

Les peines minimales et la justice fondamentale : une atteinte constitutionnelle?

Ivan Galindo da Fonseca*

Résumé

Le présent article vise à démontrer l'inconstitutionnalité des peines minimales obligatoires par l'entremise du principe de proportionnalité de la peine. Il est soutenu que ce principe, englobant différents objectifs et défini par la loi et la doctrine, a été dûment reconnu par le judiciaire en tant que principe de justice fondamentale prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nonobstant l'apparente contradiction avec les autres droits prévus à la Charte. Or, les peines minimales obligatoires portent atteinte à ce principe en permettant et en encourageant les disproportions entre les peines et les facteurs traditionnels comme la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant ainsi que par l'accentuation de problèmes déjà existants dans le système criminel qui nuisent à la distribution de peines proportionnelles. Cette atteinte n'est d'ailleurs pas justifiée par les objectifs étatiques visés.

Abstract

The present article aims to show the unconstitutionality of mandatory minimum sentences through the proportionality principle of sentencing. It is argued that this principle, which encompasses different objectives and is defined both by the law and by doctrine, has been duly recognized by the judiciary as a fundamental principle of justice under section 7 of the Charter, notwithstanding the apparent contradiction with other Charter protections. Mandatory minimum sentences violate this principle both by allowing and encouraging disproportion between sentences and traditional factors such as the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender and by amplifying existing problems of the criminal system that hinder the distribution of proportional sentences. This violation is not justified by the state objectives it pursues, since the reasons for such measures are more rhetorical than pragmatic.

* L'auteur est étudiant de 2^e année au baccalauréat en droit de l'Université de Montréal. Il peut être rejoint à l'adresse ivan.galindo.da.fonseca@umontreal.ca. Il tient à remercier la professeure Geneviève Beausoleil-Allard pour la suggestion de la thématique ainsi que pour ses précieux commentaires.

INTRODUCTION.....	2
1. LA PROPORTIONNALITÉ DES PEINES ET LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE	3
1.1 La proportionnalité des peines : un principe établi	3
1.2 La proportionnalité des peines : un principe de justice fondamentale	7
2. LES PEINES MINIMALES ET LA PROPORTIONNALITÉ DES PEINES	12
2.1 L'atteinte au principe de proportionnalité de la peine	12
2.2 L'absence de justification pour une telle atteinte.....	16
CONCLUSION	19

INTRODUCTION

Suite à presque neuf ans de gouvernance fédérale d'un même parti au Canada, il est possible d'en remarquer l'empreinte laissée dans la législation du pays. En matière de droit pénal, l'approche qui s'est cristallisée durant les dernières années est généralement appelée « tough on crime », et ce, malgré l'attitude antérieure du Parlement qui allait en sens contraire¹. Cette approche s'est illustrée notamment par la multiplication des peines minimales obligatoires², qui avaient pourtant auparavant été longuement critiquées par plusieurs organismes, dont la Commission canadienne sur la détermination de la peine³, la Commission de réforme du droit du Canada⁴, ainsi que par un grand nombre de juristes⁵. Il n'est pas possible pour le pouvoir judiciaire de censurer les orientations politiques du pouvoir législatif, compte tenu du principe de séparation des pouvoirs, le premier ne peut contrôler les décisions du second que dans la mesure où ses actions peuvent être jugées inconstitutionnelles.

¹ Patrick HEALY, « Sentencing From There to Here and from Then to Now », (2013) 17 *Rev. can. D.P.* 291.

² *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1.

³ CANADIAN SENTENCING COMMISSION, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, Ottawa, Supply and Services Canada, 1987.

⁴ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987.

⁵ Elizabeth SHEEHY, « Mandatory Minimum Sentences: Law and Policy: Introduction », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 261 (LN/QL).

Les juges ne sont toutefois pas sans recours face aux peines minimales obligatoires. Le présent article vise à démontrer que celles-ci peuvent être déclarées inconstitutionnelles. Nous examinerons, dans un premier temps, la reconnaissance par les tribunaux du principe de proportionnalité des peines en tant que principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans un deuxième temps, nous chercherons à démontrer que les peines minimales obligatoires constituent une atteinte grave et injustifiée au principe de la proportionnalité de la peine.

1. LA PROPORTIONNALITÉ DES PEINES ET LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE

Il convient d'abord de prendre comme point de départ la définition du principe de la proportionnalité des peines, afin de démontrer la reconnaissance de celui-ci en tant que principe de justice fondamentale.

1.1 La proportionnalité des peines : un principe établi

La détermination de la peine est connue comme étant un sujet de controverse, étudié et discuté sous l'angle de différentes théories, souvent contradictoires⁶. Les deux théories les plus anciennes encore prisées par les tribunaux sont la rétribution et la dissuasion, alors que la dénonciation et la réhabilitation s'imposent pour leur part progressivement.

La rétribution repose sur le postulat voulant que le crime doive être suivi de la punition. Ainsi l'État ne punit pas pour des considérations futures, comme la dissuasion ou la dénonciation, ni « pour 'défaire' le mal »⁷, mais seulement au regard du crime qui a été commis. Bien que cette théorie soit fortement liée à la tradition judéo-chrétienne de justice divine et de pénitence, la conception moderne de rétribution repose principalement sur l'idéologie kantienne selon laquelle l'humain est une fin en soi⁸. Ainsi, « la peine juridique [...] ne peut jamais être décrétée simplement comme un moyen d'arriver à un bien, soit au profit du criminel lui-même, soit au profit de la société civile; on ne doit

⁶ Michael TONRY (dir.), *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, New York, Oxford University Press, 2011.

⁷ Alvaro PIRES, « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires », (1990) 32 *Revue canadienne de criminologie* 441, p. 452.

⁸ Emanuel KANT, *Critique de la raison pure*, Paris, Presses Universitaires de France, 1797.

jamais la lui appliquer que parce qu'il s'est rendu coupable »⁹. La punition vise alors à permettre au délinquant d'expier ses torts rétroactivement et de ramener l'ordre qui existait avant que l'acte criminel ne soit posé¹⁰. La peine doit ainsi être assez importante pour punir l'acte, mais sans aller au-delà du mal causé. Le mal imposé doit être, dans une certaine mesure, égal au mal commis¹¹. Cette théorie est critiquée en raison de sa logique essentiellement philosophique, accordant peu d'égards aux conséquences de la peine sur le plan pratique, ainsi que pour la justification circulaire quant à la nécessité de punir à laquelle elle fait appel¹². Nous observerons que, contrairement aux autres théories de la peine, la rétribution n'est pas codifiée dans notre droit en tant qu'objectif de la peine¹³. Elle n'est pas disparue des décisions judiciaires pour autant, étant utilisée à titre d'objectif¹⁴ ou d'assise morale à la punition¹⁵.

À l'opposé, selon la théorie de la dissuasion, la punition n'a de raison d'être que dans la mesure où elle a une utilité prospective. Or, l'application d'une peine à un crime a entre autres pour effet de dissuader le contrevenant et toute autre personne de commettre le crime en question¹⁶. Cette théorie, défendue par l'analyse économique du droit, repose essentiellement sur la conception selon laquelle un individu agit en fonction des coûts et des bénéfices de ses décisions¹⁷. La détermination de la peine repose alors uniquement sur son effet dissuasif. Cette théorie est quant à elle critiquée pour son recours à une « psychologie associationniste simpliste »¹⁸ qui gonfle l'impact de la sévérité des peines sur

⁹ E. KANT., préc., note 8, p. 177.

¹⁰ Margarida GARCIA, *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel : les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*, Thèse de doctorat, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2010, p. 115-118.

¹¹ Morris FISH, « Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment », (2008) 28 *Oxford J. Legal Stud.* 57.

¹² CANADIAN SENTENCING COMMISSION, préc., note 3, p. 141.

¹³ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718 (ci-après « le Code »).

¹⁴ *R. v. McDonald*, [1997] 4 WWR 318, par. 122.

¹⁵ *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, cité dans M. FISH, préc., note 11.

¹⁶ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1764; Jeremy BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, London, Robert Heward, 1830.

¹⁷ Richard DUBÉ, *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal, Québec, 2008, p. 46.

¹⁸ Alvares PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », dans Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE et Alvaro PIRES (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, p. 83.

la conduite des futurs contrevenants alors que des études remettent cet impact en cause¹⁹. Par ailleurs, cette théorie ne prend aucunement en considération le degré de responsabilité morale du contrevenant. Au contraire, elle utilise le contrevenant, selon le vocabulaire de Kant, comme un simple moyen s'inscrivant dans une visée collective.

La théorie de la dénonciation, pour sa part, justifie la peine par son utilité déclaratoire²⁰. Ainsi, il est nécessaire de punir dans la mesure où l'autorité publique se doit d'exprimer sa réprobation quant à un comportement jugé inacceptable. La sévérité de la peine sera mesurée selon une « proportionnalité expressive »²¹, c'est-à-dire de façon à refléter le caractère répréhensible de l'acte. Deux grandes critiques peuvent toutefois être formulées à l'encontre cette théorie. D'abord, tout comme la théorie de la dissuasion, la peine est justifiée par un but ultérieur qui n'est pas nécessairement lié à la personne du condamné. La peine se détermine non pas en fonction du coupable, mais en fonction du jugement que porte la collectivité²². Elle a ainsi pour effet de judiciariser l'opinion publique²³ en se fondant implicitement ou explicitement²⁴ sur celle-ci pour définir les fondements du message dissuasif devant être envoyé.

Finalement, il y a encore la théorie de la réhabilitation. Pour celle-ci, l'objectif de la punition est, évidemment, la réhabilitation du délinquant. Les détracteurs de cette théorie soulignent le danger de considérer la punition comme thérapeutique alors qu'elle a pour effet de valoriser l'exclusion sociale du délinquant, et ce, pour des périodes indéterminées²⁵. En effet, la peine n'est pas imposée en fonction de la faute du délinquant, mais plutôt en fonction d'un comportement du délinquant que l'on espère réformer. Des critiques subsistent également quant à la réelle possibilité de réhabiliter

¹⁹ COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Sanctions légales et dissuasion*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1988.

²⁰ CANADIAN SENTENCING COMMISSION, préc., note 3, p. 142.

²¹ André JODOUIN et Marie-Ève SYLVESTRE, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine », (2009) 50 *C. de D.* 319, n° 39 (LN/QL).

²² M. GARCIA, préc., note 10, p. 124.

²³ Alvares PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) 33 *Sociologie et sociétés* 179.

²⁴ *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 86.

²⁵ M. GARCIA, préc., note 10, p. 127-132. (à noter que nous parlons ici de ce que la P^{re}. Garcia appelle la théorie de réhabilitation de la première modernité).

tous les contrevenants, surtout lorsque ceux-ci ne sont pas intéressés par cette perspective²⁶.

Malgré les contradictions apparentes illustrées dans ce qui précède, ces différentes théories de la peine sont toutes incorporées dans le « principe fondamental de proportionnalité ». Celui-ci stipule que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant », tel qu'énoncé à l'article 718.1 du *Code Criminel* et tel que reconnu par la jurisprudence²⁷. Ce principe vise à inclure ces théories opposées dans la mesure où il est possible de tenir compte des divers objectifs que peut avoir la peine sans prioriser l'un par rapport à un autre, comme l'entend l'article 718.1 du Code. Les différentes théories ne sont pas, dans les faits, inéluctablement contradictoires. Par exemple, le tribunal peut répondre à la question « Pourquoi punit-on? » par la théorie de la dissuasion, et aux questions « Qui punit-on? » et « Dans quelle mesure? » par la théorie de la rétribution, comme le défendait Hart²⁸. Suivant cela, le principe de proportionnalité considère la personne coupable comme une fin en limitant la peine au caractère moralement blâmable du geste de l'accusé, comme le prévoit la théorie de la rétribution, tout en remplissant un rôle de dénonciation et de dissuasion par la prise en compte de la gravité de l'acte. Ce principe est moins explicitement lié à la théorie de la réhabilitation, mais n'est pas pour autant en contradiction avec celle-ci. Au contraire, contraint par le paragraphe 718(d) du Code, le juge doit également déterminer la peine en fonction de cet objectif de réhabilitation.

Le principe de proportionnalité de la peine cherche donc à équilibrer, d'une part, l'individualisation avec l'harmonisation des peines et, d'autre part, la modération avec la répression²⁹. Ce principe sert également d'outil de légitimation du système pénal, tel que l'a exprimé la juge Wilson à propos du premier volet du principe de proportionnalité :

²⁶ CANADIAN SENTENCING COMMISSION, préc., note 3, p. 138.

²⁷ *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 82; *R. c. Nasogaluak*, [2010] 1 R.C.S. 206 par. 40 et 41; *R. c. Pham*, [2013] 1 R.C.S. 739, par. 6.

²⁸ Herbert HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 161.

²⁹ A. JODOUIN ET M.-È. SYLVESTRE, préc., note 21, n^{os} 41-46.

[i]l faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant « méritait » la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système.³⁰

Le véritable débat s'articule en fait autour de la reconnaissance de ce principe fondamental au niveau constitutionnel, comme nous entreprendrons maintenant de l'expliquer.

1.2 La proportionnalité des peines : un principe de justice fondamentale

De tous les articles de la Charte, l'article 7 est possiblement celui dont le champ d'application est le plus étendu³¹. Il s'agit d'un article que d'aucuns conçoivent comme emportant le risque de provoquer une intervention trop incertaine du judiciaire dans le pouvoir législatif³², alors que d'autres estiment plutôt qu'il devrait être élargi davantage de façon à permettre un meilleur contrôle judiciaire³³.

À l'origine, l'article 7 avait pourtant une portée bien plus limitée. Les termes « principes de justice fondamentale », ou « principals of fundamental justice », avaient été préférés aux termes « due process of law » adoptés par les tribunaux américains, dont l'interprétation était jugée trop imprévisible³⁴. L'objectif visé lors de la rédaction de l'article 7 touchait seulement à la protection des droits procéduraux³⁵. D'ailleurs, le terme « justice fondamentale » et son interprétation limitée aux droits procéduraux étaient déjà présents dans la jurisprudence canadienne par le biais de la *Déclaration canadienne des droits et libertés*³⁶. Toutefois, la Cour Suprême a déclaré que l'interprétation des termes de la Charte n'était pas liée par la jurisprudence relative à la Déclaration³⁷, pour ensuite expressément élargir la portée de ces termes afin d'inclure les droits substantifs, en

³⁰ Renvoi sur la *Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 129.

³¹ Don STUART, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2005.

³² Jamie CAMERON, « Fault and Punishment under Sections 7 and 12 of the Charter », (2008) 40 *S.C. Law Rev.* (2d) 553 (LN/QL).

³³ Kent ROACH, « Searching for Smith: The Constitutionality of Mandatory Sentences », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 367 (LN/QL).

³⁴ Peter HOGG, « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter », (2012) 58 *S.C. Law Rev.* (2d) 195 (LN/QL).

³⁵ Hamish STEWART, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2012.

³⁶ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, art. 2(e) (ci-après « la Déclaration »).

³⁷ *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, par. 43.

accordant ce faisant à l'article 7 un rôle majeur dans la protection prévue par la Charte³⁸. Se pose alors la question inévitable : qu'est-ce un principe de justice fondamentale?

Il convient ici d'apporter une précision. L'article 7 a deux composantes : il crée des droits et prévoit la mesure dans laquelle on peut leur porter atteinte. Nous y trouvons les droits à la vie, à la sécurité et à la liberté; ce dernier étant celui qui nous intéresse aux fins de la présente argumentation. Il comporte le droit à la liberté physique ainsi que le droit de faire des choix libres en dehors de toute coercition de l'État³⁹, le droit à la liberté physique étant mis en cause, non seulement lorsqu'il y a emprisonnement, mais aussitôt qu'il y a *possibilité* d'emprisonnement⁴⁰. Néanmoins, l'atteinte à ces droits est possible lorsqu'elle se fait en conformité avec les principes de la justice fondamentale. Cette limite a fait l'objet de plusieurs discussions et ce n'est qu'après plusieurs tentatives de définition⁴¹ que des critères clairs ont été énoncés dans l'arrêt *Malmo-Levine*⁴²: il doit s'agir (1) d'un principe juridique, (2) à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice et (3) défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la sécurité ou à la liberté de la personne.

D'abord, « [l']utilisation de la règle ou du principe proposé comme règle ou critère en common law, dans la législation ou en droit international constitue un indice important qu'il s'agit d'un principe juridique »⁴³, et non d'un simple « critère permettant de définir un intérêt important de l'État »⁴⁴ comme, à titre d'exemple, le principe de préjudice. Or, le principe de proportionnalité de la peine est bien un principe juridique normatif⁴⁵, consacré par la loi⁴⁶ et appliqué par les institutions juridiques, au même titre que par

³⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 30.

³⁹ Carissima MATHEN, « Section 7 and the Criminal Law », (2013) 62 *S.C. Law Rev.* (2d) 49 (LN/QL).

⁴⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 30.

⁴¹ *Id.*; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

⁴² *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113.

⁴³ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* [2015] 1 R.C.S. 401, par. 91.

⁴⁴ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 42, par. 114.

⁴⁵ *R. c. Nasogaluak*, préc., note 27, par. 41.

⁴⁶ *Code criminel*, art. 718.1.

exemple l' « intérieur supérieur de l'enfant »⁴⁷, la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents⁴⁸ et le devoir de dévouement à la cause du client⁴⁹. Ensuite, il y a consensus quant à l'importance de ce principe au bon fonctionnement du système de justice, tel que l'a reconnu la Cour suprême lorsqu'elle a déclaré que « [l]a proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste »⁵⁰. Finalement, la jurisprudence d'appel sur le sujet démontre que le principe de proportionnalité est assez précis « pour constituer une norme pratique en ce qu'on peut l'appliquer de manière à donner des indications sur le résultat approprié »⁵¹. Ainsi, il est permis de conclure que la proportionnalité de la peine peut être considérée comme un principe de justice fondamentale.

Toutefois, les questions relatives à la proportionnalité de la peine ont presque été invariablement analysées sous l'angle de l'article 12 de la Charte, qui prévoit un critère qui n'est pas la disproportion, mais plutôt la disproportion extrême ou excessive. Ainsi, suivant l'arrêt *Smith*⁵², le test de disproportion excessive n'a pas été d'un grand secours aux plaignants lors de contestations des peines minimales obligatoires⁵³. Ce n'est que récemment⁵⁴ que la Cour est retournée à ce que la professeure Parkes a qualifié d'approche « activiste »⁵⁵, par opposition à l'approche « minimaliste » ayant eu cours dans les années précédentes.

L'analyse de ces questions par l'article 12 pose en fait une série de problèmes. Par exemple, une peine peut être déclarée excessive soit à l'égard d'un cas spécifique, soit pour une situation hypothétique⁵⁶. Malgré les tentatives récentes⁵⁷ d'élargir la « situation

⁴⁷ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 9.

⁴⁸ *R. c. D.B.*, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 59.

⁴⁹ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, préc., note 43, par. 96.

⁵⁰ *R. c. Ipeelee*, [2012] 1 R.C.S. 443, par. 37.

⁵¹ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, préc., note 43, par. 92.

⁵² *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

⁵³ *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 82.

⁵⁴ *R. c. Nur*, [2015] 1 R.C.S. 773.

⁵⁵ Debra PARKES, « From Smith to Smickle: The Charter's Minimal Impact on Mandatory Minimum Sentences », (2012) 57 *S.C. Law Rev.* (2d) 149 (LN/QL).

⁵⁶ *R. c. Smith*, préc., note 52; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59.

⁵⁷ *R. c. Nur*, préc., note 54, par. 52, 73, 79 et 129.

hypothétique raisonnable », dont les contours ont été tracés par l'arrêt *Goltz*⁵⁸, cette notion demeure limitée aux disproportions telles qu'entendues par la notion classique de faute, soit la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du contrevenant, tandis que « [c]haracteristics which are systemic and entirely foreseeable, which relate to vulnerability, marginality, racialization, disability, and inequality, are not discussed »⁵⁹. L'article 12 ne requérant pas une simple disproportion, mais une disproportion excessive, il limite donc considérablement la protection accordée à l'individu⁶⁰. Dans l'arrêt *Malmo-Levine*⁶¹ il a été déclaré à majorité que la reconnaissance d'une norme de proportionnalité par l'article 7, plus stricte que celle de « disproportion exagérée et excessive » de l'article 12 de la Charte, « rendrait incohérent l'ensemble des "garanties juridiques" interreliées [sic] énoncées aux articles 7 à 14 de la Charte en assignant aux articles 12 et 7 des normes contradictoires pour une même question ».

La proportionnalité de la peine n'est pas pour autant pas un principe qui ne s'apprécie pas avec l'article 7, nombreux sont les cas où les décisions des juges ont fait ce lien, bien que ce ne fut pas dûment reconnu. À ce titre, nous pouvons citer la trilogie des arrêts sur l'élément de faute : le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*⁶² ainsi que les arrêts *Vaillancourt*⁶³ et *Martineau*⁶⁴, où il était question de l'importance de prouver la faute de façon adéquate, ce qui impliquait un lien intrinsèque avec le principe de proportionnalité. Nous pouvons aussi citer l'arrêt *Creighton*⁶⁵, dans lequel les juges ont reconnu l'importance que la peine soit proportionnelle au degré de culpabilité du délinquant, bien que leurs conclusions quant à la théorie de la faute soient amplement critiquées⁶⁶.

⁵⁸ R. c. *Goltz*, préc., note 53.

⁵⁹ Rosemary CAIRNS WAY, « A Disappointing Silence: Mandatory Minimums and Substantive Equality », (2015) 18 *C.R.* 297 (WC).

⁶⁰ Kent ROACH, « The Charter versus the Government's Crime Agenda », (2012) 58 *S.C. Law Rev.* (2d) 211 (LN/QL).

⁶¹ R. c. *Malmo-Levine*, préc., note 42, par. 160.

⁶² *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 30.

⁶³ R. c. *Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

⁶⁴ R. c. *Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

⁶⁵ R. c. *Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

⁶⁶ Héléne DUMONT, « Disarming Canadians, and Arming Them with Tolerance: Banning Firearms and Minimum Sentences to Control Violent Crime. An Essay on an Apparent Contradiction », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 329, n° 44 (LN/QL).

Qui plus est, le juge Lebel a reconnu en toutes lettres qu'« on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte »⁶⁷. Il est cependant dommage qu'un commentaire d'une telle importance ait été fait si brièvement, sans déterminer l'étendue du principe. L'arrêt *Nur*⁶⁸ n'élucide malheureusement pas davantage la question, la Cour se limitant à appliquer l'article 12 sans définir la portée de l'article 7.

Pour ce qui est de la cohérence dans l'application des articles 7 et 12, il est accepté qu'« un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte [puisse] être de portée plus large et plus générale que les règles particulières qui constituent un exemple de son application »⁶⁹. À cet effet, la professeure Desrosiers propose un cadre d'analyse fort pertinent qui distingue les protections visées par l'article 7 et l'article 12 en matière de peine⁷⁰. Le premier offre une protection au niveau du *processus* de la détermination de la peine; ainsi, une peine doit être choisie en conformité avec le principe de proportionnalité. Il en va, notamment, de la protection du pouvoir discrétionnaire des juges de déterminer l'ampleur de la peine en fonction de la culpabilité de l'accusé et de la gravité de l'acte. Il s'agit donc d'une protection relative à l'équité procédurale. Le second offre une protection au niveau des *effets* de la peine. Une fois choisie, la peine ne peut être cruelle ou inusitée. Le juge Lebel illustre bien cette interprétation de l'article 12 dans l'arrêt *Smith* :

Par exemple, il n'y a pas d'atteinte à l'art. 12 si un juge, après avoir refusé d'entendre des représentations sur la sentence, a déclaré qu'il ne tiendrait compte d'aucun facteur pertinent, pour ensuite imposer arbitrairement une peine préconçue mais appropriée. À mon avis, vu que ce résultat serait approprié, la sentence ne pourrait être qualifiée d'exagérément disproportionnée et de contraire à l'art. 12.⁷¹

En somme, le principe de proportionnalité de la peine revêt une importance constitutionnelle, ce qui n'est pas en contradiction avec l'application actuelle de l'article 12. Il reste alors à déterminer si les peines minimales obligatoires vont à l'encontre de ce principe.

⁶⁷ R. c. *Ipeelee*, préc. note 50, par. 36.

⁶⁸ R. c. *Nur*, préc., note 54, par. 110.

⁶⁹ R. c. *Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

⁷⁰ Julie DESROSIERS, « Peines minimales et principes de justice fondamentale: une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte », (2013) 17 *Rev. can. D.P.* 121.

⁷¹ R. c. *Smith*, préc. 52, par. 60.

2. LES PEINES MINIMALES ET LA PROPORTIONNALITÉ DE LA PEINE

Les nombreuses critiques formulées à l'encontre des peines minimales obligatoires ne sont certainement pas sans fondement. En effet, il ressort d'une recherche abondante sur le sujet que les peines minimales causent effectivement une « disproportionnalité » des peines sans justification valable. Nous verrons en quoi elles sont incompatibles avec le principe de proportionnalité de la peine.

2.1 L'atteinte au principe de proportionnalité de la peine

Les peines minimales portent très directement atteinte au principe de proportionnalité sous trois aspects distincts : par l'inflation de l'ensemble des peines, par la réduction de la discrétion judiciaire et par l'augmentation de la discrétion de la Couronne.

Les peines minimales causent l'inflation de l'ensemble des peines⁷² et ce, en deux temps. D'abord, toutes les peines relatives à une infraction assortie d'une peine minimale obligatoire se trouvent augmentées parce que le « meilleur » délinquant imaginable, ayant commis l'infraction dans les plus atténuantes des circonstances, doit être assujéti à la peine minimale. Par conséquent, tout autre délinquant ayant commis cette infraction doit recevoir une peine plus sévère⁷³, un effet « domino » reconnu par la Cour Suprême⁷⁴. Ensuite, même les peines relatives à d'autres infractions doivent être majorées, afin de maintenir le rapport entre les peines de crimes de différentes gravités. Les juges sont donc appelés à ajuster l'ensemble des peines en fonction de ce point de repère qui leur est imposé. Cependant, le rapport entre chaque peine et chaque infraction se retrouve directement affecté parce que ledit point, soit la peine minimale imposée, est souvent arbitraire⁷⁵. L'équilibre entre individualisation et harmonisation, inhérent au principe de proportionnalité de la peine, est alors gravement mis en cause.

Les peines minimales diminuent également considérablement la portée de la discrétion judiciaire, nuisant encore une fois au principe de l'individualisation de la peine

⁷² Julian V. ROBERTS, « Mandatory Minimum Sentences of Imprisonment: Exploring the Consequences for the Sentencing Process », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 305.

⁷³ K. ROACH, préc., note 33.

⁷⁴ *R. c. Morrissey*, préc., note 53, par. 82.

⁷⁵ Julian V. ROBERTS et Howard H. BEBBINGTON, « Sentencing Reform in Canada: Promoting a Return to Principles and Evidenced-Based Policy », (2013) 17 *Rev. can. D.P.* 327.

en empêchant le juge de la mitiger en tenant compte d'un degré de responsabilité particulièrement bas ou d'une petitesse exceptionnelle de la gravité de l'acte commis. Il s'agit de l'atteinte la plus directe au principe de proportionnalité. En effet, comme le législateur ne peut prévoir toutes les possibilités donnant ouverture à un chef d'accusation donné, il est illogique qu'il puisse par ailleurs imposer des peines en avance⁷⁶. De plus, le juge ainsi juge contrarié ne peut avoir recours ni aux exceptions constitutionnelles⁷⁷, ni aux clauses échappatoires, comme c'est le cas dans les autres systèmes de common law⁷⁸.

La Couronne se voit finalement attribuer une discrétion beaucoup plus large sous le régime des peines minimales obligatoires. D'abord, son pouvoir de choisir le chef d'accusation porté contre l'accusé prend une grande importance parce que la prédétermination de la fourchette des peines possibles a évidemment un plus grand poids lorsqu'il est question de peine minimale. Ensuite, en fonction de ce pouvoir, la poursuite acquiert une force démesurée dans la négociation de la peine⁷⁹. Cela dit, l'existence d'un certain pouvoir discrétionnaire de la poursuite n'est pas un problème en soi; le problème découle plutôt de l'augmentation de ce pouvoir *en absence* du pouvoir discrétionnaire du juge⁸⁰, figure emportant neutralité et contrôle. En effet, n'ayant aucune obligation d'impartialité, la poursuite remplit un rôle essentiellement antagoniste⁸¹. Le problème se situe au niveau de l'absence de contrôle substantiel des décisions de la poursuite, la révision judiciaire étant limitée au haut standard d'« inculpation flagrante »⁸² et de l'inexistence d'une obligation d'uniformité⁸³.

Les peines minimales nuisent ainsi à l'ensemble du système de justice criminelle par l'aggravation de problèmes déjà présents, ce qui a pour conséquence de porter

⁷⁶ CANADIAN SENTENCING COMMISSION, préc., note 3, p. 203

⁷⁷ *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 54.

⁷⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE, *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2005, en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/ajc-ccs/rr05_10/rr05_10.pdf> (consulté le 20 novembre 2015).

⁷⁹ Renee POMERANCE, « The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge », (2013) 17 *Rev. can. D.P.* 305.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ David PACIOCCO, « The Law of Minimum Sentences: Judicial Responses and Responsibility », (2015) 19 *Rev. can. D.P.* 173.

⁸² *R. c. Nixon*, [2011] 2 R.C.S. 566.

⁸³ *R. c. Anderson*, [2014] 2 R.C.S. 176.

indirectement atteinte au principe de proportionnalité. Le premier problème qui peut être soulevé est la condamnation de personnes innocentes. Les peines minimales intensifient ce phénomène, d'abord en augmentant le risque des faux aveux de culpabilité⁸⁴. En effet, la peur d'une accusation dont l'infraction comprend une peine minimale obligatoire peut pousser les accusés à préférer avouer une culpabilité à des infractions moindres qu'ils n'ont pas commises. Cet effet s'observe particulièrement chez les femmes battues ayant agi par légitime défense⁸⁵, pour lesquelles un procès représente une série de problèmes, tant au niveau du risque de condamnation qu'au niveau émotionnel. La juge Ratushny a d'ailleurs déclaré ce qui suit:

I have seen, over the course of my Review, cases where the accused person faced irresistible forces to plead guilty even though there was evidence that she acted in self-defence. In some cases, this evidence was very strong. These irresistible forces are the product of the Criminal Code's mandatory minimum sentences for murder.⁸⁶

Les peines minimales augmentent aussi le risque de condamnation des personnes innocentes par l'augmentation du nombre de délateurs mensongers⁸⁷. Bien qu'il soit pratique courante de faire pression sur les possibles délateurs, la menace d'une peine minimale obligatoire amplifie considérablement le risque de fausses déclarations. La foi qu'accorde le système à de tels témoignages « appears to be rooted in ignorance about the role that the threat of harsh and certain punishment has on the individuals who provide the evidence thus obtained »⁸⁸.

Un phénomène amplifié par l'imposition des peines minimales obligatoires est conséquemment la discrimination du système de justice envers les groupes marginalisés⁸⁹. D'abord, les problèmes de faux aveux et le rapport de force trop important de la poursuite sont exacerbés auprès des groupes marginalisés, qui font souvent face à une forte discrimination émanant du corps policier notamment sous forme

⁸⁴ Dianne MARTIN, « Distorting the Prosecution Process: Informers, Mandatory Minimum Sentences, and Wrongful Convictions », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 513 (LN/QL).

⁸⁵ Elizabeth SHEEHY, « Battered Women and Mandatory Minimum Sentences », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 529 (LN/QL).

⁸⁶ Lynn RATUSHNY, *Self Defence Review: Final Report*, Ottawa, Supply and Services, 1997, p. 14, cité dans E. SHEEHY, préc. note 85.

⁸⁷ D. MARTIN, préc., note 78.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Elisabeth SHEEHY, « The Discriminatory Effects of Bill C-15's Mandatory Minimum Sentences », (2010) 70 *C.R.* 302 (WC).

de profilage racial. Le racisme policier envers les Noirs, par exemple, est bien documenté⁹⁰ en plus d'être clairement reconnu par la jurisprudence⁹¹, tout comme la tendance des agents à recourir à des mauvais traitements⁹². Ainsi, « [b]lack people who are unfairly and disproportionately targeted for criminal investigations will likely succumb to more guilty pleas, stiffer penalties, and higher incarceration rates »⁹³. Pareillement, « 25% of Aboriginal persons received sentences that involved some degree of incarceration, compared to approximately 10% of non-Aboriginal persons, or 2.5 times more for Aboriginal persons »⁹⁴.

Le Parlement, en ayant recours aux peines minimales, crée ainsi un obstacle à l'individualisation de la peine, en risquant de faire passer les considérations liées des caractéristiques de vulnérabilité et de marginalité, avant les faits relatifs à la faute⁹⁵. Dans le cas des femmes, par exemple, des facteurs tels que les obligations familiales, l'historique d'abus sexuel et le rapport de soumission à un conjoint manipulateur perdent de leur pertinence lors de la détermination de la peine⁹⁶. Dans le cas des Autochtones, malgré les mesures législatives⁹⁷ entreprises pour diminuer leur présence dans les pénitenciers, les peines minimales compromettent la prise en considération des facteurs culturels et sociaux qui avaient pourtant été reconnus comme étant cruciaux dans la détermination de la peine d'un délinquant autochtone⁹⁸.

Il subsiste donc peu de doute quant aux divers effets de l'imposition des peines minimales sur le principe de proportionnalité de la peine. Néanmoins, les justifications de cette mesure et de ses effets doivent être analysées.

⁹⁰ COMMISSION ON SYSTEMIC RACISM IN THE ONTARIO CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*, Toronto, Queen's Printer for Ontario, 1995.

⁹¹ *R. v. Parks*, [1993] O.J. No. 2157 (C.A.) (LN/QL); *R. v. Wilson*, [1996] O.J. No. 1689 (C.A.) (LN/QL).

⁹² *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 149.

⁹³ Faizal MIRZA, « Mandatory Minimum Prison Sentencing and Systemic Racism », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 491, n° 8.

⁹⁴ PUBLIC INQUIRY INTO THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND ABORIGINAL PEOPLE, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, Winnipeg, Queen's Printer, 1991.

⁹⁵ Rosemary CAIRNS WAY, préc., note 59.

⁹⁶ E. SHEEHY, préc., note 85.

⁹⁷ *Code criminel*, art. 718.2(e).

⁹⁸ *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. v. Ipeelee*, préc., note 50.

2.2 L'absence de justification pour une telle atteinte

Cette dernière sous-section, mettant en lumière les motifs sous-tendant les peines minimales obligatoires, a une double utilité. D'une part, elle aborde la possibilité de justifier des peines minimales par l'article premier de la Charte, quoique nous n'examinerons pas de le test prévu par l'arrêt *Oakes*⁹⁹ en détail. D'autre part, elle permet le développement d'un second argument, qui prendra la forme d'une contestation des peines minimales obligatoires sous l'angle de deux autres principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte, selon lesquels, respectivement, les règles de droit ne doivent pas être arbitraires¹⁰⁰ et ne doivent pas être grossièrement disproportionnées¹⁰¹. En effet, une restriction d'un des droits prévus par l'article 7 devient arbitraire « lorsqu'elle n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi »¹⁰². Et une mesure législative, ou un acte du gouvernement, sont grossièrement disproportionnés lorsqu'ils sont « à ce point extrêmes qu'ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement »¹⁰³. Ainsi, en démontrant l'absence de lien entre l'objectif de l'État et les peines minimales ainsi que l'écart entre les effets préjudiciables de ces mesures législatives et les présumés avantages dont la société en tirerait, nous sommes en mesure d'étayer l'hypothèse de l'inconstitutionnalité des peines minimales.

Dans un premier temps, les peines minimales obligatoires peuvent avoir plusieurs objectifs. Certains peuvent prétendre qu'elles ont un effet dissuasif étant donné leur sévérité et la « certitude de punition » qui est associée aux infractions en question¹⁰⁴. Il pourrait aussi être avancé qu'elles assurent une uniformité des peines¹⁰⁵ en limitant les erreurs judiciaires et les disparités des décisions entre les différents juges et différents tribunaux. Toutefois, ces objectifs ne sont vraisemblablement pas atteints par les peines

⁹⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁰⁰ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 129; *Canada (Procureur général) c. Bedford* [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 19. À ce sujet, voir aussi Allan MANSON, « Arbitrary Disproportionality: A New Charter Standard for Measuring the Constitutionality of Mandatory Minimum Sentences », (2012) 57 *S.C. Law Rev.* (2d) 173 (LN/QL).

¹⁰¹ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, préc., note 100, par. 120.

¹⁰² *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 41.

¹⁰³ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 133 citant *R. c. Malmo-Levine*;

¹⁰⁴ Jean-Luc BACHER, « Les vertus de l'arbitraire dans une saine justice », (1999) 4 *Rev. can. D.P.* 157.

¹⁰⁵ Lynn CAYLOR et Gannon G. BEAULNE, *Defence of Mandatory Minimum Sentences*, Ottawa, Macdonald-Laurier Institute, 2014.

minimales obligatoires. D'abord, une compilation de diverses études menées sur l'effet dissuasif des peines¹⁰⁶ démontre que la sévérité de celles-ci n'a pas d'impact sur le taux de criminalité; c'est plutôt le système criminel en soi qui sert de dissuasion. Par conséquent, un plancher de sévérité ne peut contribuer à dissuader. L'effet dissuasif des peines minimales peut notamment être remis en question lorsqu'elles s'appliquent à des actes criminels qui englobent des accidents. En effet, il est difficile d'imaginer comment l'existence d'une peine minimale pour négligence criminelle causant la mort dissuadera quelqu'un qui n'est pas autrement dissuadé par les risques inhérents à son comportement¹⁰⁷. De plus, l'historique des peines minimales aux États-Unis, nous permet d'analyser statistiquement leur véritable effet. Ainsi, « the real-world question of whether increases in penalties significantly reduce the incidence of serious crimes, the consensus conclusion of governmental advisory bodies in many countries is possibly, a little, at most, but probably not »¹⁰⁸. La Commission sur la détermination de la peine a pour sa part reconnu que « [t]hese penalties can deter only if people are aware of them, but they are not »¹⁰⁹. Nous soulignons toutefois que la présente discussion s'arrête aux peines minimales d'emprisonnement, puisqu'il est possible que des amendes minimales aient un effet dissuasif réel, surtout en matière de crimes corporatifs¹¹⁰.

L'uniformité assurée des peines, promise par l'imposition des peines minimales, peut également être qualifiée de mythe. Il est vrai que plus de délinquants se voient imposer des peines égales ou supérieures aux peines minimales mais il faut souligner que lorsque confrontés à une situation apparemment injuste, les agents du système pénal parviennent à éviter son application, ce qui nuit ultimement à l'administration de la justice¹¹¹. Par ailleurs, les procureurs ont la possibilité de ne pas poursuivre ou d'écarter la peine minimale dans les négociations de la peine et ce sont principalement les juges qui se trouvent confrontés aux peines minimales indépendamment de leurs convictions. L'histoire du système de common law nous laisse toutefois penser, qu'ils se ménageront

¹⁰⁶ Anthony DOOB et Cheryl WEBSTER, « Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis », (2003) 30 *Crime & Just.* 143.

¹⁰⁷ *R. v. Morrissey*, préc., note 53.

¹⁰⁸ Michael TONRY, « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings », (2009) 38 *Crime & Just.* 65, p. 91

¹⁰⁹ CANADIAN SENTENCING COMMISSION, préc., note 3, p. 91.

¹¹⁰ Poonam PURI, « Sentencing the Criminal Corporation », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 611.

¹¹¹ M. TONRY, préc., note 108, p. 67.

toujours des moyens de contrevenir à la loi en cas de nécessité, il s'agirait d'ailleurs, selon certains, d'un phénomène complètement naturel et intrinsèque à notre système¹¹².

La question est alors criante : compte tenu de l'inefficacité documentée des peines minimales obligatoires ainsi que de leurs multiples effets nocifs à la proportionnalité de la peine, pourquoi le législateur continue-il de les imposer? En effet, les peines minimales n'ont pas été adoptées en réaction à une quelconque augmentation de criminalité¹¹³. Les données de 2010¹¹⁴ indiquaient, au contraire, que le taux de criminalité n'avait fait que descendre depuis les années 1990 et, malgré la croyance populaire, le taux de récidive criminelle, déjà très bas, était lui aussi à la baisse. La réponse à cette question ne peut donc résider que dans la démystification de la figure du législateur. Or, le pouvoir législatif n'est pas détenu par l'être supérieur que l'on est parfois tenté de se représenter, mais plutôt par un groupe de personnes ayant des agendas politiques précis. Comme l'a dit le professeur Tonry au sujet de la législation américaine, les hauts fonctionnaires fédéraux ne considèrent les effets de la loi que de façon secondaire, tandis que les intérêts principaux sont de nature symbolique et rhétorique¹¹⁵. Cette remarque est tout à fait valable pour le pouvoir législatif canadien.

Il faut dire qu'en termes de stratégies politiques, l'imposition de peines minimales est une excellente idée¹¹⁶. D'abord, il s'agit d'une technique simple puisqu'il est très facile de la mettre en place, contrairement à des lois de nature plus technique ou encore à des réformes significatives du système pénal. Ensuite, il s'agit d'une méthode politiquement efficace. L'idée d'emprisonner les criminels pour *au moins* un certain temps apparaît tout à fait raisonnable et il est difficile de ne pas y adhérer. Il s'agit d'un message facile à véhiculer, tandis que le contrer requiert du temps et beaucoup de preuves factuelles. Finalement, il est difficile pour le public d'évaluer les impacts, même financiers, de ces mesures. En effet, aucun budget n'est nécessaire pour l'imposition des peines minimales puisque les coûts qui en découlent ne seront réclamés

¹¹² D. PACIOCCO, préc., note 81.

¹¹³ H. DUMONT, préc., note 66.

¹¹⁴ Paula MALLEA, *The Fear Factor*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2010, p. 9-11.

¹¹⁵ Michael TONRY, « Mandatory Penalties », dans Michael TONRY (dir.), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 16, Chicago, University of Chicago Press, 1993, p. 243, à la page 244.

¹¹⁶ Anthony DOOB et Carla CESARONI, « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences », (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 287 (LN/QL).

qu'ultérieurement. Cependant, ces coûts sont d'une importance considérable¹¹⁷, encore plus si nous considérons les coûts associés à la perte des membres utiles de la société qui, en raison des effets des peines minimales, deviendront un fardeau pour l'État. Il s'agit finalement d'un domaine où le pouvoir de manipulation de l'opinion publique est important. Ainsi, malgré la baisse du taux de criminalisation, nous entendions l'ancien premier ministre dénoncer l'« épidémie » de crimes de gangstérisme, de drogues et d'armes à feu, et son premier conseiller parler d' « explosion de crime »¹¹⁸.

Les politiciens n'agissent donc pas vraisemblablement en fonction de l'intérêt de la population, mais en plutôt en fonction des demandes de cette dernière, ce qui diffère considérablement. En effet, lorsqu'il est question de punition, à titre général, l'opinion publique est souvent indifférente aux droits individuels. Toutefois, quand les membres du public sont confrontés à un cas particulier, la tendance est de s'opposer aux peines minimales obligatoires¹¹⁹. Il est ainsi possible d'observer une disparité entre l'opinion du public et celle de ceux qui sont dans des positions plus proches du procès, tels les membres du jury¹²⁰. Finalement, la demande du public pour des peines plus sévères est, entre autres, imputable à des changements sociétaux ayant eu lieu au cours des dernières décennies¹²¹, le changement principal étant le rapprochement entre la criminalité et la classe moyenne. En effet, l'isolement de celle-ci a d'abord été brisé par les médias, qui la mettent aujourd'hui en contact direct avec la criminalité, pourtant réservée à d'autres sphères de la société. Ensuite, les distances entre les classes ont-elles-mêmes diminué. En conséquence, les élites libérales se sentent elles aussi visées par le crime et se montrent ainsi moins compatissantes aux souffrances des criminels.

CONCLUSION

Il est possible de conclure, à tout le moins, que les peines minimales obligatoires ne sont pas souhaitables. Elles entraînent plus de préjudices que de bénéfiques. Si leur

¹¹⁷ P. MALLEA, préc., note 114, p. 24-29.

¹¹⁸ *Id.*, p. 11.

¹¹⁹ Julian V. ROBERTS, « Public Opinion and Mandatory Sentencing: A Review of International Findings », (2003) 30 *Criminal Justice and Behavior* 483.

¹²⁰ H. DUMONT, préc., note 66.

¹²¹ David GARLAND, « The Culture of High Crime Societies: Some Preconditions of Recent 'Law and Order' Policies », (2000) 40 *British J. of Crim.* 347.

existence-même n'est pas nécessairement à proscrire, il n'y a pas de doute que leur abondance actuelle l'est. La littérature scientifique est d'ailleurs claire à ce sujet. C'est l'incertitude quant à leur constitutionnalité, sur laquelle nous sommes attardés dans le présent article, qui demeure.

Or, le principe de proportionnalité de la peine est un principe de justice fondamentale auquel les peines minimales portent atteinte. Elles portent donc atteinte à un principe de justice fondamentale et il y a, de ce fait, violation de l'article 7 de la Charte. Cette violation n'est pas par ailleurs justifiée par les objectifs de l'État. Au contraire, tout indique qu'il y a très peu de liens, sinon aucun, entre les objectifs visés et le moyen employé. Pourtant, malgré les critiques et l'échec auquel elles étaient vouées dès leur adoption, les peines minimales obligatoires continuent d'être adoptées. Comment alors l'expliquer?

En dépit de toute fiction juridique, force est de reconnaître que la loi est le peuple. Le droit ne provient pas d'une source suprême et étanche comme le souhaitait Kelsen, mais il n'est pas non plus l'outil d'oppression d'un groupe essentiellement égoïste comme le défendait Karl Marx. C'est du moins le constat qui s'impose à l'étude du droit canadien contemporain. Le droit émane d'un groupe spécifique, mais qui demeure redevable au peuple, que ce soit par le biais des élections ou par celui des indignations populaires exprimées par des mouvements sociaux ou des rassemblements physiques. Le pouvoir législatif fait face à une contrainte ultime véritable, qui est celle du peuple qu'il ne faut contrarier.

Or, bien que le problème des peines minimales obligatoires soit, selon nous, susceptible d'être résolu par le droit constitutionnel, il s'insère dans une problématique plus vaste : celle de l'indifférence populaire quant aux droits des délinquants. En effet, il est inusité de voir des mouvements sociaux se mobiliser pour le respect des droits du criminel commun, à moins qu'il ne soit question de l'innocenter, auquel cas l'individu ne porte pas, aux yeux de la société, le stigmate de la criminalité. Cette indifférence quant aux peines disproportionnelles et quant à tout autre type de privation de liberté ou de droit d'un criminel repose sur le postulat encore présent selon lequel « il est juste qu'un

condamné souffre physiquement plus que les autres hommes »¹²². Selon nous, ce problème est enraciné dans la distinction naturellement binaire entre « bourreau » et « victime », qui ne peut être franchie que lorsque confrontée à des cas spécifiques. Toute évolution possible au niveau de l'opinion publique doit donc forcément passer par un changement de définition mêmes des mots « criminel », « victime », « peine » et, surtout, « justice ».

¹²² Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Éditions Gallimard, 1975.