
L'impact de l'intervention judiciaire sur l'évolution des normes canadiennes en matière de libération conditionnelle

Lucie Lemonde*

L'auteure se penche sur l'évolution des normes et sur l'intervention de plus en plus active des tribunaux en ce qui concerne la libération conditionnelle. Dans un premier temps, elle trace l'histoire des premières législations canadiennes en la matière et dénote que l'abdication législative marque la première période de cette évolution, où la libération conditionnelle est considérée comme un privilège accordé au détenu de façon discrétionnaire par le gouverneur général. En 1958, une loi crée la Commission nationale des libérations conditionnelles ; s'amorce alors le début d'une deuxième période caractérisée par la délégation de pouvoirs normatif et décisionnel à cette Commission. L'auteure se livre ensuite à l'étude des théories de l'émergence des normes en examinant la perspective de la sociologie du droit, le processus d'engendrement du droit et la dynamique entre les pouvoirs législatif et judiciaire.

Dans un deuxième temps, l'auteure traite de l'impact de l'intervention judiciaire sur l'élaboration des normes. Une analyse du processus de libération conditionnelle favorisant la doctrine de l'équité procédurale ainsi que des dissidences sévères au sein du pouvoir judiciaire ont pavé la voie à des modifications législatives, réglementaires et administratives. Les garanties procédurales sont graduellement reconnues, mais les droits subjectifs des détenus font l'objet d'une vive résistance de la part des autorités administratives qui voient l'efficacité de leur politique et l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire menacés.

Finalement, l'auteure fait l'étude et la critique de la législation actuelle. Selon elle, il appert donc que, bien que l'intervention judiciaire ait entraîné la codification des principes d'équité procédurale, son impact fut beaucoup moins percutant sur la substance des législations.

The author examines the evolution of norms and the increasingly active intervention of the courts with respect to parole. She traces the history of Canadian parole laws and notes that a first period was marked by legislative abdication: parole was considered a privilege granted according to the Governor General's discretion. In 1958, the law creating the National Parole Board marked the beginning of a second period during which normative and decisional powers were delegated to the Board. The author then analyzes the theories relating to the emergence of norms by drawing on the perspective of the sociology of law, the process of lawmaking and the dynamic between legislative and judicial powers.

Second, the author deals with the impact of judicial intervention on the elaboration of norms. An analysis of the parole process which favoured procedural fairness combined with strong judicial dissent to pave the way for legislative, regulatory and administrative changes. Procedural guarantees were gradually recognized, but the recognition of the subjective rights of prisoners met with resistance from the administrative authorities who saw the efficiency of their policies and the exercise of their discretionary powers threatened.

The author concludes with a critique of the current parole legislation. She posits that although judicial intervention led to the codification of principles of procedural fairness, it had little impact on the substance of the parole laws.

* Professeure au département des Sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 581

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 581

 Sommaire

Introduction

I. L'historique des normes canadiennes en matière de libération conditionnelle

A. *L'historique des premières législations*

1. Première période : l'abdication législative (1899-1958)
2. Deuxième période : la délégation des pouvoirs normatif et décisionnel (1958-1978)

B. *Les théories de l'émergence des normes*

1. La perspective de la sociologie du droit
2. L'engendrement du droit selon les théories de Timsit et de Dworkin
3. La dynamique entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif dans l'élaboration des normes

II. L'impact de l'intervention judiciaire sur l'élaboration des normes

A. *L'intégration partielle des normes jurisprudentielles (1978-1992)*

1. Les facteurs préalables à l'émergence d'une nouvelle perspective
 - a. *L'étude de Carrière et Silverstone sur le fonctionnement de la Commission nationale des libérations conditionnelles*
 - i. La préparation du dossier
 - ii. Le déroulement de l'audience
 - iii. La procédure de vote
 - iv. Les critères et la motivation de la décision
 - v. Les recommandations
 - b. *Les développements jurisprudentiels récents*
2. Les modifications législatives, réglementaires et administratives
 - a. *Le Règlement de 1978*
 - b. *La réaction aux ordonnances jurisprudentielles*
 - i. Les garanties procédurales
 - a. *Le droit du détenu d'être représenté à l'audience*
 - b. *Le droit du détenu d'être présent pendant toute la durée de l'audience*
 - c. *Le droit à ce que tous les membres votants soient présents*
 - d. *Le droit à l'information*
 - ii. Les droits substantifs
 - a. *Le blocage (gating)*
 - b. *Les réactions à l'affaire Dumas*

B. *La législation actuelle : analyse et critique*

 Conclusion

Introduction

Jusqu'à la fin des années soixante-dix, l'exercice du pouvoir concernant la libération conditionnelle des détenus était virtuellement à l'abri de tout contrôle externe et de toute révision judiciaire. Par la suite, l'intervention de plus en plus active des tribunaux et l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ ont contribué à modifier cette situation : elles ont forcé les autorités législatives et administratives à procéder à diverses réformes, principalement en ce qui concerne l'intégration de principes d'équité dans le processus décisionnel. L'historique de la législation et de la réglementation dans le domaine de la libération conditionnelle démontre que l'émergence des droits des détenus et l'intégration de normes d'équité procédurale n'ont pas été le fruit de la volonté du législateur ou d'une concession de la part de l'Administration. Ces développements récents sont plutôt le résultat de la lutte du mouvement pour les droits des détenus devant les tribunaux.

Le discours des droits et les ordonnances judiciaires ont eu un impact certain sur la production des normes législatives et sur les pratiques administratives en matière de libération conditionnelle au Canada. Toutefois, alors que l'on incorporait bon gré mal gré plusieurs garanties procédurales exigées par les tribunaux pour assurer l'équité du processus et le respect des principes de justice naturelle, l'on augmentait la sévérité du régime au plan substantif par l'adoption de diverses mesures plus restrictives. Lors de la réforme majeure de 1992, le législateur a ainsi repoussé les dates d'éligibilité aux différents types de libérations conditionnelles pour plusieurs catégories de criminels ; il a également souligné que le critère déterminant était invariablement la protection de la société plutôt que la réhabilitation du délinquant, et il a accru le pouvoir discrétionnaire de la Commission nationale des libérations conditionnelles en élargissant le système de maintien en détention après la date statutaire de libération d'office. Depuis toujours, le système répressif de justice criminelle et le régime de libération anticipée des contrevenants fluctuent selon le balancier politique et deviennent souvent des enjeux électoraux sensationnalistes.

L'analyse historique des diverses législations, règlements et directives dans le domaine spécifique de la libération conditionnelle, de même que l'étude de certains documents faisant état de la réaction du pouvoir exécutif et des agences administratives aux ordonnances judiciaires et aux modifications législatives, permettent de circonscrire le rôle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire dans l'élaboration des normes en cette matière. Elles indiquent en même temps les limites de l'impact de l'intervention judiciaire et de la constitutionnalisation des droits ainsi que leur impuissance à modifier véritablement l'ordre établi et l'aspect substantif du pouvoir discrétionnaire des décideurs.

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

I. L'historique des normes canadiennes en matière de libération conditionnelle

Les premières dispositions législatives ou réglementaires sur les libérations conditionnelles des détenus sont consignées dans des textes dont le contenu est très mince. Leur principal objet est la création d'agences administratives chargées de la libération des prisonniers, auxquelles est déléguée la quasi-totalité du pouvoir normatif et du pouvoir décisionnel. Ainsi, aucune règle précise et aucun standard ne viennent limiter, encadrer ou structurer le pouvoir normatif et le pouvoir discrétionnaire absolu dévolus à ces organismes administratifs. Ces dispositions établissent même une clause privative destinée à placer leurs décisions à l'abri de tout contrôle extérieur par voie d'appel ou de révision judiciaire.

A. L'historique des premières législations

1. Première période : l'abdication législative (1899-1958)

Au siècle dernier, la libération avant terme d'un prisonnier pouvait être le résultat d'une remise de peine pour conduite exemplaire accordée par le directeur du pénitencier², ou d'un ordre du gouverneur général dans l'exercice de la prérogative royale de clémence³. Entre 1899 et 1958, le mécanisme de libération des prisonniers avant échéance de la peine a pris la forme d'un « permis de sortie » (*ticket of leave*) accordé de façon discrétionnaire par le gouverneur général. Ainsi, les premières lois, dont l'objet est de permettre au prisonnier de bénéficier d'une autorisation d'être remis en liberté avant l'expiration de sa peine, se bornent à confier au gouverneur général l'entière discrétion quant à l'autorisation de sortir, aux conditions à respecter, à la révocation du permis ou à sa modification⁴. De plus, ces législations sont muettes sur l'identité de l'autorité gouvernementale responsable de

² *Acte concernant les Pénitenciers et les Directeurs préposés à leur administration, et pour d'autres fins*, S.C. 1868, c. 75. L'article 62 se lisait comme suit :

Dans le but d'encourager les détenus à se bien conduire, et à travailler avec soin et diligence, et de les en récompenser, il sera et pourra être loisible aux directeurs des pénitenciers de préparer des règles et règlements en vertu desquels il pourra être tenu un registre exact de la conduite journalière de chaque détenu d'un pénitencier, dans lequel il sera pris note de son industrie, de sa diligence et de son assiduité dans l'accomplissement de son travail, et de l'exactitude avec laquelle il observe les règlements de la prison, — afin de permettre à ce détenu (conformément aux règlements de la prison) de mériter la remise d'une partie du temps pour lequel il aura été condamné à l'emprisonnement, n'excédant pas cinq jours par mois durant lequel il aura tenu une conduite exemplaire.

³ D.P. Cole et A. Manson, *Release From Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*, Toronto, Carswell, 1990 à la p. 164.

⁴ *Acte relatif à la libération conditionnelle des détenus aux pénitenciers*, S.C. 1899, c. 49 [ci-après *Loi de 1899*] ; *Loi des libérations conditionnelles*, S.R.C. 1906, c. 150 [ci-après *Loi de 1906*] ; *Loi des libérations conditionnelles*, S.R.C. 1927, c. 197 [ci-après *Loi de 1927*] ; *Loi sur les libérations conditionnelles*, S.R.C. 1952, c. 264 [ci-après *Loi de 1952*].

l'administration des libérations anticipées ou «permis de sortie»⁵. En ce sens, la libération anticipée ressemblait beaucoup plus à une manifestation de la clémence royale qu'à un droit statutairement encadré tel qu'on le connaît aujourd'hui.

Jusqu'à l'adoption de la loi créant la Commission nationale des libérations conditionnelles en 1958⁶, les lois sur la libération conditionnelle ne contiennent que douze ou treize articles rédigés en termes très généraux. Elles prévoient qu'en cas de révocation du permis de sortie, le détenu libéré sera appréhendé et réintégré au pénitencier par le commissaire de police fédérale⁷. Ce permis sera déchu si le détenu est condamné à une nouvelle peine ou s'il manque à l'obligation de donner son adresse, d'avertir de tout déplacement ou déménagement et de se rapporter mensuellement à la police, auquel cas s'ajoutera une condamnation à un an additionnel d'emprisonnement⁸. Également, tout agent de la paix pourra arrêter sans mandat un porteur de permis qu'il soupçonne raisonnablement soit d'avoir commis une infraction, soit de «se procurer sa subsistance par des moyens malhonnêtes.»⁹ De plus, le détenu devra respecter la liste des conditions générales contenue à une annexe à la *Loi* : il devra notamment porter son permis et le présenter à la police, respecter la loi, ne pas s'associer «avec des personnes notoirement de mauvaises mœurs, telles que les voleurs ou prostituées réputés tels,» et ne pas mener une «vie oisive et dissolue sans moyens visibles d'existence honnête.»¹⁰ Les dispositions concernant le calcul des sentences sont alors très simples : en règle générale, la peine continue à courir pendant la libération, mais, en cas de nouvelle condamnation, le détenu libéré purge d'abord cette nouvelle peine, puis ce qui lui restait à purger de la première au moment de l'abstention de son permis de sortie.

Pendant toutes ces années, aucun texte réglementaire ne vient préciser les modalités d'application de la *Loi* ni encadrer la discrétion dévolue aux divers acteurs impliqués, comme le gouverneur, l'agent de la paix, *etc.* Les motifs de l'octroi d'un tel permis ne sont pas déterminés dans la *Loi* non plus que la portion de la peine devant être purgée avant que le permis ne puisse être délivré. Par ailleurs, les ter-

⁵ Cole et Manson, *supra* note 3 aux pp. 166-67, expliquent que, de 1899 à 1929, les permis de sortie sont administrés par l'Armée du Salut, les forces de police locales et la G.R.C. Une agence administrative, le service de rémission, est mise sur pied. Après la deuxième guerre mondiale, différents organismes, dont la Société Elizabeth Fry et la John Howard Society, jouent un rôle de plus en plus important en défendant devant le public la valeur d'une période de supervision pour la réinsertion sociale des prisonniers.

⁶ *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.C. 1958, c. 38, art. 3 [ci-après *Loi de 1958*].

⁷ Et, à compter de 1920, par le Commissaire de la Royale gendarmerie à cheval du Canada (*Loi modifiant la Loi de la Royale gendarmerie à cheval du Canada et transférant au Commissaire de la Royale gendarmerie à cheval du Canada les pouvoirs dont le Commissaire de la police du Canada était jusqu'ici revêtu*, S.C. 1919-20, c. 18).

⁸ *Loi de 1899*, *supra* note 4, art. 5-6 ; *Loi de 1906*, *supra* note 4, art. 5-8 ; *Loi de 1927*, *supra* note 4, art. 6 ; *Loi de 1952*, *supra* note 4, art. 6.

⁹ *Loi de 1899*, *ibid.*, art. 8 ; *Loi de 1906*, *ibid.*, art. 12 ; *Loi de 1927*, *ibid.*, art. 13 ; *Loi de 1952*, *ibid.*, art. 13.

¹⁰ *Loi de 1899*, *ibid.*, ann. ; *Loi de 1906*, *ibid.*, ann. ; *Loi de 1927*, *ibid.*, ann. ; *Loi de 1952*, *ibid.*, ann.

mes employés pour définir les comportements qui justifient une déchéance ou une révocation du permis sont on ne peut plus vagues et peuvent donner lieu à une application arbitraire : il suffit qu'aux yeux d'un agent de la paix le détenu libéré paraisse «se procurer sa subsistance par des moyens malhonnêtes» ou mener une «vie oisive et dissolue» ou encore qu'il s'associe habituellement avec des personnes «notoirement de mauvaises mœurs» pour que son permis soit révoqué.

2. Deuxième période : la délégation des pouvoirs normatif et décisionnel (1958-1978)

La principale modification apportée par cette nouvelle génération de législations se situe au plan opérationnel : la Commission nationale des libérations conditionnelles¹¹ dont les cinq membres sont nommés par le gouverneur en conseil pour une période de dix ans est créée.

Selon les termes de l'article 5 de la *Loi de 1958*, la Commission «est exclusivement compétente pour accorder, refuser d'octroyer ou révoquer la libération conditionnelle, et elle jouit d'une discrétion absolue à cet égard.»¹² Dans la prise de décision d'octroyer ou de révoquer une libération, elle n'est pas tenue, aux termes de l'article 9, d'accorder une entrevue personnelle au détenu ni à quelqu'une personne agissant en son nom¹³. L'article 19 spécifie en outre qu'aucune de ses décisions «n'est susceptible [...] d'appel à un tribunal ou une autre autorité, ou d'aucune révision par un tribunal ou une autre autorité.»¹⁴ Outre le devoir imposé à la Commission d'examiner les cas aux époques prescrites par règlement, aucune obligation de rendre compte ne lui incombe.

L'article 8 de la *Loi de 1958* exprime pour la première fois l'objectif de l'octroi d'une libération anticipée. Il énonce que la Commission peut accorder une libération à un détenu si elle estime que celui-ci «a tiré le plus grand avantage possible de l'emprisonnement et que l'octroi de la libération conditionnelle facilitera le redressement et la réhabilitation du détenu.» Aucune mention n'est faite de l'objectif de protection de la société : ce n'est qu'en 1970 qu'apparaîtra la notion de «risque in-

¹¹ Ci-après la Commission.

¹² Cette disposition est reprise mot à mot dans une loi de 1970 (*Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, c. P-2, art. 6 [ci-après *Loi de 1970*]). La formulation sera légèrement modifiée en 1977. L'article 6 dit alors que la Commission est «exclusivement compétente et a entière discrétion» et il étend cette compétence aux libérations conditionnelles de jour et aux absences temporaires sans escorte (*Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, L.C. 1976-77, c. 53, art. 23 [ci-après *Loi de 1977*]). En 1986, le législateur étend la discrétion à la surveillance obligatoire (*Loi modifiant la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, la Loi sur les pénitenciers, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et le Code criminel*, L.C. 1986, c. 43, art. 4).

¹³ L'article 11 de la *Loi de 1970* est au même effet. À partir de 1977, l'on dira que la Commission n'est pas tenue «de donner au détenu l'occasion de se faire entendre personnellement» et l'on spécifiera que la Commission doit agir «sous réserve des règlements que peut établir à ce sujet le gouverneur en conseil» (*Loi de 1977, ibid.*, art. 26).

¹⁴ L'article 23 de la *Loi de 1970* est au même effet et cette disposition ne sera abrogée que lors de la réforme de 1992.

du pour la société.»¹⁵

Les autres dispositions de cette loi sont d'ordre technique et concernent entre autres l'effet de la révocation ou de la déchéance de la libération conditionnelle sur le calcul de la sentence qui reste à purger. Les dispositions sur le calcul des sentences multiples se compliqueront au cours des ans au point de devenir tout à fait incompréhensibles pour les détenus touchés par ces mesures. Cette complexité atteint son point culminant dans la loi actuelle¹⁶ où, selon une auteure, la règle est «consignée dans un texte législatif qui est un chef-d'œuvre d'hermétisme et rédigé dans un français inacceptable.»¹⁷

Le règlement adopté en 1960 pour compléter la *Loi de 1958* ne contient que six articles concernant principalement l'établissement des dates d'éligibilité aux libérations conditionnelles selon le type de sentence purgée et les dates d'examen des cas par la Commission¹⁸. Ces dates ont été modifiées à plusieurs reprises, mais le contenu du *Règlement de 1960* n'a pas subi de changement substantiel jusqu'en 1978¹⁹.

Historiquement donc, le Parlement a abdiqué sa responsabilité normative en matière de libération conditionnelle. Selon une certaine école doctrinale, le flou législatif, le silence ou les lacunes de la loi sont la manifestation délibérée de la volonté du législateur de préserver la liberté des individus²⁰. Selon une théorie plus récente, il ne s'agit pas d'un oubli ou d'une maladresse mais bien de la volonté de laisser aux tribunaux la tâche de déterminer la valeur sociale dominante à un moment donné de l'histoire²¹.

Cependant, dans le domaine de la libération conditionnelle et du droit carcéral en général, aucune de ces affirmations ne se vérifie. Premièrement, en choisissant de ne pas prédéterminer de normes en ce domaine, le législateur n'avait certainement pas l'intention de se servir de son pouvoir normatif, ou plus exactement de son pouvoir de «non-décision», pour laisser une marge de manœuvre et

¹⁵ *Loi de 1970*, supra note 12, sous-al. 10a)(iii).

¹⁶ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 139 [ci-après *Loi de 1992*].

¹⁷ H. Dumont, *Pénologie: Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993 à la p. 354.

¹⁸ *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/60-216 [ci-après *Règlement de 1960*].

¹⁹ Le *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, C.R.C., c. 1249, ne contient lui aussi que six articles portant sur le même sujet mais il sera amendé cette même année et passera à 26 articles (DORS/78-428 [ci-après *Règlement de 1978*]).

²⁰ C'est la théorie des positivistes selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit est intentionnellement permis par le détenteur du pouvoir normatif.

²¹ A. Lajoie, «Sens et fondements du texte juridique» dans C. Thomasset, R. Côté et D. Bourcier, dir., *Les sciences du texte juridique: Le droit saisi par l'ordinateur*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1993, 3 à la p. 16. Selon elle, il s'agit d'un nouveau mode de gestion des conflits sous le régime de la *Charte* : par cet aller-retour entre le législatif et le judiciaire, la démocratie est devenue bipolaire (*ibid.*).

d'autonomie aux détenus. C'est plutôt aux autorités qu'il a accordé une zone d'autonomie en leur déléguant non seulement le pouvoir de produire les normes mais aussi celui de les appliquer et de les interpréter selon leur bon vouloir et sans aucun contrôle.

Deuxièmement, le Parlement n'avait pas non plus l'intention de laisser aux tribunaux un pouvoir de création normative. Le développement jurisprudentiel et l'intervention judiciaire se sont faits à son corps défendant et en dépit de tous les efforts qu'il a déployés pour contrecarrer l'émergence de nouvelles normes d'équité et d'un modèle légal plus formel. Le gouvernement s'est même opposé de toutes les façons possibles à ce que les questions concernant les droits des détenus et les libérations conditionnelles ne soient soumises ou débattues devant les tribunaux. En plus d'établir une clause privative comme il a été mentionné ci-haut²², il a soulevé une foule d'arguments de type juridictionnel ou substantif pour empêcher l'intervention judiciaire et la limitation par les tribunaux du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives.

C'est donc dans un contexte d'abdication législative notable et de délégation de pouvoir discrétionnaire considérable et incontrôlé qu'a émergé au cours des années quatre-vingts une normativité d'équité dans le processus décisionnel entourant les libérations conditionnelles. L'ambiguïté des normes législatives et la vaste discrétion dévolue aux autorités administratives ont contribué à l'érosion de la doctrine du laissez-faire (*hands-off*) prônée jusque là par les tribunaux²³.

B. Les théories de l'émergence des normes

1. La perspective de la sociologie du droit

Pour étudier le phénomène de l'émergence des normes juridiques, il est possible d'adopter une approche purement legaliste pour en déterminer le moment précis et ce, qu'il s'agisse de l'adoption d'une loi, de la sanction d'un règlement ou du prononcé d'une ordonnance judiciaire. Les juristes positivistes se penchent à l'occasion sur le cheminement immédiat de la norme avant son édicition et analysent les travaux préparatoires, les débats en chambre ou les rapports des commissions parlementaires dans le but d'identifier «l'intention du législateur» et de préciser ainsi le contenu de la nouvelle norme. Les valeurs qui sous-tendent la norme de même que l'impact produit par les groupes de pression et les rapports sociaux dans son élaboration commencent depuis peu à être pris en compte par les juristes. En effet, il en est question lorsqu'il s'agit de faire, dans le cadre de la *Charte*, l'exercice

²² Voir ci-dessus le texte précédant la Partie I.A.1.

²³ Selon des auteurs américains, l'intervention plus active des tribunaux est due en partie au fait que les législatures ont virtuellement abdicqué toute responsabilité en la matière et n'ont mis sur pied aucun mécanisme de contrôle externe de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (B. Atkins et M. Pogrebin, *The Invisible Justice System. Discretion and the Law*, 2^e éd., Cincinnati, Anderson, 1982 ; L. Orland, *Prisons: Houses of Darkness*, New York, Free Press, 1975 ; K.C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969).

du test de proportionnalité entre l'objectif urgent et réel poursuivi par l'auteur de la norme, d'une part, et les droits fondamentaux et les libertés individuelles, d'autre part²⁴.

L'approche sociologique est beaucoup plus large car elle s'interroge sur les raisons de l'émergence d'une norme et sur les mouvements ou les acteurs sociaux qui ont contribué à sa production. L'analyse de l'origine de la norme peut se situer à deux niveaux, soit macrosociologique soit microsociologique. D'un côté, elle explore dans une perspective historique le contexte social, économique, politique et structurel qui a favorisé la naissance de la norme. D'un autre côté, elle se préoccupe du rôle plus immédiat des acteurs sociaux dans la création de cette norme.

Les législatures sont responsables de la création d'une grande proportion des nouvelles normes mais elles ne sont pas les seuls acteurs dans la production du droit. S.D. Stein soutient, par exemple, que les agences administratives (*executive agencies*) sont très souvent impliquées dans l'élaboration des projets de loi dont plusieurs originent de l'intérieur même de ces agences. Outre ces deux sources se trouve le pouvoir judiciaire qui, dans le cadre de sa fonction, «is inevitably involved in widening or narrowing the scope and substance of legal norms.»²⁵

Selon l'approche pluridimensionnelle proposée par P. Landreville, une étude de la production normative fondée sur le rôle des acteurs sociaux doit aborder quatre dimensions, soit : la non-production législative, l'émergence des législations, le processus législatif et le champ judiciaire. La non-production législative ou le champ des non-décisions est indicatrice, au même titre que la production législative, des relations de pouvoir entre les différents acteurs impliqués. La dimension de l'émergence des législations cherche à circonscrire le rôle des initiateurs dans la création et la modification de la norme et à comprendre les étapes de la transformation d'une question sociale en un problème juridique. L'analyse du processus législatif lui-même met l'accent, non pas sur les initiateurs de la norme mais sur tous les intervenants, y compris les opposants. Finalement, une autre dimension non négligeable, mais qui varie d'un système politico-juridique à l'autre, est le rôle joué par les tribunaux dans la création et l'invalidation des normes²⁶.

2. L'engendrement du droit selon les théories de Timsit et de Dworkin

Même si elles n'expliquent pas les raisons de l'activisme judiciaire des dernières décennies en matière de droit pénal, raisons qui doivent être cherchées ailleurs, dans l'évolution du droit, d'une part, et dans la tendance à l'extension des

²⁴ Le test de l'article 1 de la *Charte* est élaboré par la Cour suprême dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200.

²⁵ S.D. Stein, «The Sociology of Law: Some Comments on Theoretical Paradigms and Case Studies» (1980) 20 *British J. Criminology* 99 à la p. 114.

²⁶ P. Landreville, «Acteur social et création de la loi» dans F. Digneffe, dir., *Acteur social et délinquance*, Liège (France), Pierre Mardaga, 1990, 191 à la p. 204.

droits aux groupes de moindre pouvoir, d'autre part, les analyses théoriques de Timsit et de Dworkin fournissent quelques éléments pour comprendre la dynamique entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire dans la création des normes juridiques.

Pour les positivistes, explique Timsit, l'État est le seul producteur du droit, le seul auteur de la loi et il ne trouve de limitation qu'en lui-même, c'est-à-dire dans la loi qu'il a lui-même édictée²⁷. La loi est complète et le rôle de l'interprète se résume à la lire par le recours à diverses techniques comme la logique formelle, l'analyse grammaticale, la déduction, le raisonnement *a contrario*, etc. Le juge recherche avant tout l'intention du législateur et élabore des règles d'interprétation pour résoudre les contradictions, les ambiguïtés ou les lacunes de la loi : hiérarchie entre les lois, préséance de la loi postérieure sur la loi antérieure, de la loi spéciale sur la loi générale, etc. En aucun cas, l'interprète ou le juge n'a-t-il un rôle de création des règles de droit : il n'est jamais, pour employer l'expression de Montesquieu, que «la bouche de la loi».

Selon l'école sociologique, l'État n'est plus le créateur de la loi ; il ne fait que lire la structure humaine et constater dans la loi la volonté sociale. Elle réfute l'affirmation que l'interprète ne fait que lire la loi, puisque l'interprétation est un geste purement subjectif. Quand surgissent des difficultés, ambiguïtés ou lacunes dans la loi, l'interprète fait un travail de création à partir du «donné» et du «construit»²⁸ qui n'a rien à voir avec la logique formelle ou la déduction.

Pour Timsit, selon ces deux écoles, la loi se réduit au texte qui la constitue. Elles ont un problème commun en ce qu'elles présentent le droit comme ayant une source unique, soit l'État pour les positivistes, soit le groupe social pour les sociologues. Il propose donc de s'éloigner de la question de savoir qui crée la loi pour aborder de nouveaux sentiers en tentant de déterminer comment la loi est créée²⁹.

Selon lui, la loi n'est pas que parole, elle est aussi écriture, donc lecture et décodage. Le processus d'engendrement du droit n'est pas simplement un processus vertical d'émission-édiction de normes mais il associe les instances de réception. La norme prend sa signification par la lecture qu'en fait le destinataire qui complète, modifie et parfois même contredit le sens prédéterminé par son auteur. Ce décodage du sens de la norme ne peut s'effectuer que par référence au champ culturel dans lequel il s'opère. Ce code culturel est surdéterminant du sens finalement reconnu à la norme. Quand la loi est silencieuse ou emploie des concepts flous, le

²⁷ G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991.

²⁸ Selon l'expression de F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, t. 1-2, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

²⁹ Timsit ignore ainsi volontairement le rôle des acteurs et des mouvements sociaux dans la création de la loi. Il ne s'intéresse qu'à la norme juridique une fois inscrite dans la loi, émise dans la forme juridique. Sa théorie, à elle seule, ne peut donc expliquer le processus d'engendrement du droit ou de l'émergence des normes et, contrairement à ses assertions répétées, elle ne s'éloigne pas beaucoup, croyons-nous, des préoccupations des tenants du positivisme juridique.

code culturel, c'est-à-dire les principes généraux du droit, les valeurs, les croyances et les standards, joue un rôle essentiel dans le processus de décodage de la norme et la détermination de son sens.

Le processus d'engendrement du droit comprend donc, selon Timsit, trois éléments distincts qui, mis ensemble, donneront le sens définitif à la norme. Il y a tout d'abord la prédétermination de la norme par l'auteur-émetteur, soit, dans la majorité des cas, l'État en droit interne ou les États puissants en droit international. Ce processus d'encodage est plus ou moins rigoureux selon le degré de contrôle du décodage futur que veut en faire son auteur.

Ensuite, vient l'étape de la codétermination par le destinataire-lecteur de la norme qui participe ainsi à la détermination de son sens. Comme il y a toujours place à interprétation d'un texte de loi, il y a toujours une part de codétermination. Plus la loi présente d'ambiguïtés, de lacunes, d'indéterminations, de notions à contenu variable, plus la codétermination par les instances de lecture est importante dans le processus d'engendrement du droit.

Le dernier élément est la surdétermination du sens de la norme. Le silence ou l'indétermination de la loi, selon Timsit, sont des lieux privilégiés de codétermination et opèrent un transfert du pouvoir créateur du droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou l'interprète. Ce pouvoir de création du droit n'est pas une opération arbitraire car plusieurs éléments viennent limiter la portée et l'étendue de la liberté créatrice ou de la discrétion de l'interprète et du lecteur de la loi. Ceux-ci sont en effet liés par ce que Timsit appelle le champ culturel par lequel le cadre de cet exercice est surdéterminé. La lecture du texte est fonction d'un contexte plus large. Les principes métajuridiques du champ culturel servent à combler les lacunes, meubler le silence et, finalement, à donner à la norme son sens définitif.

Cette théorie présente plusieurs analogies avec celle développée par Dworkin³⁰. Selon ce dernier, le droit est plus qu'un ensemble de règles posées par le législateur ; il comprend aussi des principes auxquels ont recours les juges pour interpréter la loi et solutionner les «causes difficiles». Pour expliquer le rôle des principes dans la création du droit, il donne l'exemple d'une règle bien établie qui veut qu'un enfant puisse hériter de son père³¹. Or, aucune règle ne prévoit qu'un fils qui a tué son père ne puisse pas toucher son héritage. Les juges se sont plutôt appuyés sur le principe supérieur voulant qu'un homme ne puisse profiter de son crime («le crime ne paie pas») pour invalider le testament et créer ainsi une nouvelle règle à l'effet que les meurtriers ne peuvent pas hériter de leurs victimes³².

Tout comme l'affirmait Timsit au sujet de la codétermination, les juges ont, se-

³⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

³¹ *Ibid.* aux pp. 28, 29.

³² *Ibid.* aux pp. 28-30.

lon Dworkin, un pouvoir de création normative. Par contre, ce pouvoir ne saurait être exercé de façon totalement arbitraire ou discrétionnaire puisque les juges sont liés par des principes métajuridiques. Ces principes ressemblent fort aux valeurs, croyances et standards du champ culturel dont parlait Timsit et ils rejoignent ce que Macdonald a appelé les «présupposés tacites» ou la «normativité implicite et inférentielle»³³. Selon ce dernier, les normes juridiques sont soit explicites et formulées (la loi), soit implicites et formulées (la coutume), soit explicites et inférentielles (la décision judiciaire), soit implicites et inférentielles (les principes généraux du droit, les standards, *etc.*). Certains de ces principes, comme l'équité, la primauté du droit et la justice fondamentale, ont été incorporés dans les chartes, les documents internationaux ou les décisions judiciaires et sont ainsi passés de normes inférentielles et implicites à inférentielles et explicites ou formulées et explicites³⁴.

Les principes se distinguent des règles par le poids que ces dernières n'ont pas. Quand deux règles s'entrechoquent, selon Dworkin, l'une cède la place à l'autre en vertu de techniques de hiérarchie extérieures à cette règle. Lorsque deux principes entrent en conflit, par exemple la protection du consommateur versus la liberté contractuelle, il faut calculer le poids de chacun dans le contexte social et historique donné. Une règle peut être complètement renversée alors qu'un principe connaît un déclin, une érosion lorsqu'un autre apparaît meilleur.

3. La dynamique entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif dans l'élaboration des normes

Les théories de Timsit et de Dworkin offrent une grille de lecture intéressante, quoique limitée, pour comprendre le rôle joué par les tribunaux dans l'élaboration des normes en matière de libération conditionnelle et de droit carcéral en général. Le législateur n'a pas prédéterminé de normes en ce domaine. Le rôle des tribunaux est donc de codéterminer et d'interpréter une norme inexistante.

Pendant longtemps, les tribunaux ont interprété le silence de la loi et cette absence de normes préétablies comme étant la manifestation explicite de la volonté bien arrêtée du législateur de leur enlever toute compétence pour intervenir dans ce champ spécifique et de réserver l'ensemble du pouvoir de décision aux autorités administratives. De plus, selon la conception prévalant à l'époque, les personnes incarcérées étaient déchuës de tout droit et donc de droits susceptibles de sanction judiciaire et la libération conditionnelle était considérée comme un privilège accordé de façon discrétionnaire qui ne relevait en rien des tribunaux mais bien des autorités administratives dont les décisions n'étaient pas assujetties au contrôle judiciaire.

Par la suite, un changement de perspective total a amené les tribunaux à voir

³³ R.A. Macdonald, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"» (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 47 à la p. 58.

³⁴ *Ibid.* à la p. 53.

dans le silence de la loi une volonté du législateur de ne pas écarter les valeurs du code juridique culturel comme l'équité et les principes de justice naturelle. Ils se sont donc immiscés pour inclure dans la loi des principes d'équité procédurale et créer ainsi des normes et des standards de justice carcérale. En quelques années, ils ont abandonné le principe voulant que la libération conditionnelle soit un simple «privilege ou gracieuseté ou faveur, de la part de la Commission nationale des libérations conditionnelles, ne donnant aucun droit au libéré conditionnel et sujet à lui être retiré à volonté»³⁵ pour adopter la vision que la libération conditionnelle confère des droits susceptibles de sanction judiciaire.

Les tribunaux se sont ainsi donné le pouvoir de prédétermination et d'émission des normes au lieu et place du législateur. Pour ce faire, ils ont puisé dans le code culturel ou les principes généraux du droit surdéterminants de ces normes. C'est ainsi, par exemple, que la Cour suprême du Canada a créé une nouvelle norme, issue du code culturel de la société globale, en déclarant que la règle de droit doit prévaloir à l'intérieur des murs de la prison³⁶. Dans les jugements subséquents, les tribunaux ont codéterminé et interprété cette norme-standard pour lui donner un contenu plus précis et une signification adaptée au contexte spécifique et au moment où elle est mise en œuvre. Le législateur a ensuite lui-même procédé à la codétermination de la norme prédéterminée par le pouvoir judiciaire en élaborant des règles pour se conformer à ce standard³⁷.

Les tribunaux ont donc joué un rôle très important dans l'élaboration des normes en droit carcéral. Ils y ont transposé les valeurs, standards et principes du code juridique en vigueur dans la société globale. Les modifications législatives récentes sont l'intégration des normes élaborées par les tribunaux et parfois, l'expression d'une opposition à celles-ci. Pour reprendre la typologie de Macdonald, les normes implicites et inférentielles sont devenues des normes inférentielles et explicites, puis elles ont été formulées dans la loi de façon explicite³⁸.

II. L'impact de l'intervention judiciaire sur l'élaboration des normes

A. L'intégration partielle des normes jurisprudentielles (1978-1992)

Comme nous l'avons vu, les textes législatifs et réglementaires d'avant 1978 se caractérisaient par la dévolution à l'organisme administratif chargé de la libération des détenus d'un pouvoir discrétionnaire absolu équivalant à une véritable abdication par le législateur de son pouvoir normatif. Or, par la suite, le législateur inté-

³⁵ *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles* (1974), [1976] 1 R.C.S. 453 à la p. 461, 50 D.L.R. (3^e) 349 [ci-après *Howarth* avec renvois aux R.C.S.].

³⁶ *Martineau c. Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602 à la p. 631, 13 C.R. (3^e) 1 [ci-après *Martineau* avec renvois aux R.C.S.].

³⁷ Un tel développement aurait été plus difficile dans un autre système juridique où le rôle créateur des tribunaux est moindre, comme dans le système français de droit écrit auquel fait référence Timsit.

³⁸ Macdonald, *supra* note 33 à la p. 54.

grera progressivement certaines normes d'équité et de justice fondamentale élaborées par les tribunaux dans le cadre de la révision judiciaire des décisions administratives. Dans certains cas, l'intégration fera l'objet d'une résistance assez marquée de la part des autorités administratives ou des divers agents impliqués dans le système correctionnel.

1. Les facteurs préalables à l'émergence d'une nouvelle perspective

Le début de cette transformation s'explique évidemment par des facteurs d'ordre macrosociologique tels que la démocratisation de la société et l'extension des libertés civiles aux minorités et groupes de moindre pouvoir, d'une part, et la croissance de la tendance légaliste de l'évolution sociétale, d'autre part. Deux événements plus spécifiques méritent une analyse approfondie : tout d'abord, les résultats d'une étude demandée par la Commission de réforme du droit du Canada sur le fonctionnement de la Commission nationale des libérations conditionnelles et, ensuite, le développement récent de la jurisprudence générale en droit administratif de même que le développement spécifique de la jurisprudence canadienne et américaine en droit carcéral.

a. *L'étude de Carrière et Silverstone sur le fonctionnement de la Commission nationale des libérations conditionnelles*

La Commission de réforme du droit du Canada a demandé en 1974 une analyse du processus de libération conditionnelle, des pouvoirs, des règles de pratique et de procédure ainsi que des fonctions administratives, juridictionnelles et législatives de la Commission nationale des libérations conditionnelles³⁹. Selon l'auteur de la préface, «[p]our déterminer s'il existe une justice administrative (avec ses deux éléments complémentaires: équité et efficacité), il faut examiner de près les conditions véritables de l'exercice par les organismes administratifs de leur pouvoirs discrétionnaires.»⁴⁰ Pour la Commission de réforme du droit, le succès de la mission de l'organisme administratif titulaire du pouvoir discrétionnaire de libérer les détenus «dépendra dans une large mesure de l'adoption d'une procédure équitable.»⁴¹

Or, les auteurs ont identifié de graves lacunes au sein de cet organisme à presque toutes les étapes du processus, notamment sur le plan de la préparation du dossier, du déroulement de l'audience, de la procédure de vote, de la prise de décision et de sa motivation.

³⁹ Commission de réforme du droit du Canada, *Le processus de libération conditionnelle: Étude de la Commission nationale des libérations conditionnelles* par P. Carrière et S. Silverstone, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976.

⁴⁰ *Ibid.* à la p. xviii.

⁴¹ *Ibid.* à la p. xxi.

i. La préparation du dossier

Il appert que les dossiers préparés par le Service des libérations conditionnelles ou les agents de gestion de cas, dont l'influence sur la décision des commissaires est déterminante⁴², souffrent d'absence de clarté, d'incohérence et de manque d'uniformité. Les détenus ne participent pas à la constitution du dossier et ne sont pas en mesure de contester la véracité de certains renseignements puisqu'ils ignorent même que les commissaires en ont possession ou ne l'apprennent que fortuitement lors de l'audience. Les auteurs en viennent à la conclusion «que le fonctionnement de la Commission est astreint à des normes d'exactitude et de rigueur inférieures à celles qu'appliquent les tribunaux qui imposent les peines.»⁴³

ii. Le déroulement de l'audience

Les audiences devant la Commission des libérations conditionnelles se distinguent «nettement des procédures habituellement suivies lorsqu'il s'agit de statuer sur la liberté d'un particulier.»⁴⁴ En fait, de l'avis des auteurs, il est impossible de parler d'une audience selon l'acceptation ordinaire du terme puisqu'il s'agit en réalité d'une entrevue dépourvue de formalisme, d'une discussion.

Avant le commencement de l'audience proprement dite, les commissaires discutent du cas, en l'absence du détenu, avec l'agent de libération conditionnelle et l'agent de gestion de cas. Les auteurs ont noté que «sur les 179 audiences auxquelles nous avons assisté, dans cinquante cas au moins, les commissaires en étaient arrivés à une décision provisoire *avant* que le détenu ne pénètre dans la salle d'audience.»⁴⁵ Après cette rencontre privée, le détenu est invité à entrer et il est interrogé par les commissaires. Des questions comme «quels sont vos problèmes ?» ou «reconnaissez-vous vos points faibles ?» lui sont posées. Aucun procès-verbal de l'audience n'est dressé. Il existe uniquement un formulaire de décision et, parfois, un résumé des notes des commissaires. Ces documents ne sont pas communiqués au détenu qui, en fait, ne reçoit jamais de document énonçant par écrit la décision rendue. Les délibérations des commissaires ont lieu en l'absence du détenu mais en présence des divers agents ayant constitué le dossier et ayant fait la recommandation initiale.

Les détenus ne sont pas préparés pour l'audience et ils n'y jouent aucun rôle actif. Les auteurs constatent à leur grande surprise que, dans plusieurs cas, les détenus n'avaient reçu aucun préavis d'audience et ne connaissaient pas l'identité des

⁴² La recommandation des agents quant à l'octroi ou le refus d'une libération conditionnelle est déterminante puisque dans l'échantillon de la recherche, les commissaires ont suivi intégralement (65 pour cent) ou avec quelques modifications mineures (15 pour cent) cette recommandation dans 80 pour cent des cas (*ibid.* à la p. 75).

⁴³ *Ibid.* à la p. 67.

⁴⁴ *Ibid.* à la p. 86.

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 151.

commissaires qui la présideraient⁴⁶. De plus, la pratique interdit aux détenus d'être représentés ou assistés pendant les audiences.

iii. La procédure de vote

À l'époque de la recherche de Carrière et Silverstone, le nombre de votes requis pour la décision de la Commission sur chaque type de cas n'était pas prévu dans la *Loi de 1958* mais seulement dans des procédures internes⁴⁷. Ces dernières prévoient qu'il est possible pour un commissaire de demander des votes additionnels de la part de commissaires qui n'étaient pas présents à l'audience. Règle générale, ils le font pour les crimes graves mais aussi pour un cas qui appartient à la catégorie des «causes célèbres»⁴⁸. La crainte de mauvaise publicité est un facteur déterminant dans le refus d'octroi d'une libération conditionnelle : plus les commissaires craignent une réaction négative de l'opinion publique, plus ils sont enclins à exiger des votes additionnels. Il s'ensuit une injustice réelle pour le détenu qui a la malchance de devenir la cible des médias, car la sévérité acerue sur le plan de la procédure de vote n'est pas due à une appréciation quelconque du risque que le détenu représente pour la société mais vise plutôt l'autoprotection de la Commission⁴⁹. Cette procédure de vote liée à la notoriété du cas donne lieu à des incohérences dans le traitement de cas identiques et «contribue à perpétuer parmi les détenus la croyance que les décisions relatives à la libération conditionnelle sont arbitraires et rendues d'un [*sic*] manière inéquitable.»⁵⁰ De plus, cette procédure viole le principe voulant que seul celui qui entend décide. Selon les auteurs, la Commission devrait trouver un mécanisme qui oblige tous les commissaires qui auront à statuer sur un cas à participer à l'audience, à voir le détenu et à lui parler⁵¹.

iv. Les critères et la motivation de la décision

L'accessibilité aux critères et aux motifs d'une décision est un principe essentiel de tout processus décisionnel entourant la liberté individuelle. Or en 1974, les critères d'octroi ou de refus d'une libération conditionnelle n'étaient ni énumérés ni classés par ordre d'importance. Le poids donné à certains d'entre eux, tels la gravité de l'infraction, la conduite en prison, la toxicomanie, le coefficient de prédiction, *etc.*, variait énormément d'un commissaire à l'autre et ne suivait aucune ligne directrice. Les auteurs s'expriment ainsi : «Les commissaires semblaient se laisser guider dans leurs délibérations par leur philosophie personnelle de la libération conditionnelle; si bien que leurs décisions dans beaucoup de cas nous ont semblé être

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 113.

⁴⁷ *Ibid.* aux pp. 153-55.

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 100.

⁴⁹ Un commissaire a déclaré aux auteurs en entrevue : «Je n'hésiterais pas à sacrifier un détenu dont le cas est douteux pour protéger la réputation du système, si c'est un cas qui pourrait faire beaucoup de bruit» (*ibid.* à la p. 169).

⁵⁰ *Ibid.* à la p. 100.

⁵¹ *Ibid.* à la p. 124.

dans une très large mesure le fruit de l'intuition.»⁵²

Ils se prononcent donc fortement en faveur de l'élaboration de critères explicites, clairs et cohérents. Pour le détenu, il s'agit d'une exigence minimale puisque la connaissance des critères applicables lui assurera que les commissaires le traiteront équitablement. Pour la Commission, ses décisions risqueront moins d'être qualifiées comme étant arbitraires ou susceptibles de subir des influences extérieures⁵³.

Finalement, dans un autre ordre d'idées, les auteurs soulèvent le fait que la décision n'est pas véritablement communiquée au détenu. Certes, au moment de son retour dans la salle d'audience après les délibérations, les commissaires lui font part de leur décision de lui octroyer ou non une forme quelconque de libération. Cependant, ni la loi ni la pratique n'exige que les commissaires ne motivent par écrit ou oralement leurs décisions. Dans les faits, on ne donne verbalement les motifs d'une décision défavorable qu'en termes généraux et succincts et uniquement si la motivation est «susceptible d'entraîner une évolution positive du comportement de l'intéressé.»⁵⁴

Les auteurs concluent que, d'une façon générale, «[l]es commissaires n'obéissent à aucune réglementation quant au déroulement des audiences, ni d'ailleurs quant aux critères de leur décision.»⁵⁵

v. Les recommandations

Les diverses recommandations proposées par les auteurs auront des conséquences plus ou moins immédiates sur la production normative et sur les pratiques administratives. Leur première recommandation concerne l'accès du détenu à l'information. Selon eux, il est essentiel que les détenus soient informés de façon générale sur la libération conditionnelle, le mode de constitution des dossiers et les renseignements qui y sont contenus, le déroulement de l'audience, la procédure de vote et les critères appliqués. Ils doivent aussi avoir accès à leur dossier particulier et connaître tout ce qui a été compilé à leur sujet et qui servira à la prise de décision⁵⁶.

⁵² *Ibid.* à la p. 146.

⁵³ *Ibid.* à la p. 148.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 102.

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 87.

⁵⁶ À l'époque, la pratique interne était d'interdire l'accès du détenu au dossier, et la contestation judiciaire de cette pratique a échoué (*Rossi c. R.*, [1974] 1 C.F. 531, 17 C.C.C. (2^e) 1 (1^{er} inst.)). Plusieurs arguments sur la nécessité de maintenir le secret apparaissent dans le rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *La libération conditionnelle au Canada*, Ottawa, Information Canada, 19 mars 1974 (Président: L'honorable H.C. Goldenberg). Un de ces arguments soutient que si l'on permettait aux détenus d'avoir accès à leurs dossiers, ils pourraient poursuivre en justice les auteurs de documents pour avoir fait des déclarations inexactes. Un autre argument est que les sources d'informations vont se tarir et les gens ne s'exprimeront plus aussi librement. Carrière et Silverstone, *ibid.* à la p. 111, rejettent ces deux arguments.

La seconde recommandation concerne la nécessité d'établir des principes directeurs⁵⁷. La *Loi de 1958* autorise la Commission à «établir des règles visant la conduite de ses délibérations ainsi que l'accomplissement de ses devoirs et fonctions prévus par la présente loi»⁵⁸ sous réserve toutefois de leur approbation par le gouverneur en conseil. De telles règles se trouvent principalement dans le *Manuel de procédure de la Commission* mais on en trouve également dans des directives, des notes de service, des procès-verbaux, des rapports annuels, *etc.*⁵⁹ Or, ces documents éparpillés et non indexés ne sont pas accessibles aux détenus ni au grand public et n'ont pas valeur de loi ou de règlement.

Pour les auteurs, il serait sage que la Commission modifie elle-même sa procédure et établisse des principes directeurs avant que les tribunaux ou le Parlement ne lui imposent des exigences qu'elle jugerait moins compatibles avec sa mission. Ils endossent pleinement l'idée préconisée dans le *Rapport Hugessen* voulant que chaque détenu «devrait avoir droit à une audience, avoir accès à cette audience, pouvoir veiller à l'exactitude des renseignements qui y sont étudiés, et avoir l'occasion de participer, dans toute la mesure du possible, à la prise de décision qui intéresse directement sa liberté personnelle.»⁶⁰ Carrière et Silverstone vont un peu plus loin en recommandant également que les détenus aient le droit d'être représentés par un avocat ou par une personne de leur choix lors de l'audience⁶¹.

Cette étude méritait une analyse assez approfondie car elle définit les fondements de la production normative et elle soulève les points qui feront l'objet de contestations judiciaires au cours des vingt prochaines années, de même que d'une résistance de la part des autorités et d'interventions de la part du législateur⁶². Certaines des recommandations formulées dans cette étude, telles le préavis d'audience, la réglementation de la procédure de vote, *etc.*, ont donné lieu à des modifications réglementaires dès 1978 alors que d'autres prendront beaucoup plus de temps à être acceptées et nécessiteront plusieurs interventions judiciaires avant d'être mises en œuvre.

⁵⁷ Carrière et Silverstone, *ibid.* aux pp. 153-54.

⁵⁸ *Loi de 1958*, *supra* note 6, par. 3(5) ; *Loi de 1970*, *supra* note 12, par. 3(6).

⁵⁹ Carrière et Silverstone, *supra* note 39 à la p. 153. La procédure de vote, par exemple, fait l'objet d'une simple note de service.

⁶⁰ Canada, *Rapport du groupe d'étude sur la mise en liberté des détenus*, Ottawa, Information Canada, 1973.

⁶¹ Carrière et Silverstone, *supra* note 39 aux pp. 113-15.

⁶² De plus, les conclusions de leur étude rejoignent celles des études américaines (R. Dawson, «The Decision to Grant or Deny Parole: A Study of Parole Criteria in Law and Practice» (1966) *Washington U. L.Q.* 243 ; V. O'Leary et J. Nuffield, «Parole Decision Making: Report of a National Survey» (1972) 8 *Crim. L. Bull.* 651).

b. *Les développements jurisprudentiels récents*

Les tribunaux canadiens ont, jusqu'au milieu des années soixante-dix, refusé d'intervenir et de réviser les décisions administratives entourant la libération conditionnelle des détenus. Pour justifier juridiquement leur position de non-intervention, ils se sont appuyés sur la distinction développée en droit administratif entre les notions de droits et de privilèges. À cette époque, les tribunaux affirmaient que la libération conditionnelle était un privilège accordé de façon discrétionnaire et que le processus décisionnel, étant purement administratif, ne donnait pas ouverture au contrôle judiciaire⁶³.

En 1964, un tribunal déclarait que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*⁶⁴, qui garantit le droit à une audition conforme aux principes de justice fondamentale, ne s'applique pas lors de la révocation de la libération conditionnelle puisque cette décision n'affecte que la perte d'un simple privilège et non celle d'un droit. Il semble clair pour M. le juge Spence que la libération conditionnelle est une question de discrétion administrative plutôt que de droit quand il affirme :

[W]hen the applicant had his parole revoked he was under sentence which was continued in force. The question of whether that sentence must be served in a penal institution or may be served while released from the institution [...] is altogether a decision within the discretion of the Parole Board as an administrative matter and is not in any way a judicial determination⁶⁵.

Au milieu des années soixante-dix, la Cour suprême du Canada s'est penchée à nouveau sur deux affaires mettant en cause la révocation de la libération conditionnelle⁶⁶. La Cour était alors divisée sur la nature de la libération conditionnelle. M. le juge Ritchie, au nom de la majorité, y a clairement affirmé : «[J]e crois qu'on doit admettre au départ que la nature même de la libération conditionnelle consacre le fait qu'il s'agit d'un privilège accordé à certains détenus à la discrétion de la Commission des libérations conditionnelles et non pas un droit accordé à tous les détenus.»⁶⁷ Pour lui, la Commission possède une discrétion absolue dans l'application de la loi et elle n'est pas astreinte au processus judiciaire. La nature de sa tâche, soit apprécier le caractère et les qualités d'un détenu, est si délicate qu'elle

⁶³ Les tribunaux se sont fondés sur une affirmation de Lord Atkin dans *R. c. Electricity Commissioners* (1923), [1924] 1 K.B. 171 à la p. 205 (C.A.), selon laquelle une décision est soumise au pouvoir de contrôle uniquement quand l'organisme tranche des questions qui affectent les droits des citoyens, par opposition à de simples privilèges, et qu'il a l'obligation d'agir judiciairement.

⁶⁴ S.C. 1960, c. 44 [ci-après *Déclaration*].

⁶⁵ *Re McCaud*, [1964] 43 C.R. 252 à la p. 254, [1965] 1 C.C.C. 168 (C.S.C.). Les tribunaux, au cours de cette période, n'accepteront d'intervenir que si les prescriptions statutaires concernant le calcul des sentences n'ont pas été respectées ou ont été interprétées incorrectement (*Ex parte McCaud* (1969), [1970] 1 O.R. 772, (*sub nom. Re McCaud*) [1970] 1 C.C.C. 293 (H.C.J.) ; *Marcotte c. Canada (Sous-Procureur)*, [1976] 1 R.C.S. 108, 51 D.L.R. (3^e) 259).

⁶⁶ *Howarth*, *supra* note 35 ; *Mitchell c. R.* (1975), [1976] 2 R.C.S. 570, [1976] 1 W.W.R. 577 [ci-après *Mitchell* avec renvois aux R.C.S.].

⁶⁷ *Mitchell*, *ibid.* à la p. 593.

doit pouvoir exercer un pouvoir discrétionnaire aussi étendu que possible et ses décisions ne doivent pas être susceptibles d'appel ou soumises à la révision judiciaire.

Pour les juges dissidents, soit les juges Laskin, Dickson et Spence, la libération conditionnelle n'est pas un simple privilège. Dans *Howarth*, M. le juge Dickson écrit : «Je ne vois pas comment on peut prétendre que la libération conditionnelle est un simple privilège ou gracieuseté ou faveur, de la part de la Commission des libérations conditionnelles, ne donnant aucun droit au libéré conditionnel et sujet à lui être retiré à volonté.»⁶⁸ Selon lui, «la réclusion dans une cellule et la libération conditionnelle ne peuvent aucunement se comparer» et «l'emprisonnement à la suite de la révocation de la libération conditionnelle est une privation de liberté.»⁶⁹ La libération conditionnelle est un droit et lorsqu'elle est accordée, le détenu doit pouvoir s'attendre à demeurer en liberté s'il a une bonne conduite et respecte les modalités imposées⁷⁰. Ces dissidences auront une importance certaine lorsque, quelques années plus tard, les tribunaux affirmeront que la distinction entre droits et privilèges ainsi que la classification des pouvoirs d'un organisme selon leur nature judiciaire, quasi judiciaire ou administrative, ne sont pas déterminantes pour donner ouverture au contrôle judiciaire⁷¹. Le développement de la jurisprudence américaine a aussi influencé les tribunaux canadiens, principalement l'affaire *Morrissey c. Brewer*⁷² de la Cour suprême des États-Unis rendue quelques années plus tôt et citée par M. le juge en chef Laskin dans *Mitchell*⁷³. Dans cette affaire, la Cour avait décidé que la libération conditionnelle est plus qu'un simple privilège qui peut être accordé ou retiré au gré de l'État. À cause des conséquences graves de la révocation sur la liberté individuelle, le détenu doit avoir la possibilité de se faire entendre et d'obtenir les motifs de la décision.

La dissidence sévère de trois juges de la Cour suprême du Canada dans les décisions *Howarth* et *Mitchell* de même que l'évolution de la doctrine de l'équité procédurale ont indiqué à la Commission et au législateur que le vent commençait à tourner. Il faut dire que M. le juge Laskin n'y est pas allé de main morte dans sa condamnation des prétentions et des pratiques de la Commission lorsqu'il a écrit dans l'affaire *Mitchell* :

Le fait brutal est que la Commission revendique un pouvoir tyrannique qui est, à mon avis, sans précédent parmi les organismes administratifs habilités à statuer sur la liberté individuelle. Elle réclame un pouvoir absolu sur la personne d'un détenu, presque comme s'il s'agissait d'une simple marionnette. Selon ses prétentions, la Commission peut appliquer les normes législatives

⁶⁸ *Howarth*, *supra* note 35 à la p. 461.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 468.

⁷¹ *Nicholson c. Haldiman-Norfolk (Regional Municipality) Commissioners of Police* (1978), [1979] 1 R.C.S. 311 à la p. 325, 88 D.L.R. (3^e) 671 ; *Martineau*, *supra* note 36.

⁷² 408 U.S. 471, 33 L. Ed. (2^e) 484 (1972).

⁷³ *Mitchell*, *supra* note 66 à la p. 584.

suivant son jugement et sans avoir aucun compte à rendre aux tribunaux. Il faut la croire sur parole quand elle déclare agir équitablement, car elle n'est pas tenue de donner la moindre indication du motif de suspension ou de révocation de la libération conditionnelle⁷⁴.

2. Les modifications législatives, réglementaires et administratives

a. *Le Règlement de 1978*

Le règlement adopté en 1978 confère pour la première fois quelques droits aux détenus et impose certaines obligations aux autorités administratives dans le cadre du processus décisionnel entourant les libérations conditionnelles. Les nouvelles dispositions établissent d'une part que le prisonnier a droit, dans les six mois suivant son incarcération dans un pénitencier, à un avis des dates d'admissibilité aux différentes formes de libération conditionnelle. Elles fixent d'autre part le nombre minimal de membres devant se prononcer sur l'octroi ou la révocation d'une libération selon le type de sentence purgée. Ces deux modifications, de même que d'autres mentionnées plus bas, avaient été recommandées dans le rapport de Carrière et Silverstone.

Les modifications réglementaires les plus significatives concernent l'ajout de garanties procédurales entourant le processus décisionnel. Ainsi, l'article 17 du *Règlement de 1978* prévoit que la Commission doit fournir au détenu, oralement ou par écrit, les renseignements non confidentiels⁷⁵ pertinents dont elle dispose et que, si elle décide de les communiquer par écrit, elle doit le faire dans les quinze jours précédant l'examen de son cas. La Commission doit aussi informer le détenu des motifs de sa décision concernant la libération conditionnelle totale. Elle doit le faire par écrit dans les cas de refus d'octroi et de révocation de libération conditionnelle totale. Le détenu peut alors demander un réexamen de la décision. Selon le paragraphe 22(2), ce réexamen est effectué par des membres de la Commission n'ayant pas participé à la décision et consiste à revoir les documents initiaux et à étudier tout autre renseignement non disponible au moment de la prise de décision. L'article 15 prévoit que l'examen d'un cas en vue de la libération conditionnelle totale doit se faire par voie d'audience devant au moins deux membres de la Commission et, finalement, l'article 20 oblige la Commission à tenir une audience postérieure à la suspension de la libération conditionnelle au cours de laquelle la décision de révoquer ou non la libération sera prise.

b. *La réaction aux ordonnances jurisprudentielles*

Au cours de la prochaine décennie, les contestations judiciaires seront très nombreuses et les textes législatifs et réglementaires seront modifiés à plusieurs reprises en réaction aux ordonnances rendues par les tribunaux. Comme le démontre

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 577.

⁷⁵ C'est-à-dire les renseignements non visés par les alinéas 54 (a)-(g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1977, e. 33 [ci-après *Loi sur les droits de la personne*].

l'analyse de certains documents internes et des modifications législatives, réglementaires et administratives, la réaction a été différente selon que ces ordonnances concernaient des garanties procédurales requises pour assurer le respect des principes de justice fondamentale ou qu'elles affectaient des droits substantifs.

i. Les garanties procédurales

L'exigence du respect de garanties procédurales imposée par les tribunaux concerne plus particulièrement le droit du détenu d'être représenté à l'audience et d'être présent pendant toute sa durée, le droit à ce que tous les membres votants soient présents et le droit au partage de l'information. Les quelques exemples choisis illustrent à quel point les modifications législatives et réglementaires ont été adoptées en réaction directe aux décisions des tribunaux et n'ont pas été le fruit d'une réforme originant de l'Administration elle-même ou d'une intervention spontanée de la part du législateur.

a. *Le droit du détenu d'être représenté à l'audience*

Au cours de l'été 1980, la Cour fédérale a invalidé à deux reprises des décisions de révocation de libération conditionnelle au motif que la Commission nationale des libérations conditionnelles avait refusé au détenu le droit d'être représenté par avocat lors de son audience. Dans l'une de ces affaires, le juge a conclu que le développement jurisprudentiel tant anglais que canadien indiquait que les autorités administratives étaient soumises au devoir d'agir équitablement envers les administrés et que l'équité procédurale exigeait parfois le droit à l'avocat⁷⁶. Dans l'autre décision, le juge a souligné que s'il n'existe pas de droit absolu à la représentation par avocat lors des audiences devant la Commission, la justice naturelle exige la représentation par avocat lors d'une audience où le détenu est interrogé sur des charges pendantes au criminel⁷⁷.

Une note de service datée du 29 août 1980 et adressée au président de la Commission fait part de la réaction du conseiller juridique et de son analyse de l'impact de ces jugements⁷⁸. Celui-ci estime que ces décisions n'établissent pas véritablement de précédent et que la position de la Commission devrait se fonder sur le principe qu'il n'y a pas de droit automatique à la représentation par avocat. Il ajoute que dans le cas où le dossier implique des charges criminelles pendantes, la Commission devrait présenter les faits au détenu à l'audience mais ne devrait pas insister pour que le détenu réponde. Elle devrait toutefois l'avertir qu'en cas de silence de sa part, les commissaires vont tirer leurs propres conclusions à partir de

⁷⁶ *Dubeau c. Canada (National Parole Board)* (1980), [1981] 2 C.F. 37, 54 C.C.C. (2^e) 553 à la p. 564 (1^{re} inst.) [ci-après *Dubeau* avec renvois aux C.C.C.].

⁷⁷ *Calvin c. Canada (National Parole Board)* (20 août 1980), Vancouver T-3800-80 (C.F. (1^{re} inst.)) [ci-après *Calvin*].

⁷⁸ Note de service du conseiller juridique au président de la Commission, D. Wall, *Representation at Parole Hearings* (29 août 1980).

l'information en leur possession.

Dans une deuxième note de service datée du 11 septembre 1980, le conseiller juridique émet l'opinion qu'à cause de ces décisions favorables à la représentation par avocat⁷⁹, il convient de prendre les devants et modifier le règlement de manière à restreindre la marge de manœuvre de l'avocat lors des audiences, c'est-à-dire en spécifiant par exemple que son rôle sera limité à conseiller au détenu de ne pas répondre à certaines questions, ou encore en déterminant le moment et la durée de ses interventions. Ainsi, il ne pourra être question que l'avocat ou le représentant puisse présenter une preuve ou contre-interroger des témoins⁸⁰.

Suite au développement jurisprudentiel sur cette question, le *Règlement de 1978* est modifié en 1981. Le nouvel article 20.1 stipule que la Commission doit permettre au détenu d'obtenir aide et assistance de la personne de son choix pour les audiences relatives à l'octroi d'une libération conditionnelle totale ou à une révocation de la libération conditionnelle ou de la surveillance obligatoire. Le paragraphe 3 de cet article énonce les limites au rôle de l'assistant préconisées dans l'opinion juridique lorsqu'il spécifie que le représentant a le droit d'être présent à l'audience tant que le détenu est présent, de conseiller le détenu relativement aux questions qui lui sont posées et, à la fin de l'audience, de s'adresser aux membres de la Commission pendant une période de dix minutes⁸¹.

En 1986, cette disposition est de nouveau amendée pour prévoir que le droit à l'assistant existe pour tous les types d'audience prévues dans la *Loi de 1958* et le

⁷⁹ L'appel dans l'affaire *Dubeau* a été rejeté car il était devenu théorique ((1982), 62 C.C.C. (2^e) 191, [1981] 6 W.W.R. 672 (C.F.(D.A.))). Il semble que l'appel dans l'affaire *Calvin* ait été abandonné.

⁸⁰ Note de service des conseillers juridiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles au Président, *Questions of representation of inmates* (11 septembre 1980) à la p. 3. Le reste de l'opinion juridique suggère plusieurs réponses plutôt étroites que la Commission pourrait donner à l'encontre d'arguments fondés sur la *Déclaration canadienne des droits* avancés par les avocats. Le conseiller juridique suggère en effet de s'en tenir à un «statement that the Board does not consider that the hearing is the type of event contemplated by [...] the Bill of Rights» (*ibid.*). Dans le cas où un avocat, dont la requête pour faire venir des témoins aurait par exemple été refusée, demandait un ajournement afin d'entreprendre une action légale en invoquant le droit à une audition conforme aux principes de justice fondamentale, la Commission devrait lui opposer un refus ferme mais poli en lui disant qu'il a la liberté d'entreprendre une telle action et que la Commission a toujours respecté les ordonnances des tribunaux. Si un avocat plaidait que son client a le droit à la présomption d'innocence jusqu'à preuve de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, les commissaires devraient répondre que le but de l'audience n'étant pas de déterminer la culpabilité ou la non-culpabilité mais de décider ce qui est le mieux pour la protection de la société, cette disposition de la *Déclaration* ne s'applique pas. Quant aux objections possibles à certaines affirmations des agents ou à des questions des commissaires parce que non pertinentes ou fondées sur du oui-dire, la Commission devrait répondre que c'est à elle de décider ce qui est pertinent ou non et que les règles de preuve ne trouvent pas application devant un tribunal administratif. Décider de la pertinence et du poids d'une preuve est un élément essentiel de la juridiction exclusive et de la discrétion de la Commission que les cours ne réviseront pas (*ibid.* aux pp. 3-5).

⁸¹ DORS/81-318, art. 1.

*Règlement de 1978*⁸². Cette modification n'est pas le résultat d'une contestation judiciaire spécifique mais d'une tendance jurisprudentielle plus générale, les tribunaux ayant affirmé à plusieurs reprises que les absences temporaires⁸³ et la libération conditionnelle de jour⁸⁴ affectaient également, quoique de façon plus restreinte, la liberté du sujet et qu'en conséquence, ces décisions devaient elles aussi respecter les principes de justice fondamentale énoncés à l'article 7 de la *Charte*.

L'article 140 de la *Loi de 1992* reprend les restrictions suggérées dans l'opinion juridique lorsqu'on lit au paragraphe 8 que l'assistant a le droit d'être présent pendant l'audience, de conseiller le détenu et de s'adresser aux commissaires au moment choisi par eux. Cet encadrement restrictif des droits de l'assistant signifie que le droit au contre-interrogatoire des témoins et le droit d'interroger ses propres témoins ne sont pas reconnus⁸⁵. Le fait que ces droits ne soient pas formellement énoncés dans la loi ne signifie pas qu'ils ne sont pas constitutionnellement requis en vertu des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte*.

b. *Le droit du détenu d'être présent pendant toute la durée de l'audience*

Il peut sembler évident que le droit à une audition inclut le droit d'être présent pendant toute la durée de l'audition. La pratique courante devant la Commission, dénoncée par Carrière et Silverstone, consistant à exclure le détenu et son représentant de la salle d'audience pendant une partie de l'audience, soit au début de celle-ci, soit au moment des délibérations pour un échange d'information entre les décideurs et les agents, a été jugée contraire aux principes d'équité et de justice fondamentale⁸⁶. Comme l'a affirmé M. le juge MacKinnon dans l'affaire *Lowe*, «[r]efusal to be present at part of the hearing is tantamount to refusal to be heard and, in my

⁸² DORS/86-817, par. 7(1) [ci-après *Règlement de 1986*]. La référence à la période de dix minutes a également été supprimée.

⁸³ *Cadieux c. Director of Mountain Institution* (1984), [1985] 1 C.F. 378, 41 C.R. (3^e) 30 à la p. 39 (1^{er} inst.) [ci-après *Cadieux* avec renvois aux C.R.].

⁸⁴ *O'Brien c. Canada (National Parole Board)*, [1984] 2 C.F. 314, 43 C.R. (3^e) 10 à la p. 22 (1^{er} inst.) [ci-après *O'Brien* avec renvois aux C.R.].

⁸⁵ De plus, il ne peut s'agir de n'importe quel avocat puisque l'assistant doit aussi avoir les qualités requises pour être observateur au sens du paragraphe 140(4). Cette disposition prévoit que la Commission peut accepter la présence de personnes en tant qu'observateurs qui ne nuiront pas au bon ordre de l'audience ou n'incommoderont pas les victimes. Au Canada, les avocats en droit pénal «dérangent le système». Ces avocats militants ne sont pas bienvenus devant la Commission (Dumont, *supra* note 17 à la p. 349).

⁸⁶ *Couperthwaite c. Canada (National Parole Board)* (1982), [1983] 1 C.F. 274, 31 C.R. (3^e) 50 (1^{er} inst.) [ci-après *Couperthwaite* avec renvois aux C.R.]; *Dubeau, supra* note 76; *Lowe c. R.* (1983), 5 C.C.C. (3^e) 535, 149 D.L.R. (3^e) 732 (C.S. C.-B.) [ci-après *Lowe* avec renvois aux C.C.C.]; *Martens c. Colombie-Britannique (P.G.)* (1983), 35 C.R. (3^e) 149, 8 C.C.C. (3^e) 336 (C.S. C.-B.) [ci-après *Martens* avec renvois aux C.R.]; *Hewitt c. Canada (National Parole Board)*, [1984] 2 C.F. 357, 5 Admin. L.R. 100 (1^{er} inst.); *Latham c. Canada (Solliciteur général)*, [1984] 2 C.F. 734, 39 C.R. (3^e) 78 (1^{er} inst.) [ci-après *Latham* avec renvois aux C.R.].

view, is not in accordance with the principles of fundamental justice and therefore in violation of s. 7 of the Charter.»⁸⁷

Trois semaines après le jugement dans l'affaire *Martens* dans laquelle le juge a condamné la pratique d'exclure le détenu de la salle au début de l'audience, le président de la Commission a émis une note de service pour diffusion générale prévoyant, «en accord avec ce jugement, à compter de ce jour,» un nouveau déroulement de l'audience⁸⁸. Dorénavant, les représentants du Service correctionnel devront faire leur présentation du cas en présence du détenu et de son assistant ; de plus, tout ce qui n'est pas jugé confidentiel sera dévoilé au détenu à son retour dans la salle. Finalement, toutes les personnes présentes devront se retirer au moment des délibérations des commissaires. Cette note de service et les modifications au déroulement de l'audience ont donné lieu à des réactions assez vives de la part du Syndicat des employés du solliciteur général et d'associations d'agents de gestion de cas. Ils se plaignent, d'une part, de ne pas avoir été consultés avant l'implantation de changements aussi draconiens et, d'autre part, ils affirment que la nouvelle procédure constitue une entorse à l'éthique professionnelle⁸⁹.

Malgré ces réactions défavorables, la nouvelle procédure fut implantée et un document des minutes d'une réunion du Comité exécutif de la Commission, tenue quelques mois plus tard, démontre que dans certaines régions, la réaction a été positive parce que cette procédure permet de diminuer la durée des audiences de près de cinquante pour cent, mais qu'ailleurs, les employés ont réagi plutôt vivement, certains se montrant réticents à communiquer de l'information, surtout celle de nature psychiatrique⁹⁰.

Suite à l'affaire *Martens*⁹¹, dans une autre note de service datée du 7 novembre

⁸⁷ *Lowe, ibid.* aux pp. 537-38.

⁸⁸ Note de service du président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge, pour diffusion (8 septembre 1983) à la p. 1.

⁸⁹ Lettre du Syndicat des employés du solliciteur général (Alliance de la Fonction publique du Canada) au président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge (9 novembre 1983). Dans un document non daté et non signé, les agents de gestion de cas du secteur Duvernay, Québec, soutiennent que la discussion prédécisionnelle est le moment-clé de l'audience où le rôle des agents est essentiel car elle permet l'échange de détails additionnels par rapport au dossier soumis aux commissaires et dont le détenu a copie. L'absence du détenu lors de cette discussion donne la possibilité aux agents de répondre aux interrogations des commissaires et permet une décision plus éclairée et donc plus profitable à la société et aux détenus. Avec la nouvelle politique, les agents sont réduits à faire le pied de grue dans le corridor et à répéter un rapport que la Commission a déjà lu. Si le détenu participe à toutes les étapes de l'audience, cela reviendrait à lui permettre de participer à prise de décision, déplore-t-on dans ce document.

⁹⁰ Minutes de la réunion du comité exécutif de la Commission nationale des libérations conditionnelles (1^{er} mai 1984) à la p. 1124.

⁹¹ Il faut dire que dans cette affaire, une autre question était en jeu. La procédure habituelle consiste tout d'abord en une suspension de la libération et en la réincarcération du détenu. Celui-ci sera convoqué par la suite à une audition au cours de laquelle les commissaires décideront d'annuler la suspension ou de révoquer la libération conditionnelle. Le détenu peut ensuite demander un réexamen de la décision de révocation. Ce réexamen prend la forme d'une révision sur dossier seulement. Dans les

1983, M. Outerbridge donne les lignes à suivre dans le cas où un détenu demanderait une nouvelle audition. Le Comité d'appel de la Commission a, écrit-il, reçu plusieurs demandes de réexamen basées sur le fait que l'audition n'avait pas été tenue conformément à la procédure prévue dans la décision *Martens*. Le président de la Commission s'exprime ainsi :

I am deciding that we will provide a hearing in cases like this when the request comes. However, there will be no reference to the fact that this is being done because of the *Martens* ruling when the inmate is being notified. The notification will simply say that the matter has been reviewed and that there will be another hearing provided. In this way, I hope that the number of cases will be kept to a minimum⁹².

Depuis ces décisions, la pratique de la Commission a été modifiée. Tant au moment du partage des informations confidentielles qu'au moment des délibérations, toutes les personnes autres que les décideurs eux-mêmes sont exclues de la salle d'audience. L'analyse des documents internes démontre que si la réaction de la Commission à ces décisions a été immédiate, elle ne s'est pas faite sans remous.

c. *Le droit à ce que tous les membres votants soient présents*

Depuis le *Règlement de 1978*, le nombre de votes requis pour accorder ou révoquer une libération est établi. Ce nombre varie en fonction de la longueur de la sentence à purger. Lorsque tous les décideurs ne sont pas présents, ou lorsque la majorité n'est pas atteinte parmi les commissaires présents à l'audience, le président de la Commission assigne d'autres commissaires pour trancher la question concernant le dossier.

Dans l'affaire *Mason c. R.*⁹³, M. le juge Ewaschuk a qualifié cette procédure de fondamentalement injuste puisque la personne dont le vote est décisif pour la liberté du sujet ne l'a lui-même pas entendu. Il ajoute : «Instead, he became a faceless and absent bureaucrat who cast his critical vote in some distant unknown place.»⁹⁴ Le juge conclut donc que cette disposition, en violant l'article 7 de la *Charte*, est

cas où le libéré conditionnel est introuvable ou n'est pas arrêté, il y a révocation immédiate en son absence. Lorsque finalement la personne est réincarcérée, elle peut demander le réexamen de la décision déjà prise mais la loi ne lui accorde pas le droit à une audition suite à une révocation. Le juge a décidé que dans tous les cas, le détenu avait droit, en vertu des principes de justice fondamentale, à une audition et qu'il n'existait aucune raison pour que ce droit n'existe pas après la révocation de la libération. Le *Règlement de 1978* a été modifié en conséquence quelques années plus tard (*Règlement de 1986*, *supra* note 82, art. 6).

⁹² Note de service du président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge (7 novembre 1983).

⁹³ (1983), 35 C.R. (3^e) 393 à la p. 398, 7 C.C.C. (3^e) 426 (C.S. Ont.) [ci-après *Mason* avec renvois aux C.R.].

⁹⁴ *Ibid.* à la p. 398.

ultra vires et sans effet en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁵.

Il s'agissait dans cette cause de la révocation d'une surveillance obligatoire. Dans une note de service du 3 octobre 1983 adressée au président de la Commission⁹⁶, le conseiller juridique émet l'opinion que cette affaire ne s'appliquera probablement pas aux auditions d'octroi de libération conditionnelle, la Cour suprême des États-Unis ayant clairement établi que le «due process» trouve application seulement dans les cas de révocation puisqu'au moment de l'octroi, le prisonnier n'a pas encore acquis de droit à la liberté⁹⁷. Il suggère de plus de procéder de la façon suivante : l'audience pourrait se tenir devant deux commissaires, mais, s'il n'y a pas unanimité, un troisième membre viendra à l'institution pour regarder le dossier ; s'il est d'avis qu'il faut annuler la suspension, il n'y aura pas nécessité de tenir une audience supplémentaire ; dans le cas contraire, il entendra le détenu. Cette façon de procéder permettra des économies.

Le 27 octobre 1983, le président de la Commission émet une note de service⁹⁸ selon laquelle il a été décidé, suite à une discussion du Comité exécutif, de modifier la politique pour rencontrer les exigences de l'affaire *Mason*. Cette nouvelle politique qui prend effet immédiatement ne s'applique qu'aux audiences de révocation. Celles-ci se tiendront devant deux commissaires et un troisième procédera à une audience si le vote est divisé et si le résultat de son étude du dossier «n'est pas clairement en faveur d'une annulation de la suspension.»⁹⁹

Peu après, les tribunaux ont exigé les mêmes garanties procédurales au stade de l'octroi d'une libération ou d'un autre programme d'absence temporaire. Dans l'affaire *O'Brien*¹⁰⁰, le détenu purgeait une sentence à vie pour un meurtre au second degré. Trois commissaires seulement étaient présents à l'audition et leurs votes étaient positifs. Comme la décision requérait sept votes, quatre autres commissaires ont voté à Ottawa sur la base du dossier et ont refusé la libération demandée. Il a été décidé que le fait que tous les membres votants n'aient pas entendu le détenu constituait une violation des principes de justice naturelle.

Quelque temps plus tard, le président de la Commission a émis une note circulaire disant que celle-ci allait se soumettre à ces décisions et que dorénavant, tous

⁹⁵ Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

⁹⁶ Note de service du conseiller juridique au président de la Commission, *Mason v. National Parole Board et al.; Supreme Court of Ontario Decision Rendered September 15, 1983* (3 octobre 1983).

⁹⁷ *Greenholtz c. Inmates of Nebraska Penal and Correctional Complex*, 442 U.S. 1, 99 S.Ct. 2100 (1979).

⁹⁸ Note de service du président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge, pour diffusion (27 octobre 1983).

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 2.

¹⁰⁰ Voir aussi *Ford c. Canada (National Parole Board)* (1984), 43 C.R. (3^e) 26, 12 Admin. L.R. 266 (C.F. (1^{er} inst.)) ; *Browning c. Canada (National Parole Board)* (1984), 43 C.R. (3^e) 31 (C.F. (1^{er} inst.)).

les commissaires seraient présents aux audiences requises par la loi¹⁰¹. Par la suite, le *Règlement de 1978* a été amendé pour prévoir que l'audience après suspension devrait avoir lieu devant les trois membres¹⁰². Dans le *Règlement* actuel¹⁰³, l'article 154 édicte que pour tout examen concernant l'octroi et la révocation, la décision doit être prise à la majorité des membres du comité et qu'en cas d'égalité des voix, un nouveau comité composé de membres différents est formé.

d. *Le droit à l'information*

Dans une note de service adressée au président de la Commission en juin 1987, le conseiller juridique rappelle que la question de l'échange d'informations avec les détenus «has been the most difficult issue to deal with for the Board in its recent litigation history.»¹⁰⁴ Le taux de succès de la Commission devant les tribunaux n'a été que de cinquante-quatre pour cent et il tombe à trente-neuf pour cent si l'on tient compte des causes réglées par peur de décisions négatives. Le conseiller conclut que la Commission a de sérieuses difficultés à respecter la loi dans ce domaine.

Il est tout à fait exact d'affirmer que la question du partage de l'information a toujours été épineuse devant la Commission. En 1976, la Commission plaidait, dans l'affaire *Mitchell*, qu'elle n'avait même pas à dire au prisonnier pour quel motif elle révoquait sa libération conditionnelle. Comme l'étude de Carrière et Silverstone l'a démontré¹⁰⁵, le détenu n'avait aucune idée de l'information que possédait la Commission à son sujet ni quelles étaient les préoccupations des commissaires. Le droit de répondre et de faire valoir son point de vue était sérieusement compromis, voire inexistant, dans un tel contexte.

Les choses ont commencé à changer au moment de l'entrée en vigueur en 1979 d'une partie de la *Loi sur les droits de la personne*. Dans une note de service du 24 août 1979¹⁰⁶, le directeur des politiques écrit au chef de la coordination de la vie privée pour expliquer comment la Commission entend respecter les prescriptions de cette loi. Selon lui, la communication orale des informations à l'audience est suffisante pour rencontrer ses exigences. Il ajoute que s'il ne peut exister de catégories de documents à ne jamais dévoiler puisque le ministre doit dire exactement ce qu'il refuse de divulguer en vertu de l'article 54 de la *Loi sur les droits de la personne*, la situation est différente en vertu de l'article 17 du *Règlement de 1978*. Celui-ci pré-

¹⁰¹ Circulaire des politiques et procédures du président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge (31 décembre 1984) à la p. 1.

¹⁰² DORS/85-236, par. 23(2). Cette disposition sera amendée à nouveau par le *Règlement de 1986*, *supra* note 82, art. 11, pour réduire à deux le nombre de membres.

¹⁰³ *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 [ci-après *Règlement de 1992*].

¹⁰⁴ Note de service du conseiller juridique au président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge (4 juin 1987) à la p. 1.

¹⁰⁵ Voir ci-dessus le texte correspondant aux notes 42-43.

¹⁰⁶ Note de service du directeur des politiques au chef de la coordination de la vie privée (24 août 1979).

voit que la Commission n'est pas tenue de révéler les renseignements visés par les alinéas 54a) à 54g) de la *Loi sur les droits de la personne*. En fait, il est d'avis que certains types de documents ne devraient jamais être divulgués : les rapports de police, certains rapports psychiatriques, les informations obtenues des membres de la famille ou d'informateurs et les opinions juridiques. Il conclut que «[m]any legal opinions consider the merits of both sides of an issue, and to divulge such an opinion could involve the Board or the government in unnecessary litigation.»¹⁰⁷

Les contestations judiciaires concernant la question du non-échange des informations ont été très nombreuses. Les tribunaux ont affirmé par exemple que le droit à une audition juste comprend le droit d'entendre la preuve contre soi et une possibilité adéquate de répondre¹⁰⁸. Afin de pouvoir préparer sa réponse, le prisonnier doit donc être informé, à l'avance et de façon suffisante, de toutes les matières qui préoccupent les commissaires¹⁰⁹.

Plusieurs décisions de la Commission ont été invalidées au motif que les renseignements fournis n'étaient pas suffisants pour permettre une réponse adéquate. Dans l'affaire *Morgan*, la Cour fédérale d'appel a affirmé que le détenu devait avoir une opportunité adéquate de se préparer à l'audience et, pour ce faire, il devait connaître tout ce qui y serait analysé et non pas recevoir uniquement un avis laconique de révocation avec la mention «a quitté le centre sans permission». Dans l'affaire *Latham*, le motif invoqué sur le mandat de suspension était : «Prévention de bris de condition. Affaire d'enfant impliquant sa belle-fille.» Pour M. le juge Strayer de la Cour fédérale, cet avis était insuffisant car

[i]n preparing himself for a revocation hearing, it would be important for the applicant herein to know the main focus of the board's preoccupations [...] . Therefore the notice to him of the reasons for possible revocation were inadequate and unfair in this respect. They were also unfair in not specifying to him more precisely the nature of the information the board had gathered, to enable him to comment on it¹¹⁰.

La question délicate de la confidentialité des informations a aussi été soulevée à plusieurs reprises. Dans l'affaire *Cadioux*, la Commission avait annulé un programme d'absence temporaire préalablement accordé en se basant sur des informations confidentielles indiquant que le détenu représentait un risque de récidive. Celui-ci était donc dans l'impossibilité totale de se défendre puisqu'il ne connaissait même pas la substance de ces informations.

¹⁰⁷ *Ibid.* à la p. 7.

¹⁰⁸ *Couperthwaite*, *supra* note 86.

¹⁰⁹ *Morgan c. Canada (National Parole Board)*, [1982] 2 C.F. 648, 65 C.C.C. (2^e) 216 (D.A.) [ci-après *Morgan* avec renvois aux C.F.] ; *Martens*, *supra* note 86 ; *Richards c. Canada (National Parole Board)* (1985), 45 C.R. (3^e) 382, 13 Admin. L.R. 29 (C.F. (1^{er} inst.)), conf. par 50 C.R. (3^e) 240 (C.F. (D.A.)) ; *H. c. R.* (1985), [1986] 2 C.F. 71, 17 Admin. L.R. 39 (1^{er} inst.).

¹¹⁰ *Latham*, *supra* note 86 à la p. 89.

Selon M^{nc} le juge Reed de la Cour fédérale, les autorités sont justifiées de ne pas divulguer l'identité des informateurs ainsi que certains détails qui permettraient de la découvrir. Cependant, elle précise que «it will be rare that an inmate cannot be told at least the *gist* of the reasons against him.»¹¹¹ En effet, les autorités sont tenues de dévoiler la substance des informations reçues afin de permettre une défense adéquate, sauf si la sécurité du public en serait compromise. Dans ces cas, ajoute M^{nc} le juge, «[t]here must be a nexus between the content of that information and the protection of the public interest said to be served by non-disclosure.»¹¹² Le seul fait que les informations aient été fournies sous promesse de confidentialité n'est pas une justification suffisante, au regard de l'article 7 de la *Charte*, pour ne pas en divulguer l'essence au détenu concerné. Priver quelqu'un de sa liberté sans lui en donner les raisons, au motif que celles-ci sont confidentielles, est contraire aux préceptes fondamentaux de notre système de justice.

Ces diverses ordonnances judiciaires obligeant la Commission à divulguer plus d'informations au prisonnier a donné lieu à une correspondance volumineuse entre les divers acteurs du système correctionnel et à des réactions destinées pour la plupart à en diminuer l'impact. Dans une note de service du 16 décembre 1982¹¹³, le président de la Commission souligne que les tribunaux ont exigé que l'information soit fournie au détenu avant l'audience¹¹⁴ et que le partage de celle-ci à l'audience seulement était considéré comme injuste. Il ajoute cependant qu'avec l'avènement éventuel d'une loi sur la vie privée, les détenus auront un accès plus rapide à leur dossier et qu'en conséquence, il serait possible de modifier les règlements sur la libération conditionnelle de façon à «enlever l'obligation qu'a la Commission de fournir l'information et de laisser au détenu la responsabilité d'obtenir l'information en demandant accès à son dossier.»¹¹⁵

Entre-temps, dit le président, la Commission devra modifier sa politique pour répondre aux exigences des tribunaux. Premièrement, elle tiendra pour acquis que le détenu a eu accès à son dossier ou qu'il est, du moins, au courant de son contenu. Lors de l'audience, l'information considérée comme pertinente que possède la Commission lui sera communiquée. On lui demandera «si telle information le prend complètement par surprise» et, si tel est le cas, un ajournement d'au moins quatorze jours sera accordé pour lui permettre de mieux se préparer. Cependant, le président s'attend à ce qu'il n'y ait qu'une minorité de détenus qui insisteront pour un ajournement, les autres affirmant qu'ils n'ont pas besoin de plus de temps¹¹⁶.

¹¹¹ *Cadieux*, *supra* note 83 à la p. 49.

¹¹² *Ibid.* à la p. 52.

¹¹³ Note de service du président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge, pour diffusion, *Informations fournies lors d'audiences des libérations conditionnelles* (16 décembre 1982) à la p. 2 [ci-après *Informations fournies*].

¹¹⁴ *Calvin*, *supra* note 77 ; *Couperthwaite*, *supra* note 86.

¹¹⁵ *Informations fournies*, *supra* note 113 à la p. 2.

¹¹⁶ En effet, il serait beaucoup plus plausible que les détenus refusent un ajournement parce que cela retardera d'autant de jours le moment de leur sortie.

Le 18 janvier 1985, après l'implantation d'un plan de partage des renseignements et de multiples discussions, le conseiller juridique supérieur émet l'opinion suivante :

[The] time will soon come where court decisions will clearly articulate that the Board is under the obligation to effect disclosure in writing of its case to the inmate, in advance of the hearing, in order to meet one of the basic requirements of the duty to act fairly and the principles of fundamental justice under the Charter. [...]

The bottom line is that we should be prepared to respond quickly to judicial intervention and have in place, as quickly as possible, an adequate system of sharing information in writing that could be readily implemented in a regulations format.¹¹⁷

Dans une note de service ultérieure¹¹⁸, le président fait le point, à l'intention des commissaires et du personnel, sur les décisions jurisprudentielles concernant le partage de l'information et affirme que la Commission a l'intention de s'y conformer. L'un de ces principes veut que le détenu ait le droit de connaître l'information dont on tiendra compte. Dans une décision, la cour a reconnu que, s'il est possible de protéger l'information et la source, on doit communiquer à l'individu concerné «at least the gist of the information»¹¹⁹. En menant à bien ces devoirs, écrit le président, la Commission reconnaît les principes de justice fondamentale énoncés dans la *Charte* ou émanant des diverses décisions jurisprudentielles.

En mai 1987, un guide à l'intention du personnel¹²⁰ est distribué. Ce document, qui sera mis à jour en 1991, constitue à toutes fins pratiques une codification des diverses exigences jurisprudentielles sur ce sujet qui se résument en ceci : toute l'information, à l'exception de celle qui n'était pas disponible au moment de l'audience et qui n'est pas de nature absolument confidentielle, devra être transmise par écrit à l'avance.

ii. Les droits substantifs

Si les diverses ordonnances judiciaires concernant les garanties procédurales dont doivent jouir les détenus devant la Commission ont été intégrées avec une certaine résignation dans la loi et la pratique, il en va tout autrement des décisions concernant des droits de nature substantive. Comme ces décisions affectent la politique même de la Commission et vont au cœur de son pouvoir discrétionnaire, elles ont fait l'objet d'une forte résistance et de tractations politiques afin de convaincre

¹¹⁷ Note de service du conseiller supérieur à l'analyste des politiques (18 janvier 1985).

¹¹⁸ Note de service du président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, W.R. Outerbridge, pour diffusion, *Partage de renseignements avec les délinquants* (6 février 1985).

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 2, faisant référence à *Cadieux*, *supra* note 83 à la p. 49.

¹²⁰ Canada, Direction générale de l'élaboration des politiques et des programmes pour les délinquants, *Communication des renseignements — Guide à l'intention du personnel*, Ottawa, Service correctionnel du Canada, mai 1987.

le législateur de modifier la loi de façon à contourner ces décisions et de rendre légal ce qui avait été jugé illégal. Deux exemples éloquents illustrent cette affirmation : la question du blocage (*gating*) et celle des conséquences de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dumas c. Directeur du Centre de détention Leclerc*¹²¹.

a. *Le blocage (gating)*

En vertu des dispositions applicables, un prisonnier avait le droit d'être remis en liberté à la date de sa surveillance obligatoire, laquelle survenait habituellement aux deux tiers de sa sentence ou, plus exactement, après soustraction de la sentence totale du nombre de jours de remise de peine pour bonne conduite (en règle générale, quinze jours par mois). Contrairement aux libérations conditionnelles, la Commission n'avait aucune discrétion pour accorder ou non un régime de surveillance obligatoire, celle-ci survenant par l'opération de la loi. La Commission ne pouvait donc refuser à un détenu le droit de sortir à la date de sa surveillance obligatoire.

Pour contourner ces prescriptions législatives, la Commission a inventé une pratique de blocage, appelée *gating*, qui consistait à arrêter les personnes qu'elle jugeait dangereuses aux portes du pénitencier au moment même de leur libération. Dans le cas de la détenue Moore¹²², deux gardes lui ont fait passer les portes du pénitencier, mais, aussitôt qu'elle a mis les pieds hors des grilles, ils l'ont arrêtée et ont suspendu sa surveillance obligatoire pour la protection de la société. Dans le cas du détenu Truscott¹²³, il fut amené en voiture jusqu'à une carrière de sable en face du pénitencier où on lui a demandé de descendre pour aussitôt l'arrêter en lui disant que sa surveillance était suspendue pour protection de la société. Dans le cas du détenu Oag¹²⁴, la Commission a raffiné sa pratique. Le jour de sa sortie sous surveillance, Oag fut accompagné à l'aéroport d'Edmonton où il a attendu quatre heures, billet en mains, son départ pour Fredericton. Or, dès qu'il mit le pied dans l'avion, on l'a arrêté en invoquant encore une fois la protection de la société.

Cette façon de procéder a été jugé illégale par la Cour suprême du Canada dans ces deux décisions. La Cour a dit que la Commission essayait de faire indirectement ce qu'elle n'avait pas le droit de faire directement. Laisser sortir quelqu'un deux minutes puis l'arrêter en invoquant la protection de la société ne respecte pas le but de la *Loi de 1978*. Le détenu a le droit d'être véritablement libéré et ne peut devenir l'objet d'une comédie de libération. Pour justifier une suspension et une réincarcération, il faut se baser sur sa conduite depuis la libération¹²⁵.

¹²¹ [1986] 2 R.C.S. 459, 55 C.R. (3^e) 83 [ci-après *Dumas* avec renvois aux R.C.S.]

¹²² *R. c. Moore*, [1983] 1 R.C.S. 658, (*sub nom. Oag c. R.*) 52 A.R. 347 [ci-après *Moore*].

¹²³ *Truscott c. Mountain Institution* (1983), 33 C.R. (3^e) 121, 4 C.C.C. (3^e) 199 (C.F.(D.A.)) [ci-après *Truscott*].

¹²⁴ *Moore*, *supra* note 122.

¹²⁵ *Moore*, *ibid.* ; *Truscott*, *supra* note 123.

Suite à ces décisions et aux pressions considérables de certains députés ainsi que de la Commission, le Parlement s'est réuni d'urgence au cours de l'été 1986 afin d'adopter un projet de loi permettant à la Commission, dans certains cas, de refuser qu'une personne ne sorte à la date prévue de surveillance obligatoire¹²⁶. Le nouveau système prévoit que dans le cas des personnes condamnées pour une infraction mentionnée à l'annexe et ayant causé la mort ou un tort considérable, la Commission tiendra une audience à l'issue de laquelle elle pourra rendre «une ordonnance de maintien en détention»¹²⁷.

L'ensemble de ce système s'avère plutôt douteux. D'une part, l'article 25 de la *Loi sur les pénitenciers*¹²⁸ stipule que le détenu bénéficie (*shall be credited*) de quinze jours de remise de peine pour chaque mois où il s'est bien conduit. Cette remise de peine accumulée ne peut lui être retirée que par un tribunal disciplinaire s'il a commis une infraction disciplinaire ou si, à cause d'un mauvais comportement pendant sa libération conditionnelle, celle-ci est révoquée. Dans les deux cas, la cause de la perte du «bon temps» est imputable à une faute du détenu pendant son incarcération ou sa libération conditionnelle : c'est le principe même de la remise de peine pour bonne conduite. Dans la *Loi de 1985*, on a conservé ce système mais on a ajouté que, même s'il n'a commis aucune faute et s'est bien conduit pendant son incarcération, le détenu ne jouira pas de la remise de peine accumulée si la Commission estime qu'il risque de commettre une infraction à sa sortie. Le législateur aurait pu abolir le système de surveillance obligatoire et la remise de peine et ne garder que la libération conditionnelle ; il a toutefois préféré ménager la chèvre et le chou en adoptant des mesures contradictoires basées sur un critère vague et imprécis, presque impossible à prédire ou à prouver, soit que le détenu «commettra vraisemblablement, d'ici l'expiration légale de sa peine, une infraction causant la mort ou un tort considérable.»¹²⁹

Les contestations judiciaires de la constitutionnalité de ces dispositions ont toutes échoué¹³⁰. Comme nous le verrons, dans la *Loi de 1992*, le législateur a aboli le système de remise de peine pour bonne conduite, mais il a conservé la possibilité de maintenir un détenu en détention au moment de sa date prévue de surveillance obligatoire¹³¹.

¹²⁶ *Loi modifiant la Loi sur la libération conditionnelle et la Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 34, art. 5 [ci-après *Loi de 1985*].

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ S.R.C. 1970, c. P-6.

¹²⁹ *Loi de 1985*, supra note 126, art. 5.

¹³⁰ *Ross c. Kent Institution* (1987), 12 B.C.L.R. (2^e) 145, 57 C.R. (3^e) 79 (C.A.) ; *Re Evans* (1986), 30 C.C.C. (3^e) 313 (C.A. Ont.). La permission d'appeler dans ces deux affaires a été refusée par la Cour suprême ((1987), 59 C.R. (3^e) xxxivn).

¹³¹ *Loi de 1992*, supra note 16, art. 129.

b. Les réactions à l'affaire Dumas

Dans l'affaire *Dumas*, la Commission avait accordé une libération conditionnelle de jour devant prendre effet dès que des arrangements appropriés seraient conclus avec un centre résidentiel communautaire ; la libération de jour accordée à Dumas était donc assujettie à son acceptation préalable par le centre. La veille de son entrevue au centre, Dumas a été trouvé coupable d'une infraction disciplinaire. Par la suite, la Commission l'a avisé que sa libération était refusée, annulant ainsi sa décision antérieure. La Cour suprême du Canada a refusé d'accorder un *habeas corpus* puisque Dumas n'avait jamais été mis en liberté et que l'*habeas corpus* ne sert qu'à contester une privation de liberté. M. le juge Lamer a cependant ajouté que cela ne signifie pas que la Commission a le droit d'agir ainsi et de réviser ses propres décisions. Il a laissé entendre que la Commission était *functus officio* et que le détenu avait d'autres recours en vertu de la *Charte*¹³².

Suite à cette décision, le législateur s'est empressé d'amender le règlement pour permettre à la Commission de réviser sa décision d'octroi d'une libération conditionnelle dans certaines circonstances¹³³. Le nouveau paragraphe 14(2) énonce que, lorsque la Commission accorde une libération qui doit débiter à une date ultérieure, elle peut, si des renseignements nouveaux non disponibles à la date d'audience lui parviennent, revenir sur sa décision et annuler la libération ainsi accordée. La *Loi de 1992* maintient cette disposition et étend au Service correctionnel le pouvoir d'annuler une décision initiale de permission de sortir¹³⁴ et de placement à l'extérieur¹³⁵.

Ces deux exemples montrent combien les décisions judiciaires sont facilement contournables lorsque les pressions des agences administratives sont suffisamment fortes pour convaincre le législateur de rendre légal ce qui a été jugé illégal. Cette façon de faire n'est pas spécifique au Canada. K.C. Davis avait déjà constaté, en parlant du National Parole Board américain, que souvent, l'autorité législative acquiesce et encourage l'activité officielle illégale en légalisant *a posteriori* les pratiques illégales en vigueur. «This is one way the law grows,» conclut-il¹³⁶.

¹³² *Dumas*, *supra* note 121 à la p. 471.

¹³³ DORS/86-915, art. 2, modifiant DORS/81-487, art. 14-16.

¹³⁴ *Loi de 1992*, *supra* note 16, par. 17(3).

¹³⁵ *Ibid.*, par. 18(4). Cette extension au Service correctionnel du pouvoir de réviser ses décisions est une réaction à des décisions jurisprudentielles interprétant restrictivement le paragraphe 14.2(2). Dans l'affaire *Marleau c. Lupien* (1988), 43 Admin. L.R. 298 (C.S. Qué.), c'est le directeur du pénitencier lui-même qui a refusé de laisser sortir le détenu à qui la Commission avait accordé une libération conditionnelle de jour au motif qu'il avait des renseignements dignes de foi démontrant qu'il n'avait pas l'intention de se rendre au centre résidentiel mais de s'évader. M. le juge Toth a dit que, si le paragraphe 14(2) permet à la Commission de revoir sa décision, elle ne permet pas au Service correctionnel de le faire. Ce dernier a outrepassé sa compétence et a refusé indûment de donner suite à une décision exécutoire de la Commission.

¹³⁶ Davis, *supra* note 23 à la p. 12.

B. *La législation actuelle : analyse et critique*

L'analyse des diverses modifications législatives ou réglementaires adoptées sous l'impulsion de décisions judiciaires indique, d'une part, l'importance et les limites de l'intervention judiciaire et, d'autre part, le degré d'acceptation ou de désapprobation par les autorités concernées de la règle de droit et de l'affaiblissement de leurs pouvoirs. Certaines exigences judiciaires ont été incorporées dans les textes de loi pertinents ; d'autres ont fait l'objet d'une résistance ou d'une demande expresse au législateur de les contourner, car elles étaient perçues comme une contrainte à l'efficacité de la mission de la Commission ou à la discrétion nécessaire à l'exercice du pouvoir de libérer les prisonniers avant l'expiration de leur sentence.

La *Loi de 1992* et le règlement qui la complète reproduisent cette tension. On y intègre le discours des droits des détenus et l'obligation de respecter la règle de droit, l'équité procédurale ainsi que les principes de justice fondamentale. À première vue, ces modifications devraient contribuer à l'émergence d'un modèle légal plus formel et moins arbitraire, à la transparence du système et à l'encadrement du pouvoir discrétionnaire. En matière de libération conditionnelle toutefois, l'on n'a pas véritablement entamé et encadré le pouvoir discrétionnaire de la Commission ; au contraire, on l'a augmenté et on a tenté encore une fois de le soustraire à la révision judiciaire externe.

Si l'intégration législative de certaines garanties procédurales exigées par les tribunaux au cours de la précédente décennie n'a pas suscité de grands débats, l'aspect substantif de la loi, principalement à l'égard des dates d'éligibilité aux libérations conditionnelles, a donné lieu à plusieurs commentaires enflammés, la plupart étant invoqués pour réclamer une plus grande répression et un plus grand contrôle des criminels violents et des trafiquants de drogue. Plusieurs députés ont demandé l'abolition pure et simple du régime des libérations conditionnelles.

Le solliciteur général du Canada, Doug Lewis, a présenté son projet de loi en disant que le gouvernement voulait envoyer un message clair au public et aux travailleurs du système. Tout d'abord ,

[le gouvernement] veut rassurer les membres du public qu'à partir de maintenant, ce sont eux et non les détenus qui auront le bénéfice du doute. Ensuite, il veut faire comprendre à tous ceux qui travaillent au sein du Régime de libération conditionnelle et du système pénitentiaire que ce sont les citoyens honnêtes qui passent en premier et que jamais la sécurité du public ne doit être compromise¹³⁷.

Il faut se rappeler, affirme-t-il, que la libération n'est pas un droit mais un privilège qu'il faut mériter. Si un libéré est réincarcéré pour manquement aux conditions de sa libération, il aura plus tard une autre audition «devant des commissaires pour le

¹³⁷ *Débats de la Chambre des communes* (4 novembre 1991) à la p. 4430.

moins sceptiques.»¹³⁸

Les moyens choisis par le législateur pour répondre aux demandes de certains groupes dénonçant le laxisme du système et réclamant un contrôle plus serré ont été l'abolition du régime de remise de peine pour bonne conduite, l'augmentation du temps d'épreuve avant la semi-liberté¹³⁹ et le renforcement des règles d'admission à la libération conditionnelle¹⁴⁰. La *Loi de 1992* prévoit également que les détenus ont droit à une libération d'office aux deux tiers de leur peine sauf s'ils font l'objet d'une ordonnance de maintien en détention¹⁴¹. Selon le solliciteur général, les mesures de maintien en détention après la date de libération d'office constituent un moyen plus propice à favoriser un bon comportement chez les détenus que la perte de remise de peine puisqu'elles impliquent le risque de voir leur peine prolongée.

La *Loi de 1992* crée deux catégories de criminels pour lesquelles les règles d'octroi, les dates d'éligibilité et la procédure sont différentes. La *Loi* allège en effet le critère de libération pour les détenus non violents, qui en sont à leur première sentence, et instaure une procédure d'examen dite expéditive. Cette façon de procéder, dit le solliciteur général Lewis, permettra de sauver un milliard de dollars et de se concentrer sur les criminels violents, c'est-à-dire ceux qui ont commis une infraction mentionnée aux annexes de la *Loi*, tels les crimes contre la personne ayant causé la mort ou un traumatisme psychologique grave, les abus sexuels d'enfants et les infractions graves en matière de stupéfiants. Ainsi, ces derniers ne peuvent jouir de la procédure expéditive ; s'ils sont classés sous la cote sécuritaire maximale, ils n'ont pas droit aux permissions de sortir sans surveillance, ils peuvent voir leur date d'éligibilité à la libération totale repoussée à la moitié de leur peine et ils peuvent faire l'objet d'une ordonnance de maintien en détention après leur date de libération d'office.

Le pouvoir discrétionnaire de la Commission se trouve augmenté à plusieurs égards dans cette nouvelle loi. La Commission a, comme avant, «toute compétence et latitude» pour accorder, annuler l'octroi, mettre fin, révoquer toute forme de libération anticipée¹⁴². Contrairement à la situation antérieure, le paragraphe 133(4) prévoit en outre que la Commission peut assigner le détenu à la résidence pendant

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ C'est à ce sujet que la loi est plus restrictive : le temps d'épreuve y est allongé et les détenus ne sont éligibles que six mois avant leur date d'admissibilité à la libération totale (*Loi de 1992, supra* note 16, art. 119) plutôt qu'au sixième de leur peine comme avant (*Règlement de 1978, supra* note 19, art. 9).

¹⁴⁰ Le temps d'épreuve avant la libération totale survient au tiers de la sentence (*Loi de 1992, ibid.*, art. 120) sauf pour les criminels violents ou les trafiquants de drogue qui ont fait l'objet d'une ordonnance judiciaire, dans lequel cas ce temps d'épreuve est reporté à la demie de la peine (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 741.2). Il est à noter que les dates d'admissibilité aux permissions de sortir sous surveillance sont sensiblement les mêmes que dans le *Règlement de 1978, ibid.*, art. 12, c'est-à-dire au sixième de la peine (*Loi de 1992, ibid.*, art. 115). Cependant, les détenus de cote maximale n'y ont pas droit (*ibid.*, par. 115(3)).

¹⁴¹ *Loi de 1992, ibid.*, art. 127.

¹⁴² *Ibid.*, art. 107.

sa libération conditionnelle à titre de condition de la libération «si elle estime que les circonstances le justifient.»

Le langage employé dans la loi est si vague et imprécis qu'il laisse place à une discrétion très large et à une interprétation subjective, voire même éventuellement arbitraire ou abusive. Davis écrivait : «Where law ends, discretion begins, and the exercise of discretion may mean either beneficence or tyranny, either justice or injustice, either reasonableness or arbitrariness.»¹⁴³ Selon lui, la discrétion est inévitable dans tout processus décisionnel et souvent essentielle pour une justice individualisée. Cependant, pour que la discrétion n'équivale pas à de la tyrannie, il faut éliminer la discrétion non nécessaire et encadrer, structurer et contrôler celle qui l'est. Aux États-Unis, dit-il, l'exemple le plus marquant de pouvoir discrétionnaire non structuré est celui dévolu au National Parole Board. Le standard le plus spécifique écrit dans la loi américaine énonce que ce dernier peut, à sa discrétion, accorder une libération à un détenu s'il pense qu'il existe «a reasonable probability that such a prisoner will live and remain at liberty without violating the laws.»¹⁴⁴ Davis recommande plusieurs moyens pour encadrer et délimiter la discrétion de la Commission : publication des standards guidant la discrétion ; motivation des décisions ; publicité des procédures et des dossiers ; accessibilité aux précédents ; délibérations communes des commissaires et révision judiciaire en cas d'abus de discrétion.

Au Canada, l'article 101 de la *Loi de 1992* énumère six principes devant guider la Commission dans l'exécution de son mandat : (1) viser dans tous les cas la protection de la société ; (2) tenir compte de toute l'information pertinente disponible ; (3) accroître son efficacité et sa transparence par le partage des renseignements avec tous les acteurs concernés ; (4) être le moins restrictif possible compte tenu de la protection de la société ; (5) s'inspirer des directives d'orientation générale ; (6) fournir aux détenus les motifs des décisions, les renseignements pertinents et la possibilité de faire réviser ces décisions.

Certains de ces principes correspondent aux recommandations de Davis, mais ils sont loin de répondre à toutes ses attentes. Le principe de la motivation des décisions est maintenant chose acquise et la *Loi de 1992* spécifie qu'il s'agit d'une obligation pour la Commission et d'un droit pour les détenus¹⁴⁵. Le principe de la communication des informations et de la transparence est également reconnu dans la *Loi*. Cette nouvelle approche de transparence est bien accueillie, mais elle n'est malheureusement pas traitée à fond. L'article 144 de la *Loi de 1992* impose à la Commission l'obligation de motiver ses décisions et de tenir un registre de toutes ses décisions. Les décisions sont accessibles à des fins de recherche ou à certains membres du public, journalistes, victimes, etc., qui doivent adresser une demande à cet effet. Cependant, la jurisprudence de la Commission n'est toujours pas publiée, pas même dans une version expurgée des renseignements nominatifs ou jugés con-

¹⁴³ Davis, *supra* note 23 à la p. 3.

¹⁴⁴ 18 U.S.C. § 4203 (1990).

¹⁴⁵ *Loi de 1992*, *supra* note 16, art. 101.

fidentiels ; elle n'est pas plus accessible aux détenus et aux avocats désireux de connaître les précédents de la Commission pour préparer leur cause.

Le langage employé dans la *Loi de 1992* pour décrire les fondements des décisions de la Commission est toujours aussi vague et imprécis et laisse place à une discrétion aussi vaste que celle dénoncée par Davis en 1969. L'article 102 prévoit qu'une commission peut accorder une libération à un détenu si elle est d'avis « que le risque de récidive avant l'expiration légale de la peine n'est pas inacceptable pour la société et que cette libération contribuera à la protection de celle-ci en favorisant sa réinsertion sociale en tant que citoyen respectueux des lois. » Cet article fait référence à des notions insaisissables, imprévisibles et improuvables ne fournissant aucun standard précis devant guider les commissaires dans l'exercice de leur discrétion¹⁴⁶.

La recommandation de Davis selon laquelle l'abus de discrétion devrait donner ouverture à la révision judiciaire est loin d'avoir été acceptée au Canada. L'article 147 de la *Loi de 1992* prévoit un droit d'appel interne de toute décision rendue par la Commission. Cette disposition est délibérément rédigée de façon à éviter la révision externe en édictant des motifs d'appel qui relèvent beaucoup plus du contrôle judiciaire que d'un appel au sens traditionnel du terme. Il ne s'agit pas pour la Section d'appel de revoir les erreurs de faits ou de se prononcer sur des questions mixtes de droit et de faits mais plutôt de se prononcer sur la violation des principes de justice fondamentale, sur les erreurs de droit, sur l'excès ou l'absence de compétence, etc. Il s'agit donc d'une clause privative déguisée car les motifs énumérés pour fonder la compétence de la Section d'appel sont ceux qui donnent généralement ouverture au contrôle judiciaire. Selon la professeure Dumont, « [o]n se trouve donc à confier à un organisme administratif un pouvoir de surveillance et de contrôle habituellement dévolu à une cour supérieure. »¹⁴⁷ Il reste à voir comment les tribunaux de droit commun interpréteront cette disposition pour le moins douteuse. À ce titre, Dumont est d'avis, avec raison nous croyons, que le fait de confier à la Commission le pouvoir de surveiller ses propres illégalités, ses propres excès de juridiction et ses propres violations des droits fondamentaux des détenus, a pour but d'éviter le contrôle judiciaire et permet à la Commission de continuer à « laver son linge sale en famille » plutôt « qu'être prise à partie » par les cours supérieures¹⁴⁸.

De plus, cette Section d'appel est composée de commissaires choisis parmi les commissaires réguliers nommés à temps plein. La *Loi de 1992* spécifie que les commissaires qui ont participé à la décision initiale ne peuvent siéger en appel de leur propre décision ; il n'empêche pas que les personnes qui décident en première instance siégeront dans une autre affaire en appel de décisions rendues par leurs homologues. Comme le souligne la professeure Dumont, cette façon de procéder

¹⁴⁶ Il faut dire qu'il serait probablement très difficile, compte tenu de la philosophie générale du système de libération conditionnelle, d'élaborer des critères extrêmement précis sans aller contre l'individualisation nécessaire des décisions.

¹⁴⁷ Dumont, *supra* note 17 à la p. 325.

¹⁴⁸ *Ibid.* à la p. 326.

soulève des appréhensions de partialité en raison de l'étroitesse des liens institutionnels entre les «super commissaires» et ceux de premier niveau¹⁴⁹.

Conclusion

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de cette étude théorique de l'impact du discours des droits et de l'intervention judiciaire sur l'évolution des normes législatives et réglementaires en matière de libération conditionnelle au Canada. Il est difficile de nier que l'intervention judiciaire a été un *stimulus* de réforme pour les branches législative et administrative du pouvoir et qu'elle a contribué à la transformation des structures et des pratiques décisionnelles, à la réduction de l'arbitraire et à la non-transparence du système. Malgré la résistance initiale à l'intégration de la règle de droit dans le domaine de la libération conditionnelle jugée conflictuelle avec la discrétion administrative et perçue par les autorités comme une entorse à leur pouvoir, l'intervention judiciaire a entraîné la codification des principes d'équité procédurale. Il y a eu transformation en normes législatives ou réglementaires des critères élaborés par les tribunaux pour juger de la légalité et de l'équité du processus décisionnel.

Par ailleurs, il appert que l'intervention judiciaire a un impact limité sur le contenu substantif des législations et sur la structure de pouvoir à l'intérieur du système. La judiciarisation ne suffit pas à elle seule à modifier l'ordre établi, éliminer l'arbitraire ou encadrer la discrétion administrative sans volonté politique en ce sens. Comme l'écrit Mandel, «[i]t is highly implausible that the courts intended by their procedural reforms a transformation in the power structure of the prison. Motivation aside, decision-making power, after the fair procedures have been put in place, always remains with the administration.»¹⁵⁰ Mais conclure, comme il le fait, que la légalisation du processus légitime l'oppression¹⁵¹ ou que l'intégration de la règle de droit et des principes d'équité procédurale ne font que changer l'apparence sans changer la réalité et que les pratiques arbitraires s'en trouvent ainsi légitimées, nous semble prématuré.

Tous les membres de la société ont à gagner d'un régime de libération conditionnelle ouvert et équitable. Reconnaître que les prisonniers ont le droit de se faire entendre, de connaître à l'avance les renseignements dont la Commission tiendra compte, d'être représenté à l'audience et de recevoir une décision motivée constitue un pas dans cette direction et consiste certainement en une amélioration par rapport au passé. Il est permis de penser que ce développement a influencé les mentalités des acteurs concernés et la qualité des décisions rendues. Une étude d'impact, in-

¹⁴⁹ *Ibid.* à la p. 325.

¹⁵⁰ M. Mandel, «The Legalization of Prison Discipline in Canada» (1986) 26 *Crime & Social Justice* 79 à la p. 84.

¹⁵¹ *Ibid.* à la p. 86.

existante à l'heure actuelle, fournirait des éléments additionnels de réflexion sur le débat des droits fondamentaux et sur celui du rôle constitutionnel des tribunaux dans notre société.
