



uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

**FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES
ET POSTDOCTORALES**



uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

**FACULTY OF GRADUATE AND
POSTDOCTORAL STUDIES**

Marie-Claude Boies

AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

M.A. (Criminologie)

GRADE / DEGREE

Faculté des sciences sociales

FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

**Les peines non carcérales à l'épreuve de la rationalité pénale moderne et d'une nouvelle gestion des
risques: le cas^{du} l'emprisonnement avec sursis au Canada**

TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

Jean-François Cauchie

DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

Richard Dubé

Colette Parent

Gary W. Slater

Le Doyen de la Faculté des études supérieures et postdoctorales / Dean of the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies

À mon père Daniel, qui me manque tant...

**Les peines non carcérales à l'épreuve de la rationalité
pénale moderne et d'une nouvelle gestion des risques :**

Le cas de l'emprisonnement avec sursis au Canada

Marie-Claude Boies

Thèse soumise à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales
dans le cadre des exigences partielles du programme de
Maîtrise ès arts en criminologie

17 décembre 2009

Département de criminologie
Faculté des Arts
Université d'Ottawa

© Marie-Claude Boies, Ottawa, Canada, 2009



Library and Archives
Canada

Published Heritage
Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Direction du
Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*
ISBN: 978-0-494-65492-7
Our file *Notre référence*
ISBN: 978-0-494-65492-7

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.


Canada

Sommaire

La présente thèse porte sur un examen des discours du système de droit criminel quant à la peine d'emprisonnement avec sursis. Cette étude identifie comment les discours de ce système, et ceux de son environnement, participent à la valorisation en même temps qu'au discrédit des peines non carcérales. L'analyse de décisions juridiques nous a permis de constater que la rationalité pénale du système de droit criminel a notamment pour effet de « carcéraliser » l'emprisonnement avec sursis ainsi que de reléguer au second plan les objectifs plus réhabilitatifs et réparateurs. Notre analyse a également démontré que certains enjeux liés à l'environnement du système de droit criminel en termes de figure du sursitaire, de rapport à la communauté et de gestions des risques semblent pouvoir avoir une certaine incidence sur le prononcé des peines. Ceci dit, nous avons observé que les affinités électives entre le néo-conservatisme et la rationalité pénale moderne font de la punition de l'individu l'objectif prioritaire, et ce, même dans le cas de peines non carcérales.

Remerciements

Ce travail de recherche est le fruit de la collaboration, de l'aide et du soutien de plusieurs merveilleuses personnes qui m'ont accompagnée au cours de ces deux dernières années. Mes premiers remerciements vont bien entendu à toi, Jean-François, d'abord pour ton enseignement passionnant et pour m'avoir fait connaître le merveilleux monde des abolitionnistes ! Merci aussi d'avoir gentiment accepté d'être mon directeur. Merci pour ta patience, ta générosité, tes encouragements et tes commentaires toujours constructifs. Sans jamais m'imposer la route à suivre, tu as su me guider et me « ramener » dans le droit chemin lorsque je m'en égarais trop. Je me sens privilégiée d'avoir pu travailler avec toi. Tu as rendu ce processus plus facile et agréable et je t'en serai toujours reconnaissante. Je remercie aussi les membres du jury, Colette et Richard, pour avoir accepté et pris le temps de me lire. Vos commentaires constructifs m'ont permis de pousser ma réflexion plus loin, améliorant sans aucun doute la qualité de cette thèse. Merci d'avoir fait de ma défense une expérience enrichissante et très agréable.

J'aimerais également remercier mes compagnons de route, avec qui j'ai eu la chance de partager tant les bons moments que les plus difficiles. À la gang de Cuba en particulier : merci pour ces beaux souvenirs que je garde précieusement dans ma mémoire. Un merci spécial à toi Jenny, pour cette fameuse soirée dont tu te souviendras sûrement. Enfin, je veux remercier mon ami Sébastien. Ton optimisme, ta bonne humeur et tes mots toujours justes m'ont été d'un grand secours. Merci de toujours faire partie de ma vie malgré la distance et mon manque de disponibilité. Je t'adore tu sais !

Je profite également de l'occasion pour remercier ma famille. Merci Diane pour tous tes petits mots réconfortants, pour les sacrifices que tu fais pour moi depuis toujours et pour ta confiance inébranlable en moi. Bref, merci d'être toujours là, comme seule une mère peut l'être. Merci à mes deux sœurs adorées. Valérie, merci pour ton écoute. Je doute que mes longs monologues t'intéressaient toujours, mais jamais tu n'as laissé transparaître le moindre signe d'ennui. Vanessa, ma petite puce, merci pour ton honnêteté, ta fraîcheur et ta belle jeunesse qui ont toujours su me faire sourire et me donner un regain d'énergie. Vous avez toutes les trois contribué à la réalisation de cette thèse en étant des modèles de détermination, de persévérance et de courage. Merci enfin à mes grands-parents qui m'ont toujours encouragée dans mes projets. Vous avez su me soutenir, chacun à votre façon, et vous ne pouvez vous imaginer à quel point votre aide fut appréciée. Je vous aime tous plus que tout.

Bien entendu, un gros merci à toi, Pascal, pour avoir su me comprendre mieux que quiconque. Il n'y a pas de mots pour exprimer comment je suis heureuse à tes côtés. Ta curiosité, ton désir de découvrir et d'apprendre ainsi que ton amour pour la vie sont contagieux. Tu me donnes l'impression que rien n'est impossible... et j'ai hâte de découvrir où notre belle aventure nous mènera. Je t'aime très fort et tout ce que j'espère, c'est que nous passerons notre vie à essayer de « changer le monde », petit à petit, jour après jour, et à notre façon...

J'aimerais enfin remercier la Régie d'aide financière aux étudiantes et étudiants de l'Ontario pour leur confiance et leur soutien financier qui ont contribué à éliminer plusieurs soucis et à faire de ces deux dernières années une expérience dont je me souviendrai toujours.

Table des matières

Dédicace.....	ii
Sommaire.....	iii
Remerciements.....	iv
Liste des tableaux.....	viii
Introduction.....	1
Chapitre I : L'environnement du droit criminel et la rationalité pénale moderne : Obstacles et valorisations des peines non carcérales.....	7
1.1 Peines alternatives et peines intermédiaires.....	11
1.1.1 L'emprisonnement avec sursis : peine alternative ou intermédiaire ?.....	14
1.2 L'environnement du droit criminel : montée du management et de la surveillance.....	18
1.3 Le poids du néo-conservatisme : le maintien ou l'aggravation de la punitivité.....	24
1.4 Le système de droit criminel et son discours cognitif dominant	29
1.4.1 La rationalité pénale moderne et les théories de la peine.....	31
1.4.1.1 La théorie de la rétribution	32
1.4.1.2 La théorie de la dissuasion	33
1.4.1.3 La théorie de la dénonciation	35
1.4.1.4 La théorie de la réhabilitation.....	37
1.4.2 Obligation de punir et exclusion des peines non afflictives.....	39
1.5 Obstacles et valorisations de l'emprisonnement avec sursis.....	41

Chapitre II : Choix et démarche méthodologiques.....	48
2.1 Justification de la méthode : la recherche qualitative.....	49
2.2 Technique de cueillette de données : la recherche documentaire.....	50
2.3 Identification des matériaux de recherche.....	52
2.4 Identification et localisation des sources des matériaux, conditions d'accès et aspects éthiques de la recherche.....	53
2.5 Construction de l'échantillon.....	54
2.6 Les différents « cas » constituant le corpus empirique.....	64
 Chapitre III : Présentation des données et analyse.....	 69
3.1 Le système de droit criminel, sa rationalité pénale moderne et les objectifs de la peine.....	72
3.1.1 Les objectifs punitifs : la dénonciation, la dissuasion et la rétribution.....	72
3.1.2 Le correctif, un bonus ?.....	93
3.1.2.1 L'objectif de réhabilitation.....	94
3.1.2.2. La prise de conscience des responsabilités, la reconnaissance et la réparation des torts causés.....	101
3.1.3 L'emprisonnement avec sursis et son rapprochement avec la prison en termes de « dispositif » et de « philosophie pénale »	104
3.2 Le système de droit criminel est-il perméable aux discours de son environnement ?.....	106
3.2.1 La gestion des risques et le rôle de la communauté dans la surveillance	107
3.2.2 La figure du sursitaire : un individu responsable et capable de s'auto-contrôler ?.....	116

3.3	L'emprisonnement avec sursis : une peine « carcéralisée » participant au maintien de la prison.....	121
-----	---	-----

	Conclusion.....	125
--	------------------------	------------

	Bibliographie.....	131
--	---------------------------	------------

Annexe I

	Liste des décisions des cours d'appel et de la Cour suprême du Canada constituant le corpus empirique et leurs références respectives.....	138
--	--	-----

Liste des tableaux

Tableau 2.1	Résumé des dossiers constituant le corpus empirique.....	65
Tableau 3.1	Décisions rendues par chaque instance pour chacun des dossiers du corpus empirique.....	70

INTRODUCTION

Quiconque s'intéresse aux transformations au sein des politiques et des pratiques criminelles peut constater que nous voyons émerger de nouvelles politiques et de nouvelles pratiques dans ce domaine. L'introduction de « nouvelles » peines non carcérales, souvent appelées « peines alternatives », est à notre avis un des éléments témoignant de ces changements. Leur nombre grandissant semble témoigner d'un certain intérêt politique pour ce type de mesures. Nous pouvons penser, par exemple, aux travaux communautaires, au bracelet électronique et autres formes d'assignation à domicile.

Diverses recherches portant sur des peines non carcérales ont suscité notre intérêt. Déjà en 1987, Landreville indiquait qu'avec la surveillance électronique, alors en pleine croissance aux États-Unis, « le filet du contrôle pénal s'élargit, il se diversifie et ses mailles deviennent plus serrées » (Landreville, 1987 : 255). Plusieurs constats de l'auteur sont d'ailleurs intéressants. Landreville (1987) note d'abord que plusieurs personnes considèrent l'assignation à domicile comme une mesure peu sévère et peu crédible et qu'elle ne serait probablement pas jugée très adéquate comme mesure de rechange à la prison lorsqu'elle vise des objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion générale, ou

lorsque vient le temps de neutraliser des contrevenants ayant commis des crimes avec violence. De plus, les tables d'équivalences élaborées aux États-Unis (qui établissent qu'un jour de prison équivaut à trois ou même quatre jours de surveillance électronique) font en sorte que les peines de surveillance électronique doivent être multipliées par trois ou quatre, les rendant ainsi plus longues que les peines d'incarcération qu'elles « remplacent ».

De plus, des recherches sur les programmes de justice restaurative au sein du système de droit criminel ont retenu notre attention. Plus précisément, une étude portant sur un programme de médiation pénale à Ottawa¹ a permis de démontrer que ce programme « est vu plus comme un moyen de redorer le blason du système pénal traditionnel, de lui donner un aspect plus humain et plus participatif sans néanmoins transformer ses fondements et ses perceptions » (Strimelle, 2007 : 10). En outre, des programmes de ce type, lorsqu'ils sont inscrits dans le processus pénal, semblent courir le risque d'être soumis à la logique pénale, et ce, au détriment des principes fondamentaux de la justice restaurative. Par exemple, la médiation pénale dans ce programme particulier s'inscrit dans le cadre de la détermination de la peine, le juge devant tenir compte du résultat de cette médiation avant de prononcer la peine. Il semble donc que la « logique pénale » (ou les objectifs que vise le système de droit criminel) nuise à l'émergence et à une grande utilisation de peines non carcérales, et possiblement encore davantage aux programmes « réparateurs » cherchant à se détacher de cette justice punitive. Des recherches abolitionnistes ont d'ailleurs remis en question et vivement critiqué ces objectifs et le système punitif qui les utilise (voir, entre autres, Mathiesen, 2000; Hulsman et Bernat de Celis, 1982).

Toutefois, il semble exister de l'espoir pour les peines non carcérales. En effet, une recherche récente sur les travaux communautaires en Belgique (qui sont passés en 2002 du statut de mesure à celui de peine) vient nuancer ces constats « décevants » en démontrant un statut plus « ambivalent » de cette peine non carcérale. D'un côté, et allant dans le même sens que la recherche sur la surveillance électronique, la peine

¹ Le « projet de justice coopérative » ou *Collaborative Justice Project*.

« gagnera » en crédibilité en « augmentant le nombre potentiel d'heures à prester, en durcissant les délais (temps d'exécution raccourci, intolérance accrue aux retards sur le lieu de prestation), en imposant le type de travail à faire (alors que la mesure était négociée), en privilégiant une activité absurde, répétitive, voire stigmatisante » (Cauchie, 2005 : 413). De l'autre, les discours sur cette peine semblent intégrer des éléments cherchant à rendre la peine crédible (voire même équivalente à l'incarcération) en lui donnant des attributs qui s'éloignent de la « logique pénale » et des objectifs punitifs du système de droit criminel.

Au Canada, la « disparition » des objectifs punitifs de la peine ne semble pas être pour un avenir rapproché. Ces principes ont en effet été codifiés par le projet de loi C-41, *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence* qui a reçu la sanction royale le 13 juillet 1995. Ce projet de loi, comme son nom l'indique, visait la réforme complète de la partie XXIII du *Code criminel* dorénavant intitulée « détermination de la peine ». Cette loi a, entre autres, permis d'inscrire pour la première fois au Canada les principes et objectifs de la détermination de la peine devant guider les juges dans cette tâche. Ces objectifs comprennent des objectifs traditionnels de la peine, tels que la dissuasion, la dénonciation et la neutralisation. Mais on y retrouve aussi des objectifs plus « réparateurs », tels que la prise de conscience et la réparation, par les individus contrevenants, des torts causés à la victime et à la collectivité, ce qui semble ouvrir la porte à la possibilité que ces objectifs soient mobilisés pour présenter les peines non carcérales comme crédibles. Certaines critiques faites au projet de loi ne semblent toutefois pas aller en ce sens. En effet, bien que le *Code criminel* indique qu'il doit y avoir une présomption en faveur des peines non carcérales, certains ont soulevé le fait que cette loi énonce tous les objectifs possibles de la peine sans établir un ordre de priorité entre eux, créant ainsi un « flou incroyable » (Landreville, 2007 : 31). D'autres ont conclu « qu'en ne présentant pas une liste en fonction des priorités, l'énoncé encourage les juges à continuer à déterminer la peine en s'appuyant sur leurs principes personnels [tout en risquant] de maintenir le statu quo en matière de peines » (Roberts, 2001 : 68).

Le projet de loi C-41 a également créé une nouvelle peine non carcérale, soit l'emprisonnement avec sursis. En quelques mots, lorsqu'un contrevenant est condamné à une peine de moins de deux ans pour une infraction qui ne comporte pas de peine minimale, le tribunal peut décider de permettre au contrevenant de purger cette peine dans la collectivité, si ce dernier ne représente pas une menace à la sécurité de celle-ci. Nous avons choisi de nous concentrer, dans le cadre de ce projet, sur la peine d'emprisonnement avec sursis. Cette peine nous semblait plus « fermée », donc plus susceptible d'être mieux acceptée qu'une mesure cherchant à se détacher de l'idée de punir ou d'emprisonner, comme la médiation et les travaux communautaires par exemple. D'un autre côté, elle nous paraissait plus « ouverte » que la prison et donc possiblement susceptible d'être critiquée, d'être discréditée et d'être perçue comme « peu sévère ».

Dans le cadre de ce projet de recherche, nous nous sommes principalement intéressée aux discours du système de droit criminel, mais également aux discours de son environnement. En effet, lorsque l'on cherche à comprendre les changements qui se produisent dans les façons de penser et d'assurer le contrôle et la « gestion » des individus contrevenants, « it is necessary to de-centre analysis from 'the criminal justice system' – codes, courts and constables – and to relocate the problem of crime and its control within a broader field of rationalities and technologies for the conduct of conduct » (Rose, 2000 : 324). Le système de droit criminel moderne et les discours qu'il produit sur le contrôle de la criminalité et des contrevenants s'inscrivent effectivement dans une façon de penser le contrôle qui le dépasse largement, le système de droit criminel ne jouant qu'un rôle minime dans les pratiques de contrôle des individus (*Ibid*).

Notre projet de recherche a comme principal objectif de mieux comprendre l'*émergence* et l'*utilisation* des peines non carcérales comme l'emprisonnement avec sursis ainsi que leur *valorisation* et/ou les *obstacles* auxquelles elles sont confrontées. Notre recherche sera plus précisément guidée par les huit questions suivantes : (1) Qu'entend-on par « peines alternatives » ?; (2) Comment pouvons-nous expliquer l'émergence des peines non carcérales et parallèlement l'intérêt politique pour ces mesures ?; (3) Comment ce type de peines est-il susceptible d'être « reçu » par le système de droit criminel ?; (4)

Comment les « discours » juridiques mais aussi non juridiques valorisent-ils et/ou discréditent-ils ce type de peines ?; (5) Ces discours sont-ils également présents à l'étape du *prononcé des peines* par le système de droit criminel ?; (6) Quels sont, le cas échéant, les « effets » des discours (juridiques et non juridiques) sur la peine d'emprisonnement avec sursis ?; (7) Comment l'emprisonnement avec sursis est-il valorisé/discrédité par le système de droit criminel ? (8) L'emprisonnement avec sursis doit-il revêtir certaines caractéristiques pour être considéré comme une peine crédible par le système de droit criminel ?

La présente thèse est constituée de trois chapitres qui tenteront de répondre à ces questions et qui seront suivis d'une brève conclusion. Le chapitre I cherchera à répondre aux quatre premières questions. Nous commencerons par préciser les concepts de « peine alternative » et de « peine intermédiaire », ce qui nous permettra ensuite de situer l'emprisonnement avec sursis dans cette terminologie et ainsi de préciser le « statut » que nous accorderons à cette peine qui est au centre de ce projet de recherche. Ensuite, nous chercherons à mieux comprendre l'émergence de peines non carcérales comme l'emprisonnement avec sursis et l'intérêt politique qui semble les accompagner. À partir de textes d'auteurs-clés tels que Garland (2001), Rose (1996a, 1996b, 2000) et Feeley et Simon (1992, 1994), nous nous concentrerons alors à décrire les changements que l'on observe dans le contrôle des conduites criminelles dans le contexte actuel, et ce, principalement à l'aide de concepts tels que le néo-libéralisme, le néo-conservatisme, le management pénal et la nouvelle pénologie. Nous nous concentrerons ensuite sur le droit criminel lui-même afin de mieux comprendre quelles peines sont les plus susceptibles d'être valorisées et discréditées dans un tel système, et ce, à l'aide du concept de rationalité pénale moderne tel qu'élaboré par Pires (1998a). Enfin, nous reviendrons sur l'emprisonnement avec sursis et nous tenterons de voir comment les discours du droit criminel et de son environnement sont susceptibles d'encourager la valorisation et/ou de servir d'obstacles à l'utilisation d'une telle peine, et des peines non carcérales plus généralement.

Le chapitre II sera réservé à la description et à la justification des choix méthodologiques que nous avons eu à faire pour ce projet de recherche. Nous y traiterons de la méthode choisie, du type de cueillette de données et des matériaux de recherche retenus. Nous identifierons la localisation de ces matériaux et expliquerons comment nous y avons eu accès. Ensuite, nous nous concentrerons sur la description détaillée de la façon dont nous nous y sommes prise pour « construire » un échantillon adéquat pour répondre à nos questions de recherche, tout en prenant soin de justifier chacune de ces étapes. Enfin, nous terminerons ce chapitre par un tableau présentant rapidement le contenu des données constituant l'échantillon.

Le troisième et dernier chapitre sera réservé à la présentation et à l'analyse des données. C'est dans ce chapitre que nous chercherons à répondre aux quatre dernières questions exposées plus tôt. Nous nous concentrerons donc, à cette étape, sur les justifications de *l'utilisation* (ou de la *non-utilisation*) de la peine d'emprisonnement avec sursis par le système de droit criminel à l'étape du *prononcé de la peine*. Nous nous concentrerons grandement sur les objectifs de la peine (tels qu'inscrits au *Code criminel* canadien) et chercherons à voir comment ils participent à la valorisation et/ou à la mise en place d'obstacles à la peine d'emprisonnement avec sursis (et parallèlement à la prison). Nous chercherons également à voir si cette peine doit revêtir certaines caractéristiques pour « gagner de la crédibilité » aux yeux du système de droit criminel. Si tel est le cas, nous essaierons de comprendre les significations et les conséquences de ces « caractéristiques » pour l'emprisonnement avec sursis. Enfin, nous tenterons de voir si les discours « non juridiques » sur les transformations en matière de contrôle de la criminalité sont intégrés par le système de droit criminel moderne lors de la détermination de la peine. Bien que nous soyons consciente que les discours du néo-libéralisme et de la nouvelle pénologie touchent sans doute davantage (du moins en premier lieu) l'exécution des peines que la détermination de celles-ci, nous voulons tenter de voir si certains éléments de ces discours ne viennent pas bousculer le langage du droit criminel et la philosophie qui le soutient. Le cas échéant, nous chercherons à comprendre l'impact qu'a l'intégration de ces discours (ou d'éléments de ces discours) dans l'utilisation de la peine d'emprisonnement avec sursis par le droit criminel.

CHAPITRE I
L'ENVIRONNEMENT DU DROIT CRIMINEL² ET LA RATIONALITÉ PÉNALE
MODERNE : OBSTACLES ET VALORISATIONS DES PEINES NON
CARCÉRALES

Introduction

Lorsque l'on s'attarde quelques instants à l'éventail des peines disponibles au sein du système de droit criminel, nous pouvons remarquer l'émergence de « nouvelles » peines et de nouvelles mesure de surveillance et de contrôle qui viennent accompagner la prison et l'amende que l'on connaît depuis longtemps déjà. Pensons, par exemple, aux travaux communautaires, au bracelet électronique et, ce sur quoi se concentre notre projet de recherche, à l'emprisonnement avec sursis. Ces peines non carcérales font dorénavant

² En nous inspirant de Dubé et Cauchie (2007), nous avons privilégié, dans le cadre de cette recherche, l'expression « droit criminel » plutôt que « droit pénal » puisque cette dernière semble faire référence à un système qui se caractériserait uniquement par l'utilisation de sanctions punitives et négatives. Or, nous voulons, dans notre recherche, éviter cette « présupposition » et l'expression « droit criminel » semble mieux rendre l'idée que des sanctions alternatives plus positives puissent également être institutionnalisées par ce système. L'expression « droit criminel » semblait plus appropriée pour notre objet de recherche, puisque nous nous intéressons à une peine non carcérale (l'emprisonnement avec sursis) dont le « statut » (peine négative et afflictive ou peine alternative plus positive) n'est pas, *a priori*, si facile à établir.

partie du « décor » du système de justice pénale et leur émergence grandissante laisse croire qu'il existe un intérêt politique particulier pour ces mesures, souvent appelées « peines alternatives ». En effet, de grandes attentes semblent accompagner ce type de peines. Les peines alternatives à l'incarcération semblent en avoir beaucoup sur les épaules : on attend d'elles qu'elles remplissent les mêmes fonctions que la prison, tout en permettant de diminuer le taux d'incarcération et les coûts qui y sont associés. Elles sont soumises aux mêmes principes et doivent viser les mêmes objectifs que toute autre peine inscrite au *Code criminel* canadien. Encore plus, on leur demande non seulement de répondre aux mêmes objectifs prétendument atteints par la prison, mais également de combler les lacunes de cette dernière, notamment en termes de réinsertion. Bref, on attend d'elles qu'elles réussissent là où la prison échoue. En ce sens, ces peines non carcérales « alternatives » souffriraient d'un « excès de crédibilité » (Kaminski, 2007 : 95).

Parallèlement toutefois, il semble que ces peines non carcérales suscitent la méfiance tant du public, du système juridique et même du système politique. Le public demeure sceptique quant à l'utilisation des peines non carcérales pour des crimes relativement sérieux puisque les gens ne considèrent pas que ces mesures sont assez sévères (Roberts, 2002 : 34) et semble douter que les contrevenants respectent les conditions qu'on leur impose (*Ibid* : 50). Cette « résistance » peut être expliquée par la méconnaissance du public à l'égard de telles mesures (Lalande, 2007 : 79; Kahan, 1996 : 591). Une étude réalisée en 2000 relativement à l'emprisonnement avec sursis a notamment démontré que la majorité des répondants ne pouvaient identifier correctement le choix de réponse correspondant à la définition de cette peine, la confondant avec d'autres mesures telles que la libération conditionnelle; même la probation, beaucoup moins récente que l'emprisonnement avec sursis, était méconnue par bien des gens (Roberts, 2002 : 37). Il peut également être compréhensible, selon certains, que le public ait de la difficulté à concevoir qu'une peine d'*emprisonnement*³ puisse se purger en « liberté » (Roberts,

³ Bien que le terme « emprisonnement » puisse s'appliquer tant à l'emprisonnement avec sursis qu'à la peine de prison, nous utiliserons, par souci de clarté, l'expression « emprisonnement avec sursis » pour désigner la peine qui se purge dans la collectivité, alors que nous réserverons le terme « incarcération » à la peine de prison.

1999 : 88), c'est-à-dire à l'extérieur des murs de la prison. L'éducation du public qui serait une solution à cette « méfiance », semble donner certains résultats. Diverses études ont démontré que les membres de la société sont plus enclins à favoriser les peines autres que la prison lorsqu'on les informe de ce en quoi elles consistent, des conditions que peut contenir l'ordonnance, etc. (Roberts, 2002). Par contre, l'éducation du public n'est pas quelque chose qui soit facile à réaliser, selon Roberts (1999 : 90)⁴.

Le système juridique semble également douter de la crédibilité ou de l'utilité de ces peines, du moins si la « promesse de surveillance » des contrevenants dans la communauté n'est pas elle-même « crédible ». À titre d'exemple, à la suite de l'arrêt *Proulx* (arrêt de principe de la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à l'emprisonnement avec sursis), une recherche sur l'emprisonnement avec sursis au Québec a démontré que le nombre de peines d'emprisonnement avec sursis octroyées avait légèrement augmenté, mais qu'une importante augmentation a eu lieu après la mise en place du « cadre de gestion » (programme de surveillance) par le ministère de la Sécurité publique (Landreville et al, 2004 : 83). Cela semble confirmer l'étude de Roberts et Laprairie (2000 :10) qui indique que 80,2 % des juges seraient plus enclins à recourir plus souvent à la condamnation avec sursis s'il existait davantage de ressources de contrôle (et de ressources communautaires). Notons également qu'une étude auprès des juges d'appel s'oriente dans le même sens : tous les participants étaient d'avis que l'inexistence de ressources suffisantes dans la collectivité (ou du moins *l'apparence* de ressources insuffisantes) minera toute sanction et que les réformes devraient donc porter sur la *gestion et la surveillance* plutôt que sur les mesures législatives (Roberts et Manson, 2004 : 20). Enfin, en ce qui a trait au système politique, disons simplement que bien que l'institution, par le législateur, d'un nombre grandissant de peines non carcérales et de mesures de surveillance semble témoigner d'un certain intérêt politique pour ce type de mesures, leur mise en place ne se traduit pas nécessairement par une

⁴Afin de réaliser cette « éducation du public », il faut, selon l'auteur, informer le public du côté potentiellement plus « pénible » de l'emprisonnement avec sursis (comparativement à la probation) et du faible taux de manquement aux conditions (afin de le rassurer quant à la question de la récidive). Enfin, les juges doivent faire un effort supplémentaire pour expliquer les raisons pour lesquelles ils permettent à certains individus de purger leur peine d'emprisonnement au sein de la collectivité, particulièrement dans le cas de crimes contre la personne.

« valorisation » accrue de ces mesures « auxquelles les moyens attribués sont [parfois] si dérisoires qu’aucune chance ne leur est vraiment donnée de se déployer (Kaminski, 2007 : 95). En ce sens, nous pourrions dire que les peines « alternatives » souffrent plutôt d’un « manque » de crédibilité.

La prison, quant à elle, est toujours présente et grandement utilisée de nos jours, et ce n’est certainement pas parce qu’elle a « prouvé » sa capacité à remplir efficacement les objectifs qu’elle dit viser. Comme le note Cauchie (2009 : 38) :

« évaluer l’efficacité de la prison n’est pas une tâche simple. D’abord parce qu’il faut se mettre d’accord sur quel aspect évaluer; ensuite, parce que la plupart des objectifs officiels ou officieux de la prison ne s’évaluent pas ou s’évaluent mal (Mathiesen, 2000). Il serait par exemple aussi compliqué que délicat d’évaluer le succès de la prison en termes de rétribution allouée, de dénonciation morale distribuée ou de vengeance collective assouvie. Davantage acceptable politiquement, l’objectif de protection de la société (sécurité collective et neutralisation sélective) n’est pas pour autant, lui non plus, simple à opérationnaliser. Enfin, il est souvent très difficile de prouver que la prison est *en soi* la cause d’une amende honorable, d’une absence de récidive, d’une réintégration aboutie ou d’un traitement bienfaiteur. Bref, si on se fie aux objectifs officiels de la prison et qu’on se rappelle qu’elle est toujours là, on peut en déduire que la prison a finalement peu besoin de faire ses preuves pour garder sa légitimité ».

Il semble que les peines non carcérales doivent, elles, « faire leurs preuves ». En effet, on n’a qu’à penser à tous les émois que suscite une nouvelle concernant un individu qui récidive alors qu’il bénéficie d’une peine dans la collectivité. Pourquoi en est-il ainsi ? Ce serait, selon certains, parce que la prison agirait comme « symbole de la peine » (Lalande, 2007). Le fait que cette peine soit considérée comme « peine de référence » rendrait difficile de considérer les alternatives à la prison comme des peines crédibles. Toute autre peine, lorsque comparée à la prison, semblerait alors « ne pas faire le poids », paraissant « banale » et « peu crédible » (Landreville, 1987 : 257, Bayda, 1996 : 325). Ne jouissant pas de la forte valeur symbolique propre à la prison, leur crédibilité – en termes d’efficacité mesurée à partir des mêmes objectifs et principes que la prison prétend remplir – en serait donc grandement fragilisée.

Notre recherche portant sur l'une de ces peines « alternatives », nous croyons qu'il est avant toute chose nécessaire de débiter ce premier chapitre en expliquant brièvement ce que nous entendons par « peines alternatives », pour ensuite préciser le « statut » que nous accorderons à l'emprisonnement avec sursis. Le cœur de ce chapitre sera toutefois d'une part réservé à décrire, à partir d'auteurs-clés tels que Garland (2001), Rose (1996a, 1996b, 2000) et Feeley & Simon (1992, 1994), le contexte actuel (que nous avons appelé « l'environnement du droit criminel »). Cela nous permettra de mieux comprendre l'intérêt politique pour les peines non carcérales et l'émergence de ce type de peines dans nos sociétés néo-libérales. D'autre part, ce chapitre cherchera, à partir du concept de rationalité pénale moderne tel qu'élaboré par Pires (1998a), à décrire le système de droit criminel lui-même et sa rationalité dominante pour tenter de mieux comprendre comment les peines non carcérales sont susceptibles d'être « perçues » et « utilisées » par un tel système. Enfin, nous chercherons à démontrer en quoi l'environnement du droit criminel et le droit criminel lui-même peuvent servir d'obstacles et/ou de valorisations à une peine telle que l'emprisonnement dans la collectivité.

1.1 Peines alternatives et peines intermédiaires

Comme nous l'avons dit, on fait souvent référence dans la littérature aux peines non carcérales en termes de « peines alternatives ». Outre ces deux appellations, on retrouve également les termes « mesures de rechange », « peines communautaires » et « peines intermédiaires ». Il semble donc que certaines précisions s'imposent, ne serait-ce que par souci de clarté pour ce présent projet de recherche, afin de bien comprendre le « statut » que nous conférerons à l'emprisonnement avec sursis.

Qu'entend-on par « peine alternative » au juste ? Un début de réponse se trouve dans la définition de ce qu'elle « ne doit pas être ». En effet, il existe une certaine méfiance à considérer les « alternatives » comme telles en raison des effets indésirables qu'elles peuvent entraîner, principalement celui d'extension du filet pénal. Le phénomène de *net-widening* s'observe, entre autres, lorsqu'une nouvelle peine, censée être utilisée à la place d'une peine plus sévère (par exemple la prison) est en fait utilisée à la place d'une

peine moins sévère déjà existante (par exemple la probation ou l'amende) (North, 2001 : 345, Roberts & Gabor, 2004 : 37). On peut également observer une augmentation du contrôle pénal lorsque les peines alternatives à la prison viennent *s'ajouter* aux peines existantes plutôt que de les *remplacer* (comme, par exemple, lorsqu'une ordonnance de probation est imposée après une période d'incarcération).

Foucault (1993) refuse, quant à lui, l'idée même de « peine alternative » puisqu'à son avis, elles ne sont que des prisons à l'extérieur des murs. Il explique que lesdites « alternatives » constituent en fait des tentatives de faire assumer les *fonctions* de la prison par des mécanismes, des établissements ou des institutions autres que la prison elle-même⁵. Le philosophe soutient la thèse qu'avec les « alternatives à la prison », « [o]n libère jusqu'à un certain point le délinquant, mais [...] on libère autre chose en même temps que lui : on libère peut-être quelque chose de plus que lui, on libère des fonctions carcérales » (1993 : 19).

D'autres auteurs semblent plutôt indiquer que, pour être qualifiée d'« alternative », une peine ne devrait pas répondre aux mêmes principes et objectifs de la peine qu'elle cherche à remplacer – ou plus globalement du système duquel elle cherche à se distinguer (le système punitif, par exemple). Comme l'indique très justement Kaminski (2007 : 94-95) :

« [i]l importe de trouver les voies d'une automatisation desdites alternatives par rapport aux discours classiques de la pénalité. [...] Si les pratiques inscrites sous l'intitulé des alternatives (mesures de rechange) sont des pratiques de remplacement, la substitution qu'elles devraient idéalement produire (mordant sur la pénalité classique au lieu de l'étendre) passe par l'adoption d'un discours sur leur efficacité réductionniste et spécifique (il ne faut pas rivaliser avec les finalités assignées à la peine de prison, dont l'efficacité imaginaire l'emportera toujours) ».

⁵ Plus précisément, Foucault (1993) explique qu'on associe depuis longtemps la prévention du crime à trois éléments. Premièrement, au travail, comme moyen de prévenir, de punir le crime et de corriger le contrevenant. Deuxièmement, à la famille, comme « outil » favorisant la prévention et la correction du crime, ce qu'il nomme « refamiliarisation » (Foucault, 1993 : 17). Enfin, à ce que l'auteur nomme l'autopunition, c'est-à-dire à tous les mécanismes visant à faire participer activement le détenu à sa sentence, afin de la lui faire accepter. En ce sens, les « alternatives », tout comme la prison, utiliseraient ces mécanismes – de façon différente, certes – afin de prévenir la récidive et pour corriger l'infacteur.

Il semble donc que pour qu'une peine soit réellement considérée comme alternative, l'idée de *remplacement*, de *substitution* soit fondamentale, et ce, à deux niveaux distincts. D'abord au niveau de l'*usage* : ici, l'idée de remplacement des alternatives à l'incarcération ferait référence à sa « capacité » de remplacer la prison comme peine, soit l'utilisation de la prison comme réponse au crime. Ainsi, nous pourrions distinguer ce qu'on pourrait appeler les peines alternatives « réelles » et les peines alternatives « partielles ». Les premières viseraient à remplacer la prison pour *tous les crimes et tous les criminels*, tandis que les secondes viseraient plutôt à remplacer la prison pour *certains crimes et certains criminels*. Ensuite, au niveau de la *philosophie* : ici, l'idée de remplacement se situerait davantage au niveau des discours, des théories, des objectifs sous-tendant les peines alternatives. Pour être ainsi qualifiées, ces peines devraient avoir des théories et objectifs les justifiant qui leur sont propres, comme le mentionne Kaminski dans l'extrait reproduit précédemment.

Or, nous pouvons remarquer que de nos jours, le « remplacement » tant de la prison comme peine que de la philosophie pénale qui la sous-tend semble être délaissé au profit de considérations plus pragmatiques, telles que la diminution du taux d'incarcération et la diminution des coûts qui devrait s'en suivre. L'objectif recherché paraît alors être davantage la création de nouvelles peines qui s'ajouteront à l'éventail de celles qui existent déjà, se situant ainsi entre la probation (ou l'amende) et la prison. Cela ferait donc d'elles des « sanctions intermédiaires » (Morris et Tonry, 1990) plus que de réelles alternatives, « la sanction intermédiaire [étant] moins une mesure qui se substitue à l'incarcération qu'une variante moins rigoureuse et moins coûteuse que la privation [complète] de liberté » (Brodeur, 1991 : 88).

Ajoutons enfin qu'une peine intermédiaire peut revêtir différentes caractéristiques – critères d'octroi plus ou moins restrictifs, durée plus ou moins longue, conditions à respecter plus ou moins contraignantes – lui permettant de s'adapter aux différentes « situations » qui se présentent à elles, afin qu'elle soit en mesure le mieux possible d'atteindre les objectifs et principes – des peines traditionnelles – que l'on cherche à

atteindre. On voit donc qu'avec les peines intermédiaires, on s'intéresse plutôt à chercher la peine la plus adéquate en oubliant de repenser les objectifs mêmes de la peine. Comme l'indique avec justesse à notre avis l'Honorable Bayda (1996 : 325), le danger avec les sanctions intermédiaires est à l'effet que « [i]n a 'continuum' system there are no alternatives, no letting off, but simply a sanction appropriate to the circumstances ».

1.1.1 L'emprisonnement avec sursis : peine alternative ou intermédiaire ?

L'article 742.1 du *Code criminel* prévoyant les *critères d'octroi* de l'emprisonnement avec sursis énonce clairement les conditions auxquelles l'individu, et le crime qu'il a commis, doivent répondre pour qu'une telle peine puisse être prononcée. Le débat en ce qui concerne le statut à accorder à l'emprisonnement avec sursis se situerait donc entre « peine alternative partielle » et « peine intermédiaire », cette peine n'étant pas admissible pour tous les crimes ni pour tous les criminels⁶.

Cherchant à interpréter les intentions du législateur derrière l'instauration de cette nouvelle peine, certains auteurs indiquent que l'un des objectifs visés était de mettre à la disposition des juges une sanction non carcérale supplémentaire afin de diminuer le recours à l'incarcération (Roberts & Gabor, 2004 : 34; Gemmell, 1999 : 66-67), cet objectif sous-tendant l'idée que l'incarcération n'est peut-être pas nécessaire pour les contrevenants non-violents et que la prison peut être dommageable pour ceux-ci, contribuant à augmenter le crime plutôt qu'à le dissuader (Gemmell, 1999 : 67). Aussi, on retrouverait un objectif plus pragmatique derrière l'emprisonnement avec sursis : la diminution des coûts liés à l'incarcération⁷ (*Ibid*), l'emprisonnement avec sursis étant une façon de maintenir les contrevenants dans la communauté.

⁶ En effet, l'article 742.1 du *Code criminel* indique clairement que les crimes punissables d'une peine minimale ne sont pas admissibles à l'emprisonnement avec sursis. En ce qui a trait aux contrevenants, ceux-ci doivent être considérés comme ne représentant pas un danger pour la collectivité. De plus, notons que la peine jugée adéquate doit être d'une durée de moins de deux ans pour que le juge puisse considérer la possibilité de permettre au contrevenant de la purger au sein de la collectivité.

⁷ Rappelons les propos tenus par le Ministre de la Justice lors de la présentation du projet de loi C-41 à l'effet que l'emprisonnement avec sursis vise « à créer un système avant tout plus équitable, moins coûteux et plus efficace » tout en permettant d'« utiliser les ressources très limitées dont on [dispose] pour

Roberts et Gabor (2004 : 35) argumentent également que, puisque l'emprisonnement avec sursis est une forme d'emprisonnement, il *remplace* l'incarcération et ne fait pas que s'ajouter aux autres peines non carcérales, puisqu'il vise les gens qui auraient, avant sa création, été incarcérés. Rappelons toutefois que si l'emprisonnement avec sursis remplace effectivement la prison, il ne peut le faire que pour les gens auxquels il s'adresse. Les peines non carcérales en général « sont encore, et vraisemblablement ne peuvent qu'être, d'une extension relativement limitée » (Foucault, 1993 : 20), celles-ci « ne [pouvant] pas être imposées, à l'heure présente, à la place de sanctions lourdes d'incarcération » (Brodeur, 1991 : 88). Ces propos collent bien à l'emprisonnement avec sursis.

La question des conséquences en cas de manquement aux conditions de l'emprisonnement avec sursis permet également de mettre un sérieux bémol sur la capacité de cette nouvelle sanction à remplacer la prison comme peine. Comme le mentionne Foucault (1993 : 20), les peines dites alternatives ne viseraient pas tant à remplacer la prison, mais, au contraire, simplement à en repousser l'utilisation, plusieurs d'entre elles étant « essentiellement une manière de retarder la prison, de différer le moment où on y va [...] et qu'en somme ce n'est pas réellement un autre système qui ne passerait pas par la détention ». Les propos de Foucault (1993) s'appliquent très bien à la peine qui nous intéresse. En effet, l'emprisonnement avec sursis constitue *une peine d'emprisonnement* que l'on permet au contrevenant de purger *dans la société*, sous certaines conditions. Or, en cas de non respect de ces conditions, le contrevenant risque de devoir terminer le reste de sa peine à l'intérieur des murs⁸. Nous voyons ici que nous sommes loin de l'idée de « remplacement » de la prison dont nous discutons plus tôt, la prison étant l'une des conséquences possibles en cas de non respect des conditions.

incarcérer et traiter les délinquants dangereux » (Hansard, Chambre des communes, 20 septembre 1994 : 5872 et 5873).

⁸ Précisons que cela n'est toutefois pas automatique. Le *Code criminel* prévoit, au paragraphe 742.6(9) que, dans le cas d'un manquement à l'une ou l'autre des conditions de l'ordonnance de sursis, le juge a différentes possibilités qui vont de « ne pas agir » à mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner l'incarcération du contrevenant.

Enfin, notons que le projet de loi C-41 (*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*) qui a créé l'emprisonnement avec sursis était principalement un projet de loi visant à réformer la partie XXIII du *Code criminel* portant sur la détermination de la peine. Bien plus que de créer cette nouvelle peine, le projet de loi est venu inscrire dans le *Code*, et ce, pour la première fois au Canada, les principes et objectifs de détermination de la peine devant guider les juges dans cette tâche. Il est suffisant pour l'instant de rappeler que l'octroi d'une peine d'emprisonnement avec sursis s'inscrit dans cette réforme et que le prononcé d'une telle peine doit être conforme à ces objectifs et principes nouvellement codifiés. À cet effet, North (2001 : 352) soutient que la formulation, dans le *Code criminel*, du principe fondamental de la détermination de la peine démontre le besoin de sanctions capables de fournir une réponse proportionnelle non seulement au crime commis mais aussi à la culpabilité du contrevenant⁹. En se situant entre la prison et la probation, l'emprisonnement avec sursis favoriserait donc le prononcé de peines « justes » pour les contrevenants puisqu'il s'adresserait aux crimes trop « sérieux » pour la probation, mais pas assez pour la prison.

And the winner is...

Compte tenu de tout ce qui précède, que pouvons-nous conclure de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis lorsqu'on la considère sous l'angle du débat entre peines alternatives et peines intermédiaires ? Rappelons certaines caractéristiques de cette peine : (1) elle viserait, entre autres, à remplacer la prison (2) pour *certaines* crimes (moins graves) et *certaines* criminels (non dangereux); (3) elle aiderait à diminuer les coûts liés à l'incarcération en diminuant le taux d'incarcération; (4) l'ordonnance de sursis peut être révoquée et remplacée par la prison en cas de non respect des conditions par le sursitaire. Ces caractéristiques (liées à l'*usage*) nous incitent déjà à classer cette peine dans la deuxième catégorie, la capacité de l'emprisonnement avec sursis à remplacer la prison comme peine étant plutôt limitée. Mais la distinction entre les peines

⁹ En effet, le principe fondamental du prononcé des peines, inscrit à l'article 718.1 du *Code criminel*, indique que « la peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ».

alternatives et les peines intermédiaires ne doit pas, on l'a vu, se limiter à l'usage des peines, mais également (et surtout à notre avis) à leur *philosophie* qui devrait en être une de remplacement des idées, des justifications et des objectifs traditionnels de la peine. Or, nous l'avons vu, l'emprisonnement avec sursis est considéré par certains comme permettant de « mieux » répondre, par exemple, au principe de proportionnalité. Cette peine est donc condamnée à viser les mêmes objectifs et à être soumise aux mêmes principes de la détermination de la peine que toute autre peine du *Code criminel*. Bien que nous soyons consciente que, *dans certains cas*, l'emprisonnement avec sursis permettra effectivement à certains contrevenants d'échapper à la prison (usage) et qu'il puisse donc, au niveau éthique, être une solution louable, théoriquement, il est soumis à la même philosophie pénale que la prison. Combinée à celles qui précèdent, cette cinquième caractéristique de l'emprisonnement avec sursis constitue un argument majeur dans notre conclusion à l'effet qu'il est plus juste de parler de cette peine en termes d'« intermédiaire » visant à combler le « vide » sur le continuum des sanctions pénales plutôt qu'en termes d'« alternative », même « partielle ».

Comme nous en avons fait la remarque précédemment, l'emprisonnement avec sursis n'est pas la seule peine non carcérale présente dans l'arsenal pénal; d'autres mesures, fort probablement intermédiaires elles aussi, telles que la surveillance électronique, ont également été mises en place. Il faut encore chercher à comprendre l'émergence de ces peines non carcérales, notamment en découvrant les intérêts qu'elles servent. Pour ce faire, nous allons tenter de situer l'invention de ce type de peines dans le contexte actuel que nous appellerons globalement « l'environnement du droit criminel ». Comment la création des peines non carcérales en général, et de l'emprisonnement avec sursis en particulier, s'inscrit-elle dans les politiques contemporaines sur le contrôle de la criminalité ? Quelle place occupe cette peine dans les discours grandissants portant sur la gestion des risques ? C'est à ces questions que nous tenterons de répondre dans la section suivante en nous concentrant sur les différentes analyses proposées pour expliquer les transformations que nous observons, depuis quelques décennies, dans les discours et les stratégies de contrôle de la criminalité.

1.2 L'environnement du droit criminel : montée du management et de la surveillance

Débutons par un bref retour dans le temps. Dans l'État providence des années 1950-1970, les gens et les activités étaient gouvernés par l'entremise de la société (*through society*) (Rose, 1996a). L'État était alors considéré comme garant tant de la liberté des individus que de celle de l'entreprise capitaliste et mettait en place différentes technologies de gouvernement qui visaient à « socialiser » les individus citoyens et la vie économique, et ce, au nom de la sécurité (Rose, 1996a : 48). De plus, « the subject of welfare was a subject of needs, attitudes and relationships, a subject who was to be embraced within, and governed through, a nexus of collective solidarities and dependencies » (Rose, 1996a : 40).

En ce qui a trait au gouvernement du crime, il existait l'idée que la réforme sociale et l'abondance contribuaient à la diminution de la criminalité, la prospérité générale étant vue comme un moyen naturel de prévention du crime. De plus, l'État était considéré comme ayant une grande responsabilité quant à la prise en charge du bien-être des personnes contrevenantes, tout en étant responsable de les punir et de les contrôler (Garland, 2001 : 38-39). À l'État providence était également associé un idéal réhabilitatif des personnes contrevenantes. La réhabilitation n'était pas qu'un simple élément, qu'un simple objectif de la justice pénale parmi tant d'autres; c'était plutôt l'idéal guidant chacune des activités du domaine pénal, tant la mise en place des politiques pénales que la pratique des intervenants œuvrant dans ce domaine (Garland, 2001 : 35).

La conception que les mesures pénales devaient, lorsque c'était possible, être des interventions réhabilitatives plutôt que négatives et rétributives, était appuyée par une série de techniques et principes allant de la réalisation d'enquêtes sociales et l'utilisation de rapports psychiatriques à l'idée que la prison devait être une mesure de dernier ressort. À ces mesures s'ajoutaient le prononcé de peines indéterminées sujettes à une libération supervisée dans la communauté (libération conditionnelle) et

l'individualisation des traitements (Garland, 2001 : 34-35). Ces dernières mesures furent d'ailleurs deux des principales critiques adressées à cette philosophie réhabilitative. Le caractère individualisé, indéterminé et discrétionnaire de la détermination de la peine laissait une grande latitude aux juges, ce qui avait comme résultat que les individus considérés comme dangereux, récidivistes ou incorrigibles étaient détenus pour de longues périodes alors que d'autres s'en tiraient à « bon compte » (Garland, 2001 : 35). De plus, notons que des études scientifiques analysant de façon empirique les programmes de réhabilitation ont sérieusement remis en doute la capacité des traitements et des programmes correctionnels à réduire la criminalité¹⁰.

Le déclin de l'État providence et les critiques qui ont été adressées à l'idéal réhabilitatif qui y était lié ont eu différentes conséquences dans la façon de concevoir le gouvernement des gens en général et du crime en particulier, conséquences que nous pourrions attribuer à la montée du néo-libéralisme, des sociétés libérales avancées (Rose, 1996a) ou de la modernité tardive (*late modernity*) (Garland, 2001). Nombre d'analyses portant sur les pratiques de gouvernement ont permis, entre autres, de « recadrer » le rôle de l'État dans les techniques et stratégies de contrôle et de régulation (Rose, 2000 : 323). Il semble en effet que l'on assiste au déplacement des mesures « sociales » visant la « sécurité pour tous » vers des stratégies et des techniques transposant à un niveau plus individuel la responsabilité de cet objectif de sécurité.

D'abord, Rose (1996b) constate une mutation, un affaiblissement de la notion de « social », ce qui ferait en sorte que ce n'est plus, dans nos sociétés qu'il nomme libérales avancées, tant à travers le « social » que les autorités politiques peuvent « espérer » gouverner la conduite des individus. Plus précisément, on observerait ce que l'auteur appelle une « fragmentation du social » (Rose, 2000 : 324). Le domaine du « social » étant de plus en plus éclaté et diversifié (communautés multiples et hétérogènes, identités plurielles, cultures différentes, etc.), les stratégies de gouvernement doivent donc tenir compte de cette pluralité pour être en mesure de réguler

¹⁰ Pensons, notamment, à l'étude de Martinson (1974) et à ses conclusions plutôt pessimistes quant à la capacité de différents programmes à réhabiliter les individus contrevenants et à diminuer la récidive. Cette étude a, entre autres, contribué au mouvement du « nothing works ».

les conduites de tous ces groupes hétérogènes. Cela expliquerait en partie l'importance nouvelle accordée au concept de « communauté ». Celle-ci serait dorénavant vue comme un espace dans lequel les pouvoirs et les responsabilités auparavant alloués aux politiciens peuvent être relocalisés (Rose, 1996b : 352). Comme l'explique Rose (1996b : 332) :

« [w]hat began to take shape here was a new way of demarcating a sector for government, a sector whose vectors and forces could be mobilized, enrolled, deployed in novel programmes and techniques which operated through the instrumentalization of personal allegiances and active responsibilities : *government through community* ».

L'intérêt pour la communauté (les groupes, les individus et les agences privées ou bénévoles qui la composent), en ce qui a trait au gouvernement du crime, serait lié selon certains à la reconnaissance des limites de la justice criminelle étatique (Garland, 2001 : 123). En effet, la communauté serait vue comme une solution à l'érosion du mythe que l'État peut assurer « la loi et l'ordre » et contrôler la criminalité, la promesse faite par l'État social d'une « sécurité pour tous » ne s'étant jamais concrétisée (Rose, 2000 : 327). Cela a eu pour conséquence que « [l]es gouvernements ont commencé à décharger sur le secteur privé et les organismes bénévoles nombre de responsabilités d'assurances qu'ils assumaient depuis une centaine d'années » (Pratt, 2001 : 112). L'État doit dorénavant diversifier ses stratégies et techniques de contrôle en faisant appel à une variété d'autres formes « d'autorités ». Le contrôle du crime est donc, au sein des sociétés néolibérales, de plus en plus un rôle qui « dépasse » le champ des responsabilités de l'État (*beyond the state*) (Garland, 2001 : 120). La communauté, bien plus qu'un territoire au sein duquel les risques doivent être contrôlés, devient un *moyen* de gouvernement (Rose, 2000 : 29). Cela modifie bien entendu le mode d'exercice de contrôle de l'État, et le « renforcerait » en quelques sortes, l'État étant dorénavant capable de gouverner « à distance » (Rose, 2000 : 324; Garland, 2001 : 127).

Une autre transformation caractéristique du néo-libéralisme concerne les « gouvernés » eux-mêmes. Le sujet à gouverner est « reconceptualisé » et davantage « mis à profit » dans les sociétés libérales avancées. L'individu est considéré comme étant libre,

autonome et rationnel, capable de s'auto-réguler. Étant ainsi « défini », il serait considéré comme capable de faire des choix et être lui-même responsable de sa « destinée ». Comme le note Rose (1996b : 330) :

« The human beings who [are] to be governed – men and women, rich and poor – [are] now conceived as individuals who are to be *active* in their own government. And their responsibility [is] no longer to be understood as a relation of obligation between citizen and society enacted and regulated through the mediating party of the State : rather, it [is] to be a relation of allegiance and responsibility to those one cared about the most and to whom one's destiny [is] linked ».

La culture politique présente dans l'État providence cède donc de plus en plus la place à une culture d'exclusion et de responsabilités individuelles : « [L]es pauvres et les marginaux sont de moins en moins l'objet de la solidarité sociale, mais sont considérés comme des populations « responsables de leurs malheurs » qu'il faut surveiller et contrôler » (Landreville, 2007 : 44).

Cette vision de l'individu « responsable » s'observe également dans le domaine de la *prévention* des risques liés à la criminalité. Ces demandes grandissantes pour la minimisation de ce type de risques témoignent d'un *nouveau prudentialisme* (O'Malley, 1992), concept qui renvoie notamment « à une construction de gouvernement qui supprime la conception clé de réguler les individus par la gestion de risques collectifs et la remplace en assignant aux individus isolés la responsabilité de la gestion de leurs risques » (Cauchie et Chantraine, 2005 : 5).

Les individus, les familles et les organisations sont en effet poussés à prendre *eux-mêmes* sur leurs épaules la responsabilité de leur propre personne et de leur propriété, et également celle de leur famille, sans quoi ils risquent de ressentir la culpabilité de ne pas avoir pris les mesures nécessaires à cette fin (Rose, 2000 : 327). Enfin, notons que cet « appel » à la prudence est également vrai pour la communauté : chaque communauté est poussée à prendre la responsabilité d'assurer elle-même la sécurité de ses propres membres (Rose, 2000 : 328). Les programmes communautaires de prévention de la criminalité et d'« échec au crime » en seraient quelques exemples. Dans cette

responsabilité de sécurité qui leur revient dorénavant, les communautés, les organisations qui en font partie et les individus sont encouragés à faire appel à des agences privées et à des moyens technologiques pour minimiser les risques (les assurances privées, les caméras de surveillance et les systèmes d'alarme, par exemple), contribuant ainsi à la nouvelle « industrie du risque » (Rose, 1996b : 342). La conséquence de tout cela, comme le note Garland (2001 : 173), est que « the criminal justice state is larger than before, but it occupies a relatively smaller place in the overall field because of the growth of private security and the organized activities of communities and commercial organizations ».

Les critiques adressées à l'idéal réhabilitatif comme moyen de réduire et de prévenir le crime ne signifient pas que cet objectif correctif soit complètement jeté aux oubliettes. Évitant les généralisations et les conclusions hâtives ne représentant souvent pas la « réalité », Garland (2001) précise que l'on assiste à un « affaiblissement » de l'idéal réhabilitatif, à sa « redéfinition » plutôt qu'à sa totale disparition. Davantage centrée sur le *crime* que sur le *criminel*, la réhabilitation s'inscrirait dans un nouveau cadre de gestion des risques. La correction des individus contrevenants ne serait plus aujourd'hui l'*objectif* premier du système, mais plutôt un *moyen* de gérer les risques, la prison demeurant en ce sens un moyen pour *neutraliser* les gens réfractaires à tout changement de comportement. Ce nouvel intérêt pour la gestion des risques plutôt que pour la réforme des individus serait également lié à l'émergence d'une nouvelle vision de la criminalité : le crime serait dorénavant considéré comme « inévitable », comme un risque « normal » (Garland, 2001, Feeley et Simon, 1994 : 173), conception qui aurait, elle aussi, diverses conséquences¹¹. En effet, cette vision de la criminalité aurait pour effet que les mesures de traitement (coûteuses et « inefficaces » pour prévenir le crime) sont de plus en plus perçues comme inutiles et seraient remplacées par des objectifs plus managériaux :

¹¹ Notons que cette vision de la criminalité a été encouragée par l'émergence d'un discours scientifique moins utopique, plus modeste dans ses ambitions et davantage préoccupé par la prévention situationnelle de la criminalité (la *criminology of everyday life*) (Garland, 2001 : 182) que par la psycho-criminologie correctionnaliste du libéralisme social. Au Canada, un certain courant criminologique moins intéressé à l'« Homme criminel », à ses motivations et davantage aux situations criminelles et aux opportunités a également été noté (Landreville, 1987 : 262).

« The development of this new sector [of crime prevention] has begun to alter the overall balance of the field. Its very existence exerts a small but insistent pressure that tends to push policy away from retribution, deterrence, and reform and towards a concern with prevention, harm-reduction, and risk management. Instead of pursuing, prosecuting and punishing individuals, it aims to reduce the supply of criminal events by minimizing criminal opportunities, enhancing situational controls, and channelling conduct away from criminogenic situations. Rather than treating criminal dispositions or punishing guilty individuals, it concentrates on preventing the convergence of factors that precipitate criminal events. [...] Community safety becomes the chief consideration and law-enforcement becomes merely a means to this end, rather than an end itself » (Garland, 2001: 171).

La *nouvelle pénologie* conceptualisée par Feeley et Simon (1992) s'inscrit dans ces changements. Adoptant cette conception de la « normalité » du crime et de la déviance (Feeley et Simon, 1994 : 173), ce concept permettrait, plus précisément, d'observer et de mieux comprendre les transformations qui se produisent dans le gouvernement du crime, notamment dans les *discours* sur le crime et le criminel, dans les *objectifs* du système de droit criminel et dans les *techniques et pratiques* utilisées par ce dernier (Feeley et Simon, 1992 : 450; Simon et Feeley, 2003 : 78-79). L'intérêt de la « vieille pénologie » pour les individus dans leur unicité (cherchant les causes du comportement criminel et des stratégies d'intervention pour les corriger) est remplacé par un intérêt pour les individus en tant que partie d'un groupe à risques (qu'il faut identifier, classer et gérer selon leur dangerosité) (Feeley et Simon, 1992 : 452). Le crime étant considéré comme inévitable, l'objectif du système serait dorénavant le management des individus contrevenants plutôt que leur correction et leur traitement. Contrairement à l'ancienne pénologie, la nouvelle pénologie ne chercherait pas à répondre à un crime passé mais plutôt à prévenir et minimiser les crimes qui pourraient se produire dans le futur (Feeley et Simon, 1994 : 178), ceci étant lié à l'importance que l'on accorde aujourd'hui à la « protection de la société » (Slingeneyer, 2007 : 5). Les techniques et outils du système serviraient dorénavant à identifier, classer et gérer les risques, bref à minimiser les conséquences du crime plutôt qu'à l'éliminer. Les outils actuariels pour évaluer la dangerosité et prédire le risque ainsi que les peines non carcérales permettant la surveillance des individus dans la collectivité (telle la surveillance électronique) en

seraient quelques exemples (Feeley et Simon, 1992 : 457). Ce contexte expliquerait également l'intérêt grandissant pour la théorie de la neutralisation qui vise l'isolement des contrevenants pour restreindre leur capacité à commettre des crimes (Feeley et Simon, 1992 : 458), mettant ainsi de côté toute logique punitive ou réhabilitative (O'Malley, 1999 : 177).

Priorisant les « outputs » sur les « outcomes » (Garland, 2001 : 189), ce management pénal cherche à gérer les risques et ce, au plus faible coût possible, « remplaçant » ainsi le « mode de pensée 'social' » de l'État providence par un mode de pensée « économique » (*Ibid* : 188). Parallèlement, nous pouvons noter une « redéfinition » des critères de « succès » du système témoignant de cet intérêt pour le management et la surveillance. À titre d'exemple, la récidive et les révocations des libérations conditionnelles ne seraient plus tant une manifestation de l'échec d'un programme, mais la « preuve » de l'efficacité des mesures de contrôle de ces contrevenants au sein de la communauté (Feeley et Simon, 1992 : 455)¹².

1.3 Le poids du néo-conservatisme : le maintien ou l'aggravation de la punitivité

Bien qu'intéressantes et fortement utiles, ces différentes explications ne permettent pas de rendre compte et de mieux saisir certaines politiques et pratiques criminelles contemporaines : la montée du néo-libéralisme comme explication semble trop « large » alors que la nouvelle pénologie ne le semble pas assez. Comment expliquer l'importance que l'on accorde aujourd'hui aux objectifs punitifs comme la rétribution, la dissuasion et la dénonciation (qui ont d'ailleurs été inclus dans le *Code criminel* canadien) ? Comment comprendre des politiques du genre « three strikes and you're out » qui, même si on pressent qu'elles sont en partie liées au néo-libéralisme et à la gestion des risques, semblent également témoigner de l'augmentation d'une punitivité hautement

¹² Comme le portent à notre attention Cauchie et Chantraine (2005 : 7), au Canada, une révocation d'une libération conditionnelle pour manquement aux conditions n'est plus considérée comme un échec en termes de réinsertion sociale, mais est plutôt vue comme un succès en termes de défense sociale puisqu'elle aura permis de protéger la société contre les risques que posait l'individu libéré sous conditions.

moralisante ? Comment expliquer que ces mesures coexistent avec des objectifs, eux aussi inscrits dans le *Code criminel*, de « réparation des torts causés » et de réinsertion sociale des individus contrevenants ?

Garland (2001), loin de nier les transformations dont nous avons discuté, les regroupe sous l'appellation de « réponses adaptatives » (Garland, 2001 :113) de la machine *administrative* de l'État au problème de l'érosion du mythe de l'État souverain pouvant maintenir la « loi et l'ordre » et contrôler le crime au sein de son territoire. Alors que la machine administrative de l'État semble avoir fait preuve d'une certaine « créativité » afin de trouver des stratégies lui permettant de s'adapter à ses propres limites et aux changements de son environnement, il semblerait que la machine politique ait, quant à elle, adopté une réaction plus régressive, soit un « déni » et une réponse « dramatique » (*acting out*). Le politique verrait plutôt les mesures pénales et sévères comme un moyen de rétablir la confiance du public dans la justice criminelle tout en réaffirmant les valeurs de la discipline morale, de la responsabilité individuelle et du respect envers l'autorité (Garland, 2001 : 131-132), et ce, « peu importe » le coût :

« Economic habits of thought may have become the default style of decision making in crime control, but they are displaced at certain points by a very different way of thinking which presses the imperatives of punishing criminals and protecting the public 'whatever the cost' » (Garland, 2001 : 191).

O'Malley (1999) observe, un peu de la même façon, que des peines et des orientations politiques punitives, « discréditées » il y a à peine quelques décennies, semblent à nouveau être considérées comme vénérables, constat qu'il attribue principalement à la résurgence d'un régime de gouvernement néo-conservateur. Dans ce régime, c'est à l'État que revient le rôle de préserver l'ordre et de gouverner la nation (O'Malley, 1999 : 186) et l'un des moyens pour réaffirmer le pouvoir de l'État est l'utilisation de peines punitives sévères. Sans nier la montée du néo-libéralisme, O'Malley (1999) soutient plutôt la thèse que l'on assisterait à une alliance entre ces deux régimes distincts de gouvernement en quelques sortes concurrents. Cette alliance expliquerait entre autres les

développements parfois contradictoires dans les sanctions et orientations au sein de la pénalité :

« On the one hand is the resurrection or revitalization of formerly discredited but venerable penalties and penal orientations (retribution, strict discipline, death penalties, and chain gangs). This is effected through the resurgence of neo-conservatism [...] On the other hand is the addition to the penological repertory of quite radical and innovatory initiatives, which are largely associated with neo-liberalism [...], most notably the model of self-governing, enterprising and 'active' prisoners. [...] Meanwhile, in the center an amalgam of persisting welfare, disciplinary and regulatory sanctions either is left more or less intact, or represents a field where there is considerable overlap between the allied rationalities : as, for example, with the deployment of incarceration as a deterrent » (O'Malley, 1999 : 189)

Au Canada, on a vu se développer une « tendance duale » (Landreville, 2007 : 42) dans les politiques pénales, soit la mise en place de mesures très sévères pour les « violents », les « dangereux », les « récidivistes », et la mise en place de mesures principalement non carcérales et moins sévères pour les contrevenants non violents et/ou qui en sont à leurs premiers démêlés avec la justice. On ressent bien ici « l'alliance » entre le régime néolibéral (et sa préoccupation notamment pour la gestion des risques) et le néo-conservatisme (et son attachement très moralisateur à la punition). Précisons également que bien que, selon certains, « le néo-libéralisme introduit une justice sans morale (O'Malley, 1994) en ce sens qu'il met de côté la morale et la question des normes » (Crawford, 2001 : 12-13), une analyse plus poussée semble démontrer que le néo-libéralisme se *présenterait* plutôt comme étant *au-delà* des questions morales. En effet, Cauchie et Chantraine (2005) ont démontré que des outils de gestion technique des risques revêtent en fait un aspect moralisant. Par exemple, les stèles dans les magasins nous rendent tous « égaux », mais surtout tous « suspects », et il y a lieu de se demander si les caméras de surveillance ne « ciblent » pas certaines personnes ou certains lieux, contribuant ainsi à reconduire des « dynamiques discriminatoires plus anciennes » (*Ibid*). Aussi, on l'a vu, avec le nouveau prudentialisme, l'individu est appelé à prendre les mesures nécessaires pour limiter les risques, sans quoi il risque de ressentir la culpabilité de ne pas avoir « fait ce qu'il fallait » pour éviter toute situation fâcheuse. Cauchie et Chantraine (2005) portent à notre attention l'aspect moralisant qui se cache derrière un tel

discours puisque l'individu n'a alors pas d'excuse « valable » pour, par exemple, s'être trouvé dans un endroit « dangereux » ou à hauts risques alors qu'il disposait des informations nécessaires pour savoir qu'il devait éviter de s'y trouver. Ces exemples sont possiblement des indices de cette alliance entre le néo-libéralisme et le néo-conservatisme.

Sans prétendre faire le tour de la question, nous pouvons repérer certains facteurs expliquant cette résurgence du néo-conservatisme, de l'*acting out* des politiciens ou, plus globalement, de cet attachement à une punitivité moralisante. Une partie de la réponse peut se trouver dans les critiques qui ont été adressées à l'idéal réhabilitatif des années 1950-1970 et dont nous avons discuté précédemment. La disparité entre les peines et l'écart entre la sentence prononcée et la durée de la peine réellement purgée, notamment, se sont traduites en demandes pour des peines déterminées, pour ce que l'on nomme le « *truth in sentencing* » et pour des lignes directrices en ce qui concerne la détermination de la peine (*sentencing guidelines*). L'un des buts visés était que les peines soient déterminées davantage en fonction de la gravité du crime plutôt qu'en fonction du contrevenant, l'ancienne formule menant, selon les critiques, à des peines injustes (Garland, 2001). En ce sens, « le rejet du 'modèle thérapeutique' [aurait] favorisé une revalorisation de la punition soit en fonction de la rétribution ou comme moyen de modifier les comportements. Par ailleurs, il y [aurait] aussi un retour de la prévention générale et une redécouverte de la neutralisation (*incapacitation*) générale ou sélective » (Landreville, 1987 : 262). Notons également qu'au-delà des explications plutôt « macrosociologiques » qu'offrent le néolibéralisme ou le management pénal, on ne peut nier le rôle plus « micro » des politiciens eux-mêmes sur les politiques pénales. L'importante utilisation de la prison (ou l'élaboration de politiques pénales punitives) résulterait, selon certains, de *choix politiques* (Kahan, 1996 : 606). Les discours, au Canada, du Parti conservateur à ce sujet en sont un exemple flagrant, les Conservateurs semblant se lancer dans une réelle « lutte au crime ».

De plus, depuis quelques décennies, ces choix politiques liés aux questions du crime et de la punition seraient marqués d'un certain *populisme* (Garland, 2001; Lalande, 2007 :

83). Ces questions étant des enjeux électoraux forts, l'importance accordée à l'opinion publique sur le sujet augmente; l'opinion publique opèrerait de plus en plus comme une « source privilégiée » dans les initiatives politiques (Garland, 2001 : 13), augmentant les politiques visant à répondre à ces « demandes » de la population (ou du moins d'une partie de la population). Ajoutons enfin que l'on observe également une *politisation* de ces questions liées à la criminalité. Comme le note Garland (2001 : 13), bien que la politisation suggère parfois une polarisation des positions, la forme populiste que la politique pénale a adoptée a eu l'effet opposé. De plus en plus, l'écart entre les positions des différents partis politiques en ce qui a trait à la question de la criminalité et de son contrôle se rétrécit (Garland, 2001 : 13). Loin de se différencier les unes des autres, on voit plutôt une certaine convergence dans les propositions politiques des principaux partis sur le sujet. Au Canada, on note que

« depuis les vingt dernières années la protection de la société devient le nouveau leitmotiv. Il s'agit surtout maintenant de répondre aux préoccupations des citoyens, de faire la lutte à la criminalité, de neutraliser les délinquants dangereux, particulièrement les 'prédateurs sexuels', et, d'une façon démagogique, de prétendre répondre aux préoccupations des victimes en augmentant la sévérité des peines » (Landreville, 2007 : 41)

L'importance grandissante accordée aux victimes se fait malheureusement parfois au détriment des droits des individus contrevenants. À titre d'exemple, les débats parlementaires sur le projet de loi antiterroriste canadien de 2001 se caractérisent par l'absence d'une remise en question, par les différents partis politiques, des mesures « sécuritaires » draconiennes que sont les peines maximales d'emprisonnement à perpétuité, l'accès restreint à la libération conditionnelle et les peines consécutives. Bien que faisant l'objet de plus de débats, des mesures limitant significativement des protections constitutionnelles déjà existantes (telles que le droit à une défense pleine et entière et à un procès juste et équitable) ont également été adoptées (Dominique-Legault, 2009).

La section qui précède sur « l'environnement du droit criminel » nous permet de mieux comprendre l'intérêt politique pour l'émergence de peines intermédiaires comme l'emprisonnement avec sursis. On l'a vu, la crise de l'État providence des années 1950-1970 et de l'idéal réhabilitatif qui l'accompagnait, semble avoir favorisé l'émergence d'un discours misant davantage sur la gestion de la criminalité que sur le traitement et prônant davantage le maintien (ou le retour) de peines sévères et punitives pour les individus récalcitrants. Bien que nous comprenions maintenant mieux le point de vue de l'environnement du droit sur l'emprisonnement avec sursis, il reste encore à voir comment cette peine est susceptible d'être reçue par le système de droit criminel qui est un système social ayant sa propre « rationalité pénale ». Comment les peines non carcérales sont-elles « perçues » et « utilisées » par le système juridique ? Le système de droit criminel fournit-il un cadre propice à la *valorisation* de ces peines intermédiaires ? Ou, au contraire, sert-il plutôt *d'obstacle* à l'utilisation de telles mesures ? Nous verrons qu'il existe des affinités électives entre le néo-conservatisme dont nous venons de discuter et la rationalité pénale du système de droit criminel, qui fera d'ailleurs l'objet de la section suivante.

1.4 Le système de droit criminel et son discours cognitif dominant

Le système de droit criminel moderne (ci-après SDC) est un système social qui a une structure normative composée de différentes lois, programmes, etc., mais également une structure cognitive composée d'idées, de théories. Comme l'explique Dubé (2007 : 22-23) :

« Dans la structure d'un système juridique, la dimension normative renvoie à l'ensemble des normes instituées (par le gouvernement et/ou les tribunaux) et utilisées pour conduire le déroulement des opérations systémiques plus rudimentaires, c'est-à-dire à l'ensemble des opérations qui permet au système de se maintenir dans son unité et d'instituer *opérationnellement* une identité qui lui est propre, le différenciant ainsi des autres systèmes sociaux. Nous allons utiliser librement ici la notion de « structures normatives » pour caractériser théoriquement les normes à partir desquelles se déroulent ces opérations plus rudimentaires.

Quant à la dimension *cognitive* du droit, elle renvoie plutôt aux « formations discursives » (Foucault, 1969) de la doctrine du droit criminel, à la théorie du droit

(criminel) ou aux « artéfacts sémantiques » (Luhmann, 1984) que le droit développe et matérialise sous une forme écrite. La matérialisation de ces points de vue permet d'observer empiriquement—notamment à travers une analyse du discours—comment le système construit des réalités ou donne une *forme* à des mediums tels que le « monde », la « société », l'« individu », la « justice », etc. Elle permet aussi d'observer les moments où le système se prend lui-même comme objet de *réflexion* pour discourir sur sa fonction, ses propres autoportraits identitaires, ses objectifs et principes fondamentaux, ou encore sur la manière de concevoir sa différenciation vis-à-vis de son environnement. Ces discours réflexifs du droit correspondent à des opérations plus complexes qui chercheront à orienter les opérations rudimentaires dans une direction particulière. Pour les caractériser théoriquement, nous allons utiliser ici la notion de 'structures cognitives' ».

Nous voyons donc que tant la structure cognitive que la structure normative donnent au SDC une identité qui lui est propre et qui le distingue d'autres systèmes. La « rationalité pénale moderne » (ci-après RPM) est une théorie permettant d'expliquer le système d'idées (structure cognitive) propre au SDC. Ce système d'idées, formé des théories modernes de la peine, accompagne le droit criminel moderne depuis la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Le concept de RPM élaboré par Pires (1998a) apparaît tout à fait approprié pour tenter de comprendre l'utilisation et la valorisation (ou non-valorisation), par le système juridique, de l'emprisonnement avec sursis ou des peines intermédiaires en général.

Plus globalement, cette théorie permet de rendre compte des changements qui ont amené le SDC à se forger une « identité propre », à se présenter comme un sous-système du droit, distinct d'autres types de droit, tels le droit civil ou administratif par exemple. Alors qu'il semble « évident » pour plusieurs que le droit criminel est *différent* de ces autres types de droit, Pires (1998a) nous rappelle qu'il n'en fut pas toujours ainsi et, par le fait même, qu'il n'y a pas de différence ontologique entre les actes qui sont traités par le pénal et ceux qui sont traités par le droit civil ou administratif. Cette distinction résulte de la sélection de « savoirs savants » ou de « savoirs sérieux »¹³ permettant d'attribuer un sens particulier à ce qu'est la loi pénale, (en opposition à la loi civile), aux comportements qui constituent une transgression à celle-ci, à ceux qui commettent ces

¹³ Comme l'explique Pires (1998a : 6), cette expression est empruntée à Dreyfus et Rabinow (1982 : 76). Elle permet de mettre l'attention sur le statut d'autorité ou de crédibilité de l'ensemble des savoirs juridique, politique, philosophique et parfois aussi scientifique portant sur la question criminelle.

transgressions et à la façon « adéquate » de réagir à ces actes. C'est ce système d'idées, qui s'appuie essentiellement sur les théories modernes de la peine, qui est dorénavant, et depuis la deuxième moitié du XVIII^e siècle, le système d'idées *dominant*, c'est-à-dire celui qui a été retenu, sélectionné par le SDC *parmi d'autres systèmes* de pensée qui ont existé au fil du temps et qui existent toujours. Dit autrement, Pires (1998a : 8) soutient la thèse que ce système de pensée « a tendance à naturaliser le 'crime', et surtout à rendre nécessaire le rapport entre le crime et la peine (au sens fort) aussi bien que l'obligation de punir ».

1.4.1 La rationalité pénale moderne et les théories de la peine

La « matrice nucléaire » ou, autrement dit, le noyau dur de la RPM est constitué essentiellement des théories modernes de la peine que sont la rétribution, la dissuasion et la dénonciation. La réhabilitation (par l'enfermement) est, quant à elle, une théorie faisant partie de la RPM, mais pas de la « matrice nucléaire ». Nous proposons ici un bref rappel des principales caractéristiques de chacune de ces théories modernes de la peine, pour ensuite tenter de voir non pas ce qui les différencie les unes des autres, mais bien en quoi elles se ressemblent.

Pires (1998c : 163) indique que les théories de la peine criminelle offrent généralement des réponses aux sept questions suivantes : « i) Au nom de quoi l'État punit-il ? ii) Quel est le but de la peine criminelle ? iii) Qui peut-on punir ? iv) Qu'est-ce qui compte (ou ne compte pas) comme « punition » ? v) Quelle économie politique doit-on adopter dans l'exercice de la punition ? vi) Quel type de peine doit-on choisir ? vii) Quel degré de privation doit-on imposer ? » Sans répondre à chacune de ces questions de façon systématique, elles nous seront tout de même utiles afin de cibler les éléments particulièrement importants à rappeler dans la présentation des théories qui feront l'objet des sections suivantes.

Mais avant de présenter ces différentes théories, il importe de dire quelques mots sur ce que l'on entend par « théorie de la peine¹⁴ ». Bien que les théories de la peine soient à la base du SDC, ou plus précisément, de sa rationalité dominante, un point particulièrement important est à garder en tête. Bien que chacune des théories de la peine vise certains buts précis (dissuader les contrevenants ou les gens en général de commettre des crimes, réaffirmer et défendre les valeurs de la société, rétablir « l'ordre moral », etc.), le fait que ces objectifs se réalisent ou non *dans la pratique* a peu d'importance pour le SDC. La non réalisation de ces objectifs n'est pas liée au maintien ou à l'abandon de ces théories par le système. Comme le note Pires (2004 : 186), « la théorie n'est pas là *pour produire un effet qui dépasse la décision elle-même et ses effets sur les opérations subséquentes du système* » (en italique dans l'original). Dans le cas de la détermination de la peine, par exemple, la « réalisation » de la théorie se produit au moment même où le juge prononce la peine au nom de cette théorie, faisant d'elle un acte *performatif*, indépendamment de l'effet qui résultera de cette peine. En un mot, les théories de la peine ne seraient pas tant des théories sur la *pratique* qu'une organisation d'idées construisant plutôt un modèle « idéal ». Cela ne signifie toutefois pas que les théories de la peine sont complètement « coupées » de la pratique. En effet, elles « servent à décider ou à réfléchir sur des pratiques institutionnalisées (les peines), et [en] en organisant [l]es idées [qui les fondent], elles en stabilisent le sens » (Lachambre, 2008 : 5).

1.4.1.1 La théorie de la rétribution

Selon cette théorie, la punition est une fin en soi. La punition, bien qu'elle puisse avoir d'autres effets, ne devrait toutefois pas viser d'autres buts que celui de punir un coupable. Autrement dit, cela signifie que le châtement infligé doit pouvoir se justifier en lui-même, et qu'il est inacceptable d'utiliser un individu comme un moyen pour atteindre une fin. Le but de la peine est tout simplement de punir (pour punir), ou de « payer le mal par le mal », la punition étant la seule façon de rétablir la justice (Pires, 1998c : 167). Comme l'explique Pires (1998c : 176), il y a, pour Kant, une différence entre le mal

¹⁴ Ce projet de recherche ne portant pas sur les théories de la peine, nous ferons simplement une brève remarque à ce sujet. Pour une discussion plus détaillée de ce qu'est une théorie de la peine, voir Lachambre (2008).

causé par le crime et celui causé par la peine criminelle : le second ne serait pas considéré comme étant un mal blâmable, contrairement au premier. Le mal de la peine est nécessaire pour produire un bien plus grand, soit le rétablissement de la justice et de la moralité, le rendant ainsi légitime.

La seule condition nécessaire pour justifier le droit de punir est que la personne soit reconnue coupable d'un crime, ce qui fait en sorte que cette personne *mérite* le châtement qui lui est infligé (Brodeur et Landreville, 1979 : 37; Pires, 1998c : 167, nos italiques). Cette théorie de la peine nécessite donc que l'on considère l'être humain comme ayant un libre-arbitre. En effet, pour prétendre qu'un individu *mérite* la peine résultant de la perpétration d'une infraction criminelle, encore faut-il que l'individu, qui est un être libre et rationnel, ait commis cet acte de manière intentionnelle (Pires, 1998c : 174).

La théorie de la rétribution s'appuie sur un concept de proportionnalité, qui servira de critère pour établir la « quantité » de peine que l'on doit infliger à un contrevenant donné. Le mal de la peine doit être égale (ni plus, ni moins) au mal causé par le crime, ce qui consiste en une « proportionnalité-horizontale-impérative » (Pires, 1998c : 182). À ce principe est liée l'idée d'une analogie entre le crime et la peine : la peine choisie doit être approximativement de même nature que le crime commis (*Ibid*).

1.4.1.2 La théorie de la dissuasion

Cette théorie de la peine a pour but de décourager les gens de commettre des crimes, et ce, par la peine qui est infligée à l'infacteur. Cette théorie est dite *spécifique* lorsqu'elle vise à dissuader la personne contrevenante de transgresser à nouveau la loi pénale ou encore *générale* lorsqu'elle vise plutôt à dissuader le public de commettre des crimes semblables.

Cette théorie stipule que, pour être dissuasive, la peine doit comporter un « surplus » de peine, surplus qui vient augmenter le coût lié à la commission de l'infraction. En effet, bien que la position entre « libre-arbitre » et « déterminisme » ne soit pas nécessaire pour

la théorie¹⁵, cette dernière est basée sur une vision de l'être humain comme étant capable de raisonner ou, plus précisément, de faire un calcul « coûts/bénéfices » avant de commettre un crime (Rychlack, 1990 : 309-310). Le surplus de peine doit alors être suffisant afin que le coût (de la peine) soit plus grand que les bénéfices du crime (Pires, 1998b : 139), mais non exagéré puisque la peine deviendrait alors injuste.

Le principe de proportionnalité est également présent dans cette théorie, mais il diffère de la proportionnalité kantienne. Pires (1998b : 138) qualifiera la proportionnalité de la théorie de la dissuasion de « proportionnalité verticale », une sorte d'échelle dans la sévérité des peines selon la gravité de l'infraction : plus un crime est grave, plus la peine se doit d'être sévère.

Par contre bien que cette proportionnalité verticale de la théorie de la dissuasion puisse être, et est, dans certains cas, un moyen de diminuer la limite supérieure des peines infligées à des contrevenants, sa formulation fait en sorte qu'elle est une théorie ayant plutôt un rôle répressif que modérateur (Pires, 1998b : 140). Tout d'abord, les peines associées aux crimes doivent comporter, on l'a vu, un surplus de peine afin de maintenir l'objectif de dissuasion. C'est donc dire que le principe de proportionnalité verticale, lorsqu'il est mis en relation avec l'objectif de dissuasion, renferme l'idée que la peine ne doit pas être en deçà d'un certain quantum minimal (Pires, 1998b : 139) sans quoi elle serait non dissuasive, inefficace et, par le fait même, inutile. Bien que le principe de proportionnalité puisse agir comme modérateur dans l'infliction de peines démesurément sévères dans certains cas, Pires (1998b : 139-140) argumente que ce principe, tel qu'il est utilisé dans la rationalité pénale moderne, est « plus facilement critique à l'égard du « trop peu » que des « excès ». En effet, il est important de rappeler que bien que la proportionnalité soit un principe important pour la théorie, l'exemplarité de la peine, ayant un effet dissuasif, demeure non seulement l'objectif ultime de la peine, mais également ce qui donne à celle-ci sa légitimité. Toute peine non dissuasive ne sera pas utile et toute peine inutile n'a pas lieu d'être.

¹⁵ Pires (1998c : 173) explique que certains utilitaristes évitent clairement la question, alors que d'autres tendent davantage vers le déterminisme ou acceptent l'idée de la « volonté libre » de Beccaria.

1.4.1.3 La théorie de la dénonciation¹⁶

Notons avant de débiter que par « théorie de la dénonciation », nous entendons provisoirement celle dont parle Lachambre (2008), c'est-à-dire celle qu'il a identifié comme une théorie « formée » dans les écrits de Stephen.

Émergeant vers la fin du XIX^e siècle, la théorie de la dénonciation de Stephen stipule que le geste commis (le crime) est inacceptable puisqu'il est un acte qui transgresse les valeurs de la société (Lachambre, 2008 : 21-23), valeurs qui définissent cette même société (Rychlack, 1990 : 331). À ce fondement du droit de punir, Stephen associe, comme but de la peine, la *dénonciation* : la peine doit servir à exprimer la désapprobation que ressent la société envers le crime commis (Lachambre, 2008 : 23-26). Notons également que la peine est considérée comme une souffrance pour Stephen :

« punishment is not intended to benefit the sufferer. It is distinctly intended, to a certain extent, to injure him for the good of others; and this consideration enters more or less into almost all punishments, and is the dominant one in the cases in which punishments of great severity are inflicted. It reaches its highest point in the case of the punishment of death » (Stephen, 1885 : 757, cité dans Lachambre, 2008 : 30).

Tout comme c'était le cas pour la théorie de la dissuasion, la position quant au débat libre arbitre/déterminisme n'est pas d'une importance fondamentale pour la théorie de Stephen, puisque cela ne changera rien au fait qu'un acte froissant les valeurs de la société et faisant émerger chez les gens des sentiments négatifs a été commis (Lachambre, 2008 : 29-30). Il est également nécessaire de *ne punir que les coupables*, le crime étant, pour Stephen, un acte que l'on peut prouver, tout comme il est nécessaire de punir *tous* les coupables, sans quoi l'objectif de dénonciation ne serait pas atteint :

¹⁶ Notons que la théorie de la dénonciation était absente lors de l'élaboration initiale de la théorie de la RPM de Pires. Cette théorie semble être « oubliée » ou plus précisément « rattachée » soit à la théorie de la dissuasion, soit à la théorie de la rétribution (Sébastien Lachambre, « À propos de la théorie de la dénonciation en droit criminel ». Conférence à l'interlabo organisé par la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa, le lundi 3 décembre 2007). À la suite des travaux de Lachambre, Pires (2007 : 11) a reconnu récemment que la dénonciation était une théorie indépendante de celles auxquelles elle est traditionnellement associée.

« By a criminal, *people in general* understand not only a person who is liable to be punished, but a person who ought to be punished because he has done something at once wicked and obviously injurious in a high degree to the commonest interests of society » (Stephen, 1883, II : 76, cité dans Lachambre, 2008 : 33).

« [Criminal justice] can never be a real terror to evil-doers and a real encouragement to the healthy indignation of honest men against criminals unless it is put in force inflexibly » (Stephen, 1883, I : 552, cité dans Lachambre, 2008 : 33)

En ce qui a trait au quantum de la peine, il doit refléter le « degré d'indignation que le crime provoque chez le public », [...] ce degré d'indignation [devant] varier avec la culpabilité morale telle que perçue par le public » (Lachambre, 2008 : 37). Nous pouvons remarquer que nous retrouvons, comme c'était d'ailleurs le cas pour les théories de la rétribution et de la dénonciation, l'idée de « proportionnalité ». Alors que la peine devrait être proportionnelle à la culpabilité morale du contrevenant pour Kant et à la gravité de l'acte pour Beccaria, dans le cas de la théorie de la dénonciation, la peine doit être proportionnelle au degré d'indignation que provoque le crime chez le public, selon la culpabilité morale perçue par le public (*Ibid*). Donc, à un « degré égal de culpabilité morale ou de responsabilité *perçue par le public* », plus la valeur transgressée sera jugée importante *aux yeux de la société*, plus la peine imposée se devra d'être sévère. Nous observons ici que l'opinion publique est un élément important à prendre en compte pour la théorie lors de la détermination de la peine. Une peine adéquate serait celle qui ne « choque » pas l'opinion publique ou dont le prononcé se ferait « without attracting special attention » (Stephen, 1885 : 768, cité dans Lachambre, 2008 : 40).

Donc, selon cette théorie de la dénonciation, les lois et les peines criminelles serviraient à réaffirmer les valeurs jugées importantes *par la société*. Toutefois, il semble que l'on retrouve, dans d'autres écrits, l'idée que la peine puisse aussi servir à « éduquer » le public, idée que l'on ne retrouve pas dans la théorie de Stephen et que nous appellerons, faute de mieux, l'« éducation morale ». Sans prétendre à une théorie de la peine complètement formée, nous retrouvons parfois l'idée que la création de lois et l'édiction de peines (sévères) pour les transgresseurs sont des moyens d'éduquer le public quant à un comportement qui a été, à un certain moment donné, *défini* comme inacceptable et

ainsi d'*imposer*, chez le public, cette manière de penser. Illustrons cette idée par un exemple concret, soit celui de la conduite avec les facultés affaiblies. Inscrite dans le *Code criminel* en 1921, les modifications apportées, avec les années, à sa définition et aux peines qui y sont liées¹⁷ (qui deviennent de plus en plus sévères) semblent témoigner d'une volonté, par le législateur, de définir ce comportement comme un problème social et de le « rendre » inacceptable aux yeux du public. On peut lire, dans une recherche portant sur la modification législative de 1985, que cette modification « faisait suite à divers travaux, présentés à la demande du gouvernement fédéral, tentant de *définir l'alcool et la drogue au volant comme des problèmes sociaux importants au Canada* et d'y apporter des solutions » (Beaulieu, 1989 : 27, nos italiques). L'auteure de la recherche conclut que « les modifications législatives sont surtout reconnues comme ayant eu de *l'impact dans le grand public qui connaît maintenant mieux les dangers* associés au fait de conduire avec les facultés affaiblies » (*Ibid* : 38, nos italiques). Voilà ce qui illustre ce que nous entendons par « éducation morale ».

1.4.1.4 La théorie de la réhabilitation

La théorie de la réhabilitation est plus complexe à expliquer que les trois autres, notamment en raison du fait qu'elle a beaucoup changé avec le temps. Avant la fin du XVIII^e siècle, la théorie prémoderne de la réhabilitation était associée à la théorie de la dissuasion, ayant ainsi une « face » de la punition tournée vers l'individu contrevenant (réhabilitation) et une autre tournée vers les autres (dissuasion) (Pires, 2008).

À la fin du XVIII^e siècle émerge la théorie de la réhabilitation de la première modernité, qui sera intégrée à la « structure cognitive » du SDC, mais pas dans la « matrice nucléique », cette théorie visant essentiellement la réforme de l'individu. Elle est axée vers le comportement futur : elle croit en la capacité de changement des individus (Rychlack, 1990 : 311) et cherche à « transformer » le contrevenant en un citoyen

¹⁷ Pour un aperçu des antécédents législatifs reliés à ce délit, voir, entre autres, le Comité des droits de la personne (1999). « Vers l'élimination de la conduite avec facultés affaiblies ». Rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada.

respectueux des lois (Roberts et Cole, 1999 : 9). Toutefois, la théorie reconnaît que certains contrevenants en sont incapables ou qu'ils refusent de modifier leur comportement; elle accepte donc, comme le faisait la théorie prémoderne, la distinction entre individus corrigibles / individus incorrigibles (Pires, 2008).

Selon cette théorie, la réhabilitation de l'individu contrevenant passe nécessairement par l'exclusion de celui-ci, c'est-à-dire par son incarcération. Voulant « construire ou modifier l'orientation de l'enfermement », elle indique aux autorités que la peine d'incarcération nécessite (1) un programme positif pour la réforme des individus; (2) des indicateurs (d'évaluation) de cette réforme et (3) du temps et un milieu fermé pour l'atteinte de cet objectif (Pires, 2008). Les contrevenants doivent donc être isolés du reste de la société pour une période suffisamment longue pour assurer leur réforme. Bien que complexifiant le portrait de la RPM en entrant parfois en conflit avec les théories de la matrice nucléaire, la théorie de la réhabilitation reste attachée à la théorie de la dissuasion et même à celle de la rétribution (punition). Cette théorie reste attachée à la dissuasion et, de façon moindre, à la rétribution, notamment par son attachement à la prison et à l'idée d'obligation de punir (Pires, 2008). La théorie de la réhabilitation étant intégrée dans la RPM, elle vient ajouter une autre façon pour le système de droit criminel de valoriser l'enfermement et de résister aux sanctions alternatives (Dubé, 2008 : 53).

Notons enfin brièvement que la critique et la remise en question de l'idée de la prison comme lieu de réhabilitation ont eu pour résultat l'émergence d'une troisième théorie, la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité. Cette dernière rejette l'idée qu'il soit nécessaire d'isoler l'individu contrevenant pour atteindre le but visé. Elle accorde une priorité à l'inclusion sociale et abandonne la distinction « corrigible/incorrigible » puisqu'elle renonce à cette idée de décrire ou de déterminer les comportements futurs (Pires, 2008). Cette théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité n'a toutefois pas été retenue par la RPM.

Maintenant que nous avons décrit les théories à la base de la RPM, concentrons-nous quelques instants sur les « conséquences » de l'union de ces théories modernes de la

peine. Bien que ces théories soient souvent « divisées » en deux catégories selon le but principal qu'elles visent (rétributivistes vs utilitaristes), Pires (1998a : 16) soutient que, mis à part sur le plan de la justification, aucune théorie n'est véritablement une alternative aux autres. La théorie de la RPM permet non pas de mettre l'accent sur les différences qu'ont les théories de la peine entre elles, mais plutôt de démontrer comment elles « s'unissent » afin de former un sous-système de droit (le SDC) avec une structure cognitive qui lui est propre. La conséquence de cela serait notamment que ces théories font de la peine *afflictive* (Pires, 1998a : 10) un impératif plutôt qu'une simple possibilité.

1.4.2 Obligation de punir et exclusion des peines non afflictives

La RPM soutiendrait une vision des normes et de la protection de la société qui est hostile, abstraite, négative et atomiste :

« Hostile, parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel (« rétablir la justice par la souffrance », « renforcer la moralité des gens honnêtes », etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). Négative puisque ces théories *excluent toute autre sanction* visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, atomiste, parce que la peine — dans la meilleure des hypothèses — n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire » (Pires, 2001 : 184, en italique dans le texte)

En effet, les théories de la peine que nous avons présentées précédemment permettent de voir que la peine est obligatoire. Le *droit* de punir devient donc, au sein du SDC, une *obligation* de punir. Pour la théorie de la rétribution, tout coupable se doit d'être puni (CCDP, 1987 : 155) sans quoi la justice ne serait pas rétablie. Pour Beccaria, on se doit de punir tous les crimes dont on a connaissance, car c'est la certitude de la peine, le fait qu'elle soit publique, prompt et inflexible, plus que sa sévérité, qui a un effet dissuasif. La sévérité de la peine n'aurait aucun effet dissuasif si les contrevenants avaient espoir

d'y échapper (Rychlack, 1990 : 310). Pour Stephen, la peine est elle-aussi obligatoire : pour réaffirmer les valeurs de la société et pour dénoncer le crime, la punition de tous les coupables est nécessaire. Le SDC étant en relation avec le public, l'autorité se doit d'être responsive face à celui-ci, créant ainsi une obligation de punir que Lachambre (2008 : 32) qualifie de « relationnelle ».

De plus, ce n'est pas n'importe quel type de sanctions qui est « digne » du nom « peine ». Seules les sanctions *afflictives* sont des peines valorisées par le SDC et par sa rationalité qui lui est propre, les autres mesures alternatives (non afflictives) étant mises de côté. En effet, rappelons simplement que pour Kant, la peine afflictive est nécessaire pour rétablir la justice (payer le mal par le *mal*). Toute sanction qui ne causerait pas ce *mal*, cette souffrance à l'infracteur ne sera pas considérée comme une peine permettant de rétablir la justice pour la théorie rétributive de la peine criminelle (Pires, 1998c : 175)¹⁸. De la même façon, pour Beccaria, la peine non afflictive, celle ne contenant pas un « surplus » de peine suffisant, ne sera pas considérée comme une peine dissuasive. La punition (au sens fort) devient la règle pour la théorie de la peine criminelle de Beccaria¹⁹ (Pires, 1998b : 130). Enfin, pour Stephen, la peine est une souffrance imposée au contrevenant, « intended, to a certain extent, to injure him for the good of others » (Stephen, 1885 : 757, dans Lachambre, 2008 : 30). La dénonciation produite par la peine servant l'intérêt public plutôt que la victime directe du crime, le dédommagement ou le pardon de la victime ne sauraient être considérés comme des peines acceptables (Lachambre, 2008 : 30).

¹⁸ Il est intéressant de noter que le principe de proportionnalité de Kant se rapproche de l'idée du surplus de peine de Beccaria, du moins en ce qui concerne les crimes contre les biens. En effet, bien que le principe de proportionnalité pour Kant ait pour principe de base que le quantum de la peine doit être ni plus ni moins que le mal causé par le crime, dans le cas d'infractions contre les biens, le simple fait de rendre le bien volé, par exemple, n'est pas suffisant. Il doit alors y avoir un « surplus » de peine pour punir également « l'intention méchante du voleur », et ce faisant, un dédommagement égal à la perte résultant du vol est rejeté (Pires, 1998c : 182-183).

¹⁹ En effet, bien que nous ayons indiqué que la certitude de la peine est plus importante que sa sévérité, Pires (1998b : 131) précise que ce principe « prend l'allure d'un discours critique à l'égard de la sévérité (de l'ancien système) ce qu'il est dans une certaine mesure, mais il est également porteur d'un principe répressif : celui de l'obligation de punir *par une peine criminelle* et conformément aux *buts* de la théorie de la dissuasion » (en italique dans l'original).

La théorie de la réhabilitation ne fait pas exception à ces principes d'obligation de punir et d'exclusion des peines alternatives. Bien qu'elle vise une éventuelle réinsertion de l'individu contrevenant, son « attachement » au concept de protection de la société et à la prison fait en sorte qu'elle a plus en commun avec les théories de la matrice nucléaire qu'il ne le semble. Elle vient fournir une autre bonne façon de valoriser l'enfermement. En effet, rappelons que la théorie de la réhabilitation dont il est question ici est celle de la première modernité qui valorise la réhabilitation des individus contrevenants par la mise à l'écart de ceux-ci. Les sanctions qui ne passeraient pas par l'enfermement de l'individu sont donc mises de côté : les sanctions alternatives ne sont pas acceptables pour cette théorie. De plus, bien que le but visé par la théorie soit la « correction » de l'individu, elle accepte l'idée que la prison puisse punir et dissuader, et participe donc bien, elle aussi, à l'exclusion provisoire (sociale, spatiale et temporelle) des individus contrevenants.

La présentation sur le SDC, et l'exposé que nous avons fait préalablement sur l'environnement de ce dernier, nous fournit des pistes de réflexion en ce qui a trait à la question de la valorisation et des obstacles de peines non carcérales comme l'emprisonnement avec sursis. Il semble, à première vue, que les discours de l'environnement du droit criminel démontrent un certain intérêt pour ce genre de peines, alors que la rationalité punitive du SDC semble plutôt valoriser des peines afflictives et menant à l'exclusion des individus contrevenants, comme la prison par exemple. Or, nous verrons que la question est plus complexe et que ce type de peines semble être parfois encouragé et parfois discrédité par l'environnement du droit criminel et le SDC lui-même. Nous nous concentrerons donc, dans la dernière section, sur la question de la *valorisation* et des *obstacles* des peines non carcérales tout en faisant l'effort de lier cela à la peine qui nous intéresse, soit à l'emprisonnement avec sursis.

1.5 Obstacles et valorisations de l'emprisonnement avec sursis

D'abord, la conception de la criminalité comme un phénomène normal et l'intérêt pour sa gestion semblent former un contexte *favorisant* la mise en place de peines non

carcérales. En effet, on crée, dans la nouvelle pénologie, de nouvelles formes de détention qui se situent quelque part sur le continuum « prison – probation ». Cela permet donc d'assurer un contrôle efficace à moindres coûts : une peine existe sur ce continuum pour chaque contrevenant selon l'évaluation qui a été faite du risque ou de la dangerosité qu'il représente (Feeley et Simon, 1992 : 457). À une extrémité se trouve la prison qui fournit un maximum de sécurité (moyennant toutefois des coûts élevés) pour les gens les plus dangereux et à l'autre se trouve la probation qui permet d'effectuer un contrôle, une surveillance à moindre coût pour les gens à plus faibles risques. Le contrôle de la criminalité et les restrictions financières seraient atteints en neutralisant et en mettant l'accent sur la poignée de contrevenants représentant plus de risques (Simon et Feeley, 2003 : 94), double objectif auquel participerait l'emprisonnement avec sursis. En effet, le ministre de la Justice, lors de la présentation du projet de loi C-41 à la Chambre des communes, cherche à « vendre » l'emprisonnement avec sursis en indiquant que « les recherches effectuées montrent que pour ceux ayant commis une infraction mineure ou dont c'est la première infraction, l'incarcération n'est pas très utile ou efficace et peut même être néfaste » et donc qu' « [i]l faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération²⁰ » (Alan Rock, ministre de la Justice et procureur général du Canada, parti libéral).

On peut également tenter de lier l'emprisonnement avec sursis avec d'autres éléments de l'environnement du droit criminel, notamment avec le nouvel intérêt pour la communauté. L'emprisonnement avec sursis étant une peine qui se purge au sein de la collectivité, il est possible de croire que cette dernière (la famille ou l'employeur du sursitaire par exemple) soit considérée comme devant participer aux responsabilités de surveillance et de gestion des risques qui ne reviennent plus, on l'a vu, uniquement à l'État. Par exemple, certains indiquent qu'il serait intéressant de permettre aux gens résidant avec la personne contrevenante de donner leur avis et leurs suggestions en ce qui a trait aux conditions de l'ordonnance de sursis, d'obtenir leur consentement avant de prononcer une telle peine, d'évaluer les impacts de la peine pour ces gens, etc. (Roberts, 2004 : 170). La montée du néolibéralisme et l'importance grandissante accordée au

²⁰ Hansard, Chambre des communes, 20 septembre 1994, pp. 5872 et 5873.

management pénal fournissent un cadre, un contexte favorisant l'invention de peines non carcérales telles que l'emprisonnement avec sursis et participent donc à leur *valorisation*. Toutefois, rappelons que nous avons démontré que le management pénal, que la « gestion des risques » ne serait pas la seule façon de gérer la criminalité. Le néo-libéralisme, qui se présente comme « amoral », ne permet pas de bien rendre compte du maintien ou du renforcement de la punitivité que l'on observe parallèlement à ces politiques et techniques de gestion des risques. Cette augmentation de la punitivité moralisante serait, on l'a dit, attribuable à la montée du néo-conservatisme, ou du moins à l'alliance entre ce dernier et le néo-libéralisme. Ce régime semble favoriser les peines sévères et participerait plutôt à mettre des bâtons dans les roues des peines intermédiaires. Le néo-conservatisme entretiendrait donc des liens communs avec la RPM qui, on l'a bien démontré, valorise l'obligation de punir par des peines afflictives.

Contrairement à ce que l'on pourrait être porté à croire à première vue, les peines non carcérales ne seraient pas automatiquement discréditées par le système juridique. En effet, les discours de certaines commissions de réforme du droit criminel permettent de constater qu'elles ne rejettent pas totalement les sanctions non carcérales et non afflictives, recommandant même parfois une plus grande utilisation de telles mesures. À titre d'exemple, au Canada, certaines commissions de réforme et comités s'étant penchés sur les lois et le SDC prônaient une modération dans l'usage du droit criminel et de la prison, ainsi que des mesures tels le dédommagement ou les travaux communautaires (Landreville, 2007 : 40). Par contre, la valorisation de ces mesures se fait bien souvent « sans avoir une théorie alternative de la peine pour les appuyer et les légitimer » (Possas : 2009 : 25). La justification et la légitimation de ces sanctions se font principalement (1) par la « négative » (en indiquant le besoin de ces mesures puisque la prison échoue à remplir les objectifs qu'elle dit vouloir atteindre) et (2) en attribuant à ces sanctions les mêmes théories de la peine (rétribution, dissuasion, etc.)²¹ Nous voyons donc que les théories de la peine de la RPM peuvent aussi servir de valorisation aux peines non carcérales.

²¹ Alvaro Pires, Séminaire « Philosophie du droit pénal », 11 février 2008, Université d'Ottawa.

Toutefois, cela ne serait pas sans conséquences. Bien que cela n'empêche pas l'utilisation des peines non carcérales par le SDC, une telle façon de les légitimer ferait toutefois en sorte qu'elles ont encore aujourd'hui du mal à avoir un statut juridique « crédible », fragilisant ainsi, selon Pires (1998a :13), leur avenir au sein de ce système de droit criminel. Ces sanctions demeureraient « marginales » au sein du système et seraient difficilement considérées comme acceptables pour les crimes plus sérieux. L'absence d'une théorie propre pour légitimer ce type de sanctions comporterait également le risque de renforcer les théories de la peine existantes, en plus du risque que les peines non carcérales « s'ajoutent » aux peines déjà existantes²².

La littérature portant directement sur l'emprisonnement avec sursis canadien provient presque exclusivement du domaine juridique et offre des exemples de comment les théories de la peine peuvent servir d'obstacles à un plus grand déploiement des peines non carcérales. Nous retrouvons, entre autres, au sein de cette littérature, des propositions visant à *modifier* l'emprisonnement avec sursis afin qu'il puisse « mieux » répondre à ces objectifs et principes de la peine. À titre d'exemple, afin de respecter le principe de « protection de la collectivité », le seuil de deux ans moins un jour est considéré, pour certains, comme étant trop élevé (Roberts, 1997 : 185) et on propose de le réduire à un an, ce qui permettrait d'éviter certains conflits avec le principe de proportionnalité et les objectifs de la peine. Ce seuil aurait l'avantage de réduire la controverse liée à l'utilisation (pourtant rare) de l'emprisonnement avec sursis pour des crimes sérieux tout en ne limitant pas excessivement la possibilité de cette peine de diminuer le taux d'incarcération (Roberts, 2004 :162-163). On propose aussi de limiter l'utilisation de la peine d'emprisonnement avec sursis à certains contrevenants (non violents par exemple) (*Ibid* : 199), de l'interdire pour des crimes tels que la violence conjugale et de l'interdire (du moins momentanément) pour ceux ayant déjà eu des manquements aux conditions d'une ordonnance antérieure (Roberts, 2004 : 167).

Quant à l'objectif de dissuasion, certains se questionnent à savoir s'il n'est pas quelque peu naïf de croire que la simple *menace d'incarcération* (en cas de non respect des

²² Alvaro Pires, Séminaire « Philosophie du droit pénal », 11 février 2008, Université d'Ottawa.

conditions de l'ordonnance de sursis) a un réel pouvoir de dénonciation (Roberts, 1997 : 189). L'une des façons proposées pour augmenter l'effet dissuasif de cette peine est de permettre au tribunal d'envoyer le contrevenant en prison pour toute la durée de la condamnation avec sursis en cas de manquement, et non seulement pour la portion restante de l'ordonnance, comme c'est actuellement le cas pour l'emprisonnement avec sursis canadien²³ (Roberts, 1997 : 200-201). Roberts (2004: 176) ajoute que, sans retirer complètement le pouvoir discrétionnaire des juges, une présomption en faveur de l'incarcération en cas de manquement aux conditions devrait être inscrite dans la loi²⁴. De telles discussions et propositions sur l'emprisonnement avec sursis ne « sortent » pas des principes et objectifs de la peine, ne les remettent pas en question; ces auteurs discutent du « comment » (comment faire en sorte que l'emprisonnement avec sursis respecte ces objectifs et principes) plutôt que de se concentrer sur le « pourquoi » (pourquoi punir au nom de ces objectifs et principes, ou encore plus largement, pourquoi punir tout court).

D'autres auteurs du domaine juridique, pouvant paraître plus critiques à première vue, demeurent néanmoins « emprisonnés » dans la RPM, ne réussissant pas à bâtir leur argumentation sur « autre chose » que les objectifs et principes de la peine. À titre d'exemple, notons Dumont (1997) qui doute, avec justesse à notre avis, de la portée modératrice de l'emprisonnement avec sursis, et qui base notamment son argumentation sur la codification de la dissuasion et de la dénonciation comme objectifs de la peine. À son avis, « [l]a nouvelle mesure de condamnation à l'emprisonnement avec sursis pourrait [...] contribuer de façon significative ou modeste à la réduction de l'incarcération dans les prisons provinciales. La gestion par les tribunaux des finalités de dénonciation et de dissuasion générale pourrait cependant être déterminante du résultat » (Dumont, 1997 : 91). Semblant toutefois être plutôt en accord avec le principe fondamental qu'est le principe de proportionnalité, la juriste indique qu'« en faisant remplir à une sentence une finalité de dissuasion générale, le juge ajoute alors un surplus

²³ Conformément à l'alinéa 742.6 (9)d) du *Code criminel*.

²⁴ Notons que l'auteur propose d'autres solutions : éduquer le public, assurer une plus grande cohérence dans la détermination de la peine en encourageant les cours d'appel à revoir les peines des tribunaux de première instance, créer dans la loi des révisions périodiques des ordonnances de sursis, offrir des « allégements » de conditions pour les sursitaires qui se comportent bien, etc. (Roberts, 2004).

punitif à la sentence proportionnelle afin qu'elle puisse avoir un impact dissuasif sur autrui et contribuer à la réduction de la criminalité. Ce surplus de peine ne se justifie pas par le principe de proportionnalité » (Dumont, 1997 : 88). Bien que l'auteur (1997) nous invite à demeurer prudents quant à l'utilisation des objectifs de dénonciation – et de dissuasion d'ailleurs – lorsque vient le temps de justifier tant une peine d'incarcération qu'une peine d'emprisonnement avec sursis, elle n'arrive pas à sortir de la RPM. Ces exemples permettent, entre autres, de constater la nécessité d'aborder la question de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis d'un autre point de vue, afin d'éviter de se trouver, nous aussi, au cœur de débats et de discussions qui « tournent en rond » en cherchant à « améliorer » l'emprisonnement avec sursis tout en oubliant de remettre en question et de voir l'impact qu'ont les objectifs punitifs le légitimant.

Nous pouvons donc voir que des peines non carcérales telles que l'emprisonnement avec sursis sont valorisées tant par le SDC que par son environnement, mais que ces derniers peuvent également servir d'obstacles à ces sanctions. La valorisation par l'environnement du droit criminel (principalement la montée du néo-libéralisme, du management pénal et de la nouvelle pénologie) encouragerait l'invention de telles peines. Celles-ci semblent être considérées comme des sanctions permettant de mieux assurer la surveillance et la gestion des individus contrevenants, et ce, selon les risques qu'ils posent. En ce qui concerne le SDC, nous avons vus que les critiques adressées à la prison et même les objectifs de la peine peuvent servir, à un certain degré, à la valorisation des peines non carcérales. Or, la valorisation plus « timide » ou plus « néfaste » de ces sanctions par le système juridique (en critiquant la prison et par les théories de la peine) aurait notamment pour effet de diminuer l'*utilisation* de ce type de peines. La RPM se rapprocherait donc de l'autre « visage » de l'environnement du droit criminel, soit celui du néo-conservatisme. Avec son attitude plus « populiste » et son attachement aux peines sévères, le néo-conservatisme servirait d'obstacle à l'émergence de peines non carcérales.

Le SDC et son environnement se rejoignent également à un autre niveau : la valorisation des peines non carcérales est en fait leur valorisation en tant que peines intermédiaires.

En effet, ces peines se situent, pour l'environnement du droit criminel, entre la prison et la probation pour une « meilleure gestion des risques » et elles doivent répondre, pour le SDC, aux mêmes objectifs de la peine que la prison. Dans un cas comme dans l'autre, il semble que nous soyons loin du *remplacement* de la prison comme peine, ou de la philosophie qui la sous-tend.

Maintenant que nous avons des indications nous permettant de croire que tant le droit criminel que son environnement participent à la valorisation de ces peines, mais aussi à leur mettre des bâtons dans les roues, nous nous concentrerons, pour ce qui suit, sur le *prononcé* de ces peines non carcérales par le SDC. Plus précisément, nous chercherons à voir comment l'emprisonnement avec sursis pourra (ou non) gagner du galon pénal, de quelle façon il pourra (ou non) être considéré comme une peine crédible par le système juridique. Dans un deuxième temps, nous tenterons d'identifier si les divers discours portant sur les transformations de l'environnement du droit sont « intégrés », « pris en compte » par le SDC lorsque vient le temps de prononcer une peine dans la collectivité comme l'emprisonnement avec sursis, et comment ces éléments peuvent « aider » ou « freiner » la décision d'imposer une telle peine. Mais avant de « plonger » dans notre empirie, nous devons d'abord expliquer en détails la démarche que nous avons entreprise pour être en mesure de trouver des réponses à ces questions.

CHAPITRE II CHOIX ET DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUES

Introduction

Toute recherche scientifique implique de faire des choix. Le cadre théorique adopté, tel que présenté au chapitre précédent, en fait bien évidemment partie. La méthodologie à utiliser implique elle aussi la prise de décisions, bien que certains « choix », nous le verrons, semblent « aller de soi » compte tenu de l'objet de recherche. En effet, « tout se passe comme si l'objet ou le problème avait un mot à dire au chercheur sur les options épistémologiques, théoriques et méthodologiques possibles pour mieux l'approcher » (Pires, 1997a : 24).

Ce chapitre sera consacré tant à la description qu'à la justification des choix et de l'approche méthodologiques que nous avons jugé les plus appropriés pour répondre à nos intérêts et questions de recherche. Nous y présenterons des éléments méthodologiques tels que le type de méthode, le type de cueillette de données et les matériaux de recherche utilisés. Nous expliquerons également en détails la démarche adoptée pour construire l'échantillon de recherche qui représentera l'ensemble des « données » sur lesquelles portera notre analyse.

2.1 Justification de la méthode : la recherche qualitative

Dans le cadre de ce projet, une démarche de type qualitatif sera privilégiée, ce type de démarche apparaissant tout à fait indiqué pour cette recherche, et ce, pour différentes raisons. Ce choix méthodologique découle directement de notre objet d'étude. En effet, en formulant notre objet de la façon dont nous l'avons fait, la démarche qualitative s'est présentée comme « allant de soi », conformément à la vision « concordataire » de la méthodologie exposée par Pires (1997a). Cette façon de procéder – c'est-à-dire de d'abord élaborer un objet et des questions de recherche qui nous intéressent – nous mène naturellement à la conclusion que ce sont les méthodes qualitatives qui s'avèrent les plus appropriées et les plus intéressantes pour approcher notre objet de recherche.

En effet, la recherche qualitative s'avère particulièrement utile lorsque le chercheur désire explorer et mieux comprendre les significations que des individus ou groupes attribuent à un problème humain ou social (Creswell, 2008 : 4). Comme on peut le lire dans le *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines*, sous la définition de *méthodes qualitatives*, « [l]es objets ou phénomènes humains appréhendés par les méthodes qualitatives [...] concernent essentiellement des « productions » de l'homme comme un texte, un discours ou un dispositif, comme des ensembles d'actions collectives ou individuelles ou encore des phénomènes non tangibles comme des représentations, des normes culturelles ou des façons de raisonner » (Mucchielli, 2004 : 213). Ces précisions viennent confirmer que la recherche qualitative est tout à fait indiquée dans le cadre de notre projet de recherche puisque nous nous intéressons à un dispositif (l'emprisonnement avec sursis), plus précisément à des documents juridiques portant sur ce dispositif (nous y reviendrons).

Contrairement aux méthodes quantitatives qui permettent habituellement de donner un portrait plus général d'une situation, la recherche qualitative nous permet d'explorer notre objet de recherche en profondeur et permet de « s'occuper d'objets complexes, comme les *institutions sociales*, les groupes stables, ou encore les objets cachés, furtifs, difficiles à saisir ou perdus dans le passé » (Pires, 1997a : 71, nos italiques), et ce, en nous permettant d'« interroger » nos documents empiriques. Encore une fois, cela vient

confirmer l'adéquation entre notre objet de recherche et l'utilisation des méthodes qualitatives puisque ce dernier s'inscrit dans un cadre institutionnel (le système juridique) et nous cherchons à saisir comment ce système donne un sens à l'emprisonnement avec sursis comme peine, c'est-à-dire comment il le valorise ou encore le discrédite. Nous cherchons également à voir comment les idées, les discours de ce que nous avons appelé « l'environnement du droit » sont intégrés ou non par le système juridique. Un tel objet est complexe puisque nous cherchons notamment à voir comment s'actualise la RPM dans les discours du SDC portant sur des sanctions plus « ouvertes » comme l'emprisonnement avec sursis. Cela nous demandera, en tant que chercheuse, « la mise en œuvre des ressources de l'intelligence pour saisir les *significations* » (Mucchielli, 2004 : 214, nos italiques), élément caractéristique de plusieurs recherches qualitatives. Il paraît donc évident, à notre avis, que les méthodes quantitatives ne nous permettraient pas de nous intéresser à un objet de la sorte, ni de répondre adéquatement à nos questions de recherche. C'est pourquoi une méthodologie qualitative s'impose dans notre cas.

2.2 Technique de cueillette de données : la recherche documentaire

La technique de cueillette des données qui nous apparaît la plus appropriée pour répondre à nos intérêts de recherche est l'analyse (ou recherche) documentaire. Cette technique, qui utilise comme « données » des documents écrits, comporte plusieurs avantages. Cellard (1997 : 275), reprenant Kelly, indique que cette technique de cueillette de données permet d'éliminer (au moins une partie de) l'influence, chez les participants, inhérente à la présence ou à l'intervention du chercheur, comme ce peut être le cas avec les observations ou les entretiens. De plus, comme l'indique Pires (2004 : 197), « avec l'écriture, la communication perd sa dimension de pure réciprocité immédiate et peut être construite d'une autre façon. L'écriture ajoute de la permanence, de la stabilité et accroît à la fois la capacité de mémoire et de réflexion ». Cet avantage découlant de l'utilisation de documents n'est pas négligeable pour notre projet compte tenu du fait que l'emprisonnement avec sursis est une peine qui existe depuis 1996. Certains documents juridiques relatifs à cette peine peuvent donc avoir été écrits il y a

plus de dix ans. De plus, cette technique de cueillette des données nous permet de nous pencher sur des documents qui ont été rédigés avec soin, après mûres réflexions (des documents de doctrine ou des décisions des tribunaux, par exemple) et qui peuvent être d'une grande richesse.

Malgré ces avantages indéniables, nous sommes évidemment consciente que la recherche documentaire comporte certaines limites. En effet, l'analyse de documents écrits ne permet pas, si le besoin s'en faisait ressentir, d'obtenir des précisions sur le sens que les auteurs de ces documents ont voulu donner à leurs propos. Le chercheur doit faire preuve de prudence lorsqu'il interprète le(s) message(s) qui se retrouve(nt) dans ces documents, sans oublier de prendre en considération la nature des documents, la structure des textes et les concepts-clés s'y retrouvant (Cellard, 1997). En ce qui nous concerne, cela implique que nous devons demeurer consciente que les documents à l'étude sont de nature juridique, ce qui nous demandera de porter une attention particulière à la façon dont les arguments sont développés et au jargon utilisé, sans quoi les conclusions que nous mettrons de l'avant risqueraient d'être faussées. La question de la crédibilité des textes (authenticité et fiabilité), qui est également un élément à ne pas négliger dans un tel type de recherche (Cellard, 1997 : 281-282), ne cause quant à elle pas de problèmes pour notre projet puisque les documents utilisés sont de sources officielles et publiques, comme nous le constaterons dans la section suivante.

Certains pourraient être portés à critiquer le choix de l'analyse documentaire dans le cadre de cette recherche, en stipulant que des entretiens avec des juges, par exemple, auraient pu être pertinents. Bien que nous soyons d'accord avec cette remarque, nous répondrons, avec Pires (2004), que dans les recherches qui s'intéressent aux systèmes sociaux, les entrevues devraient plutôt être effectuées dans un deuxième temps, après l'analyse de documents, par exemple. En effet, « [i]l vaut mieux partir avec de solides hypothèses théoriques en main, déjà enrichies par des données empiriques d'autres genres, et profiter de ce savoir acquis pour construire des entrevues plus performantes » (Pires, 2004 : 198).

Bien que les entretiens seraient sans aucun doute une façon d’approfondir davantage notre problématique de recherche, nous nous limiterons ici à une analyse documentaire, compte tenu de l’ampleur du travail que représenterait une recherche jumelant ces deux techniques de cueillette de données (analyse documentaire et entretiens) et du temps dont nous disposons pour effectuer cette recherche.

2.3 Identification des matériaux de recherche

Le choix des matériaux de recherche n’est pas une tâche à prendre à la légère. Nous devons sélectionner des documents juridiques portant sur l’emprisonnement avec sursis mais qui seraient aussi susceptibles de nous aider à mieux saisir la « rationalité » propre au SDC, rationalité, on l’a vu, le différenciant des autres systèmes sociaux. Comme le rappelle Pires (2004 : 187) « [d]ans les systèmes complexes, le problème de la localisation [des discours] est non négligeable. [...] En effet, tous les endroits et tous les moments ne sont pas propices pour parler de soi. Le discours identitaire du système ne se produit pas alors dans toutes les opérations du système ni dans tous les lieux ».

Plusieurs options s’offrent alors à nous :

« [e]n ce qui concerne le système pénal, on peut trouver ce discours dans les philosophies de la peine, dans certains ouvrages de doctrine juridico-pénale ou de théorie du droit, dans les discours des commissions juridiques (particulièrement en période de réforme), dans les manuels d’enseignement adressés aux futurs juristes, dans les documents gouvernementaux présentant des énoncés de principes et dans les décisions des cours supérieures de justice. [...] » (Pires, 2004 : 187).

Nous avons, pour notre part, choisi de nous intéresser aux décisions²⁵ de la Cour suprême du Canada (ci-après CSC) et des cours d’appel qui portent sur la détermination de la peine et sur la question de l’emprisonnement avec sursis. Autrement dit, nous avons choisi de sélectionner les pourvois de la CSC dans lesquels le plus haut tribunal du Canada cherche à déterminer si la peine d’emprisonnement avec sursis est appropriée ou,

²⁵ Notons que lorsque nous parlons des « décisions » des cours d’appel et de la CSC, nous faisons ici référence au sens large du terme, c’est-à-dire non seulement aux *verdicts* auxquels les cours en arrivent, mais également aux *motifs* justifiant ces verdicts.

au contraire, si c'est plutôt l'incarcération dans un établissement carcéral qui est la peine adéquate. Nous avons ensuite décidé d'inclure à notre corpus les décisions des cours d'appel directement liées à ces arrêts de la CSC²⁶.

2.4 Identification et localisation des sources de matériaux, conditions d'accès et aspects éthiques de la recherche

Ces décisions, étant du domaine public, sont toutes disponibles sur le Web. Nous avons d'abord utilisé le service de recherche LexisNexis® *Quicklaw*^{MC} pour repérer et avoir accès à nos documents empiriques²⁷.

Nous avons effectué une recherche dans la section intitulée « décisions judiciaires ». Comme nous nous intéressons aux décisions de la CSC discutant de la détermination de la peine liées à l'emprisonnement avec sursis, nous avons choisi de faire une recherche par mots-clés²⁸. Dans la case « Mots ou Expressions », nous avons inscrit « Détermination de la peine **et** emprisonnement avec sursis ». Nous avons ensuite, dans la section « Juridiction », coché la case « Fédéral » (la CSC étant une cour de niveau fédéral) et, finalement, dans la section « Tribunal », nous avons opté, bien évidemment, pour « Cour suprême du Canada ». Nous avons ainsi obtenu 35 résultats²⁹.

Par souci d'exhaustivité, nous avons effectué la même recherche avec un second outil de recherche, soit celui de l'Institut canadien d'information juridique, CanLII³⁰. Dans la section « Collections », nous avons choisi « Fédéral » et dans la section « Cours », nous

²⁶ Nous expliquerons les raisons de ce choix dans la section 2.5 du présent chapitre consacrée à la construction de l'échantillon.

²⁷ <http://www.lexisnexis.com/ca/legal/>

²⁸ Les lectures « exploratoires » que nous avons faites sur notre sujet de recherche nous avaient, entre autres, permis d'apprendre qu'il existait au moins cinq décisions importantes de la CSC quant à l'emprisonnement avec sursis, soit l'arrêt *Proulx* (arrêt de principe sur le sujet) et quatre autres dossiers connexes qui ont été entendus en même temps que *Proulx* par la CSC. Nous avons décidé d'effectuer la recherche par mots-clés, et non par l'intitulé de ces décisions puisque nous souhaitons inclure toutes les décisions de la CSC portant sur le sujet et non pas nous limiter à celles-là.

²⁹ Notons que ce n'était pas 35 décisions différentes, puisque certaines décisions se répétaient.

³⁰ <http://canlii.org/fr/>

avons choisi « Cour suprême du Canada ». Nous avons utilisé les mêmes mots-clés pour effectuer la recherche³¹. Cette recherche a généré 40 résultats.

En ce qui a trait aux décisions des Cours d'appel, la façon d'y accéder fut fort simple : les décisions de la CSC obtenues par LexisNexis® *Quicklaw*^{MC} contenaient, pour la plupart, des liens hypertextes nous donnant directement accès à la décision de la Cour d'appel correspondante. Lorsqu'il n'était pas possible de procéder de la sorte, nous avons simplement effectué une recherche par l'intitulé de la décision de la Cour d'appel.

Enfin, précisons que les décisions de la CSC et des cours d'appel étant de nature publique, il n'existait pas de risque de préjudice pouvant découler de leur utilisation. Il n'était dès lors pas nécessaire pour nous d'effectuer quelque démarche que ce soit auprès du Comité de déontologie.

2.5 Construction de l'échantillon

Tel que mentionné plus haut, nous avons choisi de nous intéresser à des décisions de la CSC et des cours d'appel. En nous inspirant notamment de l'Arrêt *Proulx* (arrêt de principe de l'emprisonnement avec sursis et donc incontournable lorsque l'on s'intéresse à cette peine), nous avons cherché des décisions de la CSC portant sur la *détermination de la peine* et dans lesquelles l'emprisonnement avec sursis était sérieusement considéré comme une peine possiblement adéquate pour le cas donné. Dit autrement, nous voulions mettre la main sur des décisions de la CSC qui portaient sur la question à savoir si les cours d'instances inférieures avaient jugé correctement ou non le choix d'imposer une peine d'emprisonnement avec sursis plutôt qu'une peine de prison, ou l'inverse. Nous étions d'avis que c'est dans ce type de décisions que les cours discuteraient plus longuement de l'emprisonnement avec sursis et qu'elles seraient plus susceptibles de

³¹ Notons que, dans les deux recherches effectuées, l'arrêt *Proulx* et les quatre autres dossiers connexes sont apparus dans les résultats, ce qui nous porte à croire que les mots-clés utilisés étaient adéquats.

nous fournir des « interprétations » de cette peine, des « façons de la concevoir », bref, les discours du SDC à ce sujet³².

Tel qu'indiqué précédemment, les recherches effectuées par mots-clés dans deux sources juridiques électroniques ont généré plusieurs décisions de la CSC. Nous avons, dans un premier temps, « dédoublé » les décisions, c'est-à-dire éliminé les « répétitions » des décisions. Dans un deuxième temps, nous avons lu les introductions de chacun des arrêts afin de voir si la question en litige coïncidait avec ce que nous recherchions et nous avons éliminé ceux qui ne correspondaient pas à nos critères.

Cette méthode nous a menée à la sélection de neuf arrêts de la CSC. Ensuite, nous avons recherché les décisions des cours d'appel étant directement liées à ces arrêts. Nous en sommes donc arrivées à un total de dix-huit décisions (neuf de la CSC et neuf des cours d'appel). Ces décisions peuvent, bien entendu, être « classées » dans un ordre chronologique selon les dates auxquelles elles ont été rendues. Toutefois, nous pensons qu'il est plus intéressant de penser « l'ordre » de ces décisions en trois « temps », si l'on considère que l'arrêt *Proulx* constitue un point « tournant » dans la jurisprudence canadienne sur l'emprisonnement avec sursis. Nous pouvons alors identifier (1) les décisions précédant *Proulx* (totalisant sept décisions de cours d'appel); (2) l'arrêt *Proulx*, arrêt de principe de la CSC pour l'emprisonnement avec sursis et (3) les décisions *post-Proulx* (deux décisions de cours d'appel et huit décisions de la CSC totalisant dix décisions). L'annexe 1 présente les décisions retenues, ainsi que leurs références respectives. Notons rapidement que les décisions des cours d'appel sélectionnées n'étant pas traduites, nous les avons utilisées dans leur langue d'origine, soit en anglais. Pour ce qui est des décisions de la CSC, elles sont toutes traduites dans les deux langues officielles. Nous avons donc utilisé la version en français pour notre analyse.

³² Par « interprétations », « façons de concevoir », « discours » du système, nous voulons dire les réponses qui seront données par le SDC à des questions telles que « Qu'est-ce que la peine d'emprisonnement avec sursis ? », « Dans quels cas cette peine est-elle appropriée ? », « À quel(s) genre(s) de contrevenants s'adresse cette peine ? », « Comment interpréter les critères d'octroi de cette peine ? », etc.

Deux principales raisons ont motivé notre choix d'inclure également les décisions des cours d'appel, l'une étant d'ordre « technique » et la seconde étant plutôt liée à notre objet de recherche. Premièrement, nous avons remarqué que chaque jugement de la CSC comprend un « résumé des procédures judiciaires » et fournit un rappel de la décision rendue par la Cour d'appel (et du tribunal de première instance) ainsi que des motifs justifiant la décision. Nous avons toutefois cru important d'analyser nous-mêmes les décisions des cours d'appel afin de ne pas « prendre pour acquis » les résumés faits par le plus haut tribunal du pays³³. La seconde raison, plus fondamentale, est que nous croyons que les décisions des cours d'appel peuvent possiblement nous fournir des éléments différents, des interprétations s'éloignant de celles retenues par la CSC. En effet, notre système juridique étant jurisprudentiel, il ne serait pas étonnant de remarquer que les décisions post-*Proulx* s'appuient grandement sur cet arrêt afin de motiver leur décision. Bien que des différences d'interprétation ou d'application ne soient pas totalement impossibles, nous croyons que les décisions des Cours d'appel *précédant* l'arrêt *Proulx* pourront possiblement nous fournir d'autres façons de concevoir cette nouvelle peine. Il sera alors d'autant plus intéressant de voir lesquelles auront été sélectionnées par la CSC.

C'est pour une raison similaire que nous n'avons pas exclu de notre analyse les motifs fournis par les juges dissidents. Nous avons déjà indiqué que le SDC est un système social, ayant une structure cognitive et normative formant son « identité ». Or, les communications permettent, à un observateur externe, d'observer cet autoportrait du système. S'appuyant sur Luhmann³⁴, Pires (2002) et Cauchie (2009) nous rappellent que

³³ Notons que nous avons également considéré la possibilité d'utiliser les décisions de première instance pour cette même raison. Par contre, nous avons choisi de ne pas le faire, notamment pour des raisons que Roberts et LaPrairie (2000 : 1) exposent dans leur recherche portant sur l'opinion des juges sur l'emprisonnement avec sursis : (1) ces décisions sont difficiles d'accès car elles sont très peu publiées dans des recueils ou accessibles par les services d'information juridique; (2) il est possible de croire que les décisions qui sont publiées contiennent un aspect particulier et peuvent donc être une plus ou moins bonne illustration de la majorité des peines d'emprisonnement avec sursis prononcées; (3) le peu de temps dont disposent les juges de première instance fait en sorte que les décisions sont peu détaillées. Enfin, ajoutons à ces raisons que, dans quelques-uns des dossiers retenus, les décisions de la Cour de première instance ont été rendues *avant* que l'emprisonnement avec sursis ne soit entré en vigueur et auraient donc été d'une pertinence limitée pour nous.

³⁴ Voir notamment Luhmann, N. (1989), « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 11-12, pp. 53-66.

« la communication est l'opération typique d'un système social (Pires, 2002) [...] Ce sont aussi les communications qui permettent aux systèmes de se différencier soit les uns des autres, soit de leur environnement [...] Le système social (système juridique, système scientifique, système politique) ne définit pas une aire; il identifie plutôt une communication comme étant ou non *sa* communication » (Cauchie, 2009 : 288, nos italiques).

En ce sens, le choix de ne pas exclure les motifs des juges dissidents de notre analyse est cohérent. Bien que leur opinion ne soit pas celle qui ait été retenue par la majorité, elle demeure tout de même des communications juridiques, celles-ci n'étant pas attribuables à des *individus* (*Ibid*). La possibilité que ces communications soient reprises dans un avenir plus ou moins rapproché n'est également pas totalement invraisemblable. Bien évidemment, nous accorderons une plus grande importance aux décisions majoritaires et à celles de la CSC puisque, pour l'instant, ce sont elles qui constituent les communications « officielles » du système.

Selon les différentes catégorisations d'échantillon indiquées par Pires (1997b), les documents retenus et constituant notre corpus (échantillon) est un « échantillonnage par cas unique de micro-unités sociales ». Comme le note l'auteur, « [d]ans une étude de cas, on ne s'intéresse pas seulement aux spécificités du cas en question (bien qu'elles puissent être valorisées et importantes), mais à sa capacité de servir de voie d'accès à d'autres phénomènes ou à d'autres aspects de la réalité (Pires, 1997b : 43). L'utilisation de l'emprisonnement avec sursis dans le cadre de notre projet de recherche est en fait un « prétexte » afin de mieux comprendre les communications juridiques portant sur les peines non carcérales en général. Nous sommes consciente qu'il est possible que certains éléments de ces communications soient spécifiques à l'emprisonnement avec sursis, mais nous espérons tout de même pouvoir étendre nos constats à d'autres peines intermédiaires.

En ce qui a trait au type d'échantillon plus particulier que forment les décisions des tribunaux retenues pour notre corpus, nous pouvons dire qu'elles se rapprochent de ce que Pires (1997b) a appelé « échantillon événementiel ou d'intrigue ». Ce type d'échantillon a de manière générale pour point d'ancrage un événement relativement

rare, quoiqu'il puisse aussi être composé d'événements plus « ordinaires » (Pires, 1997b : 38). Selon l'auteur, un événement se rapporte davantage aux faits institutionnels « qui se [produisent] avec le concours des *institutions* ou de la culture et qui, pour cette raison, nous permet[tent] de *saisir ces dernières en action* » (*Ibid*, nos italiques). Nous croyons que notre échantillon s'insère dans cette catégorie puisque nous nous intéressons à ce que nous pourrions appeler un « événement particulier » (les cours d'appel, et principalement la CSC, qui se prononcent sur l'emprisonnement avec sursis). Il y a relativement peu de cas portant sur la détermination de la peine et sur l'emprisonnement avec sursis qui ont gravi les échelons jusqu'au tribunal de dernière instance, ce qui en fait un événement plutôt rare en termes de fréquence. D'ailleurs, on peut lire dans l'arrêt *Proulx* que « [c]onformément à une pratique établie et à une politique judiciaire, notre Cour entend rarement des pourvois visant la peine infligée par un tribunal [...] Toutefois, nous avons décidé de le faire dans le présent cas et dans quatre dossiers connexes parce que ces affaires donnent à la Cour l'occasion d'exposer les principes qui régissent le nouveau régime de condamnation à l'emprisonnement avec sursis³⁵ ».

Bien que ce type d'échantillon fasse partie de la famille de l'échantillonnage par cas unique pour lesquels l'analyse permet habituellement d'étudier *l'ensemble* de l'univers de travail (population), la situation est quelque peu plus complexe dans le cas de notre recherche. En effet, nous sommes bien consciente que les décisions des tribunaux retenues pour notre corpus ne représentent pas la *totalité* des communications juridiques sur l'emprisonnement avec sursis. En effet, d'autres types de documents peuvent entrer en ligne de compte, tels que des documents de doctrine, par exemple. De plus, en ce qui concerne les documents des cours d'appel, nous utilisons uniquement les décisions liées aux décisions de la CSC alors que, bien entendu, de nombreuses autres décisions sur l'emprisonnement avec sursis ont été rendues par ces cours, sans que les cas ne se rendent jusqu'au plus haut tribunal du pays. Par contre, cette difficulté de concevoir que nous étudions la totalité des documents composant l'univers de travail est compréhensible dans le cas d'échantillons événementiels (Pires, 1997b : 39). En ce qui a trait à notre projet, puisque l'événement (ou l'intrigue) n'a de sens que dans le cadre de

³⁵ R. c. *Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 2.

l'institution, les choses sont d'une part « plus simple[s] parce que l'institution rend visible ou accessible l'intrigue en faisant une première pré-construction de celle-ci » (Pires, 1997b : 40). D'autre part, cela amène une certaine complexité puisque nous devons garder à l'esprit que l'intrigue est découpée par l'institution et par le fait même transformée par celle-ci (*Ibid*). Notons, à titre d'exemple, que c'est la CSC qui a *choisi* d'entendre et de se prononcer sur ces dossiers particuliers; elle aurait très bien pu en retenir d'autres et les réelles raisons de ces choix ne nous sont pas accessibles. Nous devons donc toujours garder en tête que les discours des tribunaux sur l'emprisonnement avec sursis n'ont de sens que dans ce cadre institutionnel, ce qui implique nécessairement une certaine interprétation, une certaine construction de la « réalité ». C'est d'ailleurs cette construction, ces interprétations institutionnelles de l'emprisonnement avec sursis que nous cherchons à analyser.

Enfin, notons qu'il serait faux de croire que tout ce qui est écrit dans les documents à l'étude est pertinent pour nos propos. Faire de la recherche exige un certain découpage de l'information par le chercheur. Ce n'est donc pas tant l'ensemble des documents qui seront analysés, mais bien des énoncés que nous sélectionnerons avec toute la rigueur scientifique que cela exige. Nous avons procédé d'une façon bien précise pour sélectionner nos énoncés.

Tout d'abord, en ce qui concerne les énoncés liés à l'environnement du droit criminel, nous avons sélectionné ceux qui se rapportaient à trois thèmes que nous avons préalablement déterminés. Ces thèmes ont été choisis en fonction de nos lectures portant sur le sujet et de l'élaboration du chapitre I. Nous avons choisi comme thèmes des éléments, des concepts, des idées qui semblaient importants et qui étaient récurrents dans les écrits portant sur les transformations dans le champ du gouvernement des conduites, et plus spécifiquement dans le contrôle des conduites et des individus criminels. Plus précisément, nous avons choisi de nous attarder sur trois thèmes :

- (1) La gestion des risques : nous avons bien démontré l'importance de cette question dans les pratiques et stratégies de contrôle de la criminalité. Nous avons cru

pertinent de repérer les énoncés liés à ce thème. Par exemple, nous avons sélectionné tout ce qui se rapportait à la notion de risques, à la protection de la société, à la neutralisation ou à l'isolement des individus; les définitions données par les cours de ces termes et les liens entre l'emprisonnement avec sursis et ces concepts; le rôle de l'emprisonnement avec sursis dans ces questions, etc.;

- (2) La communauté : le premier chapitre permet de constater que le concept de communauté change avec les transformations que l'on constate dans la gestion du crime : il semble y avoir un nouvel intérêt pour le concept de communauté. Elle est « redéfinie », « reconceptualisée ». Elle se voit accorder de nouveaux « rôles », dont celui de participer à la « gestion des risques » liés à la criminalité, etc. L'emprisonnement avec sursis étant une peine qui se purge au sein de la communauté, nous avons cru pertinent d'y porter une attention particulière. Nous avons sélectionné des énoncés qui se rapportaient à la définition proposée par le système de ce concept; à ce qui était dit sur l'entourage de l'individu contrevenant (famille, collègues, voisins, etc.); à tout ce qui touchait au public, à la population, à la collectivité, etc.; au(x) rôle(s) de ces différents acteurs et de la communauté et finalement à la place de l'emprisonnement avec sursis dans tout cela;
- (3) L'individu contrevenant : nous avons également vu que non seulement le concept de communauté se transforme, mais que la conception de l'individu « bouge » elle aussi : on lui demande d'être de plus en plus « actif » dans la gestion des risques, d'être de plus en plus « prudent » pour assurer sa sécurité et celle de ses proches, bref, d'être plus responsable. Nous avons observé et sélectionné, dans nos documents empiriques, tout ce qui rapportait aux individus contrevenants : histoire de vie, antécédents judiciaires, âge, rôle dans le crime, attitude pendant les procédures judiciaires et après la condamnation, éléments présents dans les rapports présentenciels et évaluations psychiatriques, etc. De plus, nous avons tenté de repérer si les éléments retenus par les cours différaient pour les « sursitaires » et pour les « prisonniers ».

Précisons que nous sommes consciente que le néo-libéralisme et la nouvelle pénologie touchent davantage, du moins en premier lieu, à la question de l'exécution des peines qu'à celle de la détermination de la peine. Ajoutons que s'il est entendu que le droit criminel a depuis longtemps intégré des concepts comme ceux de « protection de la société », de « communauté » ou encore de « responsabilité individuelle et moralisante », il n'en demeure pas moins qu'ils connaissent aujourd'hui un nouvel essor et rencontrent de nouvelles définitions à travers une alliance surprenante entre néo-conservatisme et néo-libéralisme. À ce titre, on peut se demander s'ils ne viennent pas bousculer le langage du droit criminel et la philosophie qui le soutient. C'est pourquoi nous nous sommes intéressée à ces thèmes particuliers, mais que par mesure de prudence, nous avons choisi de les relier à l'environnement du droit plutôt qu'au droit criminel lui-même.

En ce qui a trait aux énoncés relatifs au SDC lui-même, nous nous sommes grandement inspirée de ce que Pires (2004) suggère comme des énoncés importants à sélectionner lorsque l'on s'intéresse à des systèmes sociaux et à leur « identité » :

« [o]n doit porter une attention particulière à (a) ceux indiquant les fonctions, les finalités, les principes directeurs ou les images chères au système ; (b) ceux affirmant la manière par laquelle on conçoit l'autonomie ou les différences du système vis-à-vis d'autres ; (c) ceux portant sur les *moyens* à valoriser, ou au contraire, à exclure ou à dévaloriser ; (d) ceux portant sur les 'idéaux moraux' ou sur une vision de l'avenir » (Pires, 2004 : 189-190).

Nous avons choisi de nous concentrer plus particulièrement sur les trois premiers critères.

- (a) Fonctions, finalités, principes directeurs : comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, les théories de la peine sont à la base de la rationalité pénale du SDC. Nous avons sélectionné tous les énoncés mentionnant des éléments de chacune de ces théories (dissuasion, dénonciation, rétribution, réhabilitation). Le *Code criminel* énumère aussi certains objectifs et principes de la peine. Nous nous

sommes donc également inspirée de ceux-ci pour la sélection des énoncés. Cela explique notamment que même si, dans la théorie de la RPM, la théorie de la réhabilitation réfère à la réhabilitation par l'emprisonnement, nous avons également porté attention à la réhabilitation qui ne passerait pas nécessairement par l'exclusion des individus, puisque la réinsertion sociale est l'un des objectifs de la peine présent dans le *Code* (sans spécification quant au lieu où doit se réaliser cette réhabilitation). Nous avons également repéré les énoncés portant aux objectifs du *Code* qui ne sont pas en lien avec les théories modernes de la peine, comme la réparation des torts causés, la prise de conscience de leurs responsabilités par les contrevenants, etc. Le but premier était de nous laisser la chance d'observer de possibles innovations, de voir des façons de valoriser (ou de discréditer) l'emprisonnement avec sursis qui ne sont pas *a priori* liées à la RPM. En ce qui a trait aux principes de détermination de la peine, nous nous sommes intéressée plus particulièrement au principe fondamental, selon le *Code*, de « proportionnalité », qui peut être, on l'a vu, actualisé par plusieurs théories de la peine.

- (b) Autonomie du système : nous avons repéré, dans nos documents, quelques indications relatives à l'autonomie du système juridique par rapport, principalement, au système politique. Bien que peu visible dans nos documents, nous avons tout de même fait l'effort de sélectionner les énoncés qui portaient sur le « rôle » du SDC par rapport à celui du système politique, et à la perception du système juridique de son autonomie (ou non autonomie ?) par rapport au premier. Nous reviendrons, dans le chapitre analyse, que très brièvement sur cet aspect. Nous le pointerons simplement pour faire une brève remarque qui nous paraissait intéressante;
- (c) Les moyens à valoriser ou à exclure : nous avons dû adapter ce dernier thème pour les fins de notre projet de recherche. En effet, dans nos documents empiriques, les discussions sur les peines portaient presque exclusivement sur l'emprisonnement avec sursis et sur la prison. Ces deux peines faisant partie des moyens du SDC, aucune d'elle n'était considérée comme à exclure *totalemment* (comme, par exemple, ce serait le cas pour le dédommagement ou les peines

alternatives si l'on se fie à la théorie de la RPM). Nous avons fait la sélection des énoncés qui se rapportaient, par exemple, aux circonstances nécessitant l'exclusion de la peine d'emprisonnement avec sursis comme peine acceptable, aux caractéristiques de cette peine qui étaient valorisées ou discréditées, au nom de quoi cette peine était valorisée ou considérée à exclure, etc. Nous avons fait de même pour les énoncés qui portaient sur la peine de prison.

Enfin, notons que nous avons également laissé nos documents nous « parler » et que nous sommes demeurée ouverte à la possibilité de trouver des thèmes pertinents dans nos documents que nous n'avions pas préalablement définis. Nous avons, à cet effet, remarqué qu'un « débat » particulier se retrouvait dans plusieurs décisions des cours d'appel, un débat que l'arrêt *Proulx* est d'ailleurs venu trancher et que nous avons décidé d'inclure dans nos thèmes. Ce thème inductif porte principalement sur les critères d'octroi de l'emprisonnement avec sursis. Plus précisément, il soulève la question de savoir quel critère d'octroi devrait être « décisif » ou peser davantage dans la balance lorsque vient le temps de déterminer si l'emprisonnement avec sursis est une peine appropriée dans les circonstances. Le débat porte sur deux des quatre critères d'octroi de l'emprisonnement avec sursis, soit le troisième critère (le contrevenant ne doit pas représenter un danger pour la sécurité de la collectivité pour être condamné à cette peine) et le quatrième critère (cette peine doit être conforme aux objectifs et principes de la détermination de la peine). Nous avons décidé de considérer ce débat qui nous semblait particulièrement intéressant puisqu'il se rapporte aux deux discours qui nous intéressent dans le cadre de ce projet, soit le discours de l'environnement du droit criminel (gestion des risques, protection de la collectivité, etc.) et celui du droit lui-même (théories, objectifs, principes de la peine).

2.6 Les différents « cas » constituant le corpus empirique

Pour conclure ce chapitre méthodologique, nous nous contentons d'insérer un tableau résumant les dossiers qui font partie de notre corpus empirique. Pour ce faire, nous nous sommes grandement inspirée des résumés fournis dans les arrêts de la CSC. Pour chacun des dossiers, nous débutons par décrire, en quelques lignes seulement, les accusations portées contre la personne ainsi que quelques détails concernant les gestes posés. Nous indiquons ensuite la peine imposée par le tribunal du procès, pour enfin noter les décisions (verdicts) respectives de la Cour d'appel et de la CSC. Pour ces dernières, nous prenons soins de mentionner si la décision a été rendue de façon majoritaire ou unanime.

Tableau 2.1 Résumé des dossiers constituant le corpus empirique

Intitulé	Description du cas
<p>R. c. Bunn (P)-S-S¹</p>	<p>Des avocats soviétiques avaient retenu les services de l'accusé, un avocat, afin qu'il recouvre et remette des héritages (des sommes d'argent) provenant de la succession de six défunts résidents du Manitoba et de la Saskatchewan. L'accusé a détourné, de son compte en fidéicommiss à son compte général, une partie des fonds en fiducie qu'il avait reçus pour chacun des bénéficiaires. Lorsqu'elle a découvert les détournements, la Société du Barreau a d'abord suspendu le droit d'exercice de l'accusé, puis elle l'a radié de ses rangs. L'accusé a été déclaré coupable de six accusations d'abus de confiance et a été condamné à deux ans d'incarcération (notons que l'emprisonnement avec sursis n'était alors pas en vigueur). La Cour d'appel a, à l'unanimité, réduit la peine d'une journée et a ainsi pu prononcer une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour. La Cour suprême a, à la majorité, rejeté le pourvoi et confirmé l'emprisonnement avec sursis.</p>
<p>R. c. L.F.W. (S)-S-S</p>	<p>L'accusé a été déclaré coupable d'un chef d'attentat à la pudeur et d'un chef de grossière indécence. Il y a eu 10 à 12 événements comportant des actes de masturbation et de fellation forcées qui se sont échelonnés de 1967 à 1973. Lorsqu'ils ont commencé, la victime avait 6 ans et l'accusé en avait 22, et lorsqu'ils ont cessé elle avait 12 ans et lui 28 ans. L'intimé avait averti la plaignante de n'en rien dire à personne, surtout pas à ses parents. Il lui avait dit qu'il possédait une arme à feu, l'amenant à croire que sa famille serait en danger si elle parlait à quiconque de ce qui se passait. Le juge du procès a condamné l'accusé à 21 mois d'emprisonnement avec sursis. La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité. La Cour suprême a, également à la majorité, rejeté le pourvoi.</p>
<p>R. c. Proulx (P)-S-P</p>	<p>L'accusé a plaidé coupable à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort ainsi qu'à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Le conducteur de ce second véhicule a été grièvement blessé, et l'une des personnes à bord de la voiture de l'accusé a perdu la vie. Quant à l'accusé, il est demeuré pendant un certain temps dans le coma puis il s'est finalement rétabli. Il a été condamné à une peine d'incarcération de 18 mois et d'une interdiction de conduire un véhicule pour une période de cinq ans. La Cour d'appel a, à l'unanimité, modifié la peine de 18 mois d'incarcération en une peine de 18 mois à purger dans la collectivité. La Cour suprême a, quant à elle, donné raison au juge de première instance en rétablissant la peine de 18 mois d'incarcération, et ce, à l'unanimité.</p>

¹ (P)-S-S signifie qu'une peine de prison a été prononcée par la Cour de première instance et une peine d'emprisonnement avec sursis par la Cour d'appel et par la CSC. Les décisions de première instance sont mises entre parenthèses puisqu'elles ne font pas partie de notre corpus empirique.

Intitulé	Description du cas
<p>R. c. R.N.S</p> <p>(P) S-P</p>	<p>L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels sur sa petite-fille par remariage. Il y a eu deux ou trois événements survenus sur une période de près de quatre ans. Lorsque les infractions ont commencé, la victime avait 5 ans et l'accusé en avait 46, et lorsqu'elles ont cessé la victime avait 8 ans et l'accusé 50 ans. L'intimé a caressé le vagin de la plaignante à plusieurs occasions, sans toutefois qu'il y ait pénétration. L'intimé a offert 5 \$ ou une autre somme à la plaignante pour qu'elle touche son pénis, offre qu'elle a acceptée et l'intimé lui a remis la somme. Le juge du procès a condamné l'accusé à neuf mois d'incarcération suivi d'une probation de deux ans (notons que l'emprisonnement avec sursis n'était pas en vigueur). La Cour d'appel a, à l'unanimité², modifié la peine en un emprisonnement avec sursis de neuf mois et a maintenu la probation. La Cour suprême a, à l'unanimité, rétabli la peine d'incarcération de neuf mois infligée par le juge du procès et a également maintenu l'ordonnance de probation.</p>
<p>R. c. RAR</p> <p>(P)-S-P+S³</p>	<p>L'accusé a été déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait contre une ancienne employée. L'accusé a glissé ses mains dans le pantalon de son employée et a tiré les poils de son pubis pour ensuite lui introduire un doigt dans le vagin. Lors du deuxième événement, l'individu a fait trébucher la plaignante puis a introduit un doigt dans chacune de ses narines et a tiré si fort qu'il l'a fait saigner. Enfin, l'accusé a saisi la plaignante par derrière par les poignets, puis a dit à ses deux fils et à un ami de la prendre par les pieds et ils l'ont transportée dans la maison. Pendant l'événement, l'accusé a dit à la plaignante qu'elle était grosse et il a ri. Il a été condamné à un an d'incarcération et trois années de probation sous surveillance pour le chef d'agression sexuelle, et au paiement d'amendes pour les deux chefs de voies de fait (notons que l'emprisonnement avec sursis n'était pas en vigueur). La Cour d'appel a modifié la peine en un emprisonnement avec sursis de neuf mois (six mois pour l'agression sexuelle, deux mois pour le premier chef de voies de fait et un mois pour le second, à purger concurremment) et a imposé 100 heures de travaux communautaires comme condition de l'ordonnance de sursis. La Cour suprême a, à la majorité, rétabli la peine d'un an d'incarcération pour l'agression sexuelle, mais a maintenu les trois mois d'emprisonnement avec sursis prononcés par la Cour d'appel pour les voies de fait simples et a maintenu la période de probation de trois ans imposée par le juge du procès pour l'agression sexuelle.</p>

2 Trois juges sont en désaccords avec un paragraphe du jugement, dans lequel les juges majoritaires font le lien avec une autre décision, dans laquelle ces trois juges étaient dissidents. Par contre, mis à part cet élément, ces trois juges sont d'accord avec la décision rendue par la CSC.

3 P+S indique la prison pour le chef d'agression sexuelle et l'emprisonnement avec sursis pour les voies de fait.

Intitulé	Description du cas
<p>R. c. Wu (S)-S-A+P⁴</p>	<p>Le présent cas porte soulève la question de la validité de l'imposition d'une peine d'emprisonnement avec sursis en cas de non-paiement d'amende, lorsque aucun délai n'est accordé pour l'acquittement de l'amende. L'accusé a été déclaré coupable d'avoir eu en sa possession 300 cartouches de cigarettes de contrebande. Le sous-al. 240(1.1)a(i) de la <i>Loi sur l'accise</i> prévoyait une amende d'au moins 0,16 \$ par cigarette, pour un total de 9 600 \$. L'accusé a donc été condamné à payer une amende de 9 600 \$, ne s'est vu accorder aucun délai de paiement (puisque le juge estimait qu'il ne pouvait pas, et ne pourrait pas payer cette amende dans un avenir prévisible) et, en défaut de paiement, a été condamné immédiatement à une peine d'emprisonnement avec sursis de 75 jours. La Cour d'appel a, à la majorité, confirmé la sentence d'emprisonnement avec sursis. La Cour suprême a, à la majorité, jugé que la peine d'emprisonnement avec sursis devait être annulée. Le juge du procès aurait dû, selon les juges majoritaires de la Cour suprême, condamner l'individu à l'amende en lui laissant un délai raisonnable pour l'acquitter, et ordonner un emprisonnement de 30 jours en cas de défaut.</p>
<p>R. c. Fice (S)-S-P</p>	<p>Le cas soulève la question de savoir si le temps passé en détention présentencielle peut influencer sur la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis. L'accusée a plaidé coupable à des accusations de voies de fait graves, de fraude, d'usurpation d'identité, de contrefaçon et de manquement à un engagement. Au moment du prononcé de la peine, elle avait passé environ 16 mois en détention présentencielle et six mois en détention à domicile. Le juge chargé de déterminer la peine a estimé que la détention présentencielle de l'accusée équivalait à presque trois ans d'incarcération et a conclu qu'elle devait purger 14 mois de plus au sein de la collectivité moyennant l'observation de certaines conditions. La Cour d'appel a confirmé la peine à l'unanimité. La Cour suprême a conclu, à la majorité, qu'une peine d'incarcération réduite, afin de tenir compte de la période passée sous garde, aurait dû être infligée. N'eut été de la période de détention présentencielle, une peine d'emprisonnement dans un pénitencier aurait été appropriée et l'accusée n'était donc pas admissible à l'emprisonnement avec sursis.</p>
<p>R. c. Wells (P)-P-P⁵</p>	<p>L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle. Il participait à une fête au domicile de la victime, une jeune femme autochtone de 18 ans. La victime a été agressée dans sa propre chambre à coucher, pendant qu'elle était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration. Il n'y avait aucune preuve que l'acte avait été commis avec préméditation ou de propos délibéré, ou accompagné de violence gratuite. Le juge qui a déterminé la peine a prononcé une peine d'incarcération de 20 mois. La Cour d'appel et la Cour suprême ont, à l'unanimité, rejeté l'appel et confirmé la peine prononcée par le juge du procès.</p>

4 A+P indique l'amende et l'incarcération à défaut de payer l'amende.

5 Notons que bien que les cours de chacune des trois instances concluent que l'incarcération est la peine adéquate, nous avons tout de même inclus cette décision dans notre corpus puisqu'elle discute sérieusement de la possibilité d'octroyer une peine d'emprisonnement avec sursis.

Intitulé	Description du cas
<p data-bbox="231 246 437 278"><i>R. c. Knoblauch</i></p> <p data-bbox="284 314 384 346">(S)-P-S</p>	<p data-bbox="459 246 1388 981">Le cas soulève la question de savoir si l'obligation de demeurer dans une unité sécuritaire d'un hôpital psychiatrique peut être une condition imposée dans le cadre d'une ordonnance de sursis. L'accusé a une longue histoire de maladie mentale et de manipulation dangereuse d'explosifs et une longue histoire en matière de traitements. En 1998, l'accusé a plaidé coupable à l'infraction d'avoir eu en sa possession une substance explosive et à celle d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Les policiers ont trouvé dans le véhicule et l'appartement de l'accusé un arsenal capable d'entraîner des dommages matériels considérables et de tuer ou blesser gravement les personnes qui se trouveraient dans le secteur. Le juge du procès a condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour suivie de trois ans de probation. Conformément aux conditions assortissant tant la peine que l'ordonnance de probation, l'accusé était tenu de demeurer dans l'unité de soins psychiatriques de l'hôpital où il était déjà traité, jusqu'à ce que des psychiatres décident de le transférer hors de cette unité sécuritaire. La Cour d'appel a, à l'unanimité, annulé la peine d'emprisonnement avec sursis et lui a substitué une période d'incarcération de deux ans moins un jour, suivie d'une période de probation de trois ans assortie essentiellement des mêmes conditions que celles imposées par le juge du procès. La Cour suprême a, à la majorité, confirmé la peine d'emprisonnement avec sursis du juge de première instance.</p>

CHAPITRE III PRÉSENTATION DES DONNÉES ET ANALYSE

Remarques introductives

Bien que, comme nous l'avons expliqué dans le chapitre précédent, les décisions de notre corpus puissent être classées dans un ordre chronologique, nous ne suivrons pas nécessairement cet ordre pour la présentation de nos données, à moins que la situation ne l'exige, c'est-à-dire lorsque l'arrêt *Proulx* vient soit renforcer une idée présente dans les décisions des cours d'appel le précédant ou encore qu'il agisse comme point de rupture par rapport à ces décisions. Dans ces cas précis, nous présentons d'abord les énoncés retenus au sein des décisions des cours d'appel précédant l'arrêt *Proulx* pour ensuite présenter les énoncés provenant de l'arrêt *Proulx* et nous terminons par les décisions des cours d'appel et des arrêts de la CSC post-*Proulx*. En ce qui a trait aux dissidences, nous nous y intéressons principalement lorsque cela est pertinent, c'est-à-dire lorsque les propos des juges dissidents contiennent une idée, un argumentaire réellement différents par rapport à la décision des juges majoritaires. Le tableau 3.1 qui suit présente principalement les décisions rendues par les différentes cours pour chacun des dossiers constituant notre corpus empirique.

Tableau 3.1 Décisions rendues par chaque instance pour chacun des dossiers du corpus

Décisions rendues par les trois instances	Dossiers Cour d'appel	Dissidence ?	Dossiers Cour suprême	Dissidence ?
POURQUOI LE SURSIS¹ ? (P)-S-S (S)-S-S	-R. c. <i>Bunn</i> 1997	Non	-R. c. <i>Bunn</i> 2000	Oui (PSP)
	-R. c. <i>L.F.W.</i> 1997	Oui (SPS)	-R. c. <i>L.F.W.</i> 2000	Oui (SSP)
POURQUOI PAS LE SURSIS ? (P)-S-P (S)-S-P	-R. c. <i>Proulx</i> 1997	Non	-R. c. <i>Proulx</i> 2000	Non
	-R. c. <i>R.N.S.</i> 1997	Non	-R. c. <i>R.N.S.</i> 2000	Non
	-R. c. <i>R.A.R.</i> 1997	Non	-R. c. <i>R.A.R.</i> 2000 ²	Oui (PSS)
	-R. c. <i>Wu</i> 2001	Oui (SPS)	-R. c. <i>Wu</i> 2003 ³	Oui (SSS)
	-R. c. <i>Fice</i> 2003	Non	-R. c. <i>Fice</i> 2005	Oui (SSS)
POURQUOI LA PRISON ? (P)-P-P	-R. c. <i>Wells</i> 1998	Non	-R. c. <i>Wells</i> 2000	Non
POURQUOI PAS LA PRISON ? (S)-P-S	-R. c. <i>Knoblauch</i> 1999	Non	-R. c. <i>Knoblauch</i> 2000	Oui (SPP)

1 Les formulations « Pourquoi le sursis ? », « Pourquoi pas le sursis ? », etc. renvoient à la décision de la CSC par rapport à la décision de la CA.

2 La décision de la CSC comprend la prison pour l'agression sexuelle, l'emprisonnement avec sursis pour les deux chefs de voies de fait. L'agression sexuelle étant l'accusation dont les juges de la CSC discutent davantage explique pourquoi nous avons choisi de mettre cette décision dans la section « Pourquoi pas le sursis ? » plutôt que « Pourquoi le sursis ? »

3 La décision des juges majoritaires de la CSC est en fait l'amende et l'incarcération en cas de non paiement. La Cour d'appel avait prononcé une peine d'emprisonnement avec sursis et c'est pourquoi nous avons inséré la décision de la CSC dans la catégorie « Pourquoi pas le sursis ? »

Ce tableau permet de remarquer, en un coup d'œil, différents éléments. D'abord, il nous permet de voir que les cours d'appel ont prononcé (majoritairement ou unanimement) sept peines d'emprisonnement avec sursis et trois peines de prison, alors que la CSC a, quant à elle, conclu que l'emprisonnement avec sursis était adéquat dans trois cas et que la prison était la peine appropriée pour sept des dossiers à l'étude, et ce, toujours

majoritairement ou unanimement. Ce tableau nous permet également de remarquer que plusieurs des décisions à l'étude contiennent des dissidences. En ce qui a trait aux cours d'appel, deux décisions n'ont pas été rendues à l'unanimité alors que ce nombre augmente à six en ce qui a trait à la CSC. Notons que, dans ces cas, nous avons pris soin d'indiquer la peine qu'aurait prononcée le(s) juge(s) dissident(s). Ce tableau sert à connaître « l'aboutissement » de chacun des dossiers, et ce, pour chacune des instances. Nous invitons le lecteur à se référer à ce tableau en cas de besoin tout au long de la lecture de ce chapitre d'analyse.

Le présent chapitre sera réservé à la présentation et à l'analyse des éléments de notre corpus empirique liés aux thèmes préalablement définis et correspondants à l'aspect « juridique » de l'emprisonnement avec sursis (liés à la RPM) et ceux correspondants à l'environnement du droit (liés au management pénal et à la surveillance d'une part, au néo-libéralisme et au néo-conservatisme d'autre part). En ce qui concerne le SDC et sa rationalité dominante, nous présenterons en premier lieu les énoncés liés aux *objectifs* du système. Nous débuterons par présenter les énoncés se rapportant aux objectifs punitifs et au principe de proportionnalité et nous poursuivrons, en deuxième lieu, avec les objectifs correctifs. La présentation de ces derniers se fera en deux temps; nous nous concentrerons d'abord sur l'objectif de réhabilitation pour ensuite poursuivre avec les objectifs correctifs « étrangers » à la RPM, soit la prise de conscience, par les contrevenants, de leurs responsabilités ainsi que la reconnaissance et la réparation, par ceux-ci, des torts causés à la victime ou à la collectivité. Cela nous permettra d'observer que des éléments des théories modernes de la peine sont, tel qu'anticipé, mobilisés par les cours dans leurs jugements. Ces théories (ou du moins des éléments de ces théories) sont utilisées pour *justifier* la peine qui est considérée adéquate dans les circonstances particulières de chacun des cas. Ces justifications nous informeront donc sur la vision du SDC en ce qui a trait à la *capacité* (ou à *l'incapacité*) de l'emprisonnement avec sursis et, parallèlement, de la prison, à atteindre ces objectifs punitifs et correctifs. Cette présentation nous permettra d'aborder, en cours de route, les deux autres thèmes liés à l'aspect juridique. Nous dirons effectivement quelques mots sur *l'autonomie du système juridique* (par rapport à d'autres systèmes) et sur les *moyens à valoriser et à*

exclure (plus précisément sur ce qui participe à la valorisation et/ou au discrédit de l'emprisonnement avec sursis et de la prison).

En ce qui concerne l'environnement du droit criminel, nous chercherons principalement à voir si les thèmes identifiés qui y sont liés (la gestion des risques, la communauté et la figure du sursitaire) se retrouvent dans les discours du SDC dans le cadre de la détermination et du prononcé des peines. Enfin, nous terminerons par quelques remarques conclusives identifiant les principales contributions de notre projet de recherche.

3.1 Le système de droit criminel, sa rationalité pénale et les objectifs de la peine

3.1.1 Les objectifs punitifs : la dénonciation, la dissuasion et la rétribution

Comme nous l'avions prédit, des éléments des théories de la peine sont présents dans chacune des décisions constituant notre corpus, fait qui n'est pas étonnant compte tenu, entre autres, que ces théories de la peine ont été inscrites dans le *Code criminel* en tant qu'objectifs et principes de la peine, à la suite de l'adoption du projet de loi C-41. Il est donc peu surprenant de constater que les cours utilisent ces objectifs lorsque vient le temps de justifier la sentence qu'elles croient la plus appropriée dans chacun des cas étudiés. Par contre, nous pouvons remarquer que c'est sans aucun doute les objectifs punitifs qui sont les plus mobilisés dans les décisions constituant notre corpus empirique, principalement les objectifs de dénonciation et de dissuasion. Il semble que ces deux objectifs occupent une place particulière dans plusieurs des décisions à l'étude.

Il ressort de nos documents que ces deux objectifs de la peine sont couplés dans la presque totalité des cas, rendant ainsi leur distinction parfois difficile³⁶. Les objectifs de

³⁶ Notons qu'il y a également une difficulté à distinguer la vision du SDC de la théorie de la dénonciation. Bien que la CSC dans *Proulx* cite les propos d'une décision antérieure qui indique qu'«une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société» (*R. c. M.(C.A)*, CSC, par 81, cité dans *R. c. Proulx*, CSC, par. 102), nous verrons que les cours

la dénonciation et de la dissuasion semblent avoir joué un rôle dans la détermination de la peine dans 13 des 18 décisions à l'étude³⁷; ils sont parfois accompagnés d'autres objectifs ou principes de la peine pour justifier la sentence jugée adéquate, alors que d'autres fois, ces objectifs semblent être l'élément principal ayant joué pour déterminer et justifier la peine.

Les décisions à l'étude portent, en ce qui a trait aux objectifs de dénonciation et de dissuasion, sur la question de savoir si l'emprisonnement avec sursis peut atteindre ces deux objectifs punitifs ou non. Parallèlement, ces « débats » nous informent sur la vision du SDC quant à la capacité de la prison d'atteindre ces deux mêmes objectifs. À cet effet, nous retrouvons dans certains documents des cours d'appel l'idée que la prison *n'est pas le seul moyen* disponible pour exprimer la dénonciation³⁸, mais également l'idée qu'aucune peine ne peut égaler la dénonciation produite par une peine d'incarcération³⁹. À ce sujet, la CSC souligne dans l'arrêt de principe que, sans que cela ne soit un automatisme, l'incarcération *peut* avoir un effet dissuasif plus important que l'emprisonnement avec sursis⁴⁰. Ces propos nous permettent de conclure que le SDC reconnaît à *l'incarcération* (et aussi à l'emprisonnement avec sursis, mais nous y reviendrons) un effet dénonciateur et dissuasif.

Toutefois, nous retrouvons également l'idée que la prison peut être nocive, qu'elle n'atteint pas, ou du moins pas toujours, les objectifs qu'elle dit poursuivre et qu'il faut donc utiliser cette peine avec prudence. La Cour d'appel dans *Proulx* indique qu'il faut demeurer prudent quant à l'utilisation de la peine d'incarcération lorsque l'objectif visé est la dissuasion. À cet effet, le juge signant au nom de la Cour d'appel dit endosser ces propos du juge Rosenberg de la décision *Wismayer*, à la page 241 :

semblent parfois faire référence à l'idée d' « éducation morale ». Lorsque nous aurons, en cours de route, des indices de l'une ou l'autre de ces « théories », nous l'indiquerons.

³⁷ Dans les autres décisions, soit le principe de proportionnalité semble jouer davantage dans la détermination de la peine appropriée, soit les théories de la peine sont très peu mentionnées. Nous y reviendrons.

³⁸ Voir *R. c. Proulx*, CA, par. 23

³⁹ Voir, *R. c. Wells*, CA, par. 37, citant les propos de *R. c. Brady*, CA, au par. 54.

⁴⁰ Voir *R. c. Proulx*, CSC, par. 20.

« In my view, the enactment of the conditional sentence regime represents a concession to the view that the general deterrent effect of incarceration has been and continues to be somewhat speculative and that there are other ways to give effect to the objective of general deterrence.

And, his comment at p. 242:

In view of its extremely negative collateral effects, incarceration should be used with great restraint where the justification is general deterrence » (*R. c. Proulx*, CA, par. 15)

La CSC vient renforcer cette idée dans l'arrêt de principe, et ce, en s'appuyant notamment sur une décision antérieure rendue par le plus haut tribunal du pays :

« Dans *Gladue*⁴¹, les juges Cory et Iacobucci ont tiré la conclusion suivante, au par. 57:

Ainsi, il appert que même si l'emprisonnement vise les objectifs traditionnels d'isolement, de dissuasion, de dénonciation et de réinsertion sociale, il est généralement admis qu'il n'a pas réussi à réaliser certains d'entre eux » (*R. c. Proulx*, CSC, par 16).

« L'incarcération, qui est habituellement une sanction plus sévère, peut avoir un effet plus dissuasif que l'emprisonnement avec sursis. Les juges doivent cependant prendre soin de ne pas accorder un poids excessif à la dissuasion quand ils choisissent entre l'incarcération et l'emprisonnement avec sursis: voir *Wismayer*, précité, à la p. 36. La preuve empirique suggère que l'effet dissuasif de l'incarcération est incertain: voir, généralement, *Réformer la sentence: une approche canadienne*, op. cit., aux pp. 150 et 151 » (*Ibid*, par. 107)⁴².

⁴¹ Précisions que nous avons décidé d'exclure l'arrêt *Gladue* et la décision de la Cour d'appel qui y est liée de notre corpus empirique pour trois raisons principales : (1) cet arrêt « s'intéresse en particulier au nouvel al. 718.2e), qui prévoit l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones » (*R. c. Gladue*, CSC, par. 1); (2) la peine de trois ans de pénitencier imposée par le juge de première instance est confirmée tant par la Cour d'appel que par la CSC, ce qui fait que, à proprement parler, l'emprisonnement avec sursis n'est pas une option puisque la contrevenante a été condamnée à une peine de plus de deux ans et (3) les éléments présents dans *Gladue* qui sont pertinents pour nos propos semblent être repris dans certaines des décisions de notre corpus, notamment par la CSC dans l'arrêt *Proulx*.

⁴² Voir aussi le juge dissident de la Cour d'appel dans *R. c. L.F.W.* qui, bien que ses propos soient plus modérés quant à l'effet dissuasif des sanctions pénales, admet tout de même que « the relationship between imprisonment and general deterrence is uncertain » au par. 106 Voir aussi *R. c. R.A.R.*, CA, par. 23.

Qu'en est-il de la peine d'emprisonnement avec sursis ? Nous pouvons observer qu'il est généralement admis par les cours que cette peine peut atteindre les objectifs de dénonciation et de dissuasion ou, du moins, que celles-ci refusent de dire que cette peine n'a aucun effet dénonciateur ou dissuasif. En effet, on l'a vu, il semble que des moyens autres que l'incarcération peuvent atteindre ces objectifs de dissuasion et de dénonciation et l'emprisonnement avec sursis semble être l'un d'eux.

À titre d'exemple, la Cour d'appel dans *R.N.S.* indique que « [t]he significance of general deterrence, specific deterrence, and denunciation in relation to the Conditional Sentencing provisions are set out in *R. v. Wismayer* and I need only observe that it was decided in that case and by this court in *Ursel* that a Conditional Sentence may fulfil those sentencing objectives as well as or better than a sentence of incarceration ».

Selon la CSC, « l'emprisonnement avec sursis *peut* avoir un effet *dénonciateur* appréciable » (*R. c. Proulx*, CSC : par. 102, nos italiques) et la prison « [*p*]eut avoir un effet *plus dissuasif* que l'emprisonnement avec sursis » (*R. c. Proulx*, CSC : par. 107, nos italiques), ce qui laisse sous entendre que l'emprisonnement avec sursis a également ces effets dénonciateurs et dissuasifs⁴³. Les arrêts *R.N.S.* et *R.A.R.* concluent que la prison est la peine adéquate puisque, dans ces cas, l'emprisonnement avec sursis n'a pas un effet dissuasif et dénonciateur *suffisant*, notamment parce que ces objectifs sont « particulièrement pressants » en l'espèce⁴⁴. Ces propos laissent eux aussi sous-entendre que l'emprisonnement avec sursis peut, dans certains cas du moins, participer à la réalisation de ces deux objectifs punitifs. Bien que certaines cours semblent plus convaincues que d'autres, il n'en demeure pas moins que toutes les cours qui discutent plus particulièrement de ces deux objectifs reconnaissent que l'emprisonnement avec sursis a un effet dissuasif et dénonciateur. De manière générale, il semble être accepté par le SDC que l'emprisonnement avec sursis peut atteindre ces objectifs. Il nous apparaît donc important, à ce point-ci de l'analyse, de nous intéresser à ce qui peut

⁴³ Cette idée que l'emprisonnement peut atteindre les objectifs de dissuasion et de dénonciation est reprise dans les décisions de la CSC suivant *Proulx*. Voir notamment *R. c. L.F.W.*, CSC, par. 2; *R. c. Bunn*, CSC, par. 23 et *R. c. Wells*, CSC, par. 31-32.

⁴⁴ Voir *R. c. R.N.S.*, CSC, par. 18 et *R. c. R.A.R.*, CSC, par. 33.

influer sur la « capacité » de cette peine à atteindre ces objectifs. Comme nous le verrons plus loin, la gravité et la nature de certains gestes commis semblent être une partie de la réponse, certains crimes semblant demander un plus fort besoin de ces deux objectifs. Or, d'autres éléments se sont révélés être importants à cet effet, principalement les restrictions dans le temps et dans l'espace qu'engendrent l'emprisonnement avec sursis.

La question de la durée de la peine d'emprisonnement avec sursis semble, bien qu'elle soit peu soulevée par les cours d'appel précédant l'arrêt *Proulx*, entrer en ligne de compte lorsque vient le temps de réfléchir à la sévérité de la peine d'emprisonnement avec sursis et à sa capacité à atteindre les objectifs punitifs de la peine. Nous pouvons voir que la Cour d'appel dans *R.N.S.* indique que l'emprisonnement avec sursis n'est pas nécessairement une peine moins sévère que la prison « since the Conditional Sentence may be longer and even if it is not there is no allowance for parole or for statutory release » (*R. c. RNS, CA* : par. 12, nos italiques). L'argument que la peine d'emprisonnement avec sursis ne peut pas être réduite par une libération conditionnelle est également repris par les juges majoritaires de la Cour d'appel dans *L.F.W.* (par.39) et dans *R. c. R.A.R.* (par. 35), ainsi que par la CSC dans *Proulx* (par. 42).

C'est d'ailleurs ce dernier arrêt qui discute plus longuement de la durée de la peine. Après avoir souligné que « la détermination de la durée d'une peine d'emprisonnement et la détermination du lieu où elle sera purgée par le délinquant sont inextricablement liées » (*R. c. Proulx, CSC*, par. 52), le juge en chef Lamer de la CSC indique que

« [q]uoique l'interprétation littérale de l'art. 742.1 tende à indiquer que l'emprisonnement avec sursis doit avoir une durée équivalente à la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée, j'ai expliqué plus tôt pourquoi pareille interprétation ne saurait être retenue. Il est préférable que, après avoir d'abord déterminé que ni la probation ni l'emprisonnement dans un pénitencier ne sont des peines justifiées dans les circonstances, le tribunal se demande si le prononcé d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement de moins de deux ans est conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine, dans la mesure où les préalables prévus par la loi sont réunis. Cette démarche n'exige pas qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de l'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa

durée et les conditions dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée (*Ibid*, par 104,).

Bien que cet extrait mette l'accent sur le fait qu'il n'y a aucune obligation d'équivalence entre la durée de l'emprisonnement avec sursis et la peine d'emprisonnement qu'elle vise à remplacer, il ne permet pas de conclure que l'emprisonnement peut être soit plus court, soit plus long (ou l'un et l'autre), que la peine d'incarcération. En effet, la CSC ne mentionne jamais que la peine d'emprisonnement avec sursis *ne peut pas être moins longue* que la peine d'incarcération. Par contre, toutes les autres références à la durée de l'emprisonnement avec sursis – qu'elles soient directes ou indirectes – nous portent à croire qu'un sursis n'étant pas de la même durée que la peine d'emprisonnement se devra d'être *plus long*. À titre d'exemple, nous pouvons lire, dans cette même décision de la CSC, que « [l']incarcération produit habituellement un effet dénonciateur plus grand que l'emprisonnement avec sursis, mesure généralement plus clémente qu'une peine d'emprisonnement⁴⁵ *de durée équivalente* » (*R. c. Proulx*, CSC, par 102, nos italiques. Voir aussi par. 44 et 54).

Certaines décisions de la CSC de notre corpus, rendues en même temps ou après l'arrêt *Proulx*, reprennent cette idée qu'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis de même durée ou plus courte que la durée d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée constitue une peine plus clémente. Par exemple, dans *R.A.R.*, la CSC, rejetant la peine imposée par la Cour d'appel et s'appuyant sur l'arrêt *Proulx*, indique que la Cour d'appel a fait erreur en « [substituant] une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération d'un an qui avait été imposée au procès, imposant ainsi une peine *beaucoup plus clémente* » (*R. c. R.A.R.*, CSC, par. 27, nos italiques)⁴⁶.

Un peu différemment, nous pouvons également noter, dans *Wu*, que la Cour d'appel prononce une peine d'emprisonnement avec sursis de 75 jours pour défaut de payer l'amende minimale à laquelle le contrevenant a été condamné. La CSC, infirmant cette

⁴⁵ À prendre ici dans le sens d'incarcération

⁴⁶ Voir aussi, sur cette idée de la relation entre la durée de l'emprisonnement avec sursis et la clémence de la peine, *R. c. R.N.S.*, CSC, par. 19 et 23, où la CSC admet qu'elle aurait pu confirmer l'emprisonnement avec sursis si celui-ci avait été d'une durée plus longue.

peine, dit que la peine appropriée est l'amende (avec un délai suffisant pour l'acquitter) et l'incarcération pour une période de 30 jours à défaut de payer l'amende. Ici encore, nous pouvons voir que l'incarcération est plus courte que la peine d'emprisonnement avec sursis qui avait été jugée acceptable par l'instance inférieure. Enfin, un autre exemple est présent dans *R.N.S.*, alors que la Cour d'appel indique qu'« il pourrait survenir des cas où une *courte* période d'emprisonnement ferme sera préférable à une *longue* période d'emprisonnement avec sursis » (*R. c. R.N.S.*, CA, par. 21, nos italiques).

En bref, nous n'avons noté aucun cas où une peine d'emprisonnement avec sursis plus courte a été acceptée par la CSC. On ne fait d'ailleurs jamais mention, dans nos documents empiriques, que cela puisse être une possibilité, ce qui peut paraître étonnant compte tenu que les cours sont bien conscientes que la durée de l'emprisonnement avec sursis ne peut pas être diminuée par une libération conditionnelle. En effet, cette caractéristique carcérale, non présente dans l'emprisonnement avec sursis, aurait pu être un élément militant en faveur d'une durée de l'ordonnance de sursis *moins longue* que la peine de prison qu'elle remplace. Cette interprétation ne se retrouve toutefois pas dans les discours du SDC

Toutefois, notons que cela ne signifie pas que l'ordonnance de sursis *se doit nécessairement d'être plus longue* que la peine d'emprisonnement qu'elle vise à remplacer. En effet, dans *Bunn*, les juges majoritaires de la CSC ont confirmé la décision de la Cour d'appel de diminuer d'une journée la peine d'incarcération de deux ans prononcée par le juge du procès, ce qui rendait le contrevenant admissible à une peine d'emprisonnement avec sursis. Dans ce cas, l'ordonnance de sursis d'une durée de deux ans moins un jour a été confirmée par les juges majoritaires de la CSC, étant ainsi d'une durée équivalente à la peine d'emprisonnement qui aurait été infligée. Il est toutefois intéressant de noter que c'est, entre autres, sur ce point que le juge Bastarache, dissident dans cette affaire, appuiera son argumentation pour se prononcer contre le fait que la peine ait été diminuée d'une journée pour permettre au contrevenant de purger sa peine dans la collectivité. Il indique que « comme la peine d'emprisonnement qui aurait par ailleurs été infligée était soit deux ans soit deux ans moins un jour, il est *impossible de*

prolonger l'ordonnance de sursis afin de compenser le degré moindre de dénonciation » (R. c. Bunn, CSC, juge dissident, par. 37, nos italiques).

Cet intérêt pour la durée plus longue de l'emprisonnement avec sursis peut se comprendre par le désir des systèmes sociaux de s'éloigner, à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle, des pratiques « barbares » et de la façon dont Beccaria répondra à ce désir dans sa théorie de la dissuasion (Pires et Garcia, 2007). Il introduira un mécanisme cognitif qui propose « un autre *registre d'observation* de la souffrance et de la sévérité en les faisant passer d'un registre « physique » à un registre purement « temporel » (*Ibid* : 325-326). Cela signifie que la sévérité d'une peine ne se mesurerait dorénavant plus seulement en termes de souffrance physique, mais également en termes de temps. Une longue période de temps « moins souffrante physiquement » (la prison à perpétuité par exemple) serait *perçue* comme équivalente en terme de sévérité (souffrance) qu'une douleur physique de courte durée (la peine de mort par exemple). Si l'on adapte cette idée en ce qui concerne l'emprisonnement avec sursis, nous pourrions dire que l'emprisonnement dans la communauté d'une durée plus longue que la peine de prison qui aurait autrement été infligée serait perçu comme une peine aussi sévère, voire *plus sévère* que la peine qu'elle remplace, la durée plus longue « compensant » pour le degré moindre de privation de liberté (souffrance). Cette idée est d'ailleurs reprise par l'arrêt *Proulx* : « [l]emprisonnement avec sursis peut s'avérer une peine aussi sévère, voire plus sévère que l'emprisonnement comme tel » (*R. c. Proulx, CSC, par. 41*).

Le fait d'ordonner un emprisonnement avec sursis plus long que la peine d'incarcération qui aurait autrement été infligée n'est toutefois pas la seule façon « d'augmenter la capacité » de l'emprisonnement avec sursis d'atteindre les objectifs punitifs de dénonciation et de dissuasion. Comme nous pouvons le lire dans *R.N.S.* :

« The significance of general deterrence, specific deterrence, and denunciation in relation to the Conditional Sentencing provisions are set out in *R. v. Wismayer* and I need only observe that it was decided in that case and by this court in *Ursel* that a Conditional Sentence may fulfil those sentencing objectives as well as or better than a sentence of incarceration, *particularly if the conditions which are made a part of the sentence are appropriate* for the fulfilment of those sentencing objectives » (*R. c. RNS, CA : par. 31, nos italiques*).

L'idée que les conditions dont est assortie l'ordonnance de sursis⁴⁷ puissent avoir une incidence sur la capacité de cette peine d'atteindre, ou non, les objectifs de dénonciation et de dissuasion est présente dans quatre des sept décisions précédant *Proulx*. Quelles sont les conditions (facultatives) appropriées pour que l'emprisonnement avec sursis puisse remplir ces objectifs punitifs ? La Cour d'appel dans *R.N.S.* énumère, après avoir fait la liste des conditions obligatoires, un certain nombre de conditions facultatives, dont celle-ci :

« In addition, *having particular regard to the need for denunciation, general deterrence and specific deterrence*, I would impose this additional condition:

(f) To remain within the house on his property between the hours of 6:00 p.m. and 6:00 a.m., and to leave his house on his property between the hours of 6:00 a.m. and 6:00 p.m. only for the purposes of running his business, visiting a doctor, hospital, or other medical service, taking up to one hour of exercise each day, or participating in a meeting of an organized religious faith » (*R. c. R.N.S.*, CA, par 38, nos italiques).

Il est ici intéressant de noter que l'assignation à domicile vingt-quatre heures sur vingt-quatre (sauf pour les raisons énumérées dans l'extrait ci-dessus) n'est pas une condition qui a été énumérée par le législateur dans le *Code criminel*⁴⁸. Cette condition fait plutôt partie de la condition résiduaire énoncée à l'alinéa 742.3(2) *f* qui stipule que le tribunal peut ordonner toute autre condition qu'il juge raisonnable. Or, cette idée d'assignation à domicile semble « faire son chemin » auprès des cours d'appel. En effet, parmi les sept décisions rendues par la Cour d'appel antérieurement à l'arrêt *Proulx*, cinq d'entre elles ont mené à une condamnation à l'emprisonnement avec sursis, et les cinq ordonnances de sursis contiennent cette condition d'assignation à domicile. On voit donc que la restriction de la liberté, caractéristique principale de la peine d'incarcération,

⁴⁷ Notons que l'emprisonnement avec sursis comprend toujours les mêmes conditions obligatoires (paragraphe 742.3(1) du *Code criminel*) et que celles-ci peuvent être accompagnées de conditions facultatives (paragraphe 742.3(2) du *Code criminel*). La Cour d'appel, dans l'extrait ci-dessus, doit nécessairement faire référence aux conditions facultatives de l'ordonnance de sursis.

⁴⁸ Ni ne l'était d'ailleurs cette « obligation » de durée plus longue de l'ordonnance de sursis comparativement à la durée de la peine de prison qui aurait autrement été infligée dont nous avons discuté plus tôt.

accompagne l'emprisonnement avec sursis. On peut alors croire que ce sont des conditions de la sorte, soit des conditions *restrictives de liberté*, qui permettent à l'emprisonnement avec sursis d'être considéré comme une peine pouvant effectivement atteindre les objectifs punitifs que sont la dénonciation et la dissuasion.

En ce qui a trait à la CSC, nous nous contenterons de dire que l'arrêt *Proulx* vient expressément confirmer cette idée que des conditions punitives et restrictives de la liberté du contrevenant sont nécessaires pour l'atteinte des objectifs de dissuasion et de dénonciation. La CSC explique que « l'emprisonnement avec sursis peut [...] avoir un effet dénonciateur appréciable, particulièrement dans les cas où l'ordonnance de sursis est assortie de conditions rigoureuses » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 102) et que cette peine « peut avoir un effet dissuasif général appréciable si l'ordonnance est assortie de conditions suffisamment punitives et si le public est informé de la sévérité de ces sanctions » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 107).

La CSC ajoute également que

« les conditions imposées devraient comporter un aspect punitif. De fait, la nécessité d'imposer des conditions punitives est la raison même pour laquelle le tribunal a écarté la probation et infligé une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Comme il a été indiqué précédemment, des conditions telles que la détention à domicile devraient être la règle et non l'exception. Cela veut dire que le délinquant devrait être confiné à son domicile, sauf lorsqu'il travaille, qu'il suit des cours ou qu'il remplit d'autres conditions qui lui ont été imposées, par exemple lorsqu'il exécute des travaux communautaires, se présente aux rendez-vous fixés par l'agent de surveillance ou participe à des programmes de traitement » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 103).

La condition d'assignation à domicile devient donc *la norme et non l'exception* avec *Proulx*. Il est peu étonnant de constater, le SDC étant un système jurisprudentiel, que les trois décisions suivant *Proulx* qui se soldent par une peine d'emprisonnement avec sursis contiennent, elles aussi cette condition d'assignation à domicile. Deux d'entre elles (*Bunn et L.F.W.*) confirment la peine d'emprisonnement avec sursis (et les conditions s'y rattachant) imposée par la Cour d'appel, alors que dans le cas de *Knoblauch*, la CSC

confirme plutôt la peine d'emprisonnement avec sursis imposée par le juge du procès⁴⁹. La majorité (6/10) des décisions post-*Proulx* qui ne se soldent pas par un emprisonnement avec sursis reconnaissent tout de même l'importance des conditions dont est assortie l'ordonnance de sursis dans la réalisation de ces objectifs punitifs

Enfin, notons rapidement que les conséquences négatives pour l'individu contrevenant résultant de la commission de l'acte délictueux semblent aussi pouvoir influencer sur l'atteinte des objectifs de dénonciation et de dissuasion par la peine d'emprisonnement avec sursis. Le juge signant la décision unanime de la Cour d'appel dans *Bunn*, conclut que

« [t]he ruin and humiliation that M. Bunn has brought down upon himself and his family, together with the loss of his professional status, more than address the concern we must have for denunciation and deterrence » (*R. c. Bunn*, CA, par. 23)

De la même façon, justifiant la peine d'emprisonnement avec sursis, la Cour d'appel dans *R.N.S.* indique que le fait que le contrevenant « has suffered tensions in his marriage and the stigma of his social acquaintances » fait, entre autres, en sorte que les objectifs punitifs et principes de la peine sont respectés et qu'une peine d'emprisonnement avec sursis est appropriée. La honte, la perte de respect et d'estime et la condamnation de la communauté sont également des éléments mentionnés dans certaines décisions pour justifier que l'emprisonnement avec sursis sera suffisant pour les objectifs de dénonciation et de dissuasion⁵⁰.

Nous pouvons remarquer que ces éléments sont présentés par les cours d'appel pour justifier la peine d'emprisonnement avec sursis. Ces éléments sont repris et le sursis est confirmé par la CSC dans le cas de *Bunn* et de *L.F.W.* seulement. Ces conséquences

⁴⁹Dans ce cas particulier, la condition d'assignation prend en fait la forme de l'obligation, pour le contrevenant, de demeurer dans l'aile sécuritaire d'un hôpital psychiatrique en raison de ses problèmes de santé mentale, les juges majoritaires concluant que « l'art. 724.3 n'a pas pour effet d'empêcher le recours aux placements dans des établissements communautaires, même en résidence, du seul fait qu'une telle mesure a un aspect de détention, tant que ces placements peuvent être considérés comme de véritables solutions de rechange à l'incarcération » (*Knoblauch*, CSC, par. 36).

⁵⁰ Voir *R. c. R.A.R.*, CA, par. 42 et *R. c. L.F.W.*, CA, par. 67.

difficiles pour les contrevenants semblent toutefois « oubliées » lorsque la CSC conclut que l’incarcération est la peine appropriée, ou du moins elles sont mentionnées simplement pour démontrer que malgré elles, l’incarcération s’impose. Il semble donc que lorsque l’environnement du droit criminel a déjà « fait le travail » en termes de dénonciation et de dissuasion, le SDC peut en tenir compte et conclure que l’emprisonnement avec sursis sera suffisant pour atteindre ces objectifs. Mais il semble que rien n’oblige le SDC à prendre en compte ces éléments; il peut les laisser de côté, comme le fait la CSC dans le cas de *R.N.S.*, ou encore conclure que les conséquences pour le contrevenant « n’envoient pas un message suffisamment fort en l’espèce » (*R. c. R.A.R.*, CSC, par. 28).

Bien que, nous venons de le démontrer, l’emprisonnement avec sursis soit généralement considéré comme ayant un certain effet dénonciateur et dissuasif, il semble que dans certains cas, il ne soit pas en mesure d’atteindre ces deux objectifs punitifs, peu importe les conséquences subies par le contrevenant à la suite de la commission de son crime, la durée et les conditions restrictives de l’ordonnance de sursis. Et c’est en raison de ces objectifs punitifs qui ne sont pas atteints que l’incarcération du contrevenant sera jugée nécessaire. En effet, nous pouvons voir à la lecture de nos documents que certaines cours d’appel ont des réserves à reconnaître au sursis, « aussi facilement » qu’à la prison, la capacité d’atteindre les objectifs de dissuasion et de dénonciation, et ce, notamment en raison de l’acte commis. *Wells* reprend les propos d’une décision antérieure pour appuyer son argumentation de confirmer la peine de prison qui avait été prononcée par le juge du procès :

« In particular, this Court made the following comments in *Brady*:

"[32] For some crimes⁵¹, this Court has previously stated that general deterrence and denunciation are paramount sentencing aims, so that a term of actual imprisonment is called for (barring exceptional circumstances). For such crimes, conditional sentences will not be appropriate in the usual case [...]"

⁵¹ Nous sommes consciente que cette question de la gravité du crime soulève également la question de la dangerosité de l’individu. Nous avons toutefois choisi de traiter de la question de la dangerosité dans la section sur l’environnement du droit criminel, préférant aborder cette notion sous l’angle de la gestion des risques plutôt qu’en rapport aux théories de la peine.

[54] Nor can one equate the denunciation implied by actual imprisonment with probation, a suspended sentence or even an ordinary conditional sentence. [...]

[56] So we conclude that a conditional sentence would not ordinarily be available for those offences where the paramount consideration is denunciation and deterrence. (It might be otherwise in unusual cases, or with conditions of locked institutionalization, or where any jail term would hitherto have been brief.) [...] » (*R. c. Wells*, CA, par. 37)

Toutefois, la CSC dans *Proulx* refuse l'idée que certains types de crimes ne puissent jamais être punis par l'emprisonnement avec sursis⁵² :

« [L]e procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario ont soutenu que le sursis à l'emprisonnement sera rarement la sanction appropriée pour certaines infractions telles que les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants, les agressions sexuelles graves, l'homicide involontaire coupable, les fraudes ou vols graves, les actes graves contraires aux bonnes mœurs, la conduite dangereuse ou la conduite avec les facultés affaiblies causant la mort ou des lésions corporelles et le trafic ou la possession de certains stupéfiants. Ils ont affirmé que cette conclusion découle du principe de la proportionnalité des peines et de la prise en compte des objectifs de dénonciation et de dissuasion. Plusieurs arrêts émanant de cours d'appel appuient cette thèse » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 80).

« À mon avis, bien que la gravité de ces infractions soit clairement pertinente pour déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est justifié dans les circonstances d'une affaire donnée, il serait à la fois inutile et peu avisé que les tribunaux créent des présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions. Des présomptions propres à certaines infractions introduisent une rigidité injustifiée dans l'examen de la question de savoir si le sursis à l'emprisonnement est une sanction juste et appropriée » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 81).

Malgré cela, la CSC, tout comme certaines cours d'appel l'avaient fait avant elle, ne cache pas son hésitation – voire son refus – à affirmer que l'emprisonnement avec sursis puisse *dans tous les cas*, être un moyen efficace pour répondre à ces objectifs de la peine. La CSC indique que « [l]'incarcération produit habituellement un effet dénonciateur plus

⁵² Ce refus avait d'ailleurs été exprimé avant *Proulx* dans *R. c. R.A.R.*, CA, par. 28; *R. c. L.F.W.*, CA, par. 44, 49,50; *R. c. R.N.S.*, CA, par. 27 et *R. c. Proulx*, CA, par. 21, principalement en raison du fait que l'article 742.1 du *Code criminel* n'exclut aucun crime des critères d'octroi, mis à part ceux punissables d'une peine minimale, et repris après l'arrêt de principe dans *R. c. L.F.W.*, CSC, par. 20 et *R. c. Wells*, CSC, par. 45 et *R. c. Fice*, CSC, juges dissidents, par. 79.

grand que l'emprisonnement avec sursis, mesure généralement plus clémente qu'une peine d'emprisonnement de durée équivalente » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 102). De plus, la CSC conclut dans sept décisions sur dix que l'incarcération est la peine appropriée, et la raison principale ou du moins l'une des raisons justifiant l'incarcération est, dans quatre de ces cas, le fait que l'emprisonnement avec sursis ne réussit pas, selon la Cour, à répondre adéquatement aux objectifs de dénonciation et de dissuasion

Pourquoi l'emprisonnement avec sursis ne peut-il pas atteindre ces objectifs de dénonciation et de dissuasion ? Il semble que cela soit lié au principe de proportionnalité. Le type d'actes commis, et parallèlement la gravité de ceux-ci, ainsi que le degré de responsabilité du contrevenant qui sont à la base de ce principe auraient un rôle à jouer.

La notion de proportionnalité, principe fondamental de la détermination de la peine selon le *Code criminel*, est associée par certaines cours à l'objectif de rétribution. À cet effet, la Cour d'appel dans *L.F.W.* indique que

« [i]n this legal context, therefore, retribution centers on "just deserts" in the sense of proportionality of punishment to the offender's moral blameworthiness and the gravity of the offence. In *R. v. M.* (C.A.) Lamer, C.J.C. points out at p. 554 that retribution "is an accepted, and indeed important, principle of sentencing in our criminal law". As such, it too is incorporated into the new sentencing provisions of the Code through both the "just sanctions" requirement of s. 718 and s. 718.1 which reads:

'A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender' ». (*R. c. L.F.W.*, CA, par. 53).

Toutefois, bien que les cours associent à la rétribution le principe de proportionnalité tel qu'inscrit dans le *Code criminel*, nous devons demeurer prudente, la « proportionnalité » étant également présente dans les théories de la dissuasion et de la dénonciation. En effet, pour Kant, la peine doit être égale (proportionnelle) au mal causé par le crime. Pour Beccaria, la proportionnalité prend plutôt une forme verticale : plus le crime est grave, plus la peine se doit d'être sévère. L'idée de la proportionnalité de la peine est également présente chez Stephen : la peine doit alors être proportionnelle au degré d'indignation

que l'acte fait naître chez le public. Bien que nous ne puissions parler de l'éducation morale en termes de « théorie achevée », nous pouvons tout de même émettre l'hypothèse que, dans certains cas, la peine devrait être proportionnelle au « besoin d'éducation » du public⁵³.

De plus, notons que dans *L.F.W.* (au par. 54), la Cour d'appel reprend les propos de la CSC dans *M.C.A* à l'effet que la rétribution (et son principe de proportionnalité) peut servir à diminuer la sévérité des peines qui peut découler des principes utilitaristes. Or, Pires (1998b : 139) précise que le principe de proportionnalité verticale de Beccaria peut être lui aussi, dans certains cas, un moyen de limiter la limite supérieure des peines (bien que ce ne soit pas ce qui arrive la plupart du temps). On voit bien ici que le principe de proportionnalité peut s'appliquer à diverses théories et que la formulation dans le *Code criminel* de ce principe ne nous permet pas de savoir à quelle théorie il se rattache.

Pour bien comprendre le principe de proportionnalité, il faut avoir saisi ce qui a été préalablement dit sur les objectifs de dissuasion et de dénonciation, puisque ce principe semble être lié à ces objectifs punitifs. La gravité de l'acte serait un élément demandant à la fois un besoin plus fort de dénonciation et de dissuasion, et donc une peine suffisamment sévère (proportionnelle ?) pour les rencontrer. On peut lire dans *R.A.R.* que « le juge Schwartz [juge de première instance] a souligné que, en raison de la gravité de l'agression sexuelle et des autres voies de fait perpétrés, le tribunal se devait de signaler à la collectivité que ce type de comportement était répréhensible et ne serait pas toléré⁵⁴. Pour lui, cela signifiait que les objectifs de dissuasion générale et de dénonciation étaient ici plus importants que l'objectif de réinsertion sociale » et la CSC conclut que la prison est la peine appropriée (du moins pour l'abus sexuel)⁵⁵.

⁵³ Rappelons-nous l'exemple de l'alcool au volant. Les peines sont devenues de plus en plus sévères avec les années, ce qui laisse croire que le Parlement jugeait, à chaque nouvelle modification de la loi, que le public n'avait pas encore suffisamment « appris ».

⁵⁴ Notons que ces propos semblent démontrer l'idée d'éducation morale dont nous avons discuté.

⁵⁵ L'idée que la gravité de l'acte demande un plus fort besoin de dénonciation et de dissuasion est également présente dans *R. c. Wells*, CSC, par. 44 et *R. c. Proulx*, CSC, par. 182-129. La CSC conclut, dans ces deux cas, que l'incarcération est la peine appropriée.

En ce qui concerne le « degré de responsabilité », deuxième élément du principe de proportionnalité (après la gravité de l'acte), les situations d'abus (de confiance ou sexuels) semblent témoigner d'une « intention », d'une « culpabilité » plus grande nécessitant un plus fort besoin de dénonciation et de dissuasion et donc une peine plus sévère, du moins pour certains juges dissidents. Dans *Bunn*, un avocat a été accusé d'abus de confiance pour avoir volé de l'argent à des clients. Les juges dissidents indiquent que c'est un fait

« bien établi que la sanction du crime d'abus de confiance vise d'abord et avant tout les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale. [...] Cette insistance sur la dénonciation et la dissuasion générale est [...] particulièrement importante lorsque les tribunaux punissent des avocats ayant commis le crime d'abus de confiance (*R. c. Bunn*, CSC, juges dissidents, par. 33).

« ces faits témoignent d'un degré appréciable de culpabilité criminelle et, à mon avis, la courte peine d'incarcération dans un pénitencier infligée par le juge du procès était proportionnée à la gravité de l'infraction » (*Ibid*, par. 37)

Les crimes à caractère sexuel semblent également demander un besoin plus fort de dissuasion et de dénonciation, notamment en raison de l'abus dont ils se rendent coupables et du caractère odieux de l'acte:

« Même dans l'application des nouveaux principes de détermination de la peine établis par le projet de loi C-41 (maintenant L.C. 1995, ch. 22) les tribunaux tendent à juger que le principe de dénonciation revêt une importance particulièrement grande dans les cas d'infractions perpétrées contre des enfants par des adultes en situation de confiance ou de pouvoir » (*R. c. L.F.W.*, CSC, juges dissidents, par. 29).

« Je partage également l'opinion de Madame le juge Cameron selon laquelle le juge du procès n'a pas accordé suffisamment d'importance à la culpabilité morale du délinquant, qui a eu une conduite odieuse et avilissante contre une enfant sur laquelle il avait un pouvoir considérable en tant que parent plus âgé et voisin, et qui n'a manifesté aucun remords, même après avoir été déclaré coupable des infractions qu'on lui

reprochait. Cette situation est incompatible avec le principe fondamental de proportionnalité énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel* » (*Ibid*, par. 30)⁵⁶

Dans ces deux cas, les juges dissidents concluent que l'incarcération est appropriée, donc que cette peine sévère est nécessaire pour répondre aux besoins de dénonciation et de dissuasion. Les juges majoritaires ont, quant à eux, conclu que l'emprisonnement avec sursis était la peine adéquate. Ces derniers se concentrent davantage à démontrer que l'emprisonnement avec sursis peut atteindre adéquatement ces objectifs plutôt que de rappeler la gravité ou la répugnance des actes commis. Il semble que la peine, qu'elle soit la prison ou l'emprisonnement avec sursis, se doit d'être « assez sévère » pour répondre « efficacement » à ces objectifs ou, plus précisément, être considérée comme « proportionnelle » à la gravité de l'acte, au degré de responsabilité du contrevenant et aux besoins de dissuasion et de dénonciation qui en résultent.

Bien qu'il soit difficile de savoir à quelle théorie le principe de proportionnalité fait référence, un des éléments que l'on peut associer à la théorie de la rétribution est celle que le contrevenant doit être puni parce qu'il *mérite* le « mal » de la peine pour avoir commis lui-même un mal. Cette idée que la peine doit être proportionnelle à ce que le contrevenant « mérite » est présente dans les décisions à l'étude. À titre d'exemple, afin de justifier que le temps passé par un contrevenant donné en détention présentencielle peut être pris en compte par le juge lors de la détermination de la peine, la CSC indique, dans *Fice* qu'

« [é]tant donné qu'une peine d'emprisonnement avec sursis se distingue, sur le plan conceptuel, d'une peine d'emprisonnement, je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il n'est pas inéquitable que le délinquant qui mérite une peine située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier et qui ne peut, par conséquent, bénéficier d'un sursis voit néanmoins la durée de sa peine réduite, par application du par. 719(3), à moins de deux ans. Au bout du compte, ce délinquant

⁵⁶ Voir aussi R. c. *R.N.S.* (CSC, par. 18) où la CSC indique que l'effet dénonciateur de d'un emprisonnement avec sursis de neuf mois est insuffisant pour communiquer la répugnance de la société envers le crime de l'accusé (agression sexuelle et incitations à des contact sexuels sur un enfant).

n'en aura pas moins purgé la peine d'emprisonnement que commande l'infraction qu'il a commise » (*R. c. Fice*, CSC, par 32, soulignement omis)⁵⁷.

Suivant la même logique, les juges dissidents de la CSC indiquent que « lorsque que le délinquant a déjà passé une période sous garde au moment du prononcé de la peine, et que le tribunal lui aurait autrement infligé une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, les objectifs de dissuasion et de châtement auront, dans certains cas, été réalisés par la période de détention » (*R. c. Fice*, CSC, juges dissidents, par. 75), faisant en sorte que le contrevenant ne mériterait plus nécessairement l'incarcération⁵⁸.

Dans le cas de *Wu*, le pourvoi soulève principalement la question de savoir si, lorsqu'un contrevenant est condamné à une peine minimale prévue par la loi et qu'il n'a pas les moyens de payer, le juge peut, ou non, ne laisser aucun délai au contrevenant pour l'acquittement de l'amende et prononcer une peine d'emprisonnement avec sursis pour défaut d'avoir payé. Les juges majoritaires de la CSC rappellent que l'emprisonnement avec sursis n'est pas acceptable dans ce cas, car cette peine « demeure une forme d'emprisonnement » (*R. c. Wu*, CSC, par. 3), et concluent que « l'emprisonnement des débiteurs 'au sein de la collectivité', auquel correspond une peine d'emprisonnement avec sursis, est inacceptable dans le cas d'une personne qui ne *mérite* pas d'être emprisonnée, mais qui est tout simplement incapable de payer » (*Ibid*, par. 2, nos italiques).

⁵⁷ Notons toutefois que la CSC conclut que bien que la peine puisse être réduite, l'emprisonnement avec sursis ne peut être octroyé en raison du critère d'octroi qui indique que le contrevenant doit être condamné à une peine de deux ans moins un jour pour être admissible à cette peine dans la collectivité (*R.c. Fice*, CSC, par. 39).

⁵⁸ Contrairement aux juges majoritaires, les juges dissidents concluent que le contrevenant pourrait, après cette période de détention préventive, être admissible à l'emprisonnement avec sursis puisque, à leur avis, il n'y a « ni principe ni politique ni précédent qui justifierait d'obliger le tribunal chargé de déterminer la peine à choisir entre une mesure probatoire, trop clémente, et une peine d'emprisonnement, trop sévère » (*Ibid*, par. 77).

La section qui précède sur les objectifs punitifs de la peine nous permet d'abord de constater qu'il semble « pris pour acquis » que l'incarcération est une peine permettant d'atteindre la dénonciation et la dissuasion, et qu'il en est de même pour l'emprisonnement avec sursis, bien que cela ne soit pas aussi « automatique ».

En effet, malgré les précisions que tentait de fournir la CSC dans *Proulx* quant à l'emprisonnement avec sursis et à sa capacité à atteindre, ou non, les objectifs de dénonciation et de dissuasion, nous constatons que les désaccords demeurent, comme en témoignent les dissidences présentes dans plusieurs dossiers. La place importante que prennent les objectifs de dissuasion et de dénonciation dans les décisions se retrouve aussi dans les dissidences : ces objectifs sont au centre (ou du moins l'une des raisons) des motifs de dissidence. À titre d'exemple, dans *L.F.W.*, les juges majoritaires de la CSC mentionnent que « [l]e juge Mercier [juge du procès] a rédigé des motifs très fouillés, qui tiennent compte de tous les principes pertinents de la détermination de la peine, y compris la dénonciation et la dissuasion [...] En l'espèce, l'intimé s'est vu infliger une peine de 21 mois d'emprisonnement avec sursis assortie de la détention à domicile » (*R. c. L.F.W.*, CSC, par 21) pour répondre aux objectifs de dénonciation et de dissuasion. Les juges dissidents, dans cette même affaire, auraient quant à eux « [accueilli] le pourvoi au motif que le juge du procès a mis trop d'emphase sur les objectifs de justice corrective et accordé trop peu d'importance aux principes de dénonciation et de dissuasion générale lorsqu'il a décidé que l'emprisonnement avec sursis était une peine appropriée » (*R. c. L.F.W.*, CSC, juges dissidents, par 28). Notons que le même genre de débat autour de la dénonciation et de la dissuasion était également présent entre les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d'appel. Nous remarquons donc que les mêmes arguments peuvent être mobilisés soit pour justifier l'emprisonnement avec sursis, soit pour justifier la prison⁵⁹. La présence de ces désaccords n'a rien de bien étonnant lorsque l'on connaît la difficulté, voire l'impossibilité, de « mesurer » ces objectifs de la peine (Mathiesen, 2000). La tentative de mesurer à quel point l'emprisonnement avec sursis peut atteindre ces objectifs non

⁵⁹ Voir un exemple flagrant dans *R.A.R.* (par 27, 28 et 30 pour les juges majoritaires et par 22 pour la dissidence).

mesurables soulève des débats qui ne mènent nulle part, ou du moins qui nous paraissent « vides de sens ». Toutefois, nous voyons bien que pour le SDC, ces débats ont un sens. Les théories de la peine étant à la base de leur rationalité, il semble très difficile pour le SDC de penser « en dehors » de ces théories, ce dernier semblant « prisonnier » de sa rationalité pénale et ne pouvant pas faire autrement que de tenter de mesurer ce qui ne se mesure pas.

Nous pouvons constater que les objectifs punitifs de la peine servent tant à valoriser l'emprisonnement avec sursis qu'à le discréditer et valoriser la prison. Toutefois, il semble que la valorisation de l'emprisonnement avec sursis passe par le maintien, voire même l'accentuation de son caractère « restrictif ». En effet, cette peine doit être accompagnée de conditions strictes et être d'une durée plus longue que la peine qui aurait autrement été infligée pour atteindre les objectifs de la peine, bien que dans sa forme « originale », ces deux conditions n'étaient pas présentes. En ce sens, nous pouvons voir que le système juridique donne une « forme » à l'emprisonnement avec sursis qui n'était pas prescrite par le politique, ce qui laisse présager que l'idée que le Parlement crée les lois et que le SDC ne fait que les appliquer n'est peut-être pas si simple.

Il est à cet effet intéressant de noter comment le SDC conçoit son rôle par rapport à celui du Parlement. Peu importe la politique dont il est question, on retrouve différents propos dans nos documents empiriques laissant croire que le SDC considère son rôle comme étant celui d'appliquer les politiques du Parlement. Nous avons brièvement noté plus tôt l'idée que les cours refusaient de créer une liste de crimes pour lesquels l'emprisonnement avec sursis ne pourrait être octroyé, principalement en raison du fait que le Parlement n'avait pas inclus une telle liste dans le *Code criminel*. Les propos de la Cour d'appel dans *L.F.W.* sont très éloquents à ce sujet :

« in face of the very clear policy direction given by Parliament, judges may be considered insofar as conditional sentencing is concerned to be charged with the function ascribed to them by Montesquieu when he described them as "no more than the mouth that pronounces the words of the law" (see *The Spirit of Laws*, The Legal Classics Library edition, 1984, Bk X1, Chap. 6, p. 194). The judicial task is to apply

the legislated policy which has been shown to be a considered one, formulated following wide consultation. To coin a phrase from a well known affirmation of recent by-gone era, the courts have no business in the legislative chambers of the nation » (*R. c. L.F.W.*, CA, par. 50)⁶⁰.

Nous voyons ici que la Cour mentionne son « obligation » de suivre les politiques du Parlement, indiquant que le législateur aurait très bien pu inclure dans le *Code* une liste de crimes exclus de la condamnation avec sursis, si telle en avait été son intention. Toutefois, le SDC semble reconnaître qu'il a une certaine latitude, ou du moins que son rôle, au-delà d'appliquer « machinalement » la loi, est aussi de l'interpréter : « [I]es tribunaux doivent, sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, interpréter et appliquer la loi conformément à l'intention du législateur » (*R. c. Fice*, CSC, par. 45). D'ailleurs, l'arrêt de principe indique clairement que ce « pourvoi porte sur la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime de sursis à l'emprisonnement établi par l'art. 742.1 et les dispositions suivantes du *Code criminel* » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 11).

Ce que nous observons ici, c'est la relation, l'interaction complexe entre le SDC et d'autres systèmes (notamment ici le politique). Dans un texte portant sur la création des lois, Pires (2002 : 88) déplore « la conjonction des paires conceptuelles politique/juridique et création/application de la loi [qui] amène à un partage de la réalité en deux mondes : le monde politique de la création des lois et le monde juridique de leur mise en application par les tribunaux ». Un peu de la même façon, nous pouvons observer que la « création » de l'emprisonnement avec sursis comme dispositif ne relève pas uniquement du politique, mais également du SDC : les frontières entre ces deux systèmes sont « poreuses » plutôt que complètement étanches. Conformément au thème prédéfini et lié à l'autonomie du système (juridique) par rapport à d'autres systèmes, nous pouvons observer que le SDC semble concevoir qu'il est à la fois non autonome par rapport aux politiques du législateur qu'il se doit d'appliquer, tout en reconnaissant qu'il

⁶⁰ Voir aussi, sur l'idée que le rôle du système de droit criminel est d'appliquer les lois et politiques prescrites par le Parlement (liées à l'emprisonnement avec sursis ou à d'autres mesures) : *R. c. L.F.W.*, CA, par. 37; *R. c. R.A.R.*, CA, par. 23-24, 40; *R. c. R.N.S.*, CA, par. 19; *R. c. Knoblauch*, CSC, juge dissident, par. 117; *R. c. Wells*, CSC, par. 45; *R. c. Wu*, CA, par. 20.

a aussi un rôle d'interprétation. C'est d'ailleurs cette marge de manœuvre, ce rôle d'interprétation qui semble permettre au SDC de donner à l'emprisonnement avec sursis cette « forme » particulière qui n'avait pas été prescrite par le législateur. Et il semble que ce soit en raison de sa rationalité punitive que l'emprisonnement avec sursis prendra non par une forme plus ouverte, plus communautaire, mais bien une forme plus « carcérale », en voyant sa durée prolongée et ses conditions être plus restrictives de liberté.

Maintenant que nous avons abordé la question des objectifs punitifs (formant le noyau dur de la RPM) et que nous avons vu comment ces objectifs (cette rationalité) permettent de valoriser l'emprisonnement avec sursis en lui donnant une forme « carcérale », nous nous concentrerons maintenant sur le second « type » d'objectifs, soit les objectifs correctifs. Ayant été, eux-aussi, inclus dans le *Code criminel*, nous pouvons remarquer que ces objectifs ne font pas partie *a priori* de la rationalité pénale moderne⁶¹. Dans la section qui suit, nous nous concentrerons sur ces objectifs correctifs afin de voir comment ils sont utilisés et comment ils s'actualisent dans les discours du SDC portant sur une peine non carcérale comme l'emprisonnement avec sursis.

3.1.2 Le correctif, un bonus ?

Mis à part les objectifs punitifs dont nous venons de discuter, le *Code criminel* énumère des objectifs correctifs comme ceux de favoriser la réinsertion sociale des délinquants, d'assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité et de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort causé⁶². Alors que nous pourrions émettre l'hypothèse que ce type de peines « plus ouvertes » ouvriraient la porte à une plus grande importance accordée aux objectifs correctifs plus « positifs », nous verrons, par l'analyse de nos documents

⁶¹ Rappelons que trois de ces objectifs semblent complètement étrangers à ce concept de RPM, alors que l'objectif de réhabilitation, tel que formulé dans le *Code*, ne permet pas de le relier à la théorie de la réhabilitation du premier paradigme (et donc à la RPM) ou à la théorie de la réhabilitation du deuxième paradigme (et donc en dehors de la RPM).

⁶² Article 718 du *Code criminel*, alinéas d), e), et f)

empiriques, que ce n'est pas nécessairement le cas. Nous débuterons par l'objectif de réhabilitation, pour ensuite nous concentrer sur les trois objectifs plus « réparateurs »⁶³.

3.1.2.1 L'objectif de réhabilitation

Débutons par le lien entre la prison et l'objectif de la réhabilitation. Nous pouvons d'abord remarquer que la prison est considérée comme pouvant atteindre l'objectif correctif qu'est le traitement, élément de la théorie de la réhabilitation de la première modernité. Dans *Knoblauch*, compte tenu d'autres facteurs, y compris le risque que l'individu représente pour la collectivité, la Cour d'appel dit ceci en ce qui a trait à l'objectif de réhabilitation :

« We, therefore, impose a sentence of incarceration of two years less one day and we recommend that the sentence be served at the Fort Saskatchewan Provincial Correctional Institute. There is a reason for that. Mr. Knoblauch will be able to access treatment opportunities and facilities which he has already experienced » (*R. c. Knoblauch*, CA, par 29).

De plus, dans *Wells*, la Cour d'appel rappelle que « [t]he Trial Judge imposed a sentence on the Appellant of 20 months in a provincial correctional institution, and recommended that he receive counselling and alcohol abuse treatment while incarcerated » (*R. c. Wells*, CA, par 15) et confirme par ailleurs la peine imposée par le tribunal de première instance.

Par contre, quelques décisions expriment que la prison n'est pas le meilleur moyen de réaliser les objectifs correctifs. L'arrêt *Proulx* rappelle que « [d]ans *Gladue*, précité, les juges Cory et Iacobucci ont dit ceci (au par. 43): '[...] Les objectifs correctifs ne

⁶³ Notons que la CSC dans l'arrêt *Proulx* regroupe elle-même la réhabilitation et les trois derniers objectifs sous l'appellation « objectifs correctifs », ce qui rend parfois difficile la distinction que nous faisons ici. Nous avons tout de même tenté de traiter la réhabilitation à part des autres objectifs correctifs puisque cette théorie, ou plus précisément l'une de des théories de la réhabilitation fait partie de la RPM (réhabilitation par l'enfermement) alors que les autres objectifs semblent plus loin de cette RPM.

concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement⁶⁴ » (*R. c. Proulx*, CSC, par 19, nos italiques, souligné dans l'original)⁶⁵.

La CSC ajoute que « [p]arce qu'elle est purgée dans la collectivité, la peine d'emprisonnement avec sursis permet généralement de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice corrective » (*R. c. Proulx*, CSC, par 22, nos italiques). L'extrait qui précède permet de constater que la CSC semble concevoir que la réhabilitation se réalise mieux en milieu non carcéral. En effet, la CSC interprète les intentions du législateur comme étant de réduire le recours à l'incarcération et qu'un moyen d'y parvenir est de miser davantage sur la justice corrective, ce qui démontre que la prison n'est pas le meilleur endroit pour atteindre ces objectifs. De plus, la CSC indique clairement que c'est parce que l'emprisonnement avec sursis est une peine dans la collectivité qu'elle permet de réaliser les objectifs correctifs. Cela reprend l'idée dont nous avons déjà discuté que la prison est considérée comme étant un moyen plutôt inefficace d'atteindre, entre autres, l'objectif réhabilitatif, ce qui semble être un élément de la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité.

Toutefois, bien que l'emprisonnement avec sursis semble être considéré par le SDC comme un moyen – voire même un meilleur moyen que l'incarcération – de réaliser les objectifs correctifs, il semble que l'emprisonnement avec sursis ne réhabilite (traite) pas « en soi », comme c'était d'ailleurs le cas pour les objectifs de dissuasion et de dénonciation.

Le traitement est l'une des façons de réaliser cet objectif correctif, c'est-à-dire par la participation du contrevenant à un programme de traitement lié à une problématique « ayant mené » au crime. Comme le rappelle le juge en chef Lamer, « [d]ans le cadre du sursis à l'emprisonnement, le juge qui détermine la peine peut ordonner au délinquant de suivre un programme de traitement, que ce dernier y consente ou non » (*R. c. Proulx*, CSC, par 25), et ce, conformément à l'article 742.3(2)e). Sur les cinq dossiers des cours d'appel précédant *Proulx* s'étant soldés par une peine d'emprisonnement avec sursis,

⁶⁴ Le terme « emprisonnement » doit ici se comprendre dans le sens d'incarcération (prison).

⁶⁵ Voir aussi *R. c. R.A.R.*, par 23; *R. c. Wells*, CSC, par. 31; *R. c. Bunn*, CSC, par. 17; *R. c. Knoblauch*, CSC, par. 23, *R. c. Fice*, CSC, juges dissidents, par. 70; *R. c. Wu*, CSC, juge dissidente, par. 74.

deux d'entre eux ont comme condition la participation à un programme de traitement, les deux cas portant sur des crimes à caractère sexuel (*R.A.R.* et *R.N.S.*). En ce qui a trait aux quatre décisions suivant *Proulx* confirmant une peine d'emprisonnement avec sursis, trois incluent une ordonnance de traitement dans la collectivité (*R.A.R.*, *L.F.W.* et *Knoblauch*). Toutefois, l'une des *conditions* pour que l'emprisonnement avec sursis puisse répondre à cet objectif correctif de traitement est que les programmes appropriés soient disponibles. La CSC rappelle que :

« Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Alberta dans *Brady*, précité, au par. 135:

[TRADUCTION] 'Une ordonnance de sursis à l'emprisonnement rédigée dans l'abstrait, sans savoir quelles sont les ressources — mesures concrètes de surveillance, établissements et programmes — disponibles et si elles conviennent dans le cas du délinquant concerné est souvent pire qu'une peine symbolique: elle n'est qu'une mascarade' » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 73).

« Pour décider s'il est possible de réaliser des objectifs correctifs dans une affaire donnée, le juge doit étudier les chances de réinsertion sociale du délinquant, notamment en tenant compte [entre autres] de l'existence de programmes appropriés de service communautaire et de traitement dans la collectivité » (*R. c. Proulx*, CSC, par 113).

L'hypothèse que la disponibilité des traitements dans la collectivité pourrait être un élément justifiant et favorisant l'octroi de l'emprisonnement avec sursis et, à l'inverse, que l'absence de traitement pourrait faciliter l'incarcération, semble se confirmer dans certaines décisions. À titre d'exemple, la disponibilité des traitements dans la communauté est utilisée dans *Knoblauch* par les juges majoritaires de la CSC afin d'appuyer leur conclusion que l'internement du contrevenant dans une aile psychiatrique sécuritaire peut être une des conditions faisant partie de l'ordonnance de sursis. À cet effet, le juge signant au nom de la majorité, indique que le régime d'octroi de l'emprisonnement avec sursis

« est conçu de façon à prendre en compte les besoins du délinquant et ceux de la collectivité au sein de laquelle ce dernier devra être réinséré. À mon avis, cela veut dire entre autres tirer pleinement parti des services offerts dans la collectivité, y compris des programmes de résidence, notamment ceux comportant un aspect obligatoire, dans la mesure où ces programmes servent les fins énoncées à l'art. 718 du *Code criminel*. [...] Il y a des établissements psychiatriques au sein de nos collectivités

et certains d'entre eux offrent des programmes de traitement en résidence qui peuvent clairement constituer une condition facultative visée à l'al. 742.3(2)f). L'article 742.1 a pour but d'inviter les tribunaux à tirer parti de tous les services disponibles au sein de la collectivité afin de trouver une mesure de rechange à l'emprisonnement dans un établissement pénitentiaire » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par. 41).

Dans *Wells*, c'est plutôt l'absence de traitement qui semble jouer en défaveur de l'octroi de l'emprisonnement avec sursis. La CSC confirme la peine d'incarcération et indique que « l'appelant a présenté la preuve de la disponibilité de programmes de traitement pour abus d'alcool ou de drogue destinés spécifiquement aux Autochtones. Il y avait toutefois une indication que le programme pertinent n'était pas approprié pour l'appelant, puisque ce dernier était un délinquant sexuel. En outre, il n'y avait aucune preuve de l'existence d'un programme de traitement des délinquants sexuels ou de la participation de l'appelant à un tel programme » (*R. c. Wells*, CSC, par. 52). Dans le même ordre d'idée, l'absence, en Ontario, d'un programme de travaux compensatoires pour « payer une amende » a entre autres poussé les juges de la CSC à maintenir l'amende et à prononcer une peine d'incarcération à défaut de payer, malgré que le juge du procès ait considéré que le contrevenant n'avait pas, et n'aurait pas dans un délai rapproché, la capacité de payer la somme due⁶⁶.

Nous pouvons ici nous demander pourquoi l'objectif correctif de réhabilitation semble jouer un rôle assez important dans la décision d'ordonner ou non l'emprisonnement avec sursis alors que nous avons démontré précédemment que les objectifs punitifs semblaient être des éléments centraux lorsque venait le temps de justifier soit la prison, soit l'emprisonnement avec sursis. Ceci nous mène à la deuxième « condition » que doit remplir l'emprisonnement avec sursis lorsqu'il est question des objectifs correctifs : il semble que pour que les objectifs correctifs soient pris en compte dans la décision d'octroyer l'emprisonnement avec sursis, il faut d'abord qu'il ait été convenu que l'emprisonnement avec sursis puisse répondre adéquatement aux objectifs punitifs.

⁶⁶ Notons qu'il semble que ce soit principalement pour éviter une « extension du filet pénal » que la CSC refuse de donner un emprisonnement avec sursis dans ce dossier. Puisque le contrevenant ne méritait pas d'être emprisonné, la Cour refuse de lui donner un emprisonnement avec sursis (qui est une forme d'emprisonnement) pour la simple raison qu'il est incapable de payer l'amende immédiatement : voir *R. c. Wu*, CSC, par. 2 et 27.

En effet, les objectifs correctifs semblent être relégués au second plan lorsque les objectifs punitifs ne peuvent pas être réalisés par l'emprisonnement avec sursis :

« For the purpose of the analysis in this case I accept that safety of the community is not a concern, and that the factors of rehabilitation and specific deterrence do not require that the respondent serve his time in a prison. [...] *The real issue here* is whether retribution, denunciation and general deterrence can be adequately served by a conditional sentence with "meaningful" conditions, as the trial judge concluded could be done » (*R. c. L.F.W., CA*, juge dissident, par 116, nos italiques).

L'arrêt de principe confirme même que, dans certains cas, les objectifs correctifs peuvent devenir tributaires des objectifs punitifs tels que la dénonciation et la dissuasion. Le juge en chef indique que « [l]orsque des objectifs punitifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, par exemple en présence de circonstances aggravantes, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait également permettre la réalisation d'objectifs correctifs » (*R. c. Proulx, CSC*, par. 114). Il illustre bien cela lorsqu'il confirme la peine d'incarcération du juge du procès et affirme que, bien que la prison « n'était pas indispensable pour dissuader l'intimé de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, elle était toutefois nécessaire pour dénoncer le comportement de l'intimé et pour dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement » (*R. c. Proulx, CSC*, par. 128).

Cette façon de conclure que la prison est la peine adéquate (c'est-à-dire en mettant davantage l'accent sur les objectifs de dénonciation et de dissuasion) omet de considérer que l'emprisonnement avec sursis aurait pu être justifié principalement au nom de la réhabilitation (ou du maintien et renforcement de la réhabilitation qui semble ne pas poser de problème). Ou encore parce que la neutralisation de l'individu et sa dissuasion spécifique n'est pas nécessaire. L'incarcération aurait d'ailleurs pu être discréditée de la même façon. Or, bien que les peines rendues par les cours doivent viser *un ou plusieurs* des objectifs de la peine, il semble qu'il soit difficile pour le SDC de mettre de côté les

objectifs de dissuasion générale et de dénonciation, du moins pour certains crimes et certains contrevenants.

La CSC précise d'ailleurs que bien que l'emprisonnement avec sursis puisse être une mesure permettant d'atteindre, on l'a vu, les objectifs punitifs mais également ceux correctifs, « il peut survenir des cas où la nécessité de dénoncer est si pressante que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant⁶⁷ » (*R. c. Proulx*, CSC, par.106) et ajoutera que cela est vrai « en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait également permettre la réalisation d'objectifs correctifs » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 114). Le juge en chef poursuit en disant qu'« [à] l'inverse, [...] il est possible que l'emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d'importance ». Il est intéressant de noter qu'une troisième possibilité semble « oubliée » par la CSC. Il n'est en effet jamais dit dans *Proulx* qu'il peut exister des cas où les objectifs *correctifs sont si importants que l'emprisonnement avec sursis sera la seule peine qui convienne*, et ce, malgré les réserves énoncées précédemment par la CSC en ce qui a trait à l'incarcération et la réalisation des objectifs punitifs de la peine (comme la dissuasion par exemple).

Tout ce que nous avons dit sur l'objectif de la réhabilitation nous permet de croire que, bien que le SDC semble concevoir que la réhabilitation se réalise mieux (mais pas exclusivement) à l'extérieur des murs de la prison, encore faut-il que les traitements soient disponibles *et* que les objectifs de dénonciation et de dissuasion puissent être réalisés par l'emprisonnement avec sursis. Il semble donc que, une fois que la Cour a conclu *dans un premier temps* que l'emprisonnement avec sursis ne va pas à l'encontre des objectifs punitifs (dénonciation, dissuasion et/ou rétribution), elle impose *dans un deuxième temps* des conditions pour réaliser les objectifs correctifs (traitement, mais aussi travaux communautaires comme nous le verrons plus loin). Nous sommes portée à croire que l'importance des objectifs de dissuasion et de dénonciation que nous avons démontrée précédemment fera en sorte que des contrevenants qui auraient pu bénéficier d'une peine non carcérale, notamment en raison de l'objectif de réhabilitation, seront tout

⁶⁷ Ici, nous voyons bien apparaître un élément de la théorie de la dénonciation de Stephen.

de même être incarcérés (du moins lorsque la nature des crimes commis et leur gravité demandent un fort besoin de dissuasion et de dénonciation, bien qu'ils ne soient pas exclus *a priori* des critères d'octroi de l'emprisonnement avec sursis). Bref, nous pouvons dire que nos documents ne font pas de la réhabilitation un élément majeur dans le choix et dans la justification d'octroyer une peine d'emprisonnement avec sursis (ou une peine de prison).

Ces remarques semblent s'appliquer pour tous les documents à l'étude, peut-être à l'exception de deux bémols. D'abord, un premier bémol en ce qui concerne *Wells* et dont nous avons déjà discuté. Rappelons simplement que la preuve qu'il avait déposée devant la Cour concernant sa participation à un programme de traitement pour abus d'alcool avait été refusée en raison de l'exclusion, par ce programme, des gens ayant des antécédents criminels à caractère sexuel, ce qui était le cas de l'intimé. Dans ce cas, l'absence de preuve de traitement a possiblement joué dans la décision de la Cour d'appel et de la CSC d'imposer la prison.

Le deuxième bémol concerne *Knoblauch*, seul « cas » où l'individu a été reconnu par chaque instance comme étant dangereux. La CSC a conclu, à la majorité, que l'individu ne devrait pas être incarcéré et qu'il devrait plutôt être condamné à un emprisonnement avec sursis, notamment en raison de ses problèmes de santé mentale. La CSC a ainsi suivi la recommandation du psychiatre de l'accusé à l'effet que « la meilleure façon de traiter l'appelant était de l'hospitaliser » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par 6) et rappelle que « [l]e juge Chrumka [juge du procès] disposait d'éléments de preuve non contredits qui indiquaient que non seulement l'incarcération ne s'attaquerait vraisemblablement pas aux causes de la dangerosité de l'appelant, mais que le milieu carcéral aurait probablement pour effet d'aggraver son état » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par. 31). On peut conclure ici que l'individu a évité l'incarcération et que l'une des raisons qui a sans aucun doute pesé dans la balance était sa réhabilitation (traitement). Notons toutefois une chose. Les objectifs de dissuasion et de dénonciation sont quasi absentes dans cette décision, ces objectifs ne semblant pas jouer un rôle déterminant dans la détermination de la peine. Cela est peut-être dû au fait que les gens souffrant de certaines maladies

mentales sont souvent exclues par les théories rétributivistes et utilitaristes, les notions de libre arbitre ou de volonté libre étant importantes pour ces théories. Il était dès lors peut-être plus facile pour la CSC de donner une plus grande place à l'objectif de réhabilitation et de mettre de côté les objectifs punitifs. De plus, l'une des conditions de l'ordonnance de sursis de M. *Knoblauch* était de demeurer dans une aile psychiatrique sécuritaire afin de contrôler le danger qu'il représente pour la société, ce qui laisse présager que des considérations autres (plus, ou du moins tout aussi importantes que la réhabilitation) aient pu influencer sur la décision d'octroyer un emprisonnement avec sursis. Nous reviendrons, dans la dernière section du présent chapitre, sur ce point particulier.

3.1.2.2 La prise de conscience des responsabilités, la reconnaissance et la réparation des torts causés

La prise de conscience des responsabilités par la reconnaissance des torts et la réparation des torts causés rappellent des principes importants de ce qu'on appelle la justice « restaurative », qui est une forme de justice qui a une philosophie toute autre que la philosophie punitive du SDC. Il est donc intéressant de se demander comment le SDC compose avec des objectifs qui semblent être hors de sa rationalité pénale dominante.

Les travaux communautaires semblent être un autre moyen à la disposition des juges pour réaliser les objectifs correctifs en milieu ouvert. Quatre des sept décisions pour lesquelles les cours d'appel ont, majoritairement ou unanimement, prononcé une peine d'emprisonnement avec sursis comprennent des travaux communautaires comme condition de l'ordonnance (*Proulx, R.A.R., L.F.W. et Bunn*). La CSC confirmera les ordonnances de sursis, et par le fait même la condition de travaux communautaires, dans trois de ces quatre dossiers (*R.A.R.*⁶⁸, *L.F.W.* et *Bunn*⁶⁹). La raison de l'inclusion des travaux communautaires dans l'ordonnance de sursis n'est pas toujours claire; on n'en fait mention qu'à la toute fin de la décision, lorsque la Cour d'appel énumère les

⁶⁸ Rappelons ici que dans ce dossier, la CSC confirme la peine de sursis pour les deux chefs de voies de fait mais non pas pour le chef d'agression sexuelle.

⁶⁹ Notons que bien que la CSC confirme l'emprisonnement avec sursis dans *Knoblauch*, nous n'en parlerons pas puisque l'ordonnance de sursis ne contient pas la condition d'effectuer des travaux communautaires.

conditions qui font partie de l'ordonnance de sursis. Par contre, on peut lire dans *Bunn* que « l'obligation pour l'intimé d'accomplir 200 heures de service communautaire [est une] condition permettant de réaliser l'objectif correctif de *réparation des torts causés à la collectivité* » (*R. c. Bunn*, CSC, par 23, nos italiques).

Par contre, il est intéressant de noter que cet objectif semble, dans certains cas, être considéré comme impossible à atteindre par les tribunaux. Dans *L.F.W.* les juges majoritaires de la Cour d'appel indiquent ceci :

« Earlier in this decision mention was made of the stress that the new sentencing provisions placed upon reparation and restitution to victims and promotion of a sense of responsibility amongst offenders. While this must be a real consideration where feasible, the sad reality is that it is impossible to provide through the sentencing process meaningful reparation for the havoc in her life as a result of Mr. W.'s assaults.

Child sexual abuse naturally evokes strong feelings of outrage which are not blunted by the passage of time. As Wood, J.A. is reported at pp 520-1 of *R. v. M.* (C.A.) to have remarked when that case was before the British Columbia Court of Appeal crimes against children are "such as to bring forth in all decent and right thinking people a natural desire to see the most severe form of punishment imposed ..." upon the perpetrators. However, no term of incarceration of Mr. W., whatever its length can ever restore to his victim what she has lost » (*R. c. LFW*, CA, par 65-66).

Il semble qu'il soit difficile pour le SDC de concevoir que la réparation des torts causés puisse se réaliser par des travaux communautaires (ou même par la prison) lors d'infractions contre la personne, ou du moins lors d'un abus sexuel. Les travaux communautaires semblent mieux réaliser l'objectif de réparation des torts causés lorsque des biens ou de l'argent sont en cause. Par exemple, dans *Wu*, la Cour d'appel et la CSC auraient permis à l'individu d'effectuer des travaux compensatoires pour payer l'amende minimale pour la contrebande de cigarettes si un tel programme avait existé dans la province. Le SDC semble pouvoir concevoir que la réparation des torts causés est importante, mais sa façon de penser limite pourtant la portée que la réparation peut avoir, se limitant à une réparation matérielle. Par exemple, la CSC dans *R.A.R* indique que « depuis le prononcé de la peine initiale, l'intimé avait versé la somme de 10 000 \$ à la plaignante en règlement de la procédure engagée par celle-ci devant la Commission des

droits de la personne du Manitoba relativement aux mêmes événements. Ce fait militait en faveur de la poursuite d'objectifs de justice corrective et, par conséquent, en faveur du prononcé d'une peine d'emprisonnement avec sursis » (*R. c. R.A.R.*, CSC, par 30). Dans le même ordre d'idées, les juges majoritaires de la Cour d'appel dans *L.F.W.* rappellent, au paragraphe 19, que selon l'article 740 du *Code criminel*, le dédommagement doit avoir priorité sur l'amende.

Non seulement le SDC semble être dépourvu de moyens pour réaliser la réparation des torts causés, mais il est également intéressant de noter que, dans certaines décisions, les objectifs correctifs, et les moyens pour les atteindre, semblent être complètement récupérés par une philosophie pénale afflictive. À titre d'exemple, le juge dissident de la Cour d'appel dans *L.F.W.*, bien qu'optant pour une peine d'incarcération pour le cas donné, dit ceci, en parlant de la peine d'emprisonnement avec sursis : « [i]f the conditions are seen in the community as limiting the liberty of the offender, they become an effective method of sending the message of *general deterrence, particularly when coupled with community service* » (*R. c. L.F.W.*, CA, juge dissident, par 111, nos italiques). Les travaux communautaires, mesure que l'on peut associer aux objectifs correctifs, semblent donc être considérés comme un moyen participant à la réalisation d'objectifs punitifs, tels que la dissuasion générale. Le juge en chef, dans l'arrêt *Proulx*, viendra confirmer cette idée en indiquant que

« le fait d'imposer au délinquant une ordonnance de service communautaire peut l'aider à réparer les torts qu'il a causés à la collectivité et l'amener à prendre conscience de ses responsabilités. À cet égard, constituerait une possibilité intéressante une ordonnance l'obligeant à parler en public des conséquences malheureuses de sa conduite, dans la mesure où le délinquant est ouvert à une telle condition. Non seulement une telle ordonnance pourrait-elle amener le délinquant à prendre conscience de ses responsabilités et à reconnaître les torts qu'il a causés, *mais elle pourrait également favoriser la réalisation de l'objectif de dissuasion générale* [...] Si les tribunaux recourent davantage aux ordonnances de service communautaire, le public considérera que les délinquants s'acquittent de leur dette envers la société. Une telle mesure aura également pour effet d'aider à accroître le respect de la loi par le public » (*R. c. Proulx*, CSC, par 112, nos italiques).

Des mesures correctives semblent donc mobilisées au nom d'objectifs punitifs. Inversement, nous pouvons observer que l'utilisation de conditions punitives et restrictives est justifiée au nom d'objectifs correctifs :

« This is not to advocate that Mr. W. should be relieved of *bearing the responsibility* for his actions. It is no mean punishment for a person of previously unblemished reputation to bear the stigma of being confined to a virtual house arrest, *subject to restricted conditions of circulation within a community* [...] » (R. c. LFW, CA, par 67, nos italiques).

« *La détention à domicile* est une autre mesure qui peut contribuer, dans une certaine mesure, à la *réinsertion sociale du délinquant*, en ce qu'elle l'empêche de maintenir ses fréquentations antisociales en plus de favoriser des comportements socialement souhaitables tels que l'assiduité au travail ou aux cours: voir Roberts, «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady», *loc. cit.*, à la p. 65. » (R. c. Proulx, CSC, par 111)⁷⁰

Il semble que les objectifs correctifs et les moyens pouvant permettre de les atteindre soient complètement récupérés par la rationalité « afflictive » du SDC. Les travaux communautaires sont considérés comme un moyen de réparer les torts causés qui sont seulement d'ordre monétaire et comme un moyen pouvant dissuader. L'objectif de « prise de conscience des responsabilités par les contrevenants » semble passer par la stigmatisation de l'individu et par des conditions restrictives. Cela témoigne d'une rationalité pénale qui compose difficilement avec des objectifs qui ne sont pas *a priori* punitifs⁷¹.

3.1.3 L'emprisonnement avec sursis et son rapprochement avec la prison en termes de « dispositif » et de « philosophie pénale »

Tout ce que nous venons de présenter sur les objectifs punitifs et correctifs de la peine permet de voir que l'emprisonnement avec sursis, pourtant une peine « non carcérale », semble se rapprocher grandement de la prison à plusieurs égards. En effet, la RPM (les

⁷⁰ Voir aussi R. c. Proulx, CA, par. 22 et R. c. Proulx, CSC, par. 41.

⁷¹ D'ailleurs, nous pouvons voir dans Wells que la CSC, bien qu'elle reconnaisse que les Autochtones ont une approche plus restaurative de la justice, elle refuse de concevoir qu'une telle approche puisse être acceptable dans le cas de crime sérieux comme une agression sexuelle (R. c. Wells, CSC, par. 42)

théories de la peine) peut servir tant à discréditer l'emprisonnement avec sursis qu'à le valoriser. Or, la valorisation de l'emprisonnement avec sursis a un coût : celui de sa « carcéralisation⁷² ». Des conditions restrictives et une augmentation de la durée de l'ordonnance de sursis semblent être nécessaires à la valorisation de cette peine par le SDC; il semble que ce qui permet à ce dernier de considérer cette peine comme crédible (et encore, dans certains cas seulement). De plus, c'est au nom du respect des objectifs et principes (punitifs) de la peine que cette nouvelle « forme » est donnée à l'emprisonnement avec sursis. En ce sens, l'emprisonnement avec sursis serait un simple « changement normal⁷³ » (Cauchie et Kaminski, 2007; Cauchie, 2009) au sein du SDC, la RPM empêchant de faire d'elle une innovation potentielle.

D'un autre côté, l'emprisonnement avec sursis semble être « valorisé » puisqu'il permet de répondre plus adéquatement à l'objectif de réinsertion que l'incarcération, notamment parce qu'il est une peine qui se purge en dehors des murs de la prison. Toutefois, l'importance première accordée aux objectifs punitifs fait en sorte que l'objectif correctif semble être un simple « bonus » plutôt qu'une considération fondamentale de la détermination de la peine et de la valorisation du sursis. Cette caractéristique ne sera pas suffisante pour lui faire gagner de la crédibilité. Les objectifs punitifs semblent prendre le dessus sur ce qui paraissait pourtant être, à première vue, un objectif se rapprochant de la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité en reconnaissant un élément important de cette théorie, soit celui qu'il n'est pas nécessaire d'enfermer pour réhabiliter.

⁷² Nous sommes consciente qu'il est partiellement imprudent d'associer l'emprisonnement avec sursis à l'univers carcéral, laissant dans l'ombre des aspects plus positifs de cette peine, tels que la possibilité, pour le sursitaire, de garder son emploi, de maintenir des liens avec sa famille, etc. Par contre, il faut entendre ici par carcéralisation le contrôle du corps par l'espace, par l'usage de conditions strictes à remplir, ainsi que par la durée. De plus, il est important de ne pas confondre les possibles « effets heureux » de l'emprisonnement avec sursis et ce que les communications juridiques nous enseignent sur cette peine. Or, ces communications ne mettent pas l'accent sur les aspects plus positifs de cette peine. En ce sens, le terme carcéralisation nous paraît approprié.

⁷³ Précisions que l'expression « changement normal » est utilisée pour désigner un changement au sein du droit criminel moderne que l'on peut qualifier de changement *attendu* puisqu'il est conforme, puisqu'il n'entre pas en conflit avec certaines caractéristiques de ce système, notamment avec sa rationalité pénale dominante (Cauchie et Kaminski, 200; Cauchie, 2009).

La moindre importance accordée à la réhabilitation, mais aussi la récupération des autres objectifs correctifs par la rationalité pénale du SDC semble signifier que ces objectifs ne sont pas fondamentaux, ou du moins ne sont pas suffisants pour « punir ». Une peine répondant uniquement à ces objectifs n'entrera pas dans l'idée que se fait le SDC d'une « vraie peine ».

La moindre importance accordée à ces objectifs correctifs semble concorder avec le déclin de l'idéal réhabilitatif dont nous avons discuté et à un « retour » des objectifs punitifs, si chers d'ailleurs au régime néo-conservateur. Toutefois, ce déclin de l'idéal réhabilitatif ouvre aussi possiblement la porte à la prise en compte d'autres objectifs comme la neutralisation, la protection de la société et la gestion des risques. Jusqu'à quel point ces éléments, relevant davantage (ou tout autant) de « l'environnement du droit criminel » que du droit criminel lui-même, se répercutent-ils dans le prononcé des peines ? C'est à cette question que nous tenterons de répondre dans la prochaine et dernière section de cette analyse.

3.2 Le système de droit criminel est-il perméable aux discours de son environnement ?

Tel que mentionné précédemment, nous croyons que lorsque l'on cherche à comprendre les changements qui se produisent dans les façons de penser et d'assurer le contrôle et la « gestion » des individus contrevenants, il est essentiel de comprendre non seulement comment le SDC « fonctionne » ou « raisonne », mais aussi de comprendre le contexte, l'environnement dans lequel ce système évolue. En effet, les éléments faisant partie de l'environnement du droit peuvent être récupérés et intégrés par le SDC. C'est la raison pour laquelle nous nous sommes également intéressée à repérer, dans nos documents, des thèmes se rapportant à la montée du néolibéralisme, du néo-conservatisme, du management pénal et de la nouvelle pénologie. Bien que ces discours se rapportent sans doute plus à l'exécution des peines qu'à la détermination de celles-ci, nous croyons tout de même qu'il est possible que ces discours viennent bousculer la rationalité pénale du SDC. Rappelons que nous allons tenter d'observer, dans nos documents, l'importance

qu'a l'objectif de gestion des risques dans le prononcé des peines (comparativement aux objectifs de la peine), au rôle que joue la communauté dans la gestion de la criminalité, mais aussi à la figure du sursitaire.

3.2.1 La gestion des risques et le rôle de la communauté dans la surveillance

Notons dès maintenant que la question de la gestion des risques et de la dangerosité (ou plutôt absence de dangerosité), que nous avons délibérément « mis en suspens » jusqu'à maintenant, est centrale lorsque l'on s'intéresse à l'emprisonnement avec sursis. En effet, l'un des critères d'octroi de l'emprisonnement avec sursis est que « le fait de permettre au contrevenant de purger sa peine dans la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci⁷⁴ ».

Débutons par quelques remarques préliminaires sur les notions de dangerosité, de risque de récidive et de protection de la société, principalement en utilisant l'arrêt de principe. On peut y lire que « la question qui se pose ici est de savoir si la notion de 'danger pour la sécurité de la collectivité' s'entend uniquement par la menace posée par le délinquant en cause ou si elle s'entend également du risque plus général de menace au respect de la loi » (*R. c. Proulx, CSC*, par. 66). Le juge en Chef ne répond pas directement à la question; il se contente de rappeler que les critères d'octroi de l'emprisonnement avec sursis nécessitent que tant la dangerosité de l'individu que les objectifs de la peine soient pris en compte. Il ajoute toutefois que « la majorité des cours d'appel ont jugé que ce critère visait uniquement la menace posée par le délinquant en cause » (*Ibid*, par. 68).

De plus, cet arrêt explique que le risque que pose le délinquant pour la collectivité s'il purge sa peine au sein de celle-ci doit tenir compte de deux facteurs :

« (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Si le tribunal conclut que le risque de récidive est réel, le délinquant doit être incarcéré. Il est évident qu'il y a toujours un certain risque que le délinquant récidive. Si le tribunal estime que ce risque est minime, la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive doit également être prise en

⁷⁴ Article 742.1 du *Code criminel*.

considération. Dans certains cas, quoique le risque de récidive soit minime, la possibilité d'un préjudice considérable aura pour effet de faire obstacle au prononcé de l'emprisonnement avec sursis » (*Ibid*, par. 69)

Enfin, notons que la CSC indique que « les mots 'ne met pas en danger la sécurité de [la collectivité]' devraient être interprétés largement, et ils visent les risques créés par toute activité criminelle. Cette interprétation large englobe les risques de préjudice pécuniaire » (*Ibid*, par. 76).

Compte tenu des critères d'octroi de l'emprisonnement avec sursis, nous pouvons constater que si le contrevenant est considéré comme dangereux, le débat à savoir si c'est l'emprisonnement avec sursis ou la peine d'incarcération qui est appropriée ne se pose pas. C'est d'ailleurs fort probablement la raison pour laquelle on ne retrouve pas, dans nos documents empiriques, beaucoup de débats et de discussions à savoir si les contrevenants des différents cas sont dangereux ou non. Mais précisons que ce qui est peu visible ne veut pas dire que c'est absent. Dans tous les dossiers à l'étude, à l'exception de *Knoblauch*⁷⁵, il est reconnu par les Cours que les contrevenants ne constituent pas une menace pour la collectivité. Or, ce ne sont pas tous ces contrevenants, bien que considérés comme étant non dangereux, qui se verront octroyer une peine d'emprisonnement avec sursis.

Si l'on cherche les raisons à cela, nous pouvons remarquer que l'absence de dangerosité ou de risques ne semble pas être l'élément central dans la décision d'octroyer l'emprisonnement avec sursis, du moins lorsque la dangerosité ou les risques que représente le contrevenant ne semblent pas poser de problèmes. Des débats à ce sujet sont d'ailleurs présents dans nos documents empiriques. En effet, avant l'arrêt *Proulx*, deux « conceptions » sont présentes. La première indique que lorsque le tribunal, tenant compte des principes et objectifs de la peine, considère que la peine appropriée est de moins de deux ans et que la personne contrevenante ne représente pas un danger pour la collectivité, ce dernier critère devrait être « décisif » et que l'emprisonnement avec sursis

⁷⁵ Nous reviendrons plus loin sur ce dossier particulier.

devrait généralement être octroyé⁷⁶. Une deuxième conception est que lorsque le tribunal conclut que la peine devrait être de moins de deux ans et que le contrevenant ne représente pas un danger pour la collectivité, il faut encore s'assurer que le fait de permettre au contrevenant de purger sa peine dans la collectivité soit conforme aux objectifs et principes de la détermination de la peine (dénonciation, dissuasion, rétribution, proportionnalité, etc.)⁷⁷. L'ajout du quatrième critère d'octroi de l'emprisonnement avec sursis⁷⁸ est un élément utilisé par certaines cours pour justifier que c'est cette deuxième conception qui est la « bonne », bien que pour d'autres cours, ce quatrième critère ne change pas le fait que l'absence de dangerosité est l'élément principal pour décider si l'emprisonnement avec sursis se doit d'être octroyé.

L'arrêt *Proulx* tranchera ce débat en faveur de la deuxième conception⁷⁹. Le juge en chef Lamer indique que les objectifs et principes de la peine doivent être pris en compte sérieusement lorsque vient le temps de décider si la peine d'emprisonnement avec sursis est la peine appropriée, faisant ainsi du troisième critère (l'absence de dangerosité), un simple préalable dans l'équation. Notons à ce sujet les propos de la CSC dans l'arrêt de principe :

« L'objectif d'isolement du délinquant du reste de la société ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de décider si la condamnation de celui-ci à l'emprisonnement avec sursis serait compatible avec l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine, puisqu'un préalable à l'infliction de cette sanction est que le délinquant ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'isoler complètement le délinquant du reste de la société. Dans la mesure où l'incarcération

⁷⁶ Cette conception est présente dans les décisions des cours d'appel précédant l'arrêt *Proulx* dans *R. c. R.A.R.*, CA, par. 27, 29. C'est également cette conception que semble adopter la Cour d'appel dans, *R. c. Proulx.*, CA, par. 12-14.

⁷⁷ Cette conception est présente dans les décisions des cours d'appel précédant *Proulx* pour deux dossiers. Voir *R. c. Bunn*, CA, par. 22, *R. c. L.F.W.*, CA, par. 33-34.

⁷⁸ Précisions que lorsque l'emprisonnement avec sursis est entré en vigueur en septembre 1996, l'article 742.1 ne comportait que trois critères d'octroi soit (1) le crime n'est punissable d'aucune peine minimale; (2) la durée de la peine jugée adéquate est de moins de deux ans et (3) le fait de permettre au contrevenant de purger sa peine dans la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci. Or, moins d'un an après l'entrée en vigueur de cette peine, un amendement a été apporté à cet article de loi (qui n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucun débat à la chambre des communes) lors de l'adoption d'un projet de loi omnibus (*Projet de loi C-17 (Loi modifiant le Code criminel et certaines lois)* de 1997). L'amendement a ajouté un quatrième critère d'octroi à l'emprisonnement avec sursis, celui que le fait de permettre au contrevenant de purger sa peine dans la collectivité doit être conforme aux objectifs et principes de la détermination de la peine, tels qu'inscrits aux articles 718 à 718.2 du *Code criminel*.

⁷⁹ Notons également que la première conception n'est présente dans aucune des décisions suivant *Proulx*.

— qui implique l’isolement complet des délinquants — est justifiée lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis, c’est en raison des objectifs de dénonciation et de dissuasion, et non du besoin d’isolement comme tel » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 108).

Nous voyons bien ici que les principes de la peine peuvent servir d’obstacles à la valorisation de l’emprisonnement avec sursis, dont nous avons parlé dans la section précédente.

Toutefois, qu’en est-il lorsque qu’un contrevenant est considéré comme représentant un risque pour la collectivité ? Nous utiliserons le cas de *Knoblauch* pour répondre à cette question puisque c’est le seul cas pour lequel il a été reconnu et non contesté que l’individu représentait un danger pour la collectivité, « résultat de l’effet combiné de sa maladie mentale et de sa capacité de se procurer et d’utiliser des matériaux et dispositifs explosifs » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par. 30). Étonnamment, les juges majoritaires de la CSC indiquent que « l’art. 724.1 n’exclut pas les ‘délinquants dangereux’ du champ d’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par 26). Ces propos plutôt surprenants peuvent être mieux compris en reprenant les indications de *Proulx*, que la CSC dans ce dossier rappelle d’ailleurs. On peut lire dans *Proulx* que :

« [L]e risque de récidive devrait aussi être apprécié à la lumière des conditions assortissant l’ordonnance de sursis à l’emprisonnement. Dans les cas où il y a un certain risque que le délinquant puisse mettre en danger la sécurité de la collectivité, il est possible de réduire ce risque au minimum en assortissant l’ordonnance de conditions appropriées » (*Proulx*, CSC, par. 72).

Cet extrait semble confirmer que la non-dangereosité, ou plus précisément la diminution des risques, demeure un préalable dans la décision d’octroyer une peine dans la collectivité et dans la « forme » que prendra l’ordonnance de sursis. La CSC conclut, dans ce dossier, que la condition que le contrevenant soit confiné dans une aile psychiatrique sécuritaire est une condition appropriée de l’emprisonnement avec sursis et qu’elle permet de diminuer au maximum la dangereosité de l’individu. Elle indique, à cet effet, qu’« [u]ne peine devant être purgée ailleurs qu’en prison et s’attaquant aux deux

sources de la dangerosité de l'appelant permet à mon avis de réduire autant sinon plus le danger que celui-ci représente pour la collectivité que ne le ferait une peine d'incarcération, et ce tant pendant la durée de la peine qu'après, et même davantage après » (*Ibid*, par. 33)⁸⁰. De plus, la CSC affirme, pour justifier cette condition de l'ordonnance de sursis, que l'appelant, s'il était incarcéré, pourrait se voir octroyer une libération anticipée (*R. c. Knoblauch*, CSC, par. 29). La CSC conclue alors que l'emprisonnement avec sursis, suivie d'une probation de trois ans (les deux ordonnances comportant la condition que l'individu doit demeurer dans un hôpital psychiatrique), est « la peine qui offrait la meilleure garantie que la dangerosité de l'appelant serait limitée pendant la plus longue période, situation qui, tant à court terme qu'à long terme, présente des avantages pour l'ensemble de la collectivité » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par 48).

Il semble donc que l'emprisonnement avec sursis peut, si l'ordonnance de sursis comprend des conditions « adéquates », réduire considérablement le niveau de dangerosité et de risque de l'individu contrevenant, tant et aussi longtemps qu'il sera possible de le surveiller dans la collectivité. La surveillance semble ici atteindre un niveau « extrême », le contrevenant étant confiné dans une aile psychiatrique sécuritaire⁸¹.

Bien que l'objectif de réhabilitation ait certainement eu une incidence sur la décision de ne pas incarcérer l'individu (la prison est vue comme pouvant *aggraver* la santé mentale déjà fragile de l'individu), il semble que le désir de suivre de près l'individu afin de limiter sa dangerosité *le plus longtemps possible* ait également pesé dans la balance. Bien que ce cas ait résulté en un emprisonnement avec sursis, les conditions imposées font de celui-ci une peine se rapprochant à plusieurs égards d'une peine carcérale.

⁸⁰ Notons que les juges dissidents dans cette affaire concluent, tout comme l'avait fait la Cour d'appel, que l'emprisonnement avec sursis n'est pas approprié, notamment en raison que l'accusé ne répond pas au critère d'absence de dangerosité.

⁸¹ D'ailleurs, la deuxième principale raison évoquée par les juges dissidents est justement que l'internement dans une aile psychiatrique sécuritaire ne peut pas être une condition de l'ordonnance de sursis, cette peine étant censée permettre au contrevenant de continuer à vaquer à ses occupations telles que les études ou le travail (voir *R. c. Knoblauch*, CSC, juges dissidents, par. 97)

L'exemple de *Knoblauch* permet également de constater que la communauté a un certain rôle à jouer dans la surveillance des individus contrevenants (le rôle de l'hôpital psychiatrique, en l'occurrence). Toutefois, comme c'était le cas pour les objectifs correctifs, l'implication de la communauté semble dépendre de la disponibilité des ressources au sein de celle-ci :

« le tribunal doit être au fait des mesures de surveillance existantes au sein de la collectivité ou en être informé par l'agent de surveillance ou par les avocats. Dans les cas où le degré de surveillance exercée au sein de la collectivité n'est pas suffisant pour assurer la sécurité de celle-ci, le tribunal devrait ordonner l'incarcération » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 73).

C'est d'ailleurs l'un des arguments utilisés par les juges majoritaires de la CSC dans *Knoblauch* afin de justifier que l'internement d'un contrevenant dans une aile psychiatrique peut être une des conditions de l'ordonnance de sursis, cette condition participant à la surveillance de l'individu (et au traitement de ses problèmes de santé mentale). Afin de justifier leur point de vue, ils diront que :

« [L]orsque, comme il se doit, elles sont considérées comme des solutions de rechange à l'incarcération au sens indiqué précédemment, les peines d'emprisonnement avec sursis n'empêchent pas le recours aux établissements communautaires, dont certains sont des résidences, simplement parce qu'ils participent de la détention. Il y a des établissements psychiatriques au sein de nos collectivités et certains d'entre eux offrent des programmes de traitement en résidence qui peuvent clairement constituer une condition facultative visée à l'al. 742.3(2)f). L'article 742.1 a pour but d'inviter les tribunaux à tirer parti de tous les services disponibles au sein de la collectivité afin de trouver une mesure de rechange à l'emprisonnement dans un établissement pénitentiaire » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par. 41, nos italiques).

Toutefois, il semble que le SDC considère qu'il ne faut pas imposer une « responsabilité » trop grande à la communauté en ce qui a trait à la surveillance des individus contrevenants. Bien que peu discutée dans nos documents empiriques, nous retrouvons tout de même l'idée qu'il faille limiter l'ingérence dans la communauté. Comme le mentionne le juge en Chef Lamer dans l'arrêt *Proulx* :

« Je souscris aux observations suivantes, formulées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario dans «Recent Developments in Sentencing», document préparé

pour le Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar qui s'est déroulé à Halifax les 25 et 26 février 1999, sous l'égide de l'Institut national de la magistrature, à la p. 63:

'[TRADUCTION] . . . les tribunaux doivent prendre soin de ne pas imposer de conditions de pure forme qu'il sera impossible de faire respecter efficacement. Par exemple, je crois que toute condition qui ne pourrait être appliquée qu'au prix d'une immixtion intolérable dans la vie privée de personnes innocentes poserait problème. Des conditions qui imposeraient un fardeau inacceptable à l'agent de surveillance seraient aussi d'une utilité douteuse. Si les conditions imposées par le tribunal sont irréalistes, elles auront pour effet de déconsidérer le système de justice' » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 117).

De plus, cet élément a été soulevé dans *R. c. Knoblauch*, sur la question de savoir si le confinement dans un hôpital psychiatrique pouvait être une condition de l'ordonnance de sursis. Les juges majoritaires dans ce dossier indiquent, pour justifier leur position qu'une telle condition est valable, qu'« [i]l n'y a rien au dossier du présent pourvoi [...] qui tende à indiquer que l'interprétation faite par le juge Chrumka de la Cour provinciale des art. 742.1 et 742.3 du *Code* aurait pour effet de grever ces ressources d'une manière ingérable ». La CSC rejette ainsi l'argument de la Couronne à l'effet que « le recours à l'emprisonnement avec sursis pour confiner certaines personnes dans des hôpitaux psychiatriques aura de sérieuses répercussions sur les ressources des provinces en la matière » (*R. c. Knoblauch*, CSC, par. 46).

Que conclure de ce que nous avons dit sur la gestion des risques et le rôle de la communauté dans cet objectif ? Il semble que le discours « amoral », « technique » de l'environnement du droit criminel en ce qui a trait à la question de la gestion des risques puisse faire écho dans le SDC dans le cadre du prononcé des peines. Il semble toutefois que l'importance de ces éléments soit différente selon que des contrevenants soient jugés dangereux ou qu'ils ne posent pas de danger pour la collectivité.

Le cas de *Knoblauch* nous a permis de démontrer que, pour les contrevenants jugés dangereux, la question de la gestion des risques est importante dans la détermination de

la peine. Importante, précisons-le, non pas pour valoriser l'emprisonnement avec sursis, mais bien pour y faire obstacle, ou du moins pour valoriser un emprisonnement avec sursis très « carcéralisé ». Cela semble témoigner de la prise en considération d'objectifs « gestionnaires » de neutralisation et/ou de surveillance étroite au sein de la collectivité. De la même façon, le troisième critère d'octroi de l'emprisonnement avec sursis indique que les contrevenants dangereux ne peuvent être admissibles à l'emprisonnement avec sursis. La CSC précise cependant que des conditions « appropriées » de l'ordonnance de sursis peuvent limiter les risques posés par les contrevenants posant un certain danger. Toutefois, pour ceux dont les risques ne peuvent être suffisamment limités par des conditions d'une ordonnance de sursis, la prison s'imposera, ce qui n'est pas sans rappeler la logique de « management pénal » ou de gestion efficace des risques que nous avons présentée dans le premier chapitre.

Parallèlement, nous pouvons aussi remarquer que dans les autres cas de notre corpus (ceux dont les individus ne sont pas considérés comme dangereux), l'élément de la gestion des risques ne semble pas être central dans la décision d'octroyer ou non l'emprisonnement avec sursis. Rappelons-nous les propos de *Proulx* indiquant que l'absence de dangerosité n'est qu'un préalable et que le critère décisif dans le choix d'octroyer l'emprisonnement avec sursis est le respect des principes et objectifs de la peine. Contrairement à ce que nous portons à croire des concepts comme la nouvelle pénologie, le choix d'une peine ne semble pas se faire nécessairement en fonction des risques que représentent les contrevenants. En ce sens, on pourrait plutôt conclure, avec Garland ou O'Malley, que des objectifs plus punitifs propres au néo-conservatisme ainsi qu'à la manière historique dont le SDC s'est autonomisé auraient également un rôle à jouer. Il semble alors que les changements dans le champ du contrôle de la criminalité ne changent pas tant le prononcé des peines. L'imposition d'une peine et le devoir de punir semblent être deux invariants dans le champ de l'action pénale (Kaminski, 2002 : 91). Toutefois, on l'a vu, le SDC considère que l'emprisonnement avec sursis peut atteindre, jusqu'à un certain point, ces objectifs punitifs. Cela signifie que des contrevenants non dangereux seront dorénavant, avec l'émergence grandissante des peines non carcérales, soumis à des mesures de surveillance et de contrôle au sein de notre collectivité.

L'emprisonnement avec sursis participerait à ce phénomène en étant une peine pour les contrevenants qui ne représentent *pas* un danger pour la collectivité, contribuant ainsi à l'augmentation du filet du contrôle pénal et de la surveillance.

En ce qui a trait à la communauté, nous pouvons remarquer que l'État, par l'entremise du SDC et des peines non carcérales, semble « transférer », jusqu' à un certain point du moins, sa responsabilité de contrôle des individus contrevenants à la communauté, conformément à ce que nous avons montré dans le chapitre initial. Toutefois, il apparaît que si les ressources de surveillance ne sont pas suffisantes au sein de celle-ci, certains délinquants non dangereux seront également incarcérés, tout comme le seront ceux dont le « degré de surveillance nécessaire » dépassera la limite de ce que le SDC peut « transférer » à la collectivité. Il semble donc que le SDC accepte cette idée de délégation et en ce sens, nous sommes portée à conclure qu'il « parle » de la même communauté que celle décrite par son environnement, soit la communauté comme participant de plus en plus à la gestion des risques. Mais encore faut-il d'une part que la collectivité ait les outils nécessaires pour le faire (disponibilité des programmes de surveillance) et, d'autre part, que la surveillance ne demande pas un effort trop important aux « gens honnêtes ». Nous voyons bien ici l'idée, présente dans la nouvelle pénologie, que si la surveillance d'un contrevenant dans la communauté engendre des coûts ou des risques trop élevés pour celle-ci, l'incarcération sera considérée comme la « meilleure solution ».

Si nous poussons l'analyse de nos documents plus loin, nous pouvons voir que ces peines non carcérales « demandent » aux contrevenants de participer à leur propre gestion des risques et que la présence ou l'absence de certaines caractéristiques particulières chez ces gens, témoignant de leur « capacité » ou « incapacité » à s'auto-contrôler, pourra possiblement influencer sur la décision d'octroyer ou non l'emprisonnement avec sursis.

3.2.2 La figure du sursitaire : un individu responsable et capable de s'auto-contrôler ?

La nouvelle pénologie et le management pénal permettent de constater et de comprendre les changements qui se produisent dans la façon de concevoir la personne contrevenante. C'est la raison pour laquelle nous avons décidé de nous pencher sur la manière dont les contrevenants sont décrits dans les décisions à l'étude et cherché à voir si cela avait une incidence sur la peine prononcée. Bien que nous soyons consciente que chaque cas est différent, et qu'une multitude de détails concernant l'individu peuvent influencer sur la décision, nous avons tout de même tenté de repérer certains éléments qui étaient mentionnés dans plus d'un dossier, ce qui laisse croire qu'ils ont une certaine importance.

Le fait que la personne contrevenante consomme ou non de l'alcool est un élément mentionné dans trois décisions à l'étude. Pour deux de ces cas, l'intimé a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis, tant par la Cour d'appel que par la CSC. Dans *Bunn*, la Cour d'appel mentionne qu'il n'y a aucun élément permettant de croire que Monsieur *Bunn* a un problème d'alcool, de drogue ou même de jeu (*R. c. Bunn*, CA, par. 15). Dans *L.F.W.*, la CSC indique, comme l'avait fait la Cour d'appel, que « [l']intimé a reconnu qu'il avait eu des problèmes d'alcoolisme dans le passé, à peu près à l'époque des infractions en cause, mais qu'il avait cessé de boire depuis environ 20 ans » (*R. c. L.F.W.*, par. 4). La CSC, quant à elle, se limite à indiquer à ce sujet qu'« il a été déterminé que l'appelant n'était pas une menace pour la collectivité tant qu'il s'abstenait de consommer de l'alcool » (*R. c. L.F.W.*, CSC, par. 11).

À l'inverse, pour le troisième dossier (*Wells*), c'est l'incarcération qui a été jugée par la Cour d'appel et la CSC comme étant la peine appropriée. Le rapport présentiel indique que le contrevenant avait un sérieux problème de consommation d'alcool depuis l'âge de 18 ans (*R. c. Wells*, CA, par. 19). Lorsque vient le temps de se prononcer sur la peine infligée par le juge du procès, la Cour d'appel souligne que « [w]hile it is clear that the Appellant has a longstanding problem of alcohol abuse, the Appellant *evidently made no effort prior to 1994 to address this problem* and all efforts to rehabilitate have been

subsequent to the offence » (*Ibid*, par. 69, nos italiques). Il semble que la non consommation d'alcool, ou le fait d'avoir réglé ce problème, puisse « faciliter » l'octroi d'une peine d'emprisonnement avec sursis. Inversement, le dernier extrait semble montrer que le fait d'avoir ce type de problème et de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour le régler puisse être perçu, par le SDC, comme une indication que l'individu ne peut pas (ou refuse) de se responsabiliser. Ces remarques ne sont que des hypothèses, compte tenu du peu de dossiers mentionnant cet aspect.

Si l'on cherche d'autres éléments liés aux individus, nous pouvons observer que la présence ou l'absence d'antécédents judiciaires est également important dans la détermination de la peine. En effet, le fait que le contrevenant n'ait pas d'antécédent criminel est mentionné dans six des neuf dossiers constituant le corpus empirique, et trois dossiers font référence aux antécédents de l'individu et aux bris de conditions.

Il est toutefois difficile d'évaluer le poids qu'a ce facteur puisqu'il ne semble pas y avoir de « tendance » dans nos décisions. Pour ce qui est de la Cour d'appel, sur les sept décisions octroyant l'emprisonnement avec sursis, six d'entre elles⁸² font mention que l'individu n'a pas de dossier judiciaire. Par contre, la CSC modifie l'emprisonnement avec sursis en une peine d'incarcération pour trois de ces dossiers⁸³. Inversement, la Cour d'appel prononce une peine d'incarcération pour deux dossiers dans lesquels la personne contrevenante a soit des antécédents judiciaires, soit un bris de condition⁸⁴. La CSC modifiera la peine d'incarcération en un emprisonnement avec sursis pour l'un de ces deux dossiers, soit *Knoblauch*. Notons enfin que la Cour d'appel juge que l'emprisonnement avec sursis est la peine appropriée pour *Fice* alors que la contrevenante a fait l'objet d'un bris de condition, décision que la CSC rejette et modifie en une peine d'incarcération.

⁸² *R.N.S., Proulx, R.A.R., L.F.W., Bunn et Wu.*

⁸³ *R.N.S., Proulx et R.A.R.* Notons que pour *Wu*, la CSC ne confirme pas l'emprisonnement avec sursis, mais ordonne plutôt le paiement de l'amende et l'incarcération à défaut de payer.

⁸⁴ *Wells et Knoblauch*

Malgré ces constats qui semblent contradictoires, nous avons certaines indications à l'effet que l'absence d'antécédent judiciaire ou de bris de condition puisse être un élément favorisant l'octroi de l'emprisonnement avec sursis. Notons d'abord que le juge dissident de la Cour d'appel indique ceci :

« [i]t is my view that in determining whether service of a term in the community is appropriate, in addition to the principles and objectives enunciated by the Code, the following factors may be considered [...]

1. Repeat offenders who have committed an offence while on parole or under an order of the court requiring that they be of good behaviour will be less likely to be suitable for conditional sentences, as such individuals *will have demonstrated an unwillingness to abide by orders of the court while living in the community* » (*R. c. L.F.W.*, CA, juge dissident, par. 115, nos italiques).

De plus, dans *L.F.W.*, la CSC confirme la peine d'emprisonnement avec sursis prononcée par le juge de première instance et rappelle que ce dernier « a aussi relevé un facteur atténuant, savoir que plus d'un quart de siècle s'était écoulé sans qu'aucune autre infraction du genre n'ait été commise par l'intimé » (*R. c. L.F.W.*, CSC, par. 24). Enfin, notons que dans *Proulx*, la Cour d'appel indique que « [t]he absence of a criminal record is a particularly important factor » dans le choix d'imposer l'emprisonnement avec sursis (*R. c. Proulx*, CA, par. 36). Bien que la CSC, dans ce dossier, renverse la décision de la Cour d'appel et confirme la peine d'incarcération du juge du procès, le juge en chef Lamer admet qu'il aurait peut-être infligé une peine d'emprisonnement avec sursis s'il avait présidé le procès. L'une des raisons mentionnées pour justifier cela est que l'intimé « n'avait pas d'antécédents judiciaires et [qu'il] n'a fait l'objet d'aucune déclaration de culpabilité depuis l'accident » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 41). Bien que certains de ces propos aient été tenus par des juges de la Cour d'appel ou des juges dissidents et qu'ils n'ont pas nécessairement été repris par la CSC, nous croyons tout de même qu'ils font partie des communications juridiques et qu'il est possible qu'ils soient éventuellement récupérés par le SDC. Ces propos semblent indiquer que l'absence d'antécédents judiciaires ou de bris de conditions favoriserait l'octroi d'une peine d'emprisonnement avec sursis, bien que cette « tendance » ne se confirme pas dans nos documents empiriques.

La reconnaissance des torts causés et les remords constituent également des éléments présents dans certaines décisions, qui semblent pouvoir influencer sur le choix d'octroyer l'emprisonnement avec sursis. En effet, la CSC indique, dans l'arrêt de principe, que

« en pratique, le délinquant est généralement celui qui est le mieux placé pour convaincre le juge que la l'emprisonnement avec sursis est effectivement une peine appropriée. [...] Par exemple, le délinquant devrait indiquer au juge qu'il éprouve des remords, qu'il désire réparer les torts qu'il a causés et qu'il reconnaît sa responsabilité, en plus de proposer un plan visant à sa réinsertion sociale » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 122).

Dans quatre dossiers⁸⁵, la Cour d'appel et/ou la CSC mentionnent le fait que l'individu en question, malgré la condamnation, continue de nier les infractions, ne manifeste aucun remords et n'a pas d'empathie pour la victime (ou du moins qu'aucun élément ne permet d'affirmer le contraire). La Cour d'appel prononce une peine d'emprisonnement avec sursis pour tous ces dossiers à l'exception de *Wells* alors que la CSC juge que cette peine est appropriée pour un seul de ces dossiers (*L.F.W.*). Dans deux autres dossiers⁸⁶, nous pouvons croire que les juges ont reconnu que l'individu était conscient du tort causé. Par exemple, dans *Bunn*, la CSC indique que « selon le rapport présentenciel, l'intimé était conscient de ce qu'il avait déjà perdu sur le plan personnel, soit une carrière juridique de 20 ans et le respect du public et de ses pairs » en plus du fait que sa femme et sa fille doivent subir la honte découlant de ses actions (*R. c. Bunn*, CSC, par. 4). En ce qui a trait à *Proulx*, la CSC rappelle que le jeune homme « a beaucoup souffert de la mort d'un ami et il a lui-même été dans le coma pendant quelques temps » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 130). La Cour d'appel et CSC concluent que l'emprisonnement avec sursis est la peine adéquate pour le premier cas alors que c'est plutôt l'incarcération qui est prononcée par la CSC pour le deuxième, contrairement à la conclusion à laquelle en était arrivée la Cour d'appel.

D'autres éléments nous informant sur la « situation » de l'individu sont présents et peuvent possiblement jouer sur la décision d'octroyer un sursis, comme par exemple le

⁸⁵ *R.N.S., L.F.W., Wells et R.A.R.*

⁸⁶ *Bunn et Proulx*

fait que l'individu ait des « responsabilités familiales ». C'est le cas dans *Bunn*, (CA, par. 14) et de *L.F.W.* (CA, par. 5). La CSC confirme la peine d'emprisonnement avec sursis de la Cour d'appel dans ces deux cas. Par contre, encore une fois, nous ne pouvons conclure à un lien de causalité. À titre d'exemple, dans *Proulx*, la jeune conjointe du contrevenant est enceinte mais la CSC conclut tout de même que l'incarcération s'impose⁸⁷.

Il semble donc que bien qu'il soit plausible de penser que les individus possédants certaines caractéristiques laissant croire à leur capacité de se contrôler se verront plus facilement octroyer un sursis, les documents à l'étude ne nous permettent pas de repérer des tendances très fortes ni d'établir quelque lien de causalité que ce soit. Toutefois, la récurrence de certains éléments dans ces décisions, bien que leur présence ne mène pas nécessairement à la même peine, permet tout de même d'émettre l'hypothèse qu'ils peuvent avoir une certaine influence. De plus, des idées du genre « lorsque le délinquant enfreint sans excuse raisonnable une condition de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement, il devrait y avoir présomption qu'il doit alors purger le reste de sa peine en prison » (*R. c. Proulx*, CSC, par. 39) viennent renforcer cette conception du sursitaire comme devant être responsable et capable de s'auto-contrôler. Ceux qui échouent à « prouver » cela (en ne respectant pas les conditions de l'ordonnance, par exemple) devraient alors être incarcérés.

La « responsabilité » possiblement exigée de l'individu irait, en ce sens, au-delà de la simple accusation d'un coupable qui serait tenu responsable du crime commis. On serait plutôt ici dans un autre paradigme, soit celui de la « responsabilisation motivationnelle » (Digneffe et al, 2002 : 122). Cette forme de responsabilisation est moins « statique », mais a plutôt des contours flous. Elle se « présente comme une manière d'être au monde, un savoir-être dans l'entreprise ou par rapport à l'institution pénale » (*Ibid* : 123-124.). La responsabilité et la responsabilisation ne sont pas irréconciliables : prenant l'exemple

⁸⁷ Notons que, bien que nous devons demeurer prudente sur ce point, il semble que nous retrouvions des traces, dans nos documents empiriques, que le droit criminel puissent prendre en considération les liens sociaux de la personne contrevenant, démontrant ainsi une possible « capacité » à s'éloigner de son « atomisme ».

des tests d'urine auxquels doivent se soumettre certains usager de drogue étudiés par Devresse (2002), Digneffe et al (2002 : 126) observent effectivement « une juxtaposition des deux paradigmes de responsabilité : on vérifie la conformité du comportement du 'délinquant' à la norme et on prétend lui faire confiance et vérifier s'il est 'digne' de cette confiance, c'est-à-dire s'il se comporte en responsable ». Mais pour ceux qui échouent dans ces demandes de responsabilisation, « les mécanismes de la pénalité classique peuvent se mettre en place pour déterminer le cas échéant la nature fautive d'une action et faire intervenir la logique de la sanction » (*Ibid* :124). Ces propos semblent pouvoir s'appliquer à l'emprisonnement avec sursis. C'est cette forme de responsabilisation qui serait « mobilisée » dans *l'exécution* de la peine d'emprisonnement avec sursis, par les nombreuses conditions que le contrevenant est amené à respecter. Et en cas de manquement, la prison sera une option possible. Mais nous sommes d'avis qu'il est également possible de croire que, dès l'étape de la détermination de la peine, le SDC se demande s'il peut faire confiance à l'individu et qu'une sélection des sursitaires se fasse d'entrée de jeu à partir de divers éléments démontrant, ou non, leur capacité à se responsabiliser. C'est du moins ce que semble démontrer les propos tenus par certains juges. Toutefois, nous ne pouvons qu'émettre des hypothèses, des intuitions en ce sens puisque notre analyse empirique fournit seulement des pistes à ce sujet.

3.3 L'emprisonnement avec sursis : une peine « carcéralisée » participant au maintien de la prison.

Que pouvons-nous conclure de l'analyse des discours du SDC sur cette peine qu'est l'emprisonnement avec sursis ? Tout d'abord, il ressort clairement des documents à l'étude que cette peine ne viserait pas tant à *remplacer* la prison (en termes de dispositif et de philosophie) mais bien à *ajouter* une peine dans l'éventail des peines à la disposition des juges. N'étant pas une réelle alternative ayant une théorie qui lui serait propre et étant soumis à la rationalité pénale caractérisant le SDC, l'emprisonnement avec sursis est contraint de chercher à atteindre les mêmes objectifs de la peine que la prison. Et cela, on l'a vu, a des conséquences non négligeables : « carcéralisation » de

l'emprisonnement avec sursis, récupération des objectifs correctifs et réparateurs par la philosophie pénale, débats qui « tournent en rond » sur la capacité ou l'incapacité du sursis à atteindre les objectifs de la peine (plutôt qu'un débat sur ces objectifs), etc. Le maintien, voire l'accentuation du caractère « méchant » de l'emprisonnement avec sursis (au nom des objectifs punitifs de la peine) semble être nécessaire pour que cette peine soit considérée comme crédible par le SDC. En ce sens, il semble que pour gagner du galon pénal, l'emprisonnement avec sursis ne doit pas s'éloigner de la prison, mais bien toujours plus lui ressembler (tant en termes de dispositif qu'en termes de philosophie).

Les peines non carcérales comme l'emprisonnement avec sursis s'intègrent bien dans des « méga-modèles » de gestion des risques comme la nouvelle pénologie ou le néolibéralisme. Ceux-ci ne peuvent que se « réjouir » d'avoir une mesure supplémentaire dans l'éventail des peines : la gestion des contrevenants en sera facilitée, une peine existant pour « chaque niveau de risques ». On a vu que l'emprisonnement avec sursis peut effectivement être valorisé par sa capacité à remplir des objectifs tels que la gestion des risques, la surveillance et, jusqu'à un certain point, la neutralisation des individus contrevenants. L'imposition de conditions sévères et restrictives peut même permettre l'imposition d'une peine dans la collectivité pour des gens au départ considérés comme représentant un danger pour la collectivité. L'emprisonnement avec sursis visant toutefois principalement les contrevenants non dangereux, on peut bien voir que cette peine participe à un contrôle dans la collectivité de gens qui ne posent pas de danger pour la collectivité, participant ainsi à l'élargissement du contrôle et de la surveillance. Toutefois, la grande présence des objectifs punitifs dans nos documents empiriques laisse croire qu'encore bien des gens non dangereux seront incarcérés au nom de la dissuasion, de la dénonciation ou de la rétribution. Les « méga-modèles » se concentrant davantage sur la gestion des risques n'ont pas tout à fait tort de noter la présence d'un certain management pénal, mais ne rendent pas bien compte de l'importance qu'a la « punitivité » tant pour le droit criminel (la RPM) que pour son environnement (néo-conservatisme).

Loin que de ne gagner qu'en termes de crédibilité, le fait que la justification de l'emprisonnement avec sursis se fasse par les mêmes justifications propres à la prison fait en sorte qu'elle risque de demeurer une peine « marginale », condamnée à s'occuper de crimes moins graves. En effet, la CSC indique que l'incarcération est la peine appropriée pour six dossiers sur neuf, bien que les critères d'octroi de cette peine soient « larges » et qu'ils excluent peu de crime. Gemmell (1999 : 68) avait prédit que le quatrième critère d'octroi (la peine d'emprisonnement avec sursis doit être conforme aux objectifs et principes de la détermination de la peine) aurait pour effet de limiter le nombre de peines de sursis octroyé. L'auteur, avec d'autres, avait également noté les « dangers » qui pouvaient être associés au fait qu'aucun ordre de priorité n'avait été établi lors de l'inscription des objectifs de la peine dans le *Code criminel*. L'analyse effectuée démontre bien que, faute d'indication claire quant aux objectifs à prioriser, le SDC et sa rationalité pénale font des objectifs punitifs leurs objectifs « prioritaires ».

Bien que nous ayons plusieurs indices permettant de conclure que cette prédiction semble se confirmer empiriquement, notre analyse permet également de montrer que la situation n'est pas aussi simple. La responsabilisation de l'individu, la présence des ressources dans la communauté et la capacité (ou non) de celle-ci de s'occuper de la « gestion » des contrevenants sont également des éléments qui peuvent influencer sur l'octroi de l'emprisonnement avec sursis, bien que cette recherche ne permette pas d'établir un lien de causalité. Toutefois, cela ne veut pas dire que les objectifs de management ne prendront pas eux-mêmes du galon pénal avec le temps. Certaines décisions de cours d'appel indiquaient d'ailleurs que l'absence de dangerosité devrait être le facteur décisif dans le choix d'octroyer ou non l'emprisonnement avec sursis. Bien que l'arrêt de principe ait fait de ce facteur un simple préalable dans la formule, il demeure tout de même possible que la première interprétation soit, avec le temps, récupérée,

Toutes les « conditions » auxquelles doit se soumettre l'emprisonnement avec sursis (capacité d'atteindre les objectifs de la peine, disponibilité des ressources, etc.) font en sorte que lorsqu'une ou plusieurs de ces « conditions » ne sont pas respectées, une porte

« s'ouvre » sur la prison. Ainsi, comme Mary (1998) le disait à propos des jeunes contrevenants, « si le fait que l'emprisonnement des mineurs de moins de quatorze ans ne soit plus possible est une garantie, il n'en vient pas moins conforter l'utilisation de l'emprisonnement... pour ceux qui ont plus de quatorze ans » (Mary, 1998, 601). Dans le même ordre d'idée, notre analyse démontre que les peines non carcérales, loin de notifier le prochain décès de la prison, semblent plutôt participer au maintien de cette peine de « référence ».

CONCLUSION

Ce projet de recherche visait principalement à étudier les discours du SDC sur des peines plus « ouvertes », comme l'emprisonnement avec sursis. Plus précisément, nous cherchions à d'abord préciser le concept de « peine alternative » et parallèlement celui de « peine intermédiaire », à comprendre l'émergence et l'intérêt politique pour des peines non carcérales comme l'emprisonnement avec sursis, à comprendre comment ce type de peines était valorisé et/ou discrédité tant par le SDC que par son environnement et enfin à voir si le SDC était complètement « imperméable » ou non aux discours de son environnement et à certains concepts qui connaissent un nouvel essor et de nouvelles définitions.

L'analyse de nos documents empiriques a permis de faire plusieurs constats qui nous informent sur la RPM du SDC ainsi que sur les effets qu'elle a tant sur l'utilisation de la peine d'emprisonnement avec sursis que sur sa « forme ». Nous avons pu remarquer que les objectifs de la peine servent tant à valoriser l'emprisonnement avec sursis qu'à le discréditer et à valoriser la prison. Les objectifs punitifs, grandement mobilisés par les cours, permettent de valoriser cette peine, mais cela se fait au prix de sa « carcéralisation ». La RPM a donc des « effets » sur l'emprisonnement avec sursis en

tant que dispositif. Au nom des théories punitives de la peine, l'emprisonnement avec sursis prendra une « forme » plus « carcérale », pourtant non prescrite par le législateur : l'allongement de la durée de l'ordonnance de sursis et l'augmentation des conditions restrictives de liberté deviennent la règle. Cette « carcéralisation » de l'emprisonnement avec sursis semble être nécessaire pour qu'il soit perçu comme crédible par le SDC et pour gagner du galon pénal, et cette constatation semble confirmer ce qui avait été vu dans des recherches portant sur d'autres peines non carcérales discutées en introduction.

Les objectifs correctifs étaient, quant à eux, beaucoup moins utilisés dans les décisions à l'étude pour justifier la peine. L'idée que les objectifs correctifs, notamment la réhabilitation, se réalisent mieux (mais pas exclusivement) à l'extérieur de la prison ne s'est pas avérée « suffisante » pour le SDC pour valoriser cette peine dans la collectivité. Les objectifs correctifs semblaient plutôt être considérés comme un « bonus » après que les considérations relatives aux objectifs punitifs aient été « réglées ».

La valorisation de cette peine implique donc le maintien, voire l'accentuation de son caractère afflictif, la mise au second plan de l'objectif de réhabilitation et la « récupération » des objectifs réparateurs par la logique pénale, laissant ainsi peu de place pour faire d'elle une innovation potentielle. Notons que d'autres avant nous avaient observé que l'arrêt *Proulx* participait à la « carcéralisation » de l'emprisonnement avec sursis et à la mise en second plan des objectifs correctifs (voir notamment Healy, 2000). Toutefois, les études se concentrant principalement sur l'arrêt *Proulx* amènent les auteurs à conclure soit que l'arrêt de principe donne un caractère plus punitif à l'emprisonnement avec sursis (Healy, 2000), soit que ce n'est pas nécessairement le cas (Roberts, 2000). L'inclusion, dans notre analyse, d'autres décisions de la CSC et des décisions des cours d'appel nous permettent d'apporter d'importantes nuances dans ce « débat ». En effet, nous avons démontré que les objectifs punitifs de la peine donne un caractère carcéral à l'emprisonnement avec sursis, augmentant ainsi sa crédibilité, mais également que ces mêmes objectifs peuvent être mobilisés pour le discréditer. Pour le SDC, l'idée que l'emprisonnement avec sursis puisse atteindre les objectifs de dissuasion, de dénonciation et de rétribution, ainsi que respecter le principe de « proportionnalité », est

difficilement acceptable, du moins pour les crimes plus graves et/ou particulièrement odieux. En ce sens, les théories de la peine constituent un obstacle majeur à une plus grande utilisation de ce type de peines. La RPM rejoint, à cet effet, le régime néoconservateur qui valorise, lui aussi, les peines sévères, expressives, punitives et moralisantes.

Notre recherche a également permis de voir que les explications macrosociologiques telles que la montée du néolibéralisme, du management pénal, de la nouvelle pénologie et du néo-conservatisme ne permettent pas d'apporter les nuances nécessaires pour comprendre les changements qui se produisent dans le contrôle de la criminalité. Certaines de ces « rationalités politiques » (Crawford, 2001) insistent sur la question de la gestion « technique » du risque (ou se présentent comme telles), alors que le néo-conservatisme permet de mieux comprendre la montée de la punitivité moralisante qui semble de plus en plus importante dans la mise en place des politiques criminelles, dans l'exécution des peines mais aussi dans le prononcé de celles-ci. L'analyse des décisions des tribunaux que nous avons effectuée a permis d'apporter d'importantes nuances à ces « méga-modèles », du moins dans le cas du prononcé des peines, en démontrant qu'il peut fort bien y avoir une alliance entre ces discours de management pénal et ceux prônant plus de punitivité.

En effet, bien que le caractère afflictif de l'emprisonnement avec sursis soit valorisé, la question de la gestion des risques est prise en compte dans le choix d'ordonner ou non l'emprisonnement avec sursis : l'ordonnance de sursis peut être adaptée (par des conditions plus ou moins restrictives) pour limiter les risques des sursitaires. Bien que les décisions étudiées contenaient peu cette idée, il semble logique de croire que pour ceux dont la dangerosité ne peut être contenue de la sorte, la prison sera considérée comme l'option à choisir⁸⁸. Parallèlement, cette recherche a également démontré que lorsque les individus ne sont pas considérés comme une « menace » pour la collectivité, la « non-

⁸⁸ Rappelons que nous avons choisi des décisions dans lesquelles l'emprisonnement avec sursis était une option sérieusement considérée, ce qui est peu probable lorsque le contrevenant représente un risque important pour la collectivité, bien que cela ne soit pas totalement impossible, comme nous l'avons démontré par *Knoblauch*, qui fut d'ailleurs fort intéressant pour comprendre la question de la dangerosité.

dangerosité » de ceux-ci ne sera pas l'élément principal pris en compte pour justifier la peine d'emprisonnement avec sursis. En effet, dans ce cas, les justifications tournent davantage autour des objectifs (punitifs) de la peine. L'arrêt de principe a d'ailleurs clairement statué que le respect des objectifs et principes de la peine devaient être l'élément « décisif » dans la question de savoir si l'emprisonnement avec sursis est une peine adéquate, contrairement à certaines cours d'appel qui soutenaient la thèse que l'absence de dangerosité devrait être un facteur faisant pencher la balance en faveur d'une peine dans la collectivité. Les fonctions « expressives », « punitives » des peines, si chères au néo-conservatisme et à la rationalité « guerrière » du SDC, sont d'une importance non négligeable lorsque l'on s'intéresse au prononcé des peines, importance qui ne ressort pas bien des modèles qui se concentrent principalement sur la notion de risque.

Nous ne pouvons toutefois pas nier que le prononcé de peines d'emprisonnement avec sursis participe à l'élargissement du contrôle, en permettant la surveillance de contrevenant non dangereux dans la communauté, et en élargissant le « pouvoir » de l'État en faisant participer, jusqu'à un certain point du moins, la communauté dans cette fonction de surveillance. Avec de telles peines, des contrevenants non dangereux seront soumis à des conditions restrictives et sujets à une surveillance au sein de la communauté.

Enfin, nous avons pu démontrer qu'il semble que l'« image » du « parfait sursitaire » soit celle d'un individu capable de reconnaître ses torts et de d'éprouver du remord, de se contrôler (notamment en respectant les conditions de l'ordonnance de sursis et en évitant la récidive) de se mobiliser et de régler certains comportements problématiques (tels que la consommation abusive d'alcool), de prendre soin de sa famille, etc. Bref, un individu capable de démontrer qu'il est « responsable », responsabilité qui semble toutefois constamment en mouvement, constamment « mise à l'épreuve », rendant le sursitaire susceptible d'échouer et d'être envoyé en prison en cas de refus ou d'échec à assumer cette responsabilisation. Malheureusement, les documents à l'étude comportent seulement des traces de cette figure du « parfait sursitaire »; ce qui précède est donc plus

une hypothèse qu'une conclusion, notre analyse ne permettant pas d'établir de liens de causalité.

Enfin, toutes ces constatations ont permis de renforcer la conclusion à laquelle nous étions arrivée au début de cette thèse, à l'effet que l'emprisonnement avec sursis, et fort possiblement les peines non carcérales en général, souvent appelées « alternatives », sont loin de porter en elle la visée de *remplacement* centrale pour « mériter » ce qualificatif. Elles sont plutôt des peines intermédiaires servant à élargir l'éventail des peines et à « combler » les creux du continuum des sanctions pénales. Notre projet de recherche a bien démontré que l'emprisonnement avec sursis doit répondre à plusieurs « conditions » pour être octroyé, permettant ainsi que la prison lui soit préférée lorsqu'une ou plusieurs de ces conditions ne sont pas remplies. Les peines intermédiaires serviraient donc au maintien, voire au renforcement de l'idée que la prison est « nécessaire » au sein de l'éventail des sanctions pénales, plutôt que de remplacer cette peine, petit à petit, et de laisser croire à son éventuelle disparition.

Enfin, notons que notre recherche laisse encore quelques questions en suspens qui seraient intéressantes à investiguer davantage dans des recherches futures. D'abord, en ce qui concerne la théorie de la dénonciation, Lachambre (2008) semble avoir identifié une théorie de la dénonciation indépendante des autres théories de la peine à laquelle elle est habituellement associée. Or, l'idée d'« éducation morale » ne semble pas être présente dans la théorie de Stephen alors que nous avons pu en observer certaines traces dans nos documents empiriques. Il serait dès lors intéressant et pertinent de continuer les recherches en ce sens afin de préciser cette théorie de la peine qui a tout récemment été reconnue comme une théorie ayant fait sa place dans la RPM, venant ainsi renforcer la flexibilité et la résistance de la RPM face aux alternatives (Lachambre, 2008 : 44).

Un autre aspect qu'il serait intéressant d'investiguer est la place qu'occupent des éléments faisant partie de l'environnement du droit dans les décisions des tribunaux portant sur le choix, ou non, d'octroyer l'emprisonnement avec sursis ou d'autres peines non carcérales. Rappelons que certaines cours d'appel avaient mentionné que l'absence

de dangerosité devrait être le critère principal pour décider d'octroyer une peine dans la collectivité. Il serait intéressant de faire des observations dans les tribunaux, ou encore d'analyser d'autres décisions de cours d'appel portant sur l'emprisonnement avec sursis (et qui sont assurément nombreuses) afin de voir si l'on peut noter l'émergence d'une pensée plus axée sur la gestion des risques que sur la punition, et ainsi possiblement améliorer les recherches portant sur le SDC et sa rationalité pénale dominante.

Terminons en rappelant que nous ne pouvons nier les impacts du néo-conservatisme ou des *choix politiques* sur les peines non carcérales. En effet, l'arrivée d'un gouvernement conservateur au Canada a eu des effets non négligeables sur l'emprisonnement avec sursis. Les conservateurs ont fait adopter un projet de loi limitant la possibilité d'octroyer cette peine. Le projet de loi C-9, *Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, de 2007 a créé une liste de crimes n'étant désormais plus admissibles à l'octroi de cette peine dans la collectivité. L'article 742.1 du *Code criminel* exclut dorénavant les gens ayant commis des infractions de sévices graves à la personne, des infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle.

Bien que ces choix politiques aient un impact incontestable, il est important de ne pas oublier que nous ne sommes pas complètement à leur merci. Notons, avec Landreville (2007 : 46) que

« [l]e 'futur n'est pas inévitable', comme le soulignait David Garland, (2001). Ces orientations sont le résultat d'institutions politiques et de choix sociaux. Ces politiques et ces pratiques sont influencées par des forces structurelles profondes, mais elles sont néanmoins les conséquences de décisions prises par les décideurs politiques et aussi par les acteurs sociaux et en particulier ceux qui œuvrent dans le champ de la justice pénale. Ces orientations peuvent être repensées et renversées ».

Bien que cela ne soit pas nécessairement facile à réaliser, il est de notre devoir de continuer de combattre ces façons de pensée « guerrières » pour en arriver à un système juridique qui soit équitable et réparateur, pour faire du système de *justice* un système qui soit réellement digne de ce nom.

BIBLIOGRAPHIE

- BAYDA, E.D. (1996). « The Theory and Practice of Sentencing : Are They on the Same Wavelength ? », *Saskatchewan Law Review*, vol. 60, pp. 317-336.
- BEAULIEU, M. (1989). « La conduite en état d'ébriété : les impacts des modifications législatives de décembre 1985 tels que perçus par les policiers », *Criminologie*, col. 22, n° 1, pp. 27-40.
- BRODEUR, J.-P., LANDREVILLE, P. (1979) *Finalités du système de l'administration de la justice pénale et planification des politiques*, Montréal : École de criminologie, les cahiers de l'école de criminologie, pp. 37-42.
- BRODEUR, J.-P. (1991). « Quelques notes sur la réforme de la détermination de la peine au Canada », *Criminologie*, vol. 24, n° 2, pp. 81-98.
- CAUCHIE, J.-F. (2005). « Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges », *Déviance et Société*, vol. 29, n° 4, pp. 399-422
- CAUCHIE, J.-F. (2009). *Peines de travail. Justice pénale et innovation*. Bruxelles : Larcier.
- CAUCHIE, J.-F., CHANTRAINE, G. (2005). « De l'usage du risque dans le gouvernement du crime », *Champ pénal*, vol. 2. URL : <http://champpenal.revues.org/document80.html>

- CAUCHIE, J.-F., KAMINSKI, D. (2007). « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de *rationalité pénale moderne* et d'*innovation pénale* », *Champ pénal*, vol. 4, URL : <http://champpenal.revues.org/document613.html>
- CELLARD, A. (1997). « L'analyse documentaire », in J. Poupart et al, [Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives], *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*, rapport présenté au Conseil québécois de la recherche sociale, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, pp. 275-296.
- COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE (1987), « Une logique de la sentence » in *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, pp. 137-171 (cité sous le sigle CCDP).
- CRAWFORD, A. (2001). « Vers une reconfiguration des pouvoirs ? Le niveau local et les perspectives de la gouvernance », *Déviance et Société*, Vol. 25, n° 1, pp. 3-32.
- CRESWELL, J. W. (2008). « Research Design : Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches », 3rd edition, Thousand Oaks (CA) : Sage Publications.
- DIGNEFFE, F. NACHI, M., PÉRILLEUX, T. (2002). « En guise de conclusion. Des contrôle sans fin(s), ou le passage de la vérification à l'autocontrôle permanent », *Recherches sociologiques*, vol. 23, n° 1, pp. 109-126.
- DOMINIQUE-LEGAULT, P. (2009). « Le projet de loi antiterroriste canadien : gouvernance sécuritaire et droits de l'homme », Thèse de maîtrise, Département de criminologie, Université d'Ottawa, Ontario, Canada.
- DUBÉ, R. (2008). « Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969), Thèse de doctorat, Département de Sociologie, Université de Québec à Montréal, Québec, Canada.
- DUBÉ, R., CAUCHIE, J.-F. (2007). « Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne. Quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre », *Déviance et société*, Vol. 31, n° 4, pp. 465-485.
- DUMONT, H. (1997). « De la Loi C-41 à la Loi C-55 : la détermination de la peine avec une main de fer dans un gant de velours », in P. Healy & H. Dumont, *La détermination de la peine : une réforme pour hier ou pour demain*, Montréal, Les Éditions Thémis, pp. 83-108.
- FEELEY, M. SIMON, J. (1992). « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications », *Criminology*, vol. 30, n° 4, pp. 449-474.

- FEELEY, M., SIMON, J. (1994). « Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law », in D. Nelken (dir), *The Futures of Criminology*, pp. 173-201.
- FOUCAULT, M. (1993). « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, vol. 26, n° 1, pp.13-34.
- GARLAND, D. (2001). *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: The University of Chicago Press.
- GEMMELL, J. (1999). « Conditional Sentences », in J. V. Roberts & D. P. Cole (Eds), *Making Sense of Sentencing*. University of Toronto Press, pp. 63-71.
- HEALY, P. (2000). « Le caractère punitif de l'emprisonnement avec sursis », in *Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, pp.1-8, tiré du compte rendu du symposium, 27 mai 2000.
- HULSMAN, L., BERNAT DE CELIS, J. (1982). *Peines perdues : le système pénal en question*, Paris : Centurion.
- KAHAN, D.M. (1996). « What Do Alternative Sanctions Mean? », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 63, n° 2 (Spring), pp. 591-653.
- KAMINSKI, D. (2002). « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, vol. 23, n° 1, pp. 87-107.
- KAMINSKI, D. (2007). « L'éthique du réductionnisme et les solutions de rechange », *Criminologie*, vol. 40, n° 2, pp. 89-101.
- LACHAMBRE, S. (2008). « À propos de la théorie de la dénonciation », examen synthèse de doctorat, Université d'Ottawa, Ontario, Canada.
- LALANDE, P. (2007). « Des solutions de rechange à l'incarcération : pour un peu plus de modération, d'équité et d'humanité », *Criminologie*, vol. 40, n° 2, pp.67-87.
- LANDREVILLE, P. (1987). « Surveiller et prévenir. L'assignation à domicile sous surveillance électronique », *Déviance et Société*, vol. 11, n° 3, pp. 251-269.
- LANDREVILLE, P. (2007). « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », *Criminologie*, vol. 40, n° 2, pp. 19-51.
- LANDREVILLE, P, LEHALLE, S. CHAREST, M. (2004). *L'emprisonnement avec sursis au Québec : Impact de l'arrêt Proulx et du nouveau cadre de gestion*, Rapport de recherche, Centre International de Criminologie Comparée, Université de Montréal, (août 2004).

- MANSON, A. (2000). « L'emprisonnement avec sursis : L'approche canadienne à la réforme pénologique ou un autre saut dans l'inconnu », in *Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, pp.9-25, tiré du compte rendu du symposium, 27 mai 2000.
- MARTINSON, R. (1974). « What Works ? – Questions and Answers About Prison Reform, *Public Interest*, vol. 35 (spring), pp. 22-54.
- MARY, P. (1998). « Délinquants, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997), Bruxelles : Bruyant.
- MATHIESEN, T. (2000). « The Future of Imprisonment », in *Prison on Trial*, Waterside Press, pp. 141-197.
- MORRIS, N., TONRY, M. (1990). *Between Prison and Probation. Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, New York: Oxford University Press.
- MUCCHIELLI, A. (2004) (dir). *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines*, 2^e édition, Paris : Armand Colin.
- NORTH, D. (2001). « The 'Catch 22' of Conditional Sentencing », *The Criminal Law Quarterly*, vol. 44, pp. 342-374.
- O'MALLEY, P. (1992). « Risk, power and crime prevention », *Economy and Society*, vol. 21, n° 3, pp. 252-275.
- O'MALLEY, P. (1999). « Volatile and contradictory punishment », *Theoretical Criminology*, vol. 3, n° 2, pp. 175-196.
- PIRES, A.P. (1997a). « À propos de quelques enjeux épistémologiques et méthodologiques en sciences sociales », in J. Poupart et al, [Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives], *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*, rapport présenté au Conseil québécois de la recherche sociale, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, pp. 24-75.
- PIRES, A.P. (1997b). « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », in J. Poupart et al, [Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives], *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*, rapport présenté au Conseil québécois de la recherche sociale, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, pp. 137-196.

- PIRES, A.P. (1998a). « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », in C. Debuyst, F. Digneffe et A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine. Vol. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles : De Boeck Université, les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 3-51.
- PIRES, A.P. (1998b). « Beccaria, l'utilitarisme pénal classique et la rationalité pénale moderne », in C. Debuyst, F. Digneffe et A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine. Vol. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles : De Boeck Université, les Presses de l'université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 83-143.
- PIRES, A.P. (1998c). « Kant face à la justice criminelle », in C. Debuyst, F. Digneffe et A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine. Vol. 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles : De Boeck Université, les Presses de l'Université de Montréal et les Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 145-205.
- PIRES, A.P. (2001) « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et Sociétés*, vol. 33, n° 1, pp. 179 à 204.
- PIRES, A.P. (2002). « Codifications et réformes pénales », in L. Mucchielli & P. Robert (dir), *Crime et sécurité, l'état des savoirs*, Paris : Éditions la découverte.
- PIRES, A.P. (2004) *La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ?*, dans « Sociologie pénale : système et expérience pour Claude Faugeron ». Textes rassemblés et présentés par Dan Kaminski et Michel Kokoreff, Paris : Les Éditions Erès, pp.173-198
- PIRES, A.P. (2008). « La théorie de la peine sur la 'réhabilitation'. Inclusion ou exclusion sociale ? », document de travail non publié, Université d'Ottawa.
- PIRES, A.P., GARCIA, M. (2007) « Le relations entre les systèmes d'idées : droits de la perosnne et théories de la peine face à la peine de mort », in Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. Van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (dir), Belgique, Facultés Universitaires Saint Louis : Éditions Bruylant.
- POSSAS, M. (2008). « Système d'idées et création de lois criminelles : le cas de la loi contre la torture au Brésil », Thèse de doctorat, Département de Criminologie, Université de d'Ottawa, Ontario, Canada.
- PRATT, J. (2001). « Dangerosité, risque et technologies de pouvoir », *Criminologie*, vol. 34, n° 1, pp. 101-121.

- ROBERTS, J.V. (1997). « Conditional Sentencing : Sword of Damocles or Pandora's Box ? », *Canadian Criminal Law Review*, 2, pp. 183-207.
- ROBERTS, J.V. (1999). « Conditional Sentencing : Issues and Problems », in Roberts, J.V. & Cole, D.P (Eds). *Making Sense of Sentencing*, University of Toronto Press, pp. 77-97.
- ROBERTS, J.V. (2000). « L'énigme du sphinx : L'emprisonnement avec sursis après l'arrêt de la R. c. Proulx de la Cour suprême », in *Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, pp.43-57, tiré du compte rendu du symposium, 27 mai 2000.
- ROBERTS, J.V. (2001). « Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada », *Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, pp. 67-83.
- ROBERTS, J.V. (2002). « Public opinion and the nature of community penalties : international findings », in J.V. Roberts & Hough. M. (Eds.), *Changing Attitudes to Punishment. Public opinion, crime and Justice*. Portland : Willan Publishing, pp. 33-62.
- ROBERTS, J.V. (2004). *The Virtual Prison. Community Custody and the Evolution of Imprisonment*, Cambridge, Cambridge University press.
- ROBERTS, J.V., COLE, D. P. (1999). « Introduction to Sentencing and Parole », in J. V. Roberts & D. P. Cole (Eds). *Making Sence of Sentencing*, University of Toronto Press, pp. 3-30.
- ROBERTS, J.V., LAPRAIRIE, C. (2000). *Rapport de recherche concernant la condamnation à l'emprisonnement avec sursis au Canada : aperçu des résultats de recherche*. Ottawa : Ministère de la justice du Canada.
- ROBERTS, J.V., GABOR, T. (2004). « The Impact of Conditional Sentencing : Decarceration and Widening of the Net », *Canadian Law Review*, vol. 8, pp. 33-49.
- ROBERTS, J.V., MANSON, A. (2004). *L'avenir de l'emprisonnement avec sursis : point de vue des juges d'appel*. Ottawa : Ministère de la justice du Canada.
- ROSE, N. (1996a). « Governning 'advanced' liberal democracies », in A. BARRY, T. OSBORNE, N. ROSE, *Foucault and Political Reason. Liberalism, Neo-Liberalism and Rationalities of Government*, Chicago, The University of Chicago Press, pp. 37-64.
- ROSE, N. (1996b). « The death of the social ? Re-figuring the territory of government », *Economy and Society*, vol 3, n° 25, pp. 327-356.

- ROSE, N. (2000). « Government and Control », *British Journal of Criminology*, vol. 40, pp. 321-339.
- RYCHLAK, R.J. (1990). « Society's Moral Right to Punish : A Further Exploration of the Denunciation Theory of Punishment », *Tulane Law Review*, 65, pp. 299-338.
- SIMON, J., FEELEY, M. (2003). « The Form and Limits of the New Penology », in T. BLOMBERG, S. COHEN, *Punishment and Social Control*, New York : Aldine De Gruyter, pp. 75-116.
- SLINGENEYER, T. (2007). « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal*, vol. 4, URL : <http://champpenal.revues.org/document2853.html?format=print>
- STRIMELLE, V. (2007). « La justice restaurative : une innovation du pénal ? », *Champ pénal*, Séminaire innovations pénales, URL : <http://champpenal.revues.org/document912.html>
- TWENEY, G.J., (2000). « La Cour suprême du Canada examine l'emprisonnement avec sursis », in *Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, pp.59-65, tiré du compte rendu du symposium, 27 mai 2000.

Annexe I

Liste des décisions des cours d'appel et de la Cour suprême du Canada constituant le corpus empirique et leurs références respectives

Intitulé	Référence Cour d'appel (CA)	Référence Cour suprême (CSC)
<i>R. c. Knoblauch</i>	<i>Cour d'appel de l'Alberta</i> (1999), 1999 ABCA 112	<i>R. c. Knoblauch</i> , 2000 CSC 58 [2000] 2 R.C.S. 780
<i>R. c. Proulx</i>	<i>Cour d'appel du Manitoba</i> (1997), 123 Man. R. (2d) 107	<i>R. c. Proulx</i> , 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61
<i>R. c. Bunn</i>	<i>Cour d'appel du Manitoba</i> (1997), 118 Man. R. (2d) 300	<i>R. c. Bunn</i> , 2000 CSC 9, [2000] 1 R.C.S. 183
<i>R. c. L.F.W.</i>	<i>Cour d'appel de Terre-Neuve</i> (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115	<i>R. c. L.F.W.</i> , 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132
<i>R. c. R.N.S.</i>	<i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique</i> (1997), 100 B.C.A.C. 120	<i>R. c. R.N.S.</i> , 2000 CSC 7, [2000] 1 R.C.S. 149
<i>R. c. R.A.R.</i>	<i>Cour du Banc de la Reine du Manitoba</i> (1996), C.R. 94-03-0028	<i>R. c. R.A.R.</i> , 2000 CSC 8, [2000] 1 R.C.S. 163
<i>R. c. Wells</i>	<i>Cour d'appel de l'Alberta</i> (1998), 125 C.C.C. (3d) 129	<i>R. c. Wells</i> , 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207
<i>R. c. Wu</i>	<i>Cour d'appel de l'Ontario</i> (2001), 160 C.C.C. (3d) 321	<i>R. c. Wu</i> , 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530
<i>R. c. Fice</i>	<i>Cour d'appel de l'Ontario</i> (2003), 65 O.R. (3d) 751	<i>R. c. Fice</i> , 2005 CSC 32, [2005] 1 R.C.S. 742