans ce rapport.

#### 4.3.3 Le rôle des théories de la rétribution et de la dissuasion (ensemble) dans la naissance de la théorie de la dénonciation

Comme nous l'indiquions précédemment, la rétribution n'est pas une finalité de la peine que valorise *Ouimet* en elle-même. Après avoir distingué la rétribution de la vengeance (comme le rapport de la RCCP (1953) l'avait fait quinze ans plus tôt), *Ouimet* ajoute que la rétribution peut aussi prendre le sens de dénonciation. Pour le dire autrement, la forme du médium rétribution que désire valoriser *Ouimet* est une forme de la dénonciation. Pour *Ouimet*,

« Repudiation relates to the solemn denunciation of certain behavior. It is the view of the Committee that any sentence based on the principle of deterrence inevitably involves repudiation. Society says to the offender, « We repudiate the behavior » and indicates the degree of repudiation by the degree of sentence imposed. Repudiation is thus inextricably interwoven with deterrence, whether general or particular. » (Ouimet, 1969, 188)

Ainsi, *Ouimet* considère que la dénonciation (ou la répudiation) signifie que la société prend une position défavorable face à certains comportements, et que c'est à travers l'imposition d'une peine qu'elle exprime cette désapprobation. Immédiatement ensuite, *Ouimet* identifie la dénonciation à la dissuasion par les formulations suivantes : « deterrence inevitably involves repudiation » et « Repudiation is interwoven with deterrence », mais ne conserve que la dissuasion pour le reste de son propos. Autrement dit, *Ouimet* voit dans un premier temps cette idée d'expression de désapprobation de la

société par la peine dans la théorie de la rétribution, mais, dans un deuxième temps, rattache cette forme avec le médium « dissuasion ».

Comme nous l'indiquons plus tôt, on retrouve précisément cette liaison de la dénonciation, lorsqu'on la présente comme une forme de la théorie de la rétribution, à la dissuasion dans le rapport de la *Commission royale sur la peine capitale* (1953). L'explication que la RCCP (1953) joignait à cette liaison (de la rétribution et de la dissuasion à travers la dénonciation) s'applique peut-être également ici, mais peu d'indices permettent de discuter de cette hypothèse. Tout ce que nous pouvons affirmer hors de tout doute, c'est que ce rapport a intégré le caractère symbolique des peines (pour exprimer la désapprobation de la société). De plus, le Comité situe originalement la dénonciation dans la théorie de la rétribution tout en y voyant une partie de la forme qu'elle construit avec le médium dissuasion. Nous pouvons enfin constater que *Ouimet* n'a pas affirmé l'existence d'une théorie de la peine distincte sous le médium « dénonciation ».

Qu'à cela ne tienne, le Comité a tout de même intégré la prise en compte des attentes du public lorsque cela concerne l'expression de sa désapprobation. En effet,

« It is the Committee's view that in all cases where there has been no finding of dangerousness<sup>116</sup>, sentences of imprisonment should be imposed only where protection of society clearly requires such penalty, for example, where there is grave risk from a few, where there is grave temptation for many, or where the failure to impose a sentence of imprisonment would inadequately reflect society's view of the gravity of the crime. » (Ouimet, 1969, 190)

---

<sup>116</sup> Il ne nous semble pas possible de lire ce passage autrement qu'en associant « no finding of dangerousness » avec l'étiquette de délinquant dangereux (d'autant plus qu'il venait tout juste d'en être question) tandis que « grave risk from a few » nous semble renvoyer à ceux qui posent un danger à la société sans pour autant en mériter l'étiquette.



Dans un rapport qui visait à limiter le plus possible le recours à l'emprisonnement, la volonté de « refléter adéquatement les vues de la société » face aux crimes est un motif légitime, pour ce Comité, pour envoyer un contrevenant en prison.

D'ailleurs, peu de temps après avoir affirmé l'importance des « vues de la société » en ce qui concerne la sévérité des peines, *Ouimet* cite avec approbation un article du *Model Penal Code* de l'*American Law Institute* (1962) lorsqu'elle affirme que

« The Court shall deal with a person who has been convicted of a crime without imposing sentence of imprisonment unless [...] (c) a lesser sentence will depreciate the seriousness of the defendant's crime » (cité dans *Ouimet*, 1969, 191)<sup>117</sup>.

La nécessité de l'emprisonnement « pour ne pas déprécier le sérieux d'un crime » peut prendre différents sens, mais tous tournent autour de quelques lignes directrices. La prison est, dans cette proposition, le moyen sélectionné par l'État pour transmettre à la société ou la victime ou l'infracteur la gravité du crime du point de vue de la société, de la victime ou de l'État. On sous-entend donc que certains crimes, lorsqu'ils ne sont pas punis par la prison, seront pris moins au sérieux par la société ou l'infracteur (même potentiel). Dans cette proposition, en apparence simple, se trouve dès lors un riche potentiel communicationnel où les acteurs (l'émetteur, le récepteur et les tiers) demeurent sous-entendus et qui offre de multiples interprétations au choix de l'observateur de cette proposition. L'une de ces interprétations dans *Ouimet* – surtout puisqu'on venait d'affirmer le besoin de refléter adéquatement les vues de la société à l'égard du crime – consiste à considérer que l'emprisonnement est dans certains cas nécessaire pour ne pas déprécier, du point de vue de la société, le sérieux de certains crimes.

---

<sup>117</sup> Ce passage constitue l'essentiel de ce qui aurait pu être utile pour notre propos dans cette réflexion ; c'est notamment pourquoi nous n'avons pas intégré le *Model Penal Code* dans les rapports que nous traitons.

Apparaît donc dans *Ouimet*, certes sous forme embryonnaire, la reconnaissance que la dénonciation par le choix de la peine de prison est une finalité légitime de la peine (qui reste attachée à la dissuasion). *Ouimet* reprend et reconduit ici les communications qui appuient la théorie de la dénonciation avec toutes les ambiguïtés qu'elles comportaient. Cependant, on ne trouve pas dans *Ouimet* l'idée selon laquelle la sévérité de la peine (la durée de la peine de prison) doit être déterminée en fonction du degré de réprobation du public. Ceci mettrait en cause le but de réhabilitation.

#### 4.3.4 En guise de conclusion

De manière générale, ce rapport nous propose d'abord et avant tout l'esquisse d'une nouvelle façon de penser l'intervention en droit criminel où les réponses purement négatives aux crimes ne sont plus survalorisées. Cependant, en dégageant la dénonciation des formes de la rétribution pour ensuite la lier à la dissuasion, *Ouimet* trouve en fait une autre façon de justifier l'infliction de souffrance – sous la forme de l'emprisonnement – pour une fin abstraite et symbolique. Cette affirmation a d'autant plus de poids qu'elle s'inscrit dans un discours de réforme du droit valorisant justement la modération dans l'emploi de l'emprisonnement.

#### 4.4 *Struggle for Justice – A Report on Crime and Punishment in America Prepared for The American Friends Service Committee*

*Struggle for Justice* (1971) et *Doing Justice* (1976) ont tous deux eu une influence certaine si ce n'est dans l'orientation des politiques criminelles à partir des années 1980, au moins dans le soulignement à gros traits d'un inconfort vis-à-vis de l'orientation des

politiques criminelles jusque-là (voir par exemple Garland 2001). Comme nous l'indiquons en introduction de ce chapitre, nous présentons nos deux prochains rapports ensemble (avant d'en traiter individuellement par la suite) puisque les problèmes identifiés dans ces deux rapports sont similaires et les solutions se ressemblent également. Nous nous permettons de faire une présentation en longueur ici pour ensuite être plus succincts alors que nous traiterons spécifiquement de *Doing Justice*.

La manière la plus simple de caractériser ces deux rapports est d'y voir des positions, issues de l'environnement du SDC, sur l'orientation à donner aux pratiques punitives dans le SDC. À cet égard, ils se comparent aux discours philosophico-juridiques puisque les comités ayant produit ces rapports ne sont pas institutionnellement liés au SDC ; la plupart des membres du Comité ayant produit *Doing Justice* sont des universitaires (surtout en droit et en sciences sociales) tandis que le groupe de réflexion constituant *Struggle for Justice* est surtout composé de praticiens du droit qui adoptent une position militantiste de revendication.

Ces rapports, produits en dehors du cadre institutionnel du SDC, se sont permis d'être complètement contre la réhabilitation tandis que les rapports publics sont demeurés plus réservés dans leurs critiques à la prison et plus réceptifs vis-à-vis de la réhabilitation. Il est hautement probable cependant que l'absence de liens institutionnels avec le SDC ait justement contribué à ce rejet complet de la réhabilitation ; il ne s'agit là que d'une hypothèse que nous n'avons pas l'intention d'explorer davantage ici.

Dans l'un et l'autre de ces rapports, on a dévié du problème de la prison vers le problème du pouvoir discrétionnaire des juges. En fait, dans ces rapports, on amplifie le problème posé par la réhabilitation tout en le simplifiant. On simplifie par ailleurs le

problème posé par le droit criminel moderne (l'adhésion aveugle à la RPM) en mettant tout sur le dos de la réhabilitation. C'est ainsi que ces deux rapports « préfèrent » une prison qui ne produit rien d'autre que de la souffrance à une peine, peut-être plus longue, qui pourrait être bénéfique à l'infracteur, même s'il faut aller à l'encontre de sa volonté.

D'ailleurs, ces deux rapports sont marqués par un problème typiquement américain, à savoir une certaine pratique des peines indéterminées. En effet, dans certains États américains, les juges imposaient une peine imitant les paramètres législatifs prévus. Par exemple, un juge pouvait imposer une peine « de 1 jour à 4 ans ». Non seulement cette pratique n'était pas uniformément répandue aux États-Unis, mais elle n'était pas du tout observable au Canada et vraisemblablement pas davantage en Angleterre.

Voyons dans un premier temps comment *Struggle for Justice* a intégré des idées proches de la dénonciation pour nourrir son rejet de la réhabilitation. Après quoi nous ferons le même travail avec *Doing Justice* (1976).

#### 4.4.1 Caractérisation du rapport et raison d'être du groupe

*Struggle for Justice* (1971) est ce que nous pourrions qualifier de discours de réforme du droit criminel émis en dehors du cadre formel d'une commission de réforme du droit. Il est le produit d'une initiative privée. Ce rapport a été produit par un « groupe de réflexion » (assimilable à un « *think tank* ») à la demande du *American Friends Service Committee* (à partir de maintenant, nous utiliserons uniquement *Friends* à la suite des auteurs du rapport). En un mot, ce groupe vise à *transposer les valeurs des quakers*

*en actions*<sup>118</sup>. Il s'agit d'un groupe avec une (i) motivation et orientation religieuse et (ii) il est plutôt un « mouvement militant » ou de « personnes engagées dans l'action ».

Au moment de conduire les travaux menant à la rédaction du rapport, on considère que le SDC est de plus en plus répressif (Friends, 1971, 9), que les Américains ont peur pour leur sécurité et sont préoccupés par les crimes (Friends, 1971, v), mais surtout que les préjugés et la discrimination observables dans la société ont des impacts sur le SDC (Friends, 1971, 13), de telle sorte que le SDC est « profondément dysfonctionnel » (Friends, 1971, 9).

La « crise du droit criminel » n'est pas, selon eux, uniquement liée aux « maigres budgets », « à l'attitude hostile de l'opinion publique » ou à un « manque de main-d'œuvre » (Friends, 1971, 12). C'est plutôt l'orientation des réformes vers la réhabilitation qui pose problème puisque les auteurs de *Struggle for Justice* ont « de sérieux doutes » sur la capacité de ce type de réforme à « servir légitimement l'intérêt public » ou « à éliminer les abus majeurs du présent système » (Friends, 1971, 12). En fait, selon eux, le « individualized treatment model » est « theoretically faulty, systematically discriminatory in administration, and inconsistent with some of our basic concepts of justice » (Friends, 1971, 12). Plus particulièrement, *Friends* considère que « discretion is at the core of the problem », puisque « many distortions and corruptions of justice [...] depend upon the existence of wide margins of discretionary power in the hands of police, district attorneys, judges, correctional administrators, parole boards, and

---

<sup>118</sup> Il s'agit du slogan de *Friends* : *quaker values in action*. (Information tirée du site web de l'organisme : <http://www.afsc.org>. Consulté le 23 mars 2010.)

Plus particulièrement,

« The American Friends Service Committee is a practical expression of the faith of the Religious Society of Friends (Quakers). Committed to the principles of non-violence and justice, it seeks in its work and witness to draw on the transforming power of love, human and divine. » (Information tirée du site web de l'organisme : <http://www.afsc.org>. Consulté le 23 mars 2010.)

parole agents » (Friends, 1971, 124). Ce large pouvoir discrétionnaire est causé selon *Friends* par l'attachement à la théorie de la réhabilitation qui recommande d'ajuster le traitement aux besoins de l'infacteur (Friends, 1971, 27 – 28).

#### 4.4.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles

En réponse au large pouvoir discrétionnaire lié à la théorie de la réhabilitation et à la disparité des peines qui en résulte, *Friends* adopte une position que nous pourrions qualifier de « classique », dans la mesure où l'on revalorise l'infliction de peines proportionnelles à la gravité du crime et où le niveau de sévérité des peines doit être prescrit par le législateur de manière à éviter une disparité de celles-ci. En effet, on prône dans le cadre de ce rapport que « all persons found guilty of the same criminal act under the same circumstances are dealt with uniformly » (Friends, 1971, 148). En plus, *Friends* milite pour que le fardeau de déterminer le niveau de sévérité des peines repose sur le Législateur :

« Whatever sanction or short sentence is imposed is to be fixed by law. There is to be no discretion in setting sentences, no indeterminate sentences, and unsupervised street release is to replace parole. » (Friends, 1971, 144)

En fait, les seules exceptions à cette recherche d'uniformisation des peines par type de crime que *Friends* « autorise », si on en précise les détails dans un cadre législatif, sont (i) la possibilité d'augmenter la sévérité des peines dans les cas de récidives et (ii) la possibilité qu'une petite portion de la peine d'incarcération puisse être retirée de la peine (encore selon des modalités préétablies) pour récompenser la bonne conduite et ainsi permettre d'atténuer les problèmes de la gestion des institutions carcérales (Friends, 1971, 148).

D'ailleurs, utilisant des « cost-accounting theories » (Friends, 1971, 66), *Friends* recommande d'étendre l'application uniforme du droit criminel sur le plus grand nombre possible de personnes (Friends, 1971, 66) puisque c'est « not only more consistent with our sense of justice », mais c'est aussi « ultimately more humane, since it allows more persons to share the burden of criminal law » (Friends, 1971, 152). Donc, faire justice, c'est appliquer les mêmes règles sur tous et c'est aussi « spread among the largest feasible number of offenders » « the human costs of [law] enforcement » (Friends, 1971, 66). *Friends* affirme que le fait de punir plus d'infracteurs permet de réduire le poids symbolique de la sanction pesant sur chaque infracteur.

Pour illustrer son raisonnement, Friends (1971, 63-64) suppose un coût social « x » pour une pratique sociale. Il s'autorise alors à imaginer diviser ce poids social « x » sur 10 personnes ( $x/10$ ), 100 personnes ( $x/100$ ) ou 1000 personnes ( $x/1000$ ) avec pour conséquence théorique de réduire la part du coût social assumée par chacune de ces personnes. Ce raisonnement nous semble tout particulièrement douteux puisqu'il semble avoir pour effet de rendre opaques les souffrances individuelles, insistant plutôt sur le poids social qui serait moindre à porter si plus de personnes le partageaient. Cependant, cette « réduction » du poids social à porter ne se traduit pas, dans la réflexion de Friends, en une réduction de la sévérité de la peine que chacun subirait.

Ce Comité cherchait tout de même – du moins, c'est ce que le rapport affirme – à inscrire ce discours dans une recherche de modération sur le plan (i) des incriminations, (ii) du recours au processus judiciaire et (iii) de la sévérité des peines (Friends, 1971, 149 – 150).

Ainsi, pour les auteurs de *Struggle for Justice*, les peines, « imposées au bénéfice de la société en général », peuvent avoir les buts suivants :

« to satisfy public retributive urges, to compel conformity to social norms, or to deter future violations by others through a demonstration that the state's threats of punishment are to be taken seriously.» (Friends, 1971, 26 – 27).

À la manière d'autres rapports, dont la RCCP (1953) et *Ouimet* (1969), on aborde également la dissuasion de manière critique pour ensuite la reconduire comme point de vue valable pour penser les peines (Friends, 1971, 51 à 61). La dissuasion que Friends reconduit prend le sens classique d'intimidation des infracteurs potentiels par la menace d'imposition de peines (on l'appelle « dissuasion à court terme » dans le rapport). À cette dissuasion à court terme, *Friends* ajoute deux idées qu'on identifie à la théorie de la dissuasion et qui doivent être traitées séparément : la dissuasion « à long terme » et la prévention des vengeances privées. Ces deux idées font partie de la justification des peines pour *Friends* et nous y reviendrons sous peu.

Quant à la théorie de la réhabilitation, *Friends* adopte deux points de vue distincts. D'une part, le Comité ne semble pas accepter une théorie *de la peine* favorisant la réhabilitation lorsque les contrevenants y sont contraints (Friends, 1971, 9, 27-28, 69, 146). D'autre part, il insiste pour qu'une relation d'aide ou d'intervention thérapeutique soit « offerte » sans conséquence sur la détermination de la peine et « en parallèle » avec la peine (Friends, 1971, 97 à 99). En somme, pour les auteurs de ce rapport, la réhabilitation ne doit plus être un objectif de la peine lors de la prise de décision des tribunaux.

Concernant la théorie de la rétribution, ce comité ne l'intègre pas directement comme finalité de la peine, mais ne s'y montre pas opposé. D'un côté, on accepte l'idée



que la peine peut viser à satisfaire les « public retributive urges » ; nous y reviendrons sous peu également. De l'autre côté, on valorise l'idée d'appliquer les mêmes peines pour des infracteurs comparables puisqu'on y voit une conception de la justice à promouvoir.

Enfin, *Friends* semble avoir identifié que les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation, telles que représentées au moment de rédiger le rapport, partageaient beaucoup entre elles comme le soutient la « théorie sur la RPM » de Pires. En effet,

« To a considerable extent, the newer rationales of deterrence or treatment merely cloak the continuation of punishment motivated to some degree by the desire for retribution » (Friends, 1971, 50).

Le Comité considère que les théories de la dissuasion et de la réhabilitation ne font que camoufler une demande de rétribution, mais ce n'est pas la théorie de la rétribution qui est remise en question. *Friends* s'attarde plutôt à critiquer la réhabilitation et à modérer les attentes à l'égard de la dissuasion (au moins la dissuasion à court terme).

Voyons maintenant le rôle que fait jouer le Comité aux théories de la rétribution et de la dissuasion dans la naissance de la théorie de la dénonciation.

#### 4.4.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation

Au moment d'explicitier les finalités de la peine qu'il promet, que le Comité responsable de *Struggle for Justice* affirme que les peines servent notamment « to satisfy public retributive urges » (Friends, 1971, 26) ; ce rapport n'évoque par contre pas la rétribution en elle-même comme finalité de la peine.

Au moment où le Comité conduisait ses travaux, il avait l'impression que

« The proper objectives, we have been told repeatedly, are the protection of society from crime and the treatment of offender, not the exaction of revenge and the criminal's punishment » (Friends, 1971, 20).

Malgré tout, pourrait-on poursuivre avec *Friends*,

« Although punishment is no longer a fashionable rationale for criminal justice, the punitive spirit has survived unscathed behind the mask of treatment. » (Friends, 1971, 26).

Malheureusement, les auteurs de ce rapport ne réussissent pas à bien comprendre comment les idées qu'ils proposent reproduisent à leur tour ce « punitive spirit ».

Comme point de départ, *Friends* « [is] convinced that [the public demand for revenge] exists and that it has a practical impact » (Friends, 1971, 22). L'effet pratique de ces demandes punitives du public est double : ces demandes limitent la capacité de l'État à réduire la sévérité des peines – il y aurait un niveau de sévérité des peines en dessous duquel le SDC ne pourrait pas aller – ; et ces demandes punitives empêchent l'adoption du pardon comme « official public policy » (Friends, 1971, 22). Dit autrement, *Friends* considère que, du point de vue du public, « a criminal should be punished for the purpose of making him hurt » (Friends, 1971, 21) et le Comité prend sur lui d'intégrer ce désir du public dans sa proposition de réforme du droit criminel.

#### 4.4.4 Le rôle de la théorie de la dissuasion dans la naissance de la théorie de la dénonciation

La théorie de la dissuasion joue également un rôle important dans l'argumentaire de ce rapport. La dissuasion signifie pour les auteurs de *Struggle for Justice* « to discourage potential future offenders and to increase compliance with the law » (Friends,

1971, 22). Que peut bien vouloir dire cette distinction à l'intérieur de la dissuasion ? Rien n'est moins sûr. Il peut s'agir soit de la même chose soit de la notion d'éducation morale telle que la promouvait notamment Bentham (sous les traits de la « leçon morale », mais il y voyait une finalité secondaire à l'intimidation) et plus récemment Andenaes (1975). Nous avons repéré des indices militant en faveur de cette dernière interprétation.

La dissuasion, selon *Friends*, peut être à « court terme » ou à « long terme ». On présume que le SDC « achieves short-range prevention by maximizing the effectiveness of threatened punishment upon potential », tout comme le SDC peut viser la « long range prevention » dans la mesure où « today's enforced legal standards significantly mold the culture and customs of the future - this generation's law, it would be argued, is the next generation's morality » (*Friends*, 1971, 49). Cette deuxième forme de dissuasion, celle à « long terme », est comparable – bien que moins détaillée – à celle promue par la RCCP (1953). On précise tout de même que de ces deux formes de dissuasion, la première « at least verbally dominates the thinking of judges, lawyers, and legislators » (*Friends*, 1971, 49). Quant à la dissuasion à long terme, *Friends* part de l'idée que « one generation's law is the next generation's morality » (*Friends*, 1971, 58), à laquelle on ajoute que « While this position seems plausible, it is hard to know how one could ever determine its degree of significance » (*Friends*, 1971, 58 – 59). C'est notamment en voulant justifier la peine en fonction de cette maxime que *Friends* a développé l'idée de répartir sur le plus grand nombre le poids social de la pénalité.

Parallèlement, comme nous l'avons dit, le Comité considère que la prévention des vengeances privées par les citoyens « honnêtes » [mais potentiellement criminels?] a été

« observée » par des juristes et juges connus : Oliver Wendel Holmes et James Fitzjames Stephen (Friends, 1971, 59). De ce point de vue, l'imposition de peines est une

« defence of social order against private revenge, blood feuds, or lynch law – in other words, against the « law-abiding » » (Friends, 1971, 60).

À ce sujet, *Friends* précise que :

« Of course it is unprovable, but from our personal experience it gains a certain ring of truth. We all know firsthand the passion for revenge. We have all shared the resentment of the law-abiding brother in the parable of the prodigal son. » (Friends, 1971, 60)

Cet argument semble vouloir donner du poids à la construction spontanée de la réalité des auteurs, surtout dans la mesure où cet « effet préventif indirect de la peine » est « improuvable ».

L'attribution de la prévention de la vengeance à la théorie de la dissuasion est surprenante. En effet, si la théorie de la dissuasion remplissait ses promesses, la vengeance serait également prévenue par les peines qui seraient appliquées aux personnes coupables de cette vengeance (qui prendrait elle aussi la forme d'un crime sinon pourquoi vouloir la prévenir ?). Cette association entre la « prévention des vengeances privées » et la « dissuasion » nous semble correspondre à ce que nous avons observé dans les discours savants où on associe parfois tous les effets préventifs de la peine à la dissuasion. Il nous semble s'agir là d'une explication plausible puisque la combinaison de la prévention des vengeances privées avec les dissuasions à court terme et à long terme constituent, dans le cadre de ce rapport, la « prévention générale » (Friends, 1971, 58 – 60).

#### 4.4.5 En guise de conclusion

Pour un groupe de réflexion voulant favoriser la modération des peines, l'introduction de certaines formes de la dénonciation (à travers les théories de la rétribution et de la dissuasion) a sans contredit eu l'effet inverse à celui qui était recherché. *Friends* s'appuie sur « un désir public de rétribution » pour justifier la limitation de la sévérité des peines et on légitime en outre l'infliction de peines au plus grand nombre possible d'infracteurs pour respecter les impératifs que l'on rattache à la « prévention à long terme ».

Dans ce rapport, l'appui de la théorie de la rétribution dans la naissance de la dénonciation était de moindre importance que celle de la théorie de la dissuasion. Malgré tout, l'une comme l'autre contribuent à faire en sorte que punir pour satisfaire le public soit acceptable pour le SDC tout comme le sont également l'éducation morale du public (la prévention à long terme) et même la prévention des vengeances privées. Ces trois formes ont toutes été liées, par les discours savants, à la théorie de la dénonciation.

#### 4.5 *Doing Justice – Report of the Committee for the Study of Incarceration*

Face au même problème que celui qu'observait *Friends* quelques années plus tôt (échec de la prison qui glisse vers une mise à l'index de la réhabilitation en raison du pouvoir discrétionnaire qui l'accompagne), les auteurs de *Doing Justice* ont conclu de manière très similaire. En effet, dans *Doing Justice* également, la valorisation de la modération des peines est mise au second plan derrière une revalorisation des vieilles théories de la peine (explicitement celles de Kant et de Beccaria) et ce, dans un amalgame

d'idées insistant sur l'obligation de punir de manière proportionnelle à la gravité du crime.

#### 4.5.1 Caractérisation du rapport et raison d'être du Comité

*Doing Justice* est un rapport produit par le *Committee for the Study of Incarceration* et il a été publié en 1976. Ce Comité, dont les travaux ont été rendus possibles grâce à des fonds privés, était composé de nombreux universitaires, mais aussi de praticiens en matière pénale et de membre de groupes de pression. La façon la plus simple de caractériser ce comité est d'y voir un groupe de réflexion s'apparentant à un *think tank*. Autrement dit, il s'agit d'un comité « privé » de réforme du droit criminel, attaché aux sciences sociales et surtout composé de chercheurs et de juristes. Ce qui différencie peut-être le rapport de ce Comité est le fait qu'on ait demandé à un auteur unique d'en rédiger le contenu. Cet auteur unique, c'était Andrew von Hirsch. En plus d'incorporer les thèmes des discussions du Comité, von Hirsch pouvait « put his own philosophical stamp on the product in synthesizing them into a unified framework of ideas » (Goodell *in* von Hirsch, 1976, xvi).

La raison d'être du Comité ayant amené la rédaction de *Doing Justice* peut être résumée par la première phrase du rapport : « What should be done with the criminal offender after conviction? » (von Hirsch, 1976, 3). Plus particulièrement, pourrait-on ajouter à la suite du président du Comité,

« The purpose of our study was to consider afresh the fundamental concepts concerning what is to be done with the offender after conviction. » (Goodell *in* von Hirsch, 1976, xv ; notre souligné).

Autrement dit, on a voulu faire du *Committee for the Study of Incarceration* un contexte propice à la réflexion portant sur les idées relatives aux normes de sanction en matière de droit criminel. On s'autorisait ici à « penser autrement » en matière de sanctions pénales (on retrouve des formulations similaires à d'autres endroits dans le rapport).

À titre de point de départ, ce Comité affirme qu'il aurait préféré une « société sans prisons ». Comment va-t-il conclure? Quelles nouvelles idées, s'il y en a, va-t-il mettre en place ? Va-t-il réussir à faire mieux que le rapport des *Friends* en matière de modération des peines ou va-t-il, comme toutes les critiques des théories de la peine et de la prison, finir par demander un usage modéré des mêmes vieilles idées? Et comment va-t-il se placer face à cette curieuse « finalité » et théorie émergente qui consiste à vouloir s'adapter à l'opinion du public en matière de peines ou encore à vouloir la guider ?

Dès le départ, et non sans surprise, le Comité réduit brutalement sa réflexion et l'oriente différemment. En effet, le cadre dans lequel ce Comité s'autorise à remettre en question le modèle établi est caractérisé, comme Gaylin et Rothman l'indiquent, par deux préoccupations interreliées :

« the Committee was bound by two overriding and unifying considerations : the sense of the injustices of the current system, and the need for a workable solution. » (Gaylin et Rothman *in* von Hirsch, 1976, xxvi)

Le problème de l'emprisonnement et des idées sur les peines se transforme en un problème sur les « raisons des injustices ». il s'agit d'une métamorphose radicale du projet. Dès lors, il ne faut pas se surprendre de voir émerger, sans filtrage critique, les vieilles théories de la peine de Kant et de Beccaria (indiquées explicitement dans ce rapport, comme nous le verrons sous peu).

À la manière de *Struggle for Justice* (1971), *Doing Justice* part également de la conviction qu'une théorie de la peine orientée vers la réhabilitation n'a pas de place dans le système de droit criminel contemporain. Cette théorie est étiquetée comme la source majeure des injustices dans le champ pénal et la source majeure des disparités de sentences. Ici aussi, l'espace s'ouvrait pour des théories purement négatives, abstraites et atomistes de la peine (Pires, 2001a). Ce Comité refait le chemin du Comité précédent : critique de la théorie de la réhabilitation qui devient la source de tous les problèmes du pénitencier et la source du « véritable problème » qui est celui de la disparité des sentences. C'est un problème lié aux « causes d'injustice » compris, *d'abord et avant tout*, comme un « problème d'égalité et d'inégalité » plutôt que comme un « problème de liberté ou d'usage abusif d'idées favorisant l'incarcération ». Les idées favorisant l'inclusion sociale vont céder la place aux idées favorisant une distribution égale des peines d'exclusion sociale.

#### 4.5.2 Les théories de la peine traitées et le positionnement du rapport sur elles

L'orientation générale de *Doing Justice* est somme toute simple. D'une part, on s'éloigne de la théorie de la réhabilitation en prison et de la pratique de peines indéterminées en vigueur dans certains États américains. On reprend plutôt le principe de proportionnalité entre crime / peine qui a été soutenu autant par la théorie rétributiviste que par la théorie de la dissuasion :

« We conclude that the severity of the sentence should depend on the seriousness of the defendant's crime or crimes – on what he *did* rather than what the sentencer expects he will do if treated in a certain fashion. » (Goodell *in* von Hirsch, 1976, xvi – xvii ; en italique dans l'original)



Un peu comme Beccaria l'avait déjà fait, mais de façon plus radicale, le Comité insiste chemin faisant sur la modération dans la sévérité des peines. Le problème des peines devient un problème centré essentiellement sur la détermination d'une *quantité (modérée)* et sur l'établissement de l'*uniformité*.

Quelles sont alors les idées qui peuvent venir en aide pour résoudre ce problème (tel qu'il a été reformulé) ? Pour aider à la « modération », le Comité va présenter des propositions très claires et très fortes. Mais paradoxalement, aucune des théories de la peine retenues par le Comité ne va appuyer *directement* les propositions de modération. Celles-ci vont rester *des propositions sans théorie légitimatrice forte*.

Voici les propositions visant à limiter la sévérité des peines qui ont été énumérées par le président du Comité, Charles Goodell (Goodell *in* von Hirsch, 1976, xvii)<sup>119</sup> : (i) premièrement, n'imposer des peines d'incarcération que dans les cas considérés « graves » ou « sérieux » ; (ii) deuxièmement, peu de peines de plus de trois ans devraient être « autorisées » selon ce Comité<sup>120</sup> ; (iii) troisièmement, il faut développer des alternatives à l'emprisonnement; (iv) quatrièmement, il faut une réduction « importante » de la sévérité des peines pour les « first offenders ». Probablement en raison du concept de *peine* accepté par le Comité (« intention d'infliger une souffrance proportionnelle au crime et excluant la réparation à la victime »), l'imagination créative du Comité en matière d'alternatives à l'emprisonnement ne sera pas stimulée. Ils vont mentionner seulement les « avertissements, les privations limitées du temps de loisir et, peut-être, des amendes ». Pour le Comité, rien de cela ne doit être pensé comme un moyen pour

---

<sup>119</sup> L'introduction de Gaylin et Rothman (von Hirsch 1976, xxxiv – xxxv) reprend les mêmes lignes.

<sup>120</sup> Le maximum devrait être de cinq ans : « we recommend adoption of a scale whose highest penalty (save, perhaps, for the offense murder) is five years – with sparing use made of sentences of imprisonment for more than three years. » (von Hirsch, 1976, 136). Il y a tout de même trois types de meurtres qui ne sont pas sujets à cette limitation (von Hirsch, 1976, 139) sur lesquels nous reviendrons.

favoriser la réhabilitation ou l'inclusion sociale, mais simplement comme une peine moins sévère que l'emprisonnement.

Parallèlement à cette recherche de modération, on veut également éviter la disparité des peines. Pour ce faire, on recommande l'élimination des peines indéterminées et la mise en place de « sentencing guidelines » permettant une modulation « limitée » pour prendre en compte les facteurs atténuants et aggravants (Goodell *in* von Hirsch, 1976, xvii – xviii). Gaylin et Rothman y voient même une proposition d'une plus grande « mécanisation de la justice » (Gaylin et Rothman *in* von Hirsch, 1976, xli). Von Hirsch (1976, 6) dira d'ailleurs que

« To our surprise, we found ourselves returning to the ideas of such Enlightenment thinkers as Kant and Beccaria – ideas antedated notions of rehabilitation that emerged in the nineteenth century. We take seriously Kant's view that a person should be punished because he deserves it. We argue, as both Kant and Beccaria did, that severity of punishment should depend chiefly on the seriousness of the crime. We share Beccaria's interest in placing limits on sentencing discretion. »

On peut dès lors entrevoir l'orientation philosophique de *Doing Justice* à l'égard des peines, c'est-à-dire une combinaison des idées kantiennes et de celles de Beccaria. En plus, le rapport adopte la « théorie pratique » de Montesquieu sur la division de pouvoirs, théorie qui voulait éliminer le pouvoir décisionnel des juges en matière de sanctions (Machado et Pires, à paraître).

En ce qui concerne l'articulation des théories de la peine du point de vue de ce rapport, il est possible d'identifier, à titre de principe directeur de toutes les autres décisions, la valorisation du « desert » (ou de la « peine méritée ») en réponse à la grande disparité des peines qu'on observait à ce moment dans le SDC.

« In our discussion of the general justification [of punishment], we relied on two conceptions - deterrence and desert. In the allocation of penalties, desert become preeminent. We will argue that the distribution of penalties among convicted offenders should be decided chiefly by reference to the seriousness of the offense of which the offender has been convicted and the number and seriousness of his prior convictions. » (von Hirsch, 1976, 59 – 60)

« We think that the commensurate-deserts principle should have priority over other objectives in decisions about how much to punish. » (von Hirsch, 1976, 74 – 75)

Ce « juste dû », on l'associe à la théorie de la rétribution, mais sans en garder le nom. À ce sujet von Hirsch mentionne que

« We prefer the term « desert » [...] [notamment parce que] the word « desert » is somewhat less emotionally loaded [than retribution]. » (von Hirsch, 1976, 46)

La « charge émotive » de la rétribution lui vient par exemple de certaines « associations péjoratives » comme son identification à la vengeance (von Hirsch, 1976, 46). On nous dit également que la rétribution « has no regular use except in relation to punishment, so that one is precluded from learning about the concept from the word's use in other concept » (von Hirsch, 1976, 45).

À ce « desert », on ajoute l'effet dissuasif comme justification d'un système de droit criminel qui peut imposer des peines. Il est cependant plus juste d'y voir un complément à la justification du SDC puisque la théorie de la dissuasion ne peut modifier le niveau de sévérité des peines qu'à travers les paramètres acceptables imposés par la notion de « desert » et par la théorie de la rétribution (von Hirsch, 1976, 93 – 94). De l'aveu même du Comité, le rôle que l'on fait jouer à la dissuasion quant à la justification d'un SDC pouvant infliger des souffrances comme peine est « modeste » :

« In arguing that deterrence is a reason for punishment's existence, we had modest requirements for evidence : it sufficed if, for certain offenses at least, some penalty deterred better than none. » (von Hirsch, 1976, 61).

Le Comité emploie ici la distinction *punir / ne rien faire* pour se prononcer en faveur de la théorie de la dissuasion. Évidemment, sans *réaction* le problème d'appui aux normes de comportement se modifie, mais cela n'est pas une raison suffisante pour retenir la *théorie* de la dissuasion comme telle. Autrement dit, dans cet extrait de communication, la seule attente que l'on semble avoir à l'égard de la dissuasion est une comparaison entre une sanction quelconque et le fait de ne pas sanctionner, entre avoir un système de droit (avec sanctions) et ne pas en avoir un. La radicalité de l'alternative fait paraître comme « acceptable » le point de vue visant à maintenir l'imposition de peine par le SDC.

La neutralisation n'est pas, pour ce rapport, une justification distincte de la peine. Par contre, elle contribue au maintien de l'emprisonnement comme la peine la plus sévère à imposer dans les cas les plus graves. En fait, non seulement n'a-t-on pas trouvé d'alternative à l'emprisonnement comme peine pour les infractions les plus graves (von Hirsch, 1976, 111), mais surtout, la prison a un effet neutralisant durant la période d'incarcération pour ceux qui sont « potentiellement récidivistes » puisque « those confined cannot commit offenses against persons on the outside » (von Hirsch, 1976, 112). Du coup, de manière malheureusement cynique, l'effet neutralisant de l'emprisonnement est un bénéfice marginal du maintien de l'emprisonnement comme peine pour les crimes graves permettant d'éviter de devoir prendre des décisions sur la dangerosité qui iraient à l'encontre de la proportionnalité et qui seraient potentiellement arbitraires. Et comme on impose la même peine à tous les infracteurs ayant commis des

infractions similaires dans des situations similaires, on maintient intact le principe du « juste dû » tant valorisé par ce Comité.

Finalement, *Doing Justice* rejette aussi définitivement la réhabilitation comme finalité de la peine, préférant également voir les traitements comme des services offerts aux détenus, sur une base volontaire, sans incidences sur le déroulement des peines (von Hirsch, 1976, 115 – 116). Il s'agit en somme de la même position qu'avait défendue *Struggle for Justice* (1971) quelques années plus tôt.

Passons maintenant à l'observation de la naissance de la théorie de la dénonciation à travers ce rapport. Ici également, c'est surtout avec le concours de la théorie de la rétribution que l'on insère des idées proches de la théorie de la dénonciation.

#### 4.5.3 Le rôle de la théorie de la rétribution dans la naissance de la théorie de la dénonciation

Comme nous l'avons indiqué, ce Comité met au centre de ses préoccupations l'idée de « juste dû » d'inspiration kantienne. Cependant, les membres de ce Comité – ou peut-être seulement von Hirsch (1976) – vont considérer qu'il faut enrichir les idées de Kant puisque « Kant's theory [...] does not explain why that deprivation [en réponse au tort causé à la société] should take the peculiar form of punishment » (von Hirsch, 1976, 48). Cette affirmation se place en porte-à-faux avec d'autres manières de comprendre la théorie de Kant (dont celle de Pires (1998) sur laquelle nous prenons appui dans le cadre de cette thèse), mais là n'est pas la question sur laquelle nous voulons insister ici.

Pour von Hirsch, l'explication du lien entre crime et peine se trouve dans la « fonction expressive de la peine »<sup>121</sup>. Plus spécifiquement,

« Punishment differs from other purposefully inflicted deprivations in the moral disapproval it expresses : punishing someone conveys in dramatic fashion that his conduct was wrong and that he is blameworthy for having committed it » (von Hirsch, 1976, 48)<sup>122</sup>

S'inspirant de Feinberg (1965), von Hirsch avance que la peine transmet un message implicite de réprobation, et que cette réprobation est « méritée » (von Hirsch, 1976, 48). En note de bas de page, von Hirsch ajoutera ceci :

« Whether a reprobative theory could be the *only* explanation of deserved punishment is more problematical. Feinberg [1965] suggests that punishment has two analytically separable aspects : (1) infliction of pains, and (2) symbolic condemnation. A reprobative theory accounts for why the offender deserves to be condemned, but, Feinberg suggests, this condemnatory function could conceivably be achieved by a dramatic public ritual - and if so, the infliction of pains remains to be accounted for. It may be that *both* the Kantian and the reprobative explanation are required ; the former to explain why the offender is deserving of some kind of deprivation, and the latter to explain why it should take the form of public reprobation that is characteristic of punishment. » (von Hirsch, 1976, 49 ; en italique dans l'original)

Si l'on suit l'argument de von Hirsch, il faudrait à la fois considérer la rétribution kantienne (du moins la compréhension qu'en a von Hirsch) et la fonction expressive de la peine pour expliquer pourquoi la société peut infliger des peines criminelles en réaction à

---

<sup>121</sup> Nous sommes très mal à l'aise quant au traitement de *Doing Justice* face à cette notion. Elle est ni plus ni moins qu'un artifice qui aurait tout aussi bien pu ne pas apparaître et la proposition de réforme n'aurait pas été changée. D'ailleurs, il s'agit peut-être de « l'empreinte philosophique » que von Hirsch pouvait mettre sur *Doing Justice*.

Une raison nous amenant à adopter cette lecture nous provient de la remarque de Joseph Goldstein en Appendice où il mentionne que

« the report fails to acknowledge that an inescapable and critical function of the criminal law is to satisfy and to channel the retributive feelings aroused by those who offend. Retribution, whether we like it or not, must be a factor in any calculation or seriousness of harm and of severity of punishment. » (Joseph Goldstein *in* von Hirsch, 1976, 174)

Ainsi, M. Goldstein ne semble pas retrouver dans la proposition de von Hirsch quelque chose de l'ordre de la satisfaction et de la canalisation de sentiments rétributivistes, vraisemblablement dans la population.

<sup>122</sup> Des références sont faites en bas de page à Feinberg (1965), à Henry Hart (1958) et au « *Postscript* » de Responsibility and Retribution de HLA Hart (1968)

des transgressions. Mais comme *Doing Justice* l'avait fait en liant la rétribution et la dissuasion à titre de justification de l'institution de la peine, on relie également l'expression de blâme par la peine avec le fait que ce blâme est « mérité » :

« ultimately [...] the censure is itself deserved : that someone who is responsible for wrongdoing is *blameworthy* and hence may justly be blamed. » (von Hirsch, 1976, 49 ; en italique dans l'original)

Et dans cette arithmétique de l'expression de blâme par la peine, von Hirsch valorise l'imposition de peines exprimant le bon degré de blâme, encore une fois à travers la notion de « *desert* » :

« The severity of the penalty carries implications of degree of reprobation. The sterner the punishment, the greater the implicit blame [...]. In the allocation of penalties, therefore, the crime should be sufficiently serious to merit the implicit reprobation. The principle of commensurate deserts ensures this. If the principle is not observed, the degree of reprobation becomes inappropriate. » (von Hirsch, 1976, 71 – 72)

Nous observons ici une formule d'équivalence simple : les peines plus sévères transmettent plus de blâme que les peines moins sévères. Il faut donc imposer des peines qui correspondent au « bon niveau » de blâme.

Finalement, la dernière question à résoudre face à cette expression de blâme par la peine est celle de l'origine du blâme, ou dans les mots de von Hirsch,

« there is the matter of whose standards govern. To what extent ought the governmental body charged with setting sentencing standards make its own assessments of seriousness ? To what extent must it adhere to the community's perceptions of seriousness [...] ? » (von Hirsch, 1976, 81 – 82).

Plus spécifiquement, von Hirsch reformule de la manière suivante ce dilemme en note de bas de page :

« Certainly, the criteria for seriousness will have to be distilled from the basic norms of conduct of this society. For the standard-setting agency is not deciding in a cultural vacuum : it is deciding seriousness for a system of penalties designed for this culture with its particular moral traditions. But the question remains : Must the criteria for seriousness reflect community attitudes *in details* ? » (von Hirsch, 1976, 82)

Dans ce deuxième passage, on voit bien que pour von Hirsch, il s'agit d'une question qui demeure ouverte. Il avait tout de même fourni une précision intéressante à cet égard :

« How this last question should be resolved would depend, in part, on one's theory of government – on how much one thinks officials should be permitted to rely on their own judgments rather than on popular preferences on particular issues. » (von Hirsch, 1976, 82)

Ainsi, la question qui se pose n'est en fait que dans la réflexion détaillée ou non des sentiments populaires. Cette dernière affirmation de von Hirsch est éclairante pour nous de la manière suivante : elle illustre qu'il n'avait pas connaissance d'une théorie de la peine qui fournissait justement une réponse à cette question sans devoir se rabattre sur une « théorie du gouvernement » .

N'en demeure pas moins que le public est évoqué comme raison justifiant le maintien de l'autorisation d'imposer des peines de plus de cinq ans dans certains cas de meurtre, soit « the homicides that cause the most public outrage », c'est-à-dire les « unprovoked murders of strangers », les « political assassinations » et les « especially heinous murders, such as those involving torture or multiple victims » (von Hirsch, 1976, 139). Ce faisant, *Doing Justice* suit ici les traces de la RCCP (1953). En effet, dans le rapport anglais, on avait identifié les « meurtres parmi les meurtres » pour lesquels la peine de mort pouvait demeurer justifiée tandis que dans *Doing Justice*, il y a des crimes



parmi les crimes qui peuvent mériter des peines plus longues que les autres (sortant même de la balise absolue de 5 ans établie pour le reste du rapport). « Pourquoi ? » serions-nous en droit de nous demander. Parce que ces crimes causent « the most public outrage ». Du coup, la distance entre l'outrage public et la sévérité des peines que le rapport semblait vouloir maintenir disparaît lorsqu'il s'agit de certains meurtres.

#### 4.5.4 En guise de conclusion

*Doing Justice* a peu contribué à l'émergence de la théorie de la dénonciation dans les discours sur les peines. Et lorsque ce rapport intègre des idées proches de la dénonciation, ce n'est pas de manière franche (encore moins élaborée ou convaincante) ; nous pensons ici à l'emploi de la notion de « fonction expressive de la peine » de Feinberg.

Là où ce rapport devient plus clair pour notre propos, c'est concernant l'intégration des attentes du public à l'égard des peines. Il évoque une « reprobative theory » même si von Hirsch ne voulait pas arrêter le choix quant à l'adéquation à rechercher entre la sévérité des peines et à l'échelle de gravité des crimes qui existerait dans « le public ». D'autre part, l'outrage du public sert de justification à l'infliction de peines qui sortent du cadre général fixé pour penser les peines à la manière de la RCCP (1953). L'aisance avec laquelle on glisse vers la sévérité des peines lorsqu'on prend en compte les attentes du public à leur égard est frappante, même lorsqu'on ne leur accordait qu'une importance indirecte jusque-là.

#### 4.6 La CRDC (1971 – 1976) – La Commission de réforme du droit du Canada (1971 – 1976)

La *Commission de réforme du droit du Canada* (dorénavant aussi la CRDC) prend place dans un contexte où se côtoient l'optimisme de *Ouimet* pour la réhabilitation et la critique très forte de l'environnement (au moins dans *Struggle for Justice*) à l'égard de cette théorie au moment de la rédaction des rapports à l'étude. Cet environnement se caractérise aussi par le projet de re-construire le droit criminel, un droit criminel moins centré sur l'emprisonnement et sur les théories de la peine conventionnelles (celle de la RPM). Pour saisir correctement la position originale de la CRDC à l'égard du médium « dénonciation », il faut tenir compte de ce projet de reconstruction du droit criminel. Présentons d'abord cette Commission dans ses grandes lignes.

##### 4.6.1 Caractérisation du rapport et raison d'être de la Commission

La *Commission de réforme du droit du Canada* a été établie en 1971 et a été opérationnelle jusqu'au début des années 1990. Il s'agissait d'une commission permanente mandatée par le Parlement du Canada pour examiner tous les aspects du droit au Canada. Il s'agit d'une commission « publique » de réforme du droit *dans son ensemble*. Cependant, la Commission va accorder, dans ses premiers travaux, une importance majeure au droit criminel.

La CRDC avait pour mandat

« d'étudier et de revoir, d'une façon continuelle et systématique, les lois et autres textes législatifs qui constituent le droit du Canada, en vue de faire des recommandations pour les améliorer, les moderniser et les réformer. La

Commission fait des recommandations au Parlement par l'entremise du ministre de la Justice »<sup>123</sup>

Les travaux de la CRDC se divisaient en quatre grands projets : le droit pénal substantif, le droit pénal procédural, le droit administratif et la protection de la vie<sup>124</sup>. La réflexion de nature plus globale sur la détermination de la peine de la commission s'est conclue en 1976 par la publication de deux rapports : *Notre droit pénal* (CRDC, 1976a) et *Principes directeurs : sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal* (CRDC, 1976b)<sup>125</sup>.

Tout particulièrement en matière de détermination de la peine, la CRDC visait à répondre à une « question essentielle » : « comment traiterons-nous ceux qui violent [nos] valeurs fondamentales ? » (CRDC, 1976b, 1)<sup>126</sup>. La CRDC cherche à ne pas reproduire un problème qu'elle observe jusque-là : « on a trop insisté, par le passé, sur la punition ou le traitement du délinquant aux dépens des besoins de réparation de la victime et de la collectivité » (CRDC, 1976b, 2).

---

<sup>123</sup> Rapport du vérificateur général du Canada, 1985. Accédé en ligne le 6 janvier 2009 à l'adresse : [http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl\\_oag\\_198511\\_10\\_f\\_4185.html](http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_198511_10_f_4185.html).

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> Il aurait été intéressant d'analyser les réflexions de la CRDC sur la codification des principes de détermination de la peine. Cependant, après avoir amorcé la réflexion par un document de travail, *Towards a codification of Canadian criminal law* également publiée en 1976, la CRDC attendra jusqu'en 1986 pour publier son *Report on recodifying criminal law*. Le gouvernement canadien ayant déjà mis sur pied la Commission canadienne sur la détermination de la peine, la CRDC leur laissera le soin de discuter de la codification des principes de détermination de la peine. Le problème tient au fait que la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* des années 1980 et la *Commission de réforme du droit du Canada* du milieu des années 1970 ne font pas la promotion de la même conception de la peine, de la même philosophie pénale.

<sup>126</sup> Il deviendra très clair que la visée de la CRDC était normative plutôt que descriptive.

4.6.2 La position de la Commission face aux théories de la peine et sa conception de l'intervention pénale.

Sur la vision générale du droit criminel que la CRDC propose, nous nous contenterons de dire qu'on y dépeint une conception de la justice beaucoup moins hostile, moins négative et moins abstraite que celle promue par la RPM et autour de laquelle le SDC a construit sa vision identitaire. La CRDC n'est pas arrivée à proposer une *nouvelle* théorie globale de la peine, mais ces idées sur la peine ont été largement proposées comme une sorte d'alternative aux théories conventionnelles de la peine et, par conséquent, à la rationalité pénale moderne.

En effet, en élaborant sa position autour de l'idée que le SDC a pour fonction de réaffirmer les valeurs fondamentales de la société, cette commission tente de mettre en valeur une conception du droit criminel où il faut tenter d'*appliquer* les valeurs que le SDC est censé protéger. Cette posture *diverge* des théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation) telles qu'elles se présentent habituellement, entre autres dans le rapport de la commission anglaise sur la peine capitale. Ainsi, la théorie de la dissuasion, pour prendre cet exemple, communique l'idée qu'il faut avoir l'intention de *faire souffrir* (y compris de tuer) pour protéger la valeur vie. Cette théorie n'*applique* donc pas les valeurs qu'elle est pourtant censée défendre. En prenant ses distances des théories conventionnelles, la commission de réforme dépeint un SDC basé sur une conception plus complète du principe du dernier recours, laissant aussi plus de place aux solutions de conflit négociées entre la victime et l'infracteur et à des peines « positives » (dont le dédommagement et la réparation<sup>127</sup>) par opposition à la prison et à l'amende. Bref, le

---

<sup>127</sup> Le présent contexte n'est pas propice pour rendre compte de la complexité de la conception du droit criminel de la Commission de Réforme du Droit du Canada de la période (1971 – 1976). Nous en dirons

discours de la CRDC est parvenu, au moins dans ses grandes lignes, à sortir de l'emprise de la RPM et à *ne pas valoriser* l'emprisonnement comme réponse au crime.

À défaut d'une nouvelle théorie globale de l'intervention pénale, la CRDC va établir *trois principes fondamentaux* devant orienter l'intervention du système et la détermination des sanctions ; ces principes seront présents tout au long de sa réflexion sur les peines dans les deux documents indiqués. Ces trois principes, étroitement reliés, sont les suivants<sup>128</sup>.

- 1) « Ce que le droit peut faire, il doit pouvoir bien le faire. » (CRDC, 1976a, 18).
- 2) « Ce qui compte, ce n'est pas le nombre d'affaires qui passent entre les mains du système, mais bien la nature de ce système. C'est une question de qualité et non de quantité. Pour arriver à cette qualité, nous devons faire preuve de modération, tant dans la création des lois et des infractions pénales que dans l'imposition de la responsabilité pénale, dans la sélection des conflits qui sont soumis aux tribunaux et dans le recours à la peine de dernier ressort, l'emprisonnement. Dans tous ces domaines, il vaut mieux faire moins que plus. » (CRDC, 1976a, 18).
- 3) « En théorie, le droit vise à promouvoir l'idéal d'humanité. En pratique, il est souvent lui-même d'une grande inhumanité. » (CRDC, 1976, 12).

Par rapport au premier principe, une question apparaît : que peut effectivement faire le droit criminel selon la CRDC ? La Commission a exploré (et rejeté) trois fonctions ou objectifs attribués, par le passé, au SDC : la Justice, l'imposition d'une morale (connue en anglais sous le nom *enforcement of morals*) et la protection de la société. Il faut comprendre « justice » ici comme un équivalent à *théorie de la rétribution*, car en cas contraire la position de la Commission devient inintelligible : elle

---

cependant suffisamment, dans les pages suivantes, pour démontrer que la CRDC remet vigoureusement en question des principes déterminants de la conception du droit criminel promue par la RPM, le plus souvent en proposant des manières de « penser autrement » le droit criminel.

<sup>128</sup> Ces trois principes sont tirés d'un document de travail, sans titre, préparé par A. Pires pour une discussion sur les travaux de la CRDC au Laboratoire de la CRC en Traditions juridiques et rationalité pénale. Il reprend et reformule de façon plus synthétique des réflexions faites dans un rapport de recherche à l'intention de la Commission canadienne sur la détermination de la peine (Pires, 1985).

veut construire un concept de justice en droit criminel qui se place en dehors des théories de la RPM.

La CRDC rejette l'idée de faire Justice comme justification pour le SDC puisque cette notion est « moralement et philosophiquement trop complexe pour fournir une justification adéquate au droit pénal » (CRDC, 1976a, 16). La CRDC ajoute que de « faire en sorte que le mal soit expié n'est pas l'affaire de simples mortels. Comme Blackstone, nous préférons laisser cette tâche à 'l'Être suprême' » (CRDC, 1976a, 16). On voit bien ici qu'elle rejette l'idée de rétribuer le mal par le mal de la théorie de la rétribution. La référence à Blackstone ne doit pas nous tromper : la Commission ne retient que sa critique de l'expiation.

L'imposition d'une morale, ou la moralisation, ne peut pas davantage être la fonction du SDC selon la CRDC. En effet, bien que le SDC réagisse face à des comportements jugés immoraux ou mauvais (*wrongful behaviour*), « l'immoralité de [ceux-ci] n'est qu'une condition nécessaire et non une condition suffisante » (CRDC, 1976a, 16) de l'action du SDC. La CRDC ajoute « [qu']on ne peut pas faire qu'un tiers agisse de façon morale. En tout cas, le droit pénal ne le peut certainement pas » (CRDC, 1976a, 16) ; et « tous les comportements individuels ne ressortissent pas au droit. [...] Son rôle doit se limiter à ceux qui causent un tort à autrui ou à la société elle-même » (CRDC, 1976a, 16). Plusieurs idées sont implicites dans ces énoncés. La CRDC critique la théorie émergente (et bientôt dominante) de la dénonciation qui veut stimuler la morale dans la société par l'infliction de peines sévères (mort et emprisonnement) ; elle critique la théorie de la dissuasion qui, par la sévérité de la peine, veut aussi amener des tiers à

agir en conformité avec la morale et la loi. Elle veut par ailleurs limiter la tendance à augmenter la quantité de lois criminelles.

Finalement, la CRDC ne croit pas qu'il soit possible, pour le SDC, de protéger réellement la société dans les sens indiqués par la théorie de la dissuasion ou de la réhabilitation carcérale :

« Le genre de droit pénal que nous avons ne peut nous assurer qu'il va nous protéger car il intervient en général une fois que le mal est fait. Alors que notre droit pénal se tourne vers le passé, la protection contre le crime exige qu'on regarde vers l'avenir. » (CRDC, 1976a, 2)

Par rapport au deuxième principe (« il vaut mieux faire moins que plus »), on constate que la CRDC développe la modération selon les mêmes trois axes qu'a retenu *Struggle for Justice* (1971), c'est-à-dire une modération dans la création des lois, dans la « sélection des conflits soumis aux tribunaux pénaux » et dans la sévérité des peines imposées (CRDC, 1976a, 18). Cependant, la CRDC va même plus loin en affirmant que

« si souhaitable que cela puisse être, la simple protection contre le préjudice n'est pas ce que nous espérons du droit pénal. [...] [N]ous souhaitons une société où les gens estiment qu'ils ne devraient pas être des criminels. » (CRDC, 1976a, 16 – 17)

Ce que la CRDC vise, au-delà de la non-commission de crimes, c'est que les membres de la société veuillent être respectueux des lois et comprennent que l'idéal d'humanité du droit criminel doit être présent dans sa façon d'intervenir et non seulement dans ses « objectifs » pour affirmer les valeurs. C'est notamment de cette manière qu'elle valorise le troisième principe (« promotion d'un idéal d'humanité »).

#### 4.6.3 La position de la CRDC par rapport au médium « dénonciation »

De tous nos rapports, la CRDC est la *seule* commission qui prendra une position à la fois *originale* et *alternative* à l'égard de la « dénonciation ». Pour faciliter la compréhension, tentons de synthétiser rapidement la position de la CRDC à cet égard en nous posant la question suivante : en quoi consistent précisément cette originalité et cette alternative ? La CRDC va donner un *double statut* au médium « dénonciation ».

Premièrement, et dans un sens très large, la dénonciation sera vue comme étant un « rôle » que remplit le SDC : *toutes les opérations* du système de droit criminel depuis le procès jusqu'au choix de n'importe quelle sanction *dénoncent* les transgressions des valeurs de la société. Ainsi, la condamnation en elle-même est une dénonciation, tout comme le sont les sanctions de dédommagement et de réparation ; cela s'applique aussi à l'emprisonnement. Le médium dénonciation est pris aussi au sens de Hart (1959) : toute opération du système, *indépendamment des objectifs de ses opérateurs*, sert à affirmer les valeurs sélectionnées et à dénoncer leur transgression. À ce niveau plus général, la « dénonciation » n'est ni une *théorie* de la peine (à côté des autres) ni un *objectif* de la peine : elle est un *effet* ou un *message* du système dans son ensemble à la société. Le juge n'a absolument pas besoin de penser à la dénonciation au moment de déterminer la peine : peu importe la sanction qu'il choisira, y compris la simple condamnation sans aucune sanction, cette décision contribuera nécessairement à dénoncer le crime et à affirmer les valeurs. Pour dénoncer, dans ce sens, on n'a absolument pas besoin de penser au public et de se demander s'il est ou non « satisfait » avec la peine ou la décision. On ne doit pas non plus augmenter ou diminuer la sévérité de la peine pour dénoncer plus ou



dénoncer moins. La dénonciation ne fonctionne pas de façon « hydraulique » : elle n'augmente ni ne diminue en fonction de la *quantité* de la peine.

Deuxièmement, le médium dénonciation va réapparaître à un deuxième plan avec une portée beaucoup plus limitée. C'est dans ce deuxième plan que la dénonciation émerge comme un *objectif spécifique et limité* de la peine, à côté d'autres objectifs. C'est cet objectif de dénonciation (par opposition au rôle global de dénonciation de tout le système) qui est le plus difficile à comprendre et à expliciter. Dans les deux sections suivantes, nous allons présenter ces deux plans de la « dénonciation ».

#### 4.6.3.1 La « dénonciation » comme un rôle global du SDC

Devant le constat que le SDC est limité par rapport à sa capacité de protéger la société (relativisation importante des attentes par rapport à la théorie de la dissuasion) et devant son rejet de la théorie rétributiviste pour justifier le choix et la quantité de la sanction pénale, la CRDC a cherché ailleurs la fonction du SDC :

« Nous ne pouvons régir l'avenir, mais nous ne devons pas pour autant ignorer le passé et le présent. Il faut réagir d'une façon ou d'une autre aux comportements répréhensibles. Il faut marquer la désapprobation de la société à leur égard, les dénoncer publiquement et réaffirmer les valeurs qu'ils enfreignent. Le droit pénal n'est pas axé seulement sur l'avenir. Il éclaire aussi le présent, en mettant en lumière les valeurs sociales fondamentales. » (CRDC, 1976a, 3 – 4)

En clair, la CRDC considère que le droit criminel ne sert pas tant à protéger la société ou à rétribuer le mal par le mal qu'à réaffirmer les valeurs fondamentales de façon plus positive, consolidant au passage leur prégnance dans la société. Nous interprétons ici « éclairer le présent » dans le sens des énoncés précédents : il faut *appliquer les valeurs*

que nous voulons affirmer et cette application se voit dans la modération du choix et de la sévérité des sanctions, en plus des autres dimensions indiquées (création des lois, etc.).

La vision que nous propose la CRDC est la suivante :

« Le droit pénal a donc trait principalement aux valeurs. Rien de plus normal puisque le crime se définit comme un comportement qui constitue une atteinte grave aux valeurs auxquelles nous croyons. Les crimes sont non seulement des actions que punit la loi, mais aussi des actions qui méritent qu'on les punisse. Comme le disait le juge Fitzjames Stephen, le citoyen ordinaire perçoit le crime comme un comportement qui est « prohibé par la loi et qui répugne aux sentiments moraux de la société ». Commettre un crime n'est pas seulement poser un acte prohibé, c'est aussi faire le mal.

À ce titre, une infraction appelle une réaction. [...] Être pleinement humain et tenir à des valeurs implique une réaction lorsque ces valeurs sont violées. Une telle violation appelle une condamnation publique, et c'est là avant tout le rôle du droit pénal. » (CRDC, 1976a, 5)

Comme on peut le voir, la CRDC considère que le rôle du SDC est de réagir de façon modérée aux violations de nos valeurs fondamentales en appliquant, dans les formes de réactions aux transgressions, ces mêmes valeurs. L'intervention pénale est, bien sûr, justifiée, mais la Commission insiste sur le fait que cette intervention doit être repensée et renouvelée pour se conformer, elle aussi, à nos valeurs fondamentales. D'une certaine manière, nous pourrions dire que malheureusement, la Commission se rattache ici, bien que très légèrement, à certains propos de Stephen (voir infra). Toutefois, la Commission se limite à accepter cette idée selon laquelle les crimes (au moins les plus graves) répugnent les sentiments moraux. La Commission ne tire pas par ailleurs de cela les mêmes conclusions que Stephen : que la sévérité de la peine doit être adaptée à ce sentiment de réprobation. Si l'on met ensemble les différentes propositions de la CRDC, on peut alors dire que la Commission considère que le SDC doit répondre de façon morale et modérée aux transgressions normatives retenues en matière criminelle.

C'est à ce point-ci que la modération de la CRDC prend tout son sens. En effet, pour cette commission, « [o]n ne devrait [...] faire appel au droit pénal qu'en dernier ressort. Comme tel, le droit pénal [...] constitue une réponse nécessaire à des comportements répréhensibles » (CRDC, 1976a, 16). Autrement dit, le droit criminel doit servir « d'instrument qu'on utilise en dernier ressort pour réaffirmer les valeurs » (CRDC, 1976a, 17).

Comme nous pouvions le déduire du rejet de la Justice et de la Protection de la société comme fonctions attribuées du SDC, la CRDC tourne le dos définitivement à la rétribution et à la dissuasion comme « fin » du SDC l'imposition d'une peine plus ou moins sévère visant à produire la souffrance serait le « moyen » (CRDC, 1976, 3 et 16).

Quant à la théorie de la réhabilitation (carcérale), à la manière d'autres discours de réforme du droit de cette période, la CRDC ajoute qu'il est nécessaire de délier la relation entre la réhabilitation et la prison. Cette commission dira même que « [l]a réadaptation sociale ne constitue pas une justification valable du recours à l'emprisonnement » (CRDC, 1976b, 26), faisant ainsi écho à une recommandation importante émise par la Commission *Ouimet* (1969) quelques années plus tôt (Dubé, 2007), mais aussi à *Struggle for Justice* (1971) et à *Doing Justice* (1976). La CRDC ajoute tout de même que « la prison a encore sa place » et qu'il « existe malheureusement des situations où la resocialisation ne constitue pas la préoccupation première » (CRDC, 1976a, 31). Nous verrons que cette réserve est là pour faire place aux *trois* objectifs qui seront réservés à l'emprisonnement. En outre, soulignons que, comme dans le cas du rapport *Ouimet*, la CRDC accepte un nouvel objectif de réhabilitation privilégiant les sanctions non-carcérales.

En effet, malgré la pudeur évidente de la CRDC à affirmer explicitement l'existence de situations où la réhabilitation constitue la « préoccupation première », ces situations sont prévues dans leurs rapports. Du coup, on voit se dessiner deux aspects de la relation entre réhabilitation et droit criminel pour ces rapports : lorsque le contrevenant a été envoyé en prison pour d'autres motifs et lorsque la réhabilitation est pensée à partir de la communauté<sup>129</sup>.

\*\*\*

Les remarques qui suivent résument ce rôle général de dénonciation de toutes les sanctions même si la Commission emploie ici le mot « objectif » qui est sans doute inapproprié ou en apparence contradiction avec les propos sur le rôle du SDC :

« Les sentences et mesures non sentencielles ont toutes plus ou moins [ou à un niveau plus ou moins important] pour objectif de dénoncer et de stigmatiser. Cependant, les effets nuisibles de la dénonciation et de la stigmatisation par les mécanismes du droit pénal sont tels que l'on ne doit y avoir recours qu'avec modération. » (CRDC, 1976b, 9)<sup>130</sup>

En fait, la CRDC se sert du médium dénonciation comme principe directeur pour constituer sa conception du droit criminel. Autrement dit, il s'agit du cadre général au milieu duquel la CRDC semble réfléchir le droit criminel.

---

<sup>129</sup> Nous avons amorcé la réflexion à cet égard dans une communication récente (lors d'un colloque sur la réhabilitation dans le cadre de l'ACFAS 2009).

<sup>130</sup> La version anglaise se lit comme suit : « To a greater or lesser extent all dispositions and sentences serve to denounce and stigmatize ; but the negative effects of denunciation and stigmatization through the criminal process are such that they must be exercised with restraint. » CRDC, 1976b, 9).

#### 4.6.3.2 La « dénonciation » comme objectif spécifique

Nous venons de voir que la CRDC distingue « rôle du SDC » / « objectifs particuliers de la sanction criminelle ». La dénonciation, au premier plan, relève du rôle du SDC et comprend toutes les décisions condamnatoires et/ou sentencielles du système. En ce qui concerne les objectifs spécifiques de la peine, la CRDC a là aussi accordé une place à la dénonciation. Disons, pour commencer, qu'elle voulait réduire le recours à l'emprisonnement. Elle va alors établir trois raisons valables pour attribuer une peine d'incarcération et *aucune de ces raisons* ne relève des théories de la peine (RPM). En effet, la CRDC conçoit trois raisons pour recourir à l'incarcération :

« l'emprisonnement ne devrait être utilisé qu'en vue d'atteindre l'un des trois objectifs suivants : (a) neutraliser le délinquant afin de protéger la société ; (b) [dénoncer] les comportements que la société juge très répréhensibles<sup>131</sup> ; (c) pénaliser ceux qui refusent délibérément de se soumettre à d'autres sanctions. » (CRDC, 1976b, 68)

Le premier objectif est la neutralisation. La CRDC mentionne que l'emprisonnement à cette fin, pour une durée ne pouvant pas dépasser 20 ans (CRDC, 1976b, 27), ne doit être utilisée qu'avec un « délinquant qui présente un danger sérieux pour la vie ou les biens des membres de la société » (CRDC, 1976b, 26)<sup>132</sup>, qui a

« commis une infraction grave qui mette en danger la vie ou la sécurité d'autrui ; et que [...] les probabilités que le délinquant commette un autre crime qui mette très sérieusement en danger la vie et la sécurité d'autrui dans un proche avenir, démontrent clairement que l'emprisonnement est la seule sanction adéquate pour assurer au public un sentiment de sécurité » (CRDC, 1976b, 26– 27).

---

<sup>131</sup> La CRDC traduit parfois « to denounce » et « denunciation » par « stigmatiser » et « stigmatisation » ; nous préférons maintenir dénoncer – sans affecter le sens – par souci de cohérence.

<sup>132</sup> Comme nous le faisait remarquer Alvaro Pires, la CRDC semble avoir glissé lorsqu'elle ajoute le danger à l'encontre des « biens » des membres de la société, élargissant du même coup le domaine d'application des peines visant la neutralisation.

La CRDC cherche donc à limiter le recours à ce motif justifiant l'emprisonnement et en fait d'ailleurs le substitut aux peines indéterminées imposées aux « délinquants dangereux ».

De la même manière que l'avaient promu *Struggle for Justice* (1971) et *Doing Justice* (1976), la CRDC va faire de la participation à des programmes thérapeutiques en prison quelque chose de facultatif pour les détenus (CRDC, 1976b, 29). Pour ce qui est des remises en liberté des détenus, la CRDC a recommandé l'abolition de la Commission nationale des libérations conditionnelles pour la remplacer par une Commission de l'application de la peine. Cette Commission administrerait un programme de libération progressive du contrevenant incarcéré afin de le neutraliser à l'intérieur d'un système de mise à l'épreuve fonctionnant par stade<sup>133</sup>. Cette libération progressive consistait à faire passer le détenu d'une part d'un degré de sécurité supérieur à un degré de sécurité inférieur, et d'autre part, de l'emprisonnement au retour progressif à la communauté. Les critères décisionnels pour la CRDC devraient être les suivants : « l'absence de comportement criminel » et le « respect des conditions du stade » (CRDC, 1976b, 30). Par exemple, le détenu obtiendra des congés à intervalle régulier, « s'il fait preuve de bonne conduite lors de son premier congé » (CRDC, 1976b, 30). Au stade suivant, il pourrait bénéficier de l'équivalent d'une semi-liberté jusqu'au point où on le remette en liberté sous conditions.

Demeure tout de même ce que la CRDC a appelé « l'ordonnance d'hospitalisation ». Dans les mots de la CRDC,

---

<sup>133</sup> Ceux étant emprisonnés pour la dénonciation ou le défaut de se soumettre sont contraints de purger l'entièreté de leur peine, mais peuvent bénéficier de congés à intervalle déterminé.

« Un tribunal qui a imposé une peine d'emprisonnement peut ordonner qu'une partie de la peine soit purgée dans un établissement hospitalier, dans le but de fournir au délinquant le traitement dont il a besoin. » (CRDC, 1976b, 31 – 32)

La Commission mentionne tout de même « [qu'on] ne doit pas imposer une peine d'emprisonnement pour des motifs de traitement » et que « le besoin de traitement ne devra pas influencer sur la durée de la peine d'emprisonnement » (CRDC, 1976b, 32). La CRDC ajoute au passage quelques critères à respecter avant de rendre cette ordonnance : « obtenir le consentement de l'établissement hospitalier qui doit admettre le délinquant pour des fins de traitement » ; « obtenir le consentement éclairé [du contrevenant] au traitement suggéré dans l'établissement hospitalier » ; et « s'assurer que le programme de traitement proposé respecte la dignité fondamentale de l'individu » (CRDC, 1976b, 32). Toujours dans le cadre du consentement éclairé, le contrevenant peut retirer son consentement et demander son transfert tout comme l'établissement hospitalier peut retirer son offre de service.

La CRDC a tout de même indiqué que lorsque le détenu a tiré un maximum de profit du traitement offert et qu'il est toujours sous le coup de la sentence, il pourrait être libéré sous surveillance :

« la Commission de l'application de la peine doit envisager et peut recommander la libération sous surveillance, de préférence à un transfert en milieu carcéral » (CRDC, 1976b, 32).

En clair, la CRDC a voulu couper le plus possible, d'un côté, avec le recours à l'incarcération et, de l'autre côté, avec une certaine manière de concevoir l'application des peines où le détenu devait participer à des programmes thérapeutiques s'il voulait obtenir une libération conditionnelle.

Là où la réhabilitation continuerait d'avoir une emprise plus évidente sur les décisions du SDC, pour la CRDC, c'est lorsqu'elle prend place dans la communauté. En effet, la CRDC recommande l'instauration d'une peine à proprement parler, qui remplacerait la probation, appelée *ordonnance visant l'amélioration des aptitudes sociales*. Dans ce cas, « [l]e tribunal peut exiger du contrevenant qu'il prenne un engagement, pour une période donnée, de faire une ou plusieurs [...] choses [...] dans le but d'améliorer ses aptitudes sociales, ou de réduire les probabilités de récidive » (CRDC, 1976b, 22). Parmi ces « choses », nous retrouvons « suivre des cours de formation scolaire ou professionnelle », « participer à des rencontres avec un thérapeute », « chercher et conserver un emploi approprié » et « suivre des séances d'information ou de formation » (CRDC, 1976b, 22). Lorsqu'il est question de réhabilitation à titre de peine, ces éléments que la CRDC a soulignés constituent le plus souvent les moyens utilisés pour favoriser la réhabilitation. La CRDC a même ajouté trois conditions importantes devant être respectées avant d'imposer cette peine : le contrevenant devra avoir besoin du genre de service proposé, il devra consentir à s'y soumettre et l'agence ou la personne qui offrira le service devra accepter de fournir ce service (CRDC, 1976b, 22 – 23).

Le deuxième objectif pour incarcérer est la dénonciation au sens strict. En effet, à titre de peine la plus sévère, l'emprisonnement peut avoir comme objectif de « [dénoncer] un comportement que la société juge extrêmement répréhensible parce qu'il constitue une violation grave des valeurs fondamentales » (CRDC, 1976b, 26). La CRDC considère, à titre de critère permettant d'infliger une peine de prison pour dénoncer, que

« le tribunal ne doit utiliser l'emprisonnement pour [dénoncer] un comportement illégal que s'il est convaincu qu'aucune autre sanction n'est suffisante pour



souligner la gravité du préjudice causé par l'infraction. Il doit tenir compte, à cette fin : (1) de la nature, de la gravité et des circonstances de cette infraction ; [et] (2) de la réprobation sociale associée à l'infraction » (CRDC, 1976b, 27),

Dans le cadre de ce rapport, on semble reprendre, au moins en partie, une relation particulière entre les peines et le public qu'il est possible d'observer dans d'autres rapports. En effet, même si la CRDC vise à rendre « exceptionnelle » le recours à l'emprisonnement (CRDC, 1976b, 26), elle insère comme motif à l'emprisonnement la « dénonciation ». Allant dans le même sens que d'autres discours de réforme de la même époque, cette Commission considère que

« [l]infraction est grave et la *société n'admettrait pas qu'une sanction moins sévère* puisse suffisamment stigmatiser l'infraction, bien que le délinquant ne constitue pas une menace pour la collectivité » (CRDC, 1976b, 37 ; nos italiques)<sup>134</sup>.

Ici comme ailleurs dans les discours de réforme du droit, on utilise la société (lire aussi le public<sup>135</sup>) comme point de référence pour déterminer s'il faut imposer une peine sévère pour dénoncer le crime. Cependant, la durée maximale prévue par la CRDC d'une peine de prison visant à dénoncer le comportement criminel est de *trois ans* (ou six ans dans le cas de peines cumulatives) (CRDC, 1976b, 27 – 28)<sup>136</sup>. En soi, il ne s'agit pas d'une peine à ce point sévère par comparaison avec la RCCP (1953) qui concluait qu'il pouvait être parfois justifié d'imposer la peine de mort pour satisfaire le public ; la CRDC

---

<sup>134</sup> En anglais : « The offence is serious and the community would not accept a sentence other than imprisonment as a sufficiently strong statement about the wrongfulness of the offence although the offender is no longer a threat to the community. » (CRDC, 1976b, 37)

<sup>135</sup> Nous aimerions attirer l'attention sur le fait que la version française a traduit *community* par *société* plutôt que par *communauté*. Par conséquent, nous croyons juste ici d'affirmer que la CRDC avait le public en tête comme point de référence plutôt qu'une conception de la « société » qui peut également inclure le SDC.

<sup>136</sup> La CRDC semble tout de même anticiper que le législateur pourrait prévoir des peines visant la dénonciation de plus de trois ans ; le maximum absolu semble être de six ans (CRDC, 1976b, 27 – 28). À noter, *il semble* que l'on prévoyait l'inscription, dans le Code criminel, de durées maximales de détention pour dénoncer le crime pour chaque infraction (CRDC, 1976b, 27 – 28).

a tout de même réussi, pour elle-même, à maintenir le niveau absolu de sévérité des peines plus bas (comme *Doing Justice* a voulu le faire d'ailleurs). Pour la CRDC, une peine de trois ans est une peine suffisamment sévère pour dénoncer lorsque la neutralisation n'est pas nécessaire.

La CRDC a aussi explicitement exploré la dimension modératrice du lien entre peine et public tel que le laisse entrevoir un passage de *Fauteux* (1956) cité précédemment. Alors que dans *Fauteux*, le public pouvait se satisfaire d'autre chose que de l'imposition de peines sévères, le CRDC ira jusqu'à considérer la satisfaction du public par des mesures précédant la détermination de la peine. Nous en retenons trois ici : le règlement antérieur au procès, la libération (ou absolution) inconditionnelle et l'ordonnance de dédommagement. Au sujet du *règlement antérieur au procès* (de *pre-trial settlement*), la CRDC mentionne, en guise de justification que

« La dénonciation et la stigmatisation liées au fait d'être accusé suffisent, dans ces circonstances, conformément au principe selon lequel on doit faire usage de la mesure minimale. Une procédure de règlement serait appropriée au cas » (CRDC, 1976b, 35).

Ainsi, il y a des cas où le dépôt de chef d'accusation jumelé à un règlement hors cour (notamment entre l'accusé et la victime) pourrait être une dénonciation suffisante pour exprimer la désapprobation du public à l'égard du crime. Cependant, les rapports de la CRDC ne précisent pas quelles infractions pourraient faire l'objet de cette disposition. Autrement dit, la CRDC ne limite pas les règlements antérieurs au procès qu'aux cas les moins graves. Quant à la *libération inconditionnelle* (l'*absolution* dans le régime actuel) qui n'entraîne pas de condamnation ou de condition, la CRDC considère que « [l]es circonstances de l'infraction ne justifient aucune dénonciation et aucune imputation de

responsabilité au-delà du procès lui-même » (CRDC, 1976b, 36). À ce sujet, la CRDC avait mentionné que

« Si le rôle du droit pénal est de réaffirmer les valeurs fondamentales, le procès pénal prendra une importance plus grande. La dénonciation des actions qui violent ces valeurs ne provient alors pas tant du code ou de la peine qu'on inflige au délinquant, mais du procès lui-même. » (CRDC, 1976a, 29 – 30)

Enfin, en ce qui a trait à l'*ordonnance de dédommagement*, la CRDC a affirmé ce qui suit :

« La gravité de l'infraction serait minimisée si on ne concluait pas à une condamnation ; le délinquant ne nécessite aucune surveillance, aucun contrôle ou service de réadaptation sociale, mais veut bien dédommager la victime. Ceci n'empêche pas que d'autres sanctions soient assorties de cette condition. » (CRDC, 1976b, 37).

Et comme nous le mentionnions précédemment, pour la CRDC l'ordonnance de dédommagement « satisfait la société qui veut que justice ait été faite et que le délinquant ne tire aucun avantage au détriment des souffrances de sa victime » (CRDC, 1976a, 26).

Bref, selon la CRDC, la dénonciation ne se limite pas qu'aux peines afflictives (surtout mort et prison) ; punir n'est parfois pas même nécessaire. La CRDC a conçu le rôle et l'objectif de la dénonciation à l'extérieur de la RPM, là où les autres rapports de réformes continuaient d'intégrer la dénonciation aux autres objectifs (et théorie) de la peine de la RPM.

Ce que le temps nous apprendra par contre, c'est que la CRDC a utilisé un « médium à risque ». « Dénoncer le crime par la peine » avait été associé à des peines sévères (jusqu'à la mort pour la RCCP (1953)) ; cette Commission voulant pour sa part en faire un médium beaucoup plus flexible et avec un fort potentiel modérateur. Du coup, il ne faut pas se surprendre que des décisions des tribunaux canadiens, à la recherche

d'appui pour la détermination de la peine, retiennent qu'il est possible de justifier l'emprisonnement par le besoin de dénonciation du crime pour la société (nous en verrons des exemples au prochain chapitre). La complexité du discours s'est perdue de telle sorte que son caractère innovant n'a pas jusqu'à présent supplanté le message plus simple et moins dérangeant qu'il transmettait également, soit que l'emprisonnement peut être motivé par la nécessité de dénoncer le crime.

#### **4.7 Remarques conclusives**

Dans les rapports dont nous venons de faire la discussion, la dénonciation naît le plus souvent à travers les théories de la rétribution ou de la dissuasion ou les deux à la fois.

La théorie de la dénonciation qui naît dans ces discours de réformes du droit est, en règle générale, étroitement liée à la sévérité des peines : dans le rapport de la RCCP (1953), la dénonciation justifie l'emploi de la peine de mort ; dans *Struggle for Justice* (1971), les « public retributivist urges » limitent la modération des peines et l'emploi du pardon comme politique public en matière de droit criminel ; et dans *Doing Justice* (1976), on s'autorise à excéder la sévérité maximale absolue des peines de cinq ans prévue par le rapport dans les cas de meurtre qui causent « most public outrage ».

Par ailleurs, que peut-on conclure de cette trame discursive sur l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation ?

Le rapport qui contribue le plus à établir les assises pour une institutionnalisation forte de la théorie de la dénonciation est sans nul doute celui de la RCCP (1953). La dénonciation devient la forme acceptable de la théorie de la rétribution tandis que la

théorie de la dissuasion s'y divise en plusieurs dimensions, dont une « dissuasion à long terme », qui peut être associée à la théorie de la dénonciation, et qui permet à la théorie de la dissuasion de se maintenir malgré les critiques qu'elle doit essuyer.

Pour sa part, la CRDC a défendu l'idée que la dénonciation était un rôle global du SDC comprenant toutes les décisions sentencielles et non sentencielles. En outre, la dénonciation, même comme finalité de la peine pouvant justifier l'emprisonnement, a été attachée au principe de modération et est limitée dans sa portée (trois ans). Malheureusement, la complexité des propos de la CRDC à l'égard de la théorie de la dénonciation s'est perdue, comme nous le constaterons au prochain chapitre.

Tous les autres rapports dont nous avons traité (Fauteux, 1956 ; Ouimet, 1969 ; *Struggle for Justice*, 1971 ; et *Doing Justice*, 1976) limitent pour leur part le rôle joué par la théorie de la dénonciation dans leur proposition de réforme du droit criminel. Cet aspect a été aussi perdu.

En dépit de cela, les rapports constituent une des voies d'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation dans les discours du droit criminel et il est possible de voir clairement ce processus en observant les rapports des années 1950 à 1980. L'acceptation d'une prise en compte des attentes du public à l'égard des peines est aussi de plus en plus profondément ancrée, permettant du même coup d'entrevoir que la période suivante sera ouverte à un renforcement généralisé de l'institutionnalisation de cette théorie de la peine articulée autour de cette prise en compte des attentes du public.

Finalement, bien que la CRDC ait proposé une conception alternative de la dénonciation à celle qui s'institutionnalise durant cette période, sa mise en avant de la forme « il est parfois nécessaire d'imposer une peine de prison pour dénoncer le crime » a

contribué à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation qui naît à l'intérieur de la RPM. Comme nous l'indiquons plus tôt, la Commission a accepté de prendre un grand risque lorsqu'elle a construit et proposé une « autre » vision de la dénonciation. Les observateurs ne semblent pas avoir compris que la CRDC n'était pas d'accord avec la version (de plus en plus) dominante de la théorie de la dénonciation. Alors que la vision que la CRDC défend de la dénonciation se situe en dehors de la RPM, la version institutionnalisée et dominante de la théorie de la dénonciation constitue, elle, une réaffirmation de la RPM.

En ce qui concerne la conception de la dénonciation que proposait la CRDC à proprement parler, elle ne sera que très faiblement institutionnalisée. En fait, elle n'a été institutionnalisée que dans la mesure où ces rapports existent et qu'ils pourraient éventuellement servir dans toute sa complexité. Cette « autre » vision de la dénonciation autorisait effectivement l'imposition de peines afflictives pour dénoncer le crime, mais elle recommandait aussi de ne pas recourir aux peines afflictives lorsque ce n'est pas nécessaire pour dénoncer un crime. C'est notamment pour cette raison que nous avons conclu que la conception de la dénonciation proposée par la CRDC ne faisait pas partie de la RPM.

\*\*\*

Passons maintenant à l'analyse d'une autre trame discursive, soit les discours jurisprudentiels. Nous verrons notamment, à l'intérieur des décisions des tribunaux

canadiens, comment la dénonciation servait déjà à motiver des décisions sur les peines entre les années 1950 à 1980.

## Chapitre V

### La naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation à travers la jurisprudence canadienne

L'objectif principal de ce chapitre est de montrer comment les décisions des tribunaux canadiens, durant la période allant des années 1950 à 1980, ont contribué à la naissance de la théorie de la dénonciation et à son institutionnalisation dans le SDC. En effet, un nombre singulièrement élevé de décisions des années 1950, 1960 et 1970 ont intégré la dénonciation et/ou l'expression de la désapprobation par la peine dans leur discussion de la (ou des) finalité(s) de la peine. Nous ne souhaitons pas pour autant présenter toutes les décisions individuellement, mais plutôt illustrer les différents usages de l'idée de dénonciation qui y apparaissent ainsi que faire ressortir les particularités que présentent certains de ces usages. Nous indiquerons les décisions similaires en notes de bas de page et ce, en vue d'observer à la fois ce qui a trait à « l'exceptionnel » et à ce qui est plus régulier dans notre univers de travail. Cette manière de procéder aura l'avantage de ne pas alourdir notre propos. Des 133 décisions formant notre univers de travail, nous en avons retenu 44 pour la discussion. Notons enfin que nous avons maintenu les mots clés nous ayant permis de repérer les décisions, tel que Quicklaw nous les transmettait, c'est-à-dire en gras et souligné.

Nous avons utilisé trois grandes catégories (produites inductivement) pour organiser les décisions composant notre univers de travail. Une même décision ne peut se retrouver à plus d'un endroit dans ces grandes catégories.



Type A : Décisions où la théorie de la rétribution a contribué à la naissance de la dénonciation<sup>137</sup>.

Type B : Décisions où la théorie de la dissuasion a contribué à la naissance de la dénonciation.

Type C : Décisions où la dénonciation apparaît explicitement comme une finalité de la peine distincte des deux autres.

Ainsi, nous voulons montrer les modalités par lesquelles la dénonciation entre dans le discours sur les peines. Comme nous l'observons avec l'analyse de discours de réforme du droit, les décisions judiciaires permettent elles aussi de constater que la dénonciation entretient des liaisons privilégiées avec les théories de la rétribution et de la dissuasion et ce, tant comme forme qu'à titre de médium. Cependant, dans un nombre important de décisions dont nous avons fait l'analyse, la dénonciation n'est plus attachée à l'une ou l'autre de ces théories de la peine ; elle y est déjà distincte. C'est encore une fois en conclusion que nous tirerons certains constats quant à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation par les décisions jurisprudentielles canadiennes.

### **5.1 Type A : Lorsque la théorie de la rétribution contribue à la naissance de la théorie de la dénonciation**

Dans les décisions formant ce premier type, il est possible d'observer que la rétribution « a contribué à donner naissance » à la théorie de la dénonciation. Cette affirmation peut signifier que (i) la dénonciation a pu investir complètement le médium « rétribution » ou que (ii) la dénonciation est entremêlée aux formes de la rétribution.

Nous avons repéré 14 décisions de ce type. C'est à l'intérieur de ce type que nous

---

<sup>137</sup> Nous discuterons également des prises de position négatives quant à l'intégration de l'opinion publique au moment de la détermination de la peine à l'intérieur de notre Type A, mais nous ne comptabiliserons pas ces décisions dans le nombre total de décisions formant notre univers de travail puisque l'argument que nous mettons ici de l'avant porte sur la présence de la dénonciation et de l'expression de la désapprobation par la peine et non sur l'absence de cette finalité de la peine.

traiterons également des sept décisions qui affirment explicitement : « il ne faut pas punir selon l'opinion du public ».

(i) Dans le premier cas de figure, le médium rétribution prend la forme « exprimer la désapprobation du public à l'égard du crime par la peine ». C'est le cas par exemple dans *Andrew Jergens Co* (1969) :

[Andrew Jergens Co., 1969 : ] « Retribution is the expression of public **disapproval**, the **disapproval** of society toward crime. »

Cette décision est sans équivoque dans ce bref passage : l'expression de la désapprobation du public par la peine s'appelle la « rétribution ». Dit autrement, la « rétribution » devient ici le médium par lequel la théorie de la dénonciation est exprimée. Si cette décision était réécrite aujourd'hui, on dirait sûrement : « denunciation is ... » en lieu et place de « retribution is ... ».

Un autre exemple de ce type, plus élaboré et souvent cité par la suite, se trouve dans *Willaert* (1953), où la Cour d'appel de l'Ontario, après avoir discuté de dissuasion et de réhabilitation dans des paragraphes séparés, a affirmé que :

[Willaert, 1953 : ] « retribution is in no way an eye for an eye or a tooth for a tooth, but rather that the community is anxious to express its **repudiation** of the crime committed and to establish and assert the welfare of the community against evil in its midst. Thus, the infliction of punishment becomes a source of security to all and « is elevated to the first rank of benefits, when it is regarded not as an act of wrath or vengeance against a guilty or unfortunate individual who has given way to mischievous inclinations, but as an indispensable sacrifice to the common safety »: see Bentham, *Rationale of Punishment*, p. 20, quoted at p. 255 of Halsbury, loc cit.

I am respectfully of opinion that *the true function of criminal law in regard to punishment is in a wise blending* of the deterrent and the reformative, with retribution not entirely disregarded, and with a constant appreciation that the matter concerns not merely the Court and the offender but also the public and society as a going concern. » (l'italique est de nous)

Dans la première partie de ce passage, la cour fait plusieurs opérations de constructions de sens. D'abord, elle prend ses distances d'une représentation classique de la rétribution comme dérivant d'une loi morale supérieure (y compris supérieure à la volonté du public) pour plutôt voir la rétribution comme l'expression de la répudiation de la communauté. Cette expression de la répudiation de la communauté s'insère, pour cette cour, dans l'opposition entre le bien et le mal où la peine sert à réaffirmer la nécessité de valoriser le bien-être de la communauté contre « l'ennemi intérieur » (*evil in its midst*).

D'ailleurs, il est intéressant de noter que la cour évoque Bentham dans sa discussion de la rétribution sans pour autant évoquer spécifiquement la dissuasion. La mise sur un même plan de la rétribution et implicitement de la dissuasion introduit bien la dernière partie de cet extrait où la cour considère que la détermination de la peine par le droit criminel est un « judicieux mélange » (c'est la traduction que nous faisons du « wise blending ») de dissuasion, de réhabilitation et de rétribution (prenant ici le sens de l'expression de la répudiation de la communauté à l'égard du crime). Cette notion de « judicieux mélange » rend bien l'idée portée par la RPM en ce sens où les différentes finalités et théories de la peine, malgré des points de vue divergents sur certains aspects, se complètent et se soutiennent les uns les autres plus qu'elles ne s'opposent fondamentalement. Enfin, nous désirons attirer l'attention sur la toute dernière phrase où la cour reconnaît et insiste sur le fait que la détermination de la peine n'est pas uniquement une préoccupation de la cour et de l'infracteur, mais aussi du public et de la société<sup>138</sup>. Cette préoccupation du public et de la société est en grande partie ce à quoi la dénonciation, comme finalité de la peine, renvoie.

---

<sup>138</sup> La décision ne permet pas de comprendre la distinction que la cour peut avoir faite entre « public » et « société », si tant est que la cour ait bel et bien voulu faire cette distinction.

Ce passage de *Willaert* (1953) est cité comme appui pour penser la détermination de la peine dans plusieurs décisions, dont cinq font partie de notre Type A<sup>139</sup>. Nous verrons plus loin pourquoi des décisions citant *Willaert* peuvent ne pas faire partie de ce type.

Un exemple similaire à *Willaert* (1953), mais comportant son lot de particularités se trouve dans *Danells* (1979)<sup>140</sup>. Dans cette décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, on a considéré que :

[Danells, 1979 : ] « Another relevant consideration in the sentencing process, particularly in cases like the present one, is that of punishment reflecting retribution. I hasten to add that in referring to retribution I do so really in the sense of **repudiation** and in the limited meaning ascribed to such term by Lawton, L.J. of the English Court of Criminal Appeal in *R. v. Sargeant* (1975), 60 Crim. App. R. 74 at p. 77, where he said:

[Sargent, 1975 : ]... The Old Testament concept of an eye for an eye and tooth for tooth no longer plays any part in our criminal law. There is, however, another aspect of retribution which is frequently overlooked; it is that society, through the courts, must show its **abhorrence** of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass. The courts do not have to reflect **public opinion**. On the other hand courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead **public opinion** ...

[de nouveau Danells, 1979 : ] The foregoing passage from the judgment of Lord Justice Lawton was referred to with approval by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ingram* (1977), 35 C.C.C. (2d) 376, and *R. v. Atkinson* (1979), 5 C.R. (3d) S-20.

The social **abhorrence** of this particular type of crime was specifically recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Antone* (1977), 1 W.C.B. 383, as a proper principle to be considered in determining the appropriate sentence.

[...]

In my opinion the sentence imposed here by the trial judge was inadequate primarily because it does not properly reflect society's **denunciation** and **repudiation** of the « stark horror » of the crime. Secondly, it may be said that the element of general deterrence was not given the weight that the facts required and the offence demanded. »

---

<sup>139</sup> Soit, *Lehrmann* 1967 ; *Mellstrom* 1975 ; *Connors* 1976 ; *Nofle* 1976 ; *Kersey* 1979.

<sup>140</sup> *Antone* 1977, quoique moins développée, utilise le même raisonnement sur les mêmes bases.

Dans cette décision, la rétribution est ici prise dans le sens de la répudiation, qui elle, trouve son explication dans la décision d'une cour d'appel anglaise (*Sargeant*, 1975). Avant de discuter spécifiquement de *Sargeant* – une décision qui sera, tout comme *Willaert* (1953), citée à de nombreuses reprises – nous désirons attirer l'attention sur les équivalents linguistiques qui sont mis de l'avant dans *Danells*. Dans cette décision, la répudiation, l'indignation de la société (notre traduction d' « abhorrence ») et la dénonciation de la société semblent être utilisées comme des synonymes lorsqu'elles sont montrées ou reflétées par la peine. Par ailleurs, le dernier paragraphe permet de bien illustrer comment la dénonciation (et les expressions équivalentes) sert à prendre des décisions sur les peines, comme dans ce cas où la peine sera augmentée de 3 ans à 8 ans de manière à « adéquatement refléter la dénonciation et la répudiation de la société » et la dissuasion générale.

Avant d'en faire la discussion, reprenons d'abord *Sargeant*<sup>141</sup>.

[Sargeant, 1975 : ] « [I will start with retribution.] The Old Testament concept of an eye for an eye and tooth for tooth no longer plays any part in our criminal law. There is, however, another aspect of retribution which is frequently overlooked; it is that society, through the courts, must show its **abhorrence** of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass. The courts do not have to reflect **public opinion**. On the other hand courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead **public opinion** [Anyone who surveys the criminal scene at the present time must be alive to the appalling problem of violence. Society we are satisfied, expects the courts to deal with violence. The weapons which the courts have at their disposal for doing so are few. We are satisfied that in most cases fines are not sufficient punishment for senseless violence. The time has come in the opinion of this court when those who indulge in the kind of violence with which we are concerned in this case must expect custodial sentences.] »

---

<sup>141</sup> À l'extrait que nous retrouvons dans *Danells*, nous avons ajouté les éléments additionnels que cite *Farley* (1975) – ceux entre crochets – et qui avaient été remplacés par des points de suspension par *Danells* 1979 pour permettre une discussion exhaustive de *Sargeant*.

D'abord, tout comme dans *Willaert*, cette décision anglaise se dissocie d'une certaine conception de la rétribution portée par la loi du Talion (selon l'interprétation qu'en fait Kant) pour plutôt concevoir la rétribution comme la démonstration de l'indignation de la société à l'égard du crime par la peine, et où la peine est « le seul moyen de montrer cette indignation ». D'ailleurs, dans la deuxième partie de ce passage, lorsque la cour discute spécifiquement des cas de violence, la cour considère que les peines pécuniaires ne sont pas des peines suffisantes dans la plupart des cas. Il faut donc non seulement punir pour exprimer la désapprobation de la société, mais aussi punir sévèrement (par l'emprisonnement).

Ensuite, dans cette décision, nous voyons apparaître deux thèmes qui réapparaîtront régulièrement dans les décisions que nous avons analysées. D'une part, la cour considère être le canal par lequel la société exprime son indignation (ou sa désapprobation, sa dénonciation) du crime, c'est du moins ce que nous comprenons par la formulation : « society, through the courts, must show its **abhorrence** of particular types of crime ». D'autre part, la cour considère qu'elle a des « devoirs » face au public en matière de peine ; dans cette décision, cela prend la forme suivante : « Perhaps the main duty of the court is to lead **public opinion** ». D'autres décisions considéreront que leur devoir sera justement de refléter l'opinion publique ou la désapprobation du public ou l'indignation du public. Nous y reviendrons.

Enfin, *Sargeant*, contrairement à un grand nombre de décisions que nous avons analysées, développe l'idée que la cour « ne doit pas refléter l'opinion publique », mais plutôt « guider l'opinion publique ». Cette dimension de la dénonciation – où la cour, par la peine, tente d'amener une modification de la désapprobation du public à l'endroit de

crimes – est bien présente dans notre univers de travail, bien que quantitativement beaucoup moins représentée que les décisions qui affirment justement que la cour a l'obligation de « refléter la désapprobation du public ».

Le choix que la cour cherche à faire dans *Sargeant*, entre « refléter l'opinion du public » ou « guider l'opinion publique » est somme toute assez artificiel puisque dans cette décision, comme d'ailleurs dans les autres décisions de notre corpus, le « public » dont l'opinion est ou non reflétée par la peine est toujours un public construit par et pour le judiciaire. Il ne s'agit pas de l'opinion d'un « public » comme le conçoivent les sciences sociales, notamment à travers des enquêtes d'opinion. Ce que nous croyons pouvoir comprendre de cette précaution particulière de la cour dans *Sargeant*, c'est un désir de garder son indépendance vis-à-vis du public. Il pourrait s'agir d'un mécanisme de sauvegarde du tribunal pour ne pas être à la remorque de l'opinion publique ou lui déléguer le pouvoir décisionnel en matière de peine et ce, même si on cherche à rester « sensible » à l'environnement.

Ce désir de la cour de demeurer « sensible » au public apparaît dans une décision qui, du point de vue de notre recherche, constitue un cas limite ; il s'agit de la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Riley* 1978 :

[Riley, 1978 : ] « This is a crime of violence and although the amount of violence exerted may have a bearing on the severity of the sentence -- nevertheless rape, because of the **abhorrent** act that it depicts and the duty which devolves on the courts to emphasize the principle of deterrence, always attracts a substantial term of incarceration. It is an offence which provokes condemnation by the public and courts must always remain sensitive to public reaction. »

Pour cette décision, la « peine substantielle d'incarcération » est au minimum motivée par la dissuasion. Bien que la cour juge que l'infraction était « odieuse »

(*abhorrent*) – faisant en sorte que cette décision est apparue lors de notre cueillette de données – il ne s’agit pas de la seule décision où l’infraction est qualifiée « d’odieuse » sans pour autant qu’on n’y lie cette qualification de l’infraction à une finalité de la peine. Nous avons plutôt conservé cette décision en raison de la dernière phrase. La cour affirme deux choses distinctes : cette infraction est condamnée par le public et la cour doit être sensible aux réactions du public. Il s’agit là d’idées proches de celles dont nous faisons la discussion ici à titre de finalité de la peine, mais à une différence près : on ne lie pas la peine à la condamnation du public ou aux réactions du public. Ni le caractère « odieux » de l’infraction ni la nécessité par la cour de « demeurer sensible aux réactions du public » n’étaient suffisants pour observer une finalité de la peine. À moins, évidemment, de prétendre la voir derrière des expressions comme « demeurer sensible », « exprimer », « diriger » ou encore « réagir en conséquence », ce que nous ne sommes pas prêts à faire dans ce cas. Dès lors, nous allons considérer que cette décision expose une affaire où la cour prend conscience que le public a un point de vue sur cette affaire sans pour autant aller jusqu’à affirmer que la peine imposée doit avoir un lien – même conceptuel – avec ce point de vue du public.

Par comparaison, nous avons repéré sept décisions où la cour indique clairement « ne pas punir selon l’opinion publique »<sup>142</sup>. Deux citations permettent de bien situer notre propos. La première est une décision de la Cour d’appel du Québec, *Fournel* (1952) ; l’autre est la décision au procès dans *Cosgrove* (1977) tel que cité par la Cour d’appel :

[Fournel, 1952 : ] « Loin de moi la pensée que le juge devrait punir ces criminels suivant les exigences souvent excessives de l'**opinion publique.** »

---

<sup>142</sup> Nous insérons la discussion de ces décisions ici, mais nous aurions pu le faire dans une partie différente puisque bien que ces décisions complètent les propos que nous tenons autour de *Sargeant* (1975), on n’y met pas en lien l’expression de désapprobation par la peine ou la dénonciation avec la rétribution. Nous avons tout de même décidé de procéder ainsi pour épuiser cette question d’un seul coup.



[Cosgrove, 1977 : ] « But every Judge has to approach the obligation of sentencing apart entirely from **public opinion** about the matter, and based upon his own thoughts »

De ces deux décisions transparaît la même idée : la détermination de la peine est l'affaire exclusive des juges, sans égard à l'opinion publique<sup>143</sup>. Autrement dit, du point de vue de ces décisions, il n'y a pas lieu de prendre en compte l'opinion publique au moment de rendre une décision sur les peines. D'ailleurs, dans *Fournel* (1952) on note le caractère excessif des attentes du public en matière de peine. Dès lors, pour cette décision au moins, la cour semble vouloir « protéger » les accusés de traitements trop rigoureux que réclamerait l'opinion publique. On pourrait tout de même faire un parallèle avec *Sargeant* (1975) où, là aussi, la cour ne devait pas refléter l'opinion publique. À la différence que, dans *Sargeant* (1975), il ne fallait pas pour autant ignorer l'opinion publique, une idée absente dans *Fournel* (1952).

De ce sous-groupe de décisions ressort une idée complémentaire : la prise en compte de l'opinion publique n'est pas l'affaire des tribunaux au moment de déterminer les peines, c'est plutôt au politique d'en tenir compte. Nous retrouvons cette idée dans trois décisions dont celle du jugement dissident de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Northam* (1968). La cour y cite avec approbation une décision de 1936 :

[Northam 1968 : ] « I think I can do no better than to quote, as did the learned trial Judge, a paragraph from a judgment of the late McGillivray J.A. delivering the judgment of the Appellate Division of this Court in *Rex v. Constable*, [1936] 2 W.W.R. 273 at 283, 66 C.C.C. 206, [1936] 3 D.L.R. 391, where he said:

[Constable 1936 : ] « This is a very sad case and one that no doubt has attracted much public attention. It is, therefore, I think not amiss to point out that judgments are not given according to public demand but according to the law of the land and if the law be out of harmony with sound **public opinion** it is for Parliament and not for the Courts to set it right. In other words the Judges as servants of the state must give

---

<sup>143</sup> *Cossette-Trudel et al* 1979 évoque également cette idée.

judgments according to law quite regardless of the moral judgment of society. » »

Ce que la cour relaie dans *Northam* (1968) (à travers son appui à *Constable* (1936)), c'est que l'attention du public peut bel et bien être dirigée vers une affaire criminelle et son cheminement judiciaire, et même que le public peut avoir des attentes vis-à-vis des décisions prises par le judiciaire dans une affaire en particulier. Cependant, pour cette décision, les attentes du public et le « jugement moral de la société » ne doivent avoir d'impact en droit criminel qu'à travers les modifications des lois (et du cadre juridique) effectuées par le Politique<sup>144</sup>.

Enfin, il est possible de faire une dernière observation dans ce sous-groupe de décisions, soit la nécessité de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice bien que l'opinion publique ne doive pas être suivie comme telle par les juges au moment de prendre leurs décisions sur les peines. La décision au procès dans *Gourgon* 1979 est la décision de notre univers de travail qui avance cette proposition :

[Gourgon, 1979 : ] « It is my view that the following factors should be considered by the sentencing court:

[...]

5. Character of the accused, [...]
6. Nature of the offence and the circumstances surrounding it, [...]
7. Any ameliorating or mitigating circumstances.
8. Public confidence in the administration of justice. In this respect, while the courts do not base their judgments in accordance with the weight of **public opinion**, which may in many cases be an uninformed opinion, the courts must have some regard to the opinion of the public in matters of this kind.
9. Deterrence to others.
10. **Denunciation** of the crime itself. In this respect the usual factors relating to rehabilitation, compassion and mercy are

---

<sup>144</sup> Parallèlement, pour *Calders* (1956), et *Dupuis et Presseau* (1964) qui cite *Calders*, l'influence que doit avoir l'opinion publique en droit criminel ne se situe pas au moment de déterminer la peine, mais bien au moment d'accorder (ou non) une « clémence » par le pouvoir exécutif (qui s'est substitué au pouvoir royal en cette matière).

given minor consideration. *The court declares* that the crime is so brutal, so savage and so dastardly that the accused shall for a very considerable time be banished from society, and that the accused has forfeited the right to be treated as an ordinary offender.

11. Sentences imposed in like cases.
12. Protection of society. » (notre italique)

Sans reprendre tous les facteurs énumérés par cette cour, nous pouvons voir que quelques-uns renvoient à des finalités de la peine (9. la dissuasion générale ; 10. la dénonciation ; et 12. la « protection de la société qui prend ici vraisemblablement le sens de la neutralisation).

Le facteur « 8. » est celui qui nous amène à intégrer cette décision dans la catégorie « ne pas suivre l'opinion publique ». La cour y affirme ne pas devoir suivre l'opinion publique, souvent mal informée, en matière de peines. Toutefois, et c'est ce qui complique l'analyse de cette décision, il faut tout de même prendre en considération l'opinion publique, du moins dans une certaine mesure (à partir de *some regards*). N'en demeure pas moins que ce couplage entre prise en compte de l'opinion du public et confiance en l'administration de la justice ne se retrouve pas dans les autres décisions de notre univers de travail. Bien que nous puissions analytiquement établir un rapprochement entre cette confiance du public et la dénonciation, cette cour ne semble pas tracer ce lien, donc nous n'en dirons pas davantage. En outre, comme nous le traiterons sous peu, la dénonciation est pour cette cour une déclaration de la cour (comme l'indique le passage en italique) que l'on ne met pas en lien avec la société. Pour cette décision, l'opinion publique est liée à la notion de confiance dans l'administration de la justice tandis que la dénonciation est l'affaire des tribunaux.

(ii) D'autres décisions permettent plus d'une lecture, c'est-à-dire qu'elles permettent d'y lire soit que la dénonciation (ou l'expression de la désapprobation par la peine) est une forme de la rétribution soit que la dénonciation est déjà un médium que l'on distingue de la rétribution. En fait, les quatre décisions de ce sous-groupe comportent toutes une même difficulté pour l'analyse : alors que des passages font de la dénonciation une forme de la rétribution, d'autres permettent d'y voir deux finalités de la peine distinctes. Ce que ces décisions permettent tout particulièrement d'observer est le flottement sémantique au moment de la naissance institutionnelle de la dénonciation : on ne prend pas encore toujours soin de distinguer la dénonciation d'autres finalités de la peine dans le cadre d'une même décision.

Premièrement, dans *Farley* (1975), une décision de première instance du Manitoba, on cite d'une part une présentation faite par un avocat devant la *Société John Howard* de l'Alberta et d'autre part *Sargeant* (1975) – cette décision d'une cour d'appel anglaise dont nous venons de faire la discussion – :

[Farley 1975 : ] « There is as well, as there should be, a constant changing of approach to the problem of sentencing. This changing attitude in my opinion was properly expressed by Ernest A. Cote, Q.C. who in an address to the John Howard Society of Alberta, said:

[Commentaire de M. Cote : ] « Perhaps the principal difference between criminal justice in the past and today is that the concepts of retribution, deterrence, and **denunciation** of evil are slowly being abandoned and gradually being replaced by what are considered to be rationalistic, social science concepts. »

[de nouveau Farley 1975 : ] Such a changing attitude requires from time to time a review and reappraisal of both the elements underlying an appropriate sentence and the emphasis to be placed thereon.

[...]

Recently the English Criminal Court of Appeal in *R. v. Sargent* (1975) 60 Criminal Appeal Reports 74 discussed at length certain views with respect to sentence. [...]

[Sargeant 1975 : ] « [...] another aspect of retribution which is frequently overlooked; it is that society, through the courts, must show its **abhorrence** of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass. The courts do not have to reflect **public opinion**. On the other hand courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead **public opinion**. [...] » »

Tant les citations du commentaire de M. Cote que la décision dans *Sargeant* ont été évoquées pour discuter du cadre dans lequel penser la détermination de la peine<sup>145</sup>. La cour ne nous indique pas comment concilier ces différents passages qui nous apparaissent rétroactivement comme contradictoires.

Nous pouvons d'abord dire que le commentaire de M. Cote correspond à une manière répandue de se représenter les changements en matière de détermination de la peine et de finalité de la peine des années 1960 et 1970<sup>146</sup>. En effet, les finalités « traditionnelles » de la peine, celles qui valorisent uniquement l'infliction de souffrance – nous pensons ici au moins à la rétribution et à la dissuasion –, auraient été remplacées par des concepts issus des sciences sociales – prenant ici le sens de la réhabilitation comme finalité de la peine. D'un autre côté, *Sargeant* représente une conception du droit criminel tel que la représente la RPM, c'est-à-dire une combinaison de rétribution et de dissuasion, avec un rôle à jouer pour la réhabilitation et la neutralisation. Nous aimerions également attirer l'attention sur le fait que pour M. Cote, il y avait dès le début des années 1970, une finalité de la peine du nom de « denunciation » distincte de la rétribution et de la dissuasion, et que cette finalité de la peine appartenait déjà « au

---

<sup>145</sup> D'ailleurs, la citation de *Sargeant*, dans les passages que nous n'avons pas reproduit, couvrait également, en plus de la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation et la neutralisation.

<sup>146</sup> Nous n'avons pas l'année de référence de ce commentaire de M. Cote, mais nous le retrouvons également dans Morrisette et al 1970, donc dire qu'il a été émis soit dès 1970 ou avant.

passé » davantage qu'au présent. Comment comprendre cette remarque sinon en y voyant une critique de la dénonciation ?

Deuxièmement, dans *T.A. (1978)*<sup>147</sup>, une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, on fait appel à une décision antérieure de cette même cour (*Ingram 1977*) qui citait avec approbation *Sargeant (1975)* :

[T.A. : ] « In the case of *Regina v. Ingram and Grimsdale [1977]*, 35 C.C.C. (2d) 376 this Court made the following observations at p. 379:

[*Ingram 1977* : ] « [...] The sentence imposed must be one which expresses the public **abhorrence** for such conduct and their refusal to countenance it. »

[de nouveau T.A. : ] The following passage from the Judgment of Lord Justice Lawton in the case of *Regina v. Sargeant*, 60 Cr. App. R. 74, at p. 77, was also cited with approval [par *Ingram 1977*]

[*Sargeant 1975* : ] « I will start with retribution. [...] it is that society, through the courts, must show its **abhorrence** of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass. The courts do not have to reflect **public opinion**. On the other hand courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead **public opinion**. »

[de nouveau T.A. : ] The learned trial judge appears to have been of the opinion that what was stated in the case of *Regina v. Ingram and Grimsdale*, supra, was not relevant since that case was concerned with a racially motivated attack. While in *Regina v. Ingram and Grimsdale* the attack was racially motivated, the principles set forth in the judgment are not limited to such an attack. The motive for the assaults in this case should have been considered by the trial judge as an aggravating factor in imposing sentence. We think the learned trial judge erred in failing to give effect to this principle in imposing the sentences under appeal.

Here a vicious assault was carried out by a cowardly gang of youths who selected innocent victims, complete strangers, who had the misfortune of being in a public park on that occasion. It is the type of offence which the public should not and will not countenance, and the sentence imposed must reflect that. »

Dans *T.A. 1978* (et par le fait même dans *Ingram 1977*), la cour n'a pas lié explicitement l'expression de l'indignation (*abhorrence*) du public à la rétribution

---

<sup>147</sup> Oliver 1979 se construit de manière similaire quoiqu'à travers la citation de Willaert 1953 plutôt que *Sargeant (1975)*.

comme l'avait par exemple fait *Danells* 1979. Par ailleurs, si la référence à *Sargeant* n'avait pas été citée par la cour, nous aurions classé cette décision dans le type C (le type où la dénonciation est présentée comme distincte). Devant ce dilemme, nous adoptons la lecture la plus prudente pour notre propos, c'est-à-dire l'idée que c'est la rétribution qui a contribué à l'émergence de l'expression de la désapprobation ; la prudence a trait ici à l'utilisation de critères exigeants avant de conclure au caractère distinct de la dénonciation comme finalité de la peine dans notre matériel empirique.

Par ailleurs, la dernière phrase du passage cité de la décision dans *T.A.* 1978 semble être une reformulation du « devoir de la cour de diriger l'opinion publique » tel que le met de l'avant *Sargeant*. En effet, la cour, dans cette affaire où de jeunes hommes arpentaient un parc pour y battre des homosexuels a considéré que « le public ne devrait pas tolérer [ou appuyer] » (*should not ... countenance*) ce comportement et que le public « n'allait pas le tolérer [ou l'appuyer] » (*will not countenance*). Nous aimerions insister sur les temps de verbe utilisés par la cour. Dans la première partie de l'affirmation, le conditionnel est utilisé indiquant que la cour n'est pas convaincue que le public ne tolère pas ce comportement<sup>148</sup>. Toutefois, et malgré cette incertitude quant au point de vue du public sur cette infraction, la cour prend sur elle d'affirmer formellement le refus de soutenir ce comportement par le public et utilise la peine à cette fin. Dès lors, par la peine, la cour semble vouloir diriger la désapprobation du public dans une certaine direction ; dans ce cas-ci le refus de laisser impunie l'homophobie, a fortiori quand elle se matérialise de manière violente. Et l'impunité, ici, semble vouloir dire pour la cour ne pas recevoir une peine sévère. Du coup, cette cour reproduit autrement l'idée déjà avancée

---

<sup>148</sup> En guise de rappel, le *bill omnibus* décriminalisant l'homosexualité n'avait que deux ans au moment où cette décision a été rendue, comme quoi les préjugés touchant les homosexuels étaient vraisemblablement bien présents.

par *Sargeant* : « The courts do not have to reflect **public opinion**. On the other hand courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead **public opinion**. »

\*\*\*

Sur les 133 décisions formant notre univers de travail, seules 14 d'entre elles permettent de croire que l'expression de la désapprobation par la peine puisse avoir été comprise par les juges comme une forme de la rétribution<sup>149</sup>. Toutefois, il est à noter que deux décisions souvent citées par la suite – *Willaert* (1953) et *Sargeant* (1975) – ont toutes deux justifié le maintien de la rétribution comme justification de la peine à travers les formes que peut prendre la dénonciation. Il est dès lors possible de se demander jusqu'à quel point la théorie de la rétribution a contribué à la mise au monde de la dénonciation ou si ce ne sont pas plutôt les formes de la dénonciation qui sont venues apporter une légitimité nouvelle à cette finalité strictement punitive de la peine.

On notera au passage une idée somme toute étonnante lorsqu'il est question de rétribution. En effet, dans quatre de nos 14 décisions (dont trois à travers leur référence à *Sargeant* 1975), la peine rétributive (qui prend une forme associée à la dénonciation) vise à « diriger » la désapprobation du public. L'étonnement vient de l'aspect clairement conséquentialiste de cette direction de la désapprobation du public, le conséquentialisme étant généralement le critère utilisé pour distinguer le rétributivisme de l'utilitarisme. Dès lors, ces décisions permettent d'observer une fois de plus que les formes que prend la dénonciation rendent difficile l'association aux courants philosophiques traditionnels.

---

<sup>149</sup> Et dans le cas de ces décisions, ce n'est que la désapprobation du public qui est exprimée.



Passons maintenant à notre deuxième type, soit les cas où c'est la théorie de la dissuasion qui contribue à l'émergence des formes de la dénonciation.

### **5.2 Type B : Lorsque la théorie de la dissuasion contribue à la naissance de la théorie de la dénonciation**

Les décisions formant ce type sont celles où le sens de la dénonciation (ou de l'expression de la désapprobation) est construit explicitement à l'intérieur de la dissuasion ou avec elle. Nous en avons repéré 16. Le premier sous-groupe (i) renvoie aux décisions où l'on produit un amalgame entre la forme traditionnelle de la dissuasion et l'une des formes construites avec le médium « dénonciation ». Le deuxième sous-groupe (ii) insiste pour sa part sur l'élargissement des frontières du médium dissuasion, avec pour conséquence une forme complémentaire et distincte de la dissuasion prenant le sens de l'intimidation.

(i) Plusieurs décisions de ce type joignent l'expression de la désapprobation du public ou de la cour par la peine au quantum de peine devant être imposé pour obtenir l'effet dissuasif.

D'abord, dans *St-Pierre* 1979<sup>150</sup>, la cour a affirmé que :

[St-Pierre 1979 : ] « Pour être convenable, la peine devra également comporter un aspect de dissuasion et d'exemplarité tant à l'égard de l'accusé qu'à l'endroit de ceux qui le connaissent, qui ont été informés des accusations portées contre lui ou qui apprendront la décision des jurés, et ce, afin de bien leur démontrer la **désapprobation** manifestée par les tribunaux de certaines pratiques qui, semble-t-il, semblent être utilisées par ceux-là mêmes dont la profession est de voir au respect des lois et à la protection des droits du citoyen. »

---

<sup>150</sup> En plus de *St-Pierre*, *Dick*, *Penner* et *Finnigan* (1964) se présente de manière comparable.

Dans cette première décision, l'imposition d'une peine adéquate pour dissuader (dissuasion générale et spécifique) permettra à la cour de « démontrer la désapprobation manifestée par les tribunaux » à l'endroit de certains comportements. Autrement dit, la cour manifeste explicitement sa désapprobation par l'imposition d'une peine visant la dissuasion.

Ensuite, dans *Wilson* (1974), la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse lie la peine permettant l'expression de la désapprobation de la société à l'égard du crime à celle pouvant dissuader adéquatement :

[Wilson 1974 : ] « A sentence adequate to deter others will be one which, quite apart from any other factors taken into account, will express society's **repudiation** of the crime committed »

Il est même vraisemblable de considérer qu'une manière d'établir le quantum de peine adéquat pour dissuader sera la quantité de peine apte à exprimer la désapprobation de la société à l'égard du crime. Six autres décisions<sup>151</sup> font cette équivalence entre le quantum de peine pour dissuader et celui permettant l'expression de la désapprobation du public à l'égard du crime. Parmi ces décisions, trois d'entre elles s'inspirent du rapport de la Commission Ouimet (1969)<sup>152</sup>. C'est notamment le cas dans la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *McLay* (1976), où il a été écrit que :

« [citant Ouimet 1969, p. 190 : ] « ... sentences of imprisonment should be imposed only where protection of society clearly requires such penalty, for example, where there is a grave risk from a few, where there is grave temptation for many, or where the failure to impose a sentence of imprisonment would inadequately reflect society's view of the gravity of the crime. »

[McLay 1976 : ] Indeed the extract just quoted expresses for me why trafficking in marihuana or possession for that purpose must still be treated seriously. It is an

---

<sup>151</sup> Renton 1975 ; Havers 1975 ; MacLeod 1976 ; McLay 76 ; Chase 1979 ; Moore 1979.

<sup>152</sup> En plus de McLay 1976, il y a MacLeod 1976 et Moore 1979 dans ce cas.

offence subject to a maximum penalty of life imprisonment. Until Parliament changes that penalty or otherwise publicly confirms that the Canadian society no longer views the offence seriously or desires it to be adequately **denounced**, we have no option but to continue to impose « appropriate » punishment by incarceration or very substantial fines.

[...]

In the case of marihuana offences, unlike many others (such as perhaps, break and enter) the third group [those who may be tempted to engage in the criminal activity, but who will be very effectively deterred if when making a conscious or unconscious « cost-benefit analysis » they are impressed by the risk of being caught, and of being painfully punished if caught] is, I think, very large, consisting of perhaps a majority of young adults who although they have no interest in crime generally, are convinced that use of marihuana is harmless. Many of that group may be tempted to profit from trafficking but will be deterred by substantial penalties. For that group deterrence is meaningful and the crime falls within the Ouimet Committee category « where there is grave temptation for many » who must be impressed by society's **denunciation.** »

Dans cette affaire portant sur le trafic d'une petite quantité de cannabis, la cour met de deux manières le rapport *Ouimet* en lien avec la dénonciation. D'une part, la cour considère que la peine maximale d'emprisonnement prévue dans les cas de trafic de stupéfiants (l'emprisonnement à perpétuité) sert d'indicateur de la gravité de l'infraction en l'absence d'un avis du législateur au nom de la société canadienne voulant qu'il soit moins répréhensible de cette infraction. Suivant la compréhension qu'à cette cour de *Ouimet*, que « the failure to impose a sentence of imprisonment would inadequately reflect society's view of the gravity of the crime » ; dans *McLay*, on y a vu une dénonciation adéquate de l'infraction. D'autre part, la dénonciation de la société par la peine permettra d'obtenir la dissuasion générale lorsqu'il y a « une grande tentation pour un grand nombre ». Pour le dire autrement, dans cette décision la cour affirme qu'il faut choisir la finalité de la dissuasion lorsque nous voulons ou devons dénoncer. Fait à noter, pour les juges de cette cour, c'est le Parlement (dans ce cas-ci à travers son rôle de Législateur) qui transmet le point de vue de la société canadienne. De cette manière, la

cour ne prend pas sur elle de rechercher le niveau de désapprobation de la société ; elle se fie plutôt à la lecture qu'en fait le Législateur.

Bref, pour les décisions de ce premier sous-groupe, on jumelle surtout la dénonciation et la dissuasion : si l'on veut dénoncer, on cherchera la dissuasion ; si on veut dissuader, on imposera une peine dénonçant la conduite criminelle.

(ii) Le deuxième type de relation que nous avons pu observer consiste à insérer une des formes pouvant être construites avec la dénonciation à l'intérieur de la théorie de la dissuasion ; cette forme prendrait alors place aux côtés de la dissuasion (prenant le sens de l'intimidation). Nous comptons sept décisions de ce genre.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Roussy* (1977) représente bien une partie de ces décisions<sup>153</sup>. Dans cette décision, la cour a affirmé :

[Roussy 1977 : ] « I am using the term deterrent in its widest sense. A sentence by emphasizing community **disapproval** of an act, and branding it as reprehensible has a moral or educative effect, and thereby affects the attitude of the public. One then hopes that a person with an attitude thus conditioned to regard conduct as reprehensible will not likely commit such an act. »

Dans ce passage, la cour considère que l'expression de la désapprobation de la communauté permet d'amener le public à considérer certains actes comme répréhensibles et ainsi à ne pas les commettre. L'idée transmise ici par la cour est dans la veine de « l'effet éducatif de la peine » (ou « l'éducation morale ») tel que nous l'avons observée tant dans les discours savants que dans les discours de réforme du droit. Apparaît tout de même une question insoluble : si la peine qui exprime la désapprobation de la communauté affecte l' « attitude of the public », qui donc compose la « communauté » ?

---

<sup>153</sup> Deabreu 1978 et Wickham 1978 citent Roussy 1977, tandis que Sumarah et al 1970, D.I. (1976) et St. Croix 1979 présentent des points de vue similaires à ceux exprimés dans *Roussy* 1977.

Par comparaison, dans *Sumarah et al* (1970), ce sont les « criminels » qui sont l'objet de cet effet « plus subtil et indirect » de la dissuasion, tandis que dans *D.I.* (1976), on cible uniquement les membres de la famille où l'inceste semblait toléré.

Enfin, la décision dissidente de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Wood* 1975 nous semble également faire partie de ce type. Nous avons conscience que cette lecture n'est pas incontestable, mais elle nous semble la plus appropriée dans les circonstances. Nous en citons par conséquent de très larges extraits. C'est principalement sur la base des trois passages soulignés-italiques que nous avons décidé de classer cette décision dans ce type.

Après avoir rejeté la réhabilitation comme motif justifiant l'emprisonnement dans ce cas, le jugement dissident poursuit :

[Wood 1975 : ] « As to retribution, I am in agreement with the views expressed by Norris J.A. in *Regina v. Hinch*, supra, at p. 209 that it is no longer an object of sentencing to wreak vengeance on the offender. *Retribution as a matter of punishment is really a question of deterrence.*

Mackay J.A. stated in *Regina v. Willaert*, supra, at p. 286:

[Willaert 1953 : ] « The underlying and governing idea in the desire for retribution is in no way an eye for an eye or a tooth for a tooth, but rather that the community is anxious to express its **repudiation** of the crime committed and to establish and assert the welfare of the community against evil in its midst. Thus, the infliction of punishment becomes a source of security to all and 'is elevated to the first rank of benefits, when it is regarded not as an act of wrath or vengeance against a guilty or unfortunate individual who has given way to mischievous inclinations, but as an indispensable sacrifice to the common safety': see Bentham, *Rationale of Punishment*, p. 20, quoted at p. 255 of Halsbury [9 Hals. (2d)]. »

[de nouveau Wood 1975 : ] *This leaves only the question as to whether a prison sentence is required in order to deter the accused and others.*

This was a flagitious offence; the accused was in a position of trust towards this child. A child of nine has no defence against a person who has parental authority over her. However, it seems unnecessary to dwell on the horribleness of the accused's conduct and how it is regarded by society generally.

This type of offence requires a prison sentence. There may be circumstances which would excuse a judge from imposing a custodial term, but they would be most unusual and none was present in this case. One of the functions of the criminal law is referred to in Working Paper No. 3 of the Law Reform Commission of Canada at p. 33 where it is stated:

[tiré d'un document de la CRDC de 1974 : ] « Assuming that one of the purposes of the criminal law is the protection of certain core values in society, is it not an important function of sentencing and dispositions to assist in making clear what those values are? The educative effect of the sentencing process cannot be lost sight of. Through the sentence the courts may influence the behavior of others by confirming for them that their law abiding conduct is approved and that it is still worthwhile to resist temptation. »

[de nouveau Wood 1975 : ] The **denunciatory** sentence plays an important part in maintaining the righteousness of society values. The community demands that certain conduct be heavily punished and when the courts fail to satisfy this demand to support core values, the public, in my view, can justifiably complain that the courts have failed in their duty.

This obligation and its significance is more difficult to apply and recognize than the obligation to rehabilitate the accused who stands in front of one as a human being and the desire to treat the accused sympathetically. The voice of the victim must be heard as well as that of the accused; punishment as well as treatment plays a part in the criminal law.

The offences which require a prison sentence for first offenders grow fewer and fewer as more humane and varied types of punishment are developed. However, for this offence a prison sentence is required to adequately express and support society's execration of it. [...] *The abhorrence in which society holds this crime must be supported by the courts, so that there will be few cases of its kind.* »

D'abord, l'affirmation par la cour de la fusion entre la rétribution et la dissuasion n'est pas un cas isolé ; nous avons vu des affirmations similaires tant dans le rapport de la RCCP (1953) que dans *Ouimet* (1969). D'ailleurs, ce n'est pas surprenant si l'on considère que *Willaert* (1953) utilise un passage de Bentham pour discuter de rétribution. Ensuite, en justifiant le recours à l'emprisonnement pour cette infraction, la cour évoque le passage d'un document de travail de la CRDC où il est question de l'effet éducatif de la détermination de la peine, ce que la cour appellera ici « denunciatory sentence » où la société « demande » que certains comportements soient punis sévèrement pour soutenir

les valeurs de la société. C'est également en réaffirmant le besoin de tenir compte de l'indignation de la société pour ce crime, de manière à en réduire les occurrences, que le passage cité prend fin.

Dès le départ de ce passage, la cour inscrit son discours à l'intérieur de la dissuasion et ne donne jamais d'indication qu'elle en est sortie. Nous devons tout de même ajouter deux commentaires additionnels sur cette décision. D'une part, la lecture de l'extrait de la CRDC comme faisant partie de la théorie de la dissuasion n'est pas la seule lecture possible. D'autre part, plusieurs décisions faisant partie de notre univers de travail citeront cette décision dissidente de *Wood* (1975), et nombre d'entre elles ne reprendront pas cette filiation entre la dénonciation et la dissuasion. On y traitera le plus souvent la dénonciation comme une finalité de la peine distincte. Nous montrerons des exemples de ces décisions en temps opportun.

\*\*\*

Au total, des 133 décisions formant notre univers de travail, seules 16 décisions permettent de croire que l'expression de la désapprobation par la peine émerge à travers la dissuasion. Et dans toutes les décisions de ce type (sauf une), c'est la désapprobation du public qui est exprimée. Dans un cas, cette expression de désapprobation (ou cette dénonciation) s'additionne à la forme dominante de la théorie de la dissuasion ; dans l'autre, les juges ajoutent une autre forme à la théorie de la dissuasion pour y insérer des formes pouvant aussi être construites avec la dénonciation, comme l'effet éducatif (à long terme) des peines ou encore la réaffirmation des valeurs de la société. De façon peut-être

moins explicite que ce que l'on pouvait observer avec la théorie de la rétribution (notre Type A), la dénonciation vient ajouter de la légitimité à la dissuasion. En effet, soit la dénonciation vient compléter la forme dominante de la dissuasion (c'est-à-dire punir pour intimider) en y ajoutant la désapprobation du public, soit elle vient ajouter une forme à la dissuasion à travers un effet plus subtil, mais qui vise toujours la réduction de la criminalité. Bref, ici encore il est possible de se demander si c'est vraiment la théorie de la dissuasion qui a facilité la naissance de la théorie de la dénonciation ? Ou si les formes de la dénonciation ne seraient-elles pas également venues apporter une légitimité nouvelle à la dissuasion ? Quoi qu'il en soit, la dénonciation a également émergé à travers ses relations avec la théorie de la dissuasion.

### **5.3 Type C : Lorsque la théorie de la dénonciation apparaît comme distincte à la fois de la théorie de la rétribution et de la théorie dissuasion**

Le dernier de nos trois types porte sur les décisions dans lesquelles la dénonciation ne présente d'attaches conceptuelles ni avec la théorie de la rétribution (notre Type A) ni avec la théorie de la dissuasion (notre Type B). Autrement dit, dans notre Type C, la décision traite la dénonciation comme une finalité (et une théorie) de la peine distincte. « Distincte » ne veut pas pour autant dire que la dénonciation n'entretient pas de relation avec les autres finalités et théories de la peine. La dénonciation y est en effet souvent présente aux côtés d'autres finalités de la peine et contribue à ce que la RPM a de plus punitif (son noyau dur). À l'occasion, la dénonciation apparaît comme le seul objectif de la peine. Elle ne perd pas pour autant sa solidarité avec les théories de la



peine de la RPM. En fait, elle permet plutôt la reproduction de la même manière de penser le SDC et les peines que transmet la RPM.

Une distinction directrice dirige cette dernière partie de l'analyse et peut être formulée sous les traits d'une question : indique-t-on explicitement la source de la désapprobation exprimée par la peine dans la décision ? De cette distinction apparaissent alors différents cas de figure :

- i. Décisions où la source de la désapprobation n'est pas identifiée, mais où la dénonciation est distincte comme un objectif en soi
- ii. Décisions où la source de la désapprobation est explicitement et exclusivement du côté de la cour, des juges ou de l'État
- iii. Décisions où la source de la désapprobation est explicitement et exclusivement du côté du public, de la société ou de la communauté

À l'intérieur de ces sous-groupes, nous présenterons les décisions à travers les relations que la dénonciation entretient avec d'autres finalités de la peine. Par exemple, apparaît-elle uniquement aux côtés de la dissuasion, de la dissuasion et de la réhabilitation, etc. ? Nous procédons de cette manière afin de marquer la proximité que la dénonciation montre avec les finalités de la peine plus connues jusque-là.

(i) Une première sous-catégorie de notre Type C est celle regroupant les décisions où la source de la désapprobation n'est pas identifiée, mais aussi où la dénonciation est distincte à titre d'objectif de la peine ; 14 décisions composent ce sous-groupe. Parmi ces décisions, 12 décisions n'identifient pas la source de la désapprobation ou de la dénonciation tandis que deux autres décisions sont ambiguës quant à cette source.

Certaines décisions où la source de la désapprobation n'est pas identifiée ont en commun d'intégrer les noms « dénonciation » ou « censure » sans qualifier l'origine de

cette dénonciation ou de cette censure. C'est par exemple le cas dans *Grimaldi* (1978)<sup>154</sup> (une décision de la Cour d'appel de l'Alberta) où il est affirmé que :

[Grimaldi, 1978 : ] « We are of the opinion that the elements of deterrence, protection of the public and **denunciation** of this kind of conduct must weigh heavily in the scales. »

Pour sa part, *Gingera* (1965) indique plutôt que la peine est « une marque de désapprobation » dont la source demeure non spécifiée :

[Gingera, 1965 : ] « As a mark of **disapproval** of your conduct and to deter others from making similar attempts, the penalties imposed must be severe. »

Par ailleurs, bien que pour toutes les décisions de ce sous-groupe, la situation est toujours la même, deux décisions présentent des dynamiques particulières. D'abord, la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Sanie* (1978) articule sa décision autour de la « censure » plutôt que la « dénonciation » sans pour autant en indiquer la source :

[Sanie, 1978 : ] « The offence is a serious one and deserving of **censure**. I think that the **censure** will be felt by the community at large if a sentence of one year is substituted for the sentence of eighteen months imposed by the trial judge. »

*Sanie* rend bien l'idée que l'expression de la censure se traduise par un certain niveau de peine bien que la source de cette « censure méritée » ne soit pas précisée. Il demeure intéressant de constater que la cour espère que la censure sera « sentie » par la communauté, sans égard à la raison.

---

<sup>154</sup> En plus de *Grimaldi* 1978, on retrouve cette dynamique dans *Beard* 1976, dans *Bowes* 1975, dans *T.G.C.* 1977 qui cite *Bowes* 1975, dans *Morrisette et al* (1970) où l'on cite le commentaire de Monsieur Ernest Cote dont nous avons fait la discussion à travers *Farley* 1975. C'est également le cas dans *Shantz* 1976, *Dekker Chevrolet-Oldsmobile Ltd* 1978, dans *Chinn* 1977, dans *Strickland* 1978 qui cite *Chinn* 1977, dans *Sanie* 1978 et dans *C.R.* 1978.

Ensuite, dans la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *C.R.* (1978), il a été dit :

[*C.R.*, 1978 : ] « We recognize, as did the trial judge, that the mistreatment of small children cannot be condemned too strongly, and must be deterred. At the same time, we are concerned with the ultimate rehabilitation of the mother, and of the continuance of the family unit, if it can be restored to normality. Such a condition would be in the best interests of all concerned, including the child. »

Cette décision n'aurait pas fait partie de notre univers de travail si les adjoints de la cour n'avaient pas traduit « cannot be condemned too strongly » par « Denunciation or repudiation of conduct » dans les mots clés accompagnant la décision<sup>155</sup> puisque « condemned » et les mots de la même famille ne faisaient pas partie de nos termes de recherches en raison de la surabondance de leurs utilisations en droit criminel. Nous nous permettons de faire cette association (entre *condemned* et *denunciation or repudiation*) puisque c'est le seul endroit dans la décision où des idées proches de la dénonciation sont émises. Selon ce que nous avons pu en apprendre<sup>156</sup>, ces mots clés sont rédigés – tout comme les résumés – par des adjoints de la cour et non par les juges eux-mêmes. Ils font par contre l'objet d'une révision pour s'assurer que le sens de la décision n'est pas travesti. Quoi qu'il en soit, ici comme dans les autres décisions de ce sous-groupe, l'origine de la condamnation exprimée par la peine (son siège) n'est pas indiquée.

En plus des décisions où la source de la désapprobation n'est pas spécifiée, nous retrouvons deux décisions (*J.P.J.B.* (1977) et *Bloye* (1969)) où les éléments présents dans la décision ne permettent pas de statuer sur la source de la désapprobation en raison de

---

<sup>155</sup> C'est également le cas dans *Spilde* 1977 et *Howie* 1977. C'est aussi le cas dans *Pigeon* 1978, bien que ce soit, pour cette décision, dans le résumé plutôt que dans les mots clés. Toutes ces décisions sont de la Cour d'appel de l'Alberta.

<sup>156</sup> Nous nous référons ici à un échange informel que nous avons eu avec le professeur de droit de l'Université d'Ottawa, André Jodouin, que nous remercions d'ailleurs pour son aide.

l'ambiguïté de ces éléments. La source de l'ambiguïté vient de l'emploi d'un pronom personnel à la première personne du pluriel qui peut renvoyer à la fois à la désapprobation de la cour et des juges ou à celle de la société (dont les juges font également partie). Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bloye* (1969) a affirmé que :

[Bloye, 1969 : ] « the sentence for the kidnapping should be increased to 10 years to demonstrate **our disapproval** of conduct of that type »

Lire la source de la désapprobation issue du « **our** » comme étant celle des juges est probablement la bonne (ce sont des juges qui rédigent la décision), mais il ne faut pas pour autant exclure les rapports de la CRD où l'on a justement utilisé des pronoms personnels à la première personne du pluriel pour renvoyer à un « nous » incluant la société. Du coup, la source de la désapprobation exprimée par la peine est ambiguë.

(ii) Une deuxième sous-catégorie du Type C est celle comportant les décisions où la source de la désapprobation se situe explicitement et exclusivement du côté de la cour, des juges ou de l'État. Cette sous-catégorie comporte 12 décisions. Ces décisions sont très homogènes. Par exemple, dans la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hancock* 1976, la cour affirme que

[Hancock, 1976 : ] « The sentence of four months consecutive to the twenty-month sentence is grossly, grossly inadequate in this case. This Court has expressed its **disapproval** of this type of criminal action [vol à main armée] in many, many cases, and sentences of eight, ten, twelve and fifteen years have been imposed and stated to be fitting by this Court. »

De manière non équivoque, la cour désapprouve vigoureusement la commission d'un type d'infraction – dans ce cas le vol à main armée – et rappelle qu'on impose

généralement des peines longues dans ce type d'affaires. C'est également de manière très explicite que la cour exprime son désaccord à la peine de quatre mois imposée par le juge de procès (consécutive à une peine de 20 mois pour conspiration dans une autre affaire).

Cette manière d'exprimer la désapprobation de la cour par la peine se retrouve également dans la décision au procès telle que rapporté par Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Myhaluk* 1977, où il a été écrit, dans une affaire de trafic d'héroïne, que :

[Myhaluk, 1977 : ] « when persons are engaged in that business they can expect the severest **censure** of the law »

Dans la décision au procès, « the severest censure of the law » a été traduite par une peine de 15 ans, peine que la cour d'appel n'a pas jugé nécessaire de modifier (on a considéré qu'aucune raison n'aurait justifié la réduction de la durée de la peine). Ainsi, malgré des formulations légèrement différentes de décisions en décisions, plusieurs décisions de cette sous-catégorie<sup>157</sup> pointent dans une même direction, c'est-à-dire que la peine peut servir à exprimer des niveaux variables de désapprobation, que ce soit de la cour, des juges ou encore du « droit » lui-même à l'égard de comportements. D'ailleurs, la dénonciation y apparaît surtout seule à titre d'objectif ou de justification de la peine.

Par ailleurs, dans la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Lapierre* (1974), les juges motivent leur décision en combinant la dissuasion à l'expression de leur propre désapprobation :

[Lapierre, 1974 : ] « We are all of the opinion that a sentence which will mark the Court's strong **disapprobation** of the conduct of the accused and which will satisfy the public interest as to the deterrent aspect of the sentence, is a term of 12 months definite and six months indefinite. »

---

<sup>157</sup> En plus de *Hancock* 1976 et *Myhaluk* 1977, nous retrouvons *James* 1978 ; *MacKay* 1970 ; *Divilio* 1970 qui cite *MacKay* 1970 ; *Zebedee* 1972 ; *L.C.C.* 1973 ; et *Gourgon* 1979 ; *Boychulk*, 1979.

Dans cette décision, l'expression de la désapprobation de la cour par la peine semble tout naturellement apparaître aux côtés de la dissuasion<sup>158</sup>.

Enfin, une décision – unique dans notre univers de travail – a intégré dans la même décision l'expression de la désapprobation de la cour et celle du public. Il s'agit du jugement dissident dans *Simmons* (1973), une décision de la Cour d'appel de l'Ontario:

[Simmons, 1973 : ] « In crimes of violence of this kind it is only a stiff sentence which will serve as an effectual deterrent against similar cruel and cowardly attacks upon defenceless women. It is only by imposing a severe penalty that the Court can truly mark its **repudiation** of crimes of such enormity and express the community's emphatic **denunciation** thereof. »

Cependant, comme le « thereof » l'indique, le juge dissident estime qu'il revient aux juges d'exprimer la désapprobation de la communauté. En fait, non seulement considère-t-il qu'il s'agit d'un devoir de la cour et des juges, mais il indique aussi qu'il est possible de considérer l'une et l'autre de ces désapprobations (la désapprobation de la cour et celle de la communauté) comme équivalentes. Il s'agit d'une manière commode de régler le problème important que pose l'expression de la désapprobation de la société à l'égard du crime.

(iii) La troisième et dernière sous-catégorie de notre Type C est celle comportant les décisions où la source de la désapprobation provient explicitement et exclusivement du public, de la société et de la communauté. Il s'agit, et de loin, du sous-groupe – tout type confondu – où nous retrouvons le plus de décisions, soit 77 décisions.

Dans 58 décisions, la dénonciation (ou l'expression de la désapprobation du public par la peine) est discutée aux côtés d'autres objectifs de la peine. À l'intérieur des

---

<sup>158</sup> L'arrêt *Moriarty* 1979 cite *Lapierre* 1974 avec approbation pour soutenir la décision prise dans ce cas.

19 autres décisions, la dénonciation est la seule finalité de la peine discutée. Nous allons donc regrouper les décisions de cette sous-catégorie – histoire d’en simplifier la discussion – à partir des finalités de la peine autour desquelles la dénonciation apparaît. Nous avons utilisé les regroupements suivant : « avec la dissuasion et la rétribution », « avec la dissuasion, la réhabilitation et la neutralisation », « avec la dissuasion et la réhabilitation », « seulement avec la dissuasion », « les autres relations observées » et les décisions où « la dénonciation apparaît seule ».

*Avec la dissuasion et la rétribution* – Nous avons repéré quatre décisions où nous pouvons distinguer, à titre de finalité de la peine, la présence à la fois de la dissuasion, de la dénonciation et de la rétribution. Nous discutons de deux d’entre elles<sup>159</sup>. D’abord, ce trio de finalités de la peine – auquel s’ajoute ici la neutralisation – se retrouve explicitement dans la décision de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans *Campbell* 1978 :

[Campbell, 1978 : ] « This was a particularly serious and heinous offence. The sentence must be one that will emphatically **express society's** detestation of the offence, protect society from such a man, punish him, and deter him and others from committing such offences. »

Ce crime « odieux » concernait l’agression sexuelle d’une fille de 13 ans par un homme de 30 ans. Il est entré la nuit dans le domicile de la jeune fille alors qu’elle était seule avec son petit frère. Il les a amenés dans un endroit isolé où il l’a agressée. Cette décision est l’une de quatre décisions de notre univers de travail où l’on peut observer la combinaison de la rétribution (dans la volonté de *punish him*), de la dissuasion et de la dénonciation où ces finalités de la peine sont toutes distinctes les unes des autres et ce,

---

<sup>159</sup> *Irwin* 1979 et *McGonigal* 1978 sont similaires à *Campbell* 1978 et à *Tyler* 1976.

contrairement aux Types A et B où la dénonciation faisait partie de la rétribution ou de la dissuasion (nous citerons la deuxième plus bas). La particularité de cette décision se situe dans la référence explicite à la rétribution qui est quantitativement peu présente dans notre univers de travail. Évidemment, puisque notre recherche portait sur la dénonciation, nous n'avons pas élaboré notre stratégie de recherche de manière à faire ressortir la rétribution, ce qui peut expliquer la faible représentation de la rétribution dans nos décisions. Quoi qu'il en soit, cette décision valorise les théories de la peine composant le noyau dur de la RPM, à quoi s'ajoute la neutralisation (*protect society from such a man*) qui ne s'applique que dans des cas particuliers comme celui-ci où on homme fait irruption dans un domicile, enlève des enfants et agresse sexuellement une jeune fille. À ce portrait de la RPM ne manque que la réhabilitation, mais les juges ne semblaient pas disposés à y porter attention dans ce cas.

Parallèlement, dans la décision au procès *Tyler* (1976), le juge a d'abord cité *Wood* (1975) (décision que nous avons classée dans le Type B) qui citait la CRDC sur « l'effet éducatif » des peines et du processus de détermination de la peine. On y citait également *Wood* (1975) quant aux peines « dénonciatrices »<sup>160</sup> sans pour autant reprendre les éléments nous ayant amené à conclure que *Wood* (1975) faisait partie du Type B<sup>161</sup>.

C'est après la discussion de ces passages que le juge du procès a affirmé :

[Tyler, 1976 : ] « we have not yet reached a time when one can by the imposition of suspended sentences or fines in circumstances such as this, appear to punish or deter or **denounce** the action of the people who become intoxicated either through drugs or alcohol. »

---

<sup>160</sup> **Wood** : « The **denunciatory** sentence plays an important part in maintaining the righteousness of society values. The community demands that certain conduct be heavily punished and when the courts fail to satisfy this demand to support core values, the public, in my view, can justifiably complain that the courts have failed in their duty. »

<sup>161</sup> Les citations de *Wood* 1975 nous semblent suffisantes pour considérer que la dénonciation est celle du public, bien que la source ne soit pas spécifiée dans le dernier extrait.



Tout comme dans *Campbell* (1978), la cour considère les théories de la peine composant le noyau dur de la RPM. *Tyler* (1976) souligne tout de même une conséquence de l'interaction de ces trois théories de la peine : ces finalités de la peine ne peuvent pas être atteintes par des sentences suspendues ou des amendes pour ce genre d'infractions. Cette décision réitère qu'une « vraie peine » pour les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation, c'est d'abord et avant tout une peine privative de liberté.

*Avec la dissuasion, la réhabilitation et la neutralisation* – Nous avons identifié deux décisions où la dénonciation se retrouve aux côtés de la dissuasion, de la réhabilitation et de la neutralisation.

La décision de la Cour du Québec au procès *Sabloff* (1979) illustre les éléments que l'on retrouve dans ces deux décisions. On y cite (et traduit) d'abord une décision de la Cour d'appel du Québec signée par le Juge Lamer dans *Lebovitch* (1979) où il a été écrit que : « society seeks by imprisonment to underscore its **disapproval** of trafficking in narcotics »<sup>162</sup>. On y reprend également l'idée du « judicieux mélange » (de *wise blending*) auquel nous avons déjà fait référence, mais de manière différente à ce que nous retrouvons dans *Willaert* (1953) :

[Sabloff, 1979 : ] « A fit and proper sentence is the end product of a « wise blending » of the considerations of the protection of society, deterrence and rehabilitation. However, where an accused has been convicted of either trafficking or possession for the purpose of trafficking, the courts have consistently ruled that deterrence and the protection of the public are the paramount considerations, and that, in the absence of « exceptional circumstances », a period of incarceration should be imposed. There is also the factor of showing social **disapproval** of the prohibited conduct. »

---

<sup>162</sup> Nous reviendrons sous peu sur *Lebovitch* 1979.

Il y a deux différences entre l'utilisation du « judiciaire mélange » dans *Sabloff* et dans *Willaert* : (1) *Sabloff* précise la contribution de la neutralisation tandis qu'elle n'était pas explicitée dans *Willaert* (sans pour autant l'en exclure) ; et (2) la rétribution n'est plus mentionnée tandis qu'on précise, dans *Sabloff*, la démonstration de la « désapprobation sociale »<sup>163</sup>.

La manière par laquelle on applique le « judiciaire mélange », dans une affaire de trafic de drogue, consiste selon *Sabloff* à accorder préséance à la neutralisation et à la dissuasion tout en gardant en tête l'expression de la désapprobation du public. Autrement dit, dans des cas de trafic de drogue, la réhabilitation ne doit pas être considérée<sup>164</sup>.

*Avec la dissuasion et la réhabilitation* – 16 décisions appartenant au groupe de décisions explicitant la source de la désapprobation exprimée par la peine dans la société, la communauté ou le public faisant partie de notre Type C construisent un discours à l'intérieur duquel la dénonciation apparaît aux côtés de la dissuasion et de la réhabilitation.

Des décisions mettent en relation la désapprobation du public et la dissuasion générale et/ou spécifique et y insèrent également la réhabilitation. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Allan* (1979) illustre cette situation :

[Allan, 1979 : ] « The **repudiation** by society through the court of the mindless horror perpetrated on Mrs. S. by the respondent, which is still having its effect on her and on her life, must be clear and firm. We are all of the view that a three year sentence for the conviction of rape on the facts of this case is totally inadequate to express the **revulsion** of society at the seriousness of the offence and to act as a

---

<sup>163</sup> Comme nous le verrons sous peu, d'autres décisions ont également fait cette modification au « judiciaire mélange » tel que le proposait *Willaert*.

<sup>164</sup> Dans E.J.B. 1978, la décision est très similaire à celle dans *Sabloff* mise à part l'absence de référence au « judiciaire mélange ». Par ailleurs, dans *E.J.B.*, la réhabilitation doit également jouer un rôle moindre que les autres finalités (et théories) de la peine.

necessary deterrent to the respondent and to others of like mind. On the other hand, in imposing a sentence that is adequate to mark the **abhorrence** of society of the offender's conduct, the other aim of sentencing which is rehabilitation or reformation cannot be ignored or overlooked. »

Dans ce passage, la réhabilitation de l'infracteur entre dans la balance avec la dénonciation et la dissuasion de manière à atténuer la sévérité des peines imposées pour les finalités distantes ou abstraites que sont la dissuasion et la dénonciation. De ce qui transparaît de *Allan* (1979), la manière de produire le « judicieux mélange » entre différentes finalités de la peine a conduit à mettre au second plan la réhabilitation<sup>165</sup>.

Une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Papple* (1978), distingue pour sa part l'expression de la désapprobation du public par la peine de la rétribution :

[Papple, 1978 : ] « In passing sentence, reform and rehabilitation predominated. I have no illusions that incarceration rehabilitates anyone, but it does have curative qualities as a deterrent to the convicted person and to others generally. It also conveys, not retribution and retaliation, but the **repugnance** and opprobrium which is aroused in the community, particularly in a small one such as here, against a violent and disgusting form of assault by a complete stranger on a young girl in the solitude of her own home, where the accused intruded uninvited. Some period of incarceration is required. »

Tout spécialement vis-à-vis de la dénonciation, la cour affirme que la peine transmet la répugnance de la communauté plutôt que la rétribution ou la vengeance. Cette manière d'expliciter le caractère distinct de la dénonciation vis-à-vis de la rétribution n'est manifestée dans notre univers de travail que dans cette décision. Par ailleurs, nous ne pouvons passer sous silence le point de vue exprimé par cette cour à l'égard de la réhabilitation. On nous dit que bien que la prison ne permette pas la réhabilitation – ce

---

<sup>165</sup> *Bartlett* 1961 et *Pontello* 1977 reprennent les mêmes lignes que *Allan* 1979, tout comme *Levey* 1978, *Spilde* 1977, *Littlelight* 1979 et *Guthrie* 1978 construisaient également une décision à partir d'une réflexion intégrant ces trois objectifs de la peine.

qui n'est pas si surprenant comme point de vue durant cette période – elle est tout de même « curative » à travers la dissuasion (générale et spécifique). Cependant, cette décision appelle une question : y aurait-on remplacé une illusion (l'idéal réhabilitatif) par une autre (les promesses de la théorie de la dissuasion) ?

Par ailleurs, plusieurs décisions explicitent la différence entre la dénonciation et la dissuasion. C'est notamment le cas dans *Atkinson* (1977), une décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, où un juge cite une de ses décisions antérieures (*Jackson* 1977)<sup>166</sup> :

[Atkinson, 1977 : ] « I respectfully believe [the trial judge] erred in thus placing so much negative emphasis on the absence in this case of reform and personal deterrence as sentencing factors. This offence is one where deterrence to others and public **denunciation** are the factors which nearly always overwhelmingly dictate a heavy sentence.

[...] In that case, *R. v. Jackson* (1977), 21 N.S.R.(2d) 17, I made the following comments which, in my opinion, also apply here:

[Jackson, 1977 : ] « I suggest that the relative weight or mix of the three basic factors -- deterrence of the offender, deterrence of others and rehabilitation and reform -- varies not only with reference to the nature, history and character of the offender, but also with the kind of offence. And to the mixture in any given case must often be added a fourth factor *often similar in its influence* but *by no means identical to 'deterrence'*, namely, the need to express social **repudiation** and **abhorrence** of a particular crime by, to use a largely outmoded word, 'punishment' of the offender. [...] Conversely, other crimes, and I respectfully include the hit and run offence in this category when personal injury or death has occurred, are recognized by Parliament and society as requiring a large measure of imprisonment, even though, almost always, the offender requires no reform from criminal ways and where the horror of the event and trial alone largely deters him from any repetition. »

---

<sup>166</sup> En plus de *Atkinson* 1977 et *Jackson* 1977, *Darrach* 1978 cite *Atkinson* 1977 tandis que *Ruddock* 1978 cite directement *Jackson*.

*Pfeifer* 1978 affirme de manière très similaire à *Atkinson* : « I do not think that [public denunciation] is quite the same thing as a deterrence. » D'ailleurs, dans *Pfeifer*, la « public denunciation » fait partie du « wise blending »

Concernant l'originalité d'*Atkinson* (1977), il est intéressant de noter que le juge fait s'équivaloir « to express social repudiation and abhorrence » et « public denunciation ». Il est du même coup possible d'observer que la dénonciation, comme finalité de la peine, commence à avoir un nom qu'on reconnaît et que l'on peut utiliser tout comme on peut utiliser une expression équivalente. En ce qui concerne les éléments de *Jackson* (1977) repris dans *Atkinson* (1977), des remarques à plusieurs niveaux s'imposent. Premièrement, nous y retrouvons une formulation comparable au « judicieux mélange » à travers l'emploi de « mix » et de « mixture » en début et en milieu de citation. Deuxièmement, on y affirme clairement la différence entre la dissuasion et la dénonciation, où la dénonciation est « by no means identical to 'deterrence' », ce qui n'a pas pour autant empêché le juge de remarquer que la dénonciation et la dissuasion produisaient souvent le même genre de résultat en termes d'influence. Une fois mis en lien avec la dernière phrase du premier paragraphe, nous obtenons que la dissuasion générale et la dénonciation dictent presque toujours des peines sévères. Par ailleurs, cette reconnaissance de la complémentarité entre la dissuasion et la dénonciation permet de bien sentir l'influence de la RPM : certaines théories de la peine sont complémentaires malgré leurs différences permettant chacune à leur façon la prise de décisions similaires. Troisièmement, on y montre une facette de la relation intéressante entre la dénonciation et la peine. En effet, que l'expression de la désapprobation de la société se fasse par l'infliction de peines n'est pas spécifique à cette décision. Cependant, à la fin des années 1970, bien que le juge considère que l'emploi du vocable « peine » (*punishment*) soit « démodé » (*outmoded*), il s'applique toujours en matière de dénonciation (et assurément de son point de vue en matière de dissuasion).

Tout spécifiquement sur ce dernier point, nous pouvons également mentionner la décision au procès dans *Boylen* (1972), où l'on cite un groupe de travail lors du *National Conference on the Disposition of Offenders in Canada* tenu en 1972<sup>167</sup> :

[Boylen, 1972 : ] « I wish to quote what I consider to be a fair summary of the position of the sentencers and the objective they seek to obtain. The quotation I give below is from the report of a group of persons called together at the National Conference on the Disposition of Offenders in Canada, held 14th-17th May 1972 at the Centre of Criminology, University of Toronto. My quotation is from the report of Group D, which appears on p. 47 of the report of the proceedings of the conference:

[un groupe de travail : ] « We hope to rehabilitate offenders and thus keep them from future criminality and we hope to deter potential offenders from transgressing at all. In achieving the latter, however, we may be faced with the dilemma of overpunishing an individual in a manner which might be counter-productive to his own rehabilitation. Whilst the rehabilitative ideal remains persuasive, there is legitimate space for an unashamed recognition that society has the right to **denounce** certain conduct in no uncertain manner and to punish its breach in as humane a manner as possible. »

Dans la première partie de ce passage cité dans *Boylen* (1972), on peut reconnaître implicitement des références tant à la réhabilitation qu'à la neutralisation, mais aussi aux dissuasions générale et spécifique. Il est d'ailleurs intéressant d'y voir la relation entre la réhabilitation et la dissuasion comme un dilemme puisque punir pour valoriser la seconde finalité peut fort bien amener des effets contre-productifs du point de vue de la première. Quoi qu'il en soit et malgré l'importance de la réhabilitation pour le rapport de ce groupe de travail, il existe un droit légitime pour la société de punir pour dénoncer certains comportements, ce qui « n'a rien de honteux » (*unashamed recognition*). Comme dans *Jackson* (1977) (à travers *Atkinson* (1977)), on semble percevoir la possibilité que la dénonciation de comportements par la société puisse être perçue négativement, mais qu'à cela ne tienne, la dénonciation est un droit de la société.

---

<sup>167</sup> *Morrison* 1975 cite également ce groupe de travail.

Dans un autre ordre d'idée, nous avons repéré une décision où la décision articule son discours autour de la dénonciation (cette fois sous les traits de la répudiation), la dissuasion et la réhabilitation. Il s'agit de *Basha* 1978, décision rendue par une cour de première instance de Terre-Neuve dans une affaire de trafic de cannabis :

[Basha, 1978 : ] « The deterrent aspect in sentencing for trafficking in cannabis is the paramount one, over-riding the reformative and **repudiation** aspects, but all three being the means whereby the protection of society is attained. The Protection of Society is the principal purpose of the criminal process so we are told in cases such as Wilmott, Morrissette, Grady and many others.

[...]

I have to administer the law as it now exists, but knowing very well that total social **disapproval** for this crime does not exist – I refer to an important case on sentencing in this area, R. v. Fairn, noted at the outset in which O'Hearn, Nova Scotia County Court Judge at Halifax, speaking about social **disapproval** of a crime at page 427 of the report, says, (of a possession case),

[Fairn, ? : ] « How operative is social **disapproval** on the drug scene? My own reading is that the celebrated generation gap is almost fully effective here to multiply [sic] social **disapproval** . . . »

and further on the same page he says,

[de nouveau Fairn, ? : ] « Can the courts bolster social disapproval by treating these offences very seriously? I think they can, but again the fact that society is divided between generations on this topic lessens the weight that legal penalties would usually have in such reinforcement . . . What the young observe is middle aged or elderly judges who are inexperienced in the use and abuse of drugs, imposing their opinions by force of law upon the young, who are in this case the more experienced in the actual use and effects, or at least think they are. Certainly most judges who have to deal with drug cases try to explore the medical and social background of this trend much more thoroughly than the users. Despite this, the appearances are such that social **disapproval** is not at present a very effective force in countering the drug subculture. »

Peu de décisions de notre univers de travail mettent l'accent sur la possibilité que l'expression de désapprobation du public par la peine puisse servir à prévenir le crime. D'ailleurs, *Basha* (1978) est l'une des rares décisions où la cour ne présume pas la désapprobation du public à l'égard du comportement. En fait, le problème que souligne le

juge consiste à observer le conflit générationnel sur la consommation (et parallèlement sur le trafic) de cannabis. En l'absence de désapprobation sociale généralisée vis-à-vis de ce comportement, le juge au procès a peu d'espoir de renforcer cette désapprobation en traitant sévèrement ce comportement. Ce que l'on peut tout de même conclure de cet extrait, c'est que pour ce juge, devant d'autres types d'infractions où la désapprobation sociale est plus uniformément répandue dans la population, il est possible de consolider cette désapprobation sociale par l'imposition de peines sévères.

*Seulement avec la dissuasion* - Comme nous le remarquons plus tôt (sans pour autant vouloir en tirer de conclusions particulières), la rétribution est très peu présente dans notre univers de travail. Par comparaison, la dissuasion est très fréquemment évoquée. Dans plusieurs décisions que nous avons analysées, la dénonciation apparaît seule avec la dissuasion.

Une première représentation de cette situation se trouve dans une décision de la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse, *Lockhart* (1976). On y met en relation l'expression de la désapprobation du public à l'égard du crime et la dissuasion générale et spécifique comme motivation pour une peine de détention longue (à la suite de peines consécutives) :

[Lockhart, 1976 : ] « We are of the opinion that the facts before the learned trial judge justified his remarks and that the sentences he imposed were in accordance with the proper principles of sentencing. We can detect no reviewable error. The sentences neither singly nor as a totality are excessive and do not unduly emphasize society's **denunciation** of such crimes or the urgent need to deter the appellant and others from committing them. »



Ici, comme dans plusieurs autres décisions, la dénonciation, à titre de finalité (et possiblement de théorie) de la peine distincte, côtoie une autre finalité/théorie de la peine, la dissuasion, pour justifier une peine sévère. C'est également le cas dans le jugement dissident accompagnant la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *McAuley* (1954) :

[*McAuley*, 1954 : ] « I am of the opinion that as a deterrent and to demonstrate the **disapproval** of society a more rigorous sentence should be imposed in a case of this nature, where so serious a crime as armed robbery is involved. I would have increased the sentences »

Dans cette décision, « l'expression de la désapprobation de la société » et la « dissuasion » permettent toutes deux (au moins en combinaison, mais peut-être seule également) de majorer la sévérité de la peine. *Nordvall* (1977) utilise plutôt l'expression « the principles of **denunciation** and deterrent » dans une formulation également comparable à celle dans *McAuley* (1954)<sup>168</sup>.

D'ailleurs, dans certaines décisions, on précise le sens de la dénonciation qui apparaît aux côtés de la dissuasion générale. C'est notamment le cas dans la décision *Purnell* (1976) où une cour de première instance de l'Alberta citera d'abord *Wood* (1975) pour ensuite discuter de la dénonciation<sup>169</sup>. De *Wood* (1975), la cour retiendra la citation de la CRD (1974) et aussi le passage suivant :

[*Purnell*, 1976 citant *Wood* 1975 : ] « The **denunciatory** sentence plays an important part in maintaining the righteousness of society values. The community demands that certain conduct be heavily punished and when the courts fail to

---

<sup>168</sup> En plus de *Lockhart* 1976 et de *McAuley* 1954, nous observons des formulations comparables dans *St. Germain* 1978, *Black* 1976, *Brown* 1978, *G.T.* 1977, *Carr* 1978, *Trenchfield* 1978, *Markic* 1978, *Morrow et Myette* 1976, *Reining* 1976, *Howie* 1977, *Brunelle* 1978, *MacPherson* 1978, *Pottie* 1978, *Skaldany* 1978, *Pigeon* 1978, *Aalders* 1979 et *Boyd* 1979, tandis que *MacArthur* 1979 cite directement *Lockhart* 1976.

<sup>169</sup> En plus de la décision dans *Purnell* 1976, les décisions dans *Hertzog and MacLeod* 1978 et dans *Kerley* 1978 présentent les mêmes caractéristiques.

satisfy this demand to support core values, the public, in my view, can justifiably complain that the courts have failed in their duty. »

Par la suite, le juge dans *Purnell* ajoute :

[Purnell, 1976 : ] « I feel there can be little doubt that the sentence in this case is governed by the necessity of the **denunciatory** sentence which demands that the public appreciate that this conduct cannot be tolerated, will not be tolerated and reside be punished. [...] [L'omission porte sur une discussion des facteurs aggravants et atténuants.]

Now, in conclusion, the sentence that I feel that is to be imposed is principally one of indicating to the public the seriousness of these offences and to deter others who might be tempted to commit similar crimes. »

Dans le contexte de cette décision, indiquer le sérieux du crime au public par la peine semble être ce que l'on a qualifié de « peine dénonciatrice ». À cet égard, la décision au procès dans *Kerley* (1978) parlait elle de « leçon morale pour le reste de la communauté »<sup>170</sup>. Enfin, dans *Purnell* (1976), non seulement on ne donne pas d'indication d'avoir retenu le lien explicite qu'on avait fait dans *Wood* (1975) entre la dénonciation et la dissuasion, mais en plus, on n'y reprend même pas le sens de la dénonciation tel que présente dans la citation faite de *Wood* à ce sujet. En effet, dans *Wood*, la dénonciation correspondait à une peine qui répondait à la demande de la communauté quant au soutien de certaines valeurs. On y présumait donc la présence de ces valeurs dans la communauté tandis que l'on cherche plutôt à guider le public dans *Purnell* (1976), à la manière de ce qui avait été mentionné par une cour d'appel anglaise dans *Sargeant* (1975). Deux conceptions ou complémentaires ou compétitrices de la dénonciation sont donc présentes dans cette même décision.

---

<sup>170</sup> C'est notre traduction de : « so that the rest of the community will have the moral lesson ».

Les autres relations observées – Ces « autres relations observées » sont en fait ces décisions où la dénonciation n'est pas liée à la dissuasion, mais où elle est tout de même en contact avec d'autres finalités de la peine. Nous trouvons 11 autres décisions, dont quatre décisions provenant du Québec et sept décisions d'autres provinces.

Dans *Gionet (1977)*, les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse sont amenés à prendre position dans une affaire où la juge au procès a mis en balance la réhabilitation et la dénonciation :

[Gionet, 1977 : ] « Here [the trial judge] quite properly said that ordinarily a penitentiary term would have been required as societal **denunciation**. He provided instead the maximum term in the Correctional Centre so that the respondent could continue psychiatric treatment which is virtually unavailable in any Maritime penitentiary. We cannot say he erred. »

Dans cette décision, on reconnaît qu'en l'absence d'autres considérations, la dénonciation aurait commandé l'infliction d'une peine de pénitencier (d'une durée qui n'est pas précisée). Cependant, des considérations pratiques liées à la réhabilitation – l'absence de traitement psychiatrique dans les pénitenciers des provinces maritimes à ce moment – ont amené le juge du procès à plutôt imposé une peine de 2 ans moins 1 jour (de juridiction provinciale) puisque cette peine permettait la poursuite du processus thérapeutique déjà amorcé. Il ne serait vraisemblablement pas abusif de croire que si les traitements avaient été accessibles en pénitencier, la dénonciation aurait valu une peine plus longue à cet accusé.

Dans un autre ordre d'idées, les décisions signées par le juge Lamer lors de son bref passage à la Cour d'appel du Québec (de 1978 à 1980) – fortement représentées parmi les décisions que nous avons analysées – semblent marquées par les antécédents du

juge Lamer<sup>171</sup>. En effet, le juge Lamer a été vice-président de la *Commission de Réforme du Droit du Canada* durant la période où la Commission a rédigé l'essentiel de sa réflexion en matière de détermination de la peine (1971 – 1976). Comme nous l'avons vu, la CRDC a mis de l'avant un point de vue sur la détermination de la peine qui lui était propre et à l'intérieur duquel la dénonciation occupait une place privilégiée. D'ailleurs, c'est également le juge Lamer, alors juge en chef de la Cour suprême du Canada, qui a signé la décision dans *M.(C.A.)* 1996, soit la décision de la CSC la plus élaborée de son histoire récente en matière de détermination de la peine et où la cour élabore le plus sur la dénonciation.

Le juge Lamer semble avoir retenu de son passage à la CRDC l'idée que l'emprisonnement n'est justifié que pour neutraliser les infracteurs dangereux et pour dénoncer le crime. Il applique ce raisonnement à différentes décisions, notamment celle qu'il signe pour la Cour d'appel dans *Mirovitch* (1979), dans *Rowan* (1979) (décision inédite citée dans *Mirovitch*) et de son motif séparé dans *Lebovitch* (1979) :

[Rowan, 1979 : ] « [...] La société doit dans ce cas souligner de façon particulière sa **réprobation** face au trafic de cette drogue nouvelle et en outre imposer une peine que neutralisera, pour un temps du moins, la dangerosité que constitue la cupidité de l'intimé. »

[Mirovitch 1979 : ] « Il est à espérer que cette décision, tout comme celle de Rowan, reçoive suffisamment de publicité pour que ceux qui seraient tentés de trafiquer du PCP sachent qu'à moins de circonstances exceptionnelles (tel des fois dans certaines circonstances le fait qu'il s'agisse de trafiquants consommateurs), ils s'exposent à des peines d'incarcération dans les pénitenciers suffisamment longues pour souligner la **réprobation** sociale face à leur conduite et en même temps neutraliser la dangerosité que comporte leur cupidité. »

[Lebovitch 1979 : ] « En matière de trafic de narcotiques la sévérité que manifeste à bon droit d'ailleurs nos tribunaux se justifie tant au chef de la dangerosité du négoce de l'accusé que du besoin de souligner de la façon la plus rigoureuse la

---

<sup>171</sup> Plusieurs décisions signées par le juge Lamer font partie de notre univers de travail.

**réprobation** sociale face à cette activité des plus dévastatrices pour hélas une multitude d'êtres humains et qui est la cause directe de la commission d'un nombre effarant d'infractions de toute nature, et non nécessairement des moins graves. Ce sont les deux raisons pour lesquelles d'ailleurs, sans hésitation aucune, j'étais d'accord pour que nous imposions à Rowan une peine de pénitencier.

N'eût été le fait que l'appelant Lebovitch était un « consommateur » et que son trafic n'en était pas la cause, mais plutôt le résultat, je n'aurais pas hésité à lui imposer une peine d'au moins cinq ans de pénitencier. Outre les distinctions à faire entre la sorte de drogue, lorsqu'il s'agit d'imposer une peine à un trafiquant on doit faire une distinction aussi entre le trafiquant non consommateur de celui qui trafique pour consommer. En effet, ce n'est pas en imposant une peine à celui-ci que la société souligne le mieux sa **réprobation** du trafic des narcotiques; ce le sera en imposant l'emprisonnement au trafiquant qui avec d'autres a été à l'origine de la narcomanie du prévenu. Ceci pour dire que lorsqu'on incarcère le trafiquant-usager ce ne sera pas tellement au chef de la **dénonciation** (**réprobation** sociale) que ce le sera au chef du besoin de neutraliser sa dangerosité, qui sera d'autant plus grand qu'il aura choisi entre autres crimes pour s'approvisionner en drogues celui d'en procurer aux autres. »

Tant dans *Mirovitch* que dans *Lebovitch*, et aussi dans la décision *Rowan* telle que rapportée par le juge Lamer lui-même dans *Mirovitch*, l'emprisonnement ne se justifie, pour lui à tout le moins, que pour dénoncer le crime ou neutraliser l'infracteur dangereux. En d'autres mots, il y considère qu'en l'absence de dangerosité de l'accusé, il n'y a que la dénonciation qui justifie l'emprisonnement. Ce raisonnement du juge Lamer se retrouve aussi, parmi les décisions que nous avons analysées, dans *Leger* (1979), dans *Timmons* (1979) et dans la décision inédite *Desjardins* 1978 qu'on cite au procès de *Timmons* (1979)<sup>172</sup>.

À ces lignes directrices, le juge Lamer ajoute (et décrit en longueur dans *Lebovitch*) une distinction entre le trafiquant de drogue qui consomme et celui qui ne consomme pas. Ce qui semble se dégager de cette distinction consisterait à juger plus sévèrement le trafiquant de drogue qui ne consomme pas puisqu'il profiterait de la

---

<sup>172</sup> Les décisions dans *Moulton* 1979, *Thompson* 1974, *A.A.J.* 1977 et *Chartier* 1979, sont très similaires dans leur liaison entre dénonciation et neutralisation, bien qu'elles ne proviennent pas d'une cour québécoise.

détresse humaine tandis que celui qui consomme devrait davantage être traité comme une personne malade. Enfin, il est intéressant de constater le raisonnement que propose le juge Lamer dans *Mirovitch* où il souhaite la publicisation de décisions comme *Mirovitch* et *Rowan* (inédite) de telle sorte que les trafiquants (de PCP) connaîtraient à l'avance la sévérité des peines qu'ils encourent. À cette occasion, le juge Lamer souhaite implicitement que l'imposition de peines pour d'autres motifs puisse avoir un effet dissuasif, bien que rien n'indique que le juge Lamer accepterait pour ce faire une modification du quantum de peine pour favoriser l'effet dissuasif espéré à travers la publicisation de peines sévères. Nous y voyons le même type de raisonnement que Kant avait émis quelque deux cents ans plus tôt lorsqu'il avait affirmé qu'il ne fallait punir que pour satisfaire les impératifs mis de l'avant par la théorie de la rétribution, mais que ces peines « rétributivistes » pouvaient au passage avoir un effet dissuasif.

Soit dit en passant, les décisions du juge Lamer ne sont pas les seules décisions de notre univers de travail à avoir intégré des opinions émises lors des travaux de la CRDC. Nous avons précédemment discuté de *Wood* (1975) et des décisions qui citent *Wood* à cet égard. À ces décisions, il faut ajouter les décisions *Schand* (1976) et *MacLean* (1979) qui citent toutes deux le document de travail *Imprisonment and Release* de 1975 produit sous les auspices de la CRDC. Ce que les tribunaux ont retenu de ce document de travail et qui est pertinent pour nous consiste à réaffirmer que les peines privatives de liberté ne doivent être imposées que pour neutraliser un niveau inacceptable de dangerosité, « **denounce** the behaviour that is deemed highly reprehensible because of its violation of fundamental values » et pour punir le défaut intentionnel de se soumettre à une sanction moins contraignante. Dans ces deux décisions cependant, la discussion à partir de la

CRDC visait des thèmes hors de notre champ d'observation et n'a pas semblé avoir d'impact sur les décisions prises à l'égard des peines.

Décisions où la dénonciation est la SEULE finalité de la peine évoquée – Le dernier sous-groupe de notre Type C est celui où la dénonciation (ou l'expression de la désapprobation) apparaît seule dans la décision. 19 décisions appartiennent à ce dernier sous-groupe.

Les décisions de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Smith* (1979) et *Hinkey* (1979) expriment un point de vue répandu que l'on a pu déduire d'autres décisions que nous avons citées jusqu'à présent, mais qui appartenaient à un autre type ou un autre sous-groupe :

[Smith 1979 : ] « We reiterate what has been said on other occasions that a custodial sentence is necessary to express the community's **revulsion**. »

[Hinkey 1979 : ] « It has been repeatedly stated that the courts have a duty to express the **revulsion** of the community for such offences. Consequently, there must be a custodial sentence unless the circumstances are extraordinarily unusual. »<sup>173</sup>

De manière non équivoque, la cour dans *Smith* et dans *Hinkey* pose une équivalence entre l'expression de la désapprobation de la société et l'emprisonnement<sup>174</sup>. *Hinkey* ajoute tout de même un élément qu'il était également possible de déduire d'autres décisions : il doit y avoir des circonstances exceptionnelles pour que l'expression de la désapprobation de la société par la peine ne se matérialise pas sous la forme d'une peine d'emprisonnement.

---

<sup>173</sup> *Hinkey* 1979, comme d'autres décisions, considère que l'expression de la désapprobation de la société par la peine est un devoir de la cour.

<sup>174</sup> Des formulations comparables se trouvent dans *B.A.S.* 1976, *Laurin* 1977, *Zoldy* 1978, *Palmer* 1979, *Morgan* 1979, *E.L.B.* 1978 et dans *A.V.* 1978 qui cite *E.L.B.* 1978

Certaines décisions, bien que présentant des idées similaires à *Smith* (1979) et *Hinkey* (1979), offrent tout de même la possibilité d'observer des éléments d'informations additionnels. Premièrement, comme nous pouvions l'observer à l'intérieur d'un certain nombre de décisions composant notre univers de travail, la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *A.C.L.* (1977) a une manière particulière « d'exprimer » la dénonciation du public par la peine :

[*A.C.L.*, 1977 : ] « we have a duty with regard to expressing **denunciation** on behalf of the community for this type of offence. We have to make it clear to the community at large that this is a most serious offence and will be treated so by the courts of this Province. »

Dans cette affaire d'inceste où la fille « remplacera » la mère mourante auprès du père (la mère mourra en cours de route), la cour considère comme un devoir l'expression de la dénonciation « au nom de la société ». Elle considère également qu'elle doit « ***make it clear to*** the community », ce qui transmet plutôt l'impression que la cour cherche à diriger la communauté, à l'aider à comprendre ce qu'elle doit désapprouver. Apparaît donc dans cette décision la très mince ligne entre l'expression de la désapprobation de la communauté et l'imposition à celle-ci d'une direction à suivre. Mais dans un cas comme dans l'autre – du moins dans les décisions des tribunaux – c'est surtout l'incarcération qui permet d'exprimer ou de diriger la désapprobation du public.

Deuxièmement, dans le motif séparé accompagnant la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *Clarke* (1959), dans une affaire de bigamie (où l'homme mariera finalement la deuxième femme enceinte de lui après la conclusion de sa peine), il a été écrit en soutien à la décision de réduire la peine d'une année imposée au procès :

[*Clarke*, 1959 : ] « I would have preferred to reduce the sentence to 3 months. Such sentence would show society's **disapproval** of appellant's conduct and



would permit him earlier to commence to support and maintain his would-be wife and family. »

Selon ce juge, la peine devait être réduite à trois mois pour permettre à l'accusé de prendre soin de sa future « nouvelle » famille plus rapidement tout en permettant d'exprimer la désapprobation du public à l'égard de ce comportement. La décision majoritaire de cette cour sera de réduire la peine à six mois. Ce qui est tout particulièrement intéressant ici consiste à observer que même devant une infraction sans véritable victime (la femme lésée – celle qui deviendra la deuxième femme – après avoir porté plainte finira quand même par marier l'accusé), il demeure impératif d'imposer une peine exprimant la désapprobation de la société face à ce comportement.

Troisièmement, dans une décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans une affaire d'agression sexuelle par un jeune autochtone sur un garçon de 6 ans, *D.J.R.* (1977), la cour a non seulement lié la peine à l'expression de la désapprobation de la société, mais aussi à la nécessité d'éviter des vengeances privées dans l'éventualité où la peine n'aurait pas adéquatement exprimé la désapprobation de la société.

[*D.J.R.*, 1977 : ] « This is the type of offence which causes Society to express outrage. The circumstances are repulsive in nature, and the sentence imposed must reflect the **denunciatory** aspect expected by the community.

In imposing sentence we will give full recognition to the fact that the Accused was 17 years of age at the time, and that he has lived all his life on a Reserve, and will be obliged to return to that environment.

If the Court fails to impose an adequate penalty, Society might seek to avenge crimes of this kind by its own means.

We find the sentence imposed by the learned Trial Judge [les détails de cette peine ne sont pas précisées dans la décision de la Cour d'appel] to be totally inadequate, and we increase the sentence to three years' imprisonment. The Appeal is accordingly allowed. »

Bien qu'on retrouve à l'occasion cette liaison entre les peines inadéquates pour exprimer la désapprobation de la société à l'égard de certains comportements et les vengeances privées dans les discours savants, il s'agit de la seule décision de notre univers de travail qui fait cette liaison. Autrement dit, il a fallu des circonstances très particulières pour que la cour cherche à éviter des vengeances privées qu'une peine trop courte au goût du public (selon l'évaluation qu'en fait la cour) aurait entraîné.

Quatrièmement, dans une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Oliver* (1977)<sup>175</sup>, la cour développe son point de vue sur les peines à travers des références au commentaire de Lord Denning, vraisemblablement devant la *Royal Commission on Capital Punishment* (1953). On y affirme :

[Oliver, 1977 : ] « Courts do not impose sentences in response to **public clamour**, nor in a spirit of revenge. On the other hand, justice is not administered in a vacuum. Sentences imposed by courts for criminal conduct by and large must have the support of concerned and thinking citizens. If they do not have such support, the system will fail. There are cases, as Lord Denning has said, where the punishment inflicted for grave crimes should reflect the **revulsion** felt by the majority of citizens for them. In his view, the objects of punishment are not simply deterrent or reformatory. The ultimate justification of punishment is the emphatic **denunciation** by the community of a crime. In this case we are dealing with a lawyer who has in effect stolen clients' money not once, but at least eight times. The sentence that is to be imposed in respect of his offences must reflect the community's **denunciation** of his conduct.

[...]

Having reviewed the circumstances of this case it is my opinion that the 90-day intermittent sentence is totally inappropriate. »

Il est d'abord et avant tout intéressant de constater que le point de vue de Lord Denning ait pénétré la jurisprudence canadienne. Il faut tout de même mentionner qu'un élément de la pensée de Lord Denning n'a pas été reproduit dans *Oliver* puisque dans cette décision, on cible certains cas où la peine doit refléter la désapprobation de la

---

<sup>175</sup> *Gadway* 1978 cite *Oliver* 1977 qu'on décrit comme « sound philosophy concerning the problem of sentencing » et qu'on semble appliquer à la décision à prendre lors de ce procès.

société (de *There are cases ...*) tandis que pour Lord Denning, il s'agissait de la « justification ultime de toute peine ». Ce que nous retirons de cette différence est l'accentuation du statut de la dénonciation comme finalité de la peine distincte, mais avec un statut comparable à d'autres finalités de la peine là où Lord Denning lui accordait préséance sur les autres.

La cour fait également une distinction entre la « dénonciation » (ou le fait de « refléter l'indignation du public par la peine ») et la « clameur publique ». Ce que nous croyons observer ici est la réaffirmation que du point de vue de la dénonciation, le public ne doit pas être interrogé directement sur ces opinions, ce à quoi renvoie l'idée de clameur publique. Par contre, le support ou l'absence de support du public aux peines imposées n'est pas présenté de manière uniquement abstraite pour *Oliver* ; il en va de la réussite ou de l'échec du SDC. Évidemment, à la manière de la théorie de la dissuasion qui ne change pas son point de vue au motif qu'il est aisé d'identifier des cas (nombreux!) où l'effet dissuasif n'a pas joué efficacement son rôle pour prévenir le crime, la théorie de la dénonciation semble très peu préoccupée par la possibilité que le SDC puisse échouer dans sa tentative de satisfaire le public par les peines qu'il impose. En ce qui concerne la dimension factuelle de cette affaire, la cour a jugé, comme l'indique la dernière phrase de l'extrait, qu'une peine d'emprisonnement de 90 jours discontinus était « totalement inappropriée » dans cette affaire de fraude d'une valeur excédant les 300 000\$. En lieu et place, la cour a substitué à cette peine une peine de 4 ans et la décision n'évoque que la dénonciation comme finalité de la peine.

D'un autre côté, il est également possible de trouver des décisions où l'on considère que la peine est trop sévère, même lorsqu'on considère la dénonciation. C'est

par exemple le cas dans *F.M.C.* (1977) où la cour devait juger une affaire d'inceste d'un père sur ses deux filles (de 9 et 11 ans). Au procès, la peine imposée à cet accusé était la peine maximale prévue à ce moment-là, à savoir une peine de 14 ans. Sur la nature des infractions en elle-même, la décision de la Cour d'appel indique seulement que « this is a crime that is shocking beyond belief ». C'est de la manière suivante que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique justifiera la réduction de la peine d'emprisonnement de 14 à 10 ans :

[*F.M.C.*, 1977 : ] « He, however, if one can find anything good to say about such a situation, has no previous record, as I have stated. In the information before us there is no evidence of brutality, other than the fact of intercourse itself with youngsters of this age, which of course in itself is brutal; but, shocking as that is, as I have said, there is no evidence of actual brutality apart from the offences themselves. Therefore, I have misgivings about the appropriateness of the maximum sentence.

On the other hand, as this court said in *Regina v. Oliver*, [1977] 5 W.W.R. 344., there are certain cases where the punishment should reflect the **revulsion** felt by the majority of citizens for them, and this offence is one of that type.

However, I do not think it calls for the maximum. Accordingly, I would allow the appeal and reduce the sentence to one of 10 years' imprisonment. »

Implicitement ici, la cour prend position sur la gravité de l'infraction et considère qu'il ne s'agit pas du plus haut niveau de gravité prévu pour cette infraction<sup>176</sup>. Cette prise de position implicite à l'égard de la gravité de l'infraction est ensuite mise en relation avec l'expression de la désapprobation du public à travers *Oliver*. Le cumul de ces deux considérations laisse entendre que la peine retenue est importante pour ce genre d'affaires (un constat uniquement émis à partir des décisions de notre univers de travail et non d'un examen exhaustif de la jurisprudence sur cette infraction)<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Nous observons des situations similaires dans *Webster* 1978, *Robertson* 1979 et *Doyon* 1979.

<sup>177</sup> Dans *Vangoor* 1977, à la manière de *F.M.C.* 1977, on précise que des cas commandent parfois des peines visant l'expression de la désapprobation du public et que « this is one of them ».

\*\*\*

Au total, dans la grande majorité des décisions formant notre univers de travail (100 décisions sur 133), le médium « dénonciation », des médiums équivalents comme « répudiation » ou « censure », ou encore des formes renvoyant à ces médiums comme « expression de la désapprobation par la peine » ou « montrer l'indignation », jouent le rôle d'objectif de la peine et ils le font sans le support conceptuel des théories de la rétribution ou de la dissuasion. Les formulations sont légèrement différentes de décision en décision, mais un nombre relativement restreint de formes sont construites et elles sont généralement très proches les unes les autres. De plus, la dénonciation est un objectif de la peine distinct d'autres théories de la peine dans de nombreuses décisions, et le plus souvent, la désapprobation exprimée par peine est celle de la société, du public ou de la communauté qui est exprimée.

#### **5.4 Remarques conclusives**

Comme ce fut le cas pour le chapitre précédent, la conclusion de ce chapitre traitera d'abord de la naissance de la théorie de la dénonciation, la manière par laquelle elle émerge dans les décisions de tribunaux canadiens, après quoi nous élargirons l'observation pour aborder ce que ces discours jurisprudentiels permettent d'observer quant à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation.

Comme nous avons pu l'observer dans le chapitre portant sur les rapports des commissions de réforme, la théorie de la dénonciation va ici aussi naître en se servant des

théories et des médiums « rétribution » ou « dissuasion » et s'institutionnalisera chaque fois plus comme une finalité à part entière.

Ainsi, la théorie de la rétribution et le médium « rétribution » ont constitué alors une des voies pour la naissance et l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation. Le médium rétribution, qui est un langage connu du système, retient certains éléments de la théorie de la rétribution pour en construire une autre, une théorie qui n'est plus celle de la rétribution proprement dite. Quand les théories de la rétribution et de la dénonciation apparaissent l'une à côté de l'autre, elles se renforcent mutuellement dans la motivation des décisions prises. Il est alors possible d'y voir une marque de l'appartenance de la dénonciation à la RPM.

Les relations entretenues entre la dénonciation et la dissuasion sont également de l'ordre d'un renforcement mutuel à l'intérieur de la RPM. Nous avons repéré deux types de relations : soit la dénonciation est utilisée pour modifier la forme originale de la théorie de la dissuasion soit la dénonciation est une forme complémentaire de la théorie de la dissuasion qui se présente sous le jour de l'intimidation.

Enfin, l'analyse des discours jurisprudentiels nous a également permis d'observer qu'à partir d'un certain moment ou dans certaines décisions la théorie de la dénonciation apparaît « déjà née », comme n'ayant plus besoin de la médiation des théories de la rétribution et de la dissuasion. On constate alors que cette théorie de la dénonciation se trouve à l'intérieur – et non à l'extérieur – de ce système d'idées appelé *rationalité pénale moderne*.

Quant à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation, il ressort clairement de l'analyse que nous avons conduit des décisions des tribunaux canadiens des

années 1950, 1960 et 1970, que cette théorie de la peine est chaque fois plus présente comme une unité propre, indépendante des deux autres qui l'ont aidé à naître et à s'installer dans les discours juridiques. Au niveau de la légitimité de cette théorie de la peine, il appert qu'elle est suffisamment reconnue comme acceptable et appropriée. D'ailleurs, elle sert à plusieurs reprises aux cours d'appel comme motif pour reviser les décisions des cours inférieures.

Qui plus est, dans les décisions que nous avons analysées, la théorie de la dénonciation est souvent liée à l'imposition de peines carcérales, ce qui permet d'apprécier l'importance accordée à ce motif. En effet, plusieurs décisions verbalisent la filiation entre les peines visant à dénoncer ou à exprimer la désapprobation et l'emprisonnement. Autrement dit, lorsque la dénonciation ou l'expression de la désapprobation est utilisée pour motiver une décision sur les peines, les tribunaux jugent qu'il est souvent nécessaire d'imposer des peines d'incarcération. En cours de discussion, nous avons souligné quelques-unes de ces décisions.

Parallèlement, d'autres décisions rejettent explicitement ce qui constitue une des dimensions essentielles de la théorie de la dénonciation, soit la prise en compte des attentes du public à l'égard des peines. Nous avons regroupé ces décisions dans un sous-groupe du nom de « ne pas suivre l'opinion publique ». Ces décisions sont peu nombreuses, mais elles permettent d'observer que la légitimité de la dénonciation n'est pas incontestable et incontestée.

Par ailleurs, malgré qu'il soit possible d'observer une certaine variété dans les médiums servant à construire les formes de la théorie de la dénonciation, ils sont suffisamment peu nombreux pour que nous puissions affirmer que certains médiums sont

« tenus pour acquis ». En effet, nous retrouvons aux côtés du médium « dénonciation », quelques autres médiums comme « society's abhorrence » et « réprobation ». Les suites de la codification du milieu des années 1990 au Canada amèneront une raréfaction des médiums de la théorie de la dénonciation utilisés, mais l'essentiel de l'institutionnalisation de la dénonciation dans des formes reconnaissables avait été déjà accompli à la fin des années 1970.

Bref, la présence de la dénonciation comme motif légitime de décisions et le fait qu'elle soit « tenue pour acquise » dans ces mêmes décisions malgré un certain flottement au niveau des médiums et des formes servant à construire la théorie de la dénonciation, nous pouvons conclure que dans les décisions des tribunaux, cette théorie de la peine est déjà fortement institutionnalisée à la fin des années 1970.

\*\*\*

Nous avons adopté une approche multidimensionnelle pour élucider ce qu'est la théorie de la dénonciation. Après avoir observé différentes trames discursives (les discours savants, les discours de commissions de réforme et les discours jurisprudentiels), nous avons considéré non seulement utile, mais aussi nécessaire d'explorer les racines de la théorie de la dénonciation. Pour ce faire, nous avons suivi les pistes identifiées par les discours savants et nous nous sommes plongé dans des discours sur le droit de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle.



## Chapitre VI

### Une reconstitution de la théorie de la dénonciation et l'apport de

#### James Fitzjames Stephen

Dans ce dernier chapitre, notre objectif est d'explorer certains textes choisis pour amorcer l'élucidation de la forme originale de la théorie de la dénonciation (ou du moins, une de ses formes originales). Il faudra cependant y voir davantage une première tentative plutôt qu'une proposition définitive de formulation.

Lorsque les discours savants traitent de l'origine de la dénonciation (sa source), ils pointent le plus souvent dans la direction de James Fitzjames Stephen et d'Émile Durkheim. C'est du côté de Stephen que nous fixerons notre attention plutôt que chez Durkheim, ou chez les deux auteurs à la fois. Nous indiquerons tout de même dans la première partie pourquoi nous hésitons toujours à lier définitivement Durkheim à la dénonciation. D'ailleurs, dans cette première partie de ce chapitre, nous montrerons également une partie du contexte dans lequel Stephen a exprimé des idées que nous connaissons maintenant sous le nom « théorie de la dénonciation ». C'est dans la seconde partie que nous montrerons comment les idées de Stephen peuvent s'inscrire dans le cadre que nous avons présenté au premier chapitre pour réfléchir sur les théories de la peine.

Plusieurs choix s'offraient à nous quant à la place d'insertion de ce chapitre dans notre thèse. Nous pouvions par exemple le fonder à l'intérieur du chapitre théorique, puisqu'il s'agit de l'élucidation d'une « théorie » de la peine. Nous pouvions aussi en

faire le premier chapitre empirique parce qu'il s'agit également de cela : rendre compte de ce que nos données nous disaient quant à la forme originale de la théorie de la dénonciation, au même titre que les discours savants, les rapports de commissions de réforme ou des décisions des tribunaux, et tout en respectant la chronologie des événements.

Nous avons plutôt opté pour l'approche rétrospective (un *flashback*) pour deux raisons. Premièrement, ce chapitre sur la forme originale de la théorie de la dénonciation n'était pas nécessaire pour la compréhension et l'appréciation des chapitres précédents. D'ailleurs, le retour aux sources s'est fait plus tardivement dans notre démarche de recherche ; nous avons exploré d'abord la doctrine, des rapports de commissions de réforme et des décisions des tribunaux pour avoir accès à l'état de la connaissance sur la dénonciation. Deuxièmement, même si nous croyons que la théorie de la dénonciation remonte, comme nous le montrerons ici, en droite ligne à une période historique particulière (la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle), cette observation ne peut se faire que rétroactivement après les années 1950, période où la dénonciation devient très visible dans les discours sur les peines. Pour le dire autrement et plus directement, les textes sur lesquels nous travaillons ici sont bien connus des juristes et philosophes depuis longtemps déjà, mais personne jusqu'à maintenant n'y avait jamais observé des idées à ce point différentes et originales qu'il fallait leur porter une attention toute particulière du point de vue des théories de la peine. Certains avaient identifié quelque chose de l'ordre d'une théorie de la dénonciation ou d'une théorie expressive de la peine, mais elle demeurait méconnue notamment parce que les auteurs s'empressaient d'ajouter qu'il ne s'agissait pas d'une justification indépendante de la peine.

L'intérêt du retour aux sources d'une théorie de la peine, au moment de sa « formation », consiste à montrer de quelles manières les pratiques discursives ont été altérées par l'introduction d'une « nouvelle théorie de la peine ». Nous avons vu, tout au long des derniers chapitres, que la dénonciation, lorsqu'elle apparaît dans les discours sur les peines, vient accompagnée de contradictions et d'ambivalences. L'exploration des premières formes de cette théorie de la peine comme théorie de la peine distincte permet en partie de comprendre ces contradictions et ambivalences.

Qui plus est, conformément aux remarques que nous avons faites dans le premier chapitre, l'institutionnalisation d'une théorie de la peine dans le SDC doit s'observer comme un processus dynamique avec des niveaux variables (de faiblement institutionnalisée à fortement institutionnalisée). De ce point de vue, l'approche rétrospective que nous employons ici nous permet de voir chez Stephen le moment où la théorie de la dénonciation apparaît dans l'univers institutionnel du droit criminel ce qui, comme nous l'avons vu, sera la première étape d'une institutionnalisation s'échelonnant sur un siècle, du moins, dans sa forme visible.

### **6.1 L'émergence d'une certaine mise en relation du public et des peines de droit criminel dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle**

Comme nous nous sommes affairé à le montrer dans les derniers chapitres, il est devenu courant dans les discours sur les peines des années 1950 à 1980 d'exprimer un désir de punir selon la volonté du public, d'exprimer la désapprobation du public ou à tout le moins de punir de telle sorte à orienter la désapprobation du public. Nous avons mentionné des décisions et certains auteurs, dont Fitzgerald (1966), qui prenaient

explicitement la position opposée, c'est-à-dire que l'opinion publique ou le public ne possède pas un droit patent à la satisfaction de sa réprobation du crime par la peine. Pourtant, des auteurs ont spécifiquement promu l'intérêt de fournir une telle satisfaction pour le droit criminel.

Comme nous le verrons, c'est notamment le cas de Stephen. Cependant, on voit des propositions de cet ordre apparaître chez quelques-uns de ses contemporains, fort connus par ailleurs ; nous pensons ici à Gabriel Tarde et à Raffaele Garofalo. Les idées de Stephen ont été associées à la théorie de la dénonciation, tandis que ces deux juges et criminologues ont émis certaines idées similaires sans que cela soit relevé par la suite<sup>178</sup>. Nous identifierons dans un premier cas certaines idées de Garofalo après quoi nous présenterons le point de vue de Tarde. Notre objectif n'est pas tant de montrer qu'on retrouve des formulations de la théorie de la dénonciation chez Garofalo ou chez Tarde. Il est ici seulement question d'observer chez ces auteurs l'importance de l'idée de satisfaire le public par la peine ou de punir en suivant les attentes du public à l'égard des peines, une manière de lier le public et les peines qui se retrouve également chez Stephen.

### 6.1.1 La peine et le public chez Garofalo

Pour Garofalo, le crime est une atteinte au sens moral moyen d'une collectivité, mais il faut également que ce soit considéré comme tel par l'opinion publique (Garofalo, 1905, 5, 10 et 36). De là apparaîtra chez lui l'idée de la satisfaction du public par la peine. En effet, la peine pourrait avoir, selon lui, un effet préventif direct (l'effet dissuasif et la neutralisation) et indirect (dont à travers différentes mesures sociales) (1905, 198, 212 à

---

<sup>178</sup> C'est Alvaro Pires qui a attiré notre attention sur les similitudes entre Stephen, Tarde et Garofalo en nous rappelant qu'il avait effleuré cette question dans Pires (2001b, 200) pour Tarde et dans Pires (2001a, 514) dans le cas de Garofalo.

214). À titre de prévention indirecte, il mentionne que la sévérité des peines peut viser à faire évoluer la morale du peuple jusqu'à concevoir cette criminalité comme détestable. Il y voit un effet à promouvoir dans le cas de la criminalité endémique où le blâme social n'est pas assez fort (Garofalo, 1905, 205, 215 à 218). En fait, la peine imposée à un criminel renforce la conduite des gens honnêtes à résister aux moyens illicites d'obtenir des gains personnels (Garofalo, 1905, 266).

Par ailleurs, le SDC a également un rôle à jouer, selon Garofalo, dans l'encadrement du désir de vengeance du public face au crime. À cet égard, l'État doit se conformer aux exigences d'une réaction vindicative voulue par la conscience publique puisqu'il en est le représentant (Garofalo, 1905, 238 et 258). La conscience publique veut vengeance face aux criminels parce que ladite conscience les haït et que les criminels soulèvent « l'indignation universelle » (Garofalo, 1905, 255). Si l'État ne punit pas avec assez de sévérité, « ces sentiments réapparaissent » (Garofalo, 1905, 252). Autrement dit, le public « exige » la réaction punitive contre le crime, c'est pourquoi, pour Garofalo, le public doit être satisfait du châtement imposé (Garofalo, 1905, 256 et 258).

### 6.1.2 La peine et le public chez Tarde

De manière similaire à ce que l'on observe chez Garofalo, Tarde (1890, 73) considère que le crime est la transgression des sentiments moraux développés au fil du temps. Chez Tarde également, les peines servent à diminuer le crime, mais d'une manière qui lui est propre (c'est-à-dire hors de l'idée de prévention directe ou indirecte plus répandue). En effet, pour Tarde, les peines sont utiles à la société parce qu'elles serviront à diminuer le crime si elles sont conformes à l'opinion de la majorité (Tarde, 1890, 487 et

507). De ce point de vue, la satisfaction du désir de vengeance du public valide une crainte vécue par les conformistes que la conduite du criminel puisse être imitée, même si ce désir de vengeance ne se forme pas « sous l'emprise de l'idée d'utilité » (Tarde, 1890 : 504 – 505). En fait, l'opinion de la majorité honnête, lorsqu'elle trouve écho dans la peine, « se propage contagieusement » par imitation, « s'accorde et se confirme » (Tarde, 1890, 509). De là, pourrions-nous conclure avec Tarde (1890, 494 et 554), la peine doit être proportionnelle au crime « aux yeux de tous » : la peine doit être suffisante pour ne pas causer « d'indignation » et de « souffrance morale » à la « foule honnête » et à la victime (ou sa famille) qui auraient le sentiment que le coupable ne reçoit pas ce qu'il mérite.

### 6.1.3 Et Durkheim dans tout cela ?

Comme nous l'indiquions dans un chapitre précédent, bien qu'on mentionne Durkheim à l'occasion comme source de la théorie de la dénonciation, les points de vue sont contradictoires à ce sujet. Walker s'interrogeait d'ailleurs à savoir si Durkheim proposait une vision descriptive ou normative de la peine (Walker, 1980, 28). Et là où Walker laissait planer un doute quant à la possibilité de voir chez Durkheim, soit une vision descriptive de la peine soit une théorie normative, d'autres prennent des positions plus affirmatives. C'est notamment le cas de Dubber (2005, 703) qui voit chez Durkheim un exemple de « point de vue sociologique » sur « la fonction expressive de la peine », prenant ici le sens d'une conception descriptive de la peine. Pour sa part, Poncela (2001, 68) prend la position inverse en mentionnant que Durkheim a justement construit une théorie normative plutôt que descriptive dans *De la Division du Travail social* (aussi

connu simplement comme DTS). Finalement, lorsque Garland (1990) décrit la « théorie de la peine de Durkheim », dans *Punishment and Modern Society*, il glissera de la description d'une théorie sociologique de la peine (donc descriptive et/ou explicative) alors qu'il traitera de DTS (Garland, 1990, 28 à 35) vers la description du point de vue plus normatif que Durkheim présente dans *L'Éducation morale* (Garland, 1990, 41 à 46) sans pour autant noter le changement de registre ou la possibilité qu'on y trouve des théories différentes. Cotterrell (1999), quant à lui, laisse à penser que si Durkheim lui-même n'a pas nécessairement élaboré une théorie normative de la peine, que d'autres l'ont fait sur la base des idées de l'éminent sociologue. À cet égard, il notera Léon Duguit, un juriste français « enthousiasmé » par les « idées durkheimiennes » sur les peines, qui aurait « adopté certaines idées durkheimiennes dans le cadre de débats légaux » (Cotterrell, 1999, 40 ; notre traduction)<sup>179, 180</sup>. Loin de nous l'idée de régler cette question entourant Durkheim. Nous pouvons tout de même chercher à en révéler la complexité. Pour ce faire, nous allons recueillir des indices que Durkheim a semés dans certains ouvrages.

Bien que nous ressentons un malaise certain à voir dans la DTS une théorie normative de la peine, certains propos que Durkheim y tient demeurent tout de même très éclairants, surtout à la lumière de ce que nous rappelions à propos de Tarde et de Garofalo. Le projet de Durkheim – du moins tel qu'il le présenta lui-même à cette occasion – était notamment de décrire l'esprit de son époque face à la pénalité :

« On dit que nous ne faisons pas souffrir le coupable pour le faire souffrir; il n'en est pas moins vrai que nous trouvons juste qu'il souffre. Peut-être avons-nous tort; mais ce n'est pas ce qui est en question. Nous cherchons pour le moment à définir la peine telle qu'elle est ou a été, non telle qu'elle doit être. Or, il est certain que

---

<sup>179</sup> « adopted certain Durkheimian ideas for use in practical legal debate »

<sup>180</sup> Nous nous laissons pour un autre moment l'exploration des idées de Duguit.

cette expression de vindicte publique, qui revient sans cesse dans la langue des tribunaux, n'est pas un vain mot. » (Durkheim, 1893, 55 ; notre souligné)<sup>181</sup>

Ainsi, Durkheim, en tant que sociologue qui observe le monde dans lequel il vit, souligne d'une certaine manière la vigueur, dans « la langue des tribunaux », de « l'expression de la vindicte populaire ». Et il distingue cette observation sociologique (parmi les premières de ce qui deviendra la sociologie du droit) de ce qu'il trouve juste (dans l'extrait, que le coupable souffre) .

C'est peut-être alors d'un point de vue sociologique que Durkheim fait les remarques suivantes :

« Ainsi, la nature de la peine n'a pas essentiellement changé. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le besoin de vengeance est mieux dirigé aujourd'hui qu'autrefois. [...] Nous pouvons donc dire que la peine consiste dans une réaction passionnelle d'intensité graduée. » (Durkheim, 1893, 57)

« [La douleur de la peine] tout en étant un produit nécessaire des causes qui l'engendrent, cette douleur n'est pas gratuite. C'est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste tout entière, et par là, elle répare le mal que le crime a fait à la société. [...] Sans cette satisfaction nécessaire, ce qu'on appelle conscience morale ne pourrait pas être conservé. On peut dire sans paradoxe que le châtement est surtout destiné à agir sur les honnêtes gens ; car, puisqu'il sert à guérir les blessures faites aux sentiments collectifs, il ne peut remplir ce rôle que là où ces sentiments existent et dans la mesure où ils sont vivants. » (Durkheim, 1893, 77)

Pour reprendre des thèmes qui reviendront dans d'autres écrits du sociologue, dans la DTS, Durkheim lie clairement la réprobation (l'indignation causée par l'atteinte à ce qui est constitutif de la conscience collective) à la répression (l'infliction de souffrance qui est au cœur de la peine). La répression est la manifestation de la réprobation.

---

<sup>181</sup> N.B. Stephen, Tarde et Garofalo avaient en commun d'avoir exercé le rôle de juge au cours de leur carrière.



Pires (1995, 139 – 140), pour sa part, révèle l'importance d'un autre passage de Durkheim pour notre propos, cette fois dans les *Règles de la méthode sociologique*. C'est à cette occasion que Durkheim (1894, 160 – 162) développe la métaphore d'une « société des saints ». Cette « société des saints » serait exclusivement composée de saints, chacun agissant selon les meilleurs préceptes de l'Église.

Dans la métaphore de Durkheim, « cette société des saints qui ne connaît plus de « vrais crimes » en inventerait d'autres ; les petits actes indésirables deviendraient, dans ce contexte, des nouveaux *mala in se* » (Pires, 1995, 139). Dans cette « société des saints », Durkheim semble laisser entendre « [qu']on frappe plus fort ou [qu']on frappe plus fort les petites faiblesses » (Pires, 1995, 140). Comme le rappelle Pires (1995, 140), c'est du moins l'interprétation qu'en avait faite Gabriel Tarde dans sa réplique à Durkheim. Par comparaison, pour Tarde, « dans une société de saints, non seulement, il y aurait moins de problèmes graves, mais il y aurait aussi beaucoup moins de « réactions graves » ou répressives, même face à un acte grave occasionnellement accompli » (Pires, 1995, 140). Évoquant la réplique de Durkheim à la réponse de Tarde, Pires (1995, 140) souligne que Durkheim « corrige » ou « précise » « son point de vue » :

« Dans sa réponse à Tarde, [Durkheim] prétend qu'il n'a pas dit que si la réprobation à l'égard de certains actes était plus sévère, il suit qu'ils seraient punis plus sévèrement. Durkheim insiste alors qu'il faut en fait distinguer entre *réprobation* et *répression*. Car ces deux ordres de choses ne varient pas (nécessairement) l'un comme l'autre. Par exemple, on peut reprocher plus sévèrement certains actes et, en même temps, les réprimer moins sévèrement. En effet, dit-il, cela arrive parce que « le sentiment collectif que le crime froisse est également froissé par la peine » (Durkheim, 1895, pp. 519 – 520). » (Pires, 1995, 140).

Ainsi, dans une interprétation de la « société des saints » de Durkheim, la *réprobation* et la *répression* vont main dans la main et varient dans le même sens et avec

la même intensité. Dans l'interprétation « révisée » ou « précisée » de la métaphore, Durkheim distingue la *réprobation* de la *répression*, les deux ne variant plus nécessairement de la même manière. La première interprétation est assimilable aux autres points de vue exprimés à partir de la théorie de la dénonciation ; la seconde est plus difficilement conciliable.

Finalement, dans *L'Éducation morale*, Durkheim revisite ces thèmes. À cette occasion, il maintient la distance entre la *réprobation* et la *répression*, tout en incorporant des difficultés. Selon Durkheim, la peine rétablit le caractère sacré de la règle en ce sens qu'elle « répare » le tort causé<sup>182</sup> :

« dans la mesure où la règle est violée, elle cesse d'apparaître comme sacrée, si rien de nouveau n'intervient qui lui restitue sa nature primitive. [...] Que la loi violée témoigne que, malgré les apparences, elle est toujours elle-même, qu'elle n'a rien perdu de sa force, de son autorité, en dépit de l'acte qui l'a niée ; en d'autres termes, il faut qu'elle s'affirme en face de l'offense, et réagisse de manière à manifester une énergie proportionnée à l'énergie de l'attaque qu'elle subit. La peine n'est autre chose que cette manifestation significative. » (Durkheim, 1902, 139)

Dès lors, selon lui, « la peine n'est pas tout entière dans la douleur qu'elle cause. Celle-ci joue dans la répression un rôle beaucoup plus secondaire qu'on ne le croit. L'essence de la peine et de la punition est ailleurs » (Durkheim, 1902, 138). Dans *L'Éducation morale*, Durkheim modifie donc son approche de la réprobation et de la répression : l'une et l'autre ne varient plus nécessairement de la même manière ou avec la même intensité. La réprobation peut être très forte sans que la répression ne le soit pour autant ; la répression revêt pour lui un caractère secondaire.

---

<sup>182</sup> « Ce qu'il faut conserver [de la théorie de la rétribution], c'est ce principe que la peine efface ou, tout au moins, répare autant que possible la faute. » (Durkheim, 1902, 138)

En fait, pour Durkheim, la place de la souffrance semble être un constat de fait. D'une part, dira-t-il, afin d'arriver à rétablir le caractère sacré de la loi (la « fonction essentielle de toute peine » selon lui), « il faut [que l'autorité] blâme d'une façon ostensible l'acte qui a été commis, qu'il le réproouve avec énergie ; cette réprobation énergique, voilà ce qui constitue essentiellement la peine. » (Durkheim, 1902, 140) Autrement dit, pour arriver à ce que Durkheim considère être l'objectif de toutes les peines, il faut une marque « ostensible », une « réprobation énergique ». En matière pénale, affirmer cela, c'est être en harmonie avec la représentation dominante du droit criminel (le système d'idées dominant du SDC) où punir, c'est faire souffrir. Mais il s'agit d'une ambiguïté chez Durkheim car plusieurs lectures sont possibles, dont dans le passage suivant :

« Sans doute, il est à peu près inévitable que le blâme fasse souffrir celui sur lequel il tombe. Car le blâme de l'acte implique le blâme de l'agent ; et il n'y a qu'une manière de témoigner qu'on blâme quelqu'un : c'est de le traiter autrement et moins bien que les personnes qu'on estime. Voilà pourquoi la peine implique presque nécessairement un traitement de rigueur, par suite douloureux à celui qui le subit. Mais ce n'est là qu'un contrecoup de la peine ; ce n'en est pas l'essentiel. C'est le signe par lequel se traduit extérieurement le sentiment qui doit s'affirmer en face de la faute ; mais c'est le sentiment exprimé, et non le signe par lequel il s'exprime, qui a la vertu de neutraliser le désordre moral causé par la faute. Aussi le traitement de rigueur n'est-il justifié que dans la mesure où il est nécessaire pour que la réprobation de l'acte ne laisse place à aucun doute. La souffrance, qui serait le tout de la peine, si celle-ci avait pour fonction principale d'intimider ou de faire expier, est donc en réalité un élément secondaire, qui peut même faire totalement défaut. » (Durkheim, 1902, 140 – 141 ; nos soulignés)

La quasi-inévitabilité de la souffrance pour blâmer, voilà, par la négative, la place que Durkheim laisse à une peine qui serait exempte de souffrance.

Cependant, il y a pour Durkheim des souffrances inacceptables, répugnantes ; c'est le domaine des châtiments corporels :

« Il y a donc dans les coups, dans les sévices de toute sorte, quelque chose qui nous répugne, qui révolte notre conscience, en un mot quelque chose d'immoral. Or, c'est un singulier moyen de protéger la morale que de la défendre par des moyens que la morale réproouve. » (Durkheim, 1902, 153)

En un mot, pour protéger la morale, l'infliction d'une souffrance trop directe est inadéquate. Par contre, la prison et l'enfermement semblent avoir pour Durkheim la dimension symbolique adéquate pour blâmer / réproouver sans pour autant froisser la morale :

« Punir, c'est réproouver, c'est blâmer. Aussi, la forme principale de la punition a-t-elle consisté de tout temps à mettre le coupable à *l'index*, à le tenir à distance, à l'isoler, à faire le vide autour de lui, à le séparer des gens honnêtes. [...] le châtiment n'est qu'un signe matériel par lequel se traduit un état intérieur : c'est une notation, un langage, par lequel soit la conscience publique de la société, soit la conscience du maître à l'école expriment le sentiment que lui inspire l'acte réproouvé. » (Durkheim, 1902, 147 ; en italique dans l'original)

Plusieurs décennies avant l'émergence de la théorie de la dénonciation et de sa contribution au maintien de la prison comme peine principale (d'un point de vue symbolique) pour le SDC, Durkheim voyait déjà dans la prison un « signe matériel » ou un symbole « ostensible » de la « réprobation énergique » qu'il faut opposer au crime. Et ce « langage » de « la conscience publique », lorsqu'il utilise l'enfermement comme médium, n'est pas « immoral » comme « les sévices de toute sorte » pouvaient l'être.

\*\*\*

Cela étant, à la question initiale – doit-on inclure Durkheim comme source de la théorie de la dénonciation ? – nous ne désirons pas pour autant donner une réponse. Concilier ce qui semble être « différents Durkheims » et explorer l'impact qu'il aura eu

(ou qu'ils auront eu) sur le droit criminel et la philosophie pénale sont des tâches à la fois importantes et complexes, mais elles débordent du cadre de la présente recherche. Nous croyons tout de même être parvenu à montrer en quoi la mise en relation de Durkheim avec la théorie de la dénonciation pose des difficultés importantes, dont nous sommes pleinement conscient.

#### 6.1.4 Remarques conclusives

Cette brève comparaison entre Garofalo et Tarde ainsi que la discussion de certains écrits de Durkheim avaient pour but de faire ressortir l'idée qu'il y a une période historique, allant de la fin du XIXe siècle jusqu'au début du XXe siècle, où apparaît explicitement l'idée de satisfaire les attentes du public à l'égard des peines ou d'exprimer la désapprobation de la société au moyen de la peine.

De la même manière que nous ne pouvons faire d'affirmation définitive à partir de Durkheim, l'articulation des idées qui nous préoccupent ici n'était pas aussi achevée chez Garofalo ou chez Tarde. C'est plutôt chez Stephen que nous croyons observer la meilleure intégration de ces idées dans un cadre cohérent sur les peines, une théorie de la peine. C'est pourquoi nous passons dès maintenant à la présentation de ce que nous concevons être la théorie de la peine chez Stephen.

## **6.2 La théorie de la peine de James Fitzjames Stephen, une des premières formulations de la « théorie moderne de la dénonciation » ?**

James Fitzjames Stephen est un personnage peu connu en dehors des pays appartenant à la tradition juridique de la *common law*. Et lorsqu'il est évoqué, c'est

souvent pour sa réplique au *On Liberty* de John Stuart Mills dans son *Liberty, equality, fraternity* (1874).

En plus d'avoir occupé la position de juge et d'être l'auteur de très nombreux articles et de plusieurs livres sur le droit criminel, Stephen a été très impliqué dans les projets de codification du droit criminel anglais dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. En fait, une citation de Leon Radzinowick est à elle seule capable de le situer historiquement. Ce dernier a écrit que Stephen « a été salué avec respect par les gens instruits de toutes les nations pour avoir finalement fait taire le reproche adressé à l'Angleterre de ne pas posséder de clé pour comprendre son propre droit criminel » (Radzinowick, 1957, 24 ; notre traduction). Il a réussi ce tour de force avec la parution, en 1883, de *A History of the criminal law of England*. D'ailleurs, comme Smith (1988, 59) le rappelle, Stephen était vu comme un juriste de haut rang jusqu'en France. Il a pu parler ainsi puisque Stephen a été élu à l'Institut de France, dans l'Académie des Sciences morales et politiques, en 1888<sup>183</sup>. Et, comme Corinne Delmas (2006) l'a rappelé tout récemment, la cooptation à l'*Académie* au XIX<sup>e</sup> siècle servait en quelque sorte à attester la notabilité de ceux qui y étaient admis.

Si Stephen est parvenu à atteindre une notoriété certaine chez ses contemporains, ses idées sur les peines ont pour leur part eu une réception moins unanime et ont permis des interprétations diverses et parfois opposées. Comme nous l'indiquons dans un chapitre précédent, Cross (1971) considérait que la théorie de la dénonciation de Stephen était une forme de dissuasion à long terme. Ce réputé juriste ajoutera que : « Malheureusement, dans un passage plus tardif qui frappe par son barbarisme, Stephen

---

<sup>183</sup> Par exemple, René Garraud, dans son *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, remarquait justement que Stephen était « l'un des criminalistes les plus estimés de l'Angleterre » (Garraud, 1888, 103).

a remplacé la haine à l'égard du crime [permettant l'effet « dissuasif à long terme »] par la haine à l'égard du criminel » (Cross, 1971, 125 ; notre traduction)<sup>184</sup>. Cependant, à une autre occasion, Cross (1978, 653) considérera que la théorie de la dénonciation est une « combinaison de rétributivisme et d'émotivité<sup>185</sup> ». Pour d'autres, dont Packer dans son ouvrage très connu intitulé *The limits of the criminal sanction*, Stephen représente bien la « vision rétributiviste » :

« The retributive view is summed up in the great Victorian jurist Sir James Stephen's powerful and compelling image : « the sentence of the law is to the moral sentiment of the public in relation to any offense what a seal is to hot wax » [1883, II, 80]. » (Packer, 1968, 10)

D'autres, à la manière de Packer, considèrent Stephen comme représentatif du rétributivisme ; nous pensons notamment ici à Ruby (1976, 2 ; et dans Ruby et al 2008, 2) ainsi qu'à Smith et Hogan (1983, 6).

Toutefois, Packer – à la manière de Cross – voit plus dans la position de Stephen que du rétributivisme. En effet, il considère que Stephen « transmet une position utilitariste déguisée » (Packer, 1968, 37 ; notre traduction)<sup>186</sup> en ce sens où Stephen justifie la peine puisqu'elle fournit « un exutoire ordonné pour des émotions qui, si réprimées, s'exprimeraient de manière socialement moins acceptable » (Packer, 1968, 37 ; notre traduction)<sup>187</sup>. Selon Packer, Stephen a formulé « une théorie en apparence rétributiviste qui peut avoir une connotation utilitariste implicite » (Packer, 1968, 38 ; notre traduction)<sup>188</sup>. Golding (1975, 87) et Cottingham (1979, 242) avanceront le même

---

<sup>184</sup> « Unfortunately, Stephen transferred the hatred from the crime [permettant l'effet « dissuasif à long terme »] to the criminal in a later passage which smacks of barbarism »

<sup>185</sup> En anglais, il a utilisé « emotivism ».

<sup>186</sup> « conveys a disguised utilitarian position »

<sup>187</sup> « an orderly outlet for emotions that, denied it, would express themselves in socially less acceptable ways »

<sup>188</sup> « ostensibly retributionist theory [which] may have an implicit utilitarian connotation »

argument – sur le caractère utilitariste de la peine visant à éviter les vengeances privées chez Stephen –, mais Golding, quant à lui, conclura plutôt que « de toute façon, Stephen accepte l'idée au premier abord rétributiviste, qu'il est moralement juste « d'haïr » les criminels » (Golding, 1975, 87 ; notre traduction)<sup>189</sup>.

Enfin, pour Radzinowicz (1957), l'objectif de la peine pour Stephen pourrait être formulé ainsi : « la fonction des peines légales était d'exprimer la haine d'une communauté saine à l'endroit de ses délinquants » (Radzinowicz, 1957, 39 ; notre traduction)<sup>190</sup>. Autrement dit, l'objectif des peines pour Stephen serait selon lui de promouvoir une représentation du droit criminel « comme 'l'organe de l'indignation morale de l'humanité' » (Radzinowicz, 1957, 39 ; notre traduction)<sup>191, 192</sup>. Il ajoutera que cette position n'est ni vraiment rétributiviste sans pour autant être utilitariste :

« Such a stark doctrine – in which even retribution or expiation was relegated to a minor place – stands in a sharp and irreconcilable contrast to the utilitarian teaching that punishments were justified only so far as they secured the prevention of crimes » (Radzinowicz, 1957, 30)

D'ailleurs, à une autre occasion, il dira que « Stephen adhérait à une doctrine de l'expiation qui était kantienne plutôt que benthamienne » (Radzinowicz, 1966, 27 ; notre traduction)<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> « In any case, Stephen accepts the retributivistic sounding notion that it is morally right to « hate » the criminals »

<sup>190</sup> « the function of legal punishments was to express the hatred of a healthy community for its delinquents »

<sup>191</sup> « as 'the organ of the moral indignation of mankind' »

<sup>192</sup> On semble attribuer le passage « the organ of the moral indignation of mankind » à Stephen, mais on n'indique pas de page de référence. Nous ne sommes pas parvenu à identifier l'origine de ce passage chez Stephen. Cependant, nous l'avons retrouvé tel quel chez Leslie Stephen à propos de son frère dans Leslie Stephen (1895, 443), où on retrouve cette remarque sans référence ni guillemets. On retrouve la même situation dans un texte de Cross (1978, 654) où il discute de Liberty, Equality, Fraternity ; Cross ne met pas davantage de source spécifique pour le droit criminel comme « organe de l'indignation morale de l'humanité ».

<sup>193</sup> « Stephen was [...] committed to a doctrine of expiation that was Kantian rather than Benthamite »



\*\*\*

Puisque Stephen n'évoque directement le rétributivisme dans aucun de ses ouvrages importants (ni aucun des articles portant spécifiquement sur le droit criminel), et qu'il s'est dit lui-même très influencé par Bentham, comment est-il possible que les mêmes idées aient fait l'objet d'interprétations si diverses ? D'ailleurs, est-ce que l'attachement de Stephen à la théorie de la dissuasion tout comme la possibilité de lire Stephen de plusieurs façons ont contribué à l'apparition de ces nombreuses formes de la théorie de la dénonciation ? Plus important encore, puisque Stephen n'utilise jamais le médium « dénonciation » ou « dénoncer le crime par la peine », est-il tout de même possible de lire chez lui une « théorie de la dénonciation » qui aurait pu contribuer à l'émergence de cette théorie dans les discours sur les peines ?

Pour explorer les réponses à ces questions, il nous a fallu retourner à cette source possible de la théorie de la dénonciation, et de tenter d'y trouver une théorie de la peine. Et pour mettre en lumière les idées de Stephen de manière à déterminer s'il s'y trouve une théorie de la peine, nous nous sommes inspiré d'un des éléments possiblement déstabilisants de la posture « archéologique » de Michel Foucault, puisque ce dernier considère que :

« l'archéologie [...] ne prétend pas s'effacer elle-même dans la modestie ambiguë d'une lecture qui laisserait revenir, dans sa pureté, la lumière lointaine, précaire, presque effacée de l'origine. Elle n'est rien de plus et rien d'autre qu'une réécriture : c'est-à-dire dans la forme maintenue de l'extériorité, une transformation réglée de ce qui a été déjà écrit. Ce n'est pas le retour au secret même de l'origine ; c'est la description systématique d'un discours-objet. » (Foucault, 1969, 183).

Et de la réécriture dans une entreprise comme la nôtre, il y en a beaucoup.

C'est au hasard de nos lectures que nous sommes tombé sur la relation entretenue par Étienne Dumont et Jeremy Bentham. Notre objectif n'est pas le même que celui de Dumont à l'égard des idées de Bentham. Dumont voulait diffuser les idées de Bentham puisque ce dernier ne semblait pas ou peu disposé à le faire lui-même. Pour notre part, nous cherchons plutôt à comprendre une théorie de la peine et nous croyons que la compréhension des idées de Stephen pourrait nous y aider. Bien que notre objectif et celui de Dumont étaient différents, les approches utilisées sont similaires (nous avons pour notre part suivi l'exemple de Pires, 1998).

Dans une *Préface* de 1811, reprise dans le deuxième tome de l'*Œuvre de Jeremy Bentham* (1840), Dumont explique que Bentham lui a ouvert ses archives parce que ce dernier était « aussi peu disposé que jamais » à mettre ses manuscrits « en état de paraître » (Dumont, 1811, 3). Les manuscrits dans lesquels Dumont a « extrait » la *Théorie des peines* de Bentham étaient de 1775. Ils étaient « plus volumineux que l'ouvrage », mais ils étaient aussi « fort incomplets » (Dumont, 1811, 3) :

« Ils m'offraient souvent, sur le même sujet, différents essais dont il fallait prendre la substance pour les réunir en un seul. Je n'avais, pour me diriger dans quelques chapitres, que des notes marginales. Pour le quatrième livre de la *Théorie des peines*, j'ai été réduit à rassembler et mettre en œuvre des fragments. [...] J'ai trouvé le fond de [deux autres] chapitres importants dans un ouvrage publié par M. Bentham il y a huit ou neuf ans. J'en ai pris tout ce qui convenait à ma manière générale d'envisager le sujet, en le dégageant de toute controverse. » (Dumont, 1811, 3)<sup>194</sup>

Sur ce matériau de provenance très diverse n'ayant en commun que l'origine (Bentham) et le thème, Dumont a « usé librement des droits d'éditeur », ce qui a

---

<sup>194</sup> À une autre occasion, Dumont ajoutera qu'il ne « faut qu'imaginer ce qu'est un travail sur un premier jet, sur des manuscrits non achevés, non revus, quelquefois sur des fragments ou de simples notes, pour comprendre qu'il exige une liberté continuelle, une espèce d'infusion imperceptible, si je puis parler ainsi, dont il n'est pas même possible au rédacteur de se souvenir. » (Dumont, 1811, 4)

signifié que « [s]elon la nature du texte et l'occasion, [il] tradui[t] ou [il] commente, [il] abrège ou [il] supplée » (Dumont, 1811, 3). Malgré tout, Dumont considère que « s'il est besoin de le répéter », « [c]e n'est point [son] ouvrage [qu'il] [...] présente, c'est aussi fidèlement que la nature de la chose le permet, celui de M. Bentham » (Dumont, 1811, 3 – 4).

Deux cents ans plus tard, nous refaisons ici un exercice similaire à celui auquel s'est soumis Étienne Dumont. Cependant, ce que nous présentons ici – à travers le cadre pour penser les « théories de la peine » dont nous avons fait la discussion précédemment – constitue à la fois la fin de l'élucidation de la théorie de la dénonciation, mais aussi son commencement. Il s'agit de la fin d'un processus nous ayant conduit sur d'autres terrains d'observations et où l'analyse des idées de Stephen nous sert à consolider et contextualiser ce que nous avons appris. Mais, il s'agit également d'un commencement puisqu'il faudrait faire preuve d'audace pour croire être en mesure de faire du premier coup le type d'analyses qui se conduisent sur les théories de la rétribution et de la dissuasion depuis plusieurs centaines d'années. Ce que nous présentons ici n'est pas exempt d'imperfections.

Quant aux choix des textes, il a été fort simple. Radzinowicz (1957) a construit une bibliographie de Stephen où l'on compte quelques monographies et un très grand nombre d'articles. Nous avons donc méthodiquement exploré tous les livres de Stephen et tous les articles qui avaient soit été mentionnés par d'autres ou qui contenaient, dans leur titre, des indices permettant de croire qu'il y serait question de droit pénal. Cette méthode de sélection est imparfaite, mais elle nous a tout de même amené à analyser plusieurs milliers de pages de Stephen réparties sur une période de plus de 30 ans.

Adoptant la même approche analytique que dans un chapitre empirique, nous nous sommes donné pour tâche de rendre compte de la théorie de la peine que Stephen développe sans pour autant lui donner de nom, tout en soulignant aussi les ambiguïtés et les réorientations dans sa pensée.

### 6.2.1 Sur le fondement du droit de punir<sup>195</sup>

Par-dessus tout, le fondement du droit de punir, selon Stephen, s'appuie sur le principe d'utilité (au sens large) : « Punir est utile sous certaines conditions et est nuisible sous d'autres conditions » (1883, I, 5 ; notre traduction)<sup>196</sup>. De même, le législateur ne peut pas punir un comportement s'il considère qu'il n'est pas « avantageux » de le faire (1883, I, 6). Cependant, poursuit Stephen, il n'y a pas un « droit de punir » qui « précède la loi ou qui en serait indépendant » (1883, I, 6 ; notre traduction)<sup>197</sup> ; il n'y a donc pas, pour Stephen, quelque chose s'apparentant à un droit naturel de punir.

De manière générale, l'objectif recherché par l'État est simple :

« The first and most general object of all political associations whatever is to produce and to preserve a state of things in which the various pursuits of life may be carried on without interruption by violence, or, according to the well-known expression of our law, to keep the peace. » (1883, II, 241).

À partir de là, on doit restreindre la portée de l'utilité à « promouvoir la vertu » et « prévenir le vice » (1874, 150). Stephen nous donne d'ailleurs une série de critères pour évaluer la mesure dans laquelle punir est utile ou bon :

---

<sup>195</sup> Pour l'instant, nous nous contenterons de n'avancer que le strict minimum quant au fondement du droit de punir de l'État selon Stephen, c'est-à-dire ce qui est à la fois absolument nécessaire à la compréhension de la théorie de la peine de Stephen tout en ne soulevant pas de doute dans notre esprit, et ce, tout en reconnaissant que la vision politique de Stephen est beaucoup plus riche. On se rappellera, le nom Stephen est intimement lié à celui de John Stuart Mill par la critique importante qu'il avait faite de *On liberty*.

<sup>196</sup> « [Punishment] is useful under certain conditions, and injurious under other conditions. »

<sup>197</sup> « as to any right alleged to exist antecedently to and independently of some law from which it is derived »

« Compulsion is bad : (1) When the object aimed at is bad. (2) When the object aimed at is good, but the compulsion employed is not calculated to obtain it. (3) When the object aimed at is good, and the compulsion employed is calculated to obtain it, but at too great an expense. » (Stephen, 1874, 85)<sup>198</sup>

Enfin, Stephen synthétise cette nécessité de protection contre la violence ainsi que l'idée de promouvoir la vertu et de prévenir le vice en mentionnant que la peine peut servir à protéger la société contre des comportements dangereux et à satisfaire le désir de vengeance que la perpétration de crimes fait naître chez les citoyens « honnêtes » :

« The punishment of common crimes, the gross forms of force and fraud, [...] may be justified on the principle of self-protection, and apart from any question as to their moral character. It is not, however, difficult to show that these acts have in fact been forbidden and subjected to punishment not only because they are dangerous to society, and so ought to be prevented, but also for the sake of gratifying the feeling of hatred – call it revenge, resentment, or what you will – which the contemplation of such conduct excites in healthily constituted minds. If this can be shown, it will follow that criminal law is in the nature of a persecution of the grosser forms of vice, and an emphatic assertion of the principle that the feeling of hatred and the desire of vengeance above-mentioned are important elements of human nature which ought in such cases to be satisfied in a regular public and legal manner. » (Stephen, 1874, 152 ; notre souligné)

Dit autrement, il y a des comportements qui sont interdits et punis parce qu'ils sont dangereux pour la société *et* parce que l'idée même de ces comportements entraîne du ressentiment chez le public qu'il faut satisfaire.

De ce passage, on voit apparaître deux idées : (1) l'État a des obligations envers les membres de la société, obligations qui comprennent la notion de protection de la société et la gratification des sentiments que le crime fait naître chez le public ; et (2) les « *plus odieuses formes de vices* » qui constituent les crimes peuvent vraisemblablement être également comprises comme les transgressions des valeurs fondamentales de la

---

<sup>198</sup> On ne s'y méprendra pas, il s'agit ici d'une ligne de pensée tirée de l'utilitarisme (morale).

société<sup>199</sup>. On pourrait dire que du point de vue de la théorie de la dénonciation, l'indignation, la haine et le désir de vengeance que la perpétration de crimes fait naître chez les citoyens « honnêtes » doivent être satisfaits par le SDC, et c'est la peine qui permet de le faire. Stephen valorise alors le sentiment de haine dans ces circonstances et soutient que la peine doit l'« appuyer » et le « stimuler » par une sorte de récompense « négative ». Il s'agit moins de contrecarrer la haine que de la légitimer par la peine :

« In cases which outrage the moral feelings of the community to a great degree, the feeling of indignation and desire for revenge which is excited in the minds of decent people is, I think, deserving of legitimate satisfaction. » (1883, I, 478)

En clair, le fondement du droit de punir chez Stephen se fonde, à travers le principe d'utilité, sur une double nécessité : celle de protéger la société et aussi celle de remplir l'obligation, envers les membres « honnêtes » de la société, de récompenser leurs sentiments d'outrage et de représailles. Soulignons, en passant, que cette obligation-finalité de stimuler les sentiments d'indignation ne fait pas partie de la théorie rétributiviste de Kant. Nous pourrions du même coup dire que sa théorie de la peine, en plus de reconduire le fondement du droit de punir de la théorie de la dissuasion (la protection de la société), prend en compte ce que les membres « honnêtes » de la société veulent, ou ce à quoi ils s'attendent en ce qui concerne la réaction étatique face aux transgressions de la loi criminelle. Nous allons considérer que le fondement du droit de punir de la théorie de la dénonciation tient à la *préservation des valeurs fondamentales offensées par le crime et exprimer le dégoût* que la perpétration de l'acte criminel fait naître chez les gens « honnêtes ».

---

<sup>199</sup> Stephen utilise toute une série de formulations similaires à « valeur fondamentale », dont : « the elementary principles on which human society is based » (Stephen, 1863a, 763 – 764).

D'ailleurs, les croyances et jugements du public constituent une limite au droit de punir du Législateur et de l'Autorité :

« Legislation ought in all cases to be graduated to the existing level of morals in the time and country in which it is employed. You cannot punish anything which public opinion, as expressed in the common practice of society, does not strenuously and unequivocally condemn. To try to do so is a sure way to produce gross hypocrisy and furious reaction. To be able to punish, a moral majority must be overwhelming. Law cannot be better than the nation in which it exists, though it may and can protect an acknowledged moral standard, and may gradually be increased in strictness as the standard rises. » (Stephen, 1874, 159 – 160)

Pour punir, selon Stephen, il faut une « majorité écrasante » au risque de produire « une hypocrisie patente » et « une réaction furieuse ». Pour le dire autrement, la légitimité de l'autorité, pour Stephen, lui provient de sa capacité à harmoniser ses actions avec les croyances et les jugements du public.

### 6.2.2 Quel est le but de la peine ?

À partir d'un fondement du droit de punir basé sur la protection de la société *et* où on considère que le SDC doit répondre aux sentiments de représailles des citoyens « honnêtes » face à la peine, quel but l'autorité devrait-elle tenter d'atteindre par la peine selon Stephen ? C'est autour de la réponse à cette question (celle du but de la peine) qu'un certain éclairage sur plusieurs des formes de la dénonciation apparaîtra.

Il y a au moins deux manières distinctes de comprendre le but des peines chez Stephen.

- (i) Le but de la peine est d'exprimer, consolider et récompenser un sentiment d'indignation et de représailles présent chez le public ; parfois, ce but sert la prévention indirecte du crime.
- (ii) Le but de la peine est [aussi] à amener le public à développer un sentiment d'aversion et de désapprobation à l'égard d'un

comportement, sentiment qui ne serait pas clairement ou suffisamment répandu.

Certains auteurs confondent, en plus, la notion de « finalité » avec la notion d'« effet » ou de « conséquence ». Ils trouvent alors dans le texte de Stephen la « finalité de prévenir les vengeances privées ». Mais cet « effet » présumé est évoqué *par toutes les théories de la peine* et il suffirait de « punir » (par opposition à ne pas punir) pour atteindre cet effet. On voit mal alors comment une autorité pourrait se donner cela comme un objectif spécifique. Par ailleurs, cette idée de « punir pour éviter les vengeances privées » nous semble fondée sur une interprétation contestable des écrits de Stephen. Nous y reviendrons sous peu.

Il faut aussi noter que Stephen, tout comme Bentham l'avait fait avant lui, participe aussi et simultanément à la construction de ce système d'idées appelé « rationalité pénale moderne ». Cela signifie alors qu'il va « intégrer » les objectifs de la théorie de la dénonciation à d'autres objectifs mis en valeur par d'autres théories de la peine. En faisant cette « intégration », Stephen va aussi hiérarchiser ces objectifs provenant de différentes théories de la peine. Les *autres* théories de la peine que Stephen va accueillir sont la théorie de la dissuasion et celle de la réhabilitation. Ces deux théories sont groupées sous une finalité « parapluie » appelée « protection de la société ». Par conséquent, il est possible de trouver, chez Stephen, des références à au moins quatre théories de la peine, dont une d'entre elles n'a pas encore été baptisée : la théorie de la dissuasion, la théorie de la réhabilitation, la théorie de la neutralisation (de portée plus réduite) et la future théorie de la dénonciation. Ces quatre théories seront à la fois articulées et opposées l'une à l'autre à sa façon. Sur ce point concernant la sélection de



diverses théories de la peine pour former un système d'idées, le choix de Stephen ne diffère pas de celui de Bentham.

(i) Pour mettre en valeur le premier but de la peine, Stephen l'oppose à ce qu'il identifie d'une part comme la prévention directe du crime et qui s'inscrit dans la méga-finalité « protection de la société ». En fait, « la prévention directe du crime [...] est généralement mise de l'avant comme étant le seul objectif approprié des peines légales » (1883, II, 82-83 ; notre traduction)<sup>200</sup>. La prévention directe du crime par la peine reprend, pour Stephen, toutes les formes (utilitaristes) qu'on lui attribuait à son époque, c'est-à-dire les dissuasions générale et spécifique, la neutralisation et la réhabilitation (1863b, 196 ; 1883, I, 478 ; 1885, 758)<sup>201</sup>. Cependant, lorsque Stephen prend position de cette manière sur la question de la prévention directe du crime, c'est bien entendu pour ajouter un autre objectif à la peine, celui qui sera attaché à la théorie de la dénonciation qui se trouvera préconstruite dans son texte. Insistons sur le fait que Stephen passera sous silence la théorie de la rétribution. La seule idée « indirecte » pouvant la rappeler dans sa forme la plus populaire et rudimentaire est celle de légitimer les sentiments de vengeance par la peine.

À travers cette finalité, la peine vise à répondre aux sentiments que la perpétration du crime fait apparaître chez les gens « honnêtes » :

« the infliction of punishment by law gives definite expression and a solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of

---

<sup>200</sup> « direct prevention of crime [...] is I think commonly put forward as the only proper object of legal punishments »

<sup>201</sup> Bien que ce soit marginal du point de vue de la théorie de la dénonciation, Stephen, dans certains cas bien précis, concilie la dénonciation avec la neutralisation (prenant la forme de la peine de mort), la peine servant, dans ces cas, à satisfaire le public et à neutraliser « people as much misplaced in civilized society as wolves or tigers would be in a populous country. » (Stephen, 1883, I, 478).

the offence [...]. The criminal law thus proceeds upon the principle that it is morally right to hate criminals, and it confirms and justifies that sentiment by inflicting upon criminals punishments which express it. » (Stephen, 1883, II, 81)

Dit autrement, quand la théorie avance qu'on doit dénoncer le crime par la peine (entendue comme infliction intentionnelle de la souffrance), cela signifie que la peine est prise comme le moyen pour exprimer la désapprobation du public (ou de la société) à l'égard du crime.

À noter, dans ce dernier passage, comme il le fait à d'autres occasions, Stephen parle de *haine* envers le crime et à l'égard du criminel comme si ces deux affirmations étaient interchangeables. Cross (1971, 175) a d'ailleurs considéré que la position de Stephen avait « une tournure digne du barbarisme » puisqu'il recommandait « de haïr le criminel ». À d'autres occasions, Stephen parle simplement « de la détestation générale pour le crime qui prévaut heureusement dans la partie décente de tous les pays civilisés » (Stephen, 1883, II, 79 ; notre souligné et notre traduction)<sup>202</sup>. Ici, le mot « haine » disparaît et on se réfère au comportement et non à son auteur. Nous sommes porté à croire qu'il s'agit d'un glissement de sens important dans la pensée de Stephen, ouvrant la porte à des abus importants. Qu'à cela ne tienne, il faut retenir de Stephen cette ambivalence sur l'objet de la haine exprimée par la peine.

À travers une opposition à la position défendue par Bentham, Stephen distingue la dissuasion et la dénonciation. Plus particulièrement, Stephen évoque l'idée de Bentham selon laquelle autant le crime que la peine impliquaient un « coût » et une perte dans le bonheur collectif. La peine devrait être alors la moins onéreuse possible, pourvue qu'elle soit efficace pour dissuader du crime. Si une amende était capable de dissuader, on ne

---

<sup>202</sup> « the general detestation of crime which happily prevails amongst the decent part of community in all civilized countries »

devait pas opter pour la peine de mort (plus onéreuse pour la société). Or, Stephen va réagir contre cette manière de voir en distinguant justement la dissuasion de la dénonciation :

« Some modern writers of eminence on this subject have been in the habit of regarding criminal laws as being entirely independent of morality. According to this view the one object of criminal law in each case to which it applies is to deter people by threats from doing acts. [...] Probably, however, Bentham's meaning was that if murderers in general feared a fine as much as death, they ought, upon conviction, to be fined instead of being put to death, although putting them to death would be more in accordance with the moral sentiments of the community at large than fining them. If this was his meaning I dissent from it, being of opinion that if in all cases criminal law were regarded only as a direct appeal to the fears of persons likely to commit crimes, it would be deprived of a large part of its efficiency, for it operates not only on the fears of criminals, but upon the habitual sentiments of those who are not criminals. » (Stephen, 1883, II, 79)

Dans ce passage, Stephen marque clairement les faces « dissuasion » et « dénonciation » de la peine : peu importe si une amende pouvait être suffisante pour accomplir la dissuasion générale, c'est la peine de mort qui devrait être le plus à même de satisfaire le public<sup>203</sup>. Sans vouloir opposer la dénonciation aux objectifs visant la prévention directe du crime, Stephen cherche plutôt à créer un espace, à l'intérieur des objectifs légitimes de la peine, pour la dénonciation. Il dira à ce sujet que la dénonciation et la prévention directe du crime « ne sont pas en contradiction », « [qu'ils] vont plutôt main dans la main et peuvent être considérés respectivement comme les effets secondaires et primaires de l'administration de la justice » (1883, II, 82 – 83 ; notre traduction)<sup>204, 205</sup>. Mais plus encore, la théorie de la dénonciation élimine un axiome

---

<sup>203</sup> Ces remarques annoncent également comment se présentera l'identification du quantum de peine à imposer ; j'y reviendrai sous peu.

<sup>204</sup> « The two objects are in no degree inconsistent with each other, on the contrary they go hand in hand, and may be regarded respectively as the secondary and the primary effects of the administration of criminal justice. »

<sup>205</sup> De la manière dont est formulé ce passage, nous pourrions penser que Stephen considère la prévention directe du crime comme l'objectif premier de la peine tandis que la dénonciation serait secondaire.

« modérateur » de la théorie de la dissuasion, en soutenant que ce n'est pas la peine dissuasive la moins coûteuse qui est la meilleure, mais plutôt la peine dissuasive qui renforce le plus les sentiments négatifs à l'égard du crime.

Stephen semble insister sur cet autre effet de la peine (la dénonciation) puisqu'il ne croit pas que la prévention directe – tout particulièrement la dissuasion – suffise à expliquer comment le droit criminel peut prévenir le crime :

« I think that whatever effect the administration of criminal justice has in preventing the commission of crimes is due as much to this circumstance [« definite expression and a solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of the offence »] as to any definite fear entertained by offenders of undergoing specific punishment. » (Stephen, 1883, II, 81)

En fait, il considère que la dénonciation constitue un moyen « indirect », mais central, de prévenir le crime (1883, II, 81). On ne devrait pas ne pas tenir compte de ce « but » de dénoncer. Simplement, nous pourrions dire qu'à travers la peine, le droit criminel exprime « une hostilité appropriée envers les criminels » (1883, II, 91 ; notre traduction),<sup>206</sup> ce qui constitue un « encouragement véritable à une saine indignation des honnêtes gens contre les criminels » (1883, I, 552 ; notre traduction)<sup>207</sup>. Selon Stephen, il est plus qu'improbable que quelqu'un commette un acte qu'il a lui-même en horreur (1863b, 196). De là, évidemment, l'intérêt de « ratifier » et de « justifier » les sentiments négatifs que la perpétration de crimes fait naître chez les gens « honnêtes ». À cet égard, Stephen considère que

---

Cependant, lorsqu'il sera question de l'efficacité présumée des différents objectifs et de la manière de déterminer le quantum de peine à infliger, Stephen effectuera un renversement en ce sens où la dénonciation sera plus efficace et que c'est à partir du point de vue des critères de la théorie de la dénonciation qu'on doit de manière prioritaire déterminer la quantité de peine à infliger. Nous y reviendrons.

<sup>206</sup> « a proper hostility to criminals »

<sup>207</sup> « a real encouragement to the healthy indignation of honest men against criminals »

« the sentence of the law is to the moral sentiment of the public in relation to any offence what a seal is to hot wax. It converts into a permanent final judgment what might otherwise be a transient sentiment. » (1883, II, 81)

C'est à ce point qu'apparaissent les deux premières formes distinctes – quoique complémentaires – de la théorie de la peine de Stephen. D'une part, il est possible de lire chez Stephen une recommandation à l'autorité de tenir compte des sentiments de *réprobation* chez le public *pour* obtenir l'effet préventif indirect. Comme nous l'avons vu, ces sentiments peuvent être déjà là ou peuvent avoir besoin d'être stimulés ou renforcés. Comme nous l'indiquions jusqu'à présent, la peine « ratifie » et « justifie » la désapprobation du crime pour le public et consolide cette désapprobation, mais elle peut aussi la développer.

D'un autre côté, la théorie de la dénonciation, contrairement à la théorie moderne de la dissuasion, recommande à l'autorité d'avoir l'échelle la plus élevée possible des peines pour les crimes les plus graves. Dit de façon directe : l'échelle des peines doit être très élevée pour les crimes les plus graves, car ceci est une manière de protéger ce sentiment de haine chez le public, sentiment qui serait à la base de la prévention du crime :

« It is impossible to form any estimate of the degree in which [society] succeeds in [promoting virtue and restraining vice], but it may perhaps be said that the principal importance of what is done in this direction by criminal law is that in extreme cases it brands gross acts of vice with the deepest mark of infamy which can be impressed upon them, and that in this manner it protects the public and accepted standard of morals from being grossly and openly violated. In short, it affirms in a singularly emphatic manner [...] that there are acts of wickedness so gross and outrageous that, self-protection apart, they must be prevented as far as possible at any cost to the offender, and punished, if they occur, with exemplary severity. » (Stephen, 1874, 162)

En clair, pour Stephen, il est probablement plus important pour l'autorité de tenir compte de l'effet préventif de la dénonciation que du simple effet de dissuasion directe par la peine. Ce dernier est « compris » dans le premier, mais non l'inverse, ce qui élucide son désaccord avec Bentham.

(ii) Il est possible d'identifier une deuxième utilité ou finalité de la peine : celle de *faire apparaître la désapprobation* chez le public à l'égard d'un comportement. Il écrira par exemple que « [la] sévérité [de la peine est, ] dans la plupart des cas, le parent et non l'enfant du sentiment moral » (1864, 761 ; notre traduction)<sup>208</sup>. Ici, on voit apparaître une autre manière de légitimer la peine : elle sert comme instrument pour créer des « sentiments moraux d'aversion » qui seraient inexistantes ou insuffisamment présents.

Stephen misait par moments, comme Bentham avant lui lorsqu'il parlait de « leçon morale », sur un processus associatif en amont et en aval de la relation entre le crime et la peine : plus la peine est sévère, plus le crime sera perçu comme grave ; plus le crime sera perçu comme « grave », plus ardemment il sera haï, plus ardemment il sera haï, moins les gens « honnêtes » seront portés à le commettre et plus sévère ils voudront la réponse à son endroit (1863b, 196 – 197). Cependant, cette idée de faire naître la désapprobation chez le public ne sera présente que dans les écrits de Stephen d'avant les années 1870, après quoi il ne mentionnera plus l'idée que les peines peuvent faire

---

<sup>208</sup> « The severity [of punishment] may be justified on good grounds, but in most cases it is the parent and not the child of the moral sentiment. » (Stephen, 1864, 761)

apparaître la désapprobation chez le public<sup>209</sup>. Cependant, un texte écrit fait durer l'idée d'un auteur indépendamment de sa position ultérieure sur la question.

Parallèlement, un des passages les plus souvent cités de Stephen constitue une formulation intermédiaire entre les deux finalités de la peine qu'il promet :

« Some men, probably, abstain from murder because they fear that, if they committed murder, they would be hung. Hundreds of thousands abstain from it because they regard it with horror. One great reason why they regard it with horror is, that murderers are hung with the hearty approbation of all reasonable men. Men are so constituted that the energy of their moral sentiments is greatly increased by the fact that they are embodied in a concrete form. » (Stephen, 1863, 99 – 100)

Dans cet extrait, Stephen distingue à nouveau la dénonciation de la dissuasion, considérant même la dénonciation plus efficace à titre d'effet préventif de la peine. Toutefois, ce sur quoi nous voulons insister ici porte sur la désapprobation du meurtre chez le public. Dans ce passage, des « centaines de milliers » de personnes « ont le meurtre en horreur » *parce que* « les meurtriers sont pendus avec l'approbation sentie de tous les hommes raisonnables ». On voit ici que Stephen *attribue* l'horreur du meurtre non à l'éducation morale « positive », qui enseigne à respecter son prochain, mais à la *pendaison* (peine sévère), c'est-à-dire à l'éducation morale *négative* : adopter des moyens d'exclusion (radicale) pour « enseigner le bien ». Une question se pose alors : qui sont donc « ces hommes raisonnables » ? Sont-ils effectivement raisonnables s'ils ont besoin de la pendaison pour savoir ce qui est bien et pour rester attachés aux valeurs fondamentales ? Comment les hommes raisonnables s'attachaient-ils à ces valeurs avant la légitimation généralisée de la peine de mort et des châtiments corporels par l'autorité

---

<sup>209</sup> Nous ne savons pas exactement à quel moment tracer la ligne : le réaligement n'avait pas été accompli en 1863 et 1864, mais aucune référence ne sera faite à cette « leçon morale », par Stephen, à partir de 1873, c'est-à-dire la période où il a écrit ses ouvrages les plus connus et les plus cités.

centrale? La dernière phrase de ce passage semble assez éloquente : « donner une forme concrète » aux « sentiments moraux » augmente leur intensité. Et la forme « concrète » est ici représentée par l'échafaud et, un peu plus loin, par la prison.

(iii) *Le problème de la vengeance privée.* Nous avons déjà mentionné ce lieu commun du discours juridique qui consiste à dire que la peine « remplace » et « neutralise » la vengeance privée. Stephen n'a pas échappé à ce lieu commun et certains observateurs vont comprendre qu'il voit lui aussi dans les peines cette utilité consistant à prévenir les vengeances privées. Ce fut le cas, à l'époque, de Holmes (1881, 36) et c'est le cas présentement de Fletcher (2007).

Les textes de Stephen sont semés çà et là de métaphores servant à leur donner vie ; nous mentionnions plus tôt la comparaison entre la peine qui joue le rôle du sceau servant à sceller une enveloppe. Cependant, l'image possiblement la plus évoquée de Stephen est celle-ci : « le rapport qui unit le droit pénal à la passion vindicative est sensiblement le même que celui qui relie le mariage à l'appétit sexuel » (Stephen, 1863, 99 ; traduction de la *Commission canadienne sur la détermination de la peine*, 1987, 36)<sup>210</sup>. C'est beaucoup à partir de cet extrait que l'on considère que Stephen valorise cette utilité (marginale) des peines consistant à prévenir les vengeances privées. Ce discours légitimateur des peines (sévères) prend souvent la forme d'un discours du type « historique », soit le passage d'un monde naturel sauvage à la civilisation.

Avant d'en faire la discussion, voyons d'abord comment Fletcher l'interprète :

« The descriptions of punishing institutions bear a close resemblance to the image of an angry and vindictive victim writ large. You see this attitude in Fitzjames

---

<sup>210</sup> « The criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite »



Stephen's famous comment, « The criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite » [1863, 99]. Think about what this statement implies. The underlying impulse to punish is said to be akin to the sexual appetite. This raw impulse requires domestication in legal institution. But if we strip away the camouflage of civilization, we find a lustful avenger using the criminal law to satisfy its bodily necessities. » (Fletcher, 2007, 234)

Pour Fletcher donc, à partir de la comparaison avec l'appétit sexuel, la peine est une « raw impulse », voire une « bodily necessities ». Et la peine (et le SDC) « domestique » ces instincts primitifs. Pour sa part, Packer considérait que pour Stephen, il fallait punir sinon ces désirs de vengeance « s'exprimeraient de manière socialement moins acceptable » (Packer, 1968, 37). Mais, comme nous l'avons dit, cette utilité est moins une finalité qu'une supposée utilité ou qu'un supposé effet secondaire de la peine. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas cet « effet » ou, si l'on veut, ce « but » qui viendra caractériser la théorie de la dénonciation. Elle n'est pas une théorie de la *vengeance publique ou civilisée*, mais de la *dénonciation*.

Sans doute, Stephen était convaincu, comme d'autres juristes et philosophes, que le droit criminel (avec ses peines) « régule, sanctionne et satisfait légitimement la passion vindicative » (Stephen, 1863a, 98 – 99 ; notre traduction)<sup>211</sup>. Il ne dit pas, comme Fletcher, que ce désir de vengeance a besoin de « domestication » ; ou plus directement qu'il faut le satisfaire à défaut de quoi des vengeances privées prendraient place<sup>212</sup>. Nous croyons que Fletcher a vu juste en réfléchissant sur le message implicite transmis par la

---

<sup>211</sup> « regulates, sanctions, and provides a legitimate satisfaction for the passion of revenge »

<sup>212</sup> La seule occasion où Stephen laisse à penser que le public pourrait réagir vigoureusement, c'est dans les cas où l'autorité chercherait à punir des comportements face auxquels la majorité supportant l'incrimination ne serait pas écrasante. D'ailleurs, cette « réaction furieuse », Stephen la voyait se diriger vers l'autorité plutôt que vers l'infacteur.

métaphore. Nous croyons par contre qu'il a omis de prendre en compte ses propres idées implicites à propos de la sexualité et du désir sexuel.

Ce qui est implicite chez Fletcher, c'est l'idée qu'un désir sexuel frustré s'assouvirait assurément, même de manière moins socialement acceptable, voire inacceptable. Et c'est dans la réponse à ce qui sera « socialement moins acceptable » ou carrément « inacceptable » que se cache l'implicite. La première réponse qui apparaîtra sera celle de l'agression sexuelle : le mariage (et la satisfaction sexuelle qu'on présume prendre place dans le cadre du mariage) permet d'assouvir un désir sexuel qui en cas de frustration, se traduirait par des agressions sexuelles. Une deuxième réponse pourrait bien être d'adopter des comportements frivoles face à la sexualité : un désir sexuel inassouvi par le mariage amènera la personne frustrée sexuellement vers des aventures sexuelles sans lendemain (en mettant de côté l'idée des relations de couple stable, mais hors du lien du mariage). Et puisque Stephen a vécu à l'époque victorienne, faut-il inclure l'onanisme comme moyen de satisfaire un désir sexuel frustré à titre de réaction moins socialement acceptable ? Est-il possible qu'un homme, dont ses biographes décrivent tous à leur façon l'agir austère (voire ascétique), ait pu penser qu'un désir sexuel inassouvi pourrait n'être la cause d'aucune conséquence (si ce n'est une frustration personnelle ne se matérialisant pas) ?

D'ailleurs, Stephen cite deux autorités en matière de satisfaction du désir de vengeance par la peine, Bentham et Joseph Butler. Le premier considère qu'effectivement, la peine peut procurer une satisfaction au désir de vengeance, mais qu'il ne faut pas (et on a pas besoin de) moduler la peine à cette fin (Bentham, 1789). Quant à Butler, le sermon auquel nous avons eu accès en consultant *Punishment* de

Feinberg et Gross (1975), *Upon Resentment*, indique des bienfaits que la gratification de ce ressentiment peut entraîner. Chez Butler comme chez Stephen, un ressentiment qui n'est pas satisfait ne sera que cela, un ressentiment qui n'est pas satisfait ; il ne s'agit pas d'une bombe à retardement qu'il faut désamorcer le plus rapidement possible.

Quoi qu'il en soit, l'image utilisée par Stephen, peu importe ce qu'il voulait lui faire dire, était dangereuse et rendait plusieurs lectures possibles. L'une d'entre elles est celle de Fletcher et de Packer où il faut punir sinon ...

\*\*\*

Nous reviendrons en conclusion sur les différentes formes que prend le but de la peine pour Stephen. Nous pouvons tout de même réaffirmer que nous allons retenir les deux formes principales mentionnées comme faisant partie de sa théorie : elles ont été toutes les deux étroitement associées et attribuées à la théorie de la dénonciation, y compris par les discours de réforme du droit comme le rapport de la RCCP (1953).

### 6.2.3 Qui peut-on punir ?

Sur ce point, Stephen ne diverge absolument pas de la réponse classique chez les juristes : seule la personne qui a commis un acte considéré comme un crime par la loi criminelle peut être punie. On ne peut pas punir une personne innocente ni une personne à qui on ne peut pas attribuer, pour une raison quelconque, une responsabilité criminelle.

Or, pour Stephen, la responsabilité criminelle n'est autre que la possibilité d'infliger une peine si les conditions légales en vigueur sont remplies (Stephen, 1883, II,

96)<sup>213</sup>. Stephen prend comme point de départ que « les gens en général considèrent que le criminel [...] est une personne qui [...] a fait quelque chose de hautement mauvais et dommageable pour les intérêts communs de la société » (1883, II, 76 ; notre traduction)<sup>214</sup>. Conséquemment, Stephen considère que le droit criminel « est l'*ultima ratio* de la majorité contre ceux qui ont, présume-t-on, renoncé aux liens communs qui lient les hommes entre eux » (1874, 151 ; notre traduction)<sup>215</sup>.

Pour Stephen (1883, II, 94 ; notre traduction), la « règle générale » à propos de la responsabilité criminelle consiste à affirmer que « les gens sont responsables de leurs actions »<sup>216</sup>, mais il y a bien entendu des exceptions. Les exemptions qu'il souligne – en raison de l'âge, de la maladie mentale et du caractère non intentionnel de l'acte – sont très similaires à ce qui était présent chez les théoriciens classiques du droit (Stephen, 1883, II, 97). De plus, Stephen (1883, II, 109 – 110) reconnaît la possibilité de circonstances telles que des individus doivent être dégagés de toute responsabilité criminelle, mais il préfère laisser au jury le soin d'en décider. Sur ce point, il n'a y pas de nouveauté à signaler.

Par ailleurs, de manière similaire à Bentham (voir Pires, 1998, 123), Stephen (1883, II, 96) ne s'intéresse aucunement aux questions liées au libre arbitre ou au déterminisme (1874, 83 – 84). L'essentiel pour lui réside plutôt dans l'attribution

---

<sup>213</sup> « (1) The act must be done by a person of competent age. (2) The act must be voluntary, and the person who does it must also be free from certain forms of compulsion. (3) The act must be intentional. (4) Knowledge in various degrees according to the nature of different offences must accompany it. (5) In many cases either malice, fraud, or negligence enters into the definition of offences. (6) Each of these general conditions (except the condition as to age) may be affected by the insanity of the offender. » (Stephen, 1883, II, 97)

<sup>214</sup> « By a criminal, people in general understand [...] a person who [...] has done something at once wicked and obviously injurious in a high degree to the commonest interests of society. »

<sup>215</sup> « [Criminal law] is the ratio ultima of the majority against persons whom its application assumes to have renounced the common bonds which connect men together »

<sup>216</sup> « The general rule is, that people are responsible for their actions »

d'éloges et de blâmes (1883, II, 84). La théorie de la dénonciation peut alors rester indifférente à ce débat, de même que la théorie de la dissuasion.

#### 6.2.4 Qu'est-ce qui compte (ou qui ne compte pas) comme peine ?

Stephen conçoit la peine comme un « dommage important, direct ou indirect, imposé à ceux qui ont commis [un crime] » (Stephen, 1874, 151 ; notre traduction)<sup>217</sup>. Ce dommage important prendra la forme d'une perte (vie, propriété ou liberté) tout comme il doit porter la marque « indélébile de l'infamie » (1883, I, ix) puisque la peine, selon Stephen (1883, II, 172 ; notre traduction), « devait toujours suggérer [...] l'infamie morale »<sup>218</sup>. Par ailleurs, la peine criminelle est de plus imposée *pour* le public *par* ses représentants, sans égard à la victime directe (1863a, 4). Puisque la peine ne doit pas profiter à la victime, le dédommagement ne peut pas se substituer adéquatement à la peine, tout comme le pardon de la victime ne remplace pas la peine (voir à cet égard Stephen, 1883, II, 92). De manière plus claire,

« punishment is not intended to benefit the sufferer. It is distinctly intended, to a certain extent, to injure him for the good of others ; and this consideration enters more or less into almost all punishments, and is the dominant one in the cases in which punishments of great severity are inflicted. It reaches its highest point in the case of the punishment of death. » (Stephen, 1885, 757)

Au total, on voit bien l'idée que la théorie de la dénonciation de Stephen reconduit la source originale des autres théories de la peine, c'est-à-dire que la peine est une souffrance qui se distingue de la réparation. On devine déjà les conclusions que nous en

---

<sup>217</sup> La peine étant un « great damage, direct and indirect, upon those who commit [crimes] » (Stephen, 1874, 151).

<sup>218</sup> « should always connote [...] moral infamy »

tirerons à l'égard de relations possibles, sur le plan des idées, entre la théorie de la dénonciation et les théories de la peine composant la RPM.

À cela, il faut ajouter que ce qui est une peine acceptable varie, de l'avis de Stephen, selon le lieu et dans le temps. D'une part, il évoque « la brutalité des peines infligées » par les Romains aux chrétiens, notamment la crucifixion et la torture, après quoi il ajoute que « tout ce qui doit être dit c'est qu'il s'agissait des habitudes de l'époque » (1874, 112 ; notre traduction)<sup>219</sup>. D'autre part, il rappelle que « dans la plus grande partie du Continent », différentes formes de châtements corporels avaient cours, dont le supplice de la roue, l'écartèlement et le démembrement, tout comme les « formes plus simples de mise à mort » (1883, I, 478). Par comparaison, poursuit-il, les Anglais ont été prompts à enlever la vie, mais « ont généralement été opposés à l'infliction de la mort par la torture » (1883, I, 478 ; nos traductions)<sup>220</sup>.

Du coup, Stephen ne fige pas dans le temps, et pour toujours, un type particulier de sanctions, considérant que les « habitudes » peuvent changer avec le temps et selon les lieux. L'important est ce caractère concret de l'infliction intentionnelle de la souffrance. Dit autrement, Stephen ne soutient pas un type de peines en particulier (mort, prison, châtements corporels, amende) au détriment des autres. Mais, comme nous l'avons vu dans ses objections à Bentham, il peut s'opposer à l'usage de certaines peines par rapport à certains crimes. Il affirme plutôt que la peine doit s'aligner sur certaines caractéristiques qui peuvent se matérialiser de différentes façons (avec les ambiguïtés que nous avons

---

<sup>219</sup> « As to the brutality of the punishments inflicted [by Romans to Christians] - crucifixion, burning, and judicial tortures - all that need be said is that it was the habit of the day. »

<sup>220</sup> « In most parts of the Continent breaking on the wheel, burning, in some cases quartering alive and tearing with red-hot pincers, were in use, as well as simpler forms of death. English people, as a rule, have been singularly reckless (till very lately) about taking life, but they have usually been averse to the infliction of death by torture. »

soulignées précédemment). Ce sont ces matérialisations qui peuvent changer avec le temps et le lieu. Le point de référence que Stephen avance pour jauger ces changements, ce sont les « sentiments moraux de la communauté » (Stephen, 1883, I, ix). Cela signifie que certaines peines très sévères sont acceptables et légitimes *si le public est capable de les tolérer*.

#### 6.2.5 Quels sont les devoirs de l'autorité politique et juridique ?

Au chapitre des devoirs de l'autorité en matière de peine, Stephen en identifie au moins deux : (1) ne punir que les coupables, mais (2) punir tous les coupables. D'une part, Stephen justifie le devoir de ne punir que des coupables pour que la relation entre le droit criminel et la moralité puisse exister – c'est dans cette relation entre droit et moralité que la dénonciation prend sa source – :

« Criminal law [...] must be confined within narrow limits, and can be applied only to definite overt acts or omissions capable of being distinctly proved, which acts or omissions inflict definite evils, either on specific persons or on the community at large. It is within these limits only that there can be any relation at all between law and morality. » (Stephen, 1883, II, 78–79).

Cette limitation dans le champ d'action du SDC, du point de vue de Stephen, prend sa source dans la législation criminelle et dans la jurisprudence qui sont supposées exprimer ce que les « gens en général » considèrent comme un criminel, c'est-à-dire « une personne qui doit être punie » parce qu'elle « a fait quelque chose de hautement mauvais et dommageable pour les intérêts communs de la société » (1883, II, 76 ; notre traduction)<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> « By a criminal, people in general understand not only a person who is liable to be punished, but a person who ought to be punished because he has done something at once wicked and obviously injurious in a high degree to the commonest interests of society. »

D'autre part, comme on peut le voir, Stephen défend également le principe de l'obligation de punir dès que la culpabilité de l'accusé est reconnue. Dans la continuité du fondement du droit de punir où il faut punir au nom des valeurs fondamentales et des sentiments de représailles du public, nous allons considérer que la théorie de la dénonciation valorise une *obligation pédagogique de punir*. Nous qualifions cette obligation de « pédagogique » puisque l'autorité doit punir, pour Stephen, de manière à *valider* ou à *faire naître* la désapprobation ou la haine du public à l'égard du crime. Il va sans dire que la théorie de la dénonciation aurait pu mettre en valeur un rôle pédagogique autrement plus positif pour l'autorité, notamment en renforçant positivement l'adhésion aux valeurs fondamentales.

Ainsi, la théorie de Stephen présuppose que le public valorise – ou « a besoin de » – l'application obligatoire de peines quand la culpabilité est prouvée pour réaliser les buts de la théorie et elle s'articule autour de cette présomption :

« [Criminal justice] can never be a real terror to evil-doers and a real encouragement to the healthy indignation of honest men against criminals unless it is put in force inflexibly » (Stephen, 1883, I, 552)

Cette dynamique est peut-être encore plus apparente avec la reprise que Stephen fait de la métaphore de la guerre entre la société et le contrevenant où « Le criminel est triomphant et victorieux sur son ennemi et sur la loi qui le protège jusqu'à ce qu'il ait lui-même souffert un équivalent complet à ce qu'il a infligé » (Stephen, 1883, III, 91 ; notre traduction)<sup>222</sup>.

Cette métaphore de la guerre entre le contrevenant et la société rend également très visible le fait que l'obligation pédagogique pour le SDC s'attache exclusivement aux

---

<sup>222</sup> « The criminal is triumphant and victorious over his enemy and over the law which protects him until he himself has suffered a full equivalent for what he has inflicted »



sentiments de haine ou à la désapprobation du public plutôt que par l'appui positif aux valeurs fondamentales que le SDC doit supporter.

#### 6.2.6 Quel type de peines et quelle quantité de peine ?

Nous traiterons les sixième (le type de peines) et septième (la quantité de peine) questions simultanément parce que chez Stephen – comme c'est le cas avec Kant (Pires, 1998) –, les réponses à l'une et l'autre de ces questions sont imbriquées l'une dans l'autre. D'abord, Stephen prend position avec force en ce qui concerne le type et la quantité de peine à infliger. En effet, « [t]oute peine qui est infligée pour un crime se trouve dans une relation arbitraire à l'égard de ce dernier » ; c'est « une notion illusoire anciennement propagée [...] selon laquelle il y aurait un équilibre quelconque entre crime et peine » (Stephen, 1885, 761 ; nos traductions)<sup>223</sup>. Stephen semble ici sceptique à l'égard d'une relation rationnelle en ce qui concerne toute proportionnalité *entre le crime et la peine*. Parallèlement, il semble s'opposer aussi à toute politique législative visant à encadrer de façon stricte le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de sentences. En effet, il va insister sur la nécessité d'un large pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès lorsque vient le temps d'imposer les peines :

« practically speaking, a wide discretion as to [the type<sup>224</sup> and] the amount of punishment to be inflicted in particular cases must always be vested in the judges of criminal courts. » (Stephen, 1885, 766)

---

<sup>223</sup> « A fanciful notion was formerly entertained by some persons that there was some sort of equipoise to be effected between crime and punishment ; that, if A were murdered by B, some imaginary balance would be brought to its proper position by putting A to death : but it is needless to waste time over such imaginations. [...] Every punishment, therefore, which is allotted to any crime will be found to stand in an arbitrary relation to it. »

<sup>224</sup> Stephen ne restreint pas le pouvoir discrétionnaire à la « quantité de peine » à imposer ; cela deviendra plus clair en cours de route.

Stephen est alors poussé à répondre à l'argument se référant à l'inégalité de sentences qui pourrait découler de ce pouvoir discrétionnaire étendu. À cet égard, il dit qu'« un sentiment d'injustice émanerait » si, par exemple, un même juge imposait deux peines différentes pour des cas similaires « sans avoir fourni de raisons pour expliquer la différence » (Stephen, 1885, 758–759 ; nos traductions)<sup>225</sup>. Toutefois, ce n'est que « mauvaise ou bonne fortune » (*bad or good fortune*) si deux juges différents apprécient différemment la culpabilité morale de deux accusés différents et imposent des sentences différentes (1885, 759). Dans ce passage on voit aussi que le choix qualitatif de la peine est attaché, chez Stephen, à la culpabilité morale du coupable et non à une priorité quelconque attribuable à l'insertion sociale des coupables ou à la recherche d'une peine « moins coûteuse ».

Par ailleurs, les limitations qu'il propose au pouvoir discrétionnaire des juges *en ce qui concerne (surtout) la sévérité (quantité) des peines* font surtout référence au statut privilégié qu'il accorde à la dénonciation. Pour lui, ledit pouvoir doit être limité par l'opinion publique et par la coutume (1885, 767). Le poids de la coutume est de faible importance pour lui. Il semble que ce poids soit important surtout pour le législateur, dans la mesure où c'est lui qui doit se prononcer sur la pertinence/non pertinence de certains types spécifiques de peines en vigueur dans la législation (supplices, peine de mort, etc.). Nous y reviendrons sous peu.

C'est alors plutôt du côté de l'opinion publique que se manifeste la réelle limitation au pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le juge. Ce que Stephen développe, c'est l'idée selon laquelle le public, par le support qu'il accorde ou qu'il

---

<sup>225</sup> « a feeling of injustice would be produced » et « without any reason being even alleged for the difference ».

n'accorde pas à une peine, impose les limites supérieures et inférieures que la peine peut avoir ; des exemples étayent chacune de ces possibilités. D'abord, prenons le cas où l'opinion publique impose la limite inférieure (c'est-à-dire empêcher une sentence plus modérée ou moins coûteuse) :

« Probably, [...] Bentham's meaning was that if murderers in general feared a fine as much as death, they ought, upon conviction, to be fined instead of being put to death, although putting them to death would be more in accordance with the moral sentiments of the community at large than fining them. » (1883, II, 79)

Ici, l'amende n'est pas satisfaisante pour le public dans les cas de meurtre. L'inverse est également vrai : le public impose aussi la limite supérieure au droit de punir. Par exemple, le public limite le pouvoir de punir les crimes contre la propriété. Stephen croit qu'il serait utile (à des fins de neutralisation, mais possiblement aussi d'intimidation) d'imposer la peine de mort dans certains cas de crimes contre la propriété où il s'agit de criminels de carrière endurcis, « mais, à cette fin, un changement des sentiments publics serait nécessaire, changement dont nous n'avons aucun signe pour le moment » (1883, I, 479 – 480 ; notre traduction)<sup>226</sup>. Dans ce passage, il n'est pas clair si Stephen pense au Législateur, plutôt qu'au juge, ou aux deux à la fois. L'important néanmoins c'est que, pour Stephen, la peine visant la dénonciation doit prendre en compte la culpabilité morale *perçue* par le public :

« Everything which is regarded as enhancing the moral guilt of a particular offence is recognised as a reason for increasing the severity of the punishment awarded to it. » (Stephen, 1883, II, 81)

« When public attention is strongly directed to a crime, and the public imagination is greatly shocked by it, it is of great importance that the punishment should be exemplary and calculated to impress the public as much as the crime, and in the opposite direction. The criminal is triumphant and victorious over his enemy and

---

<sup>226</sup> « but, for this purpose, a change of public sentiment would be necessary, of which there are at present no signs. »

over the law which protects him until he himself has suffered a full equivalent for what he has inflicted » (Stephen, 1883, III, 91)

La peine doit être envisagée et « calculée » de façon à établir une sorte d'*équivalence* entre le degré réprobation que le crime provoque chez le public et la souffrance qui sera infligée au coupable. La théorie présuppose que le degré d'indignation reflète le degré de culpabilité morale du coupable.

Cependant, en dépit de cela, Stephen ne manque pas de remarquer que l'opinion publique n'est pas très précise sur ce qu'elle trouve adéquat. À cet égard, il donne l'exemple de deux peines pour contrefaçon, l'une de 7 ans d'emprisonnement et l'autre de 10 ans. Ces peines seraient sûrement acceptables puisqu'elles ne devraient pas « surprendre ou choquer le public » (1885, 759 ; notre traduction)<sup>227</sup>. On voit apparaître l'idée d'une fourchette de peines acceptables pour le public, espace à l'intérieur duquel le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire, notamment pour privilégier la prévention directe du crime dans un cas spécifique (1874, 152 – 153). L'imprécision du public donne une grande latitude au juge. Le choix du type de peines varie également en fonction de l'objectif poursuivi : certains types de peines favorisent plus la neutralisation et la dissuasion, tandis que d'autres sont plus adaptés à la réforme des criminels (1863b, 197), tout en exprimant la désapprobation du public. Pour sa part, la dénonciation peut faire appel à « des peines exemplaires (mort, fouet, et les peines semblables) » puisqu'elles « justifient et gratifient énergiquement le désir public de vengeance contre des infracteurs » (Stephen, 1883, II, 83 ; notre traduction)<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> « to startle or shock the public »

<sup>228</sup> « In criminal legislation the distinction is of greater importance, as one of the arguments in favor of exemplary punishments (death, flogging, and the like) is that they emphatically justify and gratify the public desire for vengeance upon such offenders. »

Enfin, la raison pour laquelle il n'y a pas beaucoup de réactions contre les peines imposées, c'est qu'il existe une échelle *informelle* de gravité des peines (Stephen, 1885, 768). Chez Stephen, il s'agit du « type de sentences que les juges [...] imposeraient probablement pour des catégories de cas sans attirer d'attention particulière » (Stephen, 1885, 768 ; notre traduction)<sup>229</sup>. L'importance de la coutume se révèle davantage ici puisque Stephen laisse entendre que c'est la coutume qui nous donne des indications sur le genre de peines qui, pour certains types de crimes, *ne devraient pas* attirer l'attention du public.

Dès lors apparaît la dynamique sur laquelle nous voulions insister : la peine doit être satisfaisante pour le public, mais le public ne fournit pas une mesure de peine exacte. C'est pour cette raison que la théorie fonctionne par la négative, c'est-à-dire qu'une peine qui n'attire pas l'attention du public sera conforme à la théorie. Et c'est à l'aide de cette « fourchette de la peine » que le juge peut utiliser son pouvoir discrétionnaire pour viser un autre effet, ce qui revient à dire que la prévention directe du crime ne doit pas amener une peine à l'extérieur des limites imposées par l'opinion publique, donc celles de la théorie de la dénonciation.

Qui plus est, Stephen formule ici une nouvelle façon, et assez risquée, de concevoir ce par rapport à quoi la peine doit être proportionnelle. Cette conception de la « proportionnalité » est assez différente de celles soutenues par les théories de la rétribution ou de la dissuasion. Chacune à leur façon, ces trois théories de la peine soutenaient, pour ceux qui voulaient en respecter l'orientation, que la peine devait être « proportionnelle ». Cependant, la théorie rétributiviste et la théorie de la dissuasion

---

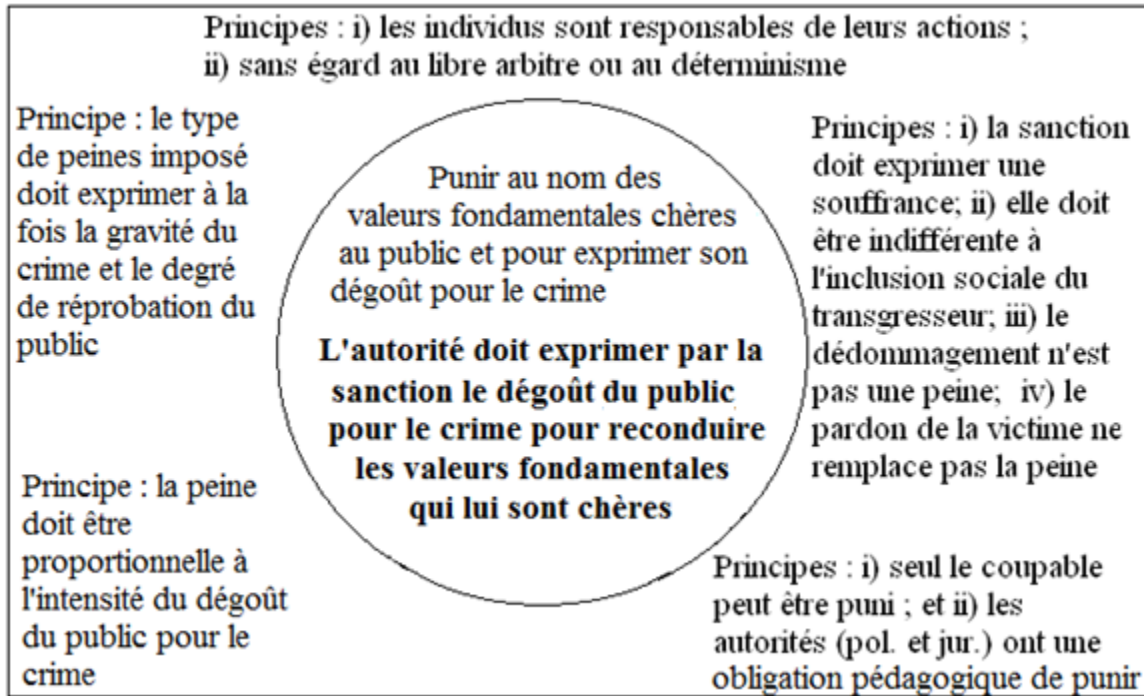
<sup>229</sup> « this unwritten scale of punishments is [...] the sort of sentences which judges at the assizes would probably pass in particular classes of cases without attracting special attention. »

prenaient, chacune à leur manière, le crime comme point de référence. La peine devrait être proportionnelle *au crime* (gravité de l'acte et/ou degré de culpabilité). Stephen introduit, entre le crime et la peine, le critère de la désapprobation du crime par le public ou le sentiment de haine du public pour le crime. La peine doit alors être, avant tout, *proportionnelle à ce sentiment*. Les critères de la gravité du crime et/ou de la culpabilité de l'auteur passent alors au deuxième plan. Cela va permettre à la théorie de soutenir qu'un meurtre tout aussi intentionnel *qui heurte plus le sentiment du public* doit être considéré comme étant « plus grave » et réclamant une peine plus sévère. Comme nous l'avons vu, la Commission anglaise sur la peine de mort voulait garder la peine de mort pour les meurtres qui heurtaient davantage le sentiment de réprobation du public, en présupposant que ce sentiment véhiculait une haine qui devrait être légitimée par la peine.

### **6.3 Remarques conclusives**

Avant de conclure ce chapitre portant sur l'une des formes originales de la théorie de la dénonciation, présentons d'abord un « tableau synthèse » comparable à ceux que Pires a produits pour d'autres théories de la peine :

*Figure V : Synthèse de la théorie de la dénonciation*



Conformément aux remarques générales sur les théories de la peine que nous avons faites dans le premier chapitre, la comparaison entre des théories de la peine doit se faire au niveau de leur organisation interne plutôt qu'énoncé par énoncé. L'objectif est de déterminer si la théorie de la dénonciation de Stephen est une théorie de la peine distincte. La comparaison de l'organisation interne des théories était à privilégier puisque plusieurs théories de la peine partagent entre elles un certain nombre d'énoncés. Le tableau suivant est composé de formulations faites par Pires de descriptions des théories de la rétribution et de la dissuasion quant à leur mode de valorisation, tout comme d'une première proposition, de notre part, quant à la théorie de la dénonciation.

*Tableau I : Comparaison des modes de valorisation des théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation*

<b>Les théories :</b>	<b>Rétribution</b>	<b>Dissuasion</b>	<b>Dénonciation</b>
<b>Comment la théorie se valorise-t-elle ?</b>	La théorie recommande à l'autorité d'imposer une peine souffrante proportionnelle au crime sans égard à ses effets.	La théorie recommande à l'autorité d'imposer une peine souffrante proportionnelle au crime pour protéger ses sujets (la société).	La théorie recommande à l'autorité d'imposer une peine souffrante proportionnelle au sentiment de haine ou de désapprobation du public. Des peines sévères peuvent être fixées et attribuées pour guider le public ou renforcer le sentiment de désapprobation du public.

Si ces manières de condenser ces théories sont justes – c'est-à-dire représentatives de l'ensemble de la théorie –, alors malgré des recoupements sur différents plans, ces trois théories ont chacune une identité qui leur est propre. Dit autrement, une fois que la théorie de la dénonciation a achevé sa formation, elle a occupé un créneau qui n'était pas couvert par les deux autres. De ce fait, nous croyons pouvoir affirmer, après l'examen du matériel empirique présenté dans les chapitres précédents, que la théorie de la dénonciation est bel et bien une théorie de la peine distincte au même titre que les théories de la rétribution et de la dissuasion. Autrement dit, la théorie de la dénonciation telle qu'elle se trouve formée dans les écrits de Stephen, a été institutionnalisée au sens fort du terme et elle est une théorie distincte des autres théories de la peine (rétribution, dissuasion et réhabilitation carcérale) constituant le système d'idées appelé « rationalité pénale moderne ».



## VII – Conclusion

Nous sommes parti de l'hypothèse de travail que la naissance et l'institutionnalisation d'une théorie de la peine devaient être observées distinctement. La naissance d'une théorie de la peine est cette consolidation d'idées ou d'énoncés cohérents constituant une recommandation pour les peines. L'institutionnalisation d'une théorie de la peine est plutôt leur intégration et utilisation dans les opérations du SDC. Chaque trame discursive (discours savants, rapports de commissions de réforme et décisions des tribunaux) nous permet d'observer différemment ces phénomènes et il faut en cumuler les effets.

Lorsque nous avons circonscrit notre problème de recherche, nous avons déterminé que la période des années 1950 à 1980 était la période où s'accélérait la prise en compte de la théorie de la dénonciation dans les différents discours sur les peines. Mais les discours savants identifient déjà la deuxième moitié du 19<sup>e</sup> siècle comme étant la période durant laquelle naît la théorie de la dénonciation. Il y a donc un intervalle de quelques décennies entre le moment où la théorie de la dénonciation se différencie comme théorie de la peine distincte et celui où son institutionnalisation prend forme et s'accélère véritablement. D'après nos résultats de recherche, cette institutionnalisation prendra en effet son envol à partir des années 1950.

Dans un premier temps, nous reprendrons les grandes conclusions tirées des différents chapitres analytiques sur l'un et l'autre de ces phénomènes. Dans un deuxième temps, nous tirerons des conclusions permises par le croisement de ces différentes trames discursives d'une manière inédite jusqu'ici, tant du point de vue de la naissance de la

théorie de la dénonciation que de son institutionnalisation par le SDC. Chemin faisant, nous ferons ressortir certaines questions demeurées sans réponse à la suite de la thèse.

## **7.1 Retour sur les conclusions des différents chapitres**

### **7.1.1 La reconstitution de la théorie de la dénonciation et l'apport de Stephen**

Dans le dernier chapitre, nous avons amorcé la description de la formation de la théorie de la dénonciation, principalement à travers les travaux de James Fitzjames Stephen. Nous y avons constaté la présence d'une théorie de la peine distincte devant, pour ce juriste célèbre, jouer un rôle important dans les réflexions sur les peines. En son centre, un objectif de la peine inédit, mais surtout la prise en compte des attentes du public à l'égard des peines ou la recherche de la satisfaction du public. À cette fin, le quantum des peines est déterminé par ce qui n'indisposerait pas le public. Nous y avons vu un nouveau principe de proportionnalité.

Chez Stephen, la théorie de la dénonciation se différencie de la théorie de la dissuasion. Il en fait des compléments l'une de l'autre, mais en accordant un statut privilégié à la dénonciation. Étonnamment, Stephen n'évoque pas, ni explicitement ni implicitement, la théorie de la rétribution. La contestation est étonnante dans la mesure où les discours sur les peines qui suivront considéreront souvent la théorie de la dénonciation comme une variation de la théorie de la rétribution et Stephen comme un digne représentant de cette théorie de la peine. Cette dernière apparaît cependant sans nom distinct, du moins chez Stephen ; Lord Denning et Joel Feinberg donneront un nom à la théorie. Mais dès l'époque de Stephen, la théorie de la dénonciation avait amorcé son

parcours institutionnel. Stephen était en effet un juriste qui rédigeait entre autres des traités de droit criminel. L'intervalle séparant les écrits de Stephen du témoignage de Denning est demeuré pour nous une zone d'ombre, notamment en raison de l'absence d'indices qui auraient pu nous permettre d'y voir plus clair. En nous autorisant ici et là quelques spéculations, nous défendons l'idée que l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation s'est poursuivie durant ce temps, selon toute vraisemblance, au moins dans la tradition orale et dans les décisions des tribunaux. Elle a dû rester plutôt discrète sans pour autant être absente puisque d'une part, Denning n'a pas semblé croire innover en matière de finalité de la peine, et que d'autre part, Hart connaissait une théorie de la dénonciation qu'il critiquait vigoureusement dès les années 1950.

Quoi qu'il en soit, nous savons que la forme de la théorie de la dénonciation chez Stephen se trouve dans un état de grande proximité avec la forme dominante que cette théorie de la peine prendra par la suite dans les discours juridiques. Cette théorie de la dénonciation ne sort pas de la « clôture » qui s'est érigée initialement autour des théories de la rétribution et de la dissuasion, et qui leur permet encore aujourd'hui de constituer le cœur de la RPM. Nous affirmons en fait ici que la théorie de la dénonciation permet de réaffirmer les principes fondateurs et directeurs de la RPM auxquels se réfère Pires, tout en maintenant son indépendance analytique face aux autres théories de la peine, de telle sorte que la théorie de la dénonciation participe, depuis l'achèvement de sa formation, à la reproduction du système d'idées dominant du SDC. Pour le dire autrement, les différences entre ces trois théories de la peine (rétribution, dissuasion et dénonciation) ne seront pas de nature à remettre en question le système d'idées qu'elles forment.

D'abord et avant tout, la théorie de la dénonciation chez Stephen supporte une conception de la peine qui doit être définie comme l'infliction intentionnelle de souffrance sans possibilité de lui substituer adéquatement le dédommagement ou le pardon de la victime. À partir de là, et au contraire de la protection de la société et de l'exigence de rétablir l'ordre, Stephen propose un autre fondement du droit de punir puisque le SDC punit ici au nom des obligations qu'il a envers le public. S'appuyant sur un fondement du droit de punir qui n'est ni ancré dans les notions abstraites de Justice et de Moralité de Kant, ni dans celle de protection de la société chère à Beccaria ou Bentham, Stephen recommande à l'autorité de *préserver les valeurs fondamentales offensées par le crime et exprimer le dégoût* que la perpétration de l'acte criminel fait naître chez les gens « honnêtes ». Il reconduit ensuite les mêmes devoirs pour les autorités (juridique et politique) en matière de peine, c'est-à-dire : (i) de ne punir que le coupable, mais (ii) de punir tous les coupables. Là encore, l'obligation de punir ne s'appuie pas sur une base morale (Kant) ou sur des bases politique, juridique et pratique (Beccaria), mais bien sur une base « pédagogique ». Tous les coupables doivent être punis, selon Stephen, puisque c'est de cette manière que les autorités juridique et politique peuvent *valider* ou *faire naître* la désapprobation ou la haine du public à l'égard du crime. Enfin, Stephen ajoute une autre intention qu'on peut accoler à la peine (un autre objectif) ainsi que les paramètres qui permettent d'y arriver. On peut certes continuer d'exprimer la volonté de punir pour rétablir la Justice, ce qui se traduit par l'imposition d'une peine équivalente à la culpabilité morale. On peut aussi continuer de vouloir protéger la société par l'effet dissuasif de la peine, ce qui se traduit par l'infliction d'une peine proportionnelle à la nuisance du crime pour la société (ou d'une peine

suffisante pour dissuader). Mais avec l'arrivée de la théorie de la dénonciation, on peut maintenant vouloir dénoncer le crime (ce qui pourrait produire, sans garanties certes, un effet préventif indirect) en imposant une peine proportionnelle au niveau de la désapprobation du public à l'égard du crime.

De là, nous tirons une conclusion forte. Le fait que la théorie de la dénonciation reconduise certaines orientations importantes adoptées par les théories de la rétribution et de la dissuasion tout en se différenciant dans la manière de développer ces orientations n'affaiblit pas la « clôture » qui unit ces trois théories. Au contraire, cette différenciation dans la reconduction d'orientations clés renforce la « clôture » qui sépare ces théories de leur environnement. Cet effet de renforcement est possible *puisque* la théorie de la dénonciation, en créant son propre espace à l'intérieur de la matrice nucléaire de la RPM, ajoute à la complexité permettant de supporter ces principes, entraînant davantage de flexibilité et de résistance pour la RPM par cette augmentation de sa complexité interne. La RPM, dès l'inclusion de la théorie de la dénonciation, a donc eu davantage de moyens, ou a offert davantage d'options, pour perpétuer sa réactualisation comme discours dominant du SDC sur les peines. D'ailleurs, si l'hypothèse de Pires quant à la contribution de la RPM à la difficulté d'innovation en matière pénale s'avère juste, alors cette concordance de la théorie de la dénonciation avec les principes directeurs de la RPM a vraisemblablement concouru à faciliter (voire a rendu possible) son institutionnalisation dans des discours juridiques.

### 7.1.2 Les discours savants et la théorie de la dénonciation

Nous avons abordé les discours savants pour en faire ressortir la complexité et la finesse plutôt que de chercher à en dresser un portrait exhaustif. Des juristes et des philosophes, Lord Denning et Feinberg en tête, contribuent significativement à l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation. Sans nécessairement le faire consciemment ou volontairement (ce qui n'a d'ailleurs pas d'importance), ils l'ont tout de même fait sans critiquer cette théorie de la peine. Il semblait aller de soi que l'imposition de peines sévères pouvait et devait servir à exprimer la désapprobation de la société (ou du public) à l'égard du crime. D'autres juristes et philosophes, notamment Hart, Walker et Skillen, critiquent cette théorie de la dénonciation dont ils observent l'émergence dans le droit criminel. Cette critique est sévère tant en ce qui concerne Hart que Skillen, mais il appert qu'il n'y a que Skillen qui semble vouloir lier cette critique de la théorie de la dénonciation à une critique plus fondamentale de la RPM. Pour sa part, Hart déplore la manière par laquelle cette théorie de la dénonciation amène le juge à se déresponsabiliser de la peine qu'il donne en attribuant une partie de cette responsabilité au public, ou pis encore, aux « sentiments » du public.

Peu de juristes et de philosophes, parmi tous ceux ayant émis une opinion à l'égard de la théorie de la dénonciation, ne prennent position sur le caractère distinct de la théorie de la dénonciation. La question semble d'ailleurs rarement se poser en ces termes. La théorie de la dénonciation est associée à la théorie de la rétribution et à celle de la dissuasion, parfois aux deux à la fois. Il est par contre possible d'observer une grande homogénéité d'opinions quant à l'à-propos de l'infliction de souffrance pour exprimer la désapprobation du public à l'égard du crime. Les discours savants n'ont pas vu de

différence entre la conception de la peine promue par la théorie de la dénonciation et celle promue par les théories de la rétribution et de la dissuasion. Il faut sans nul doute y voir un aveuglement à l'égard de la différence en ce qui a trait aux théories de la peine ; les juristes, les sociologues du droit et les philosophes semblent peu enclins à utiliser cette notion (les théories de la peine) pour encadrer et orienter leurs réflexions sur les peines.

### 7.1.3 Les rapports de commission de réforme et la théorie de la dénonciation

Nous avons vu que le témoignage de Lord Denning va avoir un effet important pour l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation par le SDC. Cependant, c'est la *Commission royale sur la peine capitale*, et en particulier son rapport, qui va servir de tremplin pour la théorie de la dénonciation. Dans ce rapport de réforme important, elle consolidera l'argumentaire favorisant le maintien de la peine de mort. La théorie de la dénonciation n'y sera pas critiquée tout comme on ne cherchera pas à en tracer le portrait général. Il va de soi que la proposition de Denning peut être intégrée à une proposition de réforme du droit, on lui accorde un rôle à jouer tout aussi important que celui que l'on accorde à la théorie de la dissuasion qui, de son côté, est déjà beaucoup plus profondément institutionnalisée par le droit criminel.

Les rapports des commissions Fauteux et Ouimet vont timidement poursuivre l'institutionnalisation de la dénonciation. Le rôle qu'on lui fait jouer est modeste, mais elle n'y est pas davantage critiquée. En fait, elle demeure une idée vague, mais qu'on juge suffisamment importante pour l'intégrer malgré tout à leurs propositions de réforme, propositions tout de même innovatrices quant à leurs reformulations de la théorie de la

réhabilitation. Rappelons, cependant, que la finalité de dénonciation n'est pas associée à des peines longues d'incarcération. Ce fait va, néanmoins, passer inaperçu.

Quant aux rapports *Struggle for Justice* et *Doing Justice*, tout en mettant de côté la théorie de la réhabilitation, ils intègrent dans leurs propositions de réforme les attentes du public à l'égard des peines, en particulier des peines sévères. L'intégration de la théorie de la dénonciation prend clairement place ici à l'intérieur d'une revalorisation de la RPM.

Enfin, la *Commission de réforme du droit du Canada* a intégré aussi la finalité de dénonciation comme une des (trois) raisons pouvant justifier l'incarcération. En fait, cette commission a fondé sa proposition de réforme du droit sur le principe de modération et sur la distinction entre rôle du SDC/finalités des sanctions. Le rôle global du SDC, avec toutes ses mesures sentencielles, est de « dénoncer le crime », mais cela n'est absolument pas incompatible avec l'obligation de respecter jusqu'à un certain point et à certains égards le principe de modération, y compris pour les crimes graves. Cette commission a aussi intégré l'idée que la dénonciation était une finalité de la peine permettant de justifier l'emprisonnement lorsque cette peine n'était pas nécessaire pour la neutralisation (ni comme manière de punir le non-respect de mesures moins contraignantes). Mais, dans ce cas, la peine ne devrait pas être supérieure à trois ans d'incarcération. C'est pour ces raisons que la conception de la dénonciation avancée par la CRDC demeurait à l'extérieur de la RPM.

Cette conception alternative de la dénonciation n'a cependant pas été bien comprise par la suite, sa formulation permettant par ailleurs de continuer de construire



des formes compatibles avec la RPM (comme nous l'avons vu dans certaines décisions de tribunaux canadiens).

#### 7.1.4 Le rôle que joue la théorie de la dénonciation dans des décisions de tribunaux canadiens

Les décisions des tribunaux constituent un type de discours juridique qui ne se définit pas par une pure activité de réflexion. Il s'agit de droit criminel appliqué à des cas concrets. Nous avons pu y observer comment des praticiens du droit utilisent les objectifs de la peine lorsque vient le temps d'imposer des peines. Quelques décisions des tribunaux canadiens utiliseront le médium « rétribution » pour introduire la théorie de la dénonciation. De la même manière, d'autres décisions emploieront le médium « dissuasion » pour laisser passer les idées de la théorie de la dénonciation. Force est cependant de constater que la théorie de la dénonciation y apparaît beaucoup comme distincte des autres théories de la peine tout en s'y adjoignant régulièrement. Qui plus est, elle semble fortement associée à l'emprisonnement. Ici encore, la théorie de la dénonciation qui émerge dans les discours sur les peines s'aligne sur les traits de la RPM, voire fait déjà partie de la RPM.

## **7.2 Consolidation des conclusions individuelles**

Nous avons traité distinctement l'observation de la naissance de celle de l'institutionnalisation dans nos différentes trames discursives. Il faut maintenant chercher

à comprendre comment ces trames discursives cumulent leurs effets tant pour la naissance que pour l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation.

### 7.2.1 À propos de la naissance de la théorie de la dénonciation

Force est de constater que les théories de la rétribution et de la dissuasion ont accompagné la naissance de la théorie de la dénonciation. Ces deux théories de la peine sont celles qui ont le plus fortement contribué à la constitution de la RPM et de la manière par laquelle nous pensons encore aujourd'hui le droit criminel. Il est possible de considérer que la théorie de la dénonciation réinscrit dans une constellation différente des énoncés présents dans l'une et l'autre de ces théories de la peine (ou du moins, proche d'énoncés que l'on y retrouve). D'ailleurs, la proximité de la théorie de la dénonciation avec ces autres théories de la peine est à ce point grande qu'on a le plus souvent fait de la théorie de la dénonciation ou une variante (ou la forme moderne) de la rétribution ou une dimension jusque-là sous-développée de la théorie de la dissuasion.

Que la théorie de la dénonciation soit un développement de l'une ou l'autre des théories de la peine les plus profondément institutionnalisées par le SDC est de moindre importance dans la mesure où elle finit par émerger comme une théorie de la peine distincte. Cette grande proximité, voire ce lien filial, faisant en sorte que l'on confonde la dénonciation avec l'une ou l'autre (parfois les deux) a tout de même contribué à rendre obscur le caractère distinct de la théorie de la dénonciation.

Nous pouvons d'ailleurs avancer une explication qui ne relève pas du niveau des théories de la peine, mais bien des courants philosophiques et de l'obscurcissement des

différences qu'ils produisent. La vive opposition entre les tenants du rétributivisme et de l'utilitarisme a entraîné l'aveuglement à l'égard de la constitution de la rationalité pénale moderne à la fin du 18<sup>e</sup> siècle et au début du 19<sup>e</sup> siècle. À force d'insister sur ce qui séparait ces deux courants philosophiques et les théories de la rétribution et de la dissuasion, les similitudes entre lesdites théories ont été négligées.

Il appert selon nous que cette vive opposition a conduit à la constitution de deux « superpuissances » dignes de celles de la Guerre froide et où la neutralité et les compromis ne semblent pas être une option. Dans cette perspective, il faudrait que la dénonciation soit tout l'un ou tout l'autre. Pourtant, les discours savants s'opposent très vite en ce qui a trait à sa position sur l'échiquier. Parfois, la dénonciation est présentée comme rétributiviste, parfois comme utilitariste. Parfois, dans un même discours, elle est présentée comme les deux à la fois ou un hybride des deux courants. Qui plus est, il appert également que la théorie de la dissuasion a quasi monopolisé le médium « utilitarisme » lorsqu'il est question d'utilitarisme pénal<sup>230</sup>. Du coup apparaît le dilemme suivant : la théorie de la dénonciation est soit une variante ou une reformulation de la théorie de la rétribution soit une variante ou une extension de la théorie de la dissuasion.

Pour le dire autrement et plus directement, les courants philosophiques à travers lesquels les réflexions sur les peines ont été cartographiées depuis plus de 200 ans n'offrent que très peu d'ouverture à penser la nouveauté. C'est d'autant plus vrai lorsque la nouveauté ne présente que des différences plutôt subtiles avec les points de comparaison (les théories de la rétribution et de la dissuasion).

---

<sup>230</sup> Même s'il existe au moins une autre théorie de la peine utilitariste, à savoir la théorie de la réhabilitation (peut-être également une théorie de la neutralisation, mais il s'agit d'une autre question), elle semble être souvent « oubliée » dans les débats pénologiques.

### 7.2.2 Institutionnalisation de la théorie de la dénonciation

Lorsque nous avons décidé d'observer l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation simultanément comme un processus et un résultat, nous avons adopté les indicateurs dont se servent Colyvas et Powell (2006) : l'accroissement de la légitimité et celui du *taken-for-grantedness*. Pour cette conclusion, nous tenterons d'abord de remplacer la traduction littérale « tenir pour acquis », par « familiarité ». Ainsi, l'institutionnalisation progresserait synchroniquement avec la légitimité et la familiarité de l'élément en cours d'institutionnalisation. Cette approche nous permet d'observer l'amorce du processus d'institutionnalisation, le cas où l'élément observé n'est qu'une promesse d'institutionnalisation (sans garantie possible de résultat), voire la désinstitutionnalisation d'un élément.

Qu'avons-nous appris sur l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation par le SDC ? En cumulant les indications recueillies dans nos différentes trames discursives, nous pensons pouvoir soutenir que l'institutionnalisation de cette théorie de la peine a atteint, vers la fin de la période observée, un niveau très élevé. La codification de la dénonciation comme objectif de la peine à partir des années 1990 au Canada et ailleurs, viendra confirmer cette institutionnalisation très forte de la dénonciation.

L'observation de la période pendant laquelle s'intensifie cette institutionnalisation nous a permis d'observer avec plus de clarté la forme dominante que prend la théorie de la dénonciation ainsi que ses sous-formes. Sa forme dominante consiste à affirmer la nécessité de faire souffrir pour exprimer la désapprobation du public à l'égard du crime ; cette intention d'infliger des souffrances se manifestera le plus souvent par l'imposition de peines (souvent sévères) de prison. Qui plus est, la théorie de la dénonciation a servi à

justifier une peine prémoderne (la peine de mort) alors qu'elle était vigoureusement contestée.

Cette forme dominante de la théorie de la dénonciation en cours d'institutionnalisation se divise en deux sous-formes dont il demeure difficile d'établir le poids relatif. Dans l'une, l'expression de la désapprobation par l'infliction de souffrance est une fin en soi. De ce point de vue, la théorie considère que le public serait satisfait si sa désapprobation du crime trouvait écho dans l'imposition d'un certain niveau de sévérité de la peine et la théorie considère qu'il est du devoir du SDC d'apporter satisfaction au public à cet égard. Dans l'autre sous-forme, l'expression de la désapprobation par l'infliction de souffrance contribue également, tout en apportant satisfaction au public, à prévenir le crime soit en consolidant la désapprobation de la société à l'égard du crime soit en « enseignant » au public à désapprouver le crime.

D'un point de vue conceptuel, il y a une bifurcation importante dans la théorie de la dénonciation entre l'idée de consolider une désapprobation et l'enseignement de la désapprobation : soit le comportement est perçu comme étant désapprouvé et la peine (sévère) sert à accentuer une désapprobation déjà présente, soit le comportement n'est pas perçu comme étant entièrement ou suffisamment désapprouvé et seule la peine (sévère) enseigne à le désapprouver. Cette bifurcation est importante parce qu'elle autorise la sévérité de la peine *même lorsque le public n'appuie pas la sévérité de la peine* ou, dans des cas plus rares, l'incrimination du comportement par la loi criminelle.

L'*affaire Latimer* illustre cette situation. Dans cette affaire, la CSC disposait fort probablement d'une information selon laquelle 73% des Canadiens voulaient l'imposition d'une peine moins sévère que la peine obligatoire (peine perpétuelle avec un minimum de

dix ans d’incarcération) prévue dans le cas de M. Latimer. Cette information avait été diffusée par les médias. Et la CSC savait assurément que le jury avait recommandé une peine d’un an d’emprisonnement. En dépit de cela, elle décide de renverser la sentence du juge du procès qui avait accepté, dans ses grandes lignes, l’orientation du jury. La CSC maintient alors la peine perpétuelle. Une des justifications importantes pour déterminer cette peine a été la nécessité de « dénoncer ». Mais dénoncer *quoi* ? Les Canadiens, selon l’enquête, n’étaient pas nécessairement *en faveur de la conduite* de Latimer; ils étaient *contre* la peine minimale prévue dans la loi pour son cas. Ce que l’on sait d’après les résultats d’une autre enquête<sup>231</sup>, c’est que quelques mois après la décision de la CSC, 71% des Canadiens demeuraient toujours opposés à cette peine. La peine initialement perçue comme « trop sévère » restait donc perçue comme « trop sévère ».

Tout d’abord, on voit bien que la théorie de la dénonciation a facilité la justification d’une peine sévère même lorsque le public ne la demandait pas. Ensuite, et de manière peut-être plus fondamentale, on peut se demander si cette théorie n’amène pas à confondre l’approbation / désapprobation de la *conduite* avec l’approbation / désapprobation de la *peine*. On peut désapprouver fortement une conduite et, *en même temps*, désapprouver une peine *sévère*. C’est que, dans l’affaire *Latimer*, la réprobation de l’acte côtoyait des raisons militant en faveur d’une peine très modérée. La théorie de la dénonciation (et celle de la dissuasion dans une moindre mesure) a probablement conforté la cour dans sa décision de les ignorer au moment de la sentence.

Signalons, enfin, qu’au-delà de la forme dominante de la théorie de la dénonciation (avec ses sous-formes) qui s’institutionnalise durant cette période,

---

<sup>231</sup> Jill Mahoney, *Most support cut in Latimer’s term from mercy killing*, The Globe and Mail, 18 avril 2001, p. A3

l'approche que nous avons utilisée nous a permis également d'observer l'émergence d'une conception déviante de la dénonciation. C'est ainsi que nous avons pu observer la conception alternative de la dénonciation proposée par la CRDC. Cette dernière demeure à un niveau d'institutionnalisation quasi inexistant étant donné le fait qu'elle n'a pas resservi, à notre connaissance, dans toute sa complexité. Nous avons vu que l'attachement, déjà durant les années 1970, de la dénonciation à la RPM a fait en sorte que le caractère innovant de la dénonciation de la CRDC n'a pas été entendu, voire n'a pas été perçu de telle sorte que la dénonciation au Canada est demeurée une justification de l'imposition de peines (sévères) d'emprisonnement.

\*\*\*

L'observation de l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation par le SDC nous permet de tirer un dernier constat. Le moins que l'on puisse dire, c'est que nous avons pu observer une *institutionnalisation tranquille*. Il y a bien eu quelques contestations, mais dans l'ensemble, ces contestations ont été modestes. Il a semblé naturel aux discours savants du droit d'incorporer la prise en compte du public et de ses attentes à l'égard des peines. En fait, l'arrivée dans les discours d'une nouvelle théorie de la peine n'a que peu suscité de réactions. L'histoire récente a offert peu d'occasions d'observer un phénomène similaire. Nous savons tout de même que les débats ont été vigoureux lorsque la réhabilitation s'est institutionnalisée comme finalité de la peine à partir du début du 19<sup>e</sup> siècle jusqu'à tard au 20<sup>e</sup> siècle. Les échanges autour de la théorie de la dénonciation sont sans commune mesure.

Qu'y a-t-il de différent autour de la théorie de la dénonciation ? Pourquoi une institution (le SDC) a-t-elle accepté un changement somme toute important sans broncher alors que les institutions sont censées s'opposer aux changements (Douglas, 1987) ? S'agit-il d'une illustration de l'influence de la RPM sur la manière de penser les changements en matière pénale ? Bref, plusieurs questions sont encore à résoudre.

### 7.2.3 Les résultats de la recherche remis en perspective à la lumière du contexte sociohistorique

Pour nous assurer de bien répondre aux questions fondamentales auxquelles cette recherche voulait répondre, nous avons dû laisser dans l'ombre certaines questions que notre problème de recherche suscite. C'est ainsi que cette thèse n'explore pas et laisse sans réponse la question des influences du climat d'idées de cette époque sur l'institutionnalisation de cette théorie de la peine. Il nous aurait fallu une tout autre méthodologie pour répondre à la question : quelles sont les idées de cette période qui ont pu contribuer au processus d'institutionnalisation de cette théorie de la peine?»

Même si cette question a été laissée sans réponse, nos résultats nous permettent de faire deux remarques par rapport à ce contexte. Premièrement, ce que l'on appelle le « populisme pénal » (au sens strict de Bottoms, 1995 ; Roberts et al, 2003 ; et Pratt 2007) est postérieur à l'émergence et à l'institutionnalisation de cette théorie. Cela signifie que nous ne pouvons pas attribuer l'émergence et l'institutionnalisation de cette théorie directement au « populisme pénal ».

Ceci dit, il est clair cependant qu'à partir de la deuxième moitié du 20<sup>e</sup> siècle, le public et l'opinion publique commencent à jouer un rôle toujours plus grand dans les



débats de réforme sur le droit criminel. On ne peut donc pas exclure la présence d'une influence d'« idées populistes » (au sens large d'une prédisposition à vouloir plaire ou suivre l'opinion publique) sur l'institutionnalisation de cette théorie.

Deuxièmement, nos résultats nous permettent aussi de voir que, malgré le climat libéral de cette époque, on voit apparaître dans le système de droit criminel une théorie stimulant et motivant la sévérité des peines. Rétroactivement, on peut alors voir que le « populisme pénal » (au sens strict) des années 1980 et 1990 a pu bénéficier d'une théorie de la peine favorable à son développement. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que cette théorie de la peine soit la cause du populisme pénal ; celui-ci aurait pu avoir lieu même en l'absence de cette théorie de la dénonciation.

Nous croyons savoir aussi que certaines transformations sociétales, à partir des années 1960, ont favorisé la *judiciarisation de l'opinion publique* (Pires, 2001b, 196). Parmi celles-ci nous avons (i) « l'expansion des médias et de leur influence et impact en matière pénale », (ii) une importance accrue « accordée au public, aux sondages d'opinion publique et à la victimisation par le système politique et les sciences sociales », et enfin, (iii) « la participation croissante, au niveau du débat public, de [nouveaux] mouvements sociaux ». Il faudra examiner de plus près ces transformations sociales pour connaître les influences possibles qu'elles ont eues sur les politiques pénales, qui, comme l'indiquait Pires (2001b), se trouvaient à ce moment-là dans une période de « bifurcation ». Cela signifie que les politiques pénales pouvaient aller vers la reproduction de la rationalité pénale moderne (en faisant la promotion de l'exclusion sociale) ou vers des politiques plus axées vers l'inclusion sociale des contrevenants.

Quoi qu'il en soit, l'institutionnalisation de la théorie de la dénonciation dans le système de droit criminel, par elle-même, a produit plusieurs conséquences. La judiciarisation de l'opinion publique, par la théorie de la dénonciation, a facilité la prise en compte de l'opinion publique par les tribunaux tout en leur permettant de maintenir une aura de rationalité et de démocratie. Cette théorie va aussi contribuer à la critique de la théorie de la réhabilitation et de la justice réparatrice et donc à la création d'une justification additionnelle pour des politiques pénales favorisant l'exclusion sociale aux dépens de la recherche de politiques favorisant l'inclusion sociale.

## **Bibliographie**

- Allen, Francis A. (1981), *The decline of the rehabilitative model*, New Haven, Yale University Press  
(1964), *The borderland of criminal justice ; essays in law and criminology*, Chicago, Chicago University Press.
- American Friends Service Committee (1971), *Struggle for justice. A report on crime and punishment in America, prepared for the American Friends Service Committee*, New York, Hill and Wang.
- American Law Institute (1962), *Model penal code*, Philadelphie, American Law Institute
- Andenaes, Johannes (1966), The general preventive effects of punishment, *University of Pennsylvania law review*, 114, 7, 949 – 983.  
(1952), General prevention. Illusory or reality ?, *The journal of criminal law, criminology and police science*, 43, 2, 176 – 198.  
(1975), General prevention revisited : research and policy implications, *The journal of criminal law and criminology*, 66, 3, 338 - 365
- Andersen, Niels A. (2003), *Discursive Analytical strategies*, Bristol, The Policy Press
- Armstrong, K. G.(1961), The retributivist hits back, *Mind*, 70, 280, 471 – 490.
- Beccaria, Cesare (1764), *Des Délits et des peines*, Genève, Droz [1965].
- Bedau, Hugo A. (2001), Feinberg's liberal theory of punishment, *Buffalo criminal law review*, vol 5, 103 – 144  
(1978), Retribution and the theory of punishment, *The journal of philosophy*, 15, 11, 601 – 620
- Benn, Stanley (1958), An approach to the problems of punishment, *Philosophy*, 33, 127, 325 – 341
- Bentham, Jeremy (1840), *Œuvres*, Vol. 2, Bruxelles, Société Belge de Librairie, pp. 3 – 5.  
(1789), *An introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, Methuen (1982).
- Berger et Luckmann (1966), *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin (2006)
- Berkowitz, Leonard et Nigel Walker (1967), Laws and Moral Judgments, *Sociometry*, 30, 4, 410 – 422.

- Bottoms, Anthony (1995), The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing, in C. Clarkson et R. Morgan, *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon Press, pp. 17 à 50.
- Braithwaite, John (1989), *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Burgh, Richard (1987), Guilt, punishment, and desert, in Ferdinand Schoeman (ed), *Responsability, Character and Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 316 - 337
- Butler, Joseph (1975), Upon Resentment, in J. Feinberg et H. Gross (sous la direction), *Punishment*, Encino, Dickerson Pub., p. 40 à 44
- Campbell, Colin (1996), On the Concept of Motive in Sociology, *Sociology*, 30, 1, 101 - 114
- Canadian committee on corrections (1969), *Toward unity : criminal justice and corrections. A report of the Canadian committee on corrections*, Ottawa, Queen's Printer.
- Cauchie, Jean-François (2009), *Peines de travail. Justice pénale et innovation*, Bruxelles, Larcier
- Cavadino, Michael et James Dignan (2007), *The penal system*, Londres, Thousand Oaks, 3e édition.
- Cellard, André (1997), L'analyse documentaire, in Poupart, Deslauriers, Groulx, Laperrière, Mayers, Pires, *La recherche qualitative, enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Édition Gaëtan Morin, Boucherville, Canada, pp. 251 à 272
- Christie, Nils (1980), *Au bout de nos peines*, Bruxelles, Larcier, De Boeck (2005)
- Cohen, Stanley (1985), *Visions of social control*, Cambridge, The Polity Press.
- Colyvas, Jeanette A. et Walter W. Powell (2006), Roads to intitutionalization : the remaking of boundaries between public and private science, *Research in Organizational Behavior*, vol 27, pp. 305 – 353
- Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987). *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada.

- Commission de réforme du droit du Canada (1976a), *Notre droit pénal*, Ottawa, Information Canada.
- (1976b), *Principes directeurs : sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal*, Ottawa, Information Canada.
- Committee appointed to inquire into the principles and procedures followed in the remission service of the department of justice of Canada (1956), *Report (of a committee appointed to inquire into the principles and procedures followed in the remission service of the department of justice of Canada)*, Ottawa, Edmond Cloutier, Queen's printer and controller of stationery.
- Committee on homosexual offences and prostitution (1957), *Report of the Committee on homosexual offences and prostitution*, Londres, Her majesty's stationer office.
- Conrad, John P. (1978), Things are not what they seem : the ontology of criminal justice, *University of Toledo Law Review*, vol 10, pp. 334 – 369
- Cottingham, John (1978), Varieties in retribution, *Philosophical quarterly*, 29, 116, 238 – 246
- Cotterrell, Roger (1999), *Émile Durkheim. Law in a Moral Domain*, Edinburgh, Edinburgh University Press
- Cross, Sir Rupert (1978), The making of Criminal law. (6) Sir James Fitzjames Stephen, *Criminal Law Review*, 1978, 652 - 661  
(1971), *The English sentencing system*, 2e édition, Londre, Butterworths [1975]
- Cullen, Francis T. et Karen E. Gilbert (1982), *Reaffirming Rehabilitation*, Cincinnati, Criminal justice studies, Anderson publishing co.
- Delmas, Corinne (2006), *Instituer les savoirs d'état : l'académie des sciences morales et politiques au XIXe siècle*, Paris, Harmattan.
- Douglas, Mary (1986), *Ainsi pensent les institutions*, S.I, Usher (1989).
- Dressler, Joshua (1987), *Understanding Criminal Law*, New York, Edition Matthew Bender, Legal Text Series.
- Dubber, Micheal (2005), Theories of crime and punishment in German criminal law, *The American journal of comparative law*, vol. 53, 679 – 707
- Dubé, Richard (2007), *Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, Thèse de doctorat, Montréal, UQAM.
- Duff, R. Antony (2003), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press.

- Duff, R. Antony et David Garland (1994), Introduction : thinking about punishment, in R. A. Duff et D. Garland, *A reader on punishment*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1 – 43.
- Dumont, Étienne (1811), Préface à Théorie des peines et des récompenses, in J. Bentham, *Œuvres*, Vol. 2, Bruxelles, Société Belge de Librairie (1840), pp. 3 – 5.
- Durkheim, Émile (1922), *Éducation et sociologie*, Paris, PUF (1966)  
 (1902), *L'éducation morale*, Paris, PUF (1974)  
 (1895), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF  
 (1893), *De la Division du travail social*, Paris, Quadrige / PUF (1998)
- Feinberg, Joel (1965), The expressive function of punishment, *The Monist*, 49, 3, 397 – 423.
- Fitzgerald, Patrick (1966), *Salmond on jurisprudence*, Londres, Sweet et Maxwell, 12e édition.
- Fletcher, George P. (2007), *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative, and International. Volume One : Foundations*, Oxford, Oxford University Press
- Flick, Uwe, Ernst von Kardorff et Ines Steinke (2004), What is qualitative research ? An introduction to the field, in Uwe Flick et al.(ed.), *A companion to qualitative research*, Londres, Sage, pp. 3 à 11
- Foucault, Michel (1980), La poussière et le nuage, in M. Perrot, *L'impossible prison*, Paris, Seuil, pp. 29 à 39.  
 (1975), *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard. (2001)  
 (1969), *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard.
- Freidberg, Arie (2001), Three Strikes and You're Out - It's Not Cricket : Colonization and Resistance in Australian Sentencing, in M. Tonry et R. S. Frase, *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford, Oxford University Press, 29 – 61
- Garland, David (2001), *The Culture of control*, Chicago, Chicago University Press.  
 (1990), *Punishment and modern society*, Oxford, Oxford University Press
- Garraud, René (1888), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Larose et Forcel (éditeurs)
- Garofalo, Raffaele (1905), *La criminologie*, Paris, Félix Alcan, éditeur
- Gaylin, Willard et David Rothman (1976), Introduction, in A. von Hirsch, *Doing justice*, New York, Hill and Wang, pp. xxi – xli.

- Glaser, Barney G. et Anselm L. Strauss (1967), *The discovery of the grounded theory : strategies for qualitative research*, New York, Aldine Publishing Compagny
- Golding, Martin (1977), Criminal sentencing : some philosophical considerations, in J. B. Cederblom et W. L. Blizek, *Justice and punishment*, Cambridge, Ballinger Publishing co, 89 – 105.
- Grupp, Stanley (1971), Introduction, in S. Grupp, *Theories of punishment*, Bloomington, Indiana University Press, 3 – 10
- Hanna, Nathan (2008), Say what ? A critique of expressive retributivism, *Law and philosophy*, vol. 27, 123 – 150.
- Hart, H. L. A. (1968), *Punishment and responsibility*, Oxford, Clarendon Press  
 (1963), *Law, liberty, and morality*, New York, Vintage Books.  
 (1961), Punishment and the elimination of responsibility, in HLA Hart, *Punishment and responsibility*, Oxford, Clarendon Press, pp. 158 - 185 [1968]  
 (1959), Prolegomenon to the principles of punishment, in H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon, pp. 1 – 27
- Hart, Henry (1958), The aims of the criminal law, *Law and contemporary problems*, 23, 3, 401 – 441
- Hawkin, Gordon (1969), Punishment and deterrence : the educative, moralizing, and habituating effects, *Wisconsin Law Review*, vol. 1969, no 2, 550 – 565
- Holmes, Oliver Wendell (1881), *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Company,
- Jaccoud, Mylène (2007), Innovations pénales et justice réparatrice, *Champ pénal*, Séminaire mis en ligne le 29 septembre 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document1269.html>. Consulté le 30 août 2009.
- Kahan, Dan M. (1996), What do alternative sanctions mean ?, *University of Chicago law review*, vol. 63, pp. 591 – 653.
- Kant, Emmanuel (1797), *Métaphysique des mœurs, Volume 1 : Doctrine du droit*, Paris, J. Vrin (1968)
- Kleinig, John (1991), Punishment and moral seriousness, *Israel Law Review*, 23 – 3 – 4, 401 – 421.
- Lachambre, Sébastien (2009), « Est-il possible de marier le consentement à la réhabilitation et la justice criminelle », Communication au *Congrès annuel de l'ACFAS*, Ottawa, On. mai 2009.
- Luhmann, Niklas (2000), *Art as a social system*, Stanford, Stanford University Press

- Machado, Maira Rocha et Alvaro Pires (à paraître), Intervention politique dans la sentence du droit ? Fondements culturels de la peine minimale, à paraître dans la revue *Criminologie*.
- Mandel, Micheal (1984), Democracy, Class, and Canadian Sentencing Law, *Crime and Social Justice*, no. 21 - 22, pp. 163 - 182
- Manson, Allen (1997), The Appeal of conditional sentences of imprisonment, in P. Healy et H. Dumont, *Dawn or dusk in sentencing / La détermination de la peine : une réforme pour hier ou pour demain*, Montréal, Les Éditions Thémis, pp. 291 – 300.
- Martinson, Robert (1974), What Works? - Questions and Answers About Prison Reform, *The Public Interest*, printemps, pp. 22 - 54
- McKelvey, Blake (1977), *American prisons : a history of good intentions*, Montclair, P. Smith.
- Mead, George H. (1918), The psychology of punitive justice, *The American journal of sociology*, 23, 5, 577 – 602.
- Morris, Norval (1974), *The future of imprisonment*, Chicago, Chicago University Press.
- Mills, C. Wright (1940), Situated actions and the vocabulary of motives, *American sociological review*, vol 5, 904 – 913.
- Narayan, Uma (1993), Appropriate Responses and Preventive Benefits : Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 2, 166 – 182.
- National Congress on penitentiary discipline (1870), A Declaration of principles, in Hyman Gross et Andrew von Hirsch, *Sentencing*, New York Oxford, Oxford University Press, pp. 52 – 56 (1981).
- National Council on Crime and Delinquency. Advisory Council of Judges (1963), *Model Sentencing Act*, New York, National Council on Crime and Delinquency
- Packer, Herbert (1968), *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press
- Pires, Alvaro P. (à paraître), Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel, in N. Goyer, P. Gin, et W. Moser (dir.), *Transfert : explorations d'un champ conceptuel*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa.  
(2010) Esquisse d'une théorie systémique sur les théories de la peine et sur un problème d'évolution, document de travail inédit, Ottawa, Université d'Ottawa.



- (2009), « Inclusion/exclusion : Les théories modernes de la peine comme un système d'idées », dans l'atelier *Avec ou sans Luhmann. Réception et applications d'une sociologie sans hommes*, Congrès de l'ACFAS (Association francophone pour le savoir), Université d'Ottawa, mai 2009.
- (2008a), *Résumé de Cours (Philosophie pénale)*, préparé par le professeur Pires, Ottawa, Université d'Ottawa.
- (2008b), « La teoría de la «pena rehabilitativa»: ¿inclusión o exclusión social? », Communication à Guatemala City, dans le cadre de la conférence La Criminalité et la Violence : perspectives de la société civile organisé par l'*Organisation des États Américains* (OEA/OAS) et de l'*Open Society Institute (OSI)*, tenue les 6 et 7 août
- (2007), « Les relations entre les théories de la peine : infliger la souffrance et réhabiliter », Colloque international *Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations (Punishment today : permanence or mutation)*, 5-7 décembre, Montréal
- (2006a), Tomber dans un piège ? Responsabilisation et justice des mineurs, in Collectif (Ed.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, Larcier, Perspectives criminologiques, pp. 217-246.
- (2006b), *Questions – réponses sur la rationalité pénale moderne*, document de travail inédit, Université d'Ottawa.
- (2004), La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ?, in D. Kaminski, M. Kokoreff (dir.), *Sociologie pénale : système et expérience*. Pour Claude Faugeron, Paris, Éditions Erès, pp. 173-198.
- (2002), Codifications et réformes pénales, in L. Mucchielli, Ph. Robert (dir.), *Crime et sécurité, l'État des savoirs*, Paris, La Découverte, pp. 84-92.
- (2001a), La 'ligne Maginot' en droit pénal : la protection contre le crime versus la protection contre le Prince, *R.D.P.C.*, 81, 2, pp. 145-170.
- (2001b), La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique, *Sociologie et Société*, 23, 1, pp. 179-204.
- (1998), La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle, in C. Debuyt, Fr. Digneffe, A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Vol. 2 : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles/Ottawa, De Boeck Université, pp. 1 – 219.
- (1997), Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique, in (sous la dir.) Poupard, Deslauriers, Groulx, Laperrière, Mayer, Pires, *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin (Éditeur), pp. 113-169.
- (1995), Quelques obstacles à une mutation du droit pénal, *Revue générale de droit*, vol. 26, pp. 133 - 154
- (1991), Éthiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine, *Ethica*, 3, 2, pp. 47-78.
- (1985), *Critiques à la prison et principe de modération*, Rapport de recherche à l'intention de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Ottawa, Gouvernement du Canada (Président : J.R. Omer Archambault, 1987).

- Pires, Alvaro P. Jean-François Cauchie (2007), Un cas d'innovation 'accidentelle' en matière de peines : une loi brésilienne sur les drogues, in J-F. Cauchie, D. Kaminski (éd.), Enjeux autour de l'innovation pénale, Publication Internet des Actes du séminaire Ottawa – Louvain (mars et mai 2006) sur le thème de l'innovation pénale, Champ Pénal, URL: <http://champpenal.revues.org/document1541.html>, 24p., consulté le 30 août 2009.
- Pires, Alvaro P., André Cellard et Gérard Pelletier (2001), L'énigme des demandes de modifications législatives au code criminel canadien, in P. Fraille (dir.), *Régulations et gouvernances. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, Barcelone, Ed. Université Barcelone, pp. 195-217.
- Pires, Alvaro P. et Margarida Garcia (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, Van Droogenbroeck. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis et Éditions Bruylant, pp. 291-336.
- Poncela Pierrette (2001), *Droit de la peine*, Paris, PUF
- Possas, Mariana (2009), *Système d'idées et création de lois criminelles : le cas de la loi contre la torture au Brésil*, Thèse de doctorat inédite, Ottawa, Université d'Ottawa.
- Pratt, John, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth, et Wayne Morrison (2005), Introduction, in Pratt *et al*, *The New Punitiveness*, Cullompton, Willan Publishing, pp. xi – xxvi
- Pratt, John (2007), *Penal Populism*, Londres, Routledge
- Primoratz, Igor (1989), Punishment as language, *Philosophy*, vol. 64, 187 – 205.
- President's Commission on Law enforcement and the administration of justice (1967), *The challenge of crime in a free society, a report*, Washington, U.S. Government Printing Office.
- Radzinowicz, Leon (1957), *Sir James Fitzjames Stephen*, Londres, Bernard Quaritch
- Raynor, Peter et Gwen Robinson (2005), *Rehabilitation, crime and justice*, Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- Roberts, Julian, Loretta Stalans, David Indermaur et Mike Hough (2003), *Penal Populism and Public Opinion : Lessons from Five Countries*, Oxford Oxford University Press

- Royal commission on capital punishment (1953), *Report*, Londres, HMSO.
- Ruby, Clayton (1976), *Sentencing*, Toronto, Butterworths, 1<sup>e</sup> édition
- Ruby, Clayton, Breese Davies, Delmar Doucette, Sarah Loosemore, Jessica R. Orkin et Caroine Wawzonek (2008), *Sentencing*, Toronto, Butterworths, 7<sup>e</sup> édition
- Rychlak, Ronald (1990), Society's moral right to punish : a further exploration of the denunciation theory of punishment, *Tulane law review*, vol. 65, 299 – 338.
- Scheid, Don E. (1997), Constructing a theory of punishment, desert, and the distribution of punishments, *Canadian journal of law and jurisprudence*, vol. 10, 441 – 506
- Skillen, A J. (1980), How to say things with walls, *Philosophy*, 55, 214, 509 – 523.
- Smith, K. J. M. (1988), *James Fitzjames Stephen, Portrait of a Victorian rationalist*, Cambridge University Press, Cambridge
- Smith, J. C. et Brian Hogan (1983), *Criminal Law*, Londres, Butterworth, 5e édition
- Stephen, Sir James Fitzjames (1885), Variations in the punishment of crime, *The nineteenth century*, vol. 17, pp. 755 – 776.  
 (1883), *A History of the criminal law of England*, 3 volumes, New York : Burt Franklin.  
 (1874), *Liberty, Equality, Fraternity*, 2<sup>e</sup> édition, Cambridge, Cambridge University Press [1967]  
 (1864), Capital punishment, *Fraser's magazine*, vol. 69, 753 – 772.  
 (1863a), *A general view of the criminal law of England*, Londres, MacMillan, 499 pages.  
 (1863b), The punishment of convicts, *Cornhill magazine*, vol. 3, pp. 189 – 202.
- Stephen, Leslie (1895), *The life of Sir James Fitzjames Stephen*, Westmead, Gregg International Pub., (1971)
- Stichweh, Rudolf (2000), System Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of « Communication » as a Theroretical Option, *Acta Sociologica*, 43, 1, pp. 5 – 13.
- Stuart, Don (2007), *Canadian Criminal Law, A Treatise*, Scarborough, Thomson Carswell, 5<sup>e</sup> édition
- Tarde, Gabriel (1890), *La philosophie pénale*, Paris, Éditions Cujas.
- Twentieth century fund. Task force on criminal sentencing (1976), *Fair and certain punishment*, New York : McGraw-Hill.

- van de Kerchove, Michel (2005), *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis
- (1984), Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste, in F Ringelheim, *Punir mon beau souci*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, pp. 123 – 171.
- (1981), Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relative à la criminalité, in C Debuyst, *Dangerosité et justice pénale*, Genève, Médecine et Hygiène, 291 – 309.
- Vold, George B. (1954), Does the prison reform ?, *Annals of the American academy of political and social science*, vol. 293, 42 – 50.
- von Hirsch, Andrew (1993), *Censure and sanction*, Oxford, Clarendon Press
- (1976), *Doing Justice : the choice of punishments. Report of the committee for the study of incarceration*, New York, Hill and Wang.
- von Hirsch, Andrew et Andrew Ashworth (2005), *Proportionate sentencing*, Oxford, Oxford University Press
- Walker, Nigel (1991), *Why punish ?*, Oxford, Oxford University Press
- (1981), The ultimate justification : varieties of the expressive theory of punishment, in C Tapper, *Crime, proof and punishment. Essays in memory of Sir Rupert Cross*, Londres, Butterworths, pp. 109 – 121.
- (1980), *Punishment, danger and stigma*, Totowa, Barnes & Noble Books.
- (1969), *Sentencing in a rational society*, Londres, Allen Lane
- Walker, Nigel et Michael Argyle (1964), Does the Law Affect Moral Judgments ?, *British Journal of Criminology*, 4, 3, pp. 570 à 581.
- Walker, Nigel et Catherine Marsh (1984), Do Sentences Affect Public Disapproval ?, *British Journal of Criminology*, 24, 1, 27 à 48.
- Williams, Glanville (1957), *Salmond on Jurisprudence*, 11e édition, Londres Sweet et Maxwell
- Zimring, Franklin et Gordon Hawkins (1973), *Deterrence*, Chicago, University of Chicago Press

## *Décisions judiciaires citées :*

Chartier v. R. [1979] Q.J. No. 210 ; 13 C.R. (3d) 194 ; Montreal No. 500-10-000148-799  
Fournel v. The Queen, [1952] Q.J. No. 3 ; 15 C.R. 225 ; 104 C.C.C. 302  
Leger c.R. [1979] J.Q. no 207 ; 10 C.R. (3d) S 25 ; Montreal No. 500-10-000060-796  
R.c. Cossette-Trudel and Cossette-Trudel [1979] J.Q. no 193 ; 1 C.R. (3d) 1 ; 52 C.C.C.  
(2d) 352 ; [1979] C.S.P. 1039 no : 9689-78  
R.c. Doyon [1979] J.Q. no 209 ; 11 C.R. (3d) 188 ; Montreal No. 500-10-000192-797  
R.c. Latimer [2001] 3 R.C.S. 1  
R.c. M. (C. A.), [1996] 1 R.C.S. 500  
R.c. Mirovitch [1979] J.Q. no 206 ; 10 C.R. (3d) S 22 ; No. 500-10-000175-792  
R.c. Timmons [1979] J.Q. no 243 ; 16 C.R. (3d) 1  
R.v. A.A.J. [1977] B.C.J. No. 747 ; Vancouver Registry No. CA 761134  
R.v. A.C.L. [1977] A.J. No. 321 ; Appeal No. 11629  
R.v. A.V. [1978] A.J. No. 459  
R.v. Aalders [1979] N.S.J. No. 57 ; 31 N.S.R. (2d) 518 ; 2 M.V.R. 318 ; 3 W.C.B. 361 ;  
S.C.A. No. 00453  
R.v. Allan [1979] O.J. No. 656  
R.v. Antone [1977] O.J. No. 742  
R.v. Atkinson [1977] N.S.J. No. 493 ; 21 N.S.R. (2d) 21 ; 28 A.P.R. 21  
R.v. B.A.S. [1976] O.J. No. 1111  
R.v. Bartlett ; R.v. Cameron [1961] M.J. No. 2  
R.v. Basha [1978] N.J. No. 91 ; 23 Nfld. & P.E.I.R. 310 ; 23 Nfld. & P.E.I.R. 310; 61  
A.P.R. 310  
R.v. Beard, [1976] O.J. No. 642  
R.v. Black [1976] N.S.J. No. 420 ; 17 N.S.R. (2d) 30 ; 19 A.P.R. 30  
R.v. Bloye [1969] O.J. No. 226  
R.v. Bowes [1975] O.J. No. 1013  
R.v. Boyd [1979] O.J. No. 499 ; 47 C.C.C. (2d) 369 ; 3 W.C.B. 313  
R.v. Boylen [1972] N.S.J. No. 233 ; 21 C.R.N.S. 221  
R.v. Brown, [1976] O.J. No. 641  
R.v. Brunelle [1978] A.J. No. 113 ; Appeal No. 12196  
R.v. C.R. [1978] A.J. No. 394 ; Appeal No. 11949  
R.v. Calder, [1956] M.J. No. 11 ; 17 W.W.R. 528 ; 114 C.C.C. 155 ; 23 C.R. 191  
R.v. Campbell [1978] N.S.J. No. 48 ; 26 N.S.R. (2d) 460 ; 4 C.R. (3d) S. 18 ; 2 W.C.B.  
411  
R.v. Carr [1978] N.J. No. 35 ; 16 Nfld. & P.E.I.R. 270 ; 1975 No. 146  
R.v. Chase [1979] O.J. No. 3404 ; 10 C.R. (3d) S.1 ; 3 W.C.B. 418  
R.v. Chinn [1977] A.J. No. 779 ; [1978] 1 W.W.R. 418 ; 11 A.R. 18 ; 38 C.C.C. (2d) 45 ;  
2 W.C.B. 29  
R.v. Clarke, [1959] M.J. No. 5 1 124 C.C.C. 284  
R.v. Connors [1976] N.J. No. 110 ; 11 Nfld. & P.E.I.R. 158 ; 22 A.P.R. 158  
R.v. Cosgrove [1977] O.J. No. 215  
R.v. D.I. [1976] A.J. No. 404  
R.v. D.J.R. [1977] A.J. No. 366 ; Appeal No. 10829

R.v. Danells [1979] N.S.J. No. 55 ; 31 N.S.R. (2d) 579 ; 10 C.R. (3d) S. 8 ; 3 W.C.B. 292  
 ; S.C.A. No. 00374  
 R.v. Deabreu [1978] O.J. No. 1297  
 R.v. Dekker Chevrolet-Oldmobile Ltd [1978] A.J. No. 979 ; 4 C.R. (3d) S 1  
 R.v. Dick, Penner and Finnigan,[1964] M.J. No. 1 ; [1965] 1 C.C.C. 171  
 R.v. Dilivio [1970] O.J. No. 928 ; 14 C.R.N.S. 185  
 R.v. Dupuis and Presseau, [1964] Q.J. no 9 ; 44 C.R. 57 ; [1966] 2 C.C.C. 44  
 R.v. E.J.B. [1978] B.C.J. No. 672  
 R.v. E.L.B. [1978] A.J. No. 80 ; Appeal No. 12185  
 R.v. F.M.C. [1977] B.C.J. No. 874 ; Vancouver Registry No. CA 770523  
 R.v. Farley [1975] M.J. No. 374  
 R.v. G.T. [1977] O.J. No. 1647  
 R.v. Gadway [1978] A.J. No. 870 ; 17 A.R. 219 ; CR 11619  
 R.v. Gingera [1965] M.J. No. 1 ; [1966] 1 C.C.C. 273  
 R.v. Gionet [1977] N.S.J. No. 22 ; 22 N.S.R. (2d) 316 ; 1 C.R. (3d) S. 16 ; 1 W.C.B. 569  
 R.v. Gourgon [1979] B.C.J. No. 1316 ; 9 C.R. (3d) S 33 ; 3 W.C.B 283 ; Vancouver No.  
 CC781645  
 R.v Grimaldi [1978] A.J. No. 984 ; [1979] 1 W.W.R. 554  
 R.v. Guthrie [1978] A.J. No. 48 ; 7 Alta. L.R. (2d) 190 ; 11 A.R. 177 ; 5 C.R. (3d) S. 33  
 R.v. Hancock [1976] B.C.J. No. 693 ; Vancouver Registry No. 1141/75  
 R.v. Havers [1975] O.J. No. 1050  
 R.v. Hertzog and MacLeod [1978] A.J. No. 869 ; 17 A.R. 91 ; CR 12027  
 R.v. Hinkey [1979] A.J. No. 229 ; Appeal No. 12829  
 R.v. Howie [1977] A.J. No. 538 ; 3 Alta. L.R. (2d) 367 ; 6 A.R. 613 ; 1 W.C.B. 406  
 R.v. Ingram [1977] O.J. No. 531 ; 35 C.C.C. (2d) 376 ; 1 W.C.B. 281  
 R.v. Irwin [1979] A.J. No. 63 ; 16 A.R. 566 ; 48 C.C.C. (2d) 423 ; 10 C.R. (3d) S. 33  
 R.v. J.P.J.B. [1977] A.J. No. 225 ; Appeal no. 10968  
 R.v. Jackson [1977] N.S.J. No. 492 ; 21 N.S.R. (2d) 17 ; 28 A.P.R. 17  
 R.v. James [1978] N.S.J. No. 488 ; 24 .S.R. (2d) 423 ; 35 A.P.R. 423  
 R.v. Kerley [1978] N.S.J. No. 627 ; 29 N.S.R. (2d) 365 ; 45 A.P.R. 365 ; 3 W.C.B. 38  
 R.v. Kersey [1979] A.J. No. 258 ; CR 12690  
 R.v. L.C.C.,[1973]O.J. No. 512  
 R.v. Lapierre,[1974] O.J. No. 771 ; 29 C.R. (N.S.) 353  
 R.v. Laurin [ 1977] O.J. No. 1100  
 R.v. Lebovitch [1979] J.Q. no 189 ; 8 C.R. (3d) S 41 ; 48 C.C.C. (2d) 539 ; [1979] C.A.  
 462 ; J.E. 79-289 ; No : 500-10-000354-785  
 R.v. Lehrmann, [1967] A.J. No. 15 ; 61 W.W.R. 625 ; [1968] 2 C.C.C. 198  
 R.v. Levey [1978] B.C.J. No. 289 ; Vancouver Registry No. CA 771112  
 R.v. Littlelight [1979] A.J. No. 819 ; 30 A.R. 364 ; 3 W.C.B. 301 ; 12231  
 R.v. Lockhart [1976] N.S.J. No. 359 ; 14 N.S.R. (2d) 262 ; 11 A.P.R. 262  
 R.v. MacArthur [1979] N.S.J. No. 559 ; 32 N.S.R. (2d) 96 ; 9 C.R. (3d) S. 23 ; 54 A.P.R.  
 96 ; 3 W.C.B. 385 ; S.C.A. 00447  
 R.v. MacKay [1970] O.J. No. 920 ; 16 C.R.N.S. 11  
 R.v. MacLean [1979] N.S.J. No. 584 ; 32 N.S.R. (2d) 650 ; 49 C.C.C. (2d) 552 ; 12 C.R.  
 (3d) 1 ; 54 A.P.R. 650 ; 3 W.C.B. 410 ; S.C.A. No. 00404

R.v. MacLeod [1976] N.S.J. No. 468 ; 17 N.S.R. (2d) 569 ; 32 C.C.C. (2d) 315 ; 19 A.P.R. 569 ; 1 W.C.B. 106

R.v. MacPherson [1978] N.S.J. No. 557 ; 27 N.S.R. (2d) 451 ; 41 A.P.R. 451 ; 2 W.C.B. 442

R.v. Markic [1978] O.J. No. 1437

R.v. McAulay, [1954] O.J. No. 190

R.v. McGonigal [1978] B.C.J. No. 414 ; Vancouver Registry No. CA 760522 ; CA760579

R.v. McLay [1976] N.S.J. No. 430 ; 17 N.S.R. (2d) 135 ; 19 A.P.R. 135

R.v. Mellstrom [1975] A.J. No. 425 ; [1975] 3 W.W.R. 385 ; 22 C.C.C. (2d) 472 ; 29 C.R.N.S. 327

R.v. Moore [1979] N.S.J. No. 510 ; 30 N.S.R.(2d) 638 ; 30 N.S.R.(2d) 638; 49 A.P.R. 638 ; S.C.A. 00254

R.v. Morgan [1979] N.J. No. 2 ; 19 Nfld. & P.E.I.R. 176 ; 1978 No. 67

R.v. Moriarty [1979] O.J. No. 1180 ; 3 M.V.R. 200

R.v. Morrison [1975] N.S.J. No. 13 ; 20 N.S.R. (2d) 662

R.v. Morrisette et al, [1970] S.J. No. 269 ; 75 W.W.R. 644 ; 1 C.C.C. (2d) 307 ; 12 C.R.N.S. 392

R.v. Morrow and Myette [1976] N.S.J. No. 352 ; 14 N.S.R. (2d) 90 ; 11 A.P.R. 90

R.v. Moulton [1979] B.C.J. No. 186 ; Vancouver Registry No. CA 780959

R.v. Myhaluk [1977] B.C.J. No. 829

R.v. Nofle [1976] N.J. No. 81 ; 12 Nfld. & P.E.I.R. 1 ; 25 A.P.R. 1

R.v. Nordvall [1977] A.J. No. 343 ; Appeal No. 11201

R.v. Northam [1968] A.J. No. 28 ; 64 W.W.R. 357 ; [1968] 4 C.C.C. 321 ; 4 C.R.N.S. 26

R.v. Oliver [1977] B.C.J. No. 932 ; [1977] 5 W.W.R. 344 ; 1 W.C.B. 460 `Vancouver Registry No. 770368

R.v. Oliver [1979] N.S.J. No. 655 ; 34 N.S.R. (2d) 631 ; 59 A.P.R. 631 ; 4 W.C.B. 8 ; S.C.A. 00458; 00459; 00460; 00510

R.v. Palmer [1979] B.C.J. No. 758 ; Vancouver Registry No. CA790588 (CA 790588)

R.v. Papple [1978] B.C.J. No. 437 ; Vancouver Registry No. CA780389

R.v. Pfeifer [1978] A.J. No. 754 ; 11 A.R. 237 ; 2 W.C.B. 192

R.v. Pigeon [1978] A.J. No. 364 ; Appeal No. 11318

R.v. Pontello [1977] O.J. No. 1625 ; 38 C.C.C. (2d) 262 ; 2 W.C.B. 75

R.v. Pottie [1978] N.S.J. No. 50 ; 26 N.S.R. (2d) 646 ; 4 C.R. (3d) S. 24 ; 2 W.C.B. 408

R.v. Purnell [1976] A.J. No. 269

R.v. Reining [1976] O.J. No. 1064

R.v. Renton, [1975] N.S.J. No. 30 ; 11 N.S.R.(2d) 60 ; 5 A.P.R. 60

R.v. Riley [1978] A.J. No. 383 ; Appeal No. 11813

R.v. Robertson [1979] O.J.No. 831 ; 46 C.C.C. (2d) 573 ; 10 C.R. (3d) S. 46

R.v. Roussy [1977] O.J.No. 1208

R.v. Ruddock [1978] N.S.J. No. 497 ; 25 N.S.R. (2d) 77 ; 39 C.C.C. (2d) 65 ; 36 A.P.R. 77 ; 2 W.C.B. 175

R.v. Sabloff [1979] Q.J. No. 225 ; 13 C.R. (3d) 326 ; [1979] C.S. 1077 ; Montreal No. 500-27-005928-793

R.v. Sanie [1978] B.C.J. No. 464 ; Vancouver Registry No. CA 780487

R.v. Schand [1976] O.J. No. 2067 ; 11 O.R. (2d) 28 ; 64 D.L.R. (3d) 626 ; 29 C.C.C. (2d) 199 ; 33 C.R.N.S. 82  
 R.v. Shantz [1976] O.J. No. 1120  
 R.v. Skladany [1978] A.J. No. 412 ; Appeal No. 11954  
 R.v. Simmons, [1973] O.J. No. 576 ; 13 C.C.C. (2d) 65  
 R.v. Smith [1979] A.J. No. 402 ; Appeal No. 12673  
 R.v. Spilde [1977] A.J. No. 152 ; DCR No. 7761  
 R.v. St. Croix [1979] O.J. No. 4556 ; 47 C.C.C. (2d) 122  
 R.v. St. Germain [1978] A.J. No. 397 ; Appeal No. 12273  
 R.v. St-Pierre [1979] J.Q. no 224 ; 13 C.R. (3d) 308  
 R.v. Strickland [1978] A.J. No. 851 ; 16 A.R. 187  
 R.v. Sumarah et al, [1970] N.S.J. No. 205 ; [1970] 5 C.C.C. 317 ; 10 C.R.N.S. 169 ; 70 D.T.C. 6164  
 R.v. T.A. [1978] O.J. No. 1173  
 R.v. T.G.C. [1977] O.J. No. 1641  
 R.v. The Andrew Jergens Company Limited [1969] O.J. 558 ; 61 C.P.R. 76  
 R.v. Thompson, [1974] O.J. No. 821 ; 20 C.C.C. (2d) 100  
 R.v. Trenchfield [1978] O.J. No. 1692 ; O.R. (3d) S. 1  
 R.v. Tyler [1976] A.J. No. 423 ; No. CR. 9679  
 R.v. Vangoor [1977] A.J. No. 401 ; Appeal No. 11250  
 R.v. Webster [1978] O.J. No. 695  
 R.v. Wickham [1978] O.J. No. 3741 ; 41 C.C.C. (2d) 42 ; 2 W.C.B. 300  
 R.v. Willaert, [1953] O.R. 282-289  
 R.v. Wilson, [1974] N.S.J. No. 288 ; 10 N.S.R.(2d) 629 ; 10 N.S.R.(2d) 629; 2 A.P.R. 629  
 R.v. Wood, [1975] A.J. No. 443 ; [1976] 2W.W.R. 135 ; 26 C.C.C. (2d) 100  
 R.v. Zebedee, [1972] O.J. No. 272  
 R.v. Zoldy [1978] O.J. No. 451