

DE LA MODÉRATION EN DROIT PÉNAL

Patrick Healy¹

Dans une analyse des débuts du droit américain, le professeur Grant Gilmore souligne la faible probabilité qu'une lutte pour la libération nationale crée un climat favorable à la mise en place d'un système juridique stable. Pourtant, il explique en ces termes l'esprit qui régnait à la fin du dix-huitième siècle aux États-Unis :

Avec le triomphe de la Révolution et l'établissement d'un gouvernement fédéral centralisé, le pays était prêt à recommencer à neuf, à repenser les institutions politiques, à définir le rôle que jouerait le gouvernement dans l'évolution de la société, à créer les lois qui régiraient la république fédérale et ses États constitutifs. Il est tout à fait clair que les hommes qui ont dirigé le pays à partir des années 1770 ou 1780 jusqu'aux années 1820 et 1830 comprenaient leur situation privilégiée et sans précédent dans l'histoire : en effet, il n'est pas donné à chaque génération de prendre un nouveau départ au sein d'une société vigoureuse, instruite et avancée qui se trouve déjà en plein développement social et économique, consciente de ses immenses possibilités d'acquérir une richesse et un pouvoir sans cesse grandissants².

On pourrait en dire tout autant des sociétés européennes qui, depuis 1989, ont entrepris la lourde tâche de reconstruire leur appareil étatique. Ces sociétés sont conscientes du fait que l'histoire leur offre la chance de repartir à zéro. Les décisions prises durant les premières années de cette reconstruction auront des effets durables, et la sagesse commande donc d'agir avec modération, surtout dans la création et l'application du droit pénal.

Les bienfaits de la modération

La modération est souvent considérée comme une qualité personnelle : on l'associe à d'autres valeurs, comme la tolérance, la patience, la compassion, la discipline personnelle et l'esprit de sacrifice. Son antithèse se retrouve parmi les défauts ou les vices, entre autres la dureté de cœur, la colère, l'intolérance, la faiblesse de caractère, l'égoïsme, l'esprit de domination et la violence injustifiée. Il n'existe pas de façon de définir la mo-

dération comme qualité personnelle, mais disons que, dans une société, toute définition doit comprendre le respect de l'intégrité d'autrui et de son bien-être. Elle implique pour chacun la capacité de ne pas céder à ses impulsions et de subordonner ses préférences personnelles aux besoins des autres.

Il est encore plus difficile de définir la modération comme qualité publique, c'est-à-dire comme valeur qui appuie les institutions de la société civile et dont est imprégnée la conduite du gouvernement en général, et l'administration de la justice en particulier. Il est bien évident que la modération, dans ce sens public tout comme dans son contexte privé, possède une importance variable en fonction de chaque société et même entre les différents membres d'une société. Il n'existe aucune méthode objective pour mesurer le degré où les institutions et le gouvernement reflètent, notamment, le respect de l'intégrité des individus ou la tolérance face aux différences et aux désaccords entre ces derniers. En même temps, l'observateur raisonnable peut constater que la modération est plus ou moins présente dans les institutions d'une société et dans les actes de ceux qui la gouvernent.

La modération constitue pour l'essentiel, à l'instar du jugement éclairé ou de la politesse, une vertu qui ne peut être codifiée, même si certains de ses aspects peuvent être exprimés au moyen de règles, de principes ou d'autres conventions régissant la conduite de chacun. Dans une large mesure, les caractéristiques les plus importantes de la modération doivent toujours rester tacites, car s'il devient nécessaire de les exprimer sous forme de règles, c'est le signe que la modération est absente. Bien entendu, ce ne sont pas tous les préceptes positifs qui traduisent le besoin de modération : la prolifération des règles peut, dans certains cas, ne signifier rien d'autre qu'une volonté de domination débridée de la part de l'entité qui les édicte, sans égard à l'utilisation légitime du pouvoir social et de l'intégrité de ceux qui y sont assujettis. Le professeur Gilmore exprime ainsi une idée semblable :

Le droit reflète mais ne détermine en aucun cas la fibre morale d'une société. Les valeurs d'une société raisonnablement juste se traduiront par des lois raisonnablement justes. Plus la société est juste, moins elle comptera de lois. Au paradis, il n'y aura pas de loi, et le lion côtoiera l'agneau. En revanche, les valeurs d'une société injuste se traduiront par des lois injustes. Moins la société est juste, plus elle comptera de lois. En enfer, il n'y aura que des lois et la procédure sera rigoureusement respectée³.

Au niveau le plus bas de l'enfer, il est probable que même la procédure ne sera plus observée. La signification profonde de cet extrait reste néanmoins sans équivoque : le sens moral d'une société donnera lieu, en partie, à l'usage d'une modération dans l'édition de lois.

Pourquoi? Tout d'abord parce qu'une pléthore de textes législatifs ne sert qu'à restreindre la liberté et l'intégrité des individus et devient alors pernicieuse ou mauvaise. Deuxièmement, les atteintes à la liberté et à l'intégrité personnelle ne peuvent qu'engendrer le mépris à l'égard de la loi, de ceux qui l'appliquent et des institutions par lesquelles ils agissent. Troisièmement, il est faux de croire que la multiplication des textes législatifs permet de créer une société meilleure, même s'ils visent les objectifs les plus nobles. Bref, ce ne sont pas les lois qui peuvent améliorer une société, mais bien la modération dans l'exercice du jugement.

La modération dans la création et l'application du droit pénal peut être perçue de deux façons, et nous en parlons dans les lignes qui suivent. La première touche la modération dans le droit positif d'un État, tandis que la deuxième, plus nébuleuse quoique plus importante, porte sur la modération dans la création du droit pénal.

La modération dans l'application du droit pénal

En droit, la modération trouve son expression la plus courante, et aussi la plus vague, dans le principe de la primauté du droit. Bien que ce principe ne soit jamais défini avec précision, il peut désigner un ensemble de restrictions imposées par les règles de droit à l'exercice du pouvoir par tous les organismes de l'État. Les lois d'un pays ne témoignent qu'en partie du respect que celui-ci porte à la primauté du droit parce que, de toute évidence, des lois idéales peuvent être violées par des organes d'un État malveillant ou par les agents malhonnêtes d'un État par ailleurs bienveillant. Un autre indice du respect de ce principe est la mesure dans laquelle les mandataires de l'État observent les normes légales qui protègent la liberté, la vie privée ou d'autres choses importantes. Le droit ne peut être suprême si la loi est utilisée, sans égard à la confiance ou à la dignité d'un peuple, dans le seul but de faire prévaloir le point de vue ou les préférences de ceux qui – à ce moment-là – détiennent le pouvoir politique.

L'engagement à respecter la primauté du droit se reflète dans les obligations internationales que l'État contracte, par exemple l'obligation de se

plier à des normes prévues dans des traités internationaux. Cependant, c'est la constitution du pays qui donne forme à la primauté du droit, c'est là que sont énoncés avec plus ou moins de précision les principes fondamentaux qui régissent les institutions publiques de même que les liens entre l'État et ses sujets. Et ces principes se retrouveront dans les textes législatifs et d'autres sources du droit, si ces dernières doivent être compatibles avec l'énoncé des principes constitutionnels ou, en l'absence d'un tel énoncé, avec les règles qui découlent de la primauté du droit.

La nouvelle constitution de l'Ukraine comporte des articles qui reconnaissent les principaux concepts associés à la primauté du droit dans l'administration de la justice pénale et devraient en garantir le respect. L'un des plus importants des principes ainsi posés, et qui ne se limite pas aux affaires pénales, est celui de l'indépendance de l'appareil judiciaire par rapport aux autres institutions. Il est clair en effet qu'il est impossible de respecter véritablement la primauté du droit si les tribunaux n'échappent pas totalement à la domination ou à l'influence des autres organes du gouvernement.

La constitution de l'Ukraine mentionne à plusieurs reprises ce que de nombreux systèmes juridiques appellent le « principe de légalité ». Ces termes semblent être synonymes de la primauté du droit, mais ils désignent plus spécifiquement trois idées connexes, soit que le pouvoir de l'État d'invoquer le droit pénal ne peut être légitime que s'il est exprimé dans des lois n'ayant d'effet que pour l'avenir, qui sont énoncées avec suffisamment de détails pour que le citoyen en comprenne la teneur et qui ne confèrent pas de pouvoirs abusifs aux autorités chargées de leur application. Le principe de légalité conduit donc à poser certains principes élémentaires qui régissent l'application de tout le droit pénal : la non-rétroactivité des lois, leur publicité et un degré de précision adéquat évitant les dispositions trop vagues ou trop larges.

Il peut sembler évident que la non-rétroactivité des lois pénales constitue une garantie fondamentale contre l'abus de pouvoir par l'État, puisque l'application rétroactive des dispositions pénales signifierait que l'État est justifié d'utiliser la force pour faire respecter des lois qui, au moment de la conduite reprochée, n'existaient pas. Pourtant, ce principe peut avoir une application pratique dans l'interprétation ordinaire des lois pénales. Prenons un exemple. Supposons que le droit pénal d'un pays définit les voies de fait comme l'emploi délibéré de la force par une personne contre

une autre sans le consentement de cette autre personne. Supposons encore que deux personnes acceptent de se battre à poings nus et qu'il est clair qu'elles comprennent que des lésions corporelles seront probablement infligées à au moins l'une d'entre elles et que ces lésions corporelles sont le but visé, aucune des deux personnes n'a toutefois l'intention de tuer l'autre. Si A frappe B à la tête, que B perd connaissance et meurt par suite de sa blessure, A sera accusé d'homicide coupable, c'est-à-dire d'homicide involontaire coupable par un acte illégal (des voies de fait en l'occurrence).

Au procès, l'accusé fera valoir au tribunal, par l'entremise de son avocat, qu'il devrait être acquitté parce qu'il n'a pas commis d'acte illégal (les voies de fait) à l'endroit de B, puisque ce dernier avait consenti comme lui à se battre. Le juge rejettera l'argument en déclarant qu'un tel combat constitue effectivement un acte légal dans des circonstances normales, mais que, au nom de l'ordre public, le consentement à ce combat n'est pas valide lorsqu'il y a un risque de blessures corporelles graves. En l'occurrence, il y avait un tel risque, et le consentement était donc invalide. L'accusé a par conséquent commis des voies de fait causant la mort de B et devrait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable.

La décision du tribunal pourrait être considérée comme un simple exercice d'interprétation du sens et des limites du consentement en cas de voies de fait. On pourrait affirmer que le principe de non-rétroactivité est parfaitement respecté parce qu'il existe au préalable une infraction désignée qui informe adéquatement les justiciables de la portée de la responsabilité pénale. La réponse spécifique du tribunal n'est rien de plus qu'une conclusion faisant suite à l'application d'une loi valide qui contient un élément d'ambiguïté.

Mais on pourrait aussi voir les choses tout autrement. Si la loi définit clairement les voies de fait comme l'application non consensuelle et intentionnelle de la force, la décision du tribunal a pour effet d'éliminer la notion de consentement de l'examen des faits et crée donc par voie judiciaire une nouvelle infraction qui est appliquée rétroactivement si l'accusé A en est reconnu coupable. En conséquence, malgré un texte non équivoque qui permet de conclure à l'absence de voies de fait en présence d'un consentement, le tribunal déclare en réalité que, dans certains cas, pour des motifs d'ordre public, un consentement libre peut être non valable.

Il n'est pas nécessaire de nous attarder davantage sur cet exemple ou de tenter d'énoncer un principe général qui permettrait de résoudre ce genre de problème. Pour les fins du présent texte, il suffit de noter que bien qu'il soit largement admis, le principe de non-rétroactivité peut néanmoins revêtir une grande importance pratique dans bien des cas où il s'agit simplement d'interpréter la loi. Si le législateur a respecté la constitution du pays en créant des infractions qui ne semblent avoir d'application que dans l'avenir, il serait contraire au principe de légalité que les tribunaux interprètent ces infractions de manière à élargir considérablement la responsabilité pénale qui avait été définie par le pouvoir législatif. Même si les tribunaux doivent fréquemment interpréter des dispositions législatives ambiguës, leur autorité légitime en matière d'interprétation ne saurait leur permettre de redéfinir des infractions en leur donnant un effet rétroactif.

Le principe de légalité exige aussi la publicité des textes. Autrement dit, une personne ne peut être tenue responsable d'une infraction si elle ne pouvait pas savoir que son geste était interdit par la loi. Bien qu'elle se rattache dans une certaine mesure au principe de non-rétroactivité, cette idée comporte un élément distinct qui mérite qu'on s'y attarde. Dans un régime juridique où on ne peut invoquer l'ignorance de la loi comme excuse (*ignorantia iuris neminem excusat*), il est impossible d'appliquer une disposition législative en toute légitimité si la personne qui y est assujettie ne peut connaître son existence et son contenu. Mais dans un État moderne, il serait illusoire de penser qu'une personne peut connaître à fond la loi sous toutes ses facettes et dans toute sa complexité : la profusion de textes législatifs et réglementaires est tout simplement trop grande pour que ce principe puisse garder son sens littéral. Néanmoins, cette dimension du principe de légalité reste essentielle, car non seulement les lois pénales doivent-elles être appliquées dans l'avenir, mais elles doivent aussi avoir été publiées d'une manière qui montre qu'elles ont été édictées dans les règles. En ce sens, la publicité des lois élimine la création arbitraire de lois secrètes et, dans une certaine mesure, rend légitime le recours à des sanctions pénales par l'État, du fait que les justiciables savent que certains comportements sont prohibés.

Outre la non-rétroactivité et l'obligation de publicité, le principe de légalité demande que les lois pénales soient rédigées et interprétées d'une manière qui ne soit ni trop vague ni trop large. Ce concept s'applique

aussi bien à la fonction législative, c'est-à-dire dans l'adoption des lois, qu'à la fonction judiciaire, soit l'interprétation de ces lois. Les notions de caractère vague de portée excessive ne sont pas synonymes. Un texte pourrait être excessivement large tout en étant extrêmement précis. Une loi aura une portée excessive lorsque son application dépasse largement tout objectif légitime (par exemple, « Commet une infraction quiconque met au monde un enfant qui a les yeux bleus ou les cheveux blonds. ») Le caractère vague découle de l'incohérence des termes utilisés pour définir la responsabilité pénale. Même si une loi pénale n'est pas rétroactive et qu'elle a été publiée, elle sera donc contraire au principe de légalité si son libellé défie toute compréhension. Autrement dit, le principe de légalité suppose qu'une loi pénale peut être contestée parce qu'elle est trop vague et qu'elle possède une portée excessive, ou bien parce qu'elle est vague ou qu'elle possède une portée excessive.

Dans bien des systèmes de droit, le principe de légalité est appuyé par ce qu'on appelle l'interprétation stricte des lois. Dans la constitution de l'Ukraine, ce principe est exprimé dans maints articles. Il signifie que les lois pénales ne devraient pas être interprétées de manière à avoir une portée dépassant l'intention du législateur, et que toute ambiguïté des textes devrait être tranchée en faveur de l'accusé.

Le principe de légalité est sans doute l'expression la plus visible de la primauté du droit parce qu'il régit les affaires pénales au sein d'un État. Mais la primauté du droit se manifeste d'une foule d'autres façons. Les mesures prévues par la constitution et les autres lois pour encadrer les pouvoirs des policiers et protéger les droits à la liberté et à la vie privée contre toute ingérence de l'État peuvent être vues comme autant de conséquences de la primauté du droit. Celle-ci se manifeste également dans les dispositions régissant la procédure et la preuve, qui assurent ce qu'on appelle de façon générale l'équité procédurale, ainsi que dans les articles de fond du droit pénal.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le respect de la primauté du droit dans un État (par l'entremise de ses lois) n'implique pas que ce principe ait nécessairement le même sens dans chaque pays. Il ne sera pas non plus nécessairement interprété de la même manière par tous les États qui reconnaissent et appliquent les mêmes concepts. Il est évident que la primauté du droit dans un État ne peut être, pour le meilleur et pour le pire, qu'un reflet des valeurs de cet État et de ses habitants. Il n'est ni possible

ni souhaitable d'énumérer ici les règles, principes et doctrines qui dénotent, collectivement ou séparément, l'adhérence au principe de la primauté du droit. Le sujet central du présent texte étant la modération en droit pénal, il est préférable de formuler quelques observations générales sur ce vaste thème en ce qui concerne l'application du droit pénal.

Au risque de tomber dans l'abstrait et dans la tautologie, nous pourrions affirmer que la modération caractérise le droit positif d'un État si ce droit respecte en gros le critère de la proportionnalité. Peu importe la définition qu'on lui donne, ce terme désigne un concept très relatif et très variable sur le plan politique, car il n'existe de toute évidence aucune mesure objective de la proportionnalité dans quelque contexte politique ou moral que ce soit. Si la proportionnalité, en termes abstraits, sert à décrire les relations entre les parties constitutives d'un système juridique, entre ces parties constitutives et l'ensemble de ce système, ou bien entre deux systèmes, elle n'explique pas tout parfaitement. En effet, rien n'exclut la possibilité d'invoquer des mesures extrêmes (comme la loi martiale) dans des conditions ou des circonstances où elles peuvent être justifiables parce qu'elles constituent une réaction proportionnelle, dénotant même une certaine modération, face à une situation d'urgence. L'emploi de la proportionnalité comme critère de modération et de valeur devient donc difficile, puisque ce qui est proportionnel pour une personne peut sembler arbitraire voire même tyrannique pour une autre.

Malgré cette difficulté, l'idée que la proportionnalité constitue un élément de la notion de modération nous semble particulièrement importante. Il reste valable de rattacher la modération au principe de la proportionnalité. Étant donné que le droit pénal est un instrument du pouvoir, et même de la violence, de l'État, le recours à ce pouvoir avec une certaine modération signifierait qu'une loi peut autoriser uniquement l'usage d'un pouvoir proportionnel à l'objectif légitime du législateur. Si le droit positif d'un État, qu'il s'agisse des dispositions de fond ou de procédure, présente de lourdes disproportions, il ne suscitera pas la confiance de la population. Ainsi, l'État qui autorise les agents de son exécutif à utiliser des pouvoirs illimités en matière de fouilles, perquisitions et saisies, à toute heure du jour ou de la nuit et sans justification préalable (comme l'existence de motifs probables), sera considéré comme investi de pouvoirs excessifs lorsque ce même État est aussi tenu par sa constitution ou par d'autres textes de protéger la vie privée et la liberté des individus. Cela est également vrai pour de nombreux autres pouvoirs

ou procédures. De même, si les dispositions de fond du droit pénal permettent que des peines hors de proportion avec la gravité de l'infraction ou le degré de responsabilité de l'accusé soient prononcées, la disproportionnalité dénoterait une absence de modération.

D'une manière générale, si une société est tenue par sa constitution de faire preuve de modération en matière pénale, il s'ensuit donc non seulement que le parlement doit édicter des lois qui reflètent l'obligation de proportionnalité, mais aussi qu'un appareil judiciaire indépendant doit avoir le pouvoir d'appliquer ce principe dans ses décisions, même s'il conclut que le législateur a omis de le faire.

Le respect rigoureux de la modération ou de la proportionnalité en droit pénal implique nécessairement que la loi ne peut donner une réponse immédiate à toute perturbation réelle ou appréhendée de l'ordre social. Par exemple, si le droit pénal d'un État ne contient aucune disposition interdisant de transmettre délibérément le VIH, le principe de modération exigerait que le tribunal arrive à la conclusion qu'une personne ayant intentionnellement transmis le VIH ne peut faire l'objet de poursuites tant que les dispositions pénales n'auront pas été modifiées de manière à créer l'infraction en question. De même, sur le plan de la procédure, l'engagement véritable à respecter les principes de modération et de proportionnalité force une société à accepter qu'on ne peut passer outre, dans une affaire, aux règles de droit exprimant ce principe au moyen d'une exception, parce que cette exception porterait gravement atteinte à l'intégrité du droit dans tous les autres cas.

Le fait de reconnaître que la modération et la proportionnalité constituent des notions relatives amène l'observateur désintéressé à constater que certaines sociétés y attachent peu d'importance. Il s'agit notamment de ces sociétés qui ne ressentent aucune nécessité de restreindre l'exercice du pouvoir coercitif de l'État par souci de protéger la liberté et la vie privée des individus, ou de celles qui ne subordonnent pas l'autorité de l'État à la suprématie du droit et à la sanction d'un appareil judiciaire indépendant. Le même observateur pourrait également se rendre compte qu'il existe des sociétés où le droit exprime un engagement à faire preuve de modération et de proportionnalité, mais où l'action quotidienne des autorités montre que cet engagement est en fait vide de sens. C'était souvent le cas en Union soviétique, où une constitution d'apparence bienveillante en matière pénale était bafouée par un État totalitaire.

Enfin, cet observateur constaterait qu'il y a d'autres sociétés encore où la volonté affichée de faire preuve de modération et de proportionnalité se traduit par des actes plus ou moins concrets de la part du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire dans leurs sphères de compétence respectives. Il verrait aussi que cet engagement formel à respecter de tels idéaux n'est guère plus qu'une promesse et que la concrétisation de cette promesse devient une tout autre affaire. La volonté de témoigner de modération et de proportionnalité n'est pas un engagement à respecter des valeurs absolues mais bien à utiliser le pouvoir avec mesure. En pratique, le législatif et le judiciaire sont forcés de se demander si les valeurs de modération et de proportionnalité exprimées dans les lois ne fixent pas une norme trop élevée. Ils pourraient être tentés de répondre que l'exception est parfois légitime dans certains cas ou que les règles doivent être modifiées pour refléter une conception différente de ces deux valeurs. Dans toute société, cependant, il ne fait aucun doute que la détermination à respecter la modération et la proportionnalité par l'entremise des règles de droit constitue toujours une lutte pour assurer la prééminence des principes sur les expédients.

La modération dans la création du droit pénal

La sanction pénale peut être justifiée par plusieurs arguments, dont la moralité et l'utilité, bien entendu, mais chacun d'entre eux traduira une volonté plus ou moins prononcée d'user de modération. Le droit pénal constitue toujours l'exercice par l'État de la contrainte ou de la violence pour assurer sa propre sécurité et la protection de la population. La violence de l'État inhérente à l'utilisation du droit pénal doit donc s'appuyer sur la capacité d'invoquer une certaine légitimité. Il ressort essentiellement de l'analyse qui précède que si une société exige la modération en matière pénale, ses lois doivent manifestement respecter le principe de la proportionnalité. Cette notion est évidente dans tous les domaines du droit, mais encore plus dans les affaires pénales. Cependant, il ne suffit pas de déclarer qu'un engagement à la modération doit être manifeste dans le droit pénal en vigueur au sein d'un État. La modération suppose l'application d'un critère beaucoup plus astreignant.

La question fondamentale est de déterminer si les sanctions pénales constituent une réponse appropriée dans un cas donné. Cela conduit à se demander s'il est opportun de recourir au droit pénal pour régler des pro-

blèmes sociaux. En principe, l'État qui s'est engagé à observer le principe de modération sera réticent à utiliser les mesures coercitives du droit pénal s'il n'est pas établi qu'il n'y a pas d'autre choix dans les circonstances. Il est évidemment des cas – on pense ici à la violence contre les personnes, aux dommages matériels et aux infractions graves contre l'État – dans lesquels la nécessité de recourir au droit pénal ne fait aucun doute. De même, l'incendie criminel, la trahison, le vol qualifié, le cambriolage et l'homicide coupable sont tous des formes de comportements qui justifieront l'utilisation de sanctions pénales.

Il faut toutefois s'empresse de reconnaître que non seulement le droit pénal opère dans un champ dans lequel diverses valeurs s'opposent, mais qu'il constitue lui-même un domaine se caractérisant par l'opposition des valeurs. La volonté d'user de modération devrait donc amener les autorités à se demander si l'emploi de sanctions pénales est nécessaire dans le cas dont elles sont saisies. Si la modération possède une importance déterminante dans la formulation des lois publiques, on pourrait en conclure que le droit pénal ne sera appliqué qu'en dernier ressort, lorsqu'il apparaît que toutes les autres mesures seraient inadéquates. Bien entendu, il ne s'agit pas là d'un sujet simple, puisque la définition du seuil au-delà duquel un acte devient criminel est une question sur laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir un profond désaccord. Par exemple, bien que la plupart des gens estiment que le fait de jeter des détritrus sur la voie publique constitue un acte qui doit être puni, bien peu iraient jusqu'à dire que cela devrait être une infraction pénale. Pourtant, la majorité de la population serait sans aucun doute d'avis que les cas de dégradation grave de l'environnement, particulièrement s'il existe un élément de faute ou une conduite coupable, devraient faire l'objet de sanctions pénales. Entre ces deux extrêmes, il y a matière à débat sur la portée du droit pénal.

Il découle donc du principe de modération que le droit pénal devrait être utilisé pour punir des comportements qui endommagent profondément le tissu social, et qu'il ne devrait pas l'être lorsque d'autres mesures susceptibles d'être efficaces sont disponibles. En toute hypothèse, la modération exige de ne pas recourir au droit pénal pour des vétilles.

Ce principe a une dimension à la fois prospective et rétrospective. Il est évidemment pertinent en ce qui a trait à la création future de lois pénales dans un État. Mais il s'applique aussi rétrospectivement, dans le sens où

les lois déjà en vigueur ne sont peut-être pas compatibles avec les nouveaux objectifs que sont la modération, la proportionnalité et la primauté du droit. En effet, il pourra être nécessaire de réviser les textes existant afin de les mettre en conformité avec la nouvelle constitution de l'État dont il s'agit.

Dans une perspective de modération la première exigence sera donc de se demander s'il y a lieu de recourir au droit pénal. Dans l'affirmative, la modération régira la manière dont on emploiera la législation pénale. La modération trouve alors à s'appliquer à deux égards.

Elle aura tout d'abord une incidence sur le degré de faute qui sera exigé pour qu'un comportement soit coupable. Dans le cas du vol, par exemple, la modération commande de ne pas imposer de responsabilité simplement sur la foi de preuves montrant que l'accusé se trouvait en possession de biens qui ne lui appartenaient pas. De même, les lésions corporelles ou la mort exigent la preuve d'un élément de faute proportionnel à la gravité de l'infraction.

La modération demeure un principe crucial à un deuxième égard, celui de la punition. En vertu des théories générales de la détermination de la peine, une punition excessive n'est jamais justifiée. En effet, aucun objectif lié à la moralité ou à l'utilité ne peut être valablement invoqué pour prononcer des peines disproportionnées à la gravité de l'infraction ou à la culpabilité du délinquant. Par conséquent, le principe de modération pourrait être employé pour soutenir que la peine prévue par la loi aussi bien que celle effectivement infligée ne doivent pas excéder le degré de sévérité nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes de l'État en matière pénale. En d'autres termes, on pourrait affirmer qu'une peine d'emprisonnement ne devrait pas être imposée si les objectifs poursuivis peuvent être atteints par des mesures moins répressives.

L'exercice de la modération dans la création du droit pénal n'est pas une chose facile. Il n'est pas non plus exempt de controverse, puisque, comme nous l'avons déjà souligné, le sens et l'importance de la modération dans un contexte donné peuvent susciter des désaccords politiques légitimes. Cela dit, deux facteurs notables influent sur la capacité d'un État de faire preuve de modération. Premièrement, tout comme il est souvent dur pour une personne qui manque d'assurance d'exercer de la retenue, il peut être difficile pour une société qui n'a pas une confiance suffisante

dans ses institutions et dans l'intégrité des titulaires de charges publiques de faire preuve de modération dans l'application du droit pénal. Deuxièmement, la modération dans la création du droit pénal ne se rencontrera vraisemblablement pas chez des gens qui estiment que le droit positif permet vraiment d'atteindre le résultat visé ou qui sont persuadés que le droit peut effectivement régler des problèmes sociaux ou politiques profonds. L'adhésion au principe de modération suppose qu'on comprenne que le droit, et plus particulièrement le droit pénal, n'a qu'une utilité limitée comme mécanisme de régulation d'une société.

Conclusion

Les deux extraits des conférences du professeur Gilmore sur le droit américain (tirés de l'ouvrage *The Ages of American Law*) que nous avons cités doivent être examinés soigneusement. En cette époque où bien des pays se reconstruisent, les hommes et les femmes qui appartiennent à une société raisonnablement juste saisiront la possibilité d'adopter des lois raisonnablement justes. La nature de ces lois ne peut être définie avec précision, mais nos propos visaient à souligner que la modération constitue une valeur publique qui doit être prise en considération dans la mise en place de ces lois. Il ne fait aucun doute que ces hommes et ces femmes ont le juste sentiment de l'importance de la tâche qu'ils ont à accomplir. Il est à espérer que la modération les guidera et qu'avec un peu de chance ils pourront même la laisser en héritage aux générations futures.

NOTES

¹ Le professeur Patrick Healy est un spécialiste du droit pénal, et notamment de la procédure, de la preuve, de la détermination de la peine, du droit pénal comparé et du droit pénal international. Il enseigne ces matières à l'Université McGill, à Montréal, et a publié de nombreux articles et ouvrages sur ces sujets.

Le présent texte est la version française d'un texte écrit pour les fins des activités du Groupe de la coopération internationale du ministère de la Justice du Canada en Ukraine. Le titre original du texte est *Restraint in the criminal law*).

² Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1977, ISBN 0300019513, page 9.

³ Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, pages 110-111.