

**LA DÉTENTION PRÉSENTENCIELLE
ET LA DÉTERMINATION D'UNE PEINE :
UN CADRE DE DISCUSSION**

**Allan Manson
Faculté de droit
Queen's University
Kingston (Ontario)**

Document de discussion
CHLC
Juillet 2003

Table des matières

	<u>Page</u>
Introduction.....	1
Partie I : Le contexte juridique	4
1. Historique de la problématique de la DPS	4
a) La common law	4
b) Historique législatif canadien	6
c) La réforme des cautionnements et la détermination de la peine.....	15
2. Interprétation des nouvelles dispositions.....	18
3. La DPS et les peines minimales obligatoires.....	26
4. Les réductions de peine majorées.....	33
5. Pays du Commonwealth	40
6. Conclusion.....	48
1. <u>Réduction judiciaire de la peine</u>	48
2. <u>Antidatation judiciaire de la peine</u>	48
3. <u>Antidatation législative de la peine</u>	48
4. <u>Réduction administrative de la peine</u>	49
PARTIE II : Problèmes et options envisageables dans la perspective d’une réforme	49
1. Problèmes potentiels se rapportant à la DPS.....	50
a) Franchise versus mauvaise communication	50
b) Information exacte et exigences pénales.....	51
c) La DPS et les seuils et plafonds en matière de détermination de la peine	53
d) Disparité versus pouvoir discrétionnaire	57
e) Les juges et les conditions de détention.....	60
2. Choix stratégiques et mesures de réforme envisageables	63
A. <u>Réduction judiciaire de la peine</u>	64
B. <u>Antidatation judiciaire de la peine</u>	64
C. <u>Antidatation législative de la peine</u>	68
D. <u>Réduction administrative de la peine</u>	68
3. Recommandation en vue d’une réforme.....	70
a) Éléments inclus et préoccupations traitées.....	70
b) Une disposition législative révisée.....	71
c) Conclusion.....	72

LA DÉTENTION PRÉSENTENCIELLE et la DÉTERMINATION D'UNE PEINE : UN CADRE DE DISCUSSION

**Allan Manson
Faculté de droit
Queen's University
Kingston (Ontario)**

Introduction :

La détention avant le procès est un fait depuis des siècles, mais le débat concernant ses incidences sur la détermination et l'imposition d'une peine privative de liberté constitue un ajout relativement récent au discours sur la détermination de la peine au Canada. De nos jours, on recense divers enjeux reliés à une question simple :

Comment les juges devraient-ils procéder pour prendre en compte de manière opportune et équitable la détention présentencielle [DPS]¹ au moment de déterminer et d'imposer une peine?

¹ Bien que cela ne soit peut-être pas très élégant, je désignerai systématiquement l'expression « détention présentencielle » par l'abréviation DPS. C'est cette expression que la juge Arbour a employée dans l'arrêt *R. c. Wust*, *infra* note 81.

Les analyses judiciaires actuelles relatives à cette question se fondent sur le paragraphe 719(3), une disposition qui remonte seulement à 1972² et qui permet au juge responsable de la détermination de la peine de « prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction ». La problématique de la DPS est devenue controversée au cours des dernières années pour plusieurs raisons qui combinent des questions de discrétion et de disparité et des questions d'équité et de franchise. Dans le cadre de la procédure de détermination de la peine, ce sont là des préoccupations importantes. Au surplus, on ne peut pas faire fi du rôle de la perception du public. Cette perception peut être déformée par des comptes-rendus médiatiques de peines brèves ou non privatives de liberté ne faisant aucune mention de la DPS. Une autre source de discorde a été la computation des réductions de peine, et surtout le recours à des réductions de peine majorées, parfois un rapport de « trois pour un » ou plus, qui traduisent la répugnance judiciaire face à des conditions de détention particulières. S'agit-il vraiment du rôle que doit jouer la magistrature? Comment le public devrait-il réagir face à ce lien entre la détermination de la peine et la négligence de l'État au regard de ses responsabilités en matière de détention? Bien que le débat entourant la DPS ait mis au jour ces questions plus générales, il a également suscité des questions techniques reliées aux peines minimales obligatoires, aux seuils requis en rapport avec certaines peines³ et aux lieux de détention.⁴

² Voir L.C. 1970-71-72, c.37, art. 13. Le train de mesures législatives plus important à l'époque était la *Loi sur la réforme des cautionnements*, laquelle avait principalement pour objet de réviser les procédures de remise en liberté provisoire et de détention avant procès.

³ Par exemple, les condamnations avec sursis et les désignations de délinquant dangereux : voir les alinéas 742.1a) et 753.1(3)a).

Ces thèmes doivent être intégrés à toutes discussions générales concernant la problématique de la DPS.

Dans le présent document, mes objectifs sont simples. Premièrement, je veux fournir, dans la partie I, une description du contexte juridique. Cette description commencera par un compte-rendu historique de la problématique de la DPS, comprenant un examen des formes contemporaines d'exercice et d'interprétation judiciaires du pouvoir prévu au paragraphe 719(3). Enfin, je présenterai brièvement et succinctement la manière dont certains États et territoires comparables traitent cette problématique. Ensuite, à la partie II, j'étudierai les implications au regard d'une réforme éventuelle en cernant les problèmes potentiels, rejoignant tant des questions fondamentales que des questions d'importance secondaire, et en analysant l'éventail des solutions envisageables pour résoudre ces problèmes.

⁴ À l'heure actuelle, cette question est tranchée par les paragraphes 743.1(1) et (3), dont le passage pertinent est « lorsqu'une personne est condamnée à l'emprisonnement [...] ». C'est donc la peine imposée qui détermine si une personne ira dans un pénitencier ou dans un établissement provincial.

Partie I : Le contexte juridique

1. Historique de la problématique de la DPS :

a) **Common law** : En tant que peine, l'emprisonnement constitue une innovation relativement récente, apparue dans le domaine pénal après des siècles d'exécution, de mutilation et de bannissement⁵. C'est pour cette raison que les questions relatives à l'emprisonnement sont très rarement mentionnées avant la fin du XVIII^e siècle et le jugement dans l'affaire *R. v. Wilkes*⁶. Même là, la question s'est présentée dans le contexte de délits. Ce jugement constitue l'arrêt faisant autorité concernant les peines consécutives⁷, mais il touche la question de savoir à quel moment une peine devrait commencer. Wilkes avait été déclaré coupable de deux infractions, soit d'avoir publié un libelle [TRADUCTION] « séditionnel et scandaleux » et d'avoir publié un libelle [TRADUCTION] « obscène et impie »⁸. Le juge de première instance l'avait condamné à 10 mois en rapport avec le premier chef d'accusation et à 12 mois en rapport avec le deuxième chef, [TRADUCTION] « à calculer à compter de la détermination du premier emprisonnement ». La cause a été portée en révision devant la *Court of Queen's Bench*, laquelle a accepté la proposition voulant que les

⁵ Voir les développements sur l'histoire des sanctions dans Manson, *The Law of Sentencing*, Toronto, Irwin, Law, 2001, aux pp. 8-24. En particulier, voir les remarques du juge Lamer dans *R. c. Paul*, [1982] 1 R.C.S. 621, aux pp. 635-642, en rapport avec l'historique des peines consécutives examiné ci-dessous.

⁶ (1769), 2 E.R. 244, 4 Bro. P.C. 360 (Q.B.).

⁷ Voir l'analyse dans *R. c. Paul*, *supra* note 5, qui établit clairement que l'arrêt *Wilkes* est la source des règles de base, révisées au fil du temps, qui figurent aujourd'hui au par. 718.3(4).

⁸ Ce dernier document était un texte intitulé « An Essay on Women ».

peines d'emprisonnement commencent habituellement au moment où elles sont infligées, mais elle a également reconnu le dilemme auquel le juge de première instance avait été confronté face à des condamnations multiples. Comment doit-on prendre en compte la deuxième condamnation d'une manière qui tienne compte de la nécessité d'une sanction cumulative? Une peine de 12 mois commençant immédiatement ne traduirait pas suffisamment la deuxième condamnation, tandis qu'une peine de 22 mois commençant immédiatement pourrait produire une iniquité involontaire :

[TRADUCTION] Mais il pourrait s'ensuivre des souffrances et une injustice pour M. Wilkes, du fait qu'il serait emprisonné plus longtemps que ne l'a souhaité le tribunal, par suite l'infraction en l'espèce; si, par la grâce de la Couronne, ou par quelque moyen, les 10 mois d'emprisonnement devaient être pardonnés, évités ou abrégés, M. Wilkes, purgeant une peine de 22 mois, serait détenu [...] jusqu'à la fin de la période de 22 mois.⁹

La bonne réponse consistait à reporter le commencement de la deuxième peine jusqu'au moment de l'expiration de la première. La *Court of Queen's Bench*, en approuvant cette réponse, a noté que [TRADUCTION] « s'il devait y avoir là quelque innovation, celles-ci devaient être attribuées à la culpabilité accumulée de son objet »¹⁰.

⁹ *R. v. Wilkes*, *supra* note 6, 2 E.R. à la p.248, 4 Bro. P.C. à la p. 366.

¹⁰ *Ibid.*

Tandis que l'arrêt *Wilkes* a procuré une assise au pouvoir de reporter la date du commencement d'une peine, notre préoccupation concerne le pouvoir d'un juge de première instance de regarder en arrière pour prendre en compte une DPS. La common law nous éclaire peu sur cette question. On relève une pratique, suivie par souci de commodité, consistant à dater à la fois les condamnations et la peine prononcée par les *Courts of Assize and Quarter Sessions* de la date du commencement des sessions¹¹. Sous réserve de cette pratique, les tribunaux acceptaient que les peines commençaient au moment où elles étaient infligées, et, au XX^e siècle, la *Court of Appeal* anglaise a affirmé avec constance que la common law n'habilitait pas les tribunaux à antidater une peine¹². Dans un des rares cas au Canada où les tribunaux ont tenté de trouver quelque assise en common law au pouvoir d'antidater une peine, le juge Bull, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a conclu qu'il n'existait « aucun pouvoir semblable »¹³.

b) Historique législatif canadien : L'historique législatif est facile à retracer, mais il est long, et parfois discontinu. Peu après la Confédération, toutes les lois sur la procédure

¹¹ Voir *Whitaker v. Whisby* (1852), 138 E.R. 817, 12 C.B. 44, une cause civile dans laquelle la validité d'une cession dépendait de la date réelle d'une condamnation, étant donné qu'après cette date, le délinquant déclaré coupable avait été dépossédé de ses biens et n'avait plus le pouvoir de les céder. Le tribunal a conclu que, bien que la condamnation fut datée du jour de l'ouverture des sessions, il s'agissait d'une fiction qui pouvait être supplantée par une preuve de la date réelle de la condamnation.

¹² *R. v. Crockett* (1920, 21 Cr. App. R. 164 (C.A.)). Dans *R. v. Gilbert*, [1975] Crim. L. Rev. 179, non seulement la *Court of Appeal* a-t-elle confirmé cette interprétation de la common law, mais elle a ajouté que la disposition législative énonçant qu'une peine commence au moment où elle est imposée [TRADUCTION] « à moins que le tribunal en ordonne autrement » permet seulement les peines consécutives et aucune forme d'antidatation.

¹³ Dissident dans *R. v. Wells*, [1969], 4 C.C.C. 25 (B.C.C.A.) abordé ci-dessous.

criminelle ont été refondues en 1869¹⁴, y compris la plupart des dispositions relatives aux peines. L'article 91 disposait :

Art. 91. La durée de l'emprisonnement en exécution de toute sentence que ce soit, commencera le et depuis le jour où la sentence a été prononcée; mais nulle période pendant laquelle le détenu pourra être libéré sur cautionnement ne sera comptée comme partie de la durée de l'emprisonnement auquel il est condamné.

¹⁴ Voir l'Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle (1969), 32-33 Vict. c. 29.

L'effet de cette disposition est clair pour ce qui est des jours qui sont officiellement comptabilisés pour déterminer l'écoulement d'une peine d'emprisonnement, mais cette disposition ne traite pas expressément la question de savoir comment le juge chargé de déterminer la peine devrait traiter la DPS. Une autre disposition, l'article 92, prévoyait le cas d'une personne à qui une peine était infligée pour une félonie alors qu'elle était « déjà emprisonnée sous sentence pour un autre crime ». Cette disposition permettait l'imposition d'une peine consécutive à la discrétion du tribunal « commen[çant] à l'expiration de l'emprisonnement auquel [la personne] avait déjà été préalablement condamnée ». Dans son commentaire, Taschereau a mentionné que l'article 92 s'inspirait d'une loi anglaise [TRADUCTION] « qui semble déclaratoire de la common law »¹⁵. Dans le *Code criminel, 1892*, la règle relative au commencement de la peine était reprise au paragraphe 955(7) :

La durée de l'emprisonnement suivi en vertu de toute sentence commence, *à moins que la sentence n'en prescrive autrement*, du jour que la sentence est prononcée, mais le temps durant lequel le prisonnier est en liberté sous caution n'est pas compté comme partie de la durée de l'emprisonnement auquel il a été condamné¹⁶.
(Les italiques sont du soussigné.)

¹⁵ Voir *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, etc. by Henri Eleazear Taschereau*, Toronto, Hunter, Rose & Co., 1875, à la p. 416. Plus précisément, il cite *R. v. Wilkes*, évoqué ci-dessus, et *R. v. Williams*, 1 Leach 536.

¹⁶ Voir le *Code criminel, 1892*, 55-56 Vict., art. 29, par. 955(7).

Une autre disposition autorisait les peines cumulatives lorsque plusieurs peines étaient infligées par le même tribunal ou lors de la même session, ou lorsqu'un prisonnier purgeait déjà une peine¹⁷. La signification des mots « *à moins que la sentence n'en prescrive autrement* » n'est pas claire à première vue. Cette disposition créait-elle le pouvoir d'antidater une peine, en la faisant remonter à la date de la condamnation ou même plus tôt afin de prendre en compte la DPS, ou s'appliquait-elle uniquement aux peines consécutives? Le *Code criminel de 1892*, lu à la lumière de la common law et de la disposition antérieure, tenait déjà compte du régime des peines consécutives sans qu'il ne soit nécessaire d'ajouter ce nouveau pouvoir. C'est-à-dire que le pouvoir discrétionnaire d'infliger des peines consécutives était nécessaire dans deux situations distinctes : (1) plusieurs condamnations prononcées lors de la même session ou par le même juge; et (2) lorsqu'une personne sur le point de se voir infliger une peine purgeait déjà une peine d'emprisonnement infligée préalablement. L'article 954 visait ces deux situations. Ainsi, soit la phrase était superflue, soit le législateur avait dû vouloir lui conférer un sens différent, peut-être y créer le pouvoir d'antidater une peine. Le mystère entourant l'interprétation de cette disposition est demeuré entier lorsque, dans les Statuts révisés de 1906¹⁸, le législatuer a supprimé cette phrase, de même que la disposition prévoyant qu'une peine commençait au moment où elle était infligée. La même disposition a été énoncée à la fois

¹⁷ *Ibid*, art. 954.

¹⁸ Dans L.R.C. 1906, c.146, art. 1051 à 1057 relatifs à l'emprisonnement, qui reprennent la plupart des dispositions antérieures, mais non le par. 955(7): voir W.J. Tremear, *Canada Criminal Law and Criminal Procedure*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1908, aux pp. 840-844.

dans la *Loi des prisons publiques et de réforme*¹⁹ et dans la *Loi des pénitenciers*²⁰ au moment de la révision. Ces dispositions ont été abrogées en 1950, et la règle a été réintroduite dans le *Code* sous une forme légèrement différente, qui se lisait comme suit :

1054B. (1) Sous réserve de toute disposition d'une loi ou de toute ordonnance de la cour, une sentence commence à compter de la date où elle est prononcée²¹.

¹⁹ Voir la *Loi concernant les prisons publiques et de réforme*, L.R.C. 1906, c. 148, art. 3.

²⁰ *Loi des pénitenciers*, L.C. 1906, c. 147, par. 47(2).

²¹ Voir L.C. 1950, c. 11, art. 20.

Durant la période allant de la Confédération jusqu'à 1955, il semble y avoir eu un consensus au sein de la magistrature quant à la question de l'antidatation. Dans *R. v. Patterson*²², un arrêt rendu en 1946 qui portait sur les dispositions de la *Loi des prisons publiques et de réforme* et de la *Loi des pénitenciers*, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une peine d'un an infligée à un délinquant qui purgeait déjà une peine d'emprisonnement. Le magistrat avait apparemment jugé que les deux peines d'emprisonnement devraient être concurrentes et devraient commencer à la même date. En conséquence, il avait ordonné que la deuxième peine commence quelques mois avant, au moment où avait commencé la première peine. La Cour d'appel a annulé ce dispositif et a statué que la peine commencerait au moment où elle avait été imposée. Le juge Robertson, juge en chef de l'Ontario, dans un jugement unanime de la Cour d'appel, a conclu que le magistrat ne pouvait pas antidater une peine de manière à prendre en compte la période passée en détention en vertu d'une autre peine, et il a ajouté l'observation suivante :

[TRADUCTION] Certes, lorsqu'un magistrat détermine la peine d'emprisonnement à infliger, il peut tenir compte, le cas échéant, de la période que le prisonnier a passée sous garde entre la date de la condamnation et la date de l'imposition de la peine, ou même la période que le prisonnier a passée en état d'arrestation en vertu de l'accusation en rapport avec laquelle il a été déclaré coupable²³.

²² (1946), 87 C.C.C. 86 (C.A. Ont.).

²³ *Ibid.* à la p. 87.

Peu de temps après, la Cour d'appel de l'Ontario a eu à examiner une peine d'un an pour homicide involontaire coupable dont la date de commencement avait été fixée à la date initiale de l'arrestation²⁴. La Cour a jugé que la peine était inadéquate, et elle a suivi son arrêt dans l'affaire *Patterson* pour déterminer la peine à infliger, affirmant que la [TRADUCTION] « période qu'il [l'accusé] a passée sous garde en attendant son procès et sa condamnation peuvent être raisonnablement pris en compte ici », mais que la peine devrait commencer à la date où elle avait été déterminée²⁵. Après que les dispositions pertinentes ont été réintroduites dans le *Code* en 1950, la Cour d'appel a maintenu sa position, concluant que l'on ne pouvait déceler dans la modification législative aucune intention du Parlement d'étendre le pouvoir d'antidater le commencement d'une peine²⁶.

Les modifications importantes apportées au *Code* en 1955 n'ont pas changé grand chose au régime général des peines et de la DPS²⁷. Le législateur a reconduit la règle nuancée selon laquelle une peine commence au moment où elle est imposée « sauf lorsqu'une disposition applicable y pourvoit de façon différente ou que la cour en ordonne autrement »²⁸. Depuis 1921, il existait au Canada un droit d'appel à l'encontre des peines à la suite de modifications au *Code*²⁹ et des dispositions spécifiques traitaient de la question

²⁴ Voir *R. v. Sloan* (1947), 87 C.C.C. 198 (C.A. Ont.).

²⁵ *Ibid.* aux pp. 200-201.

²⁶ Voir : *R. v. Deschamps* (1951), 100 C.C.C. 191 (C.A. Ont.); *R. v. Wrixon and Carroll* (1959), 126 C.C.C. 3321 (C.A. Man.).

²⁷ Voir L.C. 1953-54, c. 51, art. 624.

²⁸ *Ibid.* au par.624(1).

²⁹ L.C. 1921, c. 25, art. 22.

de la « période passée sous garde » dans le contexte d'un appel. Le *Code* disposait que la période passée sous garde en attendant l'appel n'était pas prise en compte pour déterminer la durée la peine, mais cela, « sous réserve d'instructions contraires que le tribunal saisi de l'appel peut donner en l'espèce »³⁰. Ainsi, un tribunal d'appel pouvait tenir compte de la période passée sous garde dans ordonnance, habituellement en antidatant l'ordonnance de manière à ce que soient déduits les jours passés sous garde. Ce pouvoir a également été maintenu à la suite des révisions de 1955³¹.

En 1955, le libellé suivant a été adopté :

(1) Une sentence commence au moment où elle est imposée, sauf lorsqu'une disposition applicable y pourvoit de façon différente ou que la cour en ordonne autrement.

(2) La période pendant laquelle une personne déclarée coupable

a) est en liberté sous caution, ou

b) est détenue en prison ou dans un autre lieu d'emprisonnement,

en attendant la décision d'un appel interjeté par elle, ne compte pas comme partie d'une période d'emprisonnement imposée en conformité de sa condamnation, mais l'alinéa *b)* est sujet à toutes instructions que peut donner la cour saisie de l'appel.

(3) Nonobstant le paragraphe (1), une période d'emprisonnement, infligée par une cour de première instance ou par la cour saisie de l'appel, commence à courir ou est censée reprise, selon le cas,

a) à la date de la décision de l'appel, si la personne déclarée coupable est alors sous garde; et

b) à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence, lorsqu'elle n'est pas sous garde;

mais l'alinéa *a)* est soumis à toutes instructions que peut donner la cour saisie de l'appel.

³⁰ Voir l'art.1054B(2), édicté dans L.C. 1950, c. 11, art. 20.

³¹ Voir les par. 624(2) et (3).

Dans l'arrêt *R. v. Dean*³², la Cour d'appel de l'Ontario a clairement affirmé que le nouvel article 624 autorisait la Cour d'appel à ordonner la prise en compte de la période qu'une personne déclarée coupable avait passée sous garde, mais qu'un juge de première instance n'avait aucun pouvoir semblable en rapport avec la DPS.

³² (1957), 118 C.C.C. 408 (C.A. Ont.).

Cependant, en 1959³³, l'article 624 a été modifié par l'abrogation des paragraphes (2) et (3), qui ont été remplacés par des dispositions plus succinctes desquelles avaient été retranchés les mots « sujet [ou soumis] à toutes instructions que peut donner la cour saisie de l'appel ». Dans le contexte d'un appel, tous les jours passés sous garde seraient déduits d'office parce que la peine commençait à courir ou était reprise, selon le cas, lorsque le délinquant était mis sous garde « aux termes de la sentence ». Les nouvelles dispositions se lisaient comme suit :

(1) Une sentence commence au moment où elle est imposée, sauf lorsqu'une disposition applicable y pourvoit de façon différente ou que la cour en ordonne autrement.

(2) La période pendant laquelle une personne déclarée coupable est en liberté sous caution ne compte pas comme partie d'une période d'emprisonnement imposée en conformité de sa condamnation.

(3) Nonobstant le paragraphe (1), une période d'emprisonnement, infligée par une cour de première instance ou par la cour saisie d'un appel, commence à courir ou est censée reprise, selon le cas, à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence.

³³ Voir L.C. 1959, c. 41, art. 28.

Étant donné que l'arrêt *Dean* avait établi que seuls les tribunaux d'appel pouvaient antidater une peine, la suppression des mots « sujet [ou soumis] à toutes instructions que peut donner la cour saisie de l'appel » a convaincu certains commentateurs que la modification était une conséquence de cette conclusion et qu'elle visait à étendre le pouvoir des juges de première instance³⁴. Cependant, les tribunaux ont adopté la position contraire, à l'exception de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire *R. v. Wells*, la Cour s'est divisé sur cette question, et les juges de la majorité ont conclu que le juge chargé de déterminer la peine pouvait ordonner qu'une peine commence à la date de la déclaration de culpabilité³⁵. À première vue, le raisonnement des juges majoritaires aurait pu signifier que l'antidatation pourrait remonter jusqu'à la date de l'arrestation, mais le juge Tysoe, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a clairement exprimé l'avis que le nouveau pouvoir ne remontait pas à une époque antérieure à la date de la déclaration de culpabilité³⁶. Dans une opinion dissidente, au terme d'une minutieuse analyse historique, le juge Bull, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a soutenu que les décisions antérieures selon lesquelles il n'existait aucun pouvoir d'antidatation d'une peine représentaient encore la position correcte en droit³⁷. Il semble que le Parlement ait partagé cette opinion dissidente

³⁴ Tel était l'essentiel du commentaire exposé dans *Martin's Annual Criminal Code, 1960*, mentionné dans *R. v. Clark and Siniaski*, [1967] 1 C.C.C. 47 (Sask. M. Ct.).

³⁵ Voir *R. v. Wells*, [1969] 4 C.C.C. 25 (B.C.C.A.), motifs auxquels ont souscrit les juges Tysoe et Branca de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

³⁶ *Ibid.* à la p. 33. Voir aussi les remarques du juge Dickson, alors juge de la Cour d'appel du Manitoba, dans *R. v. Lapare*, [1970] 1 C.C.C. 320 (C.A. Man.).

³⁷ *Ibid.* aux pp. 42-43. Voir aussi *R. v. Perrault* (1963), 40 C.R. 89 (C.A.Qc.); *R. v. Clark and Siniaski*, *supra* note 34.

puisque'il a adopté une modification en 1969³⁸ qui retranchait les mots « ou que la cour en ordonne autrement » du paragraphe 624(1).

À l'époque de l'élaboration des Statuts révisés du Canada de 1970, la discussion évoquée ci-dessus correspondait à l'état du droit législatif et prétorien. À l'exception de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la plupart des tribunaux avaient conclu que seuls les tribunaux d'appel avaient le pouvoir d'antidater une peine de manière à prendre en compte la période passé sous garde. Même la Colombie-Britannique ne permettrait pas qu'un juge chargé de déterminer la peine antedate la peine au-delà de la date de la déclaration de culpabilité, mais l'incidence de cette décision était déjà neutralisée par une modification législative. Voici la disposition pertinente des Statuts révisés du Canada de 1970 :

649(1) Une sentence commence au moment où elle est imposée, sauf lorsqu'un texte législatif pertinent y pourvoit de façon différente.

En conséquence, l'effet de la DPS était très limité. La DPS pouvait être prise en compte pour déterminer la durée d'une peine privative de liberté ou même pour décider s'il y aurait lieu d'imposer une période de détention plutôt qu'un sursis. Mais rien ne garantissait ni la prise en compte de cette période ni l'existence d'aucun mécanisme permettant d'effectuer cette prise en compte de manière uniforme.

³⁸ L.C. 1968-69, c. 38, art. 70.

c) Réforme des cautionnements et détermination de la peine :

Dans les années 1960, plusieurs enquêtes, tant publiques³⁹ que scientifiques⁴⁰, ont été menées relativement à la question du cautionnement et de la détention, et elles ont toutes débouché sur des recommandations de réforme importantes. Les travaux empiriques du professeur Friedland, publiés en 1965, ont eu une influence considérable. Ce dernier a conclu que [TRADUCTION] « la détention a une incidence perverse sur le dénouement de l'affaire » et qu'« elle nuit à la capacité de l'accusé d'engager les services d'un avocat, elle entrave ses tentatives de présenter une défense adéquate et elle accroît la probabilité qu'il soit condamné à une peine d'emprisonnement »⁴¹. Après avoir documenté l'usage très répandu du renvoi sous garde avant le procès⁴², il a analysé ses incidences sur la détermination de la peine. À ce chapitre, il a relevé tout d'abord que plus de 90 % des personnes renvoyées pour un rapport présentenciel étaient renvoyées sous garde même si les deux-tiers d'entre eux ne seraient pas condamnés à une peine privative de liberté⁴³.

³⁹ Voir *Report No. 1, Royal Commission of Inquiry into Civil Rights*, Toronto, 1968, vol. 2, aux pp. 743-754 (communément appelé le Rapport McRuer, après son président, le juge en chef J.C. McRuer); voir aussi le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle intitulé *Justice pénale et corrections: un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, aux pp.99-129 (communément appelé le Rapport Ouimet, après son président, Roger Ouimet).

⁴⁰ M. Friedland, *Detention Before Trial*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.

⁴¹ *Ibid.* à la p. 124.

⁴² Il a constaté que 66 % des personnes accusées d'actes criminels passaient au moins une certaine période de temps sous garde avant leur procès, tout comme 22 % des personnes accusées d'infractions sommaires : *ibid.* à la p. 108.

⁴³ *Ibid.*

Friedland a exprimé des préoccupations quant aux [TRADUCTION] « conditions punitives »⁴⁴ de la détention avant le procès⁴⁵. Le Rapport Ouimet, publié en 1969, un autre document influant de l'époque, a peint un sombre tableau des conditions de la détention avant le procès :

Plusieurs des établissements hébergeant les personnes qui attendent leur procès sont vieux et mal équipés. L'hygiène et les conditions de vie sont primitives. L'isolement est difficile, et les mesures de sécurité conçues pour répondre aux exigences des détenus les plus difficiles doivent être appliquées à tous. Cela signifie que la sécurité dans ces établissements est souvent plus haute que celle qui prévaut dans les établissements hébergeant les personnes déclarées coupables. Il y a peu à offrir en fait de programmes. Des problèmes d'isolement et de classification rendent même des programmes de travail ou de loisirs difficiles à organiser. L'incarcération dans de telles conditions peut susciter de la confusion et de la rancœur de la part de l'accusé.⁴⁶

Friedland, partageant ces préoccupations, a conclu :

[TRADUCTION] Étant donné que la période passée sous garde avant le procès a nécessairement l'effet d'une sanction, cette période devrait être prise en compte par le magistrat si l'accusé est déclaré coupable. Il est douteux dans bien des cas qu'une directive législative obligeant à prendre en compte la période passée sous garde avant le procès aurait des incidences appréciables sur la peine imposée en bout de ligne. Les magistrats semblent considérer qu'ils prennent déjà en compte le temps ainsi passé dans leurs peines. Toutefois, une telle disposition est souhaitable pour plusieurs raisons : elle procurerait un fondement législatif à cette pratique et permettraient aux tribunaux de tenir compte ouvertement de ce facteur dans leurs peines; elle encouragerait les magistrats qui ne tiennent pas compte actuellement de la période passée sous garde à le faire à l'avenir; et elle modifierait l'opinion, apparemment largement répandue chez les personnes déclarées coupables

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 109.

⁴⁵ Qu'il a décrites comme étant caractérisées par une « inactivité oppressante combinée à des conditions hautement restrictives » : *ibid.* Ici, parlant spécifiquement de l'établissement Don Jail, il a comparé la situation à un emprisonnement postsentenciel et a recommandé des « centres de garde spéciaux » pour résoudre ce problème.

⁴⁶ *Supra* note 39 à la p. 101.

qui ont passé du temps sous garde avant leur procès, selon laquelle ils ont subi un traitement injuste⁴⁷. En outre, pour le cas où l'on ne retiendrait pas la suggestion d'une directive législative obligeant à prendre en compte la période passée sous garde, à titre subsidiaire, Friedland recommandait un régime de réduction « administrative » des peines après leur imposition.

⁴⁷ *Supra* note 40 aux pp. 108-109.

Comme on le sait, ces critiques formulées à l'endroit du processus de cautionnements ont débouché sur la *Loi sur la réforme des cautionnements*⁴⁸. Ce que l'on sait moins, c'est que la disposition législative actuelle relative à la DPS, soit le paragraphe 719(3), est née du même train de mesures législatives. Bien que le paragraphe 624(2) ait été légèrement remanié et ait continué d'énoncer que la période passée en liberté provisoire par suite d'une mise en liberté par voie judiciaire ne comptait pas, ce paragraphe était suivi du nouveau paragraphe 624(2a) :

(2a) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le juge de paix, le magistrat ou le juge peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

Bien entendu, le pouvoir discrétionnaire évoqué par le libellé de cette disposition fait tout de suite penser à la conclusion formulée dans l'arrêt *Patterson*, mentionné précédemment. Mis à part la question fondamentale de savoir dans quels cas il convenait de refuser de prendre en compte la DPS, et la question tout aussi épineuse du rapport entre la DPS et les peines minimales obligatoires, les juges responsables de la détermination de la peine ont été laissés aux prises avec deux questions embêtantes :

1. Devait-on calculer le nombre de jours à déduire pour tenir compte de la DPS dans un rapport de 1 jour pour 1 jour, ou pouvait-on appliquer des ratios différents selon les circonstances?
2. Si l'on pouvait appliquer des ratios différents, quels facteurs devait-on prendre en compte aux fins de cette décision?

2. Interprétation des nouvelles dispositions :

⁴⁸ Voir L.C. 1970-71-72, c. 37.

Peu de temps après son adoption, cette nouvelle disposition législative a été appliquée et interprétée par différents tribunaux. Une règle a rapidement émergé, fondée sur le fait que la DPS n'ouvrait pas droit à une remise de peine. Durant les années 1970, les prisonniers tant provinciaux que fédéraux étaient admissibles à une combinaison de remise de peine méritée (discrétionnaire)⁴⁹ et de remise prévue par la loi⁵⁰ (de plein droit) qui pouvait totaliser environ un tiers⁵¹ de la peine. En conséquence, pour pallier l'impossibilité de prendre en compte la DPS pour établir le droit à une remise, de nombreux juges ont commencé à accorder une réduction selon un ratio supérieur à 1 au titre de la DPS. Au début des années 1980, dans son ouvrage intitulé *Sentencing in Canada*, Paul Nadin-Davis a examiné la disposition

⁴⁹ À l'époque de la *Loi sur la réforme des cautionnements*, cette remise correspondait à trois jours par mois : voir le par. 24(1) de la *Loi sur les pénitenciers*, édicté par L.C. 1968-69, c. 38, art. 108.

⁵⁰ Il s'agissait, à l'époque d'une remise d'un quart de la peine : voir le par. 22(1) de la *Loi sur les pénitenciers*, édicté par L.C. 1960-61, c. 53.

⁵¹ Si l'on ajoute trois jours par mois à un quart de la peine, on obtient un peu moins d'un tiers de la peine. Prenons, par exemple, une peine de six mois ou 183 jours. La remise d'office sera d'un quart ou 46 jours. Mais, pour chaque mois passé en détention, le prisonnier peut acquérir 3 jours additionnels. En conséquence, après 4 mois, cela peut totaliser 12 jours, pour un total de 58 jours, soit trois jours de moins qu'un tiers.

législative et a écrit :

[TRADUCTION] Bien que l'article soit clairement permissif et non obligatoire, il est généralement admis que la période passée en détention présentencielle devrait donner lieu à une réduction de peine dans un rapport supérieur à 1 pour 1 : ce principe se fonde en vérité sur le fait que la détention avant le procès n'ouvre pas droit à une remise de peine et équivaut donc à une période de détention postsentencielle plus longue.⁵²

Durant la même période, soit la première décennie suivant l'adoption de la nouvelle disposition conférant un pouvoir discrétionnaire, un autre facteur a été mentionné dans quelques causes. Certains juges chargés de déterminer la peine ont commencé à prendre en compte les conditions particulières de la DPS. Pour justifier l'octroi d'une réduction de peine selon un ratio supérieur à 1 pour 1, Clayton Ruby avait écrit :

⁵² Voir P. Nadin-Davis, *Sentencing in Canada*, Toronto, Carswell Co., 1982, à la p. 155.

[TRADUCTION] Bien souvent, la détention avant le procès se déroule dans des conditions de surpeuplement ahurissantes, dans lesquelles les détenus n'ont accès à aucun service ni aucune installation de loisirs ou de réadaptation. En outre, ces périodes de détention ne sont pas prises en compte aux fins des remises et libérations conditionnelles de plein droit⁵³.

Dans l'affaire *R. v. Regan*⁵⁴, la Cour d'appel de l'Alberta a tranché un appel interjeté par la Couronne à l'encontre d'une série de peines imposées à la suite de reconnaissances de culpabilité sous deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles décrites comme des [TRADUCTION] « agressions sauvages ». La Cour a abordé la question de la DPS en rapport avec l'opinion du juge de première instance selon laquelle une règle pratique [“*rule of thumb*”] s'appliquait. La Cour a remplacé les peines par des peines plus sévères et a rejeté la « règle pratique », affirmant que :

[TRADUCTION] Chaque cas de détermination de la peine doit être apprécié *in concreto*, et, certes, dans les cas qui s'y prêtent, la période déjà passée en détention *ainsi que les circonstances l'entourant* peuvent être prises en compte en conformité avec le *Code criminel*. Au-delà de cela, nous ne croyons pas qu'aucune règle à cet égard puisse être posée⁵⁵. (Les italiques sont du soussigné.)

Cet arrêt permet clairement d'étayer la prise en compte des circonstances de la détention comme facteur influant sur la décision relative à l'ampleur de la réduction de peine portée

⁵³ C. Ruby, *Sentencing*, 2^e éd., Toronto, Butterworth's, 1980, à la p.177.

⁵⁴ (1975), 24 C.C.C.(2d) 225 (Alta. C.A.).

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 226.

au crédit de l'inculpé. Citons également, à titre d'exemple, l'affaire *R. v. Saswirski*⁵⁶, dans laquelle un policier s'était reconnu coupable de négligence criminelle entraînant la mort après que son amie de cœur eut été tuée en jouant une dangereuse partie de roulette russe. Bien que la peine jugée indiquée ait été fixée à 15 mois, l'accusé a été condamné à 12 mois, après que le tribunal eut pris en compte le mois passé en DPS en isolement cellulaire en raison du fait que l'accusé était un policier. Cela revenait à une réduction dans un rapport de 3 pour 1. Cette approche, consistant à prendre en compte les circonstances de la détention - l'isolement cellulaire dans ce cas-ci - rejoignait les préoccupations exprimées par le professeur Friedland et réitérées dans le Rapport Ouimet, mentionnés précédemment.

⁵⁶ (1981), 6 W.C.B. 344 (Ont. Co. Ct.).

Il semble avoir été rapidement admis que le taux de réduction devrait habituellement être supérieur à 1 pour 1, mais l'ampleur du taux de réduction est demeuré controversé. En particulier, les tribunaux sont devenus très soucieux de ne pas entériner une formule mathématique. Malgré cela, un désaccord a subsisté quant à l'ampleur du taux de réduction au titre de la DPS. En 1975, la Cour supérieure du Québec a entériné un multiplicateur de 1,5 dans l'affaire *R. c. Arrelano et Sanchez*⁵⁷. En 1981, dans l'arrêt *R. v. Meilleur*⁵⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une peine de quatre ans pour homicide involontaire coupable. Le contrevenant était un homme âgé de vingt ans qui avait grandi dans un [TRADUCTION] « contexte familial socioéconomique pénible » et qui avait des antécédents démontrant un [TRADUCTION] « historique de violence croissante ». L'homicide avait résulté d'un coup de pied porté à la tête de la victime. Même si les parties avaient consommé de l'alcool, le juge de première instance a conclu que le jury n'avait pas retenu l'accusation de meurtre parce qu'il n'était pas convaincu que le contrevenant avait une intention de tuer. Le délinquant avait passé 14 mois sous garde avant son procès. Le juge a affirmé que l'équité commandait qu' [TRADUCTION] « une peine soit réduite de presque trois fois la période passée sous garde par un prisonnier avant la détermination de la peine, étant donné qu'un prisonnier peut fort bien passer seulement environ un tiers d'une peine en détention »⁵⁹. Le juge a estimé qu'il y avait lieu d'imposer une peine de sept ans et demi, et il l'a réduite de trois ans et demi pour tenir compte de la DPS. Le délinquant a donc été

⁵⁷ (1975), 30 C.R.N.S. 367 (C.S. Qc).

⁵⁸ [1981] O.J. No. 627 (C.A. Ont.)(QL).

⁵⁹ *Ibid.* aux par. 8-9.

condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans. Le juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, a jugé que le taux de réduction de 3 pour 1 constituait une erreur, et il a affirmé :

[TRADUCTION] Le paragraphe 649(2.1) [par. 719 (3) actuel] du *Code* énonce que pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction. En conséquence, il était tout à fait opportun que le savant juge de première instance tienne compte de la période passée sous garde avant le procès pour fixer la peine qu'il convenait d'infliger. Cependant, nous sommes tous d'avis qu'il a erré en appliquant une formule mathématique en multipliant par trois le nombre de mois passés sous garde avant le procès [...] ⁶⁰

⁶⁰ *Ibid.* au par. 10.

La peine a été majorée de quatre à six ans pour rendre compte de la gravité de l'infraction. Bien que la réduction de peine fondée sur la DPS n'ait pas été quantifiée expressément, la peine majorée traduit un taux de réduction d'environ 1 pour 1. En 1983, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R. v. Chiechie* ont statué que le juge de première instance avait erré en considérant une période de 10 mois de DPS comme [TRADUCTION] « l'équivalent de 15 à 21 mois ou même davantage [...] »⁶¹. Le juge Huband a procédé, dans une opinion dissidente, à un examen minutieux de la question, et il n'a trouvé aucune erreur dans la décision du juge responsable de la détermination de la peine de considérer 15 à 21 mois comme l'équivalent de 10 mois de DPS. Il a conclu que l'on aurait dû faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de la décision du juge. Son analyse de la jurisprudence récente l'a mené à conclure que [TRADUCTION] « d'après le courant jurisprudentiel dominant, il semble que l'on doive normalement prendre en compte la période passée sous garde avant le procès, et, bien qu'il n'existe aucune règle définitive, la règle consiste habituellement à faire correspondre la période passée sous garde avant le procès à une peine de détention sensiblement plus longue⁶².

⁶¹ [1983] M.J. No.30 (C.A. Man.)(QL) au par. 7-8.

⁶² *Ibid.* au par. 32.

Pour ce qui concerne les implications reliées à la remise de peine et à la libération conditionnelle, il convient de noter qu'une remise de peine de plein droit applicable à tous les prisonniers à raison de 15 jours par mois, soit jusqu'à un tiers de la peine ⁶³, a été instituée en 1978⁶⁴ pour remplacer le régime de réduction de peine antérieur qui combinait un élément discrétionnaire et une réduction de plein droit. En théorie, cette réduction était discrétionnaire, mais il est rapidement devenu clair qu'elle serait habituellement accordée aux personnes détenues dans un pénitencier en l'absence d'infraction disciplinaire. L'admissibilité à la libération conditionnelle totale a été fixée à un tiers de la peine, mais il était rare qu'un prisonnier soit libéré aussi rapidement⁶⁵. À la lumière de ce qui précède, il est possible de formuler certaines observations générales au sujet de la DPS :

1. En ce qui concerne strictement la remise de peine, il est clair que « X » jours de DPS équivalent à 1,5 jours passés en détention après le prononcé de la peine.
2. Sauf en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité pour meurtre⁶⁶, la DPS n'est pas prise en compte pour déterminer l'admissibilité à

⁶³ Pour comprendre pourquoi on parle d'un tiers, prenons une peine de 45 jours. Après 30 jours passés en détention, le prisonnier peut mériter 15 jours et il sera libéré parce que la somme du temps passé en détention (30 jours) et de la remise méritée (15 jours) est égale à la durée de la peine. Quinze représente un tiers de 45.

⁶⁴ Voir la *Loi modifiant le Code criminel, 1977, L.C. 1976-77, c. 53, art 41*, entrée en vigueur par proclamation le 1^{er} juillet 1978.

⁶⁵ Pour les prisonniers fédéraux, le taux d'octroi de libération conditionnelle en 2001-2002 a été de 43 %, mais, de l'ensemble des prisonniers libérés des établissements fédéraux, 63 % ont été libérés d'office. Cela signifie que ces personnes soit n'ont pas demandé la libération conditionnelle, soit se la sont fait refuser systématiquement : voir le Rapport sur le contrôle du rendement, 2001-2002, de la Commission nationale des libérations conditionnelles (publié en juillet 2002), à la p. 27.

⁶⁶ Voir l'art. 746 actuel.

la libération conditionnelle. C'est-à-dire que seule la période passée en détention après le prononcé de la peine est prise en compte pour la computation de la portion d'un tiers requise aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle totale, ou au regard des seuils moins élevés applicables à l'admissibilité à la semi-liberté.

3. Les juges ont continué d'admettre que les conditions de la détention pendant la DPS constituaient une des justifications d'une réduction de peine au titre de la DPS.

Tout cela porte à croire que, dans la plupart des cas, même une réduction de peine au taux de 1,5 pour 1 ne rendra pas pleinement compte de la différence entre la DPS (ou « temps mort ») et l'incarcération postsentencielle.

À la fin des années 1980, bien que certaines cours aient commencé à manifester une préférence pour un taux de réduction de 2 pour 1, tous n'étaient pas d'accord. Dans l'affaire *R. v. Tallman*⁶⁷, tranchée en 1989, quatre accusés âgés de moins de vingt ans avaient été accusés d'avoir commis un meurtre alors qu'ils perpétraient un vol qualifié, mais, après l'échec du projet d'accusation de meurtre imputé, ils avaient été déclarés coupables d'homicide involontaire coupable. De longues périodes de DPS, allant de 16 à 21 mois, ont été prises en compte pour fixer les peines à infliger. En tenant compte de ces périodes de DPS, le juge a condamné deux des accusés à six ans d'emprisonnement et les autres à deux ans et deux ans et demi respectivement. Le ministère public a interjeté appel de ces deux dernières peines. Au sujet de la DPS, la Cour d'appel de l'Alberta a statué :

[TRADUCTION] Sauf lorsque la détention présentencielle a été brève au point de s'avérer dénuée de pertinence au regard de la peine imposée, les tribunaux en Alberta prennent toujours en compte la détention présentencielle. La difficulté consiste alors à déterminer si la période passée en détention présentencielle devrait être considérée comme l'équivalent d'une période de

⁶⁷ (1989), 48 C.C.C. (3d) 81 (Alta. C.A.).

détention après le prononcé de la peine ou comme une période plus longue. On dit souvent que la détention présentencielle constitue du temps mort en ce que la période de temps ainsi passée en détention n'est pas prise en compte par la législation régissant la libération conditionnelle et la remise de peine. De temps à autres, certains tentent de convaincre les tribunaux que la période passée en détention présentencielle devrait être considérée comme 1,5 fois ou 2 fois ou même 3 fois la période passée en détention aux termes d'une peine. Cette Cour a toujours refusé de prescrire quelque règle mécanique, laissant aux juges chargés de déterminer la peine le soin d'apprécier chaque cas à la lumière des circonstances particulières l'entourant.

.....

À mon avis, la pratique habituelle devrait être suivie en l'espèce, et le nombre de jours déduits de la peine devrait être supérieur au nombre de jours réellement passés en détention présentencielle⁶⁸.

Bien que cette Cour ait refusé d'entériner un ratio de 2 pour 1, ce dernier est rapidement devenu reconnu non pas comme une formule obligatoire, mais certainement comme la norme habituelle, sous réserve des exigences de chaque cas spécifique. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli, et les peines ont été majorées à huit ans.

⁶⁸ *Ibid.* aux pp. 94-95.

Dans *R. v. Rezaie*⁶⁹, une des causes les plus souvent citée sur ce sujet, l'accusé avait été condamné à cinq ans pour agression sexuelle, séquestration, étranglement et profération de menaces. Il avait passé 11 mois sous garde en attendant le prononcé de sa peine, répartis en trois périodes de garde distinctes. Le juge chargé de déterminer la peine a refusé toute réduction au titre de la DPS au motif que celle-ci résultait du fait que le délinquant avait manqué aux conditions de sa remise en liberté provisoire et avait commis un abus de procédure. Après que la cause a été portée en appel devant la Cour de l'Ontario, le juge Laskin, dans un jugement unanime de cette Cour, a examiné le paragraphe 721(3) [par. 719 (3)] et a affirmé :

[TRADUCTION] Bien que cet article prévoie un pouvoir discrétionnaire, et non une obligation, j'estime que le juge chargé de déterminer la peine devrait habituellement réduire cette dernière pour tenir compte de la détention présentencielle. À tout le moins, le juge ne devrait pas refuser d'accorder une telle restriction de peine sans motif valable. Une solution contraire choquerait l'équité. L'incarcération à toute phase de la procédure pénale a pour effet de priver l'accusé de sa liberté. En outre, à deux égards, la période passée sous garde avant le procès est encore plus pénible que celle qui suit le prononcé de la peine. Premièrement, sauf dans le cas de l'emprisonnement à perpétuité, les dispositions législatives touchant l'admissibilité à la libération conditionnelle et la libération d'office ne prennent pas en compte la période passée sous garde par le délinquant avant le procès (ou le prononcé de sa peine). Deuxièmement, les centres de détention locaux n'offrent habituellement pas de programmes d'enseignement, de recyclage ou de réadaptation aux accusés qui attendent leur procès. C'est pourquoi la détention présentencielle est généralement qualifiée de « temps mort », et les juges de première instance, lorsqu'ils fixent la peine à infliger, comptent généralement en double la période que l'accusé a passée sous garde.

⁶⁹ (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; 31 O.R. (3d) 713 (C.A. Ont.).

Cependant, cette Cour et les cours d'appel provinciales ont rejeté l'application d'une formule mathématique de réduction de la peine pour tenir compte de la période de détention avant le procès, insistant plutôt sur le fait que la période à retrancher de la peine doit être déterminée au cas par cas [. . .] Bien qu'il ne soit peut-être pas judicieux d'adopter un multiplicateur fixe, le juge qui détermine la peine doit, à moins de justifier son abstention de le faire, accorder une certaine réduction de peine pour tenir compte de la période passée sous garde par le délinquant avant son procès (et le prononcé de sa peine).⁷⁰

Bien que la Cour ait jugé que le juge de première instance avait erré en refusant toute réduction au titre de la DPS, elle a conclu en bout de ligne qu'une peine de cinq ans était indiquée, compte tenu des circonstances aggravantes entourant la perpétration de l'infraction. Néanmoins, l'analyse de la DPS était significative et confirmait trois points importants :

1. La DPS devrait habituellement donner lieu à une réduction de peine, en l'absence de motifs valables de refuser une telle réduction;
2. Une réduction au taux de 2 pour 1 est fréquemment considérée comme indiquée⁷¹;

et

3. La réduction continue de trouver son fondement dans l'argument relié à la remise de peine et à la libération conditionnelle, combiné aux préoccupations traditionnelles concernant les conditions de la DPS, et particulièrement l'absence de [TRADUCTION] « programmes d'enseignement, de recyclage ou de réadaptation »⁷².

⁷⁰ *Ibid*, C.C.C. aux pp. 104-105.

⁷¹ Voir aussi *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677 (C.A. Qc); *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332 aux pp. 344-345.

⁷² Voir aussi *R. v. Ponton*, [2001] B.C.J. No. 344 (B.C.C.A.)(QL), motifs du juge

3. La DPS et les peines minimales obligatoires :

Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, au para. 7.

Après l'arrêt *Rezaie*, la problématique de la DPS est revenue à l'avant-scène dans le contexte des peines minimales obligatoires. La question avait été soulevée dans le passé en rapport avec de brèves périodes d'incarcération découlant de récidives en matière de conduite avec facultés affaiblies ainsi qu'en rapport avec la peine minimale de sept ans applicable en cas d'importation de stupéfiants qui existait jusqu'à ce qu'elle soit invalidée par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Smith*⁷³. La plupart des tribunaux jugeaient que la prise en compte de la DPS ne pouvait pas avoir pour effet de réduire la durée d'une peine en-deçà du minimum obligatoire⁷⁴. En 1996, des modifications au *Code criminel* relatives à l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction⁷⁵ ont établi de nouvelles peines minimales obligatoires de quatre ans d'emprisonnement. Très rapidement, ces infractions et les peines obligatoires s'y rattachant ont suscité des objections fondées sur l'interdiction d'imposer une « peine cruelle et inusitée » en vertu de l'article 12 de la *Charte*. Sans s'attarder aux arguments relatifs à la norme prévue à l'article 12 ainsi qu'à ses éléments constitutifs, il suffit de noter que le fondement conceptuel d'un argument s'appuyant sur l'article 12 est la « disproportion exagérée »⁷⁶. Bien que des situations de

⁷³ [1987] 1 R.C.S. 1045.

⁷⁴ Voir *R. v. Brown* (1976), 36 C.R.N.S 246 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Mitchell* (1990), 24 M.V.R. (2d) 174 (B.R.N.-B.).

⁷⁵ Voir la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, aux art. 141-150, qui prévoient une peine minimale obligatoire de quatre ans pour les infractions suivantes lorsqu'une arme à feu est utilisée lors de leur perpétration : négligence criminelle entraînant la mort (art. 220); homicide involontaire coupable (art. 236); tentative de meurtre (art. 239); fait de causer intentionnellement des lésions corporelles (art. 244); agression sexuelle armée (art. 272); agression sexuelle grave (art. 273); enlèvement (art. 279); prise d'otage (art. 279.1); vol (art. 344); extorsion (art. 346).

⁷⁶ Voir *Smith*, *supra* note 73; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, (1990), 52 C.C.C. (3d) 527

fait différentes aient produit des fondements différents à l'appui d'une prétention selon laquelle une peine de quatre ans était exagérément disproportionnée, la situation en ce qui a trait à la DPS était invariablement problématique. Imaginons deux jeunes personnes accusées de vol qualifié, où l'une d'entre elles est remise en liberté provisoire par voie judiciaire tandis que l'autre est détenue. Un an plus tard, elles sont jugées, puis déclarées coupables. Si l'on ne relève aucune circonstance aggravante entourant la perpétration de l'infraction, on pourrait imaginer qu'un juge ne veuille pas imposer une peine plus sévère que la peine minimale obligatoire de quatre ans. Qu'arriverait-il au délinquant qui a passé une année en détention présentencielle? Et qu'en serait-il de la parité? Avant de sauter à toute conclusion fondée sur l'article 12, il faut déterminer s'il est absolument impossible d'infliger à l'accusé détenu une peine de moins de quatre ans par l'application pure et simple du paragraphe 719(3).

Cette question a été posée à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. McDonald*⁷⁷ et elle a été examinée attentivement⁷⁷ par le juge Rosenberg, de cette Cour. Le délinquant était un homme âgé de 21 ans qui souffrait de troubles bipolaires de l'humeur. Il avait reconnu sa culpabilité à une accusation de vol qualifié commis alors qu'il était muni d'une arme à feu, et ce, en violation de l'alinéa 344a) du *Code*. Il ne suivait pas de pharmacothérapie au moment de l'infraction, et il avait passé six mois et demi sous garde en attendant le prononcé de la peine. Malgré la DPS, le juge de première instance a imposé

(C.S.C.); *R. c. Morrissey*, [2002] 2 R.C.S. 96.

⁷⁷ (1998), 17 C.R. (5th)1 (C.A. Ont.); cf. *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677, (1998), 123 C.C.C. (3d) 332 (C.A. Qc).

la peine minimale de quatre ans. En appel, on a soutenu que le paragraphe 719(3) permettait une réduction en-deçà de quatre ans pour tenir compte de la DPS, et, subsidiairement, qu'une peine de quatre ans violait l'article 12 parce qu'elle ne tenait pas compte la DPS. Après avoir examiné la question dans une perspective historique, et en particulier la *Loi sur la réforme des cautionnements*, y compris les commentaires formulés à l'époque du dépôt du projet de loi par le ministre de la justice Turner⁷⁸, le juge Rosenberg a conclu que le législateur avait voulu permettre au juge responsable de la détermination de la peine de tenir compte de la DPS, même si cela devait entraîner une réduction de la peine en-deçà du minimum obligatoire :

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 16, citant le ministre mentionnant expressément un pouvoir discrétionnaire de réduire une peine minimale pour prendre en compte la DPS.

[TRADUCTION] Même si le paragraphe 719(3) est ambigu et qu'il n'est pas certain qu'il confère au juge la pouvoir de prendre en compte une période de détention présentencielle lorsque le *Code* exige l'imposition d'une peine minimale, la règle énoncée dans l'arrêt *McIntosh* oblige les tribunaux à interpréter la disposition dans un sens favorable à l'accusé. Une telle interprétation s'accorde également avec l'intention évidente du législateur.⁷⁹

Le juge Rosenberg a également examiné l'alinéa 344a) et a souligné qu'on y retrouvait les mots « la peine minimale étant de quatre ans ». En réponse à la question de savoir si la DPS pouvait être considérée comme une peine, il a affirmé que [TRADUCTION] « si l'on devait prétendre qu'un emprisonnement présentenciel n'occasionne pas de graves privations et qu'elle n'est pas punitive, cela constituerait un triomphe de la forme sur le fond », et que [TRADUCTION] « le Parlement a reconnu cette réalité en promulguant le paragraphe 719(3) ». En conséquence, les deux dispositions pouvaient être intégrées et pouvaient coexister, même si la durée de la peine imposée en bout de ligne était inférieure à quatre ans, en autant que les juges de première instance s'assuraient que la peine totale, DPS comprise, totaliserait au moins quatre ans. L'appel a donc été accueilli, et la peine a été réduite à deux ans. Pour fixer cette peine, le juge Rosenberg a adopté la pratique suivant laquelle [TRADUCTION] « les juges de première instance accordent généralement une réduction de

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 17.

peine dans un rapport de 2 pour 1 pour tenir compte de la détention présentencielle »⁸⁰.

⁸⁰ *Ibid.* à la p. 26, où il affirme :

[TRADUCTION] ... les juges de première instance comptent généralement en double le temps passé en détention présentencielle. Je ne vois aucune raison de déroger à cette pratique, lorsqu'il y a lieu, dans des cas de peine minimale, même si la peine imposée serait d'une durée inférieure à quatre ans.

La même question a été posée à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Wust*⁸¹. Cette affaire concernait un homme de 22 ans au casier judiciaire bien garni qui avait été déclaré coupable d'avoir braqué une station service avec deux complices. Wust et un autre homme étaient armés. Ils avaient pris 780 \$ et avaient frappé le caissier plusieurs fois à la tête en plus de le menacer de le tuer s'il les signalait à la police. Après avoir passé sept mois et demi sous garde, Wust a été déclaré coupable. Le juge responsable de la détermination de la peine a jugé qu'il convenait d'imposer une peine de quatre ans et demi. Il a accordé une réduction d'un an pour tenir compte de la DPS et a infligé une peine de trois ans et demi, soit une peine d'une durée inférieure à la durée prévue à l'alinéa 344a). La Cour d'appel a jugé que l'alinéa 344a) ne permettait pas l'imposition d'une peine de moins de quatre ans, et elle a donc ramené la durée de la peine à quatre ans. Madame la juge Arbour a rendu le jugement unanime de la Cour suprême sur cette question, qu'elle a décrite comme étant d'une simplicité trompeuse. Elle a conclu que le paragraphe 719(3) pouvait être concilié avec l'alinéa 344a) de manière à permettre la prise en compte de la DPS, même si cela entraînait l'imposition d'une peine qui, à compter de la date de son imposition, avait une durée inférieure à la période minimale obligatoire d'emprisonnement de quatre ans.

Pour parvenir à cette conclusion, madame la juge Arbour a suivi et accepté l'analyse exposée par le juge Rosenberg, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *MacDonald*, mentionné précédemment. Elle a ajouté certaines observations importantes qui éclaireront le débat actuel. Premièrement, elle a accepté les fondements traditionnels de la prise en compte de la DPS : De plus, par opposition à la réduction légale de peine ou à la libération conditionnelle, la période passée sous garde avant le prononcé de la peine

⁸¹ [2001] 1 R.C.S. 455.

est véritablement passée en détention, souvent dans des circonstances plus pénibles que celles dans lesquelles sera purgée la peine infligée en bout de ligne.⁸²

Deuxièmement, en ce qui concerne la nature punitive de la DPS, même si cela ne constitue pas l'objectif immédiat de la détention, elle a formulé les commentaires suivants :

Prétendre que la détention présentencielle ne peut jamais être réputée constituer une peine après la déclaration de culpabilité -- parce que le système judiciaire ne punit pas des personnes innocentes -- est un exercice de sémantique qui ne tient pas compte de la réalité de cette détention, si soigneusement décrite par le juge Laskin dans l'arrêt *Rezaie*, précité, et par Gary Trotter, dans son ouvrage intitulé *The Law of Bail in Canada* (2e éd. 1999), à la p. 37:

[TRADUCTION] Souvent, les prévenus en détention provisoire, comme on les appelle parfois, attendent leur procès dans des centres de détention ou des prisons locales qui ne conviennent pas à de longs séjours. Comme on l'a souligné dans le rapport Ouimet, il arrive que dans de tels établissements la liberté des prévenus soit davantage restreinte que dans bon nombre d'établissements où sont incarcérées les personnes qui ont été déclarées coupables. L'entassement des prévenus, le renouvellement constant de la population carcérale et la difficulté de mettre efficacement en oeuvre des programmes et des activités récréatives font qu'il peut s'avérer très pénible d'être détenu dans de tels établissements.

⁸² *Ibid.* au par. 28.

En conséquence, bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu'elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du délinquant, par l'application du par. 719(3).⁸³

Troisièmement, concernant la question épineuse du mode de calcul de la réduction de peine accordée, madame la juge Arbour écrit :

Je ne vois aucun avantage à porter atteinte au pouvoir discrétionnaire bien établi dont disposent les tribunaux en vertu du par. 719(3) en avalisant une formule mécanique de réduction de la peine pour tenir compte de la période de détention présentencielle. Comme nous le réaffirmons dans les présents motifs, l'objectif de la détermination de la peine est l'infliction d'une peine juste et appropriée, qui prend en compte la situation du délinquant et les circonstances particulières de la perpétration de l'infraction. Je fais mien le raisonnement suivant du juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Rezaie*, ...

⁸³ *Ibid.* au par. 41.

Dans le passé, nombre de juges ont retranché environ deux mois à la peine du délinquant pour chaque mois de détention présentencielle. Cette façon de faire est tout à fait convenable, quoiqu'un autre rapport puisse aussi être appliqué, par exemple si l'accusé a été détenu avant son procès dans un établissement où il avait pleinement accès à des programmes d'enseignement, de formation professionnelle ou de réadaptation. Le rapport de 2 pour 1 qui est souvent appliqué reflète non seulement la rigueur de la détention en raison de l'absence de programmes, rigueur qui peut être plus grande dans certains cas que dans d'autres, mais également le fait qu'aucun des mécanismes de réduction de la peine prévus par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne s'applique à cette période de détention. Le “ temps mort ” est de la détention “ concrète ” . Comme la période à retrancher ne peut ni ne doit être établie au moyen d'une formule rigide, il est par conséquent préférable de laisser au juge qui détermine la peine le soin de calculer cette période, car c'est encore lui qui est le mieux placé pour apprécier soigneusement tous les facteurs permettant d'arrêter la peine appropriée, y compris l'opportunité d'accorder une réduction pour la période de détention présentencielle.⁸⁴

L'appel a donc été accueilli, et la peine initiale de trois ans et demi a été rétablie. Cela signifiait essentiellement une réduction dans un rapport de 2 pour 1.

Par son jugement dans l'affaire *Wust*, la Cour suprême a avalisé plusieurs des éléments méthodologiques qui avaient été employés par les juges de première instance. Il convient notamment de souligner la reconnaissance de l'usage courant du ratio de 2 pour 1. En outre, la juge Arbour a expliqué que ce ratio traduit les deux fondements traditionnels, à savoir l'absence de remise de peine de peine et les conditions pénibles, mais qu'il se peut que ce dernier facteur ne joue pas nécessairement lorsque, par exemple, « l'accusé a été détenu avant son procès dans un établissement où il avait pleinement accès à des programmes d'enseignement, de formation professionnelle ou de réadaptation ». L'on notera que la justification d'une atténuation de la réduction de peine est fonction de la disponibilité de programmes. Son analyse antérieure touchant les conditions pénibles portait

⁸⁴ *Ibid.* aux par. 44-45.

de la prémisse d'une absence de programmes et d'un surpeuplement du lieu de détention mais ne présumait aucune condition particulièrement pénible. De toute évidence, les situations de privation et de manque d'hygiène et autres exemples envisageables de conditions pénibles ou de restrictions excessivement sévères quant aux effets personnels autorisés rendraient les conditions de la DPS plus pénibles que ce que la juge Arbour a présumé être la norme et pourraient justifier une réduction de peine plus importante au titre de la DPS. Une telle majoration serait fonction des circonstances particulières d'une espèce et pourrait entraîner l'application d'un ratio supérieur au ratio admis de 2 pour 1.

4. Réduction de peine majorée :

L'expression « réduction de peine majorée » [*enhanced credit*] s'entend ici d'une réduction de peine au titre de la DPS selon un ratio supérieur à 2 pour 1. Depuis l'arrêt *Wust*, cette question s'est posée dans une poignée d'affaires. Habituellement, une réduction de peine majorée correspond environ à un rapport de 3 pour 1, mais il est même arrivé qu'elle atteigne 4 pour 1⁸⁵. Il convient d'examiner quelques-unes de ces affaires, non seulement pour cerner les faits justificatifs, mais, chose plus importante, pour apprécier les objectifs visés par les juges chargés de déterminer la peine ainsi que les implications juridiques de l'octroi d'une réduction de peine substantielle au titre de la DPS.

⁸⁵ Voir *R. v. Critton*, [2002] O.J. No. 2594 (C.S. Ont.), où le juge Hill a accordé une réduction de peine dans un rapport de 4 pour 1 pour la portion de la DPS passée à l'établissement correctionnel Maplehurst durant la grève des fonctionnaires provinciaux en 2002.

L'affaire *R. v. Kravchov*⁸⁶ s'inscrit parmi la série de causes ayant résulté de la grève déclenchée en 2002 par les employés de la fonction publique provinciale de l'Ontario, y compris les gardiens de prisons. Dans cette affaire, le délinquant avait reconnu sa culpabilité en rapport avec plusieurs chefs d'accusation de possession de voitures de luxe volées. Le juge Kenkel a statué qu'à la lumière des antécédents de Kravchov, il ne pouvait pas infliger une peine plus clémentaire qu'une peine de deux ans moins un jour. Cependant, cette peine ne tenait pas compte de la DPS, qui avait duré sept mois, dont deux mois durant la grève. Le juge de première instance a examiné des décisions antérieures aux termes desquelles une réduction de peine majorée avait été accordée, et il a affirmé qu'elles [TRADUCTION] « se rapportaient principalement aux circonstances de la détention et aux effets concrets de cette détention sur l'accusé concerné »⁸⁷. Il a résumé les types de facteurs qui étaient pertinents en rapport avec une réduction de peine majorée au titre de la DPS :

- l'effet de la détention présentencielle sur un prisonnier spécifique en raison de l'âge, d'une infirmité ou d'une maladie mentale;
- l'incarcération dans un établissement qui accueille principalement des hommes lorsque cela a entraîné l'isolement cellulaire d'une prisonnière;
- une détention présentencielle de longue durée;
- une détention présentencielle d'une durée appréciable lorsque l'accusé n'a jamais été incarcéré auparavant;
- la non-disponibilité de programmes de réadaptation ou d'éducation au centre de détention;

⁸⁶ [2002] O.J. No. 2172 (Ont. C.J.).

⁸⁷ *Ibid.* au par. 12.

- le surpeuplement d'une prison et des pratiques telles que le placement de trois détenus dans une même cellule;
- la fréquence des isolements cellulaires dans toute la prison et d'autres mesures privant le prisonnier d'exercice et d'accès aux aires situées à l'extérieur de sa cellule;
- la renonciation à une enquête préliminaire combinée aux conditions de la détention;
- l'incidence élevée de maladies et toute autre condition mettant en péril la santé du prisonnier;
- la détention durant une grève dans les services publiques lorsque ce conflit de travail a eu des incidences sur le traitement des prisonniers et a empêché leur comparution en Cour;
- tout retard inhabituel dans l'avancement de la cause, attribuable au ministère public.

En l'espèce, le contrevenant avait été détenu au Centre de détention de la région métropolitaine de Toronto-Ouest, un établissement construit en 1976 et ayant une capacité de 412 hommes. En 2002, 542 hommes y étaient détenus. Bien que les cellules aient été conçues pour héberger deux personnes, trois hommes étaient placés dans chaque cellule, le troisième dormant sur un matelas placé à même le sol. Il y avait des préoccupations sanitaires liées à des maladies infectieuses, et, tout juste avant l'audience de détermination de la peine, on avait diagnostiqué 53 cas de tuberculose parmi les prisonniers. Les effectifs infirmiers étaient inadéquats. Au cours des quelques années antérieures, les services de loisirs et de counselling avaient été abolis, et les seuls programmes disponibles étaient administrés par des bénévoles. Les cas de violence s'étaient multipliés au cours de la dernière année. La grève a duré huit semaines. Pendant ce temps, les prisonniers étaient isolés dans leurs cellules pendant vingt heures par jour et

avaient peu d'occasions de faire de l'exercice, sinon aucune occasion du tout. Tous les programmes étaient suspendus. Du fait de son assujettissement à des conditions insalubres et à une grande promiscuité avec deux autres hommes, Kravchov avait développé une maladie de la peau. Après la fin de la grève, il avait été traité et sa peau avait guéri. Le juge Kenkel, prenant comme point de référence les Règles minimales de 1955 des Nations Unies, a statué :

[TRADUCTION] Les prisonniers maintenus en détention avant leur procès au Centre de détention de la région métropolitaine de Toronto-Ouest jouissent actuellement de peu des occasions de réadaptation et d'un nombre limité des privilèges qui sont offerts aux personnes qui purgent une peine. Les motifs justifiant l'octroi d'une réduction de peine au titre de la détention présentencielle s'appliquent clairement dans ce cas-ci. Lorsque l'on considère la pratique d'occupation triple des cellules ainsi que tous les autres problèmes qui accompagnent ce degré de surpeuplement, on peut accorder une réduction de peine majorée au titre de la détention avant le procès, particulièrement dans des cas comme celui-ci où un détenu a été maintenu sous garde pendant une longue période de temps avant son procès.

Considérant les conditions générales de détention au Centre de détention de la région métropolitaine de Toronto-Ouest et la période de temps que l'accusé y a passée en sous garde, j'estime que celui-ci doit bénéficier d'une réduction de peine majorée. Lorsque l'on considère les conditions extraordinaires qui prévalaient durant la grève, de même que les effets regrettables de l'ensemble de la période d'incarcération sur l'accusé en l'espèce, j'estime qu'une réduction additionnelle doit être accordée⁸⁸.

⁸⁸ *Ibid.* aux par. 49-50.

Pour déterminer l'ampleur de la réduction de peine majorée, le juge a convenu qu'il n'y avait aucun « ratio fixe » [*fixed ratio*], mais que le ratio varierait en fonction [TRADUCTION] « des conditions de détention, de la période de temps que l'accusé a passée en détention dans ces conditions et de l'effet de ces conditions sur l'accusé en espèce »⁸⁹. En conséquence, après avoir jugé qu'il serait indiqué d'imposer une peine de 24 mois, le juge a condamné le délinquant à un jour de prison suivi de deux ans de probation. Cela constituait une réduction de peine majorée au titre de la DPS dans un rapport légèrement supérieur à 3 pour 1.

⁸⁹ *Ibid.* au par. 51.

Dans l'affaire *R. v. Buggins*⁹⁰, un Autochtone âgé de 40 ans avait reconnu sa culpabilité sous un total de sept chefs d'accusation, soit cinq chefs d'accusation d'introduction par effraction dans des locaux commerciaux, un chef d'accusation de manquement aux conditions de sa libération conditionnelle et un chef d'accusation de voies de fait contre sa conjointe. Il n'y avait aucun facteur aggravant ou atténuant en rapport avec les introductions par effraction, et celles-ci impliquaient des sommes d'argent ou des quantités d'alcool de peu d'importance. L'incident de violence conjugale avait résulté en une égratignure, et l'infraction avait été commise alors que le délinquant était à jeûn. Il avait un casier judiciaire bien garni et des antécédents d'alcoolisme. Avant le prononcé de sa peine, le délinquant avait passé neuf semaines en DPS. Avant de déterminer l'ampleur de la réduction de peine à accorder pour tenir compte de la DPS, la juge Veit a entendu des arguments relatifs aux politiques en vigueur applicables à la remise de peine en Alberta et dans les établissements fédéraux. Évidemment, sauf pour donner une idée très générale, ces renseignements permettaient seulement de fonder des spéculations, étant donné qu'ils se rapportaient aux perspectives de libération conditionnelle. Cependant, compte tenu des antécédents du délinquant, y compris ses manquements aux conditions de sa libération conditionnelle, la juge de première instance a estimé qu'il n'était pas susceptible de se voir accorder une libération conditionnelle rapide. En conséquence, elle lui a accordé une réduction de peine majorée de 27 semaines pour tenir compte des 9 semaines qu'il avait passées en DPS. Cela a eu pour effet de ramener la durée de la peine à 77 semaines, laquelle a donné lieu en bout de ligne à une condamnation à une peine d'emprisonnement

⁹⁰ [2002] A.J. No. 96 (Alta. Q.B.)(QL).

avec sursis⁹¹. D'aucuns pourraient s'interroger sur l'opportunité de s'appuyer sur les perspectives de libération conditionnelle pour déterminer si une réduction de peine au titre de la DPS dans un rapport de 2 pour 1 est suffisante. En règle générale, cet élément n'est pas considéré comme un facteur pertinent pour déterminer la peine⁹². La prise en compte de la remise de peine et de la libération conditionnelle comme fondement de l'octroi d'une réduction de peine au titre de la DPS a pour objet d'accorder une réduction de peine dans un rapport supérieur à 1 pour 1 pour compenser l'inadmissibilité. Il ne s'agit pas de spéculer sur les chances d'un délinquant en particulier. Autrement, les pires candidats à la libération conditionnelle jouiraient d'une réduction de peine supérieure au titre de la DPS par rapport aux meilleurs candidats, et ce, tout simplement parce qu'ils peuvent s'attendre à passer une plus longue période de temps en détention aux termes de la même peine. Il ne s'agit pas de spéculer au sujet de la durée réelle de l'incarcération future, mais plutôt de compenser l'incarcération passée à la lumière des conditions et des incidences de cette dernière. Personne n'obtient de réduction de peine proprement dite pour avoir passé du temps en DPS et personne n'obtient de réduction de peine aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle en vertu de cette période. Ainsi, pour avoir un effet compensateur, la déduction doit être appliquée dans un rapport supérieur à 1 pour 1.

⁹¹ Dont les conditions ont rapidement été violées : voir [2002] A.J. No. 275 (Alta. Q.B.)(QL).

⁹² Voir Allan Manson, *The Law of Sentencing*, Toronto, Irwin Law, 2001, aux pp. 115-116.

L'affaire *R. v. Critton*⁹³ est une cause intéressante qui touche non seulement la question de la réduction de peine majorée, mais également certaines distinctions entre les différentes périodes qui peuvent être qualifiées de périodes de DPS. Critton avait reconnu sa responsabilité pénale en rapport avec le détournement d'un avion vers Cuba en 1971. Il avait été arrêté 30 ans plus tard et renvoyé au Canada pour subir son procès. Son avocat soutenait que l'on relevait quatre périodes de temps pertinentes :

- (1) les dix mois de détention en isolement cellulaire à Cuba;
- (2) les 23 ans que le délinquant avait passés en-dehors de l'Amérique du Nord, soit à Cuba et en Tanzanie après son élargissement de la prison La Cabaña;
- (3) le temps passé en détention aux États-Unis (du 8 septembre au 5 novembre 2001); et,
- (4) le temps passé en détention au Canada à l'Établissement correctionnel de Maplehurst (du 6 novembre 2001 à ce jour).

⁹³ *Supra* note 85.

Bien qu'il ait été contesté que la première période, soit la période de détention à Cuba, ait véritablement constitué une période de détention par suite de cette infraction plutôt qu'une forme de détention pour des questions d'immigration, le juge Hill a accordé le bénéfice du doute à l'accusé⁹⁴ et a jugé que celui-ci devrait bénéficier d'une réduction dans un rapport de 1 pour 1. Il a rejeté toute prétention fondée sur la période de 23 ans passée en-dehors de l'Amérique du Nord, qu'il a décrite comme un exil volontaire. En rapport avec la détention ultérieure à l'arrestation aux États-Unis, puis à Maplehurst, le juge Hill a accordé une réduction dans un rapport de 2 pour 1, sauf pour la période durant laquelle les gardiens de prison étaient en grève, pour laquelle il a accordé une réduction de peine dans un rapport de 4 pour 1 au titre de la DPS. Pour justifier ce taux de réduction majoré, il a affirmé que lorsque le tribunal responsable de la détermination de la peine dispose d'éléments de preuve de conditions de détention anormalement pénibles, il devrait prendre en compte ces circonstances⁹⁵. Il a relaté les conditions de détention dans la prison durant cette période de 55 jours :

- (1) médicaments sur ordonnance ou médicaments en cas d'urgence non disponibles durant la nuit;

⁹⁴ Il a statué (*ibid.* au par. 96) : [TRADUCTION] « Je suis d'accord avec l'affirmation du ministère public selon laquelle l'incarcération de l'accusé à Cuba ne constitue pas à strictement parler, au sens du par. 719(3), une "période passée sous garde par la personne par suite de l'infraction" ou des infractions. La détention à Cuba était essentiellement une mesure administrative prise par les autorités de l'immigration, et non une enquête criminelle ni une sanction relative aux infractions reliées au détournement. Cela dit, cependant, il n'est pas clair que la détention de l'accusé ait résulté de la violation de la souveraineté de Cuba, et il y a donc un lien indirect suffisant pour permettre d'examiner l'incarcération cubaine à titre de "renseignement pertinent" présenté au tribunal (art. 726.1 du *Code*) qui peut être considéré comme analogue au régime du par. 719(3). »

⁹⁵ *Ibid.* au par. 102.

- (2) services de chapelle et de messe suspendus;
- (3) l'accusé n'avait pas été amené en cour pour son enquête préliminaire;
- (4) l'accusé n'avait pas été amené en cour le 29 avril 2002 pour inscrire un plaidoyer de culpabilité pendant qu'il était placé en isolement cellulaire illégal;
- (5) impossibilité de consulter son avocat le 10 avril pour signer des documents;
- (6) accès restreint au téléphone;
- (7) annulation de visites et de périodes de loisirs à l'extérieur;
- (8) livraison de courrier retardée⁹⁶.

⁹⁶ *Ibid.* au par. 104.

Même sans la grève, plusieurs des conditions habituelles à Maplehurst ont troublé le juge responsable de la détermination de la peine⁹⁷. En bout de ligne, il a décrit certaines des circonstances comme un abus flagrant du pouvoir publique, un outrage au tribunal et une violation des libertés publiques⁹⁸. Le ministère publique demandait une période d’incarcération de douze ans, mais le juge Hill a condamné Critton à trois ans d’emprisonnement après lui avoir accordé un total de deux ans de réduction de peine au titre de la DPS.

5. Pays du Commonwealth :

Évidemment, la question de la DPS a dû surgir dans d’autres pays, et un survol de la manière dont ces pays abordent la problématique est susceptible d’éclairer le débat au Canada. Je n’ai pas inclus les États-Unis dans ce survol pour plusieurs raisons, principalement la variété et la multiplicité des ressorts en matière pénale, et les attitudes radicalement différentes à l’égard de l’incarcération. Au niveau fédéral, cependant, il convient de noter que la réduction de peine pour tenir compte de la DPS est obligatoire et est déduite par voie administrative de la peine éventuellement infligée⁹⁹.

⁹⁷ Il a cité un incident de confinement cellulaire d’une durée de 6 jours sans douches, plus « des fouilles des cellules et des fouilles à nu fréquentes durant lesquelles les lettres, photographies, produits de soins corporels et aliments achetés ont été détruits » : *ibid.*

⁹⁸ *Ibid.* à la p. 105.

⁹⁹ 18 U.S.C. art. 3585, dont l’alinéa (a) dispose qu’une peine d’emprisonnement commence [TRADUCTION] « à la date d’admission du délinquant en détention [...] » et l’alinéa (b) dispose :

[TRADUCTION] (b) Réduction de peine pour tenir compte de la détention antérieure :
l'accusé bénéficie d'une réduction de peine à imputer à la peine d'emprisonnement pour
toute période passée en détention officielle avant la date du commencement de la peine.

Au Royaume-Uni, le régime législatif applicable a été adopté en 2000, remplaçant le régime antérieur qui était en place depuis le *Criminal Justice Act 1967*¹⁰⁰, lequel prévoyait une réduction administrative pour tenir compte de la DPS et a engendré des complications considérables, tout particulièrement en rapport avec les infractions multiples et les peines cumulatives¹⁰¹. La nouvelle loi énonce que [TRADUCTION] « le tribunal ordonne que le nombre de jours que le délinquant a passés sous garde par suite de l'infraction ou d'une infraction connexe soit compté comme une période passée en détention pour l'infraction »¹⁰². En d'autres mots, le juge chargé de déterminer la peine déclare qu'il y a eu « X » jours de DPS, et ce nombre de jours est déduit de la peine infligée. Cependant, cette réduction n'est pas absolue. Le tribunal peut décider qu'il serait [TRADUCTION] « juste à la lumière de l'ensemble des circonstances » de ne pas rendre cette ordonnance¹⁰³. De même, les possibilités de réduction de peine peuvent être circonscrites par des règles édictées par le *Secretary of State* en rapport avec la période passée sous garde qui [TRADUCTION] « coïncide en

¹⁰⁰ Voir le par. 67(1), qui, dans son libellé original, énonçait que la [TRADUCTION] « durée de toute peine d'emprisonnement infligée à un délinquant par un tribunal est considérée après déduction de toute période durant laquelle il a été en détention du seul fait d'avoir été placé en détention aux termes d'une ordonnance du tribunal prononcée en rapport avec toute procédure relative à cette infraction [...] » .

¹⁰¹ Voir, par exemple, *R. v. Governor of Brockhill Prison, Ex parte Evans*, [1997] 2 W.L.R. 230 (Div. Ct.), [1996] E.W.J. No. 1459 (QL) (concernant des peines concurrentes) et *R. v. Secretary of State for the Home Dept. ex parte Naughton*, [1997] 1 W.L.R. 118 (concernant des peines consécutives).

¹⁰² Voir le *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* (R.U.), 2000, c. 6, par. 87(3).

¹⁰³ *Ibid.* à l'al. 87(4)(b).

totalité ou en partie avec une période d'emprisonnement »¹⁰⁴. Pour ce qui est de la réduction de peine, la loi vise clairement à accorder une réduction dans un rapport de 1 jour pour 1 jour, mais le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que cette réduction corresponde à une période de temps inférieure à la période réellement passée sous garde¹⁰⁵. Compte tenu de ce pouvoir exprès d'ordonner une réduction de peine inférieure à la durée de la période passée sous garde, il semblerait que la loi n'ait pas été conçue pour habiliter le juge chargé de déterminer la peine à majorer le taux applicable pour établir la réduction de peine. Un aspect intéressant de la loi tient à ce qu'elle exige que les juges chargés de déterminer la peine traitent de ces questions dans des instructions énoncées [TRADUCTION] « en audience publique » concernant l'étendue de la réduction et concernant les motifs justifiant le refus d'accorder une réduction de peine ou la décision d'accorder une réduction de peine moindre, le cas échéant.

Les régimes en vigueur dans les différents ressorts australiens illustrent la plupart des solutions générales envisageables. Avant l'entrée en vigueur des régimes législatifs actuels, on recensait quelques décisions judiciaires dans lesquelles des tribunaux australiens avaient examiné la question de la DPS et avaient conclu qu'il serait préférable d'accorder aux tribunaux le pouvoir d'antidater la peine plutôt que d'exiger que le juge chargé de déterminer la peine fixe un quantum de réduction de peine pour tenir compte de la DPS, pour ensuite abrèger la peine en conséquence¹⁰⁶. De même, certains juges ont exprimé l'avis qu'une réduction dans un rapport de 2 pour 1 était indiquée

¹⁰⁴ *Ibid.* à l'al. 87(4)(a).

¹⁰⁵ *Ibid.* au par. 87(6).

¹⁰⁶ Voir *R. v. McHugh*, [1985] 1 N.S.W.L.R. 558; *R. v. Reed*, [1992] 2 V.R. 484.

pour compenser l'absence de possibilité de remise de peine¹⁰⁷. Voici un résumé des dispositions législatives actuelles, décrites en faisant référence aux notions élémentaires se rapportant à la DPS :

¹⁰⁷ See, for example, *R. v. Marshall*, [1993] 2 Qd R 307.

Territoire de la capitale australienne : La peine commence lorsqu'elle est imposée, [TRADUCTION] « à moins que le tribunal en ordonne autrement »¹⁰⁸, et la DPS [TRADUCTION] « est comptée comme une période déjà passée en détention aux termes de la peine »¹⁰⁹. Cela rend la réduction de peine obligatoire, et la réduction est appliquée à la peine par voie administrative. Il s'agit apparemment d'un régime fondé sur un rapport de 1 jour pour 1 jour.

Territoire du nord : Le tribunal chargé de déterminer la peine [TRADUCTION] « tient compte de la [...] période passée sous garde par le délinquant par suite de l'infraction avant le prononcé de sa peine »¹¹⁰. Ainsi, bien que la DPS doive être prise en compte, elle fait partie d'une liste exhaustive de facteurs pertinents. Cela incite à croire qu'il pourrait y avoir un certain pouvoir discrétionnaire résiduel relatif à la question de la DPS, et ce, tant en ce qui a trait à l'octroi d'une réduction de peine qu'à l'étendue de la réduction.

Nouvelle Galles du Sud : Le tribunal chargé de déterminer la peine [TRADUCTION] « prend en compte [...] toute période que le délinquant a passée sous garde en rapport avec l'infraction [...] »¹¹¹. Bien que la réduction de peine soit pratiquement obligatoire, la loi est silencieuse quant à son étendue.

¹⁰⁸ *ACT Crimes Act 1900*, art. 441A .

¹⁰⁹ *Ibid.* au par. 451(1).

¹¹⁰ *NT Sentencing Act, 1995*, al. 5(2)(k).

¹¹¹ Voir le *NSW Crimes (Sentencing Procedure) Act 1999*, n° 92, à l'art. 24.

Queensland : Les peines d'emprisonnement commencent immédiatement, [TRADUCTION] « à moins que le tribunal en ordonne autrement »¹¹². Cette disposition est suivie d'une approche optionnelle à l'égard de la DPS. L'article 158 énonce que le tribunal peut ordonner que [TRADUCTION] « la peine d'emprisonnement commence à compter du jour où le délinquant a été arrêté »¹¹³. Cette reconnaissance expresse du pouvoir d'antidatation est suivie d'une obligation faite au tribunal d'énoncer les dates entre lesquelles le délinquant a été sous garde, de calculer la réduction de peine à accorder pour tenir compte de la DPS, de déclarer que cette période constitue une portion de peine « déjà purgée », de porter cette déclaration au dossier de la cour et de faire en sorte que le service correctionnel en soit avisé¹¹⁴. Autrement, suivant l'article 161, [TRADUCTION] « toute période que le délinquant a passée sous garde en rapport avec la procédure relative à l'infraction et pour aucune autre raison est considérée comme une période déjà passée en prison aux termes de la peine à moins que le tribunal en ordonne autrement ». Bien que cela semble réitérer le pouvoir prévu à l'article 158, cette dernière disposition s'applique notamment aux peines suspendues en totalité ou en partie, à la différence de l'article 161¹¹⁵.

Australie méridionale : Ce ressort préconise également une approche optionnelle, bien que de manière plus expresse. Le tribunal doit préciser la date à laquelle la peine d'emprisonnement commencera¹¹⁶, et, lorsque la question de la DPS est pertinente, le *Criminal Law (Sentencing) Act 1988* donne les choix suivants au tribunal :

(2) Lorsque l'accusé a été sous garde en rapport avec une infraction pour laquelle il est ensuite condamné à l'emprisonnement, le tribunal peut :

a) accorder une réduction de peine indiquée, compte tenu de la période que l'accusé a passée sous garde, ou

b) ordonner que la peine soit considérée comme ayant commencé le jour où l'accusé a été placé sous garde¹¹⁷.

¹¹² Voir le *Penalties and Sanctions Act 1992* à l'art. 148.

¹¹³ *Ibid.* au par. 158(1).

¹¹⁴ *Ibid.* au par. 158(2).

¹¹⁵ *Ibid.* au par. 161(2).

¹¹⁶ Voir le *Criminal Law (Sentencing) Act 1988* au par. 30(1).

¹¹⁷ *Criminal Law (Sentencing) Act 1988*, par. 30(2).

Si aucune date de commencement n'est déclarée, la Loi dispose que la peine est réputée avoir commencé à la date du placement sous garde du délinquant¹¹⁸.

Tasmanie : La disposition pertinente énonce que le tribunal chargé de déterminer la peine qui condamne un délinquant à l'emprisonnement par suite d'une infraction :

a) tient compte de toute période que le délinquant a passée sous garde en rapport avec la procédure relative à cette infraction ou découlant de celle-ci; et

b) peut ordonner que la peine d'emprisonnement commence à une date antérieure à la date à laquelle la peine est imposée¹¹⁹.

C'est là un autre mécanisme qui offre une alternative au juge, mais sans indication quant à la méthode à préconiser dans différentes situations, ni quant à l'étendue de la réduction à accorder pour tenir compte de la DPS. L'on pourrait présumer que le pouvoir d'antidater ne permettrait pas d'accorder une réduction dans un rapport supérieur à 1 pour 1, mais ce taux pourrait aussi être moindre.

¹¹⁸ *Ibid* au par. 30(6).

¹¹⁹ *Sentencing Act 1997* (n° 59 de 1997), par 16(1). La *Court of Criminal Appeal* de la Tasmanie a affirmé qu'avant l'adoption de la disposition actuelle, il « était de pratique courante tant pour cette cour que pour les tribunaux de première instance d'antidater les peines de manière à prendre en compte les périodes de détention. » : voir *R. v. Doyle*, n° C.C.A. 88/1998, jugement n° 157/1998 (QL) rendu le 15 décembre 1998.

Victoria : Le *Sentencing Act 1991* dispose qu'une période de DPS [TRADUCTION] « est comptée, sauf si le tribunal responsable de la détermination de la peine [...] en ordonne autrement, comme une période déjà passée en prison ou sous garde aux termes de la peine »¹²⁰. Cette disposition assure au prisonnier, sous réserve de l'exercice d'une compétence résiduelle, l'obtention d'une réduction dans un rapport de 1 pour 1 pour tenir compte de la DPS applicable soit à une peine d'emprisonnement, soit à [TRADUCTION] « une période de détention dans un établissement de soins de santé mentale approuvé ou aux termes d'une ordonnance d'hospitalisation en milieu surveillé ».

Australie occidentale : Ici, on retrouve un autre mécanisme optionnel qui confère au juge chargé de déterminer la peine le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la période passée sous garde¹²¹, soit en imposant une période d'emprisonnement abrégée d'autant¹²², soit [TRADUCTION] « en ordonnant que la période d'emprisonnement qu'il impose soit réputée avoir commencé à une date précisée, correspondant au jour où cette garde a commencé ou à une date ultérieure fixée au plus tard à la date de la peine »¹²³. Encore une fois, ce régime semble laisser une marge de manoeuvre appréciable au juge chargé de déterminer la peine tant en ce qui a trait à la réduction de peine pouvant être accordée pour tenir compte de la DPS qu'en ce qui a trait au mécanisme applicable à cette fin. L'on peut présumer que des situations spécifiques dans le cadre du régime général de détermination de la peine amèneront à préférer une option particulière plutôt qu'une autre.

¹²⁰ Voir le par. 18(1).

¹²¹ L'art. 87 du *Sentencing Act 1995* énonce que [TRADUCTION] « si, au moment où un délinquant est condamné à une peine d'emprisonnement [...] le tribunal décide que cette période devrait être prise en compte [...] ».

¹²² *Ibid.* à l'al. 87(c).

¹²³ *Ibid.* à l'al. 87(d).

Il ressort du survol des régimes en vigueur dans les différents ressorts australiens¹²⁴ que les différentes dispositions rendent à peu près obligatoire la prise en compte de la DPS mais laissent tout de même un certain pouvoir discrétionnaire aux juges responsables de la détermination de la peine, notamment en prévoyant des mécanismes optionnels de prise en compte de la DPS. La question de l'ampleur de la réduction de peine au titre de la DPS n'est pas abordée par le législateur en ce sens que certains pouvoirs d'antidation impliquent une réduction dans un rapport de 1 pour 1, mais certainement pas plus, et parfois moins.

¹²⁴ On ne retrouve aucune disposition comparable dans la législation du Commonwealth : voir *Halsbury's Laws of Australia*, <http://www.butterworthsonline.com/lpBin20/lpext.dll/bw/L1/54/halsbury/1614b/17a69/17ab> au par. 130-17145.

La Nouvelle-Zélande illustre bien comment un changement de politiques peut être mis en œuvre au moyen de différentes stratégies législatives. Avant 1985, la jurisprudence affirmait que les tribunaux n'avaient pas le pouvoir d'antidater une peine mais qu'ils pouvaient tenir compte de la DPS au moment de déterminer la durée d'une peine d'emprisonnement¹²⁵. Le *Criminal Justice Act 1985* a modifié cette situation de manière à ce que les périodes passées dans un établissement pénal avant le prononcé de la peine soient consignées et prises en compte pour déterminer la date d'admissibilité à la libération conditionnelle et la date de la remise en liberté¹²⁶. Une modification apportée en 1993 a posé que les périodes consignées de DPS dans des établissements pénaux ne devaient pas être prises en compte pour déterminer la durée de la peine¹²⁷. Une autre modification en 2002 a transposé les dispositions applicables dans la *Parole Act 2002*. En conséquence, la seule disposition relative à la détermination de la peine traitant de la DPS énonce maintenant :

[TRADUCTION] Lorsqu'il détermine la durée de toute peine d'emprisonnement, le tribunal ne peut tenir compte d'aucune portion de la période que l'accusé a passée sous garde avant la détermination de sa peine au sens de l'article 91 du *Parole Act 2002*¹²⁸.

Le *Parole Act 2002* dispose qu'une peine commence lorsqu'elle est imposée, sauf dans la mesure où cette loi en dispose autrement en rapport avec les peines cumulatives¹²⁹. La Loi énonce ensuite que

¹²⁵ Voir, par exemple, *R. v. Jorgensen*, [1959] N.Z.L.R. 740.

¹²⁶ Voir le *Criminal Justice Act 1985*, aux par. 81(3) et (7).

¹²⁷ Voir l'art.81 tel qu'édicté par l'art. 3 du *Criminal Justice Act 1993*. Étant donné que cette disposition ne s'appliquait pas à la détention dans des cellules de postes de police, les juges pouvaient tenir compte de cette période pour déterminer la durée de la peine.

¹²⁸ Voir l'art. 82 du *Sentencing Act 2002*. Les dispositions connexes antérieures relatives à la détermination de la peine énoncées dans le *Criminal Justice Act 1985* et le *Criminal Justice Act 1985* ont été abrogées.

¹²⁹ Voir le par. 76(1) du *Parole Act 2002*.

toute période passée sous garde avant la détermination de la peine est prise en compte pour déterminer la [TRADUCTION] « période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle » de la peine¹³⁰. Cela signifie que la DPS est consignée et prise en compte aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle¹³¹. Ainsi, le régime néo-zélandais prévoit une réduction de peine obligatoire dans un rapport de 1 jour pour 1 jour qui est prise en compte sur le plan administratif tant au regard de la peine qu'au regard de l'admissibilité à la libération conditionnelle.

¹³⁰ *Ibid.* au par. 90(1).

¹³¹ Le prisonnier est admissible à la libération conditionnelle après avoir purgé la portion de sa peine qui n'est pas susceptible d'être passée en liberté sous condition.

6. Conclusion :

Au terme de notre examen de l'évolution de la problématique de la DPS au Canada et ailleurs, il semble y avoir quatre différents modèles de base qui, avec diverses nuances, peuvent être adoptées par voie législative pour résoudre la problématique de la DPS :

1. **Réduction judiciaire de la peine** : Tout comme notre paragraphe 719(3) actuel, ce modèle habilite le juge chargé de déterminer la peine à tenir compte de la DPS en l'identifiant, puis en utilisant sa durée pour réduire la peine imposée en bout de ligne. En théorie, ce modèle peut avoir un caractère discrétionnaire ou obligatoire, en ce qui a trait tant à l'octroi d'une réduction de peine qu'à la détermination de l'étendue de la réduction.
2. **Antidation judiciaire de la peine** : Ce modèle permet à un juge responsable de la détermination de la peine de tenir compte de la DPS en antidatant le commencement de la peine. En d'autres mots, le juge établit la durée de la DPS, il détermine la réduction de peine qu'il convient d'accorder, puis il antidate la peine en conséquence de manière à donner effet à cette réduction de peine.
3. **Antidation législative de peine** : Ici, la loi oblige le juge chargé de déterminer la peine à quantifier la DPS, et la peine commence à la date obtenue en reculant soit d'un nombre de jours égal à ce nombre soit d'un multiple de ce nombre.
4. **Réduction administrative de la peine** : Ici, le juge impose la peine indiquée, et, s'il impose une période de détention, au moment de l'admission dans un établissement correctionnel, un fonctionnaire accorde, à titre de mesure administrative, une réduction de cette peine pour tenir compte de la DPS, ou peut-être même un multiple de la durée de cette peine.

PARTIE II : PROBLÈMES et OPTIONS DANS LA PERSPECTIVE D'UNE RÉFORME

Après avoir examiné l'historique du paragraphe 719(3) et de la problématique de la DPS ainsi que la jurisprudence récente sur le sujet, et après avoir regardé brièvement ce qui se fait dans d'autres ressorts, il devrait être clair que les peines doivent, dans une certaine mesure, tenir compte de la DPS. À la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Wust*¹³², on peut même soutenir qu'il existe un principe de justice fondamentale voulant qu'un délinquant ne soit pas privé d'au moins une certaine réduction de peine pour les périodes passées sous garde par suite de l'infraction en l'absence de raisons impérieuses de refuser une telle réduction. L'arrêt *Wust* a adopté l'approche préconisée dans l'arrêt *Rezaie*, où le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario avait affirmé qu'une réduction de peine pour tenir compte de la DPS devrait normalement être accordée et ne devrait pas être refusée [TRADUCTION] « sans motif valable »¹³³. Au surplus, la Cour suprême a admis que la DPS constitue une forme de peine¹³⁴. Dès lors, il est facile de voir comment les principes d'équité, de proportionnalité et de parité peuvent être intégrés en un principe composite qui s'inscrirait dans le cadre de l'article 7 de la

¹³² *Supra* note 81. Au par. 8, la juge Arbour a cité un extrait de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v Mills* (1999), 133 C.C.C.(3d) 451, où la Cour renversait sa position antérieure et affirmait :

...l'incarcération, avant ou après jugement, constitue une privation de liberté grave, et il est fondamentalement injuste d'être contraint de ne pas en tenir compte dans la détermination de la peine. En outre, le fait de ne pas prendre en compte le temps passé sous garde peut être source d'écarts injustes dans les peines infligées à des délinquants se trouvant dans des situations similaires...

¹³³ *Supra* note 69.

¹³⁴ *Supra* note 81 au par.41.

Charte. Cependant, cela signifie seulement que, dans la plupart des cas, l'on devrait accorder une réduction de peine pour tenir compte de la DPS. Cela laisse tout de même sans réponse les questions corollaires, particulièrement celle de l'ampleur de la réduction et la question générique de la meilleure manière d'y donner effet.

L'on peut décrire le paragraphe 719(3) comme une reconnaissance législative du pouvoir du juge chargé de déterminer la peine de prendre en compte la DPS soit pour accorder une réduction de la peine d'emprisonnement, soit pour imposer une sanction communautaire. Ce modèle tombe dans la catégorie appelée « Réduction judiciaire de la peine ». Il rejoint ce que prônent la plupart des tribunaux au Canada depuis l'arrêt rendu en 1947 dans l'affaire *Patterson*¹³⁵. Il est clair, cependant, que cette approche à l'égard de la DPS, telle qu'elle s'articule actuellement, peut présenter certains problèmes : *Quid* de l'ampleur de la réduction de peine qu'il convient d'accorder? Sur la base de quel motif? Le public, les victimes ou d'autres fonctionnaires auront-ils une perception erronée de la peine imposée? Comment harmoniser la réduction de peine avec d'autres dispositions du *Code*? Dans la partie 2, j'aborderai ces problèmes, de même que leur importance et leur résolubilité relatives, et j'examinerai les mesures de réforme envisageables.

1. Problèmes potentiels se rapportant à la DPS :

a) Franchise versus mauvaise communication :

¹³⁵ *Supra* note 22.

La fonction expressive de la détermination de la peine commence avec les participants, à qui l'on doit communiquer clairement la sanction imposée et les motifs qui la justifient. Cela s'étend au public, qui, indépendamment de tout intérêt particulier dans une affaire donnée, devrait avoir confiance dans l'administration de la justice en général. Le public a le droit de savoir certaines choses au sujet des peines imposées et des raisons pour lesquelles les juges les imposent. Cependant, la compréhension du public se présente sous toutes sortes de visages différents. Prenons, par exemple, l'affaire *Kravchov*¹³⁶, mentionnée ci-dessus. On peut imaginer la réaction d'un citoyen ou d'une victime d'un des vols qui a appris que le délinquant avait été condamné à seulement une journée de prison. Pourtant, lorsqu'on la considère dans son ensemble, l'affaire prend une toute autre tournure au regard des principes de proportionnalité et d'adéquation. Le juge de première instance a dit que [TRADUCTION] « compte tenu de la condamnation antérieure [...] la peine d'emprisonnement la plus clémente à la suite d'une reconnaissance de culpabilité serait une peine de deux ans moins un jour »¹³⁷. Cela démontre l'importance d'une explication complète en audience publique, avant une explication de la portion du jugement se rapportant à la DPS. Cependant, une explication complète ne garantit pas un compte-rendu médiatique complet ni exact. C'est là une autre dimension importante qu'il faut examiner chaque fois que les attitudes du public se frayent un chemin dans la discussion.

b) Information exacte et exigences pénales :

¹³⁶ *Supra* note 86.

¹³⁷ *Ibid.* au par. 4.

Mis à part ces manifestations de la fonction expressive de la détermination de la peine, une information exacte est essentielle à plusieurs fins plus immédiates. Je parle d'information exacte en rapport avec le besoin de savoir : a) quelle était la peine indiquée avant la déduction appliquée pour tenir compte de la DPS; b) l'ampleur de la réduction au titre de la DPS et la façon dont cette réduction a été calculée; et c) la peine imposée en bout de ligne. L'on pourrait aussi soutenir qu'une explication relative à la durée spécifique de la DPS prise en compte, par opposition à la seule réduction accordée pour tenir compte de la DPS, serait utile. Cela rendrait la question plus facile à comprendre et procurerait une autre mesure de protection contre les erreurs de calcul. En revanche, il peut y avoir des situations où le nombre total de jours est difficile à déterminer avec exactitude en raison d'une convergence de divers facteurs tels que la libération, de nouvelles accusations ou de nouvelles peines. Dans bien des cas, la peine imposée en bout de ligne sera arrondie à une unité de temps (années, mois, jours) qui subsume le nombre exact de jours de DPS.

Une information exacte, au sens décrit ci-dessus, est nécessaire pour assurer le déroulement régulier des procédures et des processus décisionnels suivants, en conformité avec le cadre juridique en vigueur :

- toutes les étapes administratives correctionnelles, y compris le placement dans un lieu de détention adéquat¹³⁸, et la détermination des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle, de libération d'office et d'expiration du mandat
- l'application du « principe de la totalité » [*“totality principle”*] en cas d'imposition de peines cumulatives¹³⁹; et

¹³⁸ C'est-à-dire, une incarcération dans un pénitencier ou dans un établissement provincial, selon l'art.743.1.

¹³⁹ Par exemple, supposons que Kravchov avait été condamné à un mois au lieu d'un jour. Supposons aussi qu'il avait comparu une semaine plus tard devant un autre juge et avait

plaidé coupable à six autres chefs de vol important. Bien que l'on puisse facilement soutenir que les nouvelles peines devraient être consécutives, pour quantifier correctement la nouvelle période totale, il est certainement pertinent de savoir que la durée restante était l'équivalent d'une peine deux ans.

-dans les cas de détermination ultérieure de peine, empêcher toute perception erronée susceptible de naître si les participants voient seulement la peine réduite sans aucune information, ou aucune information exacte, relative à la DPS et à la réduction de peine accordée¹⁴⁰.

Il s'agit là d'écueils potentiels importants, et une mauvaise communication peut mener à des conflits et à de mauvaises décisions. Cependant, tous ces écueils peuvent être évités si l'on s'assure que la décision relative à la détermination de la peine est exposée clairement et communiqué adéquatement à ceux qui ont besoin d'en connaître la teneur véritable. Cela exige des directives législatives expresses qui délimitent les fonctions et l'élaboration de formules adéquats.

c) Les seuils et plafonds en matière de détermination de la peine au regard de la DPS :

Certaines peines prévues au *Code* comportent des exigences techniques se présentant sous forme de seuils ou de plafonds qui restreignent le champ d'application des peines en question. L'on peut citer, à titre d'exemple, la condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis et la déclaration selon laquelle un délinquant est un délinquant à contrôler.

¹⁴⁰ L'on pourrait présumer à tort que l'infraction antérieure n'était pas grave si l'on connaît seulement la peine réellement imposée après déduction au titre de la DPS, mais non les motifs du juge quant à la peine indiquée.

L'article 742.1 du *Code*, qui constitue la disposition essentielle relative à la condamnation avec sursis, dispose que cette forme de peine peut seulement être imposée à une personne « condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans ». Cela a mené à la notion méthodologique selon laquelle le juge chargé de déterminer la peine doit conclure que la peine indiquée se situerait quelque part entre la probation et une peine d'incarcération dans un pénitencier¹⁴¹. Mais comment doit-on mettre cela en pratique? Doit-on tenir compte de la peine indiquée au regard de l'infraction, ou de la peine imposée après déduction au titre de la DPS? Compte tenu du souci sous-jacent du Parlement de recourir aux condamnations avec sursis pour réduire le recours à l'emprisonnement, et de l'exigence posée par la loi selon laquelle la décision d'ordonner que la peine soit purgée au sein de la collectivité doit être compatible avec les objet et principes de détermination de la peine, on pourrait soutenir que les tribunaux devraient faire preuve de souplesse à l'égard du plafond de deux ans. On recense divers exemples de souplesse relativement au franchissement de cet obstacle dans des contextes sans rapport avec la DPS. Dans une affaire tranchée en même temps que l'affaire *Proulx*, la Cour suprême a conclu qu'une peine d'incarcération dans un pénitencier d'une durée de deux ans imposée avant l'entrée en vigueur du régime des condamnations avec sursis n'empêchait pas un tribunal d'appel d'envisager la possibilité d'imposer une condamnation avec sursis¹⁴². Plus récemment, dans

¹⁴¹ Voir *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, (2000), 30 C.R. (5th) 1 (C.S.C.).

¹⁴² Voir *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183 (2000), 30 CR (5th) 86 (C.S.C.), où le juge en chef Lamer, confirmant une condamnation avec sursis imposée par la Cour d'appel du Manitoba, avait affirmé que le délinquant « avait droit, en appel, au bénéfice de l'application des modifications apportées à la loi ».

l'affaire *R. v. Hamilton*¹⁴³, le juge de première instance a soigneusement examiné le cadre et les principes pertinents pour déterminer la peine à infliger à deux femmes afro-canadiennes déclarées coupables d'avoir agi comme passeurs de cocaïne. Le juge Hill s'est demandé si, à la lumière des divers facteurs atténuants, une condamnation avec sursis s'inscrivait dans un [TRADUCTION] « intervalle plausible établi »¹⁴⁴, malgré que la Cour d'appel de l'Ontario eût affirmé que le principe général de la dissuasion commandait que l'on impose aux passeurs une peine d'incarcération dans un pénitencier¹⁴⁵.

¹⁴³ (2003), 8 C.R. (6th) 215 (C.S. Ont.)

¹⁴⁴ *Ibid.* aux pp. 269-70.

¹⁴⁵ Voir *R. v. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542 (C.A. Ont.).

En ce qui concerne directement la DPS, il y a un débat animé entre cours d'appel. La Cour d'appel de l'Alberta a donné son [TRADUCTION] « approbation implicite » à l'utilisation de la DPS pour ramener une peine en-deçà du seuil à partir duquel une peine d'emprisonnement entraîne une incarcération dans un pénitencier, et ce, afin de permettre d'envisager une condamnation avec sursis¹⁴⁶. La position contraire a été adoptée par la Cour d'appel de la

¹⁴⁶ C'est l'expression employée par le juge Johnstone dans *R v. La*, [2003] A.J. No. 526 (Alta. Q.B.)(QL), interprétant *R. v. McClelland* (2001), 281 A.R. 378 (Alta. C.A.). Après analyse, le juge Johnstone a conclu (au par.75) :

À la lumière de l'approbation implicite, par la Cour d'appel de l'Alberta, de la pratique consistant à accorder une réduction de peine pour tenir compte de la période passée sous garde au stade initial, il appert que le droit en Alberta diffère du droit en Saskatchewan et que la détention présentencielle devrait être prise en compte au stade initial de l'analyse proposée dans l'arrêt *Proulx*.

Elle a imposé une condamnation à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour avec

Saskatchewan¹⁴⁷. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas donné de réponse définitive à la question, mais, dans un de ses arrêts, elle a mentionné au passage qu'une telle pratique serait indiquée seulement dans [TRADUCTION] « des cas rares et exceptionnels »¹⁴⁸.

sursis sous deux chefs de trafic de cocaïne et un chef de possession de produits de la criminalité. Pour d'autres exemples, voir *R. v. S.C.*, [2001] B.C.J. No. 2182 (B.C. Prov. Ct.)(QL) où une condamnation à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour avec sursis a été imposée pour enlèvement; *R. v. Browne*, [2000] O.J. No. 5029 (C.S. Ont.)(QL) où une condamnation à une peine d'emprisonnement d'un an avec sursis pour un homicide involontaire coupable où le délinquant avait passé un an en DPS.

¹⁴⁷ Voir *R. v. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217 (Sask. C.A.) à la p. 222, suivant *R. v. Predenchuk* (2000), 199 Sask.R. 264 (Sask. C.A.).

¹⁴⁸ *R. v. Persaud* (2002), 159 O.A.C. 134 (Ont. C.A.).

Le seuil qui détermine la possibilité de déclarer qu'un délinquant est un délinquant à contrôler soulève d'autres questions. Les dispositions applicables¹⁴⁹ prévoient la possibilité d'imposer des conditions de surveillance de longue durée aux personnes qui se voient imposer une peine d'au moins deux ans. Premièrement, une ordonnance de surveillance de longue durée peut seulement être prononcée si, entre autres conditions préalables, le juge est convaincu qu'« il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable ». En tant qu'obstacle méthodologique, on pourrait soutenir qu'il convient d'aborder cette condition préalable avec souplesse, tout comme dans le cas des condamnations avec sursis, simplement pour s'assurer que l'infraction est assez grave pour franchir le seuil menant à une peine sévère. Si l'on admet cet argument, on est ensuite confronté à l'alinéa 753.1(3)a), qui dispose qu'une ordonnance de surveillance de longue durée peut seulement être prononcée lorsque la peine est « une peine minimale d'emprisonnement de deux ans ». Est-ce que cela signifie deux ans, ou ce qui peut rester de la peine de deux ans ou plus après réduction pour tenir compte de la DPS? D'aucuns pourraient s'appuyer sur les arrêts *MacDonald*¹⁵⁰ et *Wust*¹⁵¹ pour opérer une distinction entre la sanction et la peine, mais le contexte est-il le même? Ici, la surveillance de longue durée constitue une position de repli pour traiter les délinquants qui soit n'ont pas commis d'infractions susceptibles de justifier une demande de désignation comme délinquant dangereux, soit ont fait l'objet d'une demande de désignation comme délinquant dangereux qui a été rejetée. La solution de rechange que constitue

¹⁴⁹ Alinéas 753.1(1)a) et (3)a).

¹⁵⁰ *Supra* note 77.

¹⁵¹ *Supra* note 81.

la surveillance de longue durée, lorsque le délinquant « présente un risque important de récidive », permet de rajouter à une peine une période de surveillance étroite d'une durée maximale de dix ans, pourvu que cette peine soit une « peine minimale d'emprisonnement de deux ans ». Il importe de noter que la surveillance sera assurée par l'autorité fédérale du Service correctionnel du Canada et de la Commission nationale des libérations conditionnelles.

Assurément, on envisage ici une peine fédérale, et non une peine provinciale résultant d'une déduction accordée pour tenir compte de la DPS. Indépendamment de la position que l'on adopte à l'égard de cette situation ou à l'égard de la situation évoquée ci-dessus concernant les condamnations avec sursis, ces problématiques peuvent être résolues tout simplement en clarifiant le libellé de la disposition qui établit le plafond ou le seuil, selon le cas.

d) Disparité versus pouvoir discrétionnaire :

À l'instar de certains des modèles employés ailleurs dans le monde, le paragraphe 719(3) préserve un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Cela est compatible avec l'approche individualisée à l'égard de la méthodologie de détermination de la peine qu'on l'on préconise au Canada¹⁵². La diversité intrinsèque parmi les délinquants et la myriade de façons dont les infractions peuvent être perpétrées se conjugueront nécessairement pour produire des résultats disparates en matière de détermination de la peine. La disparité n'est pas un problème en soi; seule la disparité injustifiée commande un examen rigoureux. Dans le contexte de la DPS, il est communément admis que le ratio de 2 pour 1 constitue la norme en matière de réduction de peine, bien que l'on observe l'utilisation de divers autres ratios, surtout dans le domaine de ce que l'on a appelé les « réductions de peine majorées ». Hormis cette dernière catégorie, on

¹⁵² Voir Manson, *supra* note 5 aux pp. 80-81.

observe habituellement l'application d'une forme de 2 pour 1 plus ou moins élaborée dans la plupart des cas. Plutôt que de produire une disparité injustifiée, cette approche débouche sur une meilleure adéquation des peines, surtout entre co-accusés.

Imaginons deux individus, Smith et Jones, accusés de vol qualifié le 1^{er} janvier 2002 dans un contexte où, pour les fins de la discussion, une peine de trois à quatre ans serait vraisemblablement imposée. Smith a été mis en liberté provisoire par voie judiciaire presque immédiatement après son arrestation, tandis que Jones a été détenu et renvoyé sous garde jusqu'au procès. Le 1^{er} janvier 2003, les deux hommes ont reconnu leur culpabilité et leur peine a été prononcée. Jones avait passé un an sous garde. La juge a condamné Smith à une peine de quatre ans dans un pénitencier. Quant à Jones, la juge, tenant compte de sa DPS et appliquant un taux de réduction de 2 pour 1, lui a imposé une peine de deux ans. Voici un tableau comparatif des dates pertinentes pour les services correctionnels¹⁵³ :

¹⁵³ Étant donné que l'infraction est le vol qualifié, il n'y a pas de possibilité de libération conditionnelle : voir l'al. 125(1*i*), *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (ci-après la « *LSCMLC* »), L.C. 1992, c. 20, tel que modifiée. De plus, je n'ai pas compté les années bissextiles, de sorte qu'il se peut que les dates utilisées ne soient pas les bonnes dates à un jour près.

	<u>Smith</u>	<u>Jones</u>
Date d'admissibilité à la semi-liberté ¹⁵⁴ (DASL)	30 octobre 2003	30 mai 2003
Date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale ¹⁵⁵ (DALCT)	30 avril 2004	30 août 2003
Date de libération d'office ¹⁵⁶ (DLO)	30 août 2005	30 avril 2004
Date d'expiration du mandat (DEM)	31 décembre 2006	31 décembre 2004

¹⁵⁴ Voir l'al. 119(1)c) de la *LSCMLC*.

¹⁵⁵ Voir le par. 120(1) de la *LSCMLC*.

¹⁵⁶ Voir l'art. 127 de la *LSCMLC*.

Il serait difficile pour Smith de dire qu'il a été traité inéquitablement. Bien que sa DLO soit le 30 août 2005, il est admissible à la libération conditionnelle totale le 30 avril 2004, ce qui correspond à la DLO de Jones, mais les taux actuels d'octroi de libération conditionnelle sont instructifs. La statistique habituellement citée pour l'année la plus récente, 2001/2002, est 43 %¹⁵⁷, ce qui laisse croire que près de la moitié des demandeurs de libération conditionnelle totale obtiennent une réponse favorable. Mais ce chiffre est trompeur. Parmi les 3458 décisions favorables au cours de cette année, 981 décisions ont été rendues relativement à des cas soumis à la « procédure d'examen expéditif » (PEE). Cela signifie qu'il s'agissait de prisonniers purgeant pour la première fois une peine dans un pénitencier pour des infractions non prévues dans les annexes, habituellement des infractions contre les biens, qui bénéficient d'une procédure accélérée en vue de la libération conditionnelle. Le taux d'octroi de libération conditionnelle dans les cas assujettis à la PEE a été de 100 %¹⁵⁸. Si l'on enlève ces cas soumis à un traitement accéléré, le taux d'octroi réel pour tous les autres prisonniers, ce qui comprendrait Smith et Jones, a été seulement de 23 %¹⁵⁹. Ajoutons à cela le fait que 69 % des délinquants remis en liberté en 2001/2002 l'ont été en vertu de leur droit à la libération d'office, soit après avoir purgé les deux-tiers de leur peine sans avoir à demander la libération conditionnelle ni à se la faire accorder. Compte tenu de ce qui précède, la libération conditionnelle est loin d'être acquise pour quiconque n'est pas admissible à la PEE. Au surplus, Smith a été en liberté, tandis que Jones est demeuré sous garde en attendant le procès. Il se peut qu'il y ait des raisons pour lesquelles Smith

¹⁵⁷ Voir le Rapport sur le contrôle du rendement de la CNLC, 2001-2002, *supra* note 65 à la p. 52.

¹⁵⁸ 979 octrois sur 981 décisions : *ibid.* à la p. 55.

constituerait un meilleur candidat à la libération conditionnelle, au moins pour ce qui se rapporte à son aptitude à élaborer des plans en vue de sa libération et à dissiper les préoccupations de la Commission nationale des libérations conditionnelles quant au risque. En bout de ligne, le recours à la DPS comme facteur d'équité pour déterminer la peine de Jones n'est pas susceptible de susciter une prétention contradictoire d'inéquité de la part de Smith. Cependant, cela ne permet toujours pas de trancher le débat relatif aux « réductions de peine majorées » ni la question de la disparité dans ce contexte.

e) Les juges et les conditions de détention :

¹⁵⁹ *Ibid.*, Tableaux 51 et 52, aux pp. 54-55.

La jurisprudence canadienne a confirmé que les conditions potentiellement pénibles de la détention à la suite d'un renvoi sous garde constituent un des éléments pouvant justifier l'octroi éventuel d'une réduction de peine pour tenir compte de la DPS. Outre la question de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la remise de peine, les conditions habituellement pénibles de l'incarcération à la suite d'un renvoi sous garde ont servi à établir le ratio de 2 pour 1 comme ration habituel de réduction de peine au titre de la DPS. Les tribunaux ont reconnu que, dans certains cas, l'incarcération dans des conditions améliorées caractérisées par la disponibilité de programmes de réadaptation, de régimes de visites et de conditions de détention satisfaisants peuvent servir à repousser la présomption de conditions pénibles, justifiant ainsi une réduction de peine de moindre ampleur au titre de la DPS. Inversement, des conditions physiques inacceptables telles qu'un surpeuplement et la privation de services et de droits essentiels peuvent justifier l'octroi d'une « réduction de peine majorée ». C'est-à-dire que le délinquant peut bénéficier d'un taux supérieur à 2 pour 1 pour tenir compte de conditions de DPS particulièrement pénibles. Les juges profiteront de l'occasion non seulement pour expliquer en détail en audience publique la façon dont ils ont calculé la réduction de peine accordée pour tenir compte de la DPS, mais aussi pour expliquer en quoi les conditions de détention se sont révélées en-deçà des normes acceptables, soit en général, soit en rapport avec le délinquant en cause. L'affaire *Kravchov*¹⁶⁰ fournit un bon exemple à cet égard. Bien que la question ne soit pas sans soulever de controverse, la décision – qui a beaucoup retenu l'attention des médias – d'accorder une réduction de peine à un taux majoré en raison des conditions inacceptables de détention

¹⁶⁰ *Supra* note 85; voir aussi *R. v. Critton*, *supra* note 85; *R. v. Serniak*, [2002] O.J. No. 5160 (C.S. Ont.)(QL).

pendant une grève des gardiens de prison a souligné une question importante. Il est utile pour le public, pour les médias et pour les fonctionnaires concernés d'entendre le point de vue des juges sur cette question. Les juges de cours criminelles sont bien placés pour apprécier la nature des privations de liberté qu'ils imposent, et pour réagir face à des conditions inacceptables.

Bien que les exemples de réduction de peine majorée ne soient pas courants, ils ne sont pas rares non plus. Parmi les critiques, certains se plaignent de ce que la diversité des ratios appliqués par les tribunaux pour déterminer la réduction de peine à imposer pour tenir compte de la DPS a pour effet de transformer le processus de détermination de la peine en une loterie. Dans un article paru récemment dans la revue *Police Chief Magazine*, on pouvait lire :

[TRADUCTION] Les exemples sont innombrables et se présentent dans chaque province partout au pays. Où s'arrêtera la bille de la roulette judiciaire? Continuera-t-on de voir le ratio de réduction de la peine augmenter jusqu'au point où de plus en plus de délinquants violents sortiront librement de la salle d'audience le jour de la détermination de la peine? La justice est-elle servie?¹⁶¹

Hyperbole mise à part, ce commentaire semble rejoindre l'opinion de plusieurs organisations de policiers¹⁶², qui estiment que la magistrature s'est engagée dans une mauvaise voie :

[TRADUCTION] ... il semblerait que la magistrature, sous couvert d'équité, utilise le processus de réduction de peine pour temps mort comme son moyen de protester contre les conditions qui prévalent dans certains établissements de garde. La protestation des

¹⁶¹ Inspecteur Gord Schumacher, « “Dead Time” And The Winner Is? », *Police Chief Magazine* (Été 2003) 16, à la p. 17.

¹⁶² Shumacher mentionne l'Association canadienne des chefs de police, la *Manitoba Association of Chiefs of Police* et l'Association canadienne des policiers : *ibid.* à la p. 22.

juges, quoique inspirée par de nobles intentions, a pour effet de remettre en circulation des auteurs d'infractions graves. La cible de mécontentement ne devrait pas être la société en général, mais les gouvernements provinciaux et le financement des établissements de garde¹⁶³.

Évidemment, la plupart des exemples ontariens de réduction de peine majorée sont reliés à la grève des gardiens de prison et aux conditions déplorables de détention qui se sont ensuivies, équivalant dans certains cas à de la négligence grossière. Mais, chose plus importante ici, bien que l'auteur ait raison d'affirmer que les gouvernements doivent assumer la responsabilité des conditions prévalant dans les prisons, les participants au système de justice pénale ne peuvent ignorer des conditions de détention inacceptables lorsqu'elles se présentent à eux. Cela est particulièrement vrai dans le cas des juges, qui sont le visage humain essentiel de la politique pénale canadienne, sinon les architectes de cette politique.

2. Choix stratégiques et mesures de réforme envisageables :

¹⁶³ *Ibid.*

Le survol des régimes en vigueur dans d'autres ressorts révèle que le Canada n'est pas le seul à éprouver des difficultés en rapport avec la DPS. Cependant, ces exemples étrangers révèlent également que la meilleure façon d'éviter d'avoir à apporter régulièrement des modifications consiste à répondre tout d'abord à certaines questions stratégiques élémentaires, puis à employer un langage clair pour donner suite à ces choix, notamment en précisant les fonctions et en s'assurant qu'aucune mesure n'est tenue pour acquise, qu'elle soit judiciaire ou administrative. Cela est susceptible de déboucher sur des dispositions législatives plus longues, mais aussi de réduire le nombre de controverses et d'appels. À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Wust*¹⁶⁴, certaines questions stratégiques ont trouvé une réponse d'une manière qui dépasse probablement la portée d'une intervention législative. À ce chapitre, j'inclurais l'affirmation selon laquelle la DPS est une peine et il est donc fondamentalement inique de refuser une réduction de peine pour tenir compte de la DPS.

A. **Réduction judiciaire de la peine** : Notre paragraphe 719(3) actuel constitue un exemple de ce modèle qui habilite le juge chargé de déterminer la peine à prendre en compte la DPS pour l'identifier, puis à utiliser la durée de cette dernière pour réduire une peine d'emprisonnement ou pour opter pour une sanction communautaire. Le principal avantage de ce modèle tient à ce qu'il préserve deux des piliers de la méthodologie de la détermination de la peine, soit le pouvoir discrétionnaire judiciaire et l'individualisation. Les juges peuvent examiner à la fois la nature de la DPS, pour s'assurer qu'elle justifie une réduction de peine, et la nature de la détention, pour déterminer l'ampleur de la réduction de peine qu'il convient d'accorder. Le choix du ratio

¹⁶⁴ *Supra* note 81.

applicable pour déterminer la réduction de peine est laissé au juge, quoique les tribunaux d'appel aient affirmé que ce ratio devrait habituellement être de 2 pour 1. Cette approche présente deux désavantages. Le premier tient au phénomène inévitable de la disparité, laquelle, même si elle est justifiée, suscite la critique lorsqu'elle n'est pas bien expliquée et comprise. Le deuxième désavantage réside dans le problème de la mauvaise communication, à laquelle il peut être remédié.

B. Antidatation judiciaire de la peine : Ce modèle permettrait à un juge responsable de la détermination de la peine de tenir compte de la DPS en antidatant le commencement de la peine. Bien que le mécanisme d'antidatation puisse intégrer différents degrés de réduction de peine, dans la plupart des exemples de ce modèle, on relève habituellement une antidatation de la peine qui remonte à la date de l'arrestation. Cela assure une réduction de peine au taux de 1 pour 1, ce qui signifie une prise en compte uniforme de la DPS lorsqu'il en est tenu compte. Cependant, dans les situations où le délinquant a été en liberté pendant certaines périodes de temps ou a fait l'objet de nouvelles accusations ou s'est vu infligé de nouvelles peines, il se peut que la réduction de peine indiquée pour tenir compte de la DPS ne remonte pas jusqu'à la date de l'arrestation, et un examen plus poussé serait nécessaire pour déterminer la DPS effectivement attribuable à l'infraction.

Le principal avantage de ce modèle est qu'il prévoit une solution uniforme et prévisible, mais tout en préservant la fonction judiciaire qui consiste à déterminer s'il convient ou non d'accorder une réduction de peine pour tenir compte de la DPS. Ce modèle présente aussi deux désavantages importants. Premièrement, puisque la peine n'est pas réduite, le mandat indiquera la durée intégrale de la peine. En conséquence, en vertu de l'article 743.1, un délinquant sera

incarcéré dans un pénitencier si le mandat indique une peine de deux ans ou plus, indépendamment de la période de temps que le délinquant devra réellement passer en détention sous ce régime. Par exemple, imaginons deux délinquants qui se voient infliger une peine de trois ans et une peine de 30 mois, chacun ayant passé un an en DPS. Dans le cadre de ce modèle, les deux iront dans un pénitencier. Le premier passera deux années de plus en détention et le second passera 18 mois de plus en détention. Sous le régime du modèle A, les deux délinquants se verraient vraisemblablement imposer des peines provinciales respectives d'un an et de six mois, après la prise en compte de la période de 12 mois passée en DPS. La situation est plus dramatique lorsque la peine indiquée est une peine de deux ans, qui doit donc être purgée dans un pénitencier. Après octroi d'une réduction de peine de six mois pour tenir compte de la DPS, le délinquant n'aura plus qu'un an à passer en détention avant la DLO, mais, chose plus importante, cette réduction de peine aura pour effet de rendre la libération conditionnelle presque impossible en raison des délais de préparation, même si le délinquant serait admissible deux mois après être entré au pénitencier. Sans s'engager dans un débat concernant les conditions de détention qui prévalent dans les différents types d'établissements, il existe de très bonnes raisons de croire qu'il est préférable pour la plupart des délinquants – surtout les jeunes et les personnes qui en sont à leur première infraction – soient incarcérés dans un système provincial plutôt que dans un pénitencier : les établissements seront probablement plus près de la résidence du délinquant; la nature des infractions pour lesquelles les délinquants sont incarcérés sont, dans l'ensemble, moins graves que celles qui mènent à une peine d'emprisonnement dans un pénitencier; le processus de classification pénitentiaire, une condition préalable au placement, est fondé sur l'application de l'échelle de classement par niveau de sécurité, et il exige

habituellement que le délinquant passe plusieurs mois dans un établissement d'évaluation; et, les demandes de libération conditionnelle, en-dehors des cas admissibles à la procédure d'examen expéditif, demandent une longue préparation qui rend illusoire la libération conditionnelle à une date anticipée. Il est troublant d'envisager la perspective de jeunes gens passant de brèves périodes de temps dans un pénitencier simplement parce qu'on a voulu adopter un régime plus simple de réduction de peine pour tenir compte de la DPS.

Deuxièmement, tant que le modèle prévoit une réduction de peine calculée au taux de 1 pour 1, il prive le juge chargé de déterminer la peine de l'occasion d'envisager l'octroi de réductions de peine majorées. Comme nous l'avons mentionné précédemment, il peut s'agir là d'un rôle important de la magistrature dans la mesure où elle assume une part de la responsabilité relative aux privations de liberté. Compte tenu du rôle essentiel que jouent les tribunaux dans l'imposition de privations de liberté à des individus, il est utile de conserver un certain mécanisme permettant de tenir compte des conditions de détention, ne serait-ce qu'en rapport avec les établissements de garde. Mis à part la compétence en matière d'habeas corpus, qui relève exclusivement des juges de cours supérieures¹⁶⁵, un autre lien historique entre le système de justice et les conditions de détention, surtout les questions de renvoi sous garde, a été assuré par le *Grand Jury*. Jusqu'à son abolition, le *Grand Jury*, assumant des responsabilités d'assises au sein de la *Court of General Goal Delivery* [cour d'assises], était censé s'enquérir de la situation des prisonniers renvoyés sous garde pour s'assurer que toute personne citée à procès

¹⁶⁵ Pour une analyse de l'habeas corpus en rapport avec des privations importantes de la liberté résiduelle d'un prisonnier après son incarcération, voir *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613.

serait jugée lors des sessions suivantes¹⁶⁶. Cette obligation s'accompagnait du pouvoir conféré au *Grand Jury* d'inspecter les établissements publics, y compris les prisons¹⁶⁷. Les rapports du *Grand Jury* sur l'état des établissements publics n'ont pas été considérés comme suffisamment importants pour justifier le maintien du *Grand Jury*¹⁶⁸. Cependant, au XIX^e siècle, le rôle du *Grand Jury* était considéré comme important pour documenter les situations de négligence, de privation et d'illégalité¹⁶⁹, au point où Peter Oliver, l'historien pénal de renom, a décrit les grands jurés comme [TRADUCTION] « les plus ardents défenseurs des droits des prisonniers au XIX^e siècle »¹⁷⁰. Bien que les temps aient changé à plusieurs égards, le fait demeure que les prisonniers sont cachés du public et de son regard critique. Dans les rares cas où un juge serait informé de conditions de détention insatisfaisantes en rapport avec une question de DPS, on ne devrait pas sous-estimer la valeur de l'examen externe par une paire d'yeux officielle et indépendante. Non seulement cette fonction procure-t-elle une protection importante, surtout lors d'événements exceptionnels tels qu'une grève, mais elle favorise également le respect de la magistrature lorsque celle-ci tente d'assumer une certaine responsabilité à l'égard de la perte de liberté qu'elle a imposée.

C. **Antidatation législative de la peine** : Tel que décrit précédemment, ce modèle ne constitue qu'une version obligatoire du modèle B. La loi exigerait que le juge chargé de déterminer la

¹⁶⁶ Voir le Rapport McRuer, *supra* note 39, vol. 2, aux pp. 778-780.

¹⁶⁷ *Ibid.*.

¹⁶⁸ *Ibid.* à la p. 778.

¹⁶⁹ Voir Peter Oliver, *Terror to Evil-Doers: Prisons and Punishments in Nineteenth-Century Ontario*, Toronto, University of Toronto Press, 1998, aux pp. 60-68.

¹⁷⁰ *Ibid.* à la p. 61.

peine quantifie la DPS et détermine en conséquence la date de commencement de la peine, en s'enquérant de tout autre motif de détention et, le cas échéant, en les prenant en compte s'il y a lieu pour limiter la portion de la DPS qui est attribuable à l'infraction. Étant donné que les mécanismes sont inclus dans la disposition habilitante, il s'ensuit une prévisibilité appréciable. Ce modèle présente également les deux mêmes désavantages que le modèle B : il a pour effet de placer davantage de jeunes et d'auteurs d'une première infraction dans des pénitenciers et de priver les juges de tout rôle en rapport avec les conditions de détention. Il supprime également le pouvoir judiciaire discrétionnaire de refuser, sur une base individualisée, d'accorder une réduction de peine pour tenir compte de la DPS.

D. **Réduction administrative de la peine** : Ici, le juge impose la peine indiquée sans égard à la DPS. Pour les peines d'emprisonnement, le cadre législatif exige qu'au moment de l'admission dans un établissement correctionnel, un fonctionnaire accorde, à titre de mesure administrative, une réduction de peine pour tenir compte de la DPS. Cette réduction serait habituellement accordée au taux de 1 jour pour 1 jour, mais, en théorie, la réduction de peine pourrait correspondre à un multiple du nombre de jours de DPS. Pour que ce modèle fonctionne, il est essentiel que la DPS soit rapportée avec précision. Les avantages de ce modèle tiennent à ce que la peine est prononcée en audience publique en fonction de l'ensemble des principes et facteurs applicables, sans aucune réduction, ce qui empêche tout problème de communication au regard de la durée, de la proportionnalité ou de la parité. De plus, la réduction de peine au titre de la DPS sera uniforme. Cependant, le modèle présente plusieurs désavantages. Premièrement, il oblige à déterminer la DPS dans les cas de détention pour plusieurs motifs et lorsqu'il y a eu des périodes de remise en liberté. Cette fonction peut être assumée par le juge, ce qui exige à la fois

une enquête ainsi qu'une déclaration officielle et une consignation de la DPS. Cette fonction peut aussi être déléguée à des fonctionnaires. Dans un cas comme dans l'autre, il faudrait garantir un mécanisme d'examen et de correction de toute erreur alléguée. Un autre désavantage découle de l'uniformité. Bien que souhaitable dans certaines circonstances, une réduction de peine obligatoire prive le juge chargé de déterminer la peine des obligations et des avantages reliés à une approche individualisée. Il n'y aurait aucune marge de manoeuvre pour tenir compte des conditions de détention, surtout un cas extrême qui pourrait mener à une réduction de peine majorée et à une exhortation de la part du public auprès de la magistrature. De même, le juge n'aurait aucun pouvoir discrétionnaire de refuser une réduction de peine au titre de la DPS lorsqu'un tel refus est justifié par des motifs impérieux fondés sur des circonstances particulières. En outre, comme nous l'avons expliqué précédemment, des questions reliées au lieu de détention peuvent surgir lorsque des personnes condamnées à de brèves peines d'une durée légèrement supérieure à deux ans mais bénéficiant d'importantes réductions de peine pour tenir compte de la DPS doivent être incarcérées dans un pénitencier.

3. Recommandation en vue d'une réforme :

a) Éléments inclus et préoccupations traitées :

Certaines questions d'opportunité sont controversées en ce sens que des personnes raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes. Cependant, compte tenu des développements qui précèdent, et en partant des cas de DPS qui ont été reconnus par la Cour suprême du Canada¹⁷¹, on peut isoler certains aspects du débat relatif à la DPS dans le contexte du paragraphe 719(3) dans son libellé actuel qui ajoutent aux vertus, aux valeurs et aux fonctions du processus de détermination de la peine :

- contribuer à l'équité en reconnaissant que la DPS est une sanction qui justifie une réduction;
- contribuer à l'équité et à la parité en reconnaissant que la DPS n'ouvre pas droit à une remise de peine et n'est pas comptée pour déterminer l'admissibilité à la libération conditionnelle;
- préserver une approche individualisée en matière de détermination de la peine en conférant un pouvoir discrétionnaire relativement à la DPS, tant en ce qui concerne l'octroi d'une réduction de peine applicable à une peine d'emprisonnement qu'à titre de facteur pour décider soit d'ordonner la détention, soit d'imposer une sanction communautaire;
- favoriser le respect de la magistrature en habilitant les juges à se pencher sur les conditions de détention à la suite d'un renvoi sous garde; et,
- procurer un degré potentiel d'examen par le public en rapport avec des conditions de détention exceptionnelles.

Les critiques liées à la réduction de peine pour tenir compte de la DPS peuvent également être cernées :

¹⁷¹ Voir, en particulier, *R. v. Wust*, *supra* note 81 et les analyses antérieures.

- mauvaise communication et mauvaise compréhension de la part du public lorsque des explications complètes ne sont pas fournies au sujet de la peine à infliger et au sujet de la réduction de peine attribuable à la DPS;
- disparité des ratios appliqués d'une affaire à l'autre, surtout dans les cas de réduction de peine majorées;
- problèmes découlant du rapport entre la DPS et les seuils et les plafonds; et
- problèmes reliés à la détermination de la durée précise de la période passée en DPS.

Dans le présent document, j'ai évoqué d'autres préoccupations¹⁷², mais celles-ci ont été mises de côté et n'ont pas à être traitées.

b) Une disposition législative révisée :

Première étape :

Abroger le paragraphe 719(3) et le remplacer par une disposition correspondant en substance à ce qui suit :

1. Le juge chargé de fixer la peine tient compte de la détention présentencielle pour déterminer la peine indiquée;
2. La détention présentencielle peut être prise en compte comme facteur pour déterminer s'il convient d'imposer une période de détention ou une sanction communautaire;
3. Lorsqu'il impose une peine d'emprisonnement pour une infraction, le juge chargé de déterminer la peine détermine la peine indiquée conformément aux objets, principes et objectifs applicables de détermination de la peine, et, si le délinquant a passé une période de temps en détention présentencielle (DPS) uniquement par suite de cette infraction, le juge :
 - (i) détermine la période de DPS attribuable à cette infraction, exprimée en jours ou en mois;

¹⁷² Principalement l'élargissement prématuré de personnes « dangereuses » et les sentiments de traitements disparates entre co-accusés.

- (ii) sous réserve du paragraphe 4, réduit la peine indiquée du double de la durée de la DPS pour obtenir la peine réellement imposée; et
- (iii) annonce en audience publique la peine indiquée et la peine réellement imposée.

4. L'aliné 3(ii) s'applique à moins que le juge chargé de déterminer la peine décide :

(i) qu'il existe des raisons impérieuses de refuser au délinquant toute réduction de peine pour tenir compte de la DPS; ou

(ii) après avoir été avisé des conditions de détention pertinentes, et lorsqu'il estime que les conditions s'écartent sensiblement de la norme relative à la DPS, que la réduction de peine qu'il convient d'accorder pour tenir compte de la DPS devrait être plus ou moins que le double de la durée de la DPS, mais la réduction de peine ne peut en aucun cas être inférieure à 1,5 fois ou supérieure à 3 fois la durée réelle de la DPS.

5. Pour l'application de l'aliné 3(i), une DPS d'une durée inférieure à trois mois est calculée en jours, mais une DPS d'une durée supérieure à trois mois est déterminée en mois, arrondie au mois le plus près.

6. (i) La formule de mandat de renvoi ou d'ordonnance (selon le cas) exige que le tribunal précise :

- la DPS attribuable à l'infraction;
- la peine indiquée; et
- la peine réellement imposée.

(ii) Une copie de cette formule est remise au délinquant, et, si le délinquant est condamné à l'emprisonnement, cette copie est livrée avec le délinquant à la prison, au pénitencier ou à tout autre établissement indiqué.

Étape 2 :

Passer en revue le *Code criminel* et recenser tous les seuils ou plafonds qui limitent le champ d'application d'une peine, et y intégrer la DPS. Par exemple, dans le cas des condamnations avec sursis, on ajouterait « après avoir pris en compte la DPS » à l'alinéa 742.1a). Dans le même ordre d'idées, aux dispositions relatives à la surveillance de longue durée, on ajouterait « après avoir pris en compte la DPS » à l'alinéa 753.1(3)a).

c) Conclusion :

Ce modèle proposé en vue d'une réforme commence par la formulation des questions d'opportunité et le règlement de ces questions. Une bonne part de ce travail a déjà été fait par la

Cour suprême. Le processus consistant à intégrer ces choix à un cadre législatif oblige à reconnaître les problèmes potentiels et à s'efforcer de les éliminer ou, à tout le moins, de les réduire. Le modèle recommandé ci-dessus découle d'une analyse des choix et des problèmes tels qu'exposés dans le présent document. Des opinions différentes quant à ces choix pourraient déboucher sur une proposition de modèle différente. Cependant, pour régler la problématique de la DPS, il est essentiel d'adopter une approche globale qui clarifie ces choix stratégiques. En un deuxième temps, la transposition en un modèle législatif doit faire en sorte que les éléments d'une peine seront toujours exprimés en audience publique, qu'ils seront consignés adéquatement et que les autres fonctions consécutives seront exécutées suivant un cadre bien tracé.