# La dialectique de la démocratie et la fabrique du droit :
## *Enjeux démocratiques et construction de la loi pénale au Canada entre 1993 et 2025*

Alexandre Audesse

Thèse soumise à l'Université d'Ottawa
dans le cadre des exigences du programme de
Doctorat en philosophie (Ph. D.) en criminologie

Département de criminologie,
Faculté des sciences sociales,
Université d'Ottawa

Sous la direction de
Richard Dubé

© Alexandre Audesse, Ottawa, Canada, 2026

## RÉSUMÉ

Lorsqu'il est question de la mise en forme du droit criminel, un constat s'impose de manière hégémonique dans la littérature pénale : les forces démocratiques sont des vecteurs de politiques afflictives, voire d'excès punitifs. Depuis plusieurs décennies, une myriade d'écrits impute effectivement aux pratiques démocratiques une responsabilité significative dans le durcissement des régimes pénaux de plusieurs sociétés occidentales. Cela dit, au cœur de ces nombreux écrits qui rapprochent la sévérité pénale et la démocratie se trouve toutefois une question fondamentale presque toujours éludée : qu'est-ce que la démocratie ?

C'est à partir de ce point de cécité conceptuel que s'érige la présente recherche doctorale. Plutôt que de faire de la démocratie un simple épouvantail annonciateur de dérives punitives, cette recherche propose d'en problématiser et d'en théoriser la pluralité des conceptions afin d'offrir un regard plus nuancé sur les influences que peuvent exercer les diverses conceptions démocratiques sur les orientations données à l'exercice de construction de la loi pénale. Ne se limitant pas à l'analyse du passé, cet approfondissement du concept de démocratie vise également à réfléchir aux manières de (ré)imaginer la démocratie afin de favoriser l'émergence de trajectoires novatrices d'évolution du droit criminel.

Pour y parvenir, la première partie de la thèse propose une exploration du concept de démocratie afin de mettre en lumière les idées plurivoques et contestées qui le traversent. Nous proposons alors de faire dialoguer ces idées à travers une nouvelle élaboration théorique articulée autour de trois idéaux-types : une démocratie populaire, une démocratie épistémique et une démocratie éthico-juridique. La seconde partie mobilise cette élaboration afin d'analyser l'exercice de construction de la loi pénale au Canada sous les gouvernements de la dernière génération. À partir ces analyses, cette recherche remet en question une série de constats établis sur la gouvernance pénale, allant de la dénaturalisation des effets prétendument punitifs des dynamiques démocratiques à l'illustration de pratiques parlementaires ancrées dans les langages de la démocratie, mais souvent en décalage avec ses idéaux. En interrogeant la dialectique de la démocratie, cette thèse cherche donc à ouvrir de nouveaux chantiers de questionnements sur la fabrique du droit.

## ABSTRACT

When it comes to the shaping of criminal law, a widely shared assumption in the penal literature is that democratic forces operate as drivers of punitive policies, and at times of penal excess. For several decades, a substantial body of scholarship has indeed attributed a significant share of responsibility to democratic practices in the hardening of penal regimes across several Western societies. Yet, at the core of these numerous analyses linking penal severity and democracy lies a fundamental question that is almost always left unaddressed: what is democracy It is from this conceptual blind spot that the present doctoral research emerges.

Rather than treating democracy as a mere warning sign of punitive drift, this research seeks to problematize and theorize the plurality of democratic conceptions in order to offer a more nuanced account of the influences that these differing conceptions may exert on the ways criminal law is constructed in Canada. Moving beyond a strictly retrospective perspective, the study also reflects on how democracy might be (re)imagined so as to foster the emergence of novel trajectories in the evolution of criminal law.

To do so, the first part of the thesis explores the concept of democracy in order to highlight the plural and contested ideas that traverse it. We then bring these ideas into dialogue through a new theoretical elaboration structured around three ideal types: popular democracy, epistemic democracy, and ethico-juridical democracy. The second part mobilizes this elaboration to analyze the process of constructing penal law in Canada under the governments of the most recent generation. Based on these analyses, the research calls into question several established claims about penal governance, ranging from the denaturalization of the supposedly punitive effects of democratic dynamics to the illustration of parliamentary practices anchored in the languages of democracy but often operating at some distance from its ideals. By interrogating the dialectic of democracy, this thesis therefore seeks to open new avenues of inquiry into the making of law.

## TABLE DES MATIÈRES

**RÉSUMÉ** ..... **ii**

**ABSTRACT** ..... **iii**

**LISTE DES FIGURES ET TABLEAUX** ..... **viii**

**REMERCIEMENTS** ..... **ix**

**INTRODUCTION** ..... **1**

**CHAPITRE 1 – DE L'ÉTAT DES SAVOIRS AU PROBLÈME DE RECHERCHE** ..... **12**

1.1 DÉMOCRATIE ET LOI PÉNALE : LES CONNAISSANCES ACTUELLES ..... 12

1.1.1 L'opinion publique : Quel(s) public(s) et quelle(s) opinion(s) ? ..... 14

1.1.2 L'intégration des opinions publiques : un flot continu d'affliction ? ..... 19

1.2 LES POINTS DE CECITE ET LES QUESTIONS INEXPLOREES ..... 27

1.2.1 Les influences de la démocratie sur la loi pénale : Un rapport simplifié ? ..... 28

1.2.2 La démocratie dans la littérature pénale : Une conceptualisation oubliée ? ..... 32

1.3 DÉMOCRATIE ET LOI PÉNALE : LES RISQUES INHÉRENTS À UN CONCEPT SOUS-INVESTI ..... 36

1.3.1 Le risque de ne pas distinguer la démocratie des autres idées/phénomènes politiques ..... 37

1.3.2 Le risque de confondre ou d'occulter les multiples idées démocratiques ..... 39

1.4 DÉMOCRATIE ET LOI PÉNALE : UNE NOUVELLE PROBLEMATISATION ..... 42

**CHAPITRE 2 – D'UN CONCEPT FUYANT À UNE PROPOSITION THÉORIQUE** ..... **47**

2.1 LA SEMANTIQUE FUYANTE DE LA DEMOCRATIE ..... 47

2.1.1 La démocratie : Un concept polycontexturel ..... 51

2.1.2 La démocratie : Une idée acclamée, mais un concept contesté ..... 56

2.1.3 La démocratie : Un concept toujours pertinent ? ..... 59

2.1.4 La démocratie : Les différentes approches définitionnelles ..... 66

2.1.4.1 Les approches étymologiques ..... 67

2.1.4.2 Les approches descriptives ..... 70

2.1.4.3 Les approches stipulatives ..... 75

2.1.4.4 Les approches fondées sur l'usage ..... 81

2.2 TRANSFORMATION DU CONCEPT DE DEMOCRATIE EN UNE NOUVELLE GRILLE D'ANALYSE ..... 89

2.3 PREMIER IDEAL-TYPE : LA CONCEPTION POPULAIRE ..... 95

2.3.1 Les vertus collectives et les bienfaits individuels des considérations populaires ..... 98

2.3.1.1 Le pouvoir du peuple comme vecteur d'autodétermination ..... 99
2.3.1.2 Le pouvoir du peuple comme prérequis à l'égalité ..... 100
2.3.1.3 Le pouvoir du peuple comme prisme de réalisation ..... 102

2.3.2 Les considérations populaires comme vecteur de bien commun ..... 105

2.3.2.1 Les décisions justes et les bonnes politiques telles une création du peuple . 106

2.4 SECOND IDEAL-TYPE : LA CONCEPTION EPISTEMIQUE ..... 111

2.4.1 Les vertus et les bienfaits de la science et de l'expertise ..... 115

2.4.1.1 La science pour comprendre et agir sur le monde ..... 115
2.4.1.2 L'expert et l'expertise comme prisme d'application des connaissances scientifiques ..... 120

2.4.2 La connaissance comme moteur de résultats substantivement bons ..... 124

2.4.2.1 La connaissance pour garantir l'intérêt du peuple ..... 124
2.4.2.2 La connaissance comme vecteur de dépolitisation ..... 129

2.5 TROISIEME IDEAL-TYPE : LA CONCEPTION ETHICO-JURIDIQUE ..... 132

2.5.1 Les droits fondamentaux comme contrepoids au pouvoir ..... 137

2.5.1.1 Les droits fondamentaux comme périmètre de sécurité face au pouvoir arbitraire ..... 137
2.5.1.2 Les droits fondamentaux comme contre-force au pouvoir majoritaire ..... 141
2.5.1.3 Le juge comme gardien des valeurs démocratiques ..... 143

2.5.2 Les droits fondamentaux comme foyer de sens actif de l'exercice démocratique ..... 145

2.5.2.1 Les droits fondamentaux : d'orientations à des exigences normatives ..... 146
2.5.2.2 Le juge comme promoteur des valeurs démocratiques ..... 148

**CHAPITRE 3 – DE L'ÉPISTÉMOLOGIE À LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE 151**

3.1 LA QUESTION ÉPISTÉMOLOGIQUE ..... 151

3.2 CHOIX MÉTHODOLOGIQUES ..... 158

3.2.1 Une analyse qualitative ..... 158

3.2.2 Une analyse de documents ..... 159

3.2.3 Une analyse de discours ..... 162

3.3 CONSTITUTION ET CONTOUR DU CORPUS EMPIRIQUE ..... 163

3.3.1 Notre univers de travail : Les gouvernements de la dernière « génération » ..... 165

3.3.1.1 Une génération de gouvernements diversifiés ..... 171

3.3.2 Notre échantillon : Des politiques pénales de différents ordres normatifs ..... 173
3.3.2.1 Les différentes cibles normatives des politiques pénales ..... 173
3.3.2.2 Critères d'échantillonnage et présentation de l'échantillon ..... 175

3.4 LES ETAPES DE LA RECHERCHE ..... 183
3.4.1 Collecte de données ..... 183
3.4.2 Processus d'analyse des données ..... 186

**CHAPITRE 4 – DES CONSTATS EMPIRIQUES AUX GÉNÉRALISATIONS THÉORIQUES ..... 189**

4.1 POSTULAT PRÉLIMINAIRE ET STRUCTURE DES ANALYSES ..... 189
4.1.1 Déroulement des analyses et pluralité de leurs niveaux ..... 191

4.2 LA GOUVERNANCE PÉNALE SOUS LE GOUVERNEMENT CHRÉTIEN ET MARTIN ..... 193
4.2.1 Le projet de loi C-49 : De nouvelles dispositions pour criminaliser la traite de personnes ..... 193
4.2.2 Le projet de loi C-10 : La non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ..... 198
4.2.3 Le projet de loi C-55 : La désignation de délinquant à contrôler ..... 202
4.2.4 Le projet de loi C-250 : La propagande haineuse ..... 207
4.2.5 Expressions démocratiques et politiques pénales sous les gouvernements Chrétien et Martin ..... 211

4.3 LA GOUVERNANCE PÉNALE SOUS LE GOUVERNEMENT HARPER ..... 228
4.3.1 Le projet de loi C-36 : Une nouvelle forme de criminalisation du travail du sexe ..... 228
4.3.2 Le projet de loi C-13 : Une refonte du cadre juridique entourant la cybercriminalité ..... 234
4.3.3 Le projet de loi C-48 : Les peines de prison à vie consécutives ..... 239
4.3.4 Le projet de loi C-32 : Création de la Charte des victimes ..... 243
4.3.5 Expressions démocratiques et politiques pénales sous le gouvernement Harper ..... 247

4.4 LA GOUVERNANCE PÉNALE SOUS LE GOUVERNEMENT TRUDEAU ..... 261
4.4.1 Le projet de loi C-14 : Le début de l'aide médicale à mourir ..... 261
4.4.2 Le projet de loi C-46 : Réformer le contrôle de la conduite avec facultés affaiblies ..... 265
4.4.3 Le projet de loi C-5 : Abolition d'une série de peines minimales et promotion du sursis ..... 270
4.4.4 Le projet de loi C-16 : Protéger l'identité de genre et l'expression de genre ..... 276
4.4.5 Expressions démocratiques et politiques pénales sous le gouvernement Trudeau ..... 279

4.5 CONSTATS TRANSVERSAUX SUR LA GOUVERNANCE PÉNALE : ..... 295
4.5.1 Convergences et divergences intragénérationnelles dans la gouvernance pénale ..... 296
4.5.1.1 Articulation des expressions démocratiques ..... 297
4.5.1.2 Construction politisée des considérations démocratiques ..... 303
4.5.1.3 Édulcoration des tensions et des prémisses démocratiques ..... 317
4.5.1.4 Quelques généralisations théoriques sur la gouvernance démocratique ..... 328
4.5.2 Les orientations de l'exercice de construction de la loi pénale au gré des constructions démocratiques ..... 333
4.5.2.1 Non-linéarité des orientations pénales ..... 334
4.5.2.2 (Re)lectures des tendances pénales ..... 348
4.5.2.3 L'évolution ou la non-évolution du droit criminel ? ..... 355
4.5.3 Le processus législatif : une mise en scène à la hauteur ? ..... 363

**CONCLUSION ..... 378**

**RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES ..... 390**

## LISTE DES FIGURES ET TABLEAUX


Figure 1. Deux propositions aux frontières différentes ..... 50

Tableau 1. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-49 ..... 195

Tableau 2. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de sanction centrales du projet de loi C-49 ..... 195

Tableau 3. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes centrales au projet de loi C-10 ..... 200

Tableau 4. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes centrales du projet de loi C-55 ..... 203

Tableau 5. Résumé des dispositions législatives du projet de loi C-250 ..... 208

Tableau 6. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-36 ..... 229

Tableau 7. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de sanctions centrales du projet de loi C-36 ..... 230

Tableau 8. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements et de sanctions centrales du projet de loi C-13 ..... 234

Tableau 9. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de procédures centrales du projet de loi C-13 ..... 235

Tableau 10. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-48 ..... 240

Tableau 11. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-32 ..... 244

Tableau 12. Synthèse des dispositions législatives centrales du projet de loi C-14 ..... 263

Tableau 13. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements et de procédures centrales au projet de loi C-46 ..... 267

Tableau 14. Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de sanctions centrales au projet de loi C-46 ..... 268

Tableau 15. Résumé des dispositions législatives centrales relatives aux normes de sanction (peines spécifiques) du projet de loi C-5 ..... 271

Tableau 16. Résumé des dispositions législatives centrales relatives aux normes de sanction (cadre général) du projet de loi C-5 ..... 272

Tableau 17. Résumé des dispositions législatives du projet de loi C-16 ..... 277

## REMERCIEMENTS

Cette thèse n'est pas le fruit d'un seul esprit ni l'issue d'un parcours mené en solitaire. Elle est l'aboutissement de plus d'une décennie d'études universitaires au fil desquelles une multitude de voix ont traversé mes réflexions, les ont nourries et bousculées, m'aidant ainsi à mieux les redessiner et, surtout, à les affiner. Derrière chacun des mots déposés sur ces pages se cache ainsi un nombre incalculable de conseils reçus et une myriade de conversations fécondes qui m'ont permis de penser plus loin et d'écrire plus juste. Les prochaines lignes ne sauraient donc, à elles seules, s'acquitter de la dette intellectuelle et personnelle que j'ai contractée envers tant de personnes ; elles n'en portent pas moins le témoignage sincère de ma profonde gratitude.

Tout d'abord, un immense merci à mon directeur de thèse, Richard Dubé. Tu m'as incité à dépasser mes premières intuitions, à m'aventurer hors des sentiers battus, et à affiner, encore et toujours, mes réflexions. Je tiens aussi à souligner le grand soutien que m'a apporté mon directeur dans les derniers miles de ce doctorat, là où il n'est jamais simple de parvenir à boucler un tel projet. Richard, je te remercie donc pour l'ensemble de ces gestes, petits et grands, qui ont jalonné ces années de travail partagé.

À Jean-François Cauchie et à Patrice Corriveau : je tiens à vous dire un merci du fond du cœur. Assurément pour vos nombreux apports à mon parcours professionnel, mais surtout pour l'amitié chaleureuse que vous m'offrez depuis tant d'années. Je ne saurais exprimer en mots comment j'apprécie nos débats d'idées (et de niaiseries, tout aussi essentielles) lorsqu'on travaille sur un article, nos parties de tennis (qui me rappellent que je n'ai plus 20 ans) ou encore nos conversations profondes sur la vie autour d'une bière au Clocktower ou d'un caïpirinha à Rio.

Au-delà de la thèse, je ne peux passer sous silence l'apport de Joane Martel. Joane, je te l'ai dit mille et une fois : tu as été la première à croire en moi, mais tu es surtout celle qui m'a appris à croire en moi. Je ne pourrais donc jamais assez te remercier, car je n'ose imaginer où ma vie en serait aujourd'hui si je n'avais pas choisi par hasard, il y a plus d'une décennie, ce cours de *Justice pénale* !

À mon vice-doyen et partenaire de golf préféré, Pierre Thibault, merci pour tout mon ami. C'est toi qui m'as accueilli après mes mésaventures climatiques à mon arrivée – et, au fil des années, ce sont nos joutes un « peu » compétitives sur les verts de golf et nos discussions politiques qui m'ont permis de garder un équilibre dans les exigences de la vie doctorale. Ta générosité – et celle de ta famille – n'a d'égale que le total de mes pertes dans nos paris… ce qui est peu dire !

Un énorme merci à tous les membres de « la » Chaire, trop nombreux pour être nommés ici, qui ont alimenté mes réflexions, mais qui ont surtout égayé mon parcours doctoral au quotidien. Dans les mois ayant précédé le dépôt de cette thèse, j'ai également eu la chance – et surtout le bonheur – d'obtenir un poste de professeur à l'Université Laval, soit l'université où j'ai grandi. Je tiens donc à remercier chaleureusement tous les professeurs qui m'ont accueilli avec générosité et avec qui j'ai déjà mille et un projets en chantier.

À mes amis de toujours, Jonathan, Julien, Patrick, Alexandre et bien d'autres, merci d'agrémenter ma vie depuis des décennies et de m'aider à décrocher de temps en temps des livres. Un merci particulier à Alain Demers, mon colocataire et compagnon de confinement pendant les années de pandémie. Certains laissent entendre que je ne suis pas toujours facile à vivre, mais tu m'as laissé travailler sans jamais te plaindre, tout en étant toujours partant pour un ou deux petits verres alcoolisés. Je t'en suis sincèrement reconnaissant : nos samedis soirs me manquent déjà.

Pour conclure, le dernier remerciement – et non le moindre – va à mes parents. Je sais les sacrifices que vous avez consentis pour m'accompagner dans ces longues années d'études. Papa, qu'il s'agisse de m'aider à déménager mille et une fois ou de tenter de m'initier à quelques savoirs manuels (en vain, il faut bien l'avouer), et Maman, qu'il s'agisse de me cuisiner des petits plats ou de répondre chaque semaine à mes inquiétudes d'hypocondriaque. Sachez que ces gestes, d'apparence anodine, m'ont permis de consacrer toute mon énergie à ma passion et ont, sans aucun doute, contribué à ce que je puisse aujourd'hui écrire ces mots en tant que professeur d'université. Merci du plus profond de mon cœur.

***Si vous admirez la démocratie et la voyez comme un idéal, vous faites alors face au problème, comme c'est toujours le cas pour les idéaux, d'expliquer pourquoi cela ne fonctionne pas.***

- Nicklas Luhmann (1990)

# INTRODUCTION

Un des lieux communs les plus fortement ancrés dans l'imaginaire collectif est la prétendue nature axiologiquement neutre de la loi pénale. L'allégorie de la justice et du droit personnifiée par Thémis, déesse de la mythologie grecque, est d'ailleurs représentée sous les traits d'une femme aux yeux bandés symbolisant une justice prétendument objective, impartiale et « aveugle ». Malgré la prétention d'impartialité que véhicule ce symbole, la loi pénale n'est pas un axiome neutre qui descend des étoiles ou encore une création *ex nihilo* émanant d'un laboratoire exempt de toute influence externe. Insécables des sociétés humaines, les normes pénales de premier degré (normes de comportement) et de second degré (normes de sanction)[1] sont plutôt des artefacts socialement construits au gré des multiples forces qui structurent et orientent l'action politique au sein de la Cité (Cartuyvels, 2007; Eoche-Duval, 2012). Dans la plupart des sociétés occidentales, le choix de *définir*[2] certaines actions comme des crimes (plutôt que d'autres), tout comme la *présélection* de certains types de sanctions à privilégier (plutôt que d'autres), vont ainsi représenter des décisions qui sont prises – et surtout construites – au sein de la structure de sens que représente la démocratie.

À l'instar de toute politique publique, le processus de création, de modification et d'abrogation d'une norme pénale s'inscrit plus précisément dans le flux continu de *l'activité politique* dont l'articulation se déploie en fonction de différentes variables, telles que la conception démocratique qui prévaut dans le lieu et le moment en question (Fischer, 2009; Soroka et Wlezien, 2010). Dans nos sociétés occidentales, la démocratie constitue l'un des référentiels à travers lesquels nous appréhendons les fondements et les visées de l'organisation et de l'exercice du pouvoir. La conception démocratique qui est privilégiée par les acteurs[3] politiques contribue ainsi à façonner les champs d'action et les orientations des politiques pénales proposées au sein de l'arène

[1] Nous empruntons cette distinction de premier degré et second degré à Pires (2001).
[2] En plus des citations, les italiques seront utilisés dans cette thèse pour marquer une emphase.
[3] Notons que l'usage prédominant du masculin, dans cette thèse, a pour unique but d'alléger le texte.

législative. Dans cette foulée, l'objectif directeur de cette thèse sera d'étudier les rapports entre la démocratie et la gouvernance pénale afin de comprendre les effets de la première sur la seconde.

Au niveau de l'état des savoirs sur ce sujet, il faut d'emblée admettre que les regards actuellement posés sur le rapport entre la démocratie et le processus de criminalisation primaire[4] convergent vers un constat relativement simple et uniforme, soit que les forces populaires seraient porteuses d'une tendance presque hégémonique à pousser nos appareils de justice sur le chemin de la sévérité (e.a. Bottoms, 1995; Simon, 2007; Roberts, 2018).

Les récentes oscillations de la joute démocratique, régulièrement assimilées sous l'égide du terme « populisme », ne font d'ailleurs que renforcer cette propension à appréhender les influences démocratiques sur la loi pénale par le prisme unique de la surenchère punitive. « *L'archipel carcéral diffuse inexorablement ses métastases* » (Hasting, 2016 : 33); « *fureur répressive* » (Landreville, 2007 : 23); « *inflation notable des différents codes juridiques* » (Berthelet, 2016 : 19); « *concert punitif* » (Desrosiers et Bernier, 2006 : 641); « *frénésie sécuritaire* » (Mucchielli, 2013 : 8); « *dérives rétributives* » (Gillet, 2015 : 29), les formulations alarmantes sont nombreuses pour décrire comment les arènes politiques de par le monde seraient aujourd'hui le théâtre d'un durcissement marqué du régime pénal au nom des demandes et même des vindictes populaires, voire en raison de leur instrumentalisation politique.

Face à l'afflux de politiques pénales perçues comme pragmatiquement inefficaces, ou même comme moralement désastreuses, une série de théoriciens vont aujourd'hui plaider pour l'institution d'un processus de criminalisation coupé des passions populaires et des machinations politiques. Ne se limitant pas à la question pénale, l'ignominie fasciste de la Seconde Guerre mondiale semble avoir confronté le monde entier au fait que « *la loi, œuvre de la majorité politique*

[4] Le processus de criminalisation est généralement divisé en deux grands processus, soit la criminalisation primaire qui réfère aux processus politiques et législatifs par lesquels les lois pénales sont mises en forme, et la criminalisation secondaire qui réfère à leur administration et à leur application par les diverses agences pénales (Cartuyvels, 2007). Pour cette thèse, comme seule la criminalisation primaire est abordée, nous ne mentionnerons plus le terme *primaire* à des fins d'allégement du texte.

*du moment, peut conduire au désastre* » et, par conséquent, plusieurs observateurs soutiennent que le régime normatif d'un pays ne devrait jamais être le simple fait des velléités populaires (Klein, 2017 : 123). Différents plaidoyers sont ainsi lancés afin que la démocratie soit structurée de manière à favoriser l'adoption de politiques substantivement bonnes et justes pour le peuple (e.a. Schudson, 2006; Pamuk, 2021). Par exemple, certains experts, certains acteurs et certains citoyens prêchent pour que la fabrication de la loi soit subordonnée aux connaissances scientifiques, tandis que d'autres vont en appeler à arrimer plus finement cette fabrication avec les préceptes et les valeurs promues par les diverses chartes des droits (e.a. Schudson, 2006; Pamuk, 2021).

*A priori*, s'assurer que les politiques pénales soient au diapason « *du juste, du bien, ou du vrai* » (Bessone et Mineur, 2019 : 4) peut paraître comme une réponse tout à fait logique et même judicieuse afin de remédier aux errements et aux inepties des politiques populaires. Or, ces projets de refondation du rapport entre la démocratie et la loi pénale – et plus largement entre la démocratie et la gouvernance de la Cité – tendent toutefois à éluder plusieurs questions quant à leurs modalités de réalisation. À vrai dire, le fait de promouvoir un régime normatif structuré à l'aune de fins substantives demeure une proposition fondamentalement imprécise sur les axiomes et les substrats qui se devraient d'être mobilisés pour parvenir à donner lieu à un tel régime. Pour produire les meilleures politiques ou encore des politiques qui respectent les droits de tout un chacun, faut-il mobiliser les recommandations d'un conseil de sages, les avis de chaque personne concernée par la situation sur laquelle le gouvernement intervient, les lettres des textes constitutionnels, les opinions du moment de la Cour suprême ou bien un peu de tout cela et autre chose?

Force est de constater que la réponse à ces questions est loin de faire l'unanimité dans la mesure où une transformation du processus de criminalisation en « *un régime de performance* » (Berthelet, 2016 : 22), c'est-à-dire en un régime appréhendé à travers le prisme de la qualité de ses résultats, est une approche qui peut être envisagée à travers différents systèmes de référence. Pour utiliser une image simplifiée, si la quête de performance d'un gouvernement l'amène à charpenter sa production législative à la lumière des savoirs « néolibéraux », les politiques qui en émanent

pourraient rapidement se transformer en une prolifération de mesures dont la visée serait de « jeter » une portion beaucoup plus considérable d'« *anormaux* » et d'« *indésirables* »[5] dans les cachots des institutions carcérales. À n'en point douter, une telle politique serait alors bien éloignée des aspirations qui animent les criminologues et les sociologues critiques se revendiquant d'un processus de criminalisation – et plus largement d'une démocratie – fondé en efficacité. Bien que simplifié, cet exemple montre comment la prétention à générer les politiques de plus grande qualité implique d'avoir un point de référence (pré)déterminé auquel aspirer. Le problème est que ces points de référence sont multiples, car il existe différentes visions sur ce qui est « désiré » ou « désirable » dans nos sociétés à caractère pluriel (Sen, 2005).

Qui plus est, autre problème, supposons que nous acceptions de charpenter la gouvernance démocratique d'une manière à atteindre un résultat X ou Y, qu'advient-il des préférences et doléances des citoyens dans un tel projet de refondation ? Dans une démocratie à prétention substantive, est-ce que le peuple doit tout simplement s'effacer derrière les vertus de la science ou encore celles des cours de justice ? Plus encore, est-ce que le fait d'ériger une politique dans l'intérêt du peuple peut s'avérer suffisant pour qu'on puisse légitimement lui accoler l'étiquette de « démocratique » ?

Si nous montons en abstraction, les précédentes interrogations nous placent devant le dilemme cornélien qui est, à nos yeux, à l'épicentre des débats entourant la démocratie, soit de savoir si la pierre de touche du navire démocratique est la conduite *(e.a. des choix normatifs structurés au gré des préférences du peuple*) ou bien sa destination *(e.a. des choix normatifs modulés vers la réalisation de l'intérêt du peuple)*[6]. Si nous appliquons ce dilemme à la question pénale, on peut se demander si un processus de criminalisation dit démocratique doit avoir comme point de mire d'implanter les velléités du peuple ou bien de promouvoir l'intérêt général et d'assurer le respect des droits de tout un chacun (citoyens, justiciables et victimes) ? Pour reprendre les mots de

[5] Nous parlons des « indésirables » et des « anormaux » selon le statut qui leur est attribué dans les carcans d'une société qui embrasse le néolibéralisme. À ce sujet, voir Wacquant (2010).

[6] Cette image de la conduite et de la destination du navire a librement été inspirée de Bevort (2007) qui utilise cette analogie pour différencier les fins et les moyens dans les enjeux politiques.

Roussin (2019 : 45) « *Qu'est-ce qui rend la démocratie légitime ? La qualité de ses politiques, ou la manière dont elles sont arrêtées ?* ».

Loin d'être une sorte d'énigme mathématique à l'égard de laquelle il y aurait une réponse immanente qui se devrait tout simplement d'être trouvée, une multitude de clés de lecture peuvent être envisagées face à une telle question. Notre rapport à la démocratie est, en ce sens, profondément paradoxal dans la mesure où si la démocratie est célébrée et revendiquée quasi-universellement[7], sa signification et ses composantes demeurent fondamentalement évasives et sujettes à débats (Kurki, 2010; Leclerc, 2017). À ce titre, déjà dans les années 60, le politiste italien Giovanni Sartori (1962) soulignait que, bien que la plupart des politiciens et des théoriciens présentent la démocratie comme l'incarnation des fondements, des valeurs et des finalités primaires de l'activité gouvernementale, ces derniers vont imputer différents fondements, différentes valeurs et différentes finalités à ce qu'ils appellent la démocratie. Pour le résumer d'une manière imagée, pour un certain observateur, la « vraie » ou la « bonne » démocratie peut être X, tandis que pour un autre, elle sera plutôt Y ou Z.

Toute réflexion sur la démocratie est donc confrontée à un problème de départ, soit que le même mot – démocratie – est utilisé de multiples manières pour décrire des modes de gouvernance diamétralement discordants, et même plus largement pour qualifier des idées et des phénomènes politiques de nature très éclectique, voire antinomique. En raison de cette précarité conceptuelle, la démocratie se doit donc d'être présentée – d'abord et avant tout – comme un enjeu de *luttes de sens* (Denquin, 2008; Kurki, 2010; Chambers, 2023). Cette conflictualité interprétative ne relève toutefois pas d'un simple enjeu définitionnel. Au contraire, la manière dont la démocratie est appréhendée, à travers telle ou telle représentation, exerce un effet direct sur les sources appelées à guider l'action publique. Autrement dit, les débats entourant les représentations concurrentes de

[7] De nombreux auteurs soulignent que la démocratie fait l'objet d'une adhésion unanime, certains allant jusqu'à la hisser au rang d'une nouvelle religion universelle (Kurki, 2010; Leclerc, 2017). Si beaucoup s'en réclament, nous reviendrons toutefois, dans le cadre de cette thèse, sur la diversité des formes que prennent ces louanges afin de montrer certains paradoxes dans les diverses revendications de la démocratie.

la démocratie ne relèvent pas uniquement d'un désaccord philosophique; ils soulèvent également une série d'interrogations quant aux variables susceptibles d'orienter l'exercice de construction de la loi pénale. Pour ne soulever que quelques exemples de ces interrogations :

- Démocratiquement parlant, « dans quoi » ou « chez qui » doit résider l'autorité de produire les lois pénales ?
- Dans une société à prétention démocratique, est-ce que le choix des comportements criminalisés et les modes de régulation privilégiés doivent être déterminés au strict gré de la volonté du peuple ou est-ce que ce choix ne doit pas plutôt être tourné vers la promotion de l'intérêt du peuple et surtout pourquoi ?
- Quels sont les avantages et les désavantages (e.a. aux niveaux humain, social, politique, normatif, culturel) de coupler le régime normatif au bon vouloir du peuple, ou à l'inverse, à des prérogatives plus utilitaires ?
- Si la fabrique de la loi est désignée comme devant parvenir à des finalités utilitaires, quelles fins doivent être priorisées : est-ce le bien commun, l'intérêt général, les considérations éthiques, les critères d'efficacité et de rationalité ou tout cela et autre chose ?
- Si nous choisissons le bien commun comme finalité utilitaire, comment identifier la substance normative de ce bien commun et quelles sources doivent être mobilisées (e.a. expertise) pour parvenir à celui-ci ?
- Si nous privilégions la volonté populaire, comment connaître précisément ces doléances pour chaque enjeu du domaine pénal ou comment s'assurer que le régime pénal représente bel et bien la diversité des intérêts et des valeurs au sein de nos sociétés plurielles ?

Face à ces interrogations d'ordre essentiellement normatif, il convient de souligner que notre objectif n'est pas de fournir une réponse « personnelle » à ces questions (c'est-à-dire, de soutenir que la démocratie devrait être ceci ou cela selon nous). L'objectif qui nous anime est plutôt de montrer comment le fait de définir la démocratie d'une manière X ou Y va façonner les réponses qui sont données à ces questions; puis d'analyser subséquemment dans quelle mesure les réponses

privilégiées peuvent influencer la mise en forme des politiques pénales et plus largement d'examiner les implications de ces choix de réponses. « *C'est la théorie qui décide de ce que l'on peut observer* », tels furent les mots de Einstein à Heisenberg[8]. En embrassant cette hypothèse, nous faisons le pari qu'offrir un nouveau regard théorique sur les différentes manières d'appréhender la démocratie constitue un point d'entrée pour observer sous un nouveau jour les fondements et les visées primaires susceptibles de sous-tendre la construction et la réforme du régime pénal (e.a. ses champs d'action, ses orientations, ses modes de réponse privilégiés).

Dans cette foulée, notre démarche consistera à proposer une grille d'analyse – une nouvelle élaboration théorique[9] – qui problématise les différentes représentations de la démocratie qui ont guidé, ou qui pourraient guider dans le monde des possibles[10], le processus de criminalisation canadien. Munis de cette élaboration théorique, nous pourrons alors interroger le rôle qu'ont joué les expressions démocratiques privilégiées dans la constitution et l'orientation du droit criminel canadien, en formulant une série de questions telles que les suivantes :

- Est-ce que les gouvernements canadiens ont appuyé le processus de criminalisation sur des velléités populaires ou sur des finalités utilitaires, et comment ceux-ci ont-ils justifié leur choix ?
- Dans les débats parlementaires, comment les gouvernements canadiens ont-ils justifié la mise en place de politiques pénales qu'ils jugeaient être dans l'intérêt public, mais qui allaient à l'encontre des opinions publiques (ou à l'inverse des politiques populaires qui allaient à première vue contre l'intérêt du peuple) ?

[8] Cette citation apparaît dans le chapitre de Garcia (2022 : 323).

[9] Dans les chapitres 1 et 2, nous étayons les raisons pour lesquelles les cadres théoriques existants nous sont apparus insuffisants, ce qui nous a conduit à construire notre propre appareillage théorique.

[10] Le concept de monde des possibles, emprunté à Schmutz (2006 : 10), réfère à des possibilités non-actualisées qui prennent la forme d'un « *agencement différent de notre monde, avec les mêmes créatures, les mêmes substances, voire les mêmes propriétés, mais agencées différemment* ». Le monde des possibles réfère donc à des configurations idéalisées du monde, qui n'ont pas trouvé de réalisation effective, mais qui le pourraient potentiellement.

- Peut-on observer des différences notables entre les expressions démocratiques qui sous-tendent les politiques accentuant la sévérité pénale et les expressions soutenant des politiques visant à la réduire, et si tel est le cas, lesquelles ?
- Lorsque des gouvernements canadiens ont introduit une mesure législative qui criminalisait un comportement et/ou qui alourdissait le quantum d'une peine, quelles variables démocratiques ont été privilégiées ?
- Lorsque des gouvernements canadiens ont introduit une mesure législative qui décriminalisait un comportement et/ou qui réduisait le quantum d'une peine, quelles variables démocratiques ont été privilégiées ?
- Y a-t-il des différences entre les expressions démocratiques privilégiées selon les allégeances politiques des gouvernements au pouvoir, et si oui, lesquelles ?

Comme l'illustrent ces interrogations préliminaires, un investissement théorique de la démocratie nous permettra d'analyser empiriquement – et sous des angles qui nous apparaissent encore inexplorés – les variables qui ont sous-tendu les choix relatifs aux comportements criminalisés ou décriminalisés, ainsi que les choix des modes de régulation privilégiés (e.a. choix des peines au niveau législatif) en sol canadien. Par la force des choses, problématiser et analyser le rapport entre la dialectique de la démocratie et la fabrique du droit[11] semble ainsi constituer une voie féconde pour jeter de nouvelles lumières sur les forces et les pratiques qui ont contribué au renouvellement de politiques répressives malgré leurs répercussions délétères largement détaillées (e.a. Chantraine,2004; Martel, 2023), tout comme elle semble ouvrir des pistes prometteuses afin de repérer les variables susceptibles de contribuer à l'évolution ou la non-évolution du droit criminel[12].

[11] Nous empruntons l'expression « *fabrique du droit* » à Latour (2002 : 1).

[12] Pires (2002) avance la thèse de la non-évolution du droit criminel, selon laquelle les transformations des normes pénales ne sauraient être automatiquement interprétées comme des signes d'évolution du droit criminel. Selon ce dernier, les changements dans les politiques pénales tendent souvent à reproduire les logiques du système pénal, fondées sur l'affliction et l'exclusion sociale. Ainsi, si les « *inflations notables des différents codes juridiques* », « *les concerts punitifs* », et les autres changements précédemment décrits à travers les exemples de formulations alarmantes, ont pu infléchir de manière effective les pratiques pénales en les durcissant, ces modifications ne

Au niveau empirique, notre analyse du rapport entre la démocratie et la loi pénale se fera plus précisément à travers le processus d'élaboration des politiques pénales au sein de l'arène parlementaire canadienne, processus que Sauvageau (1998 : 4) qualifie de « *passage à l'acte législatif* », appréhendé dans la littérature anglophone par le biais du concept de « *policy process* » (Hill et Varone, 2016 : 1). En plus de tourner le regard vers le Canada, précisons rapidement[13] que nous avons procédé à un découpage temporel afin de nous attarder à l'exercice de construction de la loi pénale sous l'égide des administrations canadiennes de la dernière « génération »[14], soit les gouvernements suivants :

1. Le gouvernement libéral de Jean Chrétien (1993 – 2003) et Paul Martin (2003 – 2006).
2. Le gouvernement conservateur de Stephen Harper (2006 – 2015).
3. Le gouvernement libéral de Justin Trudeau (2015 – 2025)[15].

En somme, cette thèse s'articule autour d'un problème de recherche à deux têtes, à savoir 1) les débats liés à la définition de la démocratie et les enjeux entourant ses différentes expressions, puis 2) les influences respectives de ces expressions sur les champs d'action et les orientations des politiques pénales (et donc sur l'évolution ou encore la non-évolution du droit criminel) en sol canadien. À la lumière de ces quelques prolégomènes, il nous est possible de formuler la question de recherche sur laquelle se fonde notre étude :

**Quelles considérations démocratiques ont structuré l'exercice de construction de la loi pénale en sol canadien entre 1993 et 2025 ?**

sauraient pour autant être décrites comme des évolutions du droit criminel – elles sont au contraire une reproduction même des logiques en place. La non-évolution désigne ainsi les politiques pénales qui, tout en changeant les modalités d'intervention, persistent dans une orientation afflictive. Pour qu'il y ait une véritable évolution du droit criminel, selon Pires, il faut que les réformes instituent des pratiques qui s'éloignent de l'exclusion sociale et l'infliction de souffrances.

[13] Dans le chapitre méthodologique, nous offrirons plus de détails sur les justifications et les implications qui sous-tendent un tel choix de terrain en qualité de cas instrumental.

[14] Une génération humaine est généralement estimée entre 20 et 30 ans, ce qui correspond à un cycle de reproduction.

[15] Notre découpage temporel s'arrête au 6 janvier 2025, lors de la démission de Justin Trudeau.

De cette question de recherche découle une série d'objectifs :

1. Problématiser théoriquement et empiriquement l'exercice de construction de la loi pénale par le prisme de la démocratie et ses multiples visages;
2. Documenter les considérations démocratiques invoquées par les trois gouvernements canadiens de la dernière génération, lors de l'exercice de construction de la loi pénale;
3. Dresser un portrait des expressions démocratiques qui ont structuré l'exercice de construction de la loi pénale sur une génération de gouvernements et souligner les différentes implications que ces expressions ont pu avoir sur les choix de normes pénales;
4. Rendre compte des incidences que les différentes considérations démocratiques peuvent avoir sur l'évolution ou la non-évolution du droit criminel.

Pour répondre à cette question et à ces objectifs, cette thèse se déploie en quatre chapitres.

Le premier chapitre propose un état des lieux des connaissances relatives au rapport entre la démocratie et la loi pénale. Après avoir présenté les principales contributions de ce champ d'études, nous mettons en lumière certaines limites et certains points de cécité qui traversent la littérature existante. Ce travail de mise en perspective nous aidera à dégager plusieurs interrogations demeurées partiellement explorées – voire largement ignorées – dans les analyses contemporaines de la pénalité. En explicitant ces zones d'ombre, ce chapitre servira à montrer en quoi une nouvelle problématisation du rapport entre démocratie et loi pénale apparaît nécessaire.

Le deuxième chapitre se détache des écrits strictement ancrés dans le champ criminologique afin d'interroger le concept de démocratie à partir de travaux issus d'autres disciplines et/ou portant sur des objets non pénaux. Cette incursion dans un espace théorique plus large nous aide à montrer que la démocratie constitue un concept profondément plurivoque, dont les significations et les usages varient sensiblement selon les traditions intellectuelles et les visions normatives qui les sous-

tendent. Face à cette plurivocité, nous proposons alors d'élaborer une nouvelle grille d'analyse qui fait dialoguer les grandes manières d'appréhender la gouvernance démocratique. Nous détaillons également la manière dont cette grille a été élaborée dans une optique d'en faire un prisme heuristique et analytiquement fécond pour l'examen empirique des dynamiques à travers lesquelles s'opère le processus de criminalisation.

Le troisième chapitre précise les principaux choix méthodologiques qui structurent le volet empirique de cette recherche. Il expose notamment le positionnement épistémologique adopté, la stratégie de constitution du corpus, la démarche analytique retenue, ainsi qu'une série d'autres choix méthodologiques ayant guidé l'examen des matériaux empiriques constituant le « terrain » de cette recherche doctorale.

Structuré en deux volets, le quatrième chapitre propose d'abord une analyse détaillée des expressions démocratiques qui ont soutenu une série de politiques pénales mises en œuvre sous les gouvernements canadiens de la dernière génération, afin de faire ressortir la manière dont ces expressions ont contribué à orienter l'architecture du droit criminel canadien. Dans un second temps, les observations tirées de l'examen de la gouvernance pénale des trois administrations étudiées servent de point d'appui à une montée en abstraction visant à dégager une série de constats plus généraux sur les relations qui se nouent entre les choix démocratiques et les orientations données aux normes pénales.

Enfin, après avoir résumé les principales contributions de cette thèse, la conclusion esquisse une série de pistes de recherche destinées à prolonger les réflexions ouvertes par cette thèse.

# CHAPITRE 1 – DE L'ÉTAT DES SAVOIRS AU PROBLÈME DE RECHERCHE

Ce chapitre offre un inventaire des travaux qui portent spécifiquement sur la relation consubstantielle entre la démocratie et l'exercice de construction de la loi pénale[16]. Cette recension des écrits se déploie en trois temps. Tout d'abord, nous offrons une vue d'ensemble de l'état des savoirs sur le sujet, c'est-à-dire un panorama des questions posées, des constats tirés, des critiques lancées, etc. Avec ce portrait des angles de problématisation et d'observation qui ont été privilégiés pour comprendre le binôme « démocratie – loi pénale », nous pourrons ensuite montrer les enjeux qui sont restés partiellement inexplorés et/ou qui ont tout simplement été occultés. Enfin, en conclusion de chapitre, nous revenons sur notre problème de recherche ainsi que sur la question de savoir comment éclaircir certaines des zones d'ombre qui persistent dans la compréhension des influences exercées par la démocratie sur le processus de criminalisation.

## 1.1 Démocratie et loi pénale : Les connaissances actuelles

Dans les remarques liminaires de cette thèse, nous avons mentionné que le droit criminel est structuré à l'aune de la démocratie et de ses vicissitudes. Les experts qui se sont affairés à décortiquer la chorégraphie dans laquelle s'entrelacent la loi pénale et la démocratie sont donc légion. Pour s'en rendre compte, il suffit de recourir à un outil bibliothécaire quelconque afin de repérer en quelques secondes toute une nuée de productions savantes sur la question pénale qui ont le mot démocratie/*democracy* dans leur titre. Pour ne nommer que quelques exemples, on retrouve *Rationalité pénale et démocratie* (Robert et coll., 2013), *Et ce sera justice : Punir en démocratie* (Garapon, 2001), *Democratic theory and mass incarceration* (Dzur, Loader et Sparks, 2016),

[16] Dans cette recension, nous nous concentrerons exclusivement sur les travaux qui ont explicitement cherché à éclairer le lien entre la démocratie et le processus de criminalisation. Étant donné l'ampleur des concepts associés à la démocratie, il convient de préciser que de nombreux écrits en criminologie mentionnent le terme « démocratie » ou ses dérivés sans pour autant aborder directement la relation entre la démocratie et la loi pénale. Ces travaux ne seront pas inclus dans notre analyse. Par ailleurs, certains écrits n'ont pas mentionné ou n'ont pas cherché à comprendre la relation entre la démocratie et le processus de criminalisation, mais apportent, de manière incidente, des éléments de compréhension qui pourraient s'avérer pertinents pour explorer cette relation (e.a. des travaux sur les droits fondamentaux). Les contributions de ces travaux ne seront pas mentionnées dans ce chapitre et seront plutôt mobilisées dans le prochain où nous développerons une grille d'analyse sur le concept de démocratie.

*Criminology and Democratic Politics* (Daems et Pleysier, 2020), etc. Plusieurs ouvrages qui traitent de la question pénale vont aussi évoquer la démocratie/*democracy* dans leur résumé ou encore dans leurs mots-clés. Plusieurs travaux de facture criminologique offrent en outre des réflexions sur des questions, des variables et même des éléments contextuels qui se rapportent de près ou de loin à la démocratie.

Face à ces nombreuses références, le premier constat patent à tirer est que les opinions publiques sont bien souvent invoquées comme l'épicentre de la démocratie. Malgré plusieurs mentions explicites du terme « démocratie », les écrits sur la loi pénale vont dans les faits rapidement se rabattre sur la notion d'opinion publique. De manière prépondérante, la mise en adéquation entre les lois pénales et les opinions publiques dans cette littérature est appréhendée comme le symbole de la démocratie. Degraeuwe (2020 : 15) soutient, en ce sens, que « *les politiques doivent prendre en compte l'opinion publique, pour ne pas décevoir leur électorat* » et qu'il s'agit du « *principe même de la démocratie* ». Une assertion étayée par D'Almeida (2014 : 88) qui affirme que « *La question de l'opinion publique est indissociablement liée à la question démocratique et aux processus qui la renforcent ou la dévoilent* ». Même Gabriel Tarde, dans son célèbre traité intitulé *Philosophie pénale* publié au XIX$^{e}$ siècle, arguait que « *l'âme de la peine, la peine vraie, c'est la réprobation générale, par la même raison que le vrai gouvernement c'est l'opinion publique* » (Tarde, 1890 : 492).

En matière de crime et de justice, toute recension des écrits sur la question démocratique se doit donc de passer par un examen des résultats de recherches relatifs à la notion d'opinion publique. Après avoir tracé le portrait des apports de ces contributions, nous reviendrons sur les implications découlant du fait d'aborder la démocratie par le prisme de l'opinion publique[17].

[17] Dans le cadre de cet exercice de recension, les écrits seront présentés sans prendre de position *a priori* sur les conclusions qu'ils tirent. En ce sens, bien que nous utilisions le présent de l'indicatif (par exemple : « les opinions ont eu tels effets ») au lieu du conditionnel (par exemple : « les opinions auraient eu tels effets ») afin d'alléger le texte, cela ne signifie pas que nous adhérons nécessairement aux conclusions avancées. Nous allons, autrement dit, présenter les connaissances de l'édifice des savoirs comme si elles étaient « véridiques ». Après avoir fait l'état des connaissances existantes, nous viendrons soulever des remises en question sur certaines de ces analyses dans les sections 1.2 et 1.3.

### 1.1.1 L'opinion publique : Quel(s) public(s) et quelle(s) opinion(s) ?

Les opinions publiques sont, réitérons-le, la thématique la plus prédominante des réflexions savantes sur la justice pénale qui s'intéresse de près ou de loin à la question démocratique. Cette surabondance génère inévitablement des dispersions et des désaccords dans les connaissances proposées. Effectivement, dans ce bassin pléthorique d'études, les voies empruntées pour se saisir de l'essence et/ou de l'orientation des opinions publiques s'avèrent relativement éclectiques, tandis que les conclusions tirées à l'endroit de leurs conditions de production et de leur modalité d'intégration dans les opérations de la justice pénale[18] ne font pas nécessairement consensus. En matière de crime et de réponse au crime, l'opinion politique est donc un objet polymorphe.

Pour tenter de mettre un peu d'ordre dans les regards sur cet objet *a priori* difficilement saisissable, débutons par le champ qui a largement été investi quantitativement et qualitativement, soit les tentatives de mesurer les attitudes et les perceptions des citoyens à l'égard des pratiques et des tendances pénales. Dans un tel champ, les opinions publiques se voient imputer de la capacité et parfois même de la fonction d'exprimer ce que le public *pense* – ou *souhaite voir* – en matière de justice pénale. Les opinions publiques sont, dans une telle approche, perçues comme des médiums qui vont dévoiler la « valeur » que le public attribue à la réponse pénale dans ses formes actuelles, ou encore qui révèlent les changements souhaités par celui-ci (e.a. Cullen, Fisher et Applegate, 2000; Hough et Roberts, 2005). À cet égard, que les sondages aient été réalisés avant ou après l'an 2000, sur un continent ou un autre, les mesures d'opinion révèlent presque systématiquement un sentiment général d'insatisfaction à l'égard de la sévérité de la justice pénale ou, plus précisément, de son manque de sévérité. Cette représentation des opinions, associant insatisfaction

[18] Bien que nous ayons tenté de circonscrire notre survol des études sur la création de la loi pénale, en raison de notre objet d'étude, il faut reconnaître que les recherches sur l'opinion publique ne se limitent que rarement à la simple question législative et tendent plutôt à parler des opérations pénales de manière indifférenciée Comme le rappelle Xavier (2012), plusieurs études vont ainsi confondre les volets politique et juridique de la peine. Lorsque nous parlons, par exemple, d'études qui montrent des doléances répressives du public, il faut garder en tête que les auteurs ne distinguent pas nécessairement les demandes adressées au politique de celles adressées au juridique.

populaire et demande de sévérité accrue, a notamment été mise en évidence par les travaux de Doob (2000), Reynolds et coll. (2009) ainsi que Jennings et coll. (2017).

Par rapport à ce constat d'un peuple en quête de plus de sévérité pénale, certaines recherches vont se donner comme mission de vérifier et même de remettre en question les procédés à la base de ces mesures. Plus précisément, des auteurs tels que Doob et Roberts (1988), Matthews (2005) et Leclerc (2012) constatent que la plupart des outils classiques (e.a. sondages, enquêtes déclaratives) utilisés pour mesurer les opinions du public se basent souvent sur des questions d'ordre général, voire trop superficielles, des questions qui ne parviendraient alors pas toujours à saisir les perceptions, les positions et les convictions des individus dans toute leur complexité et pluralité. Une frange importante de la littérature conteste ainsi la représentativité et la justesse des opinions et les attentes citoyennes mises de l'avant par les dispositifs de mesure traditionnels.

Par exemple, dès les années 80 et 90, les criminologues Anthony Doob et Julian Roberts ont montré que les mesures d'opinion reposent sur des questions fermées ou standardisées qui ne permettent pas de saisir avec précision les différentes opinions ou encore les différences d'attentes des citoyens, selon notamment les types de criminalité, les circonstances des actes criminalisés, les caractéristiques du justiciable et de la victime, etc. (Doob et Roberts, 1984; 1988; 1989; 1990). De telles études montrent ainsi que lorsqu'un sondage avance qu'un public donné – tel que les Canadiens – souhaite davantage de répression, cette mesure n'est pas nécessairement un reflet pur des opinions et des attentes des Canadiens, puisque cette mesure est teintée par la manière dont l'échantillon de Canadiens a été interrogé.

Abondant dans un sens similaire, Leclerc (2012) soutient qu'en comparant les résultats issus de sondages traditionnels à ceux d'études fondées sur des cas simulés, des écarts significatifs sont observables. Alors que les sondages laissent entrevoir un public fortement enclin à la répression, les cas simulés – où les participants sont placés dans la position de juges et disposent de l'ensemble des informations contextuelles – révèlent des choix punitifs généralement plus modérés, voire

alignés sur les décisions judiciaires réelles. Ces travaux montrent ainsi que les préférences punitives varient selon les modalités de mesure : posées de manière abstraite, loin de cas concrets, les questions tendent à susciter des réponses plus sévères, alors qu'elles donnent lieu à des réponses plus nuancées lorsqu'elles portent sur des situations concrètes et contextualisées. Pour reprendre les mots de Leclerc (2012 : 19) :

> *Alors que l'opinion plus générale apparaît comme une réponse émotive qui permet de dénoncer certaines injustices perçues (par exemple, les sentences trop clémentes imposées dans des cas très graves d'agressions sexuelles) et qui repose sur des stéréotypes sur les criminels ou la justice, les opinions spécifiques sont plus nuancées, plus positives et elles reposent sur une analyse réfléchie et intelligente du cas.*

Loin d'être la seule étude à tirer un tel constat, de nombreuses autres recherches ayant proposé des études de cas simulées ont abouti à des conclusions similaires, soit à une remise en question de cette représentation simplifiée d'un public qui souhaite indubitablement une justice pénale plus sévère, des pratiques pénales plus comminatoires, etc. (e.a. Applegate et coll., 1996; Kuhn, Villettaz et Jayet, 2002; Roberts, 2018).

À l'advenant, certaines études sur les objectifs de la peine viennent fissurer la représentation d'un peuple animé par des désirs vindicatifs et des souhaits rétributifs. Pour soulever un cas de figure faisant autorité, Roberts, Crutcher et Verbrugge (2007 : 86) mentionnent que dans les dernières décennies le public « *have evolved away from a punitive and toward a restorative approach to sentencing* ». Effectivement, selon ces auteurs, lorsque le peuple est questionné sur les objectifs qui devraient prioritairement guider les peines imposées, les réponses les plus fréquentes sont la responsabilisation et la réparation.

Une autre étude fréquemment citée est celle de Matthews (2005), ainsi que sa version révisée de 2014, intitulée « *The Myth of Punitiveness* ». Selon cette étude, réduire les opinions publiques à une position systématiquement punitive constitue une simplification excessive des vues citoyennes. Pour en arriver à un tel constat, Matthews démontre que les différents outils utilisés pour mesurer

les opinions, que ce soient les sondages et même les études de cas simulés, ne permettent pas d'obtenir des résultats représentatifs des souhaits et des perceptions véritables du peuple. La raison est simple : les vues et les attitudes des citoyens sont complexes, parfois contradictoires, et ne sont pas fixes dans le temps. Par voie de conséquence, Matthews affirme que les mesures d'opinion vont passer sous silence les circonstances dans lesquelles les citoyens vont émettre leurs préférences en matière pénale, qu'elles ne permettent pas de saisir la fluidité des vues citoyennes, tout comme ces mesures ne reflètent pas la force d'adhésion aux positions et aux jugements émis. Pour donner un exemple de ces limites, si un sondeur ou un chercheur évalue l'appui à la peine de mort quelques jours après une tuerie dans une école primaire à travers un sondage ou une étude de cas simulés, l'opinion mesurée à ce moment pourrait s'avérer purement conjecturale et pourrait même changer d'orientation quelques jours plus tard.

Face à cette volatilité dans les attitudes à l'égard de la répression pénale, une myriade d'études a cherché à comprendre quels facteurs influencent la formation des attitudes envers la justice et ses multiples artifices. Par exemple, les perceptions des citoyens ont été évaluées en fonction de la peur du crime (Hough et Moxon, 1988; Barker et Crawford, 2011), de la compréhension (ou de la mécompréhension) des rouages de la justice (Roberts et Indermaur, 2007), des préférences politiques et idéologiques (Unnever et coll., 2007), des caractéristiques démographiques, sociales et économiques (Tufts, 2000; Rogers, Hirst et Davies, 2011), des expériences de victimisation antérieures (Skogan, 2017), etc. Nous pourrions continuer à citer les exemples de recherches qui ont tenté d'isoler les facteurs influençant les opinions publiques pendant des pages et des pages. Or, pour le moment, l'essentiel est de souligner que l'édifice des savoirs offre plusieurs réponses quant aux variables et aux facteurs qui incitent les citoyens à adopter des attitudes plus punitives, ou, au contraire, à privilégier des idéaux plus humanistes[19].

[19] Nous reviendrons plus loin sur les connaissances émises face aux rôles de ces attitudes dans une société à prétention démocratique.

À la lumière de ces études qui nuancent les prétentions répressives des opinions publiques, Miller (2013) souligne quant à elle le piège inverse; piège qui consiste à voir dans les fluctuations des opinions le signe d'un public non répressif. Pour cette dernière, les études actuelles ne permettent pas de contester l'existence de certaines franges populationnelles qui entretiennent véritablement des velléités vindicatives et punitives, ces études rappellent simplement que le public n'est pas un tout homogène où chaque individu partage la même perception des choses. En fait, selon Miller, toute prétention de connaître une quelconque opinion publique uniforme, consensuelle et/ou arrêtée sur le crime et la justice devrait être discréditée. Miller montre ainsi qu'il n'existe pas une seule opinion publique, mais bien de multiples opinions multiformes, morcelées et changeantes.

Cette remise en question d'une opinion publique unifiée trouve d'ailleurs un écho plus fondamental encore chez plusieurs auteurs qui, au-delà du champ pénal, proposent une véritable déconstruction de la notion elle-même. Bourdieu (1973), Champagne (1990), Luhmann (2001) et Kaufmann (2002), entre autres, ne se contentent pas de remettre en question la représentativité des opinions publiques ou les variables qui orienteraient leur expression, ils contestent l'idée même qu'il puisse exister une entité appelée « opinion publique » qu'on pourrait mesurer comme une donnée brute ou saisir comme un phénomène objectif. Selon ces perspectives, l'opinion publique relève d'une construction sociale – une fiction méthodologique produite à partir d'agrégats de manifestations phénoménales éparses, souvent discontinues, et organisées au sein de dispositifs qui en conditionnent la forme et la portée.

Considérées comme des artefacts sociopolitiques, les opinions publiques posent dès lors un certain nombre de problèmes méthodologiques et épistémologiques. Leur mesure repose largement sur les sondages, qui constituent aujourd'hui l'outil de prédilection en la matière. Or, ces derniers font l'objet de critiques soutenues. Plusieurs auteurs ont montré que la formulation même des questions, le cadrage des enjeux, et la sélection des réponses proposées sont autant d'éléments susceptibles d'introduire un biais, voire de refléter des intérêts particuliers (Champagne, 1990; Kaufmann, 2002). En outre, même lorsque conçus avec rigueur, les sondages n'offrent aucune garantie que l'agrégation

des préférences individuelles donne lieu à une volonté collective cohérente ou fidèle aux nuances des perspectives exprimées. Comme l'ont montré Gaus (1997) et Bishop (2005), les opinions individuelles, aussi diverses soient-elles, se trouvent souvent aplaties dans les résultats agrégés, qui peinent à restituer la complexité des postures initiales. Cette réduction produit des représentations souvent binaires, schématiques, voire trompeuses. D'où cette célèbre formule de Bourdieu (1973 : 1292) : « *l'opinion publique n'existe pas* ». Derrière cette affirmation provocatrice se trouve l'idée que ce que l'on appelle communément l'opinion publique n'est jamais donné, mais toujours construit – et que cette construction repose sur des choix méthodologiques et politiques qui orientent profondément le résultat obtenu.

En somme, face à ce premier axe, on peut ainsi conclure que les opinions publiques dans le contexte de la justice pénale demeurent complexes et sujettes à de multiples interprétations, ce qui nous amène à un autre volet de la littérature, soit les manières dont les acteurs les interprètent et décident – ou non – d'intégrer lesdites opinions dans la fabrique du droit.

### 1.1.2 L'intégration des opinions publiques : un flot continu d'affliction ?

Le deuxième grand axe thématisé concerne la mobilisation des opinions publiques dans l'élaboration de la loi pénale et, du même coup, leur influence sur les champs d'action et les orientations des normes pénales. Les réflexions savantes sur ce thème peuvent être synthétisées en deux positions antinomiques. La première se rapporte aux études qui critiquent toutes formes d'intégration des opinions publiques dans le processus de criminalisation, tandis que la seconde englobe les écrits qui encensent et exigent même une intégration de ces opinions.

D'un point de vue quantitatif, cette ligne de fracture ne sépare toutefois pas « égalitairement » tous les travaux et les réflexions sur le sujet. Tout au contraire, les réserves concernant l'intégration des opinions publiques sont considérablement plus nombreuses et sont étayées par des arguments beaucoup plus variés. Pour leur part, les travaux qui prêchent pour la préséance des opinions publiques dans la fabrique du droit sont quantitativement plus rares et le font davantage à travers

des propositions théoriques non actualisées, c'est-à-dire en proposant des solutions hypothétiques qui permettraient potentiellement d'intégrer les opinions publiques de manière plus effective et positive dans les processus législatifs. Nous présentons ainsi, tour à tour, une nomenclature des références clés pour ces deux grandes positions.

On retrouve de prime abord une myriade de textes qui font l'apologie de ce qu'ils considèrent comme un passé glorieux dans lequel l'autorité et la légitimité de façonner les politiques pénales reposaient sur les professionnels en la matière (e.a. Zimring et Johnson, 2006); Loader, 2006; Freiberg et Carson, 2010). Animés par l'ambition de commémorer un temps révolu, ces écrits vont plus spécifiquement rappeler que, durant la grande majorité des XIX$^{e}$ et XX$^{e}$ siècles, la production législative des normes pénales se faisait généralement[20] dans un processus de travail collaboratif entre le gouvernement, les organisations bureaucratiques ainsi que les divers experts universitaires, et ce, à l'arrière-scène de l'arène publique. Pour caractériser cette approche, Loader (2006 : 563) parle alors de « *The rules of the 'Platonic Guardians'* », tandis que Shammas (2016 : 325) la décrira comme une forme *de* « *penal elitism* ». Indépendamment du qualificatif, l'approche s'est toutefois érodée à partir de la fin des années 1970 sous l'effet d'une importance croissante accordée aux revendications populaires et sous le joug de gouvernements de plus en plus prompts à succomber aux pressions populaires, voire à les instrumentaliser.

Loin de se limiter à une simple commémoration du passé révolu, une portion considérable des travaux sur la question pénale avance qu'il faut (ré)isoler le processus de criminalisation des influences populaires et des dynamiques politiques indues. Pour citer les dires de Berk (2021 : 68) à ce sujet : « *Philosophers and social scientists alike seem to agree. Penal policy should be insulated from direct democratic control*. » Berk ajoute que cette forme d'isolationnisme est justifiée par le fait que les politiques qui ont répondu aux demandes populaires ont des résultats

[20] Les écrits cités affirment qu'il s'agissait de l'approche courante à l'époque. À titre d'exemple, Loader (2006 : 561) affirme plus spécifiquement que les experts platoniques (infra) avaient l'ascendance (*ascendancy*) dans le choix des politiques pénales. À la lumière de notre lecture de ces textes, il est toutefois difficile d'évaluer si cette ascendance était totale, pratiquement totale, partielle, etc.

nocifs, voire catastrophiques : « *The core claim of insulationists is that the public is an unreliable source of guidance in penal matters; the more direct the influence of the lay public, the greater the risk of various moral and policy pathologies* » (Berk, 2021 : 69).

Que ce soit par le biais de propositions théoriques, de recherches empiriques ou encore d'essais, plusieurs défendent l'idée que le choix des normes pénales ne devrait pas être soumis aux desiderata populaires, et ce, notamment en raison de l'ignorance, de la crédulité ou encore de l'émotivité du public. Un large volet de la littérature remet en effet en question la compétence du peuple à comprendre les enjeux pénaux, et se montre encore plus sceptique quant à sa capacité de choisir rationnellement les solutions appropriées (Pettit, 2002; Zimring et Johnson, 2006; Lacey, 2009, etc.). En fait, pour les fervents d'une perspective isolationniste ou élitiste, le peuple ne devrait pas participer aux choix en matière de droit criminel, puisqu'il est décrit comme étant trop capricieux, trop émotif, trop irrationnel, voire trop ignorant pour être en mesure de prendre des décisions éclairées dans ce domaine.

Si certains écrits vont plaider pour une approche isolationniste en s'attaquant aux (in)compétences du peuple, d'autres études vont plutôt le faire en illustrant comment la montée en puissance des opinions publiques dans le processus de création de la loi pénale, depuis la fin des années 1970, a contribué à la mise en œuvre d'une constellation de mesures répressives (e.a. Beckett, 1997; Windlesham, 1998; Garland, 2001; Jacobs et Kleban, 2003; Ferret et Mouhanna, 2005; Salas, 2005; Pratt, 2007; Desrosiers et Bernier, 2006; Lamalice, 2006; Zimring et Johnson, 2006; Lancaster, 2011; Enns, 2014; Berthelet, 2016; Bonner, 2019; Guiney, 2023). Le nombre de références ici citées démontre le grand nombre d'études qui ont condamné l'importance accordée aux opinions publiques en raison de leurs répercussions punitives. Criminalisation de nouvelles catégories de comportements, élargissement des définitions des crimes existants, augmentation des pouvoirs d'intervention des forces de l'ordre, accentuation du recours à l'incarcération, allongement des durées de réclusion, durcissement des conditions de détention, limitation des possibilités de libération anticipée, etc. Sous la force des effets grandissants, les mesures à connotation répressive ont pullulé. À ce titre, une panoplie d'écrits se donne comme mission de décrire les divers aspects

des concerts punitifs qui ont émergé dans les différentes démocraties libérales sous la montée en puissance des opinions publiques. Nous revenons donc ici aux critiques soulevées dans les premières lignes de l'introduction; critiques selon lesquelles les forces démocratiques ont accablé nos sociétés de *commotion législative*, de *fureur répressive*, etc. [21]

Les études relatives à l'intégration des opinions publiques ne se limitent pas à la description des tendances répressives, elles adoptent bien au contraire une approche fréquemment normative. La grande majorité des écrits ne vont pas simplement décrire les effets des opinions publiques sur les pratiques pénales, lesdits écrits vont *critiquer* ces effets. Pour Miller (2013 : 283) « *contemporary scholarship on crime, politics and society typically regard robust democratic politics and crime policy as a dangerous mix* ». Rowan (2011 : 46) remarque dans le même sens que « *some scholars contend that entrusting criminal justice policymaking to citizens and their elected leaders is bound to have disastrous consequences* ».

Les pratiques et tendances punitives de la fin du second millénaire sont souvent abordées à travers le concept de « virage punitif » (*punitive turn*). Régulièrement mobilisé dans la littérature pénale, ce concept est plus spécifiquement utilisé pour montrer et tenter d'expliquer la mise en œuvre d'une constellation de mesures répressives engendrant une profonde transformation de l'univers pénal dans un espace social donné (Garland, 2001; Hallsworth, 2002; Hogeveen, 2005). Levin (2022 : 2780) remarque en effet « *For decades, criminal legal literature generally has adopted a story of mass incarceration's rise as caused by popular punitive impulses or punitive populism* ». Pour l'auteur, le virage punitif s'expliquerait à la fois par 1) les élans punitifs sur fond populaire (*popular punitive impulses)* et par 2) le populisme punitif *(punitive populism)*. Considérons chacune de ces deux thèses.

Dans la première, le virage punitif est tout simplement perçu comme une réponse aux demandes et aux pressions populaires. Des auteurs tels que Frost (2006) et Enns (2014) appréhendent dans cette

[21] À titre de rappel, nous avons cité en introduction une série de formulations alarmantes. Sur ce point, réaffirmons que l'expression « fureur répressive » est de Landreville (2007 : 23), tandis que celle de « commotion législative » est proposée par Robert (2009 : 105).

voie le virage punitif comme une réponse démocratique des acteurs politiques aux attentes exprimées par le public au sens où ce virage reflète la volonté des représentants élus d'aligner les politiques pénales sur les doléances populaires. En ce sens, les décideurs politiques sont vus comme des acteurs qui remplissent leur rôle en traduisant les demandes collectives en mesures concrètes, répondant ainsi à leur responsabilité de représenter la volonté de leurs citoyens et de transformer leurs souhaits en pratiques concrètes. Face à cette vision du virage punitif, il est possible d'arguer que les politiciens ont tout simplement construit des politiques pénales en répondant aux représentations « superficielles » des opinions publiques qui, comme nous l'avons vu, suggèrent que le public souhaite des peines plus intransigeantes.

Dans la seconde thèse, il ne s'agit pas de remettre en question l'existence de doléances punitives, mais plutôt de souligner l'instrumentalisation de ces demandes par une partie de la classe politique. Plus précisément, pour des auteurs tels que Salas (2005), Lamalice (2006), Simon (2007) ou encore Garland (2020), le virage punitif est en fait un projet politique, dans la mesure où les acteurs politiques ont stimulé les sentiments d'insécurité et d'injustice pour que la « demande » de sévérité du public corresponde à leur « offre ». Les acteurs politiques ont donc en quelque sorte « créé » la perception d'une justice inadéquate pour par la suite se positionner tels des tribuns de la sévérité et en récolter ainsi les fruits politiques et électoraux.

Lorsqu'il est question de la politisation de la réponse au crime, les États-Unis sont sans conteste le cas de figure le plus étudié. Maintes et maintes contributions ont décrié la prédisposition des politiciens étatsuniens à adopter des discours et des positions volontairement répressifs afin d'attirer les faveurs de franges importantes de la population. Certains iront même jusqu'à arguer qu'il est pratiquement impossible pour un politicien étatsunien de remporter une quelconque élection sans affirmer ostentatoirement une attitude *tough on crime*. Pour citer Body-Gendrot (1999 : 77) : « *mon argumentation consiste à dire que la répression est, à l'heure actuelle, l'option politique la plus avantageuse dans l'Amérique* ». Plusieurs auteurs vont d'ailleurs affirmer que, depuis les années 1980, la grande majorité des politiciens américains ont adopté un volontarisme

punitif dans de stricts buts électoraux et en ayant pleinement conscience de l'inefficacité de leurs propositions pour réduire la prévalence des comportements criminalisés.

Par la suite, il est également important de souligner que la majorité des travaux portant sur le virage punitif se sont principalement focalisés sur les politiques mises en œuvre aux États-Unis et en Angleterre. Pour des auteurs comme Tonry (2007), il faut donc faire attention de ne pas faire des extrapolations hâtives et/ou des généralisations excessives à d'autres pays sans preuve empirique. Sur ce point, plusieurs auteurs soulignent que le Canada n'a pas nécessairement suivi la même lignée temporelle en termes de tendances punitives. Plus spécifiquement, Roberts et coll., (2003), Meyer et O'Malley (2005) et Kelly et Puddister (2017) affirment qu'à l'époque où plusieurs pays étaient en proie à un virage punitif dans les années 1980 et 1990, le Canada résistait pour sa part aux tsunamis répressifs et à la politisation du pénal. Selon ces auteurs, durant les deux dernières décennies du XX$^{e}$ siècle, les gouvernements canadiens avaient maintenu une certaine distance critique par rapport aux pressions populaires, évitant ainsi de céder à l'instrumentalisation des opinions publiques à des fins politiques.

Selon les travaux plus récents qui font autorité dans les cercles criminologiques, cette résistance s'est toutefois effondrée sous le gouvernement conservateur de Stephen Harper qui gouverna entre 2006 et 2015 et qui selon plusieurs indicateurs a fait entrer les idéaux politiques et les impératifs électoralistes dans le champ pénal canadien. Plusieurs études (Desrosiers et Bernier, 2006; Sauvageau, 2012; Mallea, 2015; Comack, Fabre et Burgher, 2015; Kelly et Puddister, 2017; Euvrard et Leclerc, 2019) démontrent en ce sens que la formation conservatrice a créé un impétus de punitivité sans précédent dans la sphère pénale canadienne. Pour ce faire, ce gouvernement a surutilisé la question pénale dans les cycles électoraux, exacerbé les demandes sécuritaires à différents niveaux, eu peu d'égard pour les savoirs scientifiques, a promu la légitimité des opinions publiques quant aux réformes pénales, a façonné ses politiques au gré de ses attentes idéologiques et politiques etc. Au-delà de la présentation des changements précédents, les contributions qui ont

étudié l'œuvre du gouvernement Harper offrent différentes interprétations et explications quant à ces changements. Examinons certaines de ces propositions pertinentes pour notre objet.

Tout d'abord, Dubé et Garcia (2018) ont avancé que l'administration Harper avait contribué à l'émergence d'une théorie de la peine étroitement liée à l'opinion publique. Cette théorie émergente que les auteurs ont nommée « théorie de l'approbation publique », repose sur l'idée que le choix des sanctions doit s'appuyer sur les attentes du public en matière de peine et plus précisément sur les desiderata du public et le degré de satisfaction ou d'insatisfaction par rapport à la nature et à la sévérité de la peine. Selon la théorie de l'approbation publique, la nature et la durée de la peine devraient être déterminées en fonction de l'anticipation du degré de satisfaction qu'elle peut susciter au sein du public. La conclusion de ces auteurs est donc que le gouvernement Harper a tenté de déplacer le centre de gravité du droit de punir vers les opinions publiques, ou plus précisément vers les représentations que les acteurs politiques et juridiques se font de ces opinions.

Dans une approche qui s'intéresse davantage à la politisation de la question pénale, des auteurs tels que Desrosiers et Bernier (2006); Sauvageau (2012) et Kelly et Puddister (2017) vont quant à eux alléguer que les politiques de ce gouvernement n'ont jamais eu comme fonction principale de contrôler la criminalité et/ou d'améliorer l'efficacité de la justice pénale et avaient simplement comme dessein de séduire, voire de manipuler certaines franges de l'électorat. Ces études tentent donc d'explorer comment le gouvernement Harper a accordé une place grandissante aux opinions publiques dans le processus de création, de modification et d'abrogation des normes pénales dans une optique instrumentale. Embrassant cette perspective, notre recherche de maîtrise avait dans cette veine comme objectif de mettre en exergue diverses facettes de l'ancrage populiste du gouvernement Harper en matière pénale (Audesse, 2019). Au-delà du gouvernement Harper, plusieurs auteurs font d'ailleurs appel à la notion de « *penal populism* / populisme pénal » pour expliquer – et critiquer – certaines pratiques pénales répressives mises en place par des gouvernements en quête de pouvoir dans les démocraties occidentales depuis le tournant du troisième millénaire (e.a. Salas, 2005; Pratt, 2007; Garland, 2021).

Dans un autre ordre d'idées, certaines thèses, bien que plus rares, proposent une vision beaucoup plus positive de ce couplage entre la loi et les velléités citoyennes. L'intégration du public à l'élaboration de la loi pénale est alors vue comme ce qui constitue le fondement même d'une société démocratique. Le fait d'écarter les opinions publiques en faveur de politiques pénales dites plus efficaces, plus justes ou encore plus humanistes, constituerait en soi une approche non démocratique. La voix des citoyens serait ainsi le pilier fondamental de la démocratie et devrait se retrouver à la base des choix en matière de normes pénales, et ce, indépendamment des résultats qui en découlent (ex. Rowan, 2011; Dzur, 2012; Miller, 2013, etc.). Effectivement, pour prendre un exemple de ce groupe d'auteurs, Rowan (2011 : 45) soutient que la légitimité démocratique des choix pénaux ne saurait être subordonnée à la nature de leurs effets, puisque « *it is not obvious, however, why the degree to which we entrust criminal justice policymaking to the democratic process should depend solely or even mainly upon whether or not the results of doing so accord with preferences for penal moderation* ». Quelques lignes plus loin, l'auteur rappelle que le principe même de la démocratie réside dans la capacité des citoyens à décider collectivement de la manière dont ils souhaitent être gouvernés et rien d'autre : « *the basic idea of democracy, after all, is that citizens should collectively decide how they will be governed* » (Rowan, 2011 : 45).

Si de tels auteurs font la promotion d'un peuple au plein pouvoir sur la mise en forme du droit criminel, ils le font toutefois en promouvant une intégration plus réfléchie et constructive des voix et doléances populaires. À titre d'exemple, des auteurs tels que Rowan (2011), Miller (2013) et Kleinfeld et coll., (2017) proposent pour leur part d'instituer des débats publics rationnels et critiques qui permettraient d'assurer que la production des normes pénales soit le reflet de la sagesse des gens et non le reflet de leurs émotions primitives. Dans cette voie, les auteurs suggèrent plus précisément d'instituer des dispositifs *délibératifs* à même de tempérer la colère et d'informer les jugements du public, et ce, dans le dessein de transformer les opinions des citoyens en des politiques raisonnables et rationnelles. En somme, les écrits à la racine de cette deuxième grande assertion « positive » à l'égard des opinions publiques tendent moins à proposer des connaissances ou des explications sur les pratiques passées qu'à formuler plutôt diverses pistes de solutions afin

que nos sociétés mettent en place des conditions dans lesquelles le public pourrait être inclus plus constructivement et plus positivement dans le processus de réforme des politiques pénales dans une optique de produire de meilleurs résultats. Bref, les propos à la racine de cette seconde position ne s'appuient donc pas sur des recherches empiriques, mais plutôt sur des essais ou encore des propositions théoriques spéculatives.

En bout de piste, la littérature s'accorde largement sur le fait que les opinions publiques – perçues comme le signe ultime de la démocratie dans la littérature pénale – ont historiquement poussé la plupart des démocraties occidentales sur la voie de la sévérité.

### 1.2 Les points de cécité et les questions inexplorées

Dans la précédente section, nous avons tenté de jeter une lumière sur la compréhension actuelle de la chorégraphie dans laquelle la création de la loi pénale et la démocratie s'entrelacent. Comme la littérature sur ce sujet s'avère féconde, ce portrait n'en demeure par ailleurs qu'une synthèse imparfaite et nous sommes ainsi coupables de n'avoir pu faire autrement que d'en réduire la complexité. Malgré un délestage obligé, ce survol nous semble avoir été constitué avec la densité nécessaire pour autoriser la formulation d'une série de remises en question. Face aux savoirs proposés dans la littérature, nous souhaitons plus spécifiquement problématiser deux tendances lourdes[22] qui se doivent d'être dégagées de cette recension pour l'observateur critique, soit 1) la présence d'un regard simplifié sur le rapport entre la démocratie et la loi pénale et 2) une tendance à parler de démocratie sans offrir de précision sémantique et conceptuelle. Dans les prochaines pages, nous allons développer ces deux tendances pour mettre en évidence certains points de cécité et certaines questions inexplorées qui persistent dans les regards apposés sur le rapport entre la démocratie et la loi pénale.

[22] Il faut préciser que l'expression « tendances lourdes » n'est pas ici un synonyme de pratiques hégémoniques au sens où tous les écrits ne se réduisent pas invariablement à ces tendances. D'ailleurs, plusieurs parcelles de connaissances qui se retrouvent en périphérie de ces tendances nous seront utiles dans la construction de notre grille d'analyse. Nous y reviendrons.

### 1.2.1 Les influences de la démocratie sur la loi pénale : Un rapport simplifié ?

Pour éclairer les contours de la première tendance, il faut au premier abord attirer l'attention sur la portée normative qui sous-tend la mobilisation du concept de démocratie et de ses dérivés dans les tentatives d'explications de l'action pénale. Dans le portrait de la littérature préalablement offert, nous avions à cet égard soulevé de nombreux jugements de valeur « négatifs » accolés aux nouvelles tendances pénales qualifiées de populistes, aux pratiques d'intégration des opinions publiques, aux (in)capacités du peuple, etc. Plus souvent qu'autrement, la démocratie est en ce sens mobilisée afin de dénoncer et même de décrier les mesures pénales aux orientations afflictives dont l'institution est imputée aux forces démocratiques; une approche « critique » qui n'est pas sans implications sur les focales d'observation qui sont mobilisées pour observer les liens entre la démocratie et la mise en forme pénale et donc pour décrire les effets de la première sur la seconde.

Pour révéler ces implications, revenons plus explicitement sur la dimension normative des écrits dans le champ investigué. Un passage du texte de Guiney (2023 : 1) soutient que :

> *In recent decades, a growing body of research has traced the evolution of a highly contested law and order agenda (Newburn 2007; Brown and Silver 2022) and documented the malign effects of a largely unpredicted populist punitiveness that prioritizes the electoral prospects of a policy over its penal effectiveness (Bottoms 1995).*

Des expressions comme « *malign effects* » et « *highly contested* » illustrent comment le champ criminologique est animé par une ambition de critiquer les orientations des politiques pénales. Les pratiques démocratiques sont en effet accusées d'avoir historiquement enfanté un marasme de mesures afflictives.

À la lumière de la recension, on pourrait effectivement arguer que les forces démocratiques – les opinions publiques pour reprendre le concept prédominant de la littérature pénale – ont comme seul effet de contribuer au durcissement du régime pénal des sociétés occidentales. La plupart des écrits ont en ce sens une propension à associer et même à circonscrire la démocratie aux enjeux reliés à la perpétuation ou à l'élargissement du filet pénal (processus de criminalisation primaire)

et au durcissement de la sévérité pénale (processus de criminalisation secondaire). Des mouvances dans les processus de criminalisation primaire et secondaire se sont déclinées de diverses façons : comme une criminalisation accrue de certains comportements « hors normes », un recours plus fréquent à la prison pour davantage d'illégalismes, un allongement des peines pour plusieurs crimes, une diminution des pratiques de libération conditionnelle et des autres mesures de libération anticipée, une réduction de l'usage des sanctions alternatives à l'enfermement, etc.

Cela dit, affirmer que la démocratie constitue un simple catalyseur d'affliction et de répression constitue une compréhension *partielle* des implications de la démocratie sur le choix des comportements criminalisés/décriminalisés et sur les modes de régulation privilégiés. Partielle au sens où le spectre des influences et des incidences de la démocratie ne semble pas se limiter à la sévérité pénale. Au contraire, les forces et les pratiques démocratiques semblent pouvoir constituer – dans certaines occasions – des voies vers une réduction de l'âpreté du droit criminel. Il ne s'agit pas pour nous ici d'invalider les thèses selon lesquelles les pratiques démocratiques ont engendré des pratiques répressives, mais d'y apporter des nuances. Comme le souligne la recension des écrits préalablement proposée, les pratiques démocratiques ont, certes, fait germer des mouvances répressives dans la plupart des sociétés occidentales, mais la démocratie ne se matérialise pas nécessairement, ou encore systématiquement, en une route vers la répression et l'affliction. Dans certaines circonstances, la démocratie semble même pouvoir constituer un tremplin pour des pratiques pénales plus humanistes, plus socialisantes, plus positives, plus constructives, etc.

Prenons l'abolition de la peine de mort au Canada comme cas de figure. Plusieurs spécialistes pourraient convenir de la nature démocratique de cette abolition du simple fait qu'il s'agissait d'une politique d'un gouvernement majoritaire dûment élu[23] ou encore puisque ce changement garantissait le respect de certaines valeurs cardinales pour nos sociétés démocratiques (*e.a. dignité humaine*). Il est toutefois pertinent de rappeler que, lorsque Pierre Elliott Trudeau ratifia le projet de loi d'abolition

[23] L'abolition de la peine de mort a eu lieu dans la 30e législature du Canada au cours de laquelle le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau avait remporté 141 sièges sur 264, avec un appui de 43,15 % dans le vote populaire.

de la peine de mort en 1976, plus des deux tiers de la population canadienne étaient toujours en faveur d'une telle peine. Selon les sondages de l'époque[24], l'appui populaire à la peine de mort gravitait autour de 70 % (Chandler, 1976). Admettre que l'abolition de la peine de mort était une politique démocratique revient ainsi à admettre deux choses, d'une part que la démocratie ne se limite pas aux opinions publiques ou à l'influence de ces opinions sur la construction et l'orientation des politiques constitutives de la Cité, et, d'autre part, que l'exercice démocratique ne se transforme pas indubitablement en un prisme d'accentuation de la sévérité pénale.

Un autre exemple qui permet de remettre en question la thèse partagée selon laquelle la gouvernance démocratique est un chemin menant systématiquement à la répression est le régime pénal de l'État de Washington qui est discuté dans l'ouvrage de Barker (2009). L'État du nord-ouest américain est un cas fort intéressant dans la mesure où les pratiques démocratiques institutionnalisées octroient un pouvoir plus « direct » aux Washingtoniens dans l'orientation des normes pénales, et ce, notamment via de multiples dispositifs référendaires dans lesquels les résidents sont amenés à se prononcer sur divers projets de réformes pénales. De par ces pratiques, Washington est donc l'un des États américains où le peuple est le plus impliqué dans la mise en charpente du processus de criminalisation. À en croire les thèses de la pénalité contemporaine selon lesquelles la démocratie serait un simple vecteur de répression, cet État devrait donc avoir succombé à une déferlante de politiques populaires répressives. Pourtant, il n'en est rien; le régime pénal de cet État demeure l'un des moins répressifs de l'ensemble des États-Unis; un régime par ailleurs beaucoup moins répressif que celui d'États qui n'ont pas de structures officielles (e.a. référendum) pour intégrer les voix populaires. Les inclinaisons plus modérées du droit criminel de cet État (comparativement aux autres États américains) représentent de ce fait un cas intéressant pour offrir un contre-exemple face aux postulats selon lesquels les pratiques et les mouvances démocratiques ne feraient que pousser le droit criminel dans les carcans de la sévérité pénale.

[24] Les critiques sur la représentativité parfois limitée des sondages quant aux velléités populaires qui ont été soulevées demeurent valides; l'exemple ici ne vise qu'à soutenir l'idée que les opinions publiques ne sont pas nécessairement le seul « critère » démocratique pouvant être mobilisé dans le processus de criminalisation.

Comme l'illustre l'exemple de l'abolition de la peine de mort au Canada ou encore celui du régime pénal de l'État de Washington, la démocratie ne saurait se limiter à exercer des influences linéaires sur la loi pénale, tel qu'un alourdissement des pratiques afflictives au gré des doléances populaires. Si de tels exemples devaient nous amener à nuancer ou encore à complexifier la compréhension des potentiels effets des variables démocratiques sur la loi pénale, ces cas de figure n'ont pourtant été que peu travaillés, voire tout simplement laissés pour compte dans les études portant spécifiquement sur le rapport entre la démocratie et la loi pénale.

La criminologie et la sociologie du droit semblent ainsi souffrir d'une sorte d'inattention sélective face aux expériences historiques dans lesquelles la démocratie a contribué à la mise en place de politiques qui visaient à réduire quantitativement et qualitativement l'usage de la force de frappe pénale ou encore qui ont donné lieu à des pratiques pénales dites positives ou constructives. En fait, si nous prenons un pas de recul pour prendre acte du panorama des questions adressées dans l'édifice des savoirs, nous retrouvons d'un côté un fort engouement à critiquer les pratiques répressives et les tendances punitives qui sont imputées à la joute démocratique, et de l'autre, une certaine indifférence à questionner les pratiques démocratiques qui ont donné naissance à des réformes visant à réduire la sévérité pénale.

Réitérons-le, il ne s'agit pas d'invalider le fait que certains élans démocratiques ont pu générer des politiques afflictives et même déclencher des dérives punitives. Notre point ici est plutôt de soulever que les effets de la démocratie ne se limitent pas aux pratiques et dérives punitives et s'avèrent à nos yeux beaucoup plus diversifiés que ce que laissent entendre les thèses généralement partagées en criminologie et en sociologie du droit. Une analyse qui trouve d'ailleurs écho dans les propos de Miller (2013 : 300) : « *However [comparée aux thèses qui rapprochent démocratie et lois punitives], the relationship between democratic participation and the politics of crime and punishment is much more complex than it first appears.* »

Rajoutons que la fixation analytique des écrits à l'égard des pratiques punitives, tout comme la portée normative discutée dans les premières lignes de cette section, semblent non seulement avoir

engendré une inattention à l'égard de certaines expériences historiques qui viendraient nuancer la vision punitive du rapport entre le processus de criminalisation et la démocratie, mais elles semblent d'autant plus avoir créé une fermeture cognitive à l'endroit du monde des possibles. Plus spécifiquement, si le point de départ d'une réflexion est de soutenir que les variables démocratiques sont une voie d'escalade de la sévérité pénale, il semble peu probable que cette réflexion se termine par un exposé sur des manières novatrices d'articuler les variables démocratiques dans l'optique d'en faire des vecteurs de civilisation et d'humanisation du droit criminel.

Précisons que ce désintérêt, voire cette myopie, à l'égard des potentielles actualisations différentes du binôme démocratie – loi pénale ne nous apparaît pas sans lien avec la seconde tendance qui sera discutée au prochain point, soit une des réflexions anémiques sur l'ontologie et la sémantique de la démocratie.

### 1.2.2 La démocratie dans la littérature pénale : Une conceptualisation oubliée ?

La seconde grande tendance qui taraude la littérature pénale est d'appréhender la démocratie comme une *idée politique ou un phénomène politique*[25] obvie, c'est-à-dire quelque chose qui ne nécessite aucune précision sémantique ou encore qui ne requiert pas d'élaboration conceptuelle ou d'investissement théorique. Le concept de démocratie est effectivement utilisé à profusion dans les écrits sur la création de la loi pénale sans que le sens qui lui est attribué soit textuellement précisé. L'absence d'une définition de l'objet « démocratie » dans la précédente recension ne relevait en ce sens pas d'une omission ou d'une négligence de notre part. Le problème tient plutôt au fait que les études relatives à la question pénale vont aborder la démocratie sans jamais la définir ou encore l'appréhender par le truchement d'une seule composante : les *opinions publiques*.

[25] Nous utilisons ici le concept « d'idée politique » comme entendu en philosophie politique et en science politique, c'est-à-dire comme une représentation ou une construction intellectuelle qui sert à structurer, à justifier ou à orienter l'action collective et/ou les comportements politiques. Pour sa part, un phénomène politique peut être défini comme l'actualisation d'une idée « abstraite » en pratique, événements et/ou comportements empiriques. Autrement dit, un phénomène peut être vu comme l'expression tangible d'une idée politique, incarnée dans un contexte spécifique à travers des actions humaines, des institutions et/ou des dynamiques sociales.

Pour étayer et illustrer plus explicitement cette seconde grande tendance, prenons l'ouvrage collectif *Rationalité pénale et démocratie* (Robert et coll., 2013) qui nous paraît révélateur de cette tendance puisque son titre laisse nommément entendre aux lecteurs que l'opuscule apportera des éclairages sur les rapprochements entre la démocratie et la logique pénale. Les propos sur le quatrième de couverture viennent de surcroît renforcer une telle présupposition puisque la question suivante y est posée : « *La dérive punitive qui sévit à l'heure actuelle de part et d'autre de l'Atlantique, menace-t-elle le droit de punir en démocratie, voire la démocratie elle-même ?* » Malgré ce titre et ces propos évocateurs, jamais la démocratie ne sera définie ou décrite au-delà de quelques remarques éparpillées dans deux paragraphes à la page 14 qui soulèvent promptement son caractère ambigu; une ambiguïté dont la nature ou les inflexions seront tout simplement laissées en plan par la suite. Du point de vue de la question démocratique, les grandes lignes de cet ouvrage se cantonnent à la critique des inclinaisons répressives de la pénalité qui auraient été occasionnées par l'utilisation et/ou la manipulation de certaines opinions publiques dans la mise en forme du régime normatif pénal. Appréhendée comme une connaissance commune et dont le sens serait compris et accepté par tout un chacun, la démocratie n'est jamais définie ni investie dans cet ouvrage. Sans investissement du concept, il est alors difficile de savoir en quoi, ou comment la démocratie serait menacée (pour évaluer une menace, ne faudrait-il pas d'abord connaître l'objet qui fait face à cette menace?).

Un autre exemple serait le texte de Guiney (2023) que nous avions mobilisé pour exemplifier la simplification du rapport entre démocratie et loi pénale[26]. Dans sa réflexion sur la politisation du crime et la réponse pénale, Guiney (2023) soutient la thèse suivante : « *Governments of all stripes have demonstrated an alarming propensity to 'govern through crime' in ways that erode fundamental human rights and increase the potential for democratic backsliding.* » (Guiney, 2023 : 1). Si cet extrait jette une lumière sur un problème sérieux en évoquant l'avènement de gouvernements qui utilisent la régulation du crime pour orienter la gouvernance de la Cité au gré

[26] Nous référons ici à la première grande tendance préalablement problématisée.

de leurs propres impératifs, cette réflexion demeure toutefois silencieuse sur ce que constitue un recul (*backsliding*) de la démocratie, voire tout simplement sur ce que sont les idéaux, les normes ou les pratiques démocratiques qui seraient potentiellement visés. Si on ne sait pas ce que la démocratie représente dans ses états normaux, comment savoir si celle-ci est menacée par une politisation de la réponse pénale?

Précisons que les exemples de Robert et coll., (2013) et de Guiney (2023) ne furent pas sélectionnés à travers une pratique de picorage (*cherry picking*) et s'avèrent au contraire des exemples emblématiques de la plupart des écrits relatifs au champ pénal qui semblent considérer le concept de démocratie comme étant en soi suffisamment parlant pour ne pas s'embarrasser de précisions conceptuelles. Les écrits sur le processus de criminalisation qui mobilisent le concept de démocratie offrent en effet systématiquement un regard parcellaire sur ses états, c'est-à-dire sur ses significations, ses composantes, ses tribulations, etc. En se limitant à une compréhension de sens commun, la littérature pénale paraît éluder plusieurs principes, plusieurs préceptes ou encore plusieurs valeurs que la démocratie porte en son sein, tout en occultant aussi les ambivalences, les points d'achoppements, les apories ou encore les lectures divergentes qui peuvent sous-tendre la démocratie.

Dans les faits, si plusieurs écrits vont utiliser le « mot » démocratie pour critiquer les ascendances populaires de certaines réformes pénales, ces écrits vont davantage user du mot démocratie tel un simple « épouvantail » annonciateur de dérives punitives plutôt que comme concept rigoureusement investi théoriquement. S'il est tout à fait légitime de s'intéresser aux effets empiriques de la démocratie plutôt que de philosopher sur son essence intrinsèque, il convient de souligner que l'utilisation de la démocratie comme cadre d'analyse rigoureux nécessite, au minimum, une définition claire de ses composantes fondamentales. Les travaux sur la question pénale n'offrent pas une telle définition.

Même si l'on accepte de réduire la notion de démocratie à une dynamique d'opinion publique – comme l'ont fait plusieurs travaux en criminologie – une telle réduction demeure insuffisante pour

résoudre le problème. Le fait de parler des opinions publiques ou encore de les critiquer ne nous renseigne en effet que très peu sur les rôles et les fonctions que celles-ci devraient exercer dans une société démocratique. Pour le formuler sous forme de question, est-ce que les opinions publiques doivent identifier les enjeux à traiter, proposer les modes d'action privilégiés sur ces enjeux, ou encore tout cela et autre chose ? Et les interrogations ne s'arrêtent pas simplement à la définition des rôles et des fonctions des opinions publiques, mais aussi à leur mise en pratique. Par exemple, dans une démocratie fondée sur l'opinion publique, il faut aussi se demander *quand* et *comment* devrait-on mesurer celle-ci et les transformer en prescriptions normatives ?[27] Plus encore, parler simplement d'opinions publiques n'indique pas, en outre, les démarches à suivre lorsque les opinions entrent en contradiction avec elles-mêmes.

Si les opinions populaires devaient privilégier une répression accrue des violences sexuelles et une diminution des pratiques de réhabilitation par exemple, le gouvernement devrait-il alors, au nom de la démocratie, implanter des mesures qui reflètent ces opinions, et ce, même si les connaissances acquises montrent qu'elles seront contre-productives par rapport à la réduction des violences sexuelles? Et inversement, dans cette même situation, si un gouvernement décidait de s'inspirer des connaissances acquises plutôt que des opinions publiques défavorables aux mesures de réhabilitation et mettre de l'avant une politique de réhabilitation susceptible de diminuer effectivement la violence sexuelle, pourrait-on encore parler d'une politique démocratique?

On le voit ici, le simple fait de *nommer* une composante – telle que les opinions publiques – demeure une approche insuffisante pour discerner les fonctions et les inflexions que ladite composante peut – ou devrait – avoir dans une idée aussi complexe que la démocratie.

[27] Cette question pourrait être divisée en plusieurs sous-questions plus concrètes. Par exemple, est-ce que les opinions publiques doivent sous-tendre chaque norme du Code criminel ? Est-ce que ces opinions doivent être mesurées tous les 4 ans pour réactualiser la validité de ces normes ? Est-ce que les opinions doivent être simplement mesurées par des sondages, ou convient-il de recourir à des approches plus « exhaustives », comme les référendums? Etc.

Si les opinions publiques sont souvent perçues comme un symbole de la démocratie dans les études sur le processus de criminalisation, lorsque nous transcendons les lignes disciplinaires, une multitude de travaux soutiendront alors que la démocratie ne se limite pas auxdites opinions. Plusieurs écrits en sociologie, en science politique ou en philosophie montrent en effet que la démocratie a un caractère plurivoque. Pour prendre les mots de Pierre Rosanvallon (1993 : 28) « *le mot démocratie véhicule derrière une apparence d'évidence et de clarté les doutes et les perplexités de la société moderne sur ses fondements politiques ultimes* ». Or, les écrits qui ont justement tenté de disséquer ces *doutes* et ces *perplexités* sont restés inexploités dans la littérature pénale qui s'est limitée aux opinions publiques. Comme le libellent Lacey (1999) et Miller (2013), notre compréhension des opérations pénales[28] apparaît beaucoup trop isolée des théories politiques ou des théories sur le politique. Or, nous le verrons dans la prochaine section, l'absence de clarification sémantique, d'investissement théorique et d'opérationnalisation conceptuelle expose les observations et les analyses à plusieurs risques dans l'étude et la compréhension de l'exercice de construction de la loi pénale.

### 1.3 Démocratie et loi pénale : Les risques inhérents à un concept sous-investi

Si nous avons montré comment la démocratie n'a pas fait suffisamment l'objet de clarification sémantique, d'investissement théorique et d'opérationnalisation conceptuelle dans la littérature pénale, il importe désormais de préciser les écueils analytiques qui en découlent lorsque ce concept est mobilisé pour expliquer des tendances, des orientations ou encore des politiques pénales. Bien que ces écueils puissent être multiples, nous proposons de les synthétiser sous deux grandes catégories de risques :

1) Le risque de ne pas distinguer la démocratie des autres idées/phénomènes politiques;
2) Le risque de confondre ou d'occulter les multiples idées démocratiques.

[28] Les auteurs parlent de « *punishment* » - un terme qui englobe donc les processus de criminalisation primaire et secondaire.

### 1.3.1 Le risque de ne pas distinguer la démocratie des autres idées/phénomènes politiques

Le premier risque tient à une circonscription insuffisante de l'objet démocratie, dans laquelle se trouvent appréhendés des idées et des phénomènes politiques qui ne relèvent pas proprement de la démocratie, ou, à l'inverse, dans laquelle sont négligés des éléments susceptibles de s'y rattacher. Poussé à son paroxysme, un tel risque laisse entrevoir une possible hypertrophie du sens imputé à la démocratie (*un concept de démocratie qui n'exclurait pratiquement rien du monde politique*) ou, à l'inverse, son atrophie (*un concept de démocratie qui exclurait du monde politique ce qui ne devrait pas l'être*). En d'autres mots, la définition de sens commun peut nous laisser avec un concept qui se rapporte à tout et à son contraire ou à l'inverse, qui ne renvoie à rien de précis.

Loin d'être sans conséquence, sans un travail articulé de théorisation, de conceptualisation et d'opérationnalisation de l'objet démocratie, il devient dès lors difficile d'opérer des distinctions heuristiquement et analytiquement fécondes au sein de l'ensemble foisonnant d'idées et de phénomènes du champ politique. Comme le dit Denquin (2023 : 10) : « *nous ne pouvons pas savoir ce qu'est quelque chose sans savoir comment ce quelque chose se distingue d'autre chose* ». Et nous ajouterions que, sans savoir ce qu'est spécifiquement quelque chose, nous ne pouvons pas savoir ce que sont *ses effets*, en l'occurrence les effets de la démocratie sur le processus de criminalisation.

Certes, le sens commun de la démocratie permet de distinguer celle-ci des autres idées et phénomènes plus ouvertement « antagoniques », comme la monarchie héréditaire ou les dictatures fascistes. Mais, à l'inverse, le sens commun de la démocratie peut s'avérer beaucoup plus intriqué avec une panoplie d'idées et de phénomènes politiques qui partagent apparemment des éléments communs avec la démocratie, mais qui présentent également des caractéristiques particulières pouvant à la fois être perçues comme de nouvelles actualisations des principes et des pratiques démocratiques ou à l'inverse comme des principes et des pratiques qui n'ont rien de démocratique.

Pour donner un exemple, les flous et les indéterminations résultant d'une élaboration théorique et conceptuelle insuffisante du concept de démocratie dans la littérature pénale se manifestent de

façon particulièrement saillante lorsqu'on cherche à l'articuler ou à le distinguer d'un autre concept, tel que celui de populisme pénal. Bien que la notion de populisme pénal soit de plus en plus mobilisée pour analyser l'instrumentalisation des opinions publiques, l'absence d'un cadre conceptuel stabilisé de la démocratie rend difficile leur distinction. Par exemple, le populisme pénal doit-il être compris comme une forme dévoyée de la démocratie, comme une menace exogène à celle-ci, ou encore comme un phénomène largement indépendant des logiques démocratiques ? À la lumière de la littérature pénale actuelle, ces questions demeurent largement ouvertes. L'absence de réponse claire à ces questions dans la littérature pénale – dans un contexte où la démocratie tend précisément à être tenue pour acquise – ne relève pas uniquement d'un enjeu théorique ou normatif; elle emporte également des conséquences analytiques non négligeables. Pour en saisir la portée, il est possible de partir d'une question en apparence simple : existe-t-il des différences entre la mobilisation des opinions publiques dans une perspective démocratique et celle d'une mobilisation des opinions publiques dans une perspective populiste, et si oui, lesquelles ?

Si la question peut apparaître simple, en l'absence de critères conceptuels stabilisés permettant de préciser les modalités selon lesquelles la mobilisation des opinions publiques peut être qualifiée de démocratique, celle-ci demeure largement sans réponse claire dans la littérature pénale. Faute de repères analytiques clairs, il devient impossible de déterminer sur quelles bases distinguer, d'un point de vue empirique, une mobilisation des opinions publiques relevant d'une logique démocratique d'une mobilisation relevant d'une logique populiste. Pour le dire promptement, est-ce que les mobilisations d'opinions publiques dites « démocratiques » et « populistes » se recoupent partiellement, s'opposent, ou renvoient à des configurations politiques distinctes ?

Cette indétermination n'est donc pas sans implications sur les analyses empiriques réalisées à partir du concept de démocratie. Elle conduit à des situations où l'on peut observer des gouvernements mobilisant les opinions publiques de manière différenciée, sans disposer des outils conceptuels nécessaires pour établir s'il s'agit de formes comparables de mobilisation démocratique, d'une opposition entre une approche démocratique et une approche populiste, voire de tout autre chose.

Autrement dit, l'absence de conceptualisation précise de l'idée de démocratie rend les pratiques d'observation moins rigoureuses et complique la qualification ainsi que la différenciation analytique des phénomènes politiques observés.

De ces difficultés d'observation découlent des fragilités dans l'établissement même des constats empiriques. Lorsque les opérations de distinction des occurrences dites démocratiques demeurent imprécises, les analyses portant sur leurs effets, leurs influences ou leurs conséquences dans les processus de criminalisation le deviennent également. En l'absence de critères permettant de différencier de manière fiable une approche pénale qualifiée de populiste d'une approche dite démocratique, il devient difficile de déterminer, d'une part, si ces logiques se manifestent effectivement dans les terrains observés et, d'autre part, le cas échéant, quels sont leurs effets respectifs sur la mise en forme des politiques pénales et sur l'évolution – ou la non-évolution – du droit criminel.

Le populisme ne constitue d'ailleurs qu'un exemple parmi d'autres. Nous aurions tout aussi bien pu proposer une démonstration analogue en opposant la démocratie à ce que certains qualifient de technocratie, c'est-à-dire à un mode de gouvernement fondé sur la prééminence des savoirs spécialisés au nom du bien-être du peuple (nous y reviendrons dans le prochain chapitre). Pour le moment, disons qu'au-delà de ces exemples particuliers, ce que nous voulons souligner, c'est qu'il est important pour analyser de manière rigoureuse les influences que la démocratie est susceptible d'exercer sur la mise en forme des politiques pénales et sur l'évolution des tendances pénales de disposer d'un concept aux contours suffisamment précis et surtout délimités. À défaut, les phénomènes observés risquent d'être appréhendés de manière indistincte, ce qui affaiblit inévitablement la portée explicative et la solidité des analyses empiriques produites.

### 1.3.2 Le risque de confondre ou d'occulter les multiples idées démocratiques

Un second risque, qui découle d'une théorisation, une conceptualisation et une opérationnalisation anémiques du concept de démocratie, tient à la difficulté de distinguer les multiples idées, formes

et composantes que ce concept est susceptible de recouvrir, voire d'en oublier. Alors que le premier risque renvoyait principalement à l'incapacité de démarquer la démocratie d'autres idées politiques dites non démocratiques, ce second écueil concerne davantage la distinction interne entre différentes idées, expressions et variables qualifiées de démocratiques.

Face à ce flou « interne » aux idées dites démocratiques, il faut toutefois dire que les deux grands risques peuvent d'ailleurs se croiser. En effet, un concept insuffisamment défini ne permet pas de situer clairement l'ancrage normatif de l'auteur qui l'emploie. Or, comme nous le verrons au chapitre suivant, certaines idées – telles que l'opinion publique ou les connaissances – peuvent, selon les cadres théoriques mobilisés, être rattachées à la démocratie. Pour d'autres auteurs, en revanche, ces deux idées ne relèvent pas nécessairement, ni simultanément, d'une conception démocratique. Ainsi, l'absence de délimitation conceptuelle rigoureuse ne compromet pas seulement la clarté analytique; elle rend également plus difficile l'identification des présupposés normatifs qui structurent l'usage même du terme démocratie.

Pour le moment, revenons aux enjeux qui entourent la confusion des diverses formes et déclinaisons des idées qualifiées de démocratiques, confusion qui procède d'un investissement conceptuel insuffisant – risque que nous proposons de décliner en trois temps à des fins de clarification. Ce risque peut d'abord se manifester par l'incapacité à distinguer des expressions pourtant différenciées de la démocratie. Il peut ensuite prendre la forme d'un déficit d'outils conceptuels permettant d'isoler et de discriminer les diverses variables démocratiques susceptibles d'intervenir dans la construction des normes pénales. Enfin, il peut résulter de l'omission de certaines variables démocratiques dans l'observation empirique et, par conséquent, dans la production des constats analytiques. Regardons plus précisément ces trois manifestations.

D'une part, l'absence de précision conceptuelle expose l'analyse au risque de confondre différentes expressions de la démocratie. Imaginons par exemple un gouvernement dont l'expression démocratique est articulée autour de la volonté générale, et un autre dont l'approche démocratique

s'appuie davantage sur une conception substantielle de l'intérêt général. Bien que ces deux expressions puissent, à première vue, relever de la démocratie, elles ne reposent pas nécessairement sur les mêmes préceptes normatifs ni sur les mêmes hiérarchies de valeurs. Si, dans l'analyse des variables ayant influencé leurs choix pénaux, les distinctions entre ces approches de la gouvernance ne sont pas explicitées et que l'on se contente d'évoquer de manière générique une influence « démocratique », l'analyse perd alors une part importante de sa force explicative. L'incapacité à distinguer clairement les différentes inflexions de la démocratie affaiblit la qualité des observations empiriques, entretient des confusions conceptuelles et peut conduire à des diagnostics erronés quant aux effets démocratiques effectivement à l'œuvre dans la fabrique du droit.

D'autre part, ce risque se manifeste également lorsqu'il devient difficile de déterminer à quelle variable démocratique précise attribuer un effet pénal observé. Comme nous l'avons souligné, la démocratie ne se réduit pas à l'expression des opinions publiques. Elle peut également être appréhendée à travers les droits fondamentaux, les savoirs experts, et de multiples autres idées (idées qui seront abordées dans le prochain chapitre). Toutefois, en l'absence d'un cadre conceptuel permettant de distinguer de telles composantes, il devient difficile d'attribuer de manière rigoureuse un effet X (e.a. un durcissement des peines) à une variable démocratique spécifique et un autre effet Y (e.a. une atténuation des peines) à une autre variable démocratique. Le flou conceptuel ne se limite donc pas à une imprécision terminologique; il affecte la capacité à établir des correspondances fines entre composantes démocratiques et orientations pénales.

Plus largement, une conceptualisation déficiente de la démocratie peut potentiellement engendrer une occultation de certaines composantes de la démocratie, ce qui risque d'invisibiliser certaines de ses retombées empiriques. Lorsque la démocratie est appréhendée à travers son sens commun, il devient probable que les effets de certaines variables démocratiques ne soient tout simplement pas observés. Dans cette perspective, il n'est pas impossible que l'abolition de la peine de mort au Canada n'ait pas été prise en compte dans certaines études analysant les interactions entre l'exercice démocratique et la réforme pénale (voir supra), précisément parce que ces travaux mobilisaient une définition sous-

développée de la démocratie. Cette absence d'opérationnalisation ouvre également la voie à un appauvrissement réflexif plus insidieux, à savoir qu'elle tend à reléguer à la périphérie de l'analyse des pans entiers de réflexions pourtant cruciaux pour comprendre les relations entre démocratie et construction de la loi pénale.

Ce phénomène ne procède pas d'un rejet explicite de ces savoirs, mais plutôt d'un cadrage conceptuel trop étroit, qui rend leur intégration analytique difficile, voire improbable. Certaines ressources théoriques sont en effet demeurées en marge dans l'analyse du binôme démocratie-loi pénale, comme si elles relevaient de débats parallèles. On peut penser, à titre d'exemple, aux travaux de Cartuyvels (2007) et de Garcia (2014), qui ont montré que les droits fondamentaux ont historiquement joué un double rôle, à la fois d'épée et de bouclier de l'intervention pénale, c'est-à-dire qu'ils ont pu tantôt légitimer l'extension du pouvoir de punir au nom de la protection de certaines valeurs ou catégories de victimes, tantôt en circonscrire la portée en opposant des limites normatives à l'action de l'État. Or, de telles réflexions ont été peu, voire rarement, intégrées aux études portant spécifiquement sur les rapports entre démocratie et loi pénale. Comme en témoigne cet exemple, certaines variables démocratiques ont été laissées en arrière-plan dans l'analyse de cette relation, ce qui tend à restreindre la compréhension des enjeux démocratiques à l'œuvre dans l'orientation des choix pénaux.

En définitive, le second risque ne tient pas seulement à une confusion ponctuelle entre différentes expressions de la démocratie, mais à une difficulté plus structurelle à en discriminer les composantes internes et à en saisir la pluralité effective. Lorsque ces distinctions ne sont pas opérées avec suffisamment de rigueur, l'analyse tend à agréger sous une même étiquette des variables hétérogènes, à en invisibiliser certaines et, ce faisant, à produire des diagnostics partiels quant aux dynamiques démocratiques à l'œuvre dans la fabrique du droit.

### 1.4 Démocratie et loi pénale : Une nouvelle problématisation

Comme le montrent les risques discutés dans les sous-sections précédentes, réfléchir aux enjeux théoriques et conceptuels entourant la démocratie et ses dérivés n'est pas une simple réflexion

« dans les nuages », mais bien une nécessité pour approfondir et nuancer notre compréhension des effets que la démocratie (et ses multiples inflexions) ont pu occasionner sur la mise en forme du droit criminel ou encore notre compréhension des effets que celle-ci pourrait potentiellement susciter dans un futur quelconque. Luhmann (1999 : 163) disait d'ailleurs que « *si nous devons évaluer les chances et les dangers de l'avenir de la démocratie, il convient avant tout de savoir de quoi nous parlons* ». Ainsi, pour connaître les grandeurs et les misères des influences de la démocratie sur le processus de criminalisation, il semble important de savoir de quoi nous parlons.

À ce titre, dans un article intitulé *What democracy is… and is not,* Schmitter et Karl soutiennent que « *There are many types of democracy, and their diverse practices produce a similarly varied set of effects* » (Schmitter et Karl, 1991 : 4) et à la lumière des analyses développées dans ce chapitre, il apparaît que la littérature pénale ne satisfait que partiellement à la prémisse mise de l'avant par Luhmann, selon laquelle il convient d'abord de savoir de quoi l'on parle avant d'en évaluer les effets. Effectivement, les écrits dans le champ pénal n'ont pas excavé toute la complexité de ces nombreuses formes que peut prendre la démocratie ni rendu intelligible l'éventail de leurs implications pour l'édification du droit criminel. En révélant la persistance d'une série d'énigmes inexplorées, ou encore en dénotant des enjeux théoriques et conceptuels laissés en suspens, notre but n'est pas d'invalider ce qui *a été fait*, mais de problématiser ce qui *n'a pas été fait et reste à faire*.

Et pour capturer en peu de mots « ce qui n'a pas été fait », les dires d'Ismaili (2006 : 255) s'avèrent éloquents : « *Criminologists have tended to focus their empirical research on the effects of policies rather than on their origins* ». Il est loin d'être le seul à soutenir que l'origine des politiques pénales demeure un point aveugle des savoirs criminologiques : Jones et Newburn (2002 : 179) allaient même jusqu'à arguer que : « *We still know very little about how penal policy comes to be the way it is* ». Si ces citations proviennent de travaux qui remontent à quelques années, leurs constats demeurent d'actualité.

Dans cette voie et pour tenter de contribuer, du moins partiellement, aux inconnues qui entourent le « *how penal policy comes to be the way it is* » (Jones et Newburn, 2002 : 179), notre objectif est de proposer de nouveaux angles de problématisation afin de comprendre comment s'exerce le lien entre certaines expressions démocratiques et le processus de création de la loi pénale. Plus spécifiquement, en plaçant notre focale d'observation vers la démocratie et ses différentes expressions (et les enjeux qui les traversent), notre objectif est de problématiser – et subséquemment d'analyser – certaines variables qui nous apparaissent centrales dans la *mise en forme* des politiques de nature pénale. Le concept de « mise en forme », tel que nous l'utilisons ici, est une traduction libre du terme anglais *policy process*, largement utilisé dans le domaine des sciences politiques, notamment dans le sous-domaine de l'analyse des politiques publiques (Hill et Varone, 2016; Birkland, 2019). Un concept qui réfère à un ensemble de processus non exclusifs à travers lesquels les politiques publiques sont élaborées; les principaux étant : 1) le processus de *mise à l'agenda*, 2) le *processus de formulation*, et 3) le *processus de légitimation.*

Précisons que la mise à l'agenda renvoie au processus dans lequel une situation ou un phénomène est sélectionné dans tout l'univers social pour être défini comme un problème requérant une attention et une intervention politique (choix des questions sur lesquelles intervenir). Le processus de formulation renvoie pour sa part à la recherche, à l'élaboration et à l'adoption des solutions qui seront instituées pour faire face au problème identifié (choix des modalités et/ou des formes d'intervention). Enfin, le processus de légitimation réfère au choix des justifications sur lesquelles vont s'appuyer sur la mise à l'agenda et la formulation (choix des arguments pour justifier les situations nécessitant une intervention et les modalités d'action priorisées).

Étudier la mise en forme des politiques pénales signifie donc d'étudier comment et pourquoi un gouvernement décide d'intervenir sur une situation particulière, d'une manière particulière et à des fins particulières. Dans cette voie, en problématisant le rapport entre la démocratie et l'exercice de construction de la loi pénale, nous voulons placer le point d'amarrage des observations non par sur les symptômes de cet exercice (politiques répressives), mais sur son génome, c'est-à-dire sur les

préceptes, les fondements, les valeurs, les légitimités ou encore les finalités à l'aune desquelles cet exercice de mise en forme se réalise. Il ne s'agit pas d'ignorer la teneur et les orientations des politiques, mais bien de les observer autrement, c'est-à-dire en tentant de repérer les variables qui ont contribué à la mise en place de politiques avec telle ou telle teneur et/ou telle ou telle orientation (et donc de mettre à jour les implications qui découlent du fait de mobiliser telles ou telles variables dans le choix des normes pénales).

Évidemment, différentes variables peuvent influencer comment et pourquoi un gouvernement décide de criminaliser une action plutôt qu'une autre ou encore de privilégier un *quantum* de peine particulier. La démocratie constitue à nos yeux le *référentiel primaire* à travers lequel un gouvernement perçoit ses rôles politiques, tout comme ses responsabilités sociales, humaines ou encore éthiques vis-à-vis du peuple qu'il représente. Par référentiel primaire, nous entendons ici que la démocratie constitue le système de référence de base, soit le système de référence qui se rapporte aux considérations les plus élémentaires quant à la nature et aux formes de la société, les valeurs qui structurent les rapports sociaux, les finalités des actions collectives, etc. Des références élémentaires sur lesquelles d'autres systèmes de référence peuvent par la suite s'ériger, telles que les références idéologiques. Par exemple, si une politique de criminalisation du travail du sexe peut être mise en forme à travers un référentiel idéologique (e.a. positions patriarcales, puritanisme sexuel), ces principes idéologiques vont avant tout devoir reposer sur des axiomes plus élémentaires – les considérations démocratiques – telles que les finalités de l'activité gouvernementale (e.a. mettre en place la volonté des citoyens ou protéger les libertés des citoyens).

La question à se poser maintenant est : comment problématiser le rapport entre la démocratie et la fabrique du droit ? Si nous avons montré que les écrits criminologiques n'ont pas assez investi le concept de démocratie, il ne faudrait pas faire l'erreur de croire qu'il suffit de simplement transcender les lignes disciplinaires pour aller repérer quelques définitions du concept de démocratie dans des travaux d'autres disciplines et de les « transférer » à l'analyse du processus de création de la loi pénale. En fait, si la démocratie n'avait été que peu investie dans la littérature

pénale, lorsque nous traversons les cloisonnements disciplinaires, nous sommes confrontés au problème inverse : la démocratie est l'objet d'un nombre de réflexions incommensurables et des réflexions qui aboutissent à des constats divers et même très discordants. Les réflexions sur la démocratie surabondent à un tel point que Braud (2013 : 7) soutient qu'« *il faut peut-être une certaine inconscience pour écrire sur la démocratie. Le facteur qui devrait décourager toute tentative est, bien sûr, l'extraordinaire profusion de la littérature qui lui est consacrée* ».

La prochaine étape de cette recherche, qui est l'objet du chapitre 2, est donc d'aller creuser la littérature afin de faire ressortir les connaissances qui nous permettront de créer une nouvelle grille d'analyse avec le concept de démocratie et d'analyser les considérations élémentaires à la base du « *how penal policy comes to be the way it is* » (Jones et Newburn, 2002 : 179).

## CHAPITRE 2 – D'UN CONCEPT FUYANT À UNE PROPOSITION THÉORIQUE

Dans le chapitre précédent, nous avons montré la nécessité de problématiser spécifiquement le rapport entre la démocratie et la gouvernance pénale pour jeter un nouveau regard sur les influences que la première peut exercer sur la seconde. Ce deuxième chapitre vise à investir théoriquement le concept de démocratie de telle sorte qu'il puisse permettre l'analyse de la construction de la loi. Une telle entreprise se divisera en deux grands volets. Dans la première partie, nous offrons un examen critique des enjeux épistémologiques, théoriques et méthodologiques qui sous-tendent l'appréhension et la définition de la démocratie. Une fois que nous aurons exposé ces enjeux et justifié notre positionnement en leur sein, nous pourrons ensuite, dans la seconde moitié du chapitre, procéder à l'élaboration d'une nouvelle grille d'analyse sur la démocratie.

### 2.1 La sémantique fuyante de la démocratie

Pour amorcer notre réflexion sur le concept de démocratie, il nous semble opportun de faire un détour dans la littérature romanesque pour faire appel à une nouvelle intitulée « *Petite discussion avec une momie* [29]» d'Edgar Allan Poe (1845). Dans cette nouvelle, le célèbre écrivain américain du XIX$^{e}$ siècle imagine l'histoire d'un groupe de savants (un docteur et ses acolytes) qui – lors d'un examen nocturne et improvisé – réveille une momie égyptienne enterrée il y a plus de 4000 ans. Ébahi, le groupe offre alors du vin et un cigare au revenant et tente d'engager une conversation. Cette conversation s'avère toutefois des plus ardues puisque les savants n'arrivent pas à expliquer les mots d'usage courant à cet Être qui a vécu à une autre époque de l'histoire. En fait, les savants sont tout simplement incapables de lui expliquer certaines idées « de la vie de tous les jours ». Dans cette nouvelle, Poe cherche ainsi à montrer que nous utilisons quotidiennement des mots en apparence simples et dont le sens serait explicite, alors qu'ils sont empreints d'ambiguïtés et de

[29] Cette nouvelle est tirée du livre *Œuvres en prose* (Poe, 1845). C'est Tarragoni (2022), dans sa réflexion sur la sociologie politique, qui a attiré notre regard sur cette œuvre.

complexités. Bien que le célèbre auteur n'aborde pas la démocratie dans cette courte nouvelle, celle-ci semble constituer un de ces mots qui resteraient à nos yeux inintelligibles pour un Être venu d'autres temps[30]. Effectivement, même si d'une manière quelque peu intuitive, nous savons aujourd'hui tous à quoi réfère approximativement la démocratie, il n'en reste pas moins que plus nous tentons de transformer l'intuition en une définition précise, plus le sens du mot semble se diluer. Plutôt paradoxalement, la démocratie est donc une image toute puissante qui marque les esprits, mais qui demeure pourtant foncièrement indéterminée.

Ce caractère fuyant de la sémantique démocratique est d'ailleurs évoqué par plusieurs auteurs, notamment Agamben (2009 : 7), qui affirme que « *Tout discours sur le terme démocratie est aujourd'hui faussé par une ambiguïté préliminaire qui condamne au malentendu ceux qui l'emploient. De quoi parle-t-on lorsqu'on parle de démocratie ?* ». Ne se limitant pas aux emplois du mot dans le langage courant, on retrouve dans l'édifice des savoirs une multiplicité d'alertes sur les confusions qui enveloppent ses usages savants. À titre d'exemple, dans son ouvrage phare sur le pouvoir, Jouvenel (1972 : 449) affirmait que : « *les discussions sur la Démocratie, les argumentations en sa faveur ou contre, sont frappées de nullité intellectuelle, car on ne sait pas de quoi on parle* ».

Ainsi, si nous avions précédemment soutenu que la paucité de réflexions sur la démocratie dans la littérature criminologique tendait à obscurcir les analyses de la gouvernance pénale, nous pouvons maintenant renchérir en affirmant qu'un investissement du concept de démocratie n'engendre pas une élucidation immédiate de ses tenants et aboutissements. Au contraire, il semble que plus nous plongeons dans les méandres des écrits spécialisés sur la démocratie, plus les contours du concept apparaissent s'estomper dans un brouillard de confusions et de dissensions.

[30] Si Poe ne parle pas du mot démocratie, celui-ci prend le concept de politique afin de montrer comment certains mots « courants » sont difficilement explicables. Un parallèle entre le mot politique et le mot démocratie peut facilement être établi dans la mesure où ces deux mots sont utilisés dans la vie de tous les jours afin d'appréhender l'organisation et la gestion de la vie dans la Cité.

Dès lors, pour éviter que notre grille d'analyse soit marquée d'une ambiguïté préliminaire (Agamben, 2009) ou d'une nullité intellectuelle (Jouvenel, 1972), plusieurs balises doivent être mises en place. Pour poser ces garde-fous, nous proposons d'opérer une déconstruction du concept de démocratie. Une déconstruction, non pas entendue comme une tentative de destruction des usages du concept et des significations qui lui sont données, mais plutôt comme une investigation visant à en dévoiler les axiomes sous-jacents, les écueils, les paradoxes, les tensions et les impensés, etc. Sur la base de cette déconstruction, nous pourrons par la suite (re)construire le concept – en installant des assises et des jalons plus soutenus – pour le transformer en une grille d'analyse heuristiquement et analytiquement féconde de l'exercice de construction de la loi pénale. À cette fin, quatre étapes nous apparaissent essentielles :

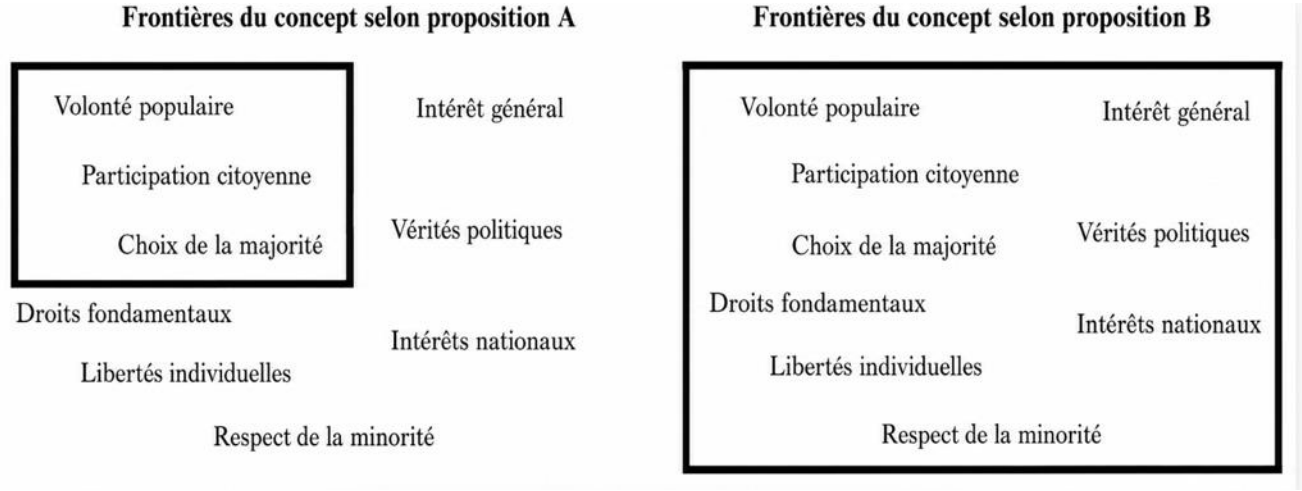
1. Mettre en exergue la diffusion du concept dans le monde social et dans l'univers de la pensée.
2. Présenter l'aspect acclamé, mais contesté, du concept de démocratie au niveau de la gouvernance politique.
3. Établir les débats et les enjeux entourant la validité et la pertinence du concept.
4. Évaluer sous un regard critique les différentes approches définitionnelles du concept.

À la manière d'un entonnoir, chacune de ces étapes nous permettra d'instaurer petit à petit les balises et les socles nécessaires à notre élaboration théorique. De plus, c'est à travers cette déconstruction que nous pourrons étayer les raisons pour lesquelles il nous a paru nécessaire de construire notre propre grille d'analyse plutôt que de mobiliser une théorie ou une définition existante.

Il est essentiel de souligner que ces réflexions conceptuelles ne sont pas de simples détours philosophiques dans la mesure où les choix conceptuels qui sous-tendront notre grille vont directement influencer le « sens » et les « orientations » des analyses que nous proposerons par son biais. Kurki (2013 : 12) disait à ce titre que : « *Conceptual understandings of democracy are not merely of abstract interest but are closely tied to the political struggles and projects of different political actors, representing different societal interests, classes or values* ». La définition de la

démocratie est ainsi un enjeu inévitablement et profondément normatif. Pour illustrer les implications des enjeux conceptuels dans l'étude du rapport entre la démocratie et la loi pénale, utilisons le graphique suivant qui met en scène deux manières de délimiter le concept de démocratie :

**Figure 1.** Deux propositions aux frontières différentes




Face à ce graphique, supposons que nous choisissons la proposition « A » comme délimitation du concept de démocratie pour étudier ses effets sur le processus de criminalisation. Nos analyses seraient fondamentalement différentes de celles que nous aurions obtenues si nous avions construit notre grille d'analyse en mobilisant la proposition « B ». En effet, sous le joug de la position « A », le concept de démocratie se caractérise par un nombre d'idées beaucoup plus circonscrit : moins d'idées, donc un éventail potentiellement plus restreint d'influences. En outre, la position « A » donne une acception plus restrictive et délibérément plus étroite de la démocratie, ce qui teintera nécessairement les analyses – et façonnera inévitablement les conclusions – que nous pourrions tirer de cette interprétation. Si notre définition de la démocratie accorde la priorité à la participation citoyenne et n'accorde aucune « valeur » à l'intérêt général et aux libertés individuelles, par exemple, alors l'analyse et l'évaluation d'une politique pénale donnée (son respect des principes démocratiques, son efficacité, son impact, etc.) seront nécessairement teintées par ce choix conceptuel.

Pour paraphraser Smith (2009 : 11), les choix conceptuels sont comparables au fait de choisir une paire de lunettes dans un très large éventail de « *coloured lenses* ». Ce qui signifie que du moment où nous choisissions telle ou telle lunette, ce choix influe indubitablement sur les couleurs à travers lesquelles nous allons voir le monde et donc expliquer le monde. Chaque paire de lunettes conditionne une manière singulière d'interpréter le monde, c'est-à-dire une façon particulière de le définir, de privilégier certaines de ses dimensions au détriment d'autres, de promouvoir certains jugements normatifs au détriment d'autres, etc. L'explication et la justification du choix des paires de lunettes conceptuelles s'avèrent donc essentielles pour expliciter les bases sur lesquelles vont s'ériger nos analyses et donc nos constats sur la gouvernance pénale canadienne.

### 2.1.1 La démocratie : Un concept polycontexturel

La première étape dans notre processus de déconstruction est de disséquer les multiples usages du concept de démocratie. Une telle opération nous offrira l'opportunité de mettre en lumière la polycontexturalité[31] inhérente à ce concept, afin de circonscrire, par la suite, les usages qui s'avèrent pertinents dans le cadre de notre étude. Pour ce faire, nous proposons de synthétiser les diverses manières d'approcher la démocratie sous le signe de cinq catégories de divergences, soit les divergences 1) *d'univers,* 2) *de contextures,* 3) *d'objets,* 4) *d'interprétations* et 5) *de registres.* Notons que ces divergences s'entrelacent et ne sont donc pas mutuellement exclusives.

La première divergence réside dans la pluralité des univers où le concept de démocratie est invoqué. Né dans le sillage de la gouvernance de la cité athénienne, le vocable de démocratie s'est d'abord imposé comme un concept intimement lié à l'arène politique. À partir du XV$^{e}$ et du XVI$^{e}$ siècle, le mot s'est toutefois essaimé bien au-delà de ce berceau originel, se propageant progressivement dans les

[31] Nous nous inspirons librement du concept de polycontexturalité qui a initialement été proposé par Luhmann (1988; 2002). Le sociologue allemand l'utilise pour décrire comment une seule et même situation et/ou phénomène peut se voir attribuer différentes « *reality assumptions* » (Luhmann, 1988 : 337) sous l'observation de différents systèmes observateurs. Luhmann met, par exemple, en évidence la distinction entre l'observation d'un même phénomène par le système politique et celle effectuée par le système juridique, chacun donnant un sens au phénomène selon son « *standpoint* » (Luhmann, 2002 : 52).

champs du monde social (Chollet, 2011). Aujourd'hui, le concept de démocratie ne se limite effectivement plus à la sphère politique, il est mobilisé dans une multitude d'univers, tels que les relations internationales[32], le travail[33], le sport[34] ou encore les rapports sexuels[35] pour ne nommer que quelques exemples. Pour mieux illustrer avec plus d'étoffe la dissémination du mot démocratie, regardons certaines de ses utilisations dans des univers *a priori* « non politiques » afin d'en révéler toute la plasticité. Certains vont par exemple mobiliser le label démocratie pour qualifier l'accès à un club de golf exclusif, alors présenté comme non-démocratique en raison de ses critères de sélection élitistes et restrictifs. D'autres vont utiliser le concept de démocratie pour caractériser les critères d'embauche d'une université, des critères pouvant être décrits comme démocratiques parce qu'ils reposent sur des principes de mérite et sur le libre choix des personnes concernées (Touraine, 2014; Mandery, 2022). Comme le témoigne ces quelques exemples, le mot démocratie structure pratiquement tout notre univers de pensée. Cela dit, cette diffusion du mot n'est toutefois pas synonyme d'une diffusion unitaire et homogène de sa sémantique. Au contraire, la signification de la démocratie tend à fluctuer au gré des univers qui s'en saisissent. Ainsi, lorsque le concept de démocratie est mobilisé dans l'univers politique (e.a. gouvernance pénale), il peut prendre un sens radicalement différent de celui qu'il revêt lorsqu'il est invoqué dans l'univers de la récréologie (e.a. l'accès à un club de golf).

Le second type de divergences touche pour sa part aux contextures (Tilly, 2007; Bailly, 2021). Plus concrètement, selon les univers privilégiés (e.a. gouvernance politique vs récréologie), le concept de démocratie peut être appréhendé à travers différents niveaux de réalité. Si on se limite à l'univers politique, on pourrait définir quatre grands espaces sociaux[36] dans lesquels la démocratie peut être appréhendée à travers différentes contextures. D'abord, il y a l'espace social dans lequel les citoyens

[32] Voir notamment Charillon, F. (2008). « De l'usage de la démocratie en relations internationales. » *The Round Table*, *97*(399), 819-823.

[33] Voir notamment Lapointe, P. A. (2000). *Participation et démocratie au travail*. Québec: Université du Québec à Montréal.

[34] Voir notamment Thibault, L. (2021). « Sport governance, democracy and globalization. » *The Palgrave Handbook of Globalization and Sport*, 627-647.

[35] Voir notamment Béjin, A. (1982). « Le pouvoir des sexologues et la démocratie sexuelle. *Communications*, *35*(1), 178-192.

[36] Cette réflexion s'inspire de Mosbah-Natanson et Crépon (2023), qui traitaient de la diffusion du label populisme dans différents espaces sociaux. Nous nous sommes ainsi inspirés librement de leurs réflexions pour penser à la circulation de la démocratie dans différentes arènes et les différents niveaux de réalité que cette circulation implique.

vont discuter, plus ou moins directement, de leurs conceptions de la démocratie, et ce, en invoquant par exemple les « facteurs » qui, selon eux, devraient guider et orienter l'action politique. Ensuite, l'espace médiatique et littéraire dans lequel des journalistes, des chroniqueurs, des essayistes et des gens parfois qualifiés d'experts commentent les affaires publiques au gré de certaines conceptions de la démocratie, voire publient des textes promouvant leurs vues et leurs opinions sur ce que doit être la démocratie. Par la suite, l'espace politique dans lequel les acteurs politiques appuient leurs positions et orientent leurs actions sur la base d'une vision donnée de la démocratie. Enfin, l'espace théorique dans lequel des chercheurs et des professeurs proposent – à travers les procédés et les règles de l'univers scientifique – des théories pour décrire et expliquer la démocratie dans ses formes actuelles et/ou idéalisées. Comme chaque espace social implique un niveau de réalité différent[37], les manières d'appréhender la démocratie vont ainsi varier en fonction des sources à partir desquelles on les érige (e.a. analyses empiriques, idéologies, lieux communs, sentiments personnels). Une représentation de la démocratie exprimée dans le cadre d'une discussion informelle entre deux citoyens et une approche de la démocratie qui est formulée par un théoricien qui s'appuie sur des postulats méthodologiques rigoureux risquent effectivement de présenter des différences significatives.

Le troisième type de divergences, quant à lui, met en jeu les manières de poser et de circonscrire l'objet démocratie (et donc de délimiter les choses qui tombent sous l'égide de cet objet) dans un même univers et dans un même niveau de réalité (Hidalgo, 2008; Chambers, 2023). À un niveau théorique, un historien peut ainsi s'intéresser à la démocratie du point de vue de la question politique et avoir un objet totalement différent du sociologue du droit qui dit également travailler la démocratie sous cet angle. L'historien pourrait par exemple objectiver la démocratie du point de vue des obstacles à la participation aux décisions dite démocratique (e.a. droit de vote des femmes, droit de votes des Afro-Américains), tandis que le sociologue le ferait du point de vue de la qualité des décisions dites

[37] Les distinctions entre ces niveaux de réalité ne sont pas toujours clairement établies, ni même consensuellement différenciées. Certains auteurs, par exemple, publient des essais qu'ils qualifient de réflexions ou de théories « scientifiques » afin d'en renforcer la légitimité, alors même que leurs propos reposent sur des observations aléatoires et des préférences idéologiques plutôt que sur des principes épistémologiques et méthodologiques généralement reconnus dans le monde universitaire.

démocratiques (e.a. perpétuation des politiques pénales inefficaces). Il existe, en ces termes, une pléthore d'objets très différents qui sont *appelés* démocratie. Déjà en 1997, Collier et Levitsky avaient recensé – dans la littérature strictement anglophone – plus de 550 manières d'objectiver la démocratie[38].

Le quatrième grand type de divergences concerne les différentes interprétations qui peuvent être faites du concept démocratie. Pour prendre un cas de figure, deux sociologues peuvent s'intéresser au même concept, mais en proposer des interprétations différentes, voire antagoniques (Sintomer, 1999; Mény, 2019). Ces deux sociologues pourraient par exemple définir la démocratie comme « un mode de gouvernance du peuple » tout en proposant des visions différentes sur le déploiement de cette forme de gouvernance. Le premier pourrait suggérer que ce mode de gouvernance doit privilégier l'instauration d'un conseil de sages, lequel aurait pour rôle de traduire les aspirations populaires en politiques publiques répondant à la fois aux attentes et aux besoins du peuple. Le second pourrait quant à lui défendre l'idée selon laquelle cette gouvernance devrait se fonder sur des référendums, afin de garantir que les citoyens puissent exprimer leur voix dans tous les choix collectifs. Cet exemple illustre qu'il existe une multitude de manières de conceptualiser la démocratie, selon des idées, des valeurs et des pratiques qui peuvent être profondément hétérogènes.

Finalement, les dernières divergences se rapportent aux registres. Une même interprétation de la démocratie (et donc simultanément sous le signe d'un même univers, d'une même contexture, et d'un même objet) peut être abordée sous divers angles (Dahl, 1998; Touraine, 2014). À titre d'exemple, la gouvernance politique peut être abordée du point de vue des idées (e.a. volonté populaire vs intérêt général), des types de régimes (e.a. régime parlementaire vs régime

[38] Comme il serait tout simplement impossible de recenser exhaustivement les multiples manières dont l'objet a été défini, utilisons un exemple qu'on pourrait qualifier « d'atypique » pour montrer la diversité des approches. Cet exemple est puisé de l'ouvrage *Petrocratia* dans lequel Mitchell (2012) propose d'appréhender la démocratie à travers le prisme de sa matérialité physique et écologique afin de « *lui restituer sa dimension physico-chimique* » (Mitchell, 2012 : 13). Pour ce faire, Mitchell soutient qu'il ne faut pas penser la démocratie par le prisme de conceptions abstraites ou idéelles du pouvoir, mais bien de problématiser celle-ci par le biais de l'interdépendance entre les pratiques qualifiées de démocratiques et les conditions matérielles et écologiques de la société où lesdites pratiques prennent forme. On le voit, une approche qui définit l'objet de démocratie sous l'angle de la question des enjeux matériels et écologiques, comme le fait Mitchell, diverge grandement d'une approche qui problématise la démocratie par le prisme des composantes idéelles guidant l'activité gouvernementale (e.a. gouvernance pénale).

présidentiel), des modalités électorales (e.a. le scrutin uninominal vs scrutin proportionnel), des différents types de systèmes de répartition des pouvoirs (e.a. fédéralisme vs régionalisme), des mécanismes fonctionnels (e.a. dispositifs délibératifs vs dispositifs participatifs), etc. Qui plus est, les enjeux relatifs à ces registres peuvent se croiser, on peut par exemple s'intéresser aux idées et questionner les modalités électorales afin de vérifier si ces dernières sont en adéquation. Bref, même lorsqu'on se cantonne à une seule interprétation de la démocratie, celle-ci peut être observée à travers une multitude d'angles et donc de différents enjeux.

Compte tenu de la multiplicité de ces divergences qui peuvent s'entrecroiser et donc se multiplier, les manières de définir le concept de démocratie prolifèrent exponentiellement. Sur ce point, Gagnon (2018) affirmait avoir recensé, dans un effort qu'il qualifie lui-même de non-exhaustif, plus de 2234 *descriptions*[39] différentes de la démocratie au sein de la littérature scientifique en date de 2018 (encore une fois strictement dans la littérature anglophone). Les représentations de la démocratie s'avèrent ainsi fondamentalement pluridimensionnelles, protéiformes, voire polythétiques.

Face à cette plurivocité, et puisque notre intérêt porte sur le champ spécifique de la gouvernance pénale, nous allons maintenant opérer un délestage de plusieurs acceptions possibles du concept de démocratie. En raison de notre objet d'étude – soit l'exercice de construction de la loi pénale – nous nous recentrerons exclusivement sur les réflexions qui portent sur l'organisation et l'exercice du pouvoir dans le cadre de la gouvernance politique. Sans remettre en cause la pertinence d'autres perspectives, telles que les conceptualisations liées à des enjeux d'ordre matériel, environnemental ou territorial (e.a. l'exemple de Mitchell [2012] utilisé il y a quelques lignes en note de bas de page), notre analyse se concentrera sur les travaux et les idées qui appréhendent la démocratie à

[39] Gagnon (2018) choisit de parler de *descriptions* de la démocratie; ce qui inclut toutes les divergences que nous venons de problématiser. De ce fait, il ne distingue pas, par exemple, les divergences entre la définition de deux objets distincts et celles entre deux définitions du même objet. En réalité, le chiffre de 2234 ne se veut pas un recensement exact, mais plutôt une illustration de l'ampleur du nombre de propositions définitionnelles sur la démocratie.

travers la question de la gouvernance de la Cité, c'est-à-dire les enjeux relatifs à la genèse, à l'élaboration, à l'orientation et à la légitimation de l'action politique[40].

### 2.1.2 La démocratie : Une idée acclamée, mais un concept contesté

Même lorsque nous circonscrivons la démocratie à l'organisation et à l'exercice du pouvoir, les visions sur cette organisation et cet exercice entrent bien souvent en conflit l'une avec l'autre, elles sont même fréquemment posées en antinomie.

Dans les faits, plusieurs personnes vont tout simplement dénier la légitimité – autrement dit le caractère démocratique – des conceptions et des représentations de la démocratie qui ne correspondent pas à leur propre conception de la chose. *Ipso facto*, si plusieurs experts soutiennent que la « *Democracy has become the world's new universal religion* »[41] (e.a. Corcoran, 1983 : 14; Kurki, 2010 : 362), les adeptes de cette « religion » vénèrent des idoles différentes et font la promotion de commandements divergents et souvent contradictoires.

Pour étayer cette affirmation, on peut s'appuyer sur les dires de Leclerc (2017 : 113) qui utilise une citation de l'UNESCO pour tenir un argument similaire. Après la Deuxième Guerre mondiale, l'UNESCO avait affirmé que :

> *Pour la première fois dans l'histoire du monde, aucune doctrine n'est présentée comme antidémocratique. On accuse fréquemment les autres d'avoir une action ou une*

[40] Pour l'élaboration de notre grille d'analyse, nous avons choisi de nous situer d'abord au niveau de l'action politique plutôt que d'aborder directement l'exercice de construction de la loi pénale. Ce choix s'explique par le fait que notre grille s'appuiera sur des écrits traitant des différents champs du monde politique.

[41] À notre sens, cette affirmation est exagérée, ou du moins elle se fonde sur une vision fortement ethnocentrique du monde politique. Comme le mentionne Guénard (2016), bien que la démocratie soit une perspective qui peut apparaître universelle aux yeux de bien des Occidentaux (dont des théoriciens de renom), cette vision ne prend pas en compte la diversité des systèmes politiques et néglige ainsi le fait que plusieurs nations, en Asie, en Afrique et au Moyen-Orient notamment, ont des systèmes politiques fondés sur des traditions différentes (e.a. confucianisme, islam politique, socialisme à parti unique, monarchies traditionnelles). Cela dit, les pratiques politiques de ces pays ne se définissent pas nécessairement en opposition à la démocratie, du moins pas en tout point. D'ailleurs, plusieurs de ces « systèmes » intègrent parfois des principes et des idéaux associés à la démocratie, parfois de manière effective et d'autres fois de manière purement symbolique à des fins de légitimité. Dans cette foulée, la démocratie demeure assurément l'étiquette qui est la plus revendiquée lorsqu'il est question de l'organisation et de l'exercice du pouvoir dans le monde.

> *attitude antidémocratique, mais les hommes politiques et les théoriciens s'accordent pour souligner les composantes démocratiques des institutions qu'ils défendent et des théories qu'ils soutiennent.*

À travers cette citation, Leclerc illustre un paradoxe saillant : si pratiquement tout le monde acclame la démocratie, chacun acclame en réalité des choses différentes et tend à critiquer ce que les autres acclament.

Pour creuser les implications de ces désaccords sémantiques de manière plus concrète, un autre itinéraire démonstratif est de revenir à l'exemple du conseil de sages. Loin de faire l'unanimité, une telle proposition est décrite par ses adversaires comme n'ayant rien de démocratique pour la simple et bonne raison qu'un tel conseil retirait le pouvoir de « décision » des mains du peuple (Girard, 2019). Au-delà de cet exemple, de nombreux experts sont prompts à critiquer toutes tentatives de refonte des pratiques et des expériences dites traditionnelles, accusant ces « novations » d'utiliser tout simplement le terme de démocratie pour s'accaparer de sa légitimité et de ses lettres de noblesse. Des auteurs comme Berkowitz (2003 : 123) vont alors décrire ces propositions de réingénierie de la démocratie comme de pures tactiques de récupération et d'instrumentalisation du mot; des tactiques qu'il qualifie même de « *demagoguery of democratic theory* ». Selon une telle critique, une pratique peut ainsi être considérée comme une forme de *bons gouvernements* sans toutefois qu'elle ait un caractère démocratique. On aurait certes le droit d'être hostile à la démocratie au sens historique du terme, d'en indiquer les limites, d'en dénoncer les tares et les incommodités, mais il faudrait alors désigner la réorganisation que l'on propose par un autre nom que celui de démocratie (e.a. Denquin, 2009; Tarragoni, 2019)[42].

En réponse à cette accusation de « théorisations démagogiques », ceux qui proposent de réimaginer la démocratie au-delà de ses pratiques historiques vont affirmer que les expériences traditionnelles,

[42] Certains vont par exemple parler de t*echnocratie* (Larroque, 2014) ou encore d'*épistocratie* (Giroux, 2013) lorsque les connaissances sont priorisées, de *juristrocratie* (Hirschl, 2004) ou de *courtocracy* (Scheppele, 2002) lorsque les droits fondamentaux sont priorisés, etc.

telles que l'élection de représentants, sont loin de donner le pouvoir au peuple ou de mettre le pouvoir au service du peuple tel qu'elles le prétendent. Par la force des choses, ces représentations de la démocratie dites traditionnelles trahiraient elles-mêmes les grandes promesses et les idéaux qu'elles prétendent défendre (e.a. Welzel et Klingemann, 2008; Brennan, 2016).

Les représentations de la démocratie vont fréquemment s'ériger sur des remises en question de la légitimité des autres représentations (Denquin, 2008; Kurki, 2010). Un premier observateur peut ainsi affirmer que la vraie et bonne démocratie réside dans la proposition X, en légitimant cette proposition à travers la critique de la proposition Y, qu'il désigne alors comme étant incapable de répondre aux promesses démocratiques, voire comme étant tout simplement non-démocratique. Bref, la plupart du temps, les théoriciens ne se limitent pas à proposer une définition en silo, ils conçoivent et font la promotion de leur définition en s'opposant à celles des autres, contribuant ainsi à nourrir un véritable débat conceptuel, et du même coup, normatif.

Comme le démontrent les précédentes lignes, la définition de la démocratie – ou la détermination de ce que serait la « bonne » démocratie – semble ainsi vouée à de sempiternels débats. La démocratie (*toujours au sens strict de l'organisation et de l'exercice du pouvoir*) se révèle donc non seulement être un concept dont les composantes sont difficiles à cerner, mais les efforts pour le délimiter et le définir suscitent en eux-mêmes des désaccords profonds. Quiconque s'interroge aujourd'hui sur la démocratie semble en effet faire face à un « *essentially contested concept* », pour reprendre la formule classique de Gallie (1956), soit un concept à texture ouverte et qui est suffisamment complexe pour en permettre différentes définitions se revendiquant d'une certaine légitimité.

À tout prendre, le mot démocratie peut renvoyer à un océan d'idées et une myriade d'événements empiriques qui ne sont ni les mêmes dans leurs contenus, ni dans leurs formes, ni dans leurs moyens et ni dans leurs finalités. L'extension presque infinie d'idées et de pratiques associées à la gouvernance démocratique incite de nombreux experts à souligner, à travers différents refrains, qu'il n'existe pas de définition unitaire, éternelle et universelle de la démocratie, et qu'elle

n'existera probablement jamais. Pour soulever quelques exemples de ces refrains sur la démocratie, Marguin (2024 : 17) parle de sa « *précarité ontologique* », Gagnon (2018 : 92) de son « *ontological pluralism* », Lefebvre (2017 : 82) de son « *inflation sémantique* », LeDuc (2015 : 140) de sa « *elusive nature* », Schneckenburger (2009 : 160) de son « *indétermination foncière* », Leclerc (2017 : 102), de la « *concurrence conceptuelle* », Sartori (2004 : 786) d'une « *belittlement of definitions* », Nicot (2007 : 16), de son « *excès de significations* », Kurki (2013 : 12) de sa « *pluralistic and contested nature* », etc.

Dès lors, à la lumière de tous ces enjeux qui ont été soulevés dans cette section, des enjeux à la fois sémantiques, conceptuels et normatifs, une question se doit d'être posée : est-ce que le concept de démocratie s'avère encore pertinent pour comprendre et expliquer la gouvernance de la Cité ? La littérature offre à ce sujet des réponses divergentes que nous proposons de survoler dans la prochaine section.

### 2.1.3 La démocratie : Un concept toujours pertinent ?

Pour amorcer le portrait des positions quant à la validité du concept de démocratie, nous revenons encore une fois au monde littéraire pour recourir à une interrogation formulée par Thomas Eliot, récipiendaire d'un prix Nobel de littérature. Cette interrogation est la suivante : « *lorsqu'un vocable est gratifié d'un caractère aussi universellement sacré, […] comme aujourd'hui démocratie, je commence à me demander si, à force de signifier tout ce qu'on veut qu'il signifie, il signifie encore quelque chose* »[43]. Face à cette question, les écrits abordant la pertinence du concept se scindent en deux « camps »[44] : le premier prône son abandon et son remplacement, estimant qu'il est vidé de

[43] C'est Leclerc (2017 : 98) qui a attiré notre attention sur cette citation de Thomas Eliot, une citation qui apparaît à la page 22 du manuscrit *The idea of a Christian Society* publié en 1946.

[44] Pour formuler une réponse sur la pertinence du concept de démocratie, il faut tout d'abord reconnaître l'existence de la question, c'est-à-dire reconnaître les débats sémantiques sur la démocratie, ce qui est loin d'être toujours le cas. Dans ce chapitre, nous mobilisons les nombreux travaux qui se sont affairés à décortiquer la démocratie, mais il faut aussi mettre de l'avant que bon nombre de travaux utilisent le concept de démocratie sans le définir. Les usages triviaux du concept de démocratie sont loin de se limiter à la criminologie.

toute substance et donc inopérant, et le second voit plutôt dans son indétermination une force et un atout. Examinons successivement les arguments de ces deux camps afin d'étayer notre position.

Le premier camp s'amorce sur la supposition que l'application généralisée du mot démocratie à une pléthore de phénomènes sans lien toujours apparent tend à transformer le concept en un fourre-tout sémantique dépourvu de toute signification précise. Déjà dans l'ouvrage *De la démocratie en France*, publié en 1849[45], François Guizot (1849 : 9) affirmait que « *Le chaos se cache aujourd'hui sous un mot : Démocratie. C'est le mot souverain, universel. Tous les partis l'invoquent et veulent se l'approprier comme un talisman*. » Guizot (1489 : 12) ajoutait plus loin que « *le mot démocratie a des perspectives et des promesses infinies. Il pousse à toutes les pentes*. » La démocratie, paradoxalement, s'impose comme un principe revendiqué par une majorité quasi unanime des acteurs politiques. Même les régimes tyranniques, dans une tentative de légitimation, ne manquent pas de se draper dans son voile, prétendant gouverner au nom du peuple ou encore dans son prétendu intérêt (*e.a. Vladimir Poutine*). Nombre d'observateurs se montrent enclins à qualifier de démocratique toute politique mise en œuvre par un gouvernement du simple fait qu'elle est le produit des vainqueurs de l'élection précédente. Aucune réflexion n'est alors faite à savoir si la substance de cette politique correspond à une quelconque vision de la démocratie. Pour certains, le mot démocratie est donc utilisé par tous et pour tout (Agamben, 2009; Cappelen, 2023).

Cette potentielle surutilisation est loin d'être sans conséquence, car si chaque pratique est démocratique, si chaque idée est démocratie, si chaque acteur est démocrate, le mot ne nous apprend alors plus rien (Freund, 1986; Haslanger, 2005). Pour donner un exemple concret, si le terme *démocratie* peut aussi à la fois désigner l'approche politique de Donald Trump, de Bernie Sanders ou encore d'Emmanuel Macron, voire de Vladimir Poutine, il peut être dépeint comme englobant des réalités si hétérogènes qu'il perd toute sa pertinence. Sans substance sémantique précise, le concept peut effectivement paraître inopérant.

[45] Le titre est un parallèle avec le livre phare *De la démocratie en Amérique* de Tocqueville (2012) [1835].

Dans un autre ordre d'idées, plusieurs critiques sont prompts à rappeler tous les équivoques et les amalgames, tous les présupposés idéologiques, tous les jugements de valeur et les lieux communs, et toutes les manipulations et les instrumentalisations qui marquent les usages du concept. À force d'être manipulé et déformé, le concept serait devenu un terrain de bataille idéologique, où chaque camp chercherait à l'adapter à ses propres objectifs et à ses préférences politiques, souvent au détriment d'une définition jugée objective ou encore de son sens traditionnel (Berkowitz, 2003; Brisson, 2009). Pour ceux et celles qui adhèrent à cette critique, la confusion qui en découle nuit non seulement à la clarté du débat, mais aussi à la capacité du concept à éclairer de manière « non partisane » les phénomènes qu'il est censé décrire (Dahl, 1998). En peu de mots, à quoi bon utiliser un concept qui peut dire tout et son contraire selon les préférences de celui qui l'invoque ?

Au regard des précédentes dynamiques, certains vont donc en appeler à la proscription du substantif : « *Le terme de démocratie est d'un emploi tellement difficile qu'il vaudrait presque mieux y renonce*r », pour reprendre les mots du traité philosophique de Weil (1956 : 172), qui ont été cités à maintes et à maintes reprises depuis la seconde moitié du XX$^{e}$ siècle. Des articles et des ouvrages entiers ont été écrits pour promouvoir « l'abolition » du concept; la quatrième de couverture d'un récent ouvrage de Cappelen (2023) peut être cité en exemple :

> *If we don't know what the words "democracy" and "democratic" mean, then we don't know what democracy is. This book defends a radical view: these words mean nothing and should be abandoned. The argument for abolitionism is simple: those terms are defective and we can easily do better, so let's get rid of them. […] Abolitionism is not all gloom and doom. It also contains a message of good cheer: we have easy access to conceptual devices that are more effective than "democracy". We can do better. These alternative linguistic devices will enable us to ask better questions, provide genuinely fruitful answers, and have more rational discussions.*

Cette citation capture bien l'essence de cette première position : il serait préférable de remplacer le concept de démocratie – en raison de son indétermination et de sa versatilité – par d'autres concepts qui permettent d'avoir des prises sur le réel qui sont plus concrètes, plus nuancées et plus consensuelles.

L'autre grande position à l'égard de la multivalence du concept est que l'indétermination d'un concept ne le rend pas pour autant impertinent ou incompréhensible. Loin de se limiter au concept de démocratie, ce serait en réalité le propre des termes polythétiques de ne pas posséder de définition conventionnelle ou ultimative. Mais aux yeux de plusieurs théoriciens de renommée, cela ne déconsidère pas leur pertinence. Boudon (1995 : 527) décrivait à ce titre la notion de rationalité comme « *indéfinissable et cependant indispensable* ». Similairement, Koren (2010 : 165) rappelait qu'« *on ne peut faire entrer de force dans aucune définition* » le concept de « *science* », mais qu'il demeure néanmoins un qualificatif qui est utilisé dans la quasi-totalité des disciplines et des universités du monde. La nébulosité sémantique est donc loin d'être un critère de disqualification communément appliqué.

Pour revenir précisément au concept de démocratie, Claude Lefort (1966 : 751) affirmait que : « *Ce n'est pas parce qu'il est lié à une indétermination manifeste que le concept de démocratie est vague et qu'il échappe à nos prises*. ». À ceci, Lefort ajoutait que les visions à son égard ont beau être éclectiques, leurs divergences n'évident pas leurs pertinences dans la compréhension du monde, et plus encore, dans la mise en forme du monde. Pour reprendre ses mots : « *renoncer [au concept de démocratie], ce serait tomber dans une erreur d'une autre nature; ce serait, au nom de la connaissance exacte, exclure du réel la représentation que les hommes s'en font et oublier alors que cette représentation est elle-même constitutive du réel* » (Lefort, 1966 : 752). En effet, lorsqu'un gouvernement[46] décide d'adopter une vision donnée de ce qu'il croit être la démocratie, cette vision exercera des influences sur son action (elle sera ainsi « constitutive du réel », pour reprendre les termes de Lefort), et ce, que cette dernière soit contestée ou non, qu'elle soit précise ou non, qu'elle soit cohérente ou non, etc. Si un gouvernement adopte une vision de la démocratie

[46] Nous avons choisi d'adopter le gouvernement comme *point d'entrée* dans la mesure où notre étude porte sur des politiques qui sont le produit des acteurs au pouvoir. Cela étant, il ne faut pas négliger l'influence potentielle des acteurs des partis d'opposition, voire des acteurs qui ne sont pas élus. Ces derniers peuvent en effet exercer une influence sur la définition même de la démocratie : en formulant des recommandations ou des critiques, ils peuvent pousser les gouvernements à ajuster leurs pratiques, mais aussi mobiliser les citoyens autour de leur vision, contribuant ainsi à façonner les représentations collectives qui pourront pousser le gouvernement à agir, ou bien contribuer à élire un autre gouvernement dans le futur. Dans nos analyses principales, nous allons d'ailleurs mobiliser à certaines reprises les dires des partis d'opposition.

selon laquelle la gouvernance de la Cité doit reposer sur un fondement A et être tournée vers une finalité B, ce gouvernement produira des décisions et des politiques qui seront façonnées à partir de ce fondement A et de cette finalité B.

S'il est vrai que la sémantique de la démocratie est flottante et même fuyante, il faut reconnaître que nous persistons socialement à utiliser ce concept – plus que n'importe quelle autre notion – lorsqu'il est question d'appréhender, d'orienter et de justifier l'organisation et l'exercice du pouvoir. Nous rejoignons ici les propos de Le Bart (2003 : 80) qui met en exergue la « *sacralité de la démocratie* » comme « *invariant du discours politique* ». Qu'elle soit perçue comme une utopie (Sartori, 1962), un idéal (Girard, 2019), une mythologie mobilisatrice (Habermas, 1997), une fiction créatrice (Simone, 2016), ou encore un projet infini d'essais-erreurs-rectifications (Dewey, 1927), la démocratie constitue le référentiel primaire qui tend à inspirer – malgré son imprécision – la plupart des sociétés occidentales dans la structuration de l'action politique et la gestion de la Cité.

Pour renforcer l'argument sur la pertinence du concept, Rosanvallon (1993) avance que la nature dissensuelle de la définition de la démocratie est en soi un gage de démocratie. Cette position fait écho à la thèse selon laquelle la démocratie est née dans la supposition que les enjeux, les questions et les désaccords au sein de la Cité se devraient d'être soumis à des débats publics. Imposer une définition de manière dogmatique, ou encore rejeter toute tentative de reconfiguration serait ainsi s'opposer aux idéaux qui ont fait germer l'idée de démocratie. À travers le temps et l'espace, Benyekhlef (2016 : 7) soutient en ce sens que l'aspect « conflictuel » de la démocratie est son trait caractéristique le plus fondamental :

> *La démocratie est un processus dynamique inachevé qui se caractérise par le conflit, l'ajustement, la négociation, les contingences et les luttes qui animent l'espace social et politique et ces caractéristiques l'emportent sans doute sur les critères fluctuants de la démocratie, identifiés jusqu'ici, parce qu'elles sont constitutives de l'esprit démocratique même.*

La possibilité de rejeter le concept de démocratie en raison des débats sémantiques qui auréolent ces usages serait de courir aussi le risque de ne pas écouter ou de ne pas comprendre les luttes politiques et les projets qui se trouvent à la racine de ces appels à réimaginer ou à améliorer la démocratie. Selon certains, s'ouvrir aux différentes interprétations de la démocratie, c'est effectivement s'ouvrir aux raisons et aux justifications qui motivent certains à proposer des réingénieries face aux pratiques plus traditionnelles et aux déclinaisons historiques de la démocratie (Bridoux, 2014; Spicer, 2019).

D'ailleurs, le fait de remplacer le concept de démocratie par mille et un autres termes ne réglerait pas, à notre sens, le problème soulevé par les abolitionnistes. En effet, renoncer au mot ne reviendrait pas à supprimer l'indétermination qu'il recouvre : on ne ferait que la déplacer vers de nouveaux vocables, eux-mêmes promis à des usages divergents et à des querelles d'interprétation. Si la pluralité des sens est inévitable dès qu'un terme prétend désigner un idéal collectif ou une forme de légitimité politique, ce n'est donc pas la dénomination qui pose problème, mais le rapport que nous entretenons à cette pluralité. En d'autres termes, substituer « démocratie » par une multitude de notions censées refléter chacune une de ses inflexions – par exemple, un terme distinct pour chacune des 2 234 représentations identifiées par Gagnon (2018) – ne ferait qu'engendrer une prolifération lexicale tout aussi conflictuelle. Chaque nouveau mot serait à son tour investi de significations concurrentes, disputé entre différents courants théoriques et instrumentalisé par divers acteurs politiques. L'indétermination ne disparaîtrait pas : elle se reconfigurerait ailleurs.

À la lumière des réflexions soulevées dans la littérature, nous continuons pour notre part de considérer le concept de démocratie pertinent pour rendre compte de l'organisation de la vie dans la Cité. Une fois investi théoriquement, le concept sera donc mobilisé comme cadre d'analyse pour analyser la gouvernance pénale.

Le fait d'embrasser la thèse de la pertinence du concept de démocratie malgré sa plurivocité ne signifie pas d'accepter toutes les définitions ou encore d'avaliser une extension infinie de la

qualification de démocratie à n'importe quelle idée ou phénomène. Pour illustrer ce fait, Denquin (2009 : 15) propose un parallèle avec l'image suivante :

> « *On peut appeler un obus "légume", sous prétexte qu'on en trouve parfois dans les champs de pomme de terre : cela ne le rend pas comestible pour autant. Si donc la chose a une quiddité*[47] *[…] il n'est pas contradictoire d'affirmer qu'il existe des objets individualisables et identifiables* ».

Par le truchement de cette analogie, Denquin veut montrer qu'accepter la plasticité du concept de démocratie ne revient pas à accepter une plasticité sans limite et sans discernement. Du coup, ce n'est pas parce qu'un théoricien avance que sa proposition est une forme de démocratie que ce qualificatif devient automatiquement incontestable. Similairement au niveau politique, si nous avons souligné avec Lefort que la précision, la cohérence ou même le caractère contesté d'une expression démocratique d'un gouvernement n'en invalide pas pour autant la légitimité, il convient également de reconnaître que le caractère démocratique de cette vision peut faire l'objet de remises en question de la part d'observateurs « extérieurs ». Un concept en débats suppose certes une ouverture aux diverses manières d'envisager la démocratie, mais il doit aussi impliquer la possibilité de remettre en question le caractère ou la légitimité démocratique de ces propositions. En d'autres mots, il ne faut pas confondre pluralisme et relativisme où tout pourrait se valoir.

À l'autre extrémité, Gagnon (2018 : 92-93) nous met en garde contre un autre problème : « *Scholars often recognize democracy's ontological pluralism but do not engage with it* ». Abondant dans ce sens, notre investissement de la littérature nous amène à soutenir qu'après avoir présenté la démocratie comme une notion polysémique susceptible de multiples interprétations, plusieurs experts cherchent à invalider les propositions définitionnelles de leurs collègues afin

[47] Denquin utilise le concept de *quiddité* pour désigner les propriétés minimales d'un objet; des propriétés qui peuvent être actualisées de différentes manières, mais qui doivent représenter les traits permettant d'identifier et d'individualiser les inflexions de l'objet. Selon ce dernier, parler de quiddité plutôt que d'essence permet d'éviter les assomptions ontologiques trop fortes.

d'imposer leur propre vision moniste de la chose. Plusieurs auteurs vont donc tenter de *clore* les luttes de sens à la racine de la démocratie plutôt que d'embrasser leur richesse.

Lorsque nous voulons adopter une vision plurielle de la démocratie, le concept se retrouve donc en constante tension entre deux écueils : d'un côté, il y a le danger de ne pas s'ouvrir aux luttes de sens qui sous-tendent la démocratie et, de l'autre, le danger d'une ouverture sans limite. Pour éviter l'une ou l'autre de ces dérives, il apparaît nécessaire de poser des balises permettant d'encadrer les débats entourant les différentes visions de la démocratie. Pour y arriver, la prochaine étape dans la construction de notre grille d'analyse est donc d'opérer une déconstruction des différentes approches définitionnelles mobilisées dans la littérature.

### 2.1.4 La démocratie : Les différentes approches définitionnelles

Dans les prochaines pages, nous allons synthétiser les définitions de la démocratie en quatre grandes approches définitionnelles afin d'offrir un examen critique des différentes pratiques épistémologiques, théoriques et méthodologiques qui les sous-tendent. Il s'agit, en d'autres termes, d'explorer les diverses approches visant à définir les composantes constitutives et distinctives de la démocratie[48]. Ces quatre grandes approches[49] sont les suivantes : 1) les approches étymologiques, 2) les approches descriptives, 3) les approches idéelles et 4) les approches fondées sur l'usage.

Précisons que notre visée n'est pas de dresser un inventaire des définitions et des théories existantes sur la démocratie (au sens de la gouvernance politique) pour chacune des approches. La raison est simple, un tel inventaire ne ferait que se transformer en une liste sisyphéenne dont chaque pièce ne

[48] À des fins de clarification, il faut dire que ces approches définitionnelles ont parfois été mobilisées pour définir d'autres objets que le nôtre (voir section 2.1.1). À titre d'exemple, quand la démocratie est abordée dans le contexte des relations sexuelles, c'est principalement par le biais de l'approche idéelle que sa définition est esquissée. Toutefois, dans le cadre de notre analyse, nous focaliserons notre regard sur les tentatives de définition qui, au sein de ces approches, se rapportent spécifiquement à l'objet tel que nous l'avons problématisé, c'est-à-dire à la gouvernance politique de la Cité.

[49] Précisons que ces approches ne sont pas mutuellement exclusives. En guise d'exemple, comme nous le montrerons, certaines définitions stipulatives s'inspirent de l'étymologie.

pourrait être résumée que trop grossièrement en raison de l'ampleur des réflexions qui peuvent être associées à chaque approche[50]. Il sera plutôt question d'étudier les fondements épistémologiques et méthodologiques de ces approches – à travers une série d'exemples de définitions – afin de mettre en lumière leurs implications face aux enjeux que nous avons précédemment évoqués (e.a. appréhender la démocratie de manière plurielle, établir des critères pour distinguer les différents phénomènes politiques, poser certaines balises pour éviter les glissements sémantiques).

#### *2.1.4.1 Les approches étymologiques*

De prime abord, une des premières méthodes qui est couramment employée pour définir la démocratie consiste à remonter au sens initial du mot par le biais de l'étymologie. Selon les partisans de cette approche, il faut plonger dans la conception première du mot démocratie pour en saisir pleinement le sens (e.a. Dupuis-Déri, 1994; Resnick, 1997; Hecquard, 2007). Ne se limitant pas au vocable de démocratie, plusieurs savants de renom avancent que l'acception « véritable » d'un mot se doit d'être déterminée par le biais de son étymologie. Martin Heidegger suggérait, dans cette voie, que l'étymologie nous permet de découvrir l'essence que recèlent les mots :

> *Lorsque nous écoutons un mot grec avec une oreille grecque, nous sommes dociles à son legem (son « parler »), sa présentation immédiate de ce qu'il dit. (…) De par le mot entendu d'une oreille grecque, nous sommes directement en présence de la chose elle-même, et non pas d'abord en présence d'un simple signe verbal.*[51]

Une approche étymologique propose ainsi d'éclairer la signification d'un concept en explorant ses origines linguistiques pour découvrir le sens premier des mots. Dans le cas du mot démocratie, les racines étymologiques provenant de la Grèce antique prennent une importance d'autant plus déterminante que la plupart des langues du monde continuent de s'y référer. À preuve, des langues

[50] Les définitions de la démocratie ne se limitent pas toujours à quelques phrases qui affirment que « la démocratie est ceci et cela ». Au contraire, certaines propositions définitionnelles vont s'étendre sur des pages et des pages à travers des explications, des exemplifications, etc. En guise d'exemple, tout le livre de Sartori (1962) porte sur les enjeux entourant la définition de la démocratie, il s'agit donc d'une longue définition de cinq cents pages.

[51] Citation extraite d'un livre sur la pensée d'Heidegger qui a été rédigé par le philosophe Steiner (1981 : 41).

comme l'anglais (*Democracy*), l'italien (*Democrazia*), le portugais (*Democracia*), l'allemand (*Demokratie*), le russe (*демократия qui se prononce Demokratiya*), l'arabe (الديمقراطية *qui se prononce Dīmuqrāṭiyya*), le kinyarwanda (*Demokarasi*), le fon (*Democrasi*), le hongrois (demokrácia), l'hébreu (דמוקרטיה *qui se prononce demokratia*), pour ne nommer que ceux-ci, sont des langues qui s'inspirent toutes du néologisme d'origine grecque formé à partir des étymons « dêmos » (peuple) et « kratos » (pouvoir). Bien que ces langues relèvent de familles linguistiques distinctes et qu'elles se soient développées dans des régions du monde qui ont vu des régimes politiques foncièrement différents se succéder, elles continuent néanmoins de mobiliser le même schéma étymologique qui couple le pouvoir et le peuple.

L'idéal indissociable de la démocratie, comme le laisse entendre la mémoire étymologique, c'est effectivement la primauté du peuple (Hecquard, 2007; Keslassy, 2016). Spontanément, l'approche étymologique est souvent associée au célèbre apophtegme « *d'un gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple* » popularisé par Abraham Lincoln, et qui est devenu le symbole de la démocratie dans l'imaginaire populaire. Encore aujourd'hui, pratiquement tous les acteurs politiques, indépendamment des positions sur l'échiquier politique, continuent d'ailleurs de s'y référer. Assurément, les formulations étymologiques sont enchanteresses et les promesses qu'elles laissent préluder sont porteuses d'une vision de la gouvernance qui est *a priori* difficilement contestable. Cependant, la maxime de Lincoln et les autres dérivés étymologiques constituent, tout au mieux, des définitions génériques. On pourrait même dire que ces formulations sont dépourvues de prises concrètes sur le réel. Certes, les idées évoquées et les valeurs qui les entourent sont désirables et revendiquées par pratiquement tous les acteurs politiques, mais leurs propos demeurent fondamentalement évasifs, car les instruments propres à les mettre en œuvre ne sont pas précisés (Leclerc, 2017).

Les définitions étymologiques posent effectivement le peuple comme la source, l'exécutant et le récipiendaire du pouvoir, mais sans préciser comment il peut s'acquitter de ces rôles. D'une manière plus précise, les propositions généralement associées à une définition étymologique

(gouvernement du peuple, gouvernement par le peuple, gouvernement pour le peuple) sont toutes les trois imprécises et souvent incompatibles. Elles sont imprécises, puisqu'un « gouvernement *par le* peuple » demeure une proposition embryonnaire pouvant être opérationnalisée à travers des pratiques diverses, voire antagoniques. Pour prendre un cas de figure, la gouvernance directe d'Athènes au V$^{e}$ siècle avant J.-C., diverge en plusieurs points de la gouvernance représentative du Canada sous l'administration de Mark Carney en 2026. Les trois propositions qui fondent la formule de Lincoln peuvent par ailleurs culminer en des exigences contradictoires. À titre d'exemple, « un gouvernement *pour le* peuple », au sens d'un gouvernement qui agit pour l'intérêt du peuple, peut parfois nécessiter que les décisions gouvernementales ne soient pas échafaudées *par le* peuple lui-même (Tilly, 2007; Bailly, 2021). De par leur force simplificatrice, les définitions étymologiques tendent ainsi à escamoter les débats sur les manières de coupler le peuple et le pouvoir, sur les manières d'organiser et de mettre en pratique ce pouvoir, etc.

Une lecture étymologique, si elle éclaire parfois l'origine d'un concept, ne permet pas toujours d'en saisir la richesse interprétative. Déconstruire cette approche consiste précisément à montrer que l'étymologie tend à figer le sens des mots plutôt qu'à en explorer la pluralité. À titre d'exemple, le terme peuple – issu du demos – pourrait renvoyer à des réalités très différentes selon qu'on l'envisage du point de vue des peuples autochtones, du peuple ouvrier ou encore de l'humanité tout entière. Chacune de ces acceptions impliquerait une configuration du pouvoir singulière, bien plus hétérogène que ne le suggère la formule canonique de Lincoln. Dans cette foulée, Le Moigne (2013) affirme que se limiter à une définition étymologique, c'est se limiter à une trivialité sclérosante, car cela réduit chaque concept à une interprétation figée, dépourvue de la richesse et de la complexité qui émergent de ses usages dans différents contextes.

En somme, la définition étymologique donne des repères sur le fait que la démocratie réfère au pouvoir et au peuple, sans toutefois nous en dire plus sur l'étendue des idées et des pratiques qui peuvent sous-tendre ces repères. En référant uniquement à l'origine du mot, l'approche n'offre pas non plus de réels outils théoriques pour faire entrer en dialogue les différentes visions de la démocratie qui existent dans

la psyché collective ou qui sont présentées dans les travaux scientifiques. Par la force des choses, cette approche ne permet pas de s'engager avec une vision plurielle de la démocratie et ne s'ouvre donc pas aux luttes de sens qui sous-tendent le concept de démocratie.

Cela dit, malgré ses limites, l'origine du mot démocratie ne peut pas, non plus, être négligée du simple fait que nous continuons à utiliser ce mot qui a traversé plus de 2000 ans de révolutions politiques et de révolutions de la pensée. L'approche étymologique nous donne ainsi les premières pistes sur la signification de la démocratie, mais s'avère à elle seule insuffisante.

#### *2.1.4.2 Les approches descriptives*

La deuxième approche consiste à définir la démocratie par le biais d'une description de ses inflexions historiques et empiriques. Des thèmes divers sont utilisés pour caractériser les définitions qui émanent de cette approche, Leca (2000 : 226) parle de « *théories empiriques* », Robert (2007 : 12) de « *définitions descriptives* », Rochlitz (2004 : 404) de « *théories narratives* », etc. Indépendamment du qualificatif, on y aborde les régimes et les pratiques appelées démocratie comme des réalités immanentes, objectivement présentes, et donc susceptibles d'être observées et décrites. Par conséquent, ces définitions reposent sur une démarche descriptive et leur prétention est de dépeindre la démocratie telle qu'elle se manifeste ou s'est manifestée dans la réalité sociale.

Pour commencer notre examen critique de cette approche, prenons un exemple fréquemment utilisé pour construire une définition descriptive : la démocratie athénienne, c'est-à-dire la démocratie considérée comme « originelle ». Selon les tenants de cette méthode, la démocratie athénienne peut effectivement être « localisée » dans le temps et l'espace, ce qui permet d'inventorier et de détailler les pratiques qualifiées de démocratiques à ce moment. Pour prendre un exemple, dans un livre intitulé *La démocratie athénienne*, Dufresne (1994) soutient que la démocratie athénienne se déclinait notamment par :

- Un pouvoir exercé directement par les citoyens eux-mêmes, sans intermédiaire.

- Une citoyenneté réservée aux hommes libres nés de parents citoyens, ayant atteint l'âge adulte et ayant bénéficié d'une éducation civique.
- Une désignation des dirigeants par tirage au sort (au sein des citoyens).
- Un principe de rotation des charges afin que chaque citoyen puisse, à tour de rôle, exercer le pouvoir et être gouverné.

Cette liste, simplifiée à des fins d'espace, permet d'observer comment il devient possible d'élaborer, à partir d'une démarche descriptive, une définition de la démocratie qui prend la forme d'une recension de propriétés et de traits caractéristiques. Ne se limitant pas à la démocratie athénienne, le même exercice peut être reproduit avec une panoplie d'autres manifestations historiques de la démocratie. Pour reprendre des exemples déjà mentionnés, Tocqueville, dans son ouvrage *De la démocratie en Amérique* (1835), a décrit les caractéristiques de la démocratie aux États-Unis au début du XIX$^{e}$ siècle. Quelques années plus tard, Guizot, dont nous avons déjà parlé, a entrepris un travail similaire pour la France avec son livre *De la démocratie en France* (1849). Plus récemment, Brooks (2013) proposait une description des pratiques démocratiques au Canada à la fin du second millénaire, etc. La démarche est donc de proposer une définition en recensant ce qui est décrit et qualifié comme démocratique dans une société particulière à un moment donné.

Cela dit, il faut souligner que les approches historiques et empiriques ne se limitent pas toujours à une description isolée d'une manifestation empirique; elles proposent souvent des comparaisons entre plusieurs manifestations. Par le biais d'une analyse comparative entre deux manifestations de la démocratie, on peut alors proposer de différencier les caractéristiques qui sont jugées invariantes de la démocratie de celles davantage contingentes. Il devient alors possible de distinguer deux grands types de définitions descriptives :

1. Une définition *universelle* : la description des caractéristiques invariantes de la démocratie à travers le temps et l'espace.
2. Une définition *spécifique* : la description des caractéristiques particulières d'une expérience de la démocratie dans un contexte donné.

Malgré sa richesse descriptive, cette approche n'est pas dénuée de limites théoriques et méthodologiques. D'abord, elle tend à négliger le fait que le terme démocratie est lui-même une construction sociale et historique, ce qui signifie qu'il a été associé « ad hoc » aux pratiques empiriques. Pour reprendre le même exemple, la démocratie athénienne n'a pas émergé spontanément pour être décrite objectivement ou naturellement comme de la démocratie. Les Athéniens ont pris des positions normatives lorsqu'ils ont décidé de mettre en place une pratique X et de qualifier cette pratique de démocratie. En d'autres mots, le caractère démocratique d'une pratique ou d'une idée n'est pas une propriété immanente; elle est apportée de l'extérieur et elle consiste en une qualification spécifique octroyée collectivement lorsque la pratique répond à certains critères « préétablis ». Avant qu'une idée ou une pratique puisse être qualifiée de démocratique, il doit effectivement préexister une élaboration idéelle, une représentation construite et partagée, de ce qu'est la démocratie.

Pour étayer cette affirmation, on peut faire un parallèle avec les dires d'Hegel (1998) qui affirmait que l'État n'est qu'une simple idée, car il est impossible de l'observer en soi, il est uniquement possible de toucher du doigt les institutions qui l'expriment positivement. La même réflexion s'applique à la démocratie. Bien que nous puissions être portés à croire que la démocratie peut être localisée et observée dans sa totalité immanente, la démocratie n'appartient pas à une phénoménologie du tangible. Il n'existe pas une démocratie parfaite qui serait là, avant l'être humain, et qui pourrait tout simplement être trouvée, puis décrite à l'aide d'observations strictement factuelles. Au contraire, la démocratie est d'abord et avant tout une construction de l'esprit; construction intellectuelle dans un premier temps qui influencera le monde empirique dans un second temps. La démocratie peut certes être infléchie en des données empiriques observables, que ce soit une élection ou l'implantation d'une loi par un gouvernement dûment élu, mais il convient de ne jamais omettre que les pratiques ou encore les institutions qualifiées de démocratiques reposent in fine sur une construction idéalisée.

La démocratie se définit ainsi, avant tout, comme un idéal, une idée construite intellectuellement, bien en amont de toute concrétisation institutionnelle. C'est cette construction théorique qui, en quelque sorte, irrigue les pratiques, en leur apportant des repères normatifs et en influençant leurs orientations et leur mise en œuvre. Mais, comme pour toute construction de l'esprit, celle-ci peut varier selon les observateurs, selon les questions posées, etc. Cela dit, une approche purement descriptive ne donne pas accès aux choix – et aux justificatifs à la base de ces choix – qui sous-tendent la construction d'une telle élaboration idéelle (Sartori, 1962; Marguin, 2024).

D'autres critiques, plus acerbes, pourraient souligner qu'une approche historique ou descriptive tend à figer une définition dans le temps, donnant l'impression qu'elle est immuable et éternelle (Birch, 2002). En soutenant que la démocratie se définit comme ceci ou comme cela à un moment donné, sur la base d'une description empirique supposée objective, on encourt le risque de laisser entendre que toute évolution ou transformation de ces pratiques serait nécessairement perçue comme une déviation, voire une dérive non démocratique. Sur ce point, si l'on s'en était tenu à la définition originelle athénienne, aucune des pratiques qui se sont déployées au cours des deux derniers millénaires n'aurait mérité le titre de démocratique (Patomaki, 2003; O'Donnell, 2007). Pour prendre un exemple hypothétique, supposons qu'un chercheur athénien, au V$^{e}$ siècle avant J.-C., avait tenté d'analyser un système politique semblable à celui du Canada contemporain, en basant sa réflexion sur une définition descriptive de la démocratie telle qu'elle se concevait à l'époque, il est probable qu'il aurait conclu que ce système était fondamentalement antidémocratique.

En poussant la réflexion, si l'on admet que la démocratie canadienne mérite d'être qualifiée de démocratie malgré les écarts qu'elle présente par rapport aux pratiques originelles d'Athènes, comment déterminer si certaines formes de gouvernance, qui aujourd'hui ne sont pas considérées comme démocratiques, ne pourraient pas, à l'avenir, se voir reconnaître ce statut ? Comme le souligne Gagnon (2018), l'une des limites inhérentes aux définitions descriptives réside précisément dans leur focalisation sur les réalités passées (qu'est-ce qu'était la démocratie) et présentes (qu'est-ce qu'est la démocratie) au détriment d'une prise en compte des potentialités

futures (qu'est-ce que pourrait être la démocratie). Une méthode axée uniquement sur la description peut s'avérer réductrice, en éclipsant les visions alternatives ou les qualifications plus marginales, voire les possibilités idéalisées qui émergeraient.

Comme le dénotent les précédents paragraphes, une approche descriptive n'offre aucun critère normatif permettant de jauger, d'évaluer et surtout de *statuer* sur les différentes itérations de ce qui a été appelé démocratie au travers des âges et des contextes culturels distincts. Pour ne mentionner que quelques exemples, une approche descriptive ne précise pas le temps nécessaire pour qu'une pratique soit assez stabilisée dans le temps pour être considérée de la démocratie, tout comme elle ne dit rien sur le niveau de consensus à atteindre pour qu'on reconnaisse que telle ou telle idée est socialement considérée comme de la démocratie, etc. (Whitehead, 2002).

On le voit, toute tentative de définition de la démocratie – dès lors qu'elle aspire à dépasser le simple registre lexical ou purement générique – se doit de stipuler minimalement certaines dimensions normatives (Bardon, 2014; Coppens et coll., 2023). Un prisme normatif apparaît ainsi indispensable à toute définition pour fournir des outils conceptuels permettant non seulement de décrire, mais aussi de distinguer, d'ordonner et, *in fine*, d'évaluer le caractère démocratique des différentes idées et pratiques qualifiées de démocratie. Une approche purement descriptive, en s'en tenant à une posture d'extériorité, se révèle insuffisante, car elle n'offre pas de tels outils normatifs.

En somme, une approche descriptive nous permet d'inventorier les pratiques qui ont été collectivement définies comme de la démocratie par la majorité. Mais au-delà de la référence à la tradition historique (savoir ce qui a été qualifié de démocratie à travers le temps et l'histoire), cette approche semble à elle seule insuffisante pour expliquer les débats et les enjeux qui précèdent l'*étiquetage* des idées et des pratiques comme étant de la démocratie.

#### *2.1.4.3 Les approches stipulatives*

Une autre approche fréquente dans les écrits sur la démocratie consiste à stipuler une définition d'un point de vue idéalisé (au sens de construction mentale). Au niveau des soubassements méthodologiques et épistémologiques, lorsqu'on mobilise une approche stipulative, il n'est plus question de décrire empiriquement les occurrences observables qui ont été définies comme de la démocratie ou encore de tenter de localiser le sens étymologique de celle-ci, mais bien d'en proposer une définition théorique sous un angle idéalisé afin d'expliciter ce que la démocratie « devrait être »[52]. Une définition stipulative repose donc sur une construction mentale qui procède d'une conceptualisation axiomatique et même normative, plutôt que d'une observation empirique. Ce type de définition prend ainsi la forme d'une proposition qui énonce – et même stipule – ce que sont les fondements, les propriétés et les valeurs constitutives de la démocratie (Leca, 2000; Robert, 2007). Un auteur peut proposer ce type de définition en *stipulant* par exemple que la démocratie doit s'appuyer sur le fondement A, promouvoir la valeur B, être tournée vers la visée C, etc.

Comme le souligne Birch (2002) et Chambers (2023), les définitions stipulatives peuvent prendre différentes formes selon les objectifs poursuivis. Pour l'exercice, on pourrait synthétiser deux grands types de définitions stipulatives. Dans le premier type, on cherche à proposer une définition « *minima* » qui pose les critères à *minimalement* respectés pour qu'une société soit jugée démocratique. Dans un tel cas, la construction mentale a comme fonction de tracer la ligne à « traverser » pour qu'une pratique soit qualifiée de démocratique, qu'un régime soit considéré comme de la démocratie, etc. Dans le second type, on veut plutôt proposer une définition « idéale » qui met en exergue les idéaux et les valeurs « optimales » vers lesquels devrait tendre toute forme de gouvernance et/ou société à prétention démocratique. Dans cette voie, la construction mentale

[52] Il est pertinent de souligner que plusieurs auteurs ne vont pas nier l'étymologie ou encore ignorer les inflexions empiriques du concept. Au contraire, ils peuvent considérer ces éléments comme des repères contextuels permettant de dégager des fondements, des valeurs et des légitimités susceptibles de nourrir ou d'inspirer la production d'une définition stipulative plus universelle, plus idéalisée, plus normative, etc. Nous reviendrons néanmoins plus loin sur les possibles glissements pouvant émerger de cet aspect subjectif.

montre les idées et les pratiques qualifiées de démocratiques dans leur forme pure; des idées et des pratiques qui deviennent alors des horizons normatifs à poursuivre.

Indépendamment de la forme de la définition (minima vs idéale), ajoutons qu'une définition stipulative ne se contente pas strictement d'inventorier une liste de traits caractéristiques, elle cherche à produire une justification argumentée de ces idées. Une définition stipulative ne fait pas simplement qu'énoncer que la démocratie doit reposer sur les fondements A, promouvoir la valeur B, répondre à la visée C; elle explicite aussi le « pourquoi ». Une définition pourrait, par exemple, suggérer que la démocratie devrait reposer sur le fondement A en raison de son potentiel à engendrer des résultats plus propices au bien-être du peuple.

Il va sans dire que les justifications mobilisées dans les définitions stipulatives sont nombreuses, voire innombrables. En poussant ces réflexions à leur plus haut degré d'abstraction, il devient néanmoins possible, en s'appuyant sur les travaux de Mead (1942), de distinguer deux grandes catégories de justifications. En effet, toutes les définitions stipulatives de la démocratie vont soit s'appuyer sur des justifications fondées *en valeurs* (e.a. *égalité politique*), soit sur des justifications fondées *en finalités* (*e.a. politiques efficientes*), soit sur les deux.

Peu importe la justification, toute définition stipulative s'inscrit ainsi pleinement dans le terrain normatif, puisqu'elle ne vise pas seulement à constater ce qui est, mais à légitimer ce qui devrait être (une définition dit que X et Y doivent être priorisées). Aborder la démocratie sous un prisme « idéel » revient ainsi à interroger les fondements mêmes de l'action politique, à s'interroger sur les principes qui devraient la guider, ainsi que sur les objectifs qu'elle devrait viser (Singer, 2015). Les définitions stipulatives sont, par la force des choses, des entreprises de prescription, puisqu'elles font la promotion d'une manière particulière dont la société devrait fonctionner et véhiculent des jugements sur ce qui est prétendument souhaitable en matière de structuration de la gouvernance (Rochlitz, 2004). De plus, puisque les conceptions du monde sont multiples, les approches stipulatives se construisent souvent en opposition à d'autres visions, s'affirmant ainsi par contraste avec celles qu'elles cherchent à contester (une définition dit que X et Y doivent être priorisées au détriment de A et B).

Au niveau de ses apports, l'approche stipulative permet de répondre à certaines limites des approches étymologiques et descriptives en offrant un *cadre idéel et normatif* antérieur aux manifestations sociales. En proposant une définition « prescriptive », cette approche offre un cadre d'analyse permettant d'examiner les pratiques historiques, soit pour en mesurer la conformité, soit pour en révéler les écarts (Birch, 2002; Robert, 2007). Encore une fois, si nous avons une définition qui dit que la démocratie doit s'appuyer sur le fondement A, promouvoir la valeur B et être tournée vers la visée C, nous pourrions vérifier si les pratiques d'un gouvernement à un moment donné s'appuient sur ces fondements, respectent ces valeurs, comblent ces visées, etc.

Pour continuer au niveau des avantages, une approche stipulative permet non seulement de s'attaquer aux questions du « *qu'est-ce qu'était la démocratie* » et « *qu'est-ce qu'est la démocratie* », mais aussi à la question « *qu'est-ce que pourrait être la démocratie* ». Effectivement, à travers cette approche, il est possible de formuler des conceptualisations idéalisées de la démocratie. L'exemple d'un conseil des sages relève du domaine du « *qu'est-ce que pourrait être* », dans la mesure où une telle instance n'a jamais existé – du moins elle n'a jamais été totalement instituée et stabilisée – dans les pratiques historiquement désignées comme démocratiques. Ses partisans l'inscrivent dès lors dans un cadre idéalisé, affirmant que cette pratique offrirait la possibilité de générer des résultats nettement plus favorables pour le peuple dans *l'avenir.*

Il faut mentionner que du moment où nous abordons la démocratie comme une construction de l'esprit, tout un chacun peut proposer sa propre vision de la démocratie. Cette « malléabilité » de l'approche stipulative peut ainsi faire glisser la définition proposée vers deux grands pièges, soit 1) l'essentialisation[53] ou 2) le relativisme nominaliste[54].

Une définition stipulative court le risque de l'« essentialisation », c'est-à-dire de proposer une définition de la démocratie reposant sur des assomptions ontologiques trop rigides. En s'appuyant

[53] Sans aborder spécifiquement la question des définitions idéelles, c'est Frega (2021) qui a attiré notre attention sur les pièges d'essentialiser le concept de démocratie.

[54] Similairement, sans explicitement traiter des définitions normatives, c'est Kaboré (1998) qui a attiré notre regard sur les dangers du relativisme nominaliste dans la définition de la démocratie.

sur de telles assomptions, une approche stipulative peut donner l'illusion que la détention proposée relève d'une essence immanente de la démocratie, impliquant qu'il n'existerait qu'une seule et unique définition véritable. Ce processus d'essentialisation, qui consiste à réduire la démocratie à un ensemble restreint de critères, produit une représentation moniste qui dénie ainsi les luttes de sens dont le concept fait l'objet. Autrement dit, il s'agit de soutenir que seules telle ou telle idée, ou telle ou telle pratique, constituent une véritable démocratie. Par exemple, si un auteur soutient que seules les pratiques référendaires peuvent être synonymes de démocratie, il passe sous silence plusieurs autres pratiques qui ont pu, ou pourraient légitimement, être associées à la démocratie. Lorsque les définitions dérivent vers l'essentialisation, elles risquent de s'enfermer dans le dogmatisme, puisqu'en prescrivant une vision prétendument ultimative de la démocratie, elles tendent à délégitimer, par avance, toute proposition contraire, toute possibilité.

Se soustraire à l'essentialisation peut toutefois nous amener à glisser dans le piège d'un relativisme nominaliste dans lequel toute idée peut être définie comme étant de nature démocratique. Pour comprendre les implications d'un tel glissement, il nous semble intéressant d'emprunter à Troper (1989) l'exemple de la fallacie de Gorenflot du nom du moine dans le roman *La dame de Monsoreau* écrit par Alexandre Dumas. Dans ce roman, lors d'un jour maigre du carême dans lequel il est interdit de manger de la viande, le moine est affamé, mais n'a pas de poisson, seulement une poule. Pour combler sa faim, le moine résout le problème en prononçant les paroles suivantes sur la volaille : « *je te baptise carpe* ». Le moine mange alors la volaille comme un poisson. Cet exemple montre les portes – voire les dérives – que peut ouvrir une approche nominaliste, soit une extension infinie des réalités auxquelles un concept pourrait prétendre référer.

Dans cette dynamique, si on aborde la démocratie comme une édification mentale, rien n'empêche techniquement un auteur de stipuler que toute idée est démocratie. Un auteur pourrait par exemple avancer que la danse de la pluie, le chant de l'hymne national ou encore la prière du dimanche matin sont des idées relatives à la démocratie. Lorsqu'une définition, construite à partir d'une approche stipulative, glisse vers un relativisme nominaliste, l'extension sémantique effrénée qui

en découle peut entraîner une assimilation systématique de tous les phénomènes et épiphénomènes politiques à la démocratie. Tout y passe, tout s'y croise, tout s'y inclut.

Si nous avons déjà mis en lumière les difficultés d'observation qu'engendre un concept aux frontières floues dans le précédent chapitre, il faut maintenant mettre en exergue qu'un problème davantage sociopolitique guette une définition qui bascule dans un relativisme nominaliste, soit une application de l'étiquette démocratique à des idées despotiques ou encore à des pratiques tyranniques. Sous cette réserve, rappelons que Franco se disait démocrate et que Hitler considérait le National-Socialisme comme la seule expression authentique de la volonté du peuple (Boudon et Bourricaud, 2011). Comme le rappellent Hessel et De Keyser (2013), c'est aussi à travers des prétentions démocratiques que les autorités israéliennes assujettissent, persécutent voire s'en prennent à la vie du peuple palestinien depuis des décennies. Ces quelques exemples démontrent que le piège du relativisme nominaliste ne se limite pas à la clarté des observations, mais inclut aussi la possibilité que des pratiques d'oppression, d'asservissement et même des massacres populationnels soient décrites comme démocratiques.

Face à ces possibilités, Terray (1992 : 85) avançait qu'il y a « *des mots qu'il ne faut pas laisser à l'adversaire, et celui de "démocratie" en est le meilleur exemple* ». Il s'agit assurément d'une mise en garde importante. Le problème, cependant, réside dans le fait que la ligne de démarcation permettant d'identifier ces « adversaires » reste une construction qui varie d'un auteur à l'autre. Si la majorité s'accorde à qualifier Hitler d'ennemi évident de la démocratie, la détermination des autres adversaires de la démocratie est beaucoup plus complexe, puisque celle-ci va varier selon les perspectives privilégiées. Pour revenir à l'exemple de Trump, certaines définitions stipulatives de la démocratie pourraient le considérer comme un démocrate (un président dûment élu) et d'autres comme un ennemi en raison de ses attaques à l'égard de différents idéaux démocratiques.

Voilà la remise en question centrale qui est accolée aux approches stipulatives : leur subjectivité. Qu'elle tende vers une essentialisation ou qu'elle glisse vers un relativisme nominaliste, voire qu'elle

reste à mi-chemin entre les deux, toute définition stipulative demeure inévitablement marquée par une part de subjectivité et donc de possible *partialité*. De par sa nature, une approche stipulative reflète effectivement – à différents degrés[55] – les valeurs, les croyances et les « préférences » de ceux et celles qui mobilisent ladite approche pour définir la démocratie. Si, par exemple, nous tenons pour acquis que la science détient infailliblement la vérité, tandis que nous percevons le peuple comme étant profondément ignorant, notre définition pourrait être teintée par ces (pré)suppositions sur le monde. En ces termes, il peut être difficile pour une définition stipulative de se détacher de toute forme d'engagement personnel, ou encore partisan, voire idéologique (Denquin, 2023). Dans cette lignée, comme le souligne Rochlitz (2004), de nombreux auteurs ne précisent pas explicitement que leur propos s'inscrit dans une perspective stipulative, ce qui peut prêter à confusion : un lecteur pourrait croire qu'il s'agit d'une description « objective », alors même que la définition proposée relève d'une formulation idéalisée et subjective de la démocratie.

Plus encore, bien qu'elle ne rejette pas *a priori* une vision pluraliste de la démocratie, cette approche n'apporte aucun cadre permettant de nourrir un regard véritablement pluriel sur la démocratie ou encore aucun outil pour limiter une extension sans fin. En somme, une approche stipulative présente certains avantages face aux contraintes inhérentes aux démarches étymologiques et descriptives, dans la mesure où elle offre un cadre normatif qui précède l'expérience empirique. Cependant, elle demeure sujette à des limitations potentiellement importantes, car ce cadre, loin d'être une donnée immanente ou consensuelle, peut prendre diverses formes, susceptibles d'être moulées au gré d'intérêts particuliers. Tout comme elle ne résout pas le problème initial, soit la manière de baliser un concept en « débats ».

[55] Par différents degrés, nous voulons dire que l'influence des valeurs, des croyances et des préférences varie en fonction du degré de « neutralité » que cherche à atteindre l'auteur de la définition.

#### *2.1.4.4 Les approches fondées sur l'usage*

Si les précédentes approches offrent divers instruments pour esquisser et même théoriser une définition de la démocratie, ces dernières peuvent néanmoins être accusées de laisser subsister certaines ambiguïtés. Par leur entremise, on peut à la fois tenir des propos allusifs purement génériques (*les idées démocratiques, c'est le pouvoir du peuple*); tenir des propos purement descriptifs (*les idées démocratiques sont les idées qui ont été qualifiées comme telles à travers l'histoire*); tenir des propos essentialisants (*les idées démocratiques se rapportent à une essence immuable donnée*); tenir des propos imprégnés d'un relativisme nominaliste (*toute idée présentée comme démocratique relève de la démocratie*), etc.

Pour tenter de pallier ces limites, ou du moins en atténuer l'impact, un petit nombre d'auteurs[56] plaident pour une quatrième approche plus « transversale »; approche qui s'appuie sur une analyse des utilisations du mot « démocratie » dans les discours et dans les écrits, et plus précisément une analyse des significations (e.a. dimensions, caractéristiques, propriétés) qui sous-tendent ces utilisations. Plutôt que de fournir une définition supplémentaire, cette quatrième voie propose d'offrir un regard transversal sur les connaissances préexistantes dans le but de les articuler dans un élan éclectique. Pour emprunter une image à Barraud (2017 : 14)[57], au lieu de tenter de tracer une nouvelle piste parallèle aux nombreuses pistes déjà tracées, il y est question d'emprunter les chemins déjà battus, mais à bord d'un nouveau véhicule. Un véhicule qui prend la forme d'une observation des *usages préexistants* du terme.

Par la force des choses, cette quatrième voie ne rejette pas les méthodes étymologiques, descriptives et stipulatives, car elles sont à la racine des utilisations courantes et savantes du mot. En effet, les contributions des précédentes tentatives définitionnelles fournissent les bases

[56] Il s'agit de l'approche qui est la moins mobilisée dans la littérature, ou du moins, celle qui y est la moins mobilisée explicitement. Nous reviendrons plus loin sur la différence entre une utilisation explicite de cette approche et une utilisation qui s'en rapproche.

[57] Précisons que Barraud utilise une approche fondée sur l'usage pour définir le concept de droit (et non le concept de démocratie). À notre sens, celui-ci a toutefois décrit avec plus de clarté les ressorts méthodologiques de cette approche définitionnelle, nous allons donc mobiliser ses dires à quelques reprises dans cette section.

empiriques nécessaires à la construction d'une définition fondée sur l'usage. La thèse avancée est donc qu'en associant les différentes voies définitionnelles, on peut comprendre, plus clairement et plus complètement, ce que le concept de démocratie recouvre dans la mesure où chacune de ces approches vient enrichir l'analyse globale dudit concept. En ce sens, cette quatrième approche entend simplement comprendre et expliquer ce que d'autres ont décidé de désigner par démocratie. Si on en croit cette perspective, une définition n'exprimerait alors aucune nature des choses, mais seulement les conventions sociales sur ladite chose. L'usage est dans cette dynamique présentée comme le seul mécanisme susceptible de stabiliser la portée sémantique des mots (Denquin, 2009).

Au niveau de la procédure, cette approche entend plus concrètement délimiter la sémantique démocratique en recensant, en croisant et en recoupant les composantes et les propriétés qui sont imputées au mot dans – et à travers – ses utilisations (Kurki, 2013; Gagnon, 2018). Nuance essentielle, comparativement à une approche stipulative dans laquelle un auteur peut mobiliser une série d'écrits pour produire sa propre définition de la démocratie, dans la présente perspective, l'auteur se doit de procéder à une *analyse systématique* (*systematically appreciate*) des usages du mot et des acceptions qui en émanent (Kurki, 2013 : 11).

Dans cette foulée, cette quatrième approche se fonde sur un impératif méthodologique qui consiste à recenser, de manière aussi exhaustive et minutieuse que possible, les sens attribués au terme à travers la diversité de ses usages, dans le but de garantir une objectivité permettant de préserver toute la richesse des significations, tout en écartant les biais interprétatifs[58]. Au niveau de « l'exhaustivité », il convient de préciser que les adeptes de cette méthodologie avancent qu'un auteur peut s'intéresser aux usages qui cadrent avec son champ de questionnements. Si on reprend l'exemple de la récréologie (section 2.1.1), nous pourrions échafauder une définition fondée sur

[58] Si des auteurs tels que Kurki et Gagnon – pour ne citer qu'eux – soutiennent que leur approche se distingue spécifiquement d'autres théories de la démocratie, en raison de l'analyse systématique qu'ils proposent des usages du terme « démocratie » dans les contributions préexistantes, il nous semble toutefois que plusieurs travaux, bien qu'ils ne revendiquent pas explicitement une telle démarche, s'en rapprochent. En effet, nombre d'études, sans affirmer se fonder sur une approche centrée sur l'usage, s'efforcent néanmoins d'élaborer une définition ou une théorisation de la démocratie – principalement d'un point de vue idéel – à partir d'un survol minutieux des usages dudit concept dans la littérature et dans les pratiques sociales.

l'usage en recensant strictement – mais exhaustivement – les utilisations du mot démocratie dans le contexte des loisirs et des activités récréatives.

Il est essentiel de souligner que, bien que les postulats méthodologiques de cette approche visent à recenser de manière exhaustive la diversité des usages, la définition proposée ne se réduira pas à une simple énumération de ceux-ci. La création de ce type de définition ne consiste pas simplement à inventorier mécaniquement les usages existants sous un format du style (usage 1, définition X, usage 2, définition Y, etc.). Elle se caractérise par un processus de (re)construction, dans lequel les usages sont recoupés, mis en dialogue, synthétisés et parfois opposés. Ce travail, loin de se limiter à une compilation, s'inscrit donc dans une véritable démarche *d'élaboration théorique*. Sur ce point, il est possible de distinguer et de synthétiser deux grandes manières de construire une définition adossée à l'usage : l'une prend la forme d'une « synthèse », l'autre se déploie sous l'angle d'un « cadre pluriel »[59]. Explorons leurs implications successivement.

Le premier type, dont l'un des porte-étendards est Denquin (2009; 2023), vise à fusionner les multiples éléments (e.a. acceptions, propriétés, composantes) qui sous-tendent les utilisations du mot pour en proposer une synthèse cohérente. Il s'agit ici de déployer un regard transversal sur les usages du mot pour construire une définition qui met en évidence les points de convergence entre ces usages, mais qui reflète aussi les divergences qu'ils peuvent présenter. Pour utiliser une image, une telle définition de la démocratie pourrait s'apparenter à l'exercice consistant à définir l'Europe : il s'agirait alors d'examiner les différents pays du continent européen à travers le prisme de leurs propriétés communes et de leurs divergences, afin d'élaborer une définition de l'Europe qui, tout en intégrant cette diversité, parvienne à dégager des éléments transversaux unissant l'ensemble de ces pays. Nous ne détaillons pas davantage ce premier type de définition qui nous apparaît beaucoup moins convaincant, car il conduit à une définition monolithique qui tend à fusionner les débats sémantiques, ce qui revient à amalgamer des positions irréconciliables. Dans cette optique, il semble pertinent de

[59] C'est nous qui attribuons ces dénominations pour qualifier les définitions proposées et non les auteurs qui les proposent.

souligner que Denquin met en avant les bienfaits d'une définition unifiée de la démocratie fondée sur l'usage sans établir ce que serait, selon lui, la définition à retenir.

Le second type de définition, porté notamment par Kurki (2010; 2013), nous paraît beaucoup plus pertinent. Contrairement à la synthèse définitionnelle qui tend à intégrer des éléments contradictoires en leur trouvant un terrain commun, ce second type cherche plutôt à mettre en exergue la diversité des usages et des interprétations à travers un cadre pluriel qui valorise la coexistence de plusieurs représentations de la démocratie. En ce sens, plutôt que de s'atteler à l'élaboration d'une définition unifiée, la définition est présentée sous la forme d'une mosaïque de possibilités. Cette mosaïque ne représente pas une recension mécanique de chaque définition, de chaque théorie, de chaque réflexion sur la démocratie qui serait juxtaposée pour former un simple agrégat théorique anarchique et confus. Au contraire, le travail de recensement et de recoupement a pour ambition de rassembler et de synthétiser les éléments convergents tout en opérant une distinction entre les positions antagonistes. À travers un travail d'abstraction, on tente ainsi de regrouper les usages semblables – et de différencier les usages irréconciliables – en une série de « sous-définitions ». Ces sous-définitions peuvent prendre différentes formes, et être appelées différemment, Kurki (2013 : 28) parle de « *set of pespective on democracy* », Held (2014 : 4) de « *models of democracy* », etc. Pour prendre un exemple, à travers son faisceau de questionnements (les *modèles politico-économiques de la démocratie*), Kurki (2013 : 28) propose le cadre de définitions composées des quatre perspectives (qui se sous-divisent en multiples ramifications), soit :

(1) The liberal democratic model, and its variants;

(2) The socialist "delegative" model and the social democratic model;

(3) The participatory democracy model and the radical democracy model;

(4) The cosmopolitan and global democratic model.

Par la suite, indépendamment du type de définition choisi (synthèse vs cadre pluriel), la méthodologie de l'approche fondée sur l'usage doit être précisée. Si on se fie à Kurki (2013), à Barraud (2017) ou encore à Gagnon (2018), l'ensemble des usages du mot ne sont pas retenus,

mais uniquement les usages qui ont une certaine force doctrinale, que ce soit dans les pratiques discursives quotidiennes ou dans la littérature savante. Un usage formulé par quelques citoyens ou un cercle restreint d'érudits ne saurait à lui seul offrir un socle suffisamment robuste pour être retenu dans l'élaboration de la définition. Autrement dit, les utilisations du concept de démocratie qui peuvent être qualifiées de « rares » ou de « marginales » sont écartées. Par la suite, les perceptions et les appréhensions de l'auteur ne doivent pas teinter le choix des usages retenus. Dans cette perspective, l'auteur ne doit pas se prononcer sur la validité ou le mérite des usages du mot selon ses préférences personnelles ou idéologiques, il doit simplement en mesurer la prégnance et l'impact, c'est-à-dire la force doctrinale. *Ipso facto*, même si des usages apparaissent totalement insensés, aberrants ou encore pernicieux, du moment où ils disposent d'une force doctrinale suffisante, ils doivent néanmoins être retenus par l'auteur. Pour résumer ces deux postulats méthodologiques, empruntons une fois de plus une image à Barraud (2017 : 39) qui compare les usages à des « chapelles ». Pour respecter les exigences de la présente approche, l'auteur doit s'ouvrir aux diverses chapelles, même celles qui défendent des définitions diamétralement opposées ou qui s'opposent à ses propres convictions. Toutefois, seules les chapelles fréquentées – et non celles qui sont délaissées – doivent être prises en compte.

Autre point important, comme une approche fondée sur l'usage est le reflet des conventions sociales sur le sens du mot, elle ne saurait prétendre fournir une vision définitive. En effet, les conventions sociales, par leur nature même, sont inévitablement temporaires et sujettes à l'évolution. Ainsi, ce type de définition doit impérativement demeurer « ouverte » pour qu'elle soit réexaminée et réactualisée à la lumière de nouveaux usages, ou encore de l'abandon de certains usages (Kurki, 2013). En d'autres mots, ce type de définition est toujours « temporaire » et doit être régulièrement actualisée au gré des nouvelles chapelles fréquentées et en fonction de celles qui, progressivement, se trouvent délaissées.

Pour les fervents de cette approche, l'importance accordée à la récurrence et à la réactualisation permet d'ailleurs d'éviter les pièges relatifs à l'essentialisation, le relativisme nominaliste et les

autres utilisations partisanes du terme démocratie. La raison est simple; en réévaluant constamment les usages qui sous-tendent la définition, on parviendrait à « filtrer » les glissements et les manipulations sémantiques afin de privilégier les sens les plus partagés dans les usages. Tout d'abord, un usage complètement farfelu du mot démocratie par un seul auteur n'aurait pas la force doctrinale nécessaire pour être retenu et incorporé à la définition et serait donc rejeté. Qui plus est, même lorsque l'imposition du qualificatif démocratie à une idée ou à une pratique « douteuse » acquiert une force doctrinale, cette qualification ne s'étend pas à tous les usages des mots et peut donc être éventuellement évacuée de la définition par le biais de remises en question qui feraient évoluer les usages. Pour montrer ce tri qui peut être fait à travers l'utilisation des usages, Denquin (2009 : 16) utilise l'exemple suivant :

> *Si l'on déclare démocratique une intervention militaire de l'Union soviétique en Tchécoslovaquie et antidémocratique une intervention américaine en Amérique centrale, il en résulte que « démocratique » signifie « conforme aux intérêts de l'URSS ». La valeur habituelle du terme permettra peut-être quelque temps d'euphémiser la chose, mais sa répétition va conduire rapidement soit à distinguer deux sens du mot, soit à considérer simplement le nouvel emploi comme mensonger.*

Comme l'illustre cet exemple, la réactualisation des usages permettrait d'éliminer les emplois douteux ou manipulés, car un usage isolé ou marginal, même s'il peut être soutenu par des idéologies particulières, ne pourra maintenir une force doctrinale sur le long terme à force d'être remis en question, du moins c'est la thèse que soutient Denquin (2009).

Au niveau des limites de cette approche, l'écueil fondamental étant sans conteste la *subjectivité* de la démarche. Tout d'abord, une recension exhaustive des usages de ce terme demeure, par nature, inatteignable. En effet, étant donné qu'il existe une infinité de mentions du terme, il est impossible de toutes les recenser de manière exhaustive. Par conséquent, le choix de se limiter à un certain nombre de ces mentions influe nécessairement sur la définition proposée, introduisant ainsi une forme de subjectivité inhérente à la délimitation de l'objet de l'analyse. La question qui persiste concerne les critères selon lesquels certains usages du terme « démocratie » seront retenus, étant

donné leur incommensurabilité. Même en y consacrant toute une vie, il serait impossible de tous les recenser. Le choix des usages intégrés à la définition, qu'il soit consciemment opéré ou involontairement biaisé peut influer sur l'orientation même de cette définition.

Un autre problème réside dans la difficulté de recenser de manière équitable les usages du terme démocratie dans la littérature savante et dans le langage courant. Il semble en effet utopique de prétendre produire un recensement exhaustif des usages du mot démocratie dans toutes les discussions humaines; des discussions qui ne sont pas consignées dans des bases de données qui pourraient être accessibles au chercheur. Plus encore, même en circonscrivant la notion de démocratie à un objet plus spécifique (e.a. les mobilisations du mot démocratie dans la récréologie pour reprendre le même exemple), il demeure légitime de s'interroger sur la pertinence d'aller répertorier les usages du terme issus d'autres contextes ou d'autres univers. Si nous avions construit une définition sur l'usage en recensant les significations qui sont données au concept dans ses usages au sein du monde criminologique, notre définition se serait à ce titre avérée bien pauvre (voir chapitre 1).

Dans un autre ordre d'idées, il faut aussi souligner les enjeux liés à la subjectivité. Il est tout d'abord difficile, voire impossible, de déterminer une frontière scientifiquement satisfaisante entre un usage qui a une force doctrinale suffisante et un autre qui n'en a pas. Sans un barème universel qui permettrait de mesurer objectivement la force doctrinale, c'est l'auteur qui, dans un geste intrinsèquement subjectif, opère une sélection parmi les chapelles (les usages) qu'il estime suffisamment fréquentées (forces doctrinales suffisantes) pour être intégrées ou rejetées de sa définition. Le recours à l'outil de la force doctrinale apparaît effectivement intéressant, mais sa difficile praticabilité et son manque de lisibilité font en sorte que cette approche ne peut se défaire – malgré ses promesses – de la subjectivité et donc de la potentielle partialité.

La création d'une définition fondée sur l'usage, qu'elle procède d'une synthèse ou d'un cadre pluriel, implique nécessairement un travail de réduction des usages (il faut synthétiser la pléthore d'usages pour en fournir une définition ou un cadre). Face à la prolifération des usages du terme,

une approche fondée sur l'usage suppose inévitablement un travail de synthèse. Une synthèse peut néanmoins être traversée par divers écueils, qu'il s'agisse de l'élision d'éléments fondamentaux, de la simplification excessive des thèses exposées, d'un enchaînement ou d'une articulation d'idées d'auteurs en désaccord l'un avec l'autre, d'une sélection discutable des éléments mis en avant, d'un manque de précision terminologique, d'une restitution trop descriptive ou à l'inverse trop normative, etc. Bref, toute synthèse implique un arbitrage – soit une opération de construction subjective – qui peut être critiqué.

La subjectivité demeure également présente dans la construction de la définition, c'est-à-dire dans le processus de recoupement, de synthèse, de mise en dialogue ou d'opposition des usages, etc. Par exemple, un auteur A pourrait interpréter deux usages comme présentant des variations marginales et ainsi décider de les regrouper sous une même perspective de la démocratie. En revanche, un auteur B pourrait y déceler des différences fondamentales, justifiant dès lors une distinction de deux perspectives. Imaginons que nous ayons accès à la banque d'usages du mot démocratie que Kurki (2013) a recensée pour produire sa réflexion sur les modèles politico-économiques de la démocratie. Nous pourrions très bien analyser (croiser et recouper) les usages de cette banque et en arriver à formuler un cadre avec six perspectives de la démocratie et non quatre, tel que le propose Kurki. Tout choix d'agrégation ou de différenciation est, en ce sens, un acte interprétatif et s'avère donc empreint de subjectivité.

Autres aléas de cette approche, dans un monde où les perspectives se multiplient et se fragmentent de plus en plus, il semble illusoire de supposer que les manipulations du terme finiraient systématiquement par perdre de leur force doctrinale au gré de remises en question (comme le suggérait Denquin avec son exemple lié à l'URSS). Prenons le cas de figure de Trump pour étayer ce point : si un grand nombre de contributions vont affirmer que son approche n'a rien de démocratique, plusieurs continuent tout de même à utiliser le terme de démocratie pour le qualifier. Dès lors, comment trancher si, par exemple, 60 % des usages présentent Trump comme un acteur démocratique et que 40 % le présentent comme un acteur non-démocratique ? Quel seuil minimal

faut-il établir pour juger qu'un usage est légitime ? Dans un monde de plus en plus fragmenté, on peut en effet se demander à quel moment il devient possible d'affirmer que certains usages ont perdu leur légitimité doctrinale.

Malgré les limites inhérentes à cette approche, elle nous apparaît néanmoins comme la plus prometteuse pour circonscrire les risques de glissements sémantiques et établir des repères solides dans l'élaboration de notre grille d'analyse. Aucune ne peut à notre sens régler tous les problèmes, mais une approche fondée sur l'usage semble la plus à même d'en limiter la portée. Ainsi, dans la section suivante, nous exposerons la manière dont nous déployons cette approche, en justifiant sa pertinence au regard de nos questionnements, tout en montrant de quelles manières ses limites influenceront également nos investigations.

### 2.2 Transformation du concept de démocratie en une nouvelle grille d'analyse

Dans les pages précédentes, nous avons présenté différentes manières d'appréhender et de définir la démocratie. À la lumière de ce portrait, nous avons choisi de retenir une approche fondée sur l'usage, soit de construire notre grille d'analyse sur la démocratie à partir d'une recension et d'un recoupement des sens qui sont donnés au mot démocratie dans ses usages. Dans notre cas, nous nous limiterons uniquement aux usages et réflexions émanant des écrits francophones et anglophones. En outre, précisons que nous allons opter pour une grille d'analyse sous la forme d'une mosaïque de possibilités, c'est-à-dire un cadre pluriel qui met en jeu plusieurs conceptions de la démocratie.

Cette approche nous semble la plus pertinente, car c'est en confrontant différentes perspectives que nous pourrons embrasser une vision pluraliste de la démocratie, tout en proposant des outils pour identifier les potentiels glissements, les instrumentalisations et autres dérives. Si nous avons souligné qu'il nous paraît peu probable que les remises en question permettent d'évacuer totalement les potentiels mésusages du terme, comme le suggère l'affirmation de Denquin, la problématisation de diverses visions de la démocratie nous offrira l'opportunité, par le biais de

confrontations, de mettre en lumière lors des analyses empiriques certaines utilisations qui pourraient être considérées comme problématiques. Autrement dit, c'est en confrontant les diverses visions démocratiques sur le terrain empirique que l'on pourrait envisager la possibilité selon laquelle certains usages seraient susceptibles d'être perçus comme problématiques. Notre prétention n'est donc pas de régler *a priori* les problématiques soulevées (e.a. l'essentialisation, le relativisme nominaliste), afin de produire une grille d'analyse totalement exempte de ces difficultés. Notre ambition est plutôt de produire une grille qui permettra *a posteriori* – à savoir dans les analyses empiriques – de visibiliser les avantages[60], les désavantages [61] et les implications [62] qui peuvent sous-tendre les différentes manières de concevoir la démocratie lorsqu'elles sont mobilisées dans la construction de la loi pénale. En problématisant différentes conceptions de la démocratie, nous pourrons effectivement analyser l'approche d'un gouvernement à travers diverses « *coloured lenses* » révélant ainsi les avantages, les désavantages et les implications de cette approche sous différentes couleurs selon la lunette choisie.

À notre connaissance, aucun ouvrage, dans la littérature anglophone ou francophone, n'avait proposé de bases conceptuelles ou de structure théorique sur la démocratie qui s'appuie sur une approche fondée sur l'usage et qui met de l'avant un cadre pluriel en vue d'analyser le processus législatif. C'est en raison de ce vide théorique que nous entreprenons de construire notre propre grille d'analyse.

Si nous avons déjà présenté les fondements épistémologiques à la racine d'une approche fondée sur l'usage, il faut maintenant clarifier la forme que prendra le cadre pluriel qui en découle. Sur ce point, nous allons présenter les grandes conceptions de la démocratie sous un format idéal-typique, au sens de Weber (1992 : 191) :

---

[60] Nous définissons les avantages comme l'ensemble des vertus, des bienfaits et des promesses, ainsi que les retombées potentielles qui peuvent être associées à une conception particulière de la démocratie.

[61] Nous définissons les désavantages comme l'ensemble des présupposés, les apories, les contradictions paradoxales, les écueils, les justifications illégitimes, les risques d'instrumentalisation ou encore les glissements conceptuels que l'on peut associer aux conceptions de la démocratie ».

[62] Nous parlons des implications normatives, humaines, sociales, politiques, juridiques, etc.

> *On obtient un idéal type en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue unilatéralement, pour former un tableau de pensée homogène. On ne trouvera nulle part empiriquement un pareil tableau dans sa pureté conceptuelle : il est une utopie.*

Le type-idéal constitue tout d'abord une construction intellectuelle qui résulte d'une accentuation délibérée de certains traits de l'objet étudié. Les conceptions de la démocratie sous forme idéal-typique que nous allons problématiser vont ainsi constituer des versions stylisées et même volontairement simplifiées. Par exemple, lorsque nous abordons les expressions de la volonté populaire, nous ne cherchons ni à recenser l'ensemble des possibilités par lesquelles les citoyens peuvent exprimer leurs aspirations ni à décrire l'exhaustivité des moyens à travers lesquels les gouvernements peuvent s'en saisir. En montant en abstraction, nous cherchons plutôt à problématiser les formes les plus significatives sous lesquelles se manifestent les expressions de la volonté populaire. Ce faisant, notre grille ne dépeindra pas exhaustivement les soubassements et les contours des conceptions idéal-typiques de la démocratie qui seront formulées, elle mettra simplement en lumière leurs éléments constitutifs les plus significatifs (e.a. leurs caractéristiques essentielles, leurs recommandations, leurs suppositions sur la nature de la société ou sur les capacités politiques des êtres humains, leurs avantages et leurs mérites avancés, leurs types de justifications).

Pour revenir à un autre segment de la citation de Weber, un type-idéal se caractérise également par son aspect « utopique » au sens où il n'existe aucune manifestation empirique qui corresponde parfaitement à ce dernier. Nous ne supposons donc pas que les conceptions de la démocratie que nous allons problématiser vont se matérialiser *ad litteram* dans notre terrain empirique. Les types-idéaux ne sont plutôt que des instruments heuristiques, conçus pour examiner les pratiques empiriques dans leur diversité, en mettant en lumière les écarts qui les séparent du modèle théorique. Ces écarts peuvent prendre la forme de variations, de distorsions ou encore de recompositions, qui offrent autant de pistes pour une analyse nuancée des dynamiques démocratiques à l'œuvre. Concrètement, notre

démarche consistera à étudier cette diversité des expressions démocratiques empiriques, en comparant les formes de gouvernance observées aux idéaux-types de la démocratie, afin de cerner les multiples facettes de la démocratie telle qu'elle se déploie dans la réalité.

D'ailleurs, nous ne rejetons pas la possibilité que d'autres conceptions, ou encore des aspects non pris en compte dans l'élaboration de nos types-idéaux puissent émerger de nos analyses empiriques, si l'écart entre les données empiriques et les types-idéaux se révèle trop significatif. Notre idéal-type est en ce sens « ouvert », comme l'exige d'ailleurs une approche fondée sur l'usage.

En tant que « type construit », la définition du périmètre des éléments à inclure dans l'élaboration des idéaux-types constitue l'enjeu méthodologique central de notre grille. Toute sélection implique nécessairement des arbitrages qui déterminent non seulement ce qui est pris en compte, mais aussi ce qui est exclu. Conformément à une approche fondée sur l'usage, nous avons privilégié un critère de sélection reposant sur la force doctrinale pour sélectionner les réflexions retenues. Notre démarche a par la suite consisté à recouper ces réflexions et à opérer un travail d'abstraction pour construire nos idéaux-types. Après un parcours de plusieurs années dans les nombreux écrits sur la démocratie, nous en sommes venus à formuler trois idéaux-types qui synthétisent les grandes manières de concevoir la démocratie au niveau de la gouvernance. Ces trois idéaux-types sont les suivants :

1. Une conception populaire (les considérations relatives à la volonté du peuple).
2. Une conception épistémique (les considérations relatives aux connaissances acquises).
3. Une conception éthico-juridique (les considérations relatives aux droits fondamentaux).

Précisons que la construction de ces trois idéaux-types à travers une approche fondée sur l'usage ne relève pas d'une simple transcription (un copier-coller) de la littérature existante. À notre connaissance, aucun ouvrage n'a encore proposé de mettre en dialogue ces trois idéaux-types de la manière dont nous allons le faire. Il s'agit ainsi d'une démarche originale dans laquelle, à travers un travail théorique, nous avons élaboré ces idéaux-types par le biais d'un processus de mise en

dialogue et d'abstraction des réflexions face aux multiples propositions qui existent sur les manières de penser, de définir, et de mettre en pratique la démocratie.

Pour illustrer ce qui sous-tend (ce qui a été fait) et ce qui ne sous-tend pas (ce que nous n'avons pas fait) l'élaboration de ces idéaux-types, prenons comme exemple la conception éthico-juridique. Pour parvenir à cette formulation (au sens d'en faire une conception à part entière), il a d'abord été nécessaire de scruter le vaste ensemble de réflexions sur la démocratie, afin de disséquer et de classifier les multiples propositions qu'elles véhiculent. À travers un travail d'abstraction, nous avons alors remarqué une récurrence notable entourant la mobilisation des droits fondamentaux comme source d'organisation et d'exercice du pouvoir et une récurrence qui se distinguait de manière significative d'autres sources (e.a. volonté populaire, connaissance). Ce processus d'abstraction nous a ainsi conduits à ériger les droits fondamentaux en un des axes essentiels de notre proposition théorique.

Par la suite, notre approche a consisté à nous approprier la diversité des textes mettant en relation les droits fondamentaux et la démocratie; des textes qui font souvent des propositions différentes sur la nature, le rôle, la fonction ou encore la finalité des droits fondamentaux au sein de la gouvernance démocratique. Nous avons donc procédé à un recensement et à un examen (toujours au regard de la force doctrinale) des postulats, des arguments, des justifications, des promesses, des vertus et de toutes autres variables mises en avant par les thèses rattachant les droits fondamentaux à l'organisation et à l'exercice du pouvoir. Nous les avons ensuite systématiquement classés, regroupés ou distingués en fonction des convergences et des divergences de chaque thèse. Ainsi, un véritable travail de mise en forme a été réalisé, consistant à regrouper les propositions similaires, à distinguer celles qui s'en écartent de manière significative, à organiser certaines d'entre elles dans une séquence logique lorsqu'une continuité apparaissait, ou encore à les répartir en différentes composantes de l'idéal-type lorsque les propositions « internes » manifestaient des divergences fondamentales. Enfin, nous avons exposé ces différentes familles d'arguments en cherchant à les rendre accessibles tout en mettant en lumière leurs promesses et les implications respectives qu'elles portent. Il convient de préciser que, bien que nous n'ayons pas formulé par nous-mêmes des arguments soutenant une

position particulière de notre point de vue (dire que les droits fondamentaux devaient être priorisés parce que nous croyons à ceci ou cela), nous avons néanmoins élaboré divers procédés pour mieux rendre compte de toute la richesse des idées relatives à chaque conception de la démocratie. Ainsi, des exemples ont été élaborés afin de concrétiser certaines positions théoriques hautement abstraites; des typologies et des classifications ont été proposées pour structurer l'enchaînement des idées; des mises en tension entre différents arguments ont été opérées dans le but de faire ressortir plus distinctement les promesses et les justifications propres à chacune, etc. Cela étant dit, ces différentes opérations relèvent avant tout d'un effort d'exégèse et de clarification théorique : elles visent à mieux organiser et clarifier les idées présentées.

Pour renchérir sur le dernier point, il est primordial de comprendre que la présentation que nous ferons de ces idéaux-types ne relève nullement d'un point de vue personnel. Il ne s'agit pas pour nous d'exprimer un jugement sur ces idéaux-types, mais bien de traduire de manière systématique, rigoureuse et didactique les propos qui se rapportent à leurs éléments constitutifs, tels que présentés dans la littérature (au regard de la force doctrinale). De ce fait, lorsque nous présentons les avantages attribués à une conception, il ne s'agit pas d'une validation normative de cette conception, mais d'une restitution des idées avancées dans la littérature. De manière conséquente, une promesse associée à une considération démocratique, même si elle nous apparaît à première vue comme infondée ou inconsistante, sera intégrée à nos types-idéaux si celle-ci bénéficie d'une force doctrinale suffisante dans la littérature. C'est plutôt dans les analyses empiriques que nous examinerons les limites, les contradictions, les difficultés d'application et les autres écueils de ces conceptions de la démocratie, et ce, à travers le croisement des idéaux-types et des données empiriques. Pour le moment, résumons que notre but à cette étape est de créer une « *scène de mésentente* »[63] afin de mettre en lumière – et en comparaison – les grandes visions de la démocratie (du point de vue de la gouvernance) et les avantages qui leur sont imputés.

[63] Nous empruntons l'expression « scène des mésententes » à Moriceau (2018), qui ne parle pas de démocratie, mais bien de l'écriture dans la recherche qualitative. Cette expression nous apparaît toutefois être une image parlante pour exemplifier notre cadre théorique.

Notre modèle d'analyse idéal-typique connaît certaines limites. Les limites de l'outil de la force doctrinale qui ont été préalablement soulevées s'appliquent à notre démarche. On l'a dit, cette approche est nécessairement empreinte d'une part d'arbitraire en raison de la difficulté que représente le fait de devoir distinguer une force doctrinale suffisante d'une force doctrinale insuffisante; il se peut donc que nous ayons laissé des thèses de côté et que d'autres auteurs auraient pour leur part intégrées. Similairement, en raison du travail « syncrétique » qui sous-tend une approche fondée sur l'usage, certaines thèses ou certains auteurs peuvent faire l'objet d'un traitement plus superficiel dans le cadre du processus de « synthèse ». Bien que nous ayons cherché à réduire autant que possible l'influence de la subjectivité dans l'élaboration de cette grille et à restituer avec fidélité la complexité des thèses des auteurs mobilisés, il serait illusoire de prétendre avoir entièrement écarté ces biais. L'aspect ouvert de nos idéaux-types nous semble toutefois offrir une certaine garantie contre de tels biais, du moins en partie, dans la mesure où l'aspect ouvert autorise – et même appelle – à l'émergence d'idées issues de l'empirie susceptibles de venir infléchir, nuancer ou corriger les formulations initialement proposées.

### 2.3 Premier idéal-type : La conception populaire

À l'épicentre de la première conception de la démocratie se trouve l'idéal d'un pouvoir populaire, c'est-à-dire la promesse d'un peuple qui est à la fois maître de lui-même et maître de sa Cité. Dans l'imaginaire collectif, cette idée d'un peuple détenteur du plein pouvoir sur son destin est d'ailleurs celle que l'on associe le plus instinctivement et le plus spontanément à la formule d'*un gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*, précédemment discutée (Hecquard, 2007).

Cette vision d'un pouvoir populaire prend appui sur le principe de souveraineté populaire, principe selon lequel chaque citoyen se voit octroyer une parcelle du pouvoir politique qu'il accepte d'agréger – par le biais du contrat social[64] – afin d'élaborer une volonté populaire qui devient alors le primat pour

[64] Le contrat social est une thèse philosophique sur le contrat originaire tacite entre les humains; contrat par lequel ceux-ci acceptent de cohabiter en limitant leur liberté, et ce, en échange de lois garantissant leur sécurité et la perpétuation du corps social. Il s'agit donc du point de départ des sociétés humaines et de l'État. Notons qu'il existe plusieurs thèses divergentes sur les contours du contrat social, pour plus de détails, voir Belfiore (2012).

diriger les forces de l'État et ses divers corrélats, tels que l'action politique. En vertu de cette thèse, toutes décisions collectives – toutes lois et politiques – se doivent ainsi d'être une expression de la volonté du peuple. Selon les postulats d'une souveraineté populaire absolue, le peuple est en ce sens investi du plein pouvoir de décider de ses affaires et de définir ses normes, sans qu'aucun domaine, sans qu'aucune question, ne soit *a priori* soustraite de sa compétence (Taylor, 2019; Nootens, 2016).

Dans cette première conception, la volonté populaire est ainsi présentée comme le référent initial – certains diront le seul et unique référent légitime – qui structure l'organisation et l'exercice du pouvoir. Face à cette conception d'une volonté populaire pleinement souveraine, se pose alors la question de ses modes d'expression. Il importe à cet égard de souligner que les aspirations citoyennes peuvent se manifester selon une diversité de modalités, empruntant tantôt les canaux institutionnels, tantôt des circuits plus diffus et informels (Nootens, 2016).

Dans le cadre des sociétés occidentales, point de surprise d'affirmer que l'élection de représentants est la pratique primaire à travers laquelle le peuple est amené à exprimer ses velléités. Les suffrages se voient plus spécifiquement imputés de la fonction d'élire des représentants qui vont agir au nom du peuple, certains diront même en tant que peuple. Mais il y a deux façons d'entendre la représentation en tant que *mode d'expression* de la volonté du peuple. Dans un premier sens, un représentant est quelqu'un qui parle et agit au nom des représentés. Par le mécanisme de la représentation politique, les législations ratifiées par les représentants sont donc attribuées au peuple, comme si le peuple les avait adoptées lui-même : les représentants seraient en quelque sorte une simple main déléguée. Mais la représentation peut être imputée d'un autre sens, le représentant peut aussi être posé comme un acteur qui possède un certain pouvoir décisionnel afin de choisir les actions qui vont répondre aux intérêts des gens qui l'ont élu. Sous le joug de cette signification, le représentant est investi de la mission de protéger et/ou de maximiser les intérêts des représentés (Jouary, 2017; Lefebvre, 2017). Élus lors de scrutin compétitif et répétitif, les représentants qui ne répondront pas à l'une ou l'autre de ces missions – selon les attentes des citoyens – pourront alors être « renvoyés » au profit de nouveaux représentants. Les scrutins devenant à la fois le mode de désignation de ceux et celles qui vont exercer le pouvoir au nom

du peuple et le thermomètre pour mesurer le pouls de la population à l'égard de la qualité de la représentation (Mineur, 2017; Böckenförde, 2014).

En plus des pratiques de représentation, il existe d'autres instruments plus « directs » pour exprimer la volonté du peuple et/ou pour localiser ses désidératas et points de vue. Pensons simplement aux consultations référendaires, pour nommer le cas de figure le plus connu, et qui sont mobilisées plus ou moins fréquemment dans les sociétés occidentales[65]; des consultations dans lesquelles les citoyens se prononcent sur une ou des questions spécifiques. Certains pays instaurent également des mécanismes d'initiative populaire permettant aux citoyens de soumettre des propositions de loi ou de réformes législatives aux gouvernants[66] (Bowler et Donovan, 2000; Morel, 2019). Il existe à cet égard différents instruments pour saisir et articuler les doléances et les préférences citoyennes en vue de la conduite des affaires publiques.

La volonté populaire peut également se manifester à travers des médiums plus « informels » qui donnent aux citoyens l'occasion d'influencer le processus politique ou encore qui offrent aux gouvernants la possibilité de sonder l'humeur du peuple quant à des enjeux spécifiques, voire pour se saisir des solutions qu'il privilégie. Il y a évidemment les mesures d'opinions publiques discutées au chapitre précédent. Il est possible aussi de se tourner vers les diverses formes d'engagement social et militant qui permettent à des membres de la population de se regrouper collectivement pour exprimer leurs positions et leurs convictions sur des sujets spécifiques. Un autre exemple réside dans les délibérations citoyennes où représentés et représentants se réunissent pour discuter, échanger et

[65] Au Canada, les référendums sont principalement utilisés pour des questions d'une importance capitale, telles que la souveraineté du Québec, et demeurent, par conséquent, des instruments exceptionnels. Aux États-Unis, en revanche, le référendum constitue un outil central dans de nombreux États. À l'occasion des élections, plusieurs États soumettent ainsi aux électeurs des propositions législatives portant sur des enjeux variés, qu'il s'agisse de réformes constitutionnelles, de politiques fiscales ou de questions sociétales majeures. Les règles de ces consultations sont toutefois très variables. En Floride, par exemple, l'adoption d'une question référendaire requiert une majorité qualifiée d'au moins 60 % des suffrages exprimés. Ce seuil est encore plus élevé pour les propositions introduisant de nouvelles taxes ou impôts, qui doivent recueillir 66,67 % des voix; des taux qui ont pour but, selon les préceptes officiels, de s'assurer que tout changement obtient un soutien massif de l'électorat. Pour plus de détails, voir Kesselman (2020).

[66] À titre d'exemples, les *Three Strikes Laws* sont nées d'une initiative populaire en Californie, il s'agit autrement dit d'une proposition de groupes de citoyens (et non une proposition de politiciens faite à des citoyens).

délibérer sur les enjeux publics du moment. Que ces échanges se déroulent lors de rencontres informelles ou dans le cadre de forums officiels (e.a. assemblée citoyenne)[67], ces pratiques offrent aux individus l'opportunité de non seulement échanger entre eux sur les enjeux qui les préoccupent, mais également d'exprimer leurs revendications auprès des représentants élus, voire de commenter les politiques envisagées par ces derniers (Goodin, 2008; Goujon, 2015).

Les formes d'expression de la souveraineté populaire et les canaux par lesquels se manifestent les aspirations citoyennes sont d'une grande diversité. Pour embrasser cette pluralité, nous allons dès lors parler de *considérations populaires.* Pour cette première grande conception de la démocratie, les considérations populaires constituent dès lors le déterminant primaire – et même unique – qui doit activer, fonder, orienter et légitimer l'action politique (Nootens, 2016; Salles, 2023).

Largement louangé dans la littérature et dans l'imaginaire collectif, un exercice démocratique structuré au gré de considérations populaires est associé à une série de vertus et d'heureuses conséquences que nous pouvons synthétiser en deux grands volets. Un premier encense les valeurs qui sont mises en avant lorsque l'on choisit de confier au peuple le pouvoir de façonner l'action politique, tandis que le second vante le bien-fondé des choix politiques échafaudés sous l'égide de considérations populaires.

### 2.3.1 Les vertus collectives et les bienfaits individuels des considérations populaires

Dans le premier groupe de justification des considérations populaires, le bien-fondé de la démocratie est perçu comme résidant dans les valeurs qui sont activées et valorisées à travers *la participation* des citoyens à la chose publique (et non dans les résultats qui émanent de cette participation). Examinons les diverses valeurs qui peuvent être promues lorsque les considérations populaires sous-tendent la configuration de la Cité et la mise en forme de l'action politique.

[67] Une assemblée citoyenne, plus communément désignée par le terme anglais « *town hall* », est une pratique de délibération où les citoyens sont invités à venir discuter des questions publiques et à poser leurs questions aux politiciens. Ce type d'assemblée vise à favoriser la participation active des habitants à la vie politique, en leur permettant de s'exprimer directement sur des sujets qui les concernent (Goodin, 2008).

#### *2.3.1.1 Le pouvoir du peuple comme vecteur d'autodétermination*

Une conception populaire de la démocratie est, de prime abord, liée à une promesse d'autodétermination pour l'être humain. De l'idée d'une souveraineté populaire ressort alors quelque chose de grandiose, lié à un héritage historique, à des combats menés afin de s'affranchir de l'hétéronomie des systèmes politiques absolutistes (e.a. monarchie, régimes impériaux). Faire primer les considérations populaires signifie plus précisément que nul ne possède une autorité légitime pour assujettir le peuple et que celui-ci est donc libre de s'autodéterminer; une autodétermination qui peut sémantiquement être développée dans différentes directions. Dans son sens le plus extensif, l'autodétermination réfère à un peuple qui est perpétuellement soustrait de toutes contraintes externes et qui est affranchi de toute forme d'aliénations, qu'elles soient naturelles, religieuses, économiques, sociales ou politiques. Dans son sens plus « politique », l'autodétermination prend la forme d'un autogouvernement du peuple dans lequel les citoyens détiennent l'autorité absolue sur la construction et la gouvernance de la Cité (Nootens, 2016).

Dans ce second sens, l'autodétermination apparaît alors comme l'idéal d'un peuple qui possède le pouvoir de donner les directions de son choix aux affaires publiques. Comme le dit Macklem (2006 : 499) « *the political dimension of self-determination represents the freedom of a people to choose whatever form of government they wish to* ». Sous l'égide de cet idéal, les citoyens se voient investis de l'autonomie de modeler la gouvernance selon leurs préférences. Cette autodétermination se traduit ainsi en une maîtrise complète de l'appareil étatique par la collectivité, qui devient l'architecte de toutes les règles sociales qui structurent la vie collective. *Ipso facto,* cette autodétermination octroie au peuple le pouvoir de désigner les enjeux appelant une intervention politique et de définir de manière autonome les formes et les orientations que prendront ces interventions. Il existe, certes, différentes formes d'autonomie[68], mais nous référons

[68] L'autonomie se définit différemment selon les niveaux d'analyse. L'autonomie peut autant référer à des questions individuelles, telles que la liberté de choisir ses objectifs de vie personnelle (e.a. autonomie personnelle), à la faculté de penser par soi-même (e.a. autonomie réflexive), aux capacités d'agir par soi-même (e.a. autonomie motrice) ou à des questions collectives telles que l'indépendance de groupes sociaux distincts (e.a. autonomie autochtone) ou encore le pouvoir d'une collectivité d'administrer la Cité (autonomie politique). Pour plus de détails sur les différentes approches définitionnelles de l'autonomie, voir Jouan et Laugier (2009).

ici à *l'autonomie politique et collective* d'un peuple qui possède le pouvoir de faire et défaire – à son bon plaisir et à tout moment – n'importe quelle règle sur « son territoire » (Page et Shapiro, 1983; Schnapper, 2014). En ce sens, si le peuple souhaite que telle ou telle action soit légale ou illégale, ou encore que telle ou telle action criminalisée soit punie d'une peine spécifique, il détient alors le plein pouvoir et toute la légitimité pour en faire ainsi.

Les premières vertus des considérations populaires sont dès lors liées à une promesse émancipatrice pour le peuple qui, soustrait de toute forme d'autorité externe, gagne les pleins pouvoirs sur les directions données à la Cité et donc plus largement sur les conditions de son existence (Fishkin, 1995; Salles, 2023). Une conception populaire de la démocratie serait donc un véhicule pour promouvoir, et même sacraliser, les valeurs *d'autodétermination, d'autonomie et de liberté collective*.

#### *2.3.1.2 Le pouvoir du peuple comme prérequis à l'égalité*

Dans un autre ordre d'idées, le pouvoir d'autodétermination sur les choix de la Cité peut être vu comme un véhicule *d'égalité individuelle, ou du moins d'égalité statutaire* entre tous les citoyens dans les décisions collectives[69]. Formulé dans son sens primaire, un autogouvernement du peuple permet à tout citoyen en âge de raison d'avoir la même voix au chapitre dans l'architecture de la Cité (Ramond, 2008; Keslassy, 2016). Pour reprendre les mots de Chambers (2023 : 38) « *Democracy ensures an equality of political power, and that equality of political power has intrinsic value independent of outcomes or performance.* »

[69] Il faut noter que les théorisations du concept d'égalité sont éminemment contradictoires. Pour montrer le tout, utilisons la maxime « À travail égal, à salaire égal ». Pour certains, une telle idée veut ainsi dire qu'une personne qui travaille davantage doit gagner davantage pour ainsi parvenir à l'égalité, mais, pour d'autres, cette « méritocratie » devient au contraire une forme d'inégalité. Comme le montre Boudon (1973), parler d'une égalité dans les conditions de départ, soit l'absence de privilèges ou de handicaps à la naissance, n'est pas un synonyme d'une égalité absolue indépendamment des mérites, du travail individuel ou encore des talents de chacun. Dans le cas de notre étude, nous nous limiterons à parler d'égalité statutaire pour référer à un pouvoir égal de participer aux décisions collectives.

Opposée par définition aux sociétés de castes et aux régimes de pouvoir aristocratique, une action politique fondée sur les considérations populaires est décrite comme garante d'une parité et d'une égalité pour les individus d'une nation donnée[70]. Selon Audard (2020), seule une souveraineté populaire absolue – soit l'institution d'un autogouvernement dont les rênes sont confiées à l'ensemble d'une communauté politique – peut d'ailleurs se targuer de représenter une organisation du pouvoir inclusive, c'est-à-dire une organisation dans laquelle chaque citoyen est reconnu comme ayant une valeur égale dans les décisions collectives. Nul n'est exclu; indépendamment du genre, de la couleur de peau, de la religion, du statut social, de l'origine sociale, des croyances politiques, de l'orientation sexuelle, ou encore des capacités physiques et mentales, chaque individu détient une égale importance dans les décisions collectives qui régissent l'organisation de la vie collective et les orientations de la gouvernance (Ramond, 2008; Keslassy, 2016).

La réflexion sur la valeur de l'égalité pourrait être approfondie davantage, en particulier lorsque celle-ci est effectivement respectée et que les citoyens sont appelés à prendre part aux décisions collectives dans des conditions d'égalité. Un tel principe peut alors être associé à deux autres avantages interreliés : d'une part, il prévient la concentration du pouvoir entre les mains des plus influents; d'autre part, il garantit que les voix des individus en marge ne soient pas réduites au silence (Tilly, 2003; Christiano, 2004). Plus concrètement, en conférant à chaque individu un poids égal dans l'élaboration des normes régissant la vie collective, l'égalité statutaire propre à une conception populaire de la démocratie se présente comme une solution pour atténuer l'emprise des élites et des intérêts particuliers qui, dans la plupart des systèmes politiques, ont tendance à capter progressivement les leviers du pouvoir. À l'autre bout, en garantissant l'égalité des voix, les considérations populaires assurent que les populations défavorisées, souvent exclues des structures traditionnelles de pouvoir, peuvent faire entendre leurs préoccupations, leurs besoins et leurs aspirations. Dans une société où ces considérations populaires constitueraient le référentiel premier, Elon Musk et un employé de Tesla jouiraient non seulement d'un poids identique dans la

[70] Nous verrons en ce sens que les autres déterminants démocratiques sont fréquemment amalgamés à des pratiques dites élitistes et même aristocratiques.

détermination des règles structurant la vie collective, mais verraient également leurs intérêts respectifs placés sur un même pied d'égalité.

Au bout du compte, sous le joug d'une conception populaire, tous sont égaux dans les choix politiques, et ce, sans aucune restriction ou exception possible.

#### *2.3.1.3 Le pouvoir du peuple comme prisme de réalisation*

Pour changer de registre de mérites, une conception populaire de la démocratie peut également être louée en ce qu'elle encouragerait la réalisation de certains besoins et de certaines aspirations, et ce, qu'elles soient individuelles ou collectives (Cooke, 2010; Girard, 2019). Précisons qu'il ne s'agit pas – du moins pour le moment – de gains personnels ou collectifs qui découleraient des résultats politiques (e.a. une politique qui investit de nouvelles sommes dans un programme de santé mentale), mais bien des bénéfices qui émanent de la simple participation aux activités publiques. Pour des fins de présentation, nous distinguerons deux formes de dividendes : le renforcement de la solidarité sociale et la reconnaissance sociale.

Pour l'enjeu de la solidarité sociale, commençons par dire que la participation citoyenne qui sous-tend une conception populaire permet à tout un chacun de se sentir interpellé par les enjeux qui touchent la communauté, tout comme de se voir estimé dans les décisions qui la charpentent. Ainsi, un sentiment de responsabilité collective se développe parmi les citoyens lorsque ceux-ci ont le pouvoir de participer à la mise en forme des décisions et des politiques qui guident leur vie et leur communauté (Cooke, 2010). Ce processus de participation aux décisions de la Cité est même décrit comme favorisant l'émergence d'un sentiment de solidarité et de responsabilité partagée, puisque, en s'engageant activement dans la prise de décision collective, les citoyens peuvent s'identifier à leur communauté et être davantage animés par les valeurs qui la traversent (Charbonneau, 2005; Cooke, 2010). Selon Stasavage (2007), en contribuant à former un sentiment d'appartenance et un esprit communautaire, la participation aux activités publiques et politiques peut même faire reculer les frontières de l'ignorance, réduisant du même coup les risques de polarisation et de

fragmentation du corps social. Une conception populaire de la démocratie serait donc un levier du vivre-ensemble et, par la force des choses, contribuerait à la mise en forme d'une *société plus inclusive* et dans laquelle les *relations sociales sont plus pacifiées et plus harmonieuses.*

Dans une voie quelque peu différente, des auteurs, comme Bec (2007) et Lechenet (2010), soutiennent que l'autodétermination à un niveau politique serait un des critères consubstantiels au respect de la dignité inhérente à tout être humain et plus largement aux exigences de la reconnaissance sociale. Pour citer Lechenet (2010 : 2) :

> *Les philosophes de la république et de la démocratie, de Rousseau à Pettit, mais aussi Rawls et Habermas, ont depuis longtemps affirmé que la reconnaissance mutuelle des citoyens en tant que citoyens, reconnaissance civile en quelque sorte, est l'élément concret de la vie républicaine et démocratique. De la même manière que c'est en respirant l'oxygène de notre élément aérien que nous produisons et reproduisons notre vie biologique, c'est en se reconnaissant mutuellement dans leur égale dignité que les citoyens se rapportent à leurs lois et institutions communes, et ainsi produisent et reproduisent la vie de la république démocratique.*

La participation aux décisions collectives, et plus largement à la construction de la gouvernance (la production des lois et des institutions communes pour reprendre les mots de Lechenet) constitue un vecteur essentiel de reconnaissance sociale, en ce qu'elle permet à chacun de se voir confirmé dans son statut de membre légitime de la communauté politique. La participation aux choix collectifs est, plus encore, fréquemment décrite comme une condition nécessaire pour que les citoyens développent respectivement *un sentiment de pouvoir agir* (*empowerment*) sur son monde et sur soi-même. De ce fait, cette participation favorise l'émergence de rapports de reconnaissance mutuelle fondés sur une véritable reconnaissance du pouvoir d'agir de l'autre, autrement dit, de la validité des actions entreprises par chacun, dans une dynamique de respect réciproque (Zimmerman et Rappaport, 1988; Hersch 2025).

Pour bien comprendre un tel apport, renversons la question à la « négative » afin d'illustrer comment un citoyen qui se voit refuser de participer à la construction de la Cité vivra une expérience de mépris – un déni de reconnaissance – à l'égard de ses capacités d'être un agent social et même comme un déni pur et simple de sa dignité humaine. Pour en faire la démonstration, Hersch (2025 : 98) recourt à l'exemple du totalitarisme sous le régime nazi :

> *The destruction of the world under totalitarianism goes beyond ideology's annihilation of truth, as persecuted peoples are denied the space of appearance that is so crucial to human existence. Jews in the face of state anti-Semitism experienced the deprivation of a place in the world which makes opinions significant and actions effective.*

Comme en témoigne cet exemple, refuser à quelqu'un le droit de participation ne se réduit pas à une exclusion formelle du processus décisionnel politique; c'est, en substance, un acte de marginalisation, de dévalorisation et même de négation. Une telle exclusion peut être vécue comme une forme de déprécation de ses capacités à prendre part aux décisions collectives, une relégation de ses valeurs au second plan, et une perception de ses besoins comme étant inférieurs à ceux des autres, une dévalorisation de la dignité humaine, ainsi qu'une négation de l'intégrité sociale et politique de l'individu, etc. (Lechenet, 2010; Hedstrom et Smith, 2013). Bref, un individu peut le vivre – phénoménologiquement parlant – comme s'il n'était pas « assez bon » ou « assez bien » pour participer à la construction de sa collectivité, voire tout simplement pour y vivre. Par-là, on fait germer ou on perpétue l'idée selon laquelle certaines personnes seraient moins dignes d'attention ou seraient tout simplement des humains « de seconde valeur » (Hersch, 2025).

Autonomie, égalité, bien-être psychologique, *empowerment*, épanouissement, reconnaissance sociale, etc. On le voit, faire du peuple une entité affranchie de toutes contraintes qui lui sont extérieures et de postuler que chaque personne aurait droit à la même valeur dans les décisions collectives constitue ainsi des *fins intrinsèques* qui sont sans lien avec les résultats et les retombées des décisions et des interventions politiques (Peter, 2009; Saffon et Urbinati, 2013). Cette première « vision » d'une conception populaire repose, du coup, sur des justifications fondées *en valeurs*,

selon la distinction établie par Mead (1942). Du moment où nous acceptons les précédentes justifications, une politique pénale qui fait diminuer la prévalence des comportements préjudiciables, mais qui est instituée par quelques élites contre la volonté populaire pourrait être jugée négativement ou perçue comme une entrave à la réalisation du sujet individuel et collectif, voire comme une forme de mépris et d'aliénation.

### 2.3.2 Les considérations populaires comme vecteur de bien commun

Bien que les considérations populaires puissent être conçues en tant que valeur intrinsèque et poursuivie comme une fin en soi, elles peuvent aussi être dotées d'une valeur plus « extrinsèque », à savoir produire de « bons résultats ». Une conception populaire de la démocratie peut en effet s'échafauder sur le postulat que les décisions et les politiques qui sont placées dans les mains du peuple seront indubitablement construites au *bénéfice du plus grand nombre*. Depuis Athènes, de nombreux experts et acteurs soutiennent que donner le plein pouvoir au peuple, c'est s'assurer que l'action politique réponde à l'utilité commune (*utilitas communis*), au salut du peuple (*salus populi*), au bien commun (*bonum commune*), au bien de la cité (*bonum civitatis*), au bien public (*public good*), , à l'intérêt public (*public interest*), à l'intérêt commun (*common interest*) ou encore à l'intérêt général (*general interest*), etc. (Raskin, 1986; Gay-Para, 2024). Privilégier les considérations populaires revient à mettre le peuple au pouvoir et à mettre le pouvoir au service du peuple.

Pour étayer cette thèse, commençons par dire que, lorsque le peuple exerce sa souveraineté de manière pleine et entière, il se voit confier le pouvoir de déterminer les enjeux qui doivent être mis à l'agenda politique, garantissant ainsi que les interventions politiques répondent aux besoins identifiés par la communauté elle-même. Effectivement, il semble crucial de ne pas négliger le fait que les gouvernements ne se contentent pas uniquement de déterminer l'orientation des politiques; ils « choisissent » aussi les enjeux – parmi un nombre infini – qui feront l'objet d'une intervention politique. Dans cette perspective, lorsque les considérations populaires servent de référentiel à la gouvernance de la Cité, ce sont les velléités du peuple – leurs revendications, leurs aspirations et

toutes leurs autres appétences – qui détermineront les questions sur lesquelles l'appareil étatique agira (Damore, Bowler et Nicholson, 2012; Fishkin et coll., 2015). En d'autres termes, sous l'égide d'une conception populaire, l'ordre des enjeux à prendre en charge est posé par le peuple, orientant ainsi l'action publique vers ses priorités.

Ensuite, au niveau de la réponse, plusieurs arguent qu'il est d'évidence que du moment où les intéressés s'occupent de leurs propres affaires, celles-ci seront bien gérées (Anderson, 2006; Durand Folco, 2023). Pour celles et ceux qui adhèrent à cette vision, nul n'est mieux placé que la personne directement touchée par un problème pour en identifier la solution la plus à même d'y répondre. Incidemment, comme le souligne Charbonneau (2005), nombre d'études contemporaines ont avancé que l'action politique tend à gagner en qualité et en efficacité du moment où le peuple détermine lui-même les solutions aux problèmes qui le concernent. De multiples théoriciens de la démocratie (e.a. Giroux, 2013; Landemore, 2018; Girard, 2019) soutiennent en ce sens que la souveraineté populaire ne devrait pas simplement être comprise comme la participation pleine et entière des citoyens dans la gestion des affaires publiques, elle devrait aussi être appréhendée comme l'unique prisme pour *parvenir aux décisions justes et aux bonnes politiques.*

Mineur (2017) soulève toutefois une interrogation importante face à cette présomption, soit de savoir si une décision ou une politique est 1) bonne, juste et vraie parce qu'elle a été choisie par le peuple ou si 2) le peuple l'a choisie parce qu'elle est objectivement bonne, juste et vraie. Si la première proposition réduit la vérité, le bien-fondé et la justesse à une question procédurale (*le peuple détermine le bon, le juste et le vrai*), la seconde leur attribue plutôt une valeur transcendante face à laquelle la volonté populaire serait le meilleur compas (*le peuple est le mieux placé pour discerner le bon, le juste et le vrai*). Approfondissons ces deux thèses.

#### ***2.3.2.1*** *Les décisions justes et les bonnes politiques telles une création du peuple*

La première thèse, défendue par des auteurs, tels que Giroux (2013), Girard (2014) et bien d'autres, s'amorce sur la prémisse qu'il n'existe aucun ordre transcendant, aucune vérité immanente, aucune

conception *a priori* d'une vie désirable, etc. Dans cette perspective, seule la collectivité – mobilisée à travers des procédures d'expression populaire, telles que l'élection, la délibération ou le vote majoritaire – peut conférer un caractère légitime à ce qui sera qualifié de bonne politique ou de décision juste, puisque rien d'extérieur au peuple ne saurait en fixer le contenu. Pour prendre les propos de Giroux (2013 : 307) comme démonstration : « *une décision politique peut être dite bonne si et seulement si elle est le résultat d'une procédure acceptable* ».

De manière plus concrète, le juste et l'injuste, le vrai et le faux, tout comme le Bien et le Mal, sont dépourvus de toute ontologie propre : ces « qualifications/évaluations » sont de pures constructions humaines. Dès lors qu'on accepte cette vision du monde, seul le peuple est jugé avoir la faculté de déterminer les politiques qui sont substantivement bonnes pour lui, car il est seul à pouvoir déterminer ce qui est dans son intérêt et ce qui relève plus largement du bien commun. Si c'est le peuple qui décide ce qui est bon, vrai et juste, c'est lui qui pose effectivement les critères à partir desquels évaluer la qualité, l'efficacité et/ou le bien-fondé des règles sociales. Ainsi, une pratique comme le cannibalisme pourrait être louangée ou, au contraire, jugée indéfendable selon les préférences populaires. Strauss (1992 : 55), à qui l'on doit cet exemple, affirme : « *toute institution sanctifiée par l'esprit d'un peuple doit être tenue pour sacrée* ». Dans cette première thèse, la volonté populaire constitue donc non seulement le critère axiomatique de toute politique constitutive de la Cité, mais elle est également perçue comme le seul et unique point de référence à partir duquel la « valeur » d'une politique peut être déterminée et jaugée. En conséquence, si le peuple décide que la peine de mort est une mesure juste et efficace pour répondre au crime, celle-ci doit donc être vue comme juste et efficace selon les tenants de cette vision de la démocratie.

Rien d'autre que le peuple n'est en mesure de décider, puisqu'il revient au peuple de déterminer ce qui est bon pour lui. Rien d'autre que le peuple n'est en mesure de décider, puisqu'il revient à la communauté de déterminer ce qui est bon pour elle. Cette première thèse repose donc sur l'idée que la frontière entre une politique vertueuse et une politique pernicieuse ne peut être tracée que par le collectif lui-même, dans la mesure où lui seul serait à même d'identifier ce qui relève, à ses

yeux, de la vertu ou de la perniciosité. Cette perspective est appuyée par plusieurs théoriciens, dont Urbinati (2014 : 34), pour qui « *In a democracy, the people are the only source of political judgment; no external authority can claim the power to determine what is right or good for the political community*. » En reprenant, de manière transposée, la célèbre formule selon laquelle « l'homme est la mesure de toutes choses », on pourrait avancer que, dans l'ordre de l'action politique, le peuple devient la mesure de toutes choses, puisque c'est lui qui établit les critères à partir desquels ses propres choix seront tenus pour bons, justes ou vrais.

Dans la seconde thèse, on soutient qu'il existe des vérités positives et transcendantes ainsi que des positions normatives objectivement justes ou injustes. Cela dit, le peuple assemblé – dans sa multiplicité et sa diversité – réunirait les compétences dont aucune personne, quelque expert soit-il, ne pourrait disposer individuellement pour poursuivre ces vérités et ces positions. Dans cette seconde thèse, le peuple est donc présenté comme le mieux placé pour localiser les bonnes réponses et les décisions justes. Dans cette seconde thèse, il ne s'agit pas de prétendre que le peuple décide de ce qui est bon, juste et vrai, comme s'il s'agissait de simples constructions dépendantes de l'opinion, mais plutôt de reconnaître qu'il existe des choix qui sont objectivement bons, justes et vrais, et que le peuple est le mieux placé (comparativement aux experts, par exemple) pour les identifier. Deux « sous-approches » se dégagent toutefois pour justifier et expliquer cette supériorité décisionnelle : l'une repose sur l'agrégation des voix individuelles, tandis que l'autre s'ancre dans une dynamique délibérative.

L'approche agrégative, embrassée par des auteurs tels que Stilgoe, Irwin et Jones (2006) et Ober (2013), trouve sa genèse dans l'adage populaire selon lequel « *plusieurs têtes valent mieux qu'une* ». Surowiecki (2004 : 24), l'un des défenseurs les plus notoires de cette approche plaide ainsi :

> *Que l'on réunisse un groupe d'individus suffisamment important et diversifié et qu'on lui demande de "prendre des décisions en matière d'intérêt général", les décisions de ce groupe seront, au fil du temps, "intellectuellement supérieures à celles de l'individu isolé", aussi intelligent ou bien informé soit-il.*

On soutient ainsi que plus le nombre de citoyens engagés dans les décisions politiques est élevé, par exemple lors d'un référendum qui obtient un haut taux de participation, plus le résultat de ce référendum tend à être substantivement bon et juste.

Pour explorer plus en profondeur les fondements de cette approche agrégative, il convient de souligner que celle-ci trouve ses racines dans le théorème de Condorcet,[71] qui stipule qu'un groupe de personnes arrivant à une décision par vote majoritaire *est plus susceptible* d'aboutir à une décision correcte que ne le serait un individu seul. Pour reprendre les mots de Surowiecki (2004 : 20) « *Malgré toutes ces limites, quand nos jugements imparfaits sont agrégés comme il se doit, notre intelligence collective se révèle souvent excellente.* ».

Des auteurs comme Anderson (2006) et Roussin (2019) pousseront la réflexion au-delà des indices de centralité (e.a. moyenne, modes, médianes) en affirmant que l'agrégation constitue en outre un horizon vers la diversité épistémique qui est en soi un vecteur de décisions éclairées. L'agrégation, en tant que processus, offre la possibilité de rassembler des individus porteurs de visions diverses du monde, ouvrant ainsi la voie à ce que l'on pourrait désigner sous le terme de *sagesse collective,* c'est-à-dire une capacité de trouver les énoncés vrais, d'émettre des prévisions correctes, de localiser les meilleures solutions possibles face à un problème, d'aboutir à des décisions moralement justes, etc.[72] Cette sagesse collective, loin de se limiter à l'addition des savoirs individuels, dépasse la somme des intelligences singulières en générant des réflexions d'une profondeur accrue et une créativité inédite grâce à la confrontation de différentes manières de percevoir, de comprendre et d'agir sur le monde. C'est donc en raison de la diversité sociale (e.a. expériences ou cultures différentes) et la diversité cognitive (e.a. visions du monde ou points de

[71] Il s'agit d'un théorème formulé au XVIII[e] siècle par le marquis de Condorcet, de là la dénomination.

[72] Précisons que, pour des auteurs comme Landemore (2013 : 286), le concept de sagesse est « *plus riche que celui d'intelligence, puisqu'il recouvre les notions d'expérience, de connaissance éprouvée par le temps et, de façon plus générale, celle d'intelligence diachronique* ». Dans la littérature anglophone relative à la participation citoyenne en matière de démocratie, le concept de *wisdom* est également souvent distingué du concept d'*intelligence*. En guise d'exemple, Ambrose (2019) défend l'idée selon laquelle l'intelligence se rapporte à la capacité de résoudre des problèmes de manière analytique et rationnelle, tandis que le *wisdom* englobe cette même capacité, mais l'enrichit en y intégrant des réflexions morales et éthiques plus profondes.

vue différents) que l'agrégation des voix permettrait d'arriver aux regards les plus justes et aux décisions les plus éclairées. Dans la littérature anglophone, on évoque même un *diversity trumps ability theorem*, soit un théorème selon lequel un groupe de gens diversifiés parviendrait à de meilleures décisions qu'un groupe d'experts (Weymark, 2015).

Sans dénier l'existence d'une sagesse collective, certains vont soutenir que l'agrégation des voix d'un grand nombre d'individus (comme dans le cadre d'un référendum) est infusant pour parvenir aux meilleurs résultats. Pour des auteurs tels que Goodin (2008), Fishkin (2009) et Landemore (2018), et tous ceux qui s'inscrivent dans le courant de pensée du *deliberative turn*[73], la sagesse collective nécessite des délibérations argumentées entre citoyens dans un cadre propice à des échanges à la fois substantiels et respectueux. On parle alors d'une démocratie « délibérative ». Selon cette approche, les délibérations ne se contentent pas de juxtaposer des points de vue divergents, mais offrent un espace où ces perspectives sont mises en tension, ce qui favorise l'enrichissement mutuel des idées. Ainsi, la délibération ne se limite pas à un échange de discours, mais elle se transforme en un outil épistémique pour faire germer des réflexions plus nuancées et faire émerger des solutions qui n'avaient pas jusqu'alors été envisagées.

Pour illustrer une telle influence de la délibération, Landemore (2018) utilise l'exemple du film *Douze hommes en colère*. Si les jurés avaient posé, un verdict individuellement, tous auraient probablement été convaincus de la culpabilité du prévenu (et auraient pris une décision juridiquement fondée). Même celui qui doute initialement (interprété par Henri Fonda) n'aurait probablement pas réussi à justifier sa vague intuition sur la possible non-culpabilité de l'accusé. Ce n'est qu'en discutant des informations et des arguments, et surtout en les analysant à travers les différentes manières de penser de chaque juré que ceux-ci parviennent finalement, de manière unanime et sûre, à conclure à l'innocence, faute de preuve de sa culpabilité hors de tout doute

[73] Le *deliberative turn* est une étiquette pour utiliser – et autorevendiquer – et décrire une perspective théorique sur la démocratie qui met l'accent sur la discussion publique comme fondement de la légitimité politique. Plutôt que de concevoir la démocratie comme un simple agrégat de préférences individuelles, cette approche insiste sur l'importance du débat rationnel et inclusif, orienté vers la recherche du bien commun. Voir Goodin (2008).

raisonnable. Si on en croit cette thèse, la sagesse et la clairvoyance se trouvent ainsi dans le nombre du groupe en raison de la diversité cognitive et non de l'expertise de quelques-uns. En somme, la délibération engendre en quelque sorte une transformation cognitive collective dans laquelle l'échange argumenté conduit à un niveau de connaissance qui dépasse la simple somme des savoirs individuels de ses membres.

En définitive, bien que plusieurs conceptions s'affrontent quant aux procédures à suivre pour faire émerger la sagesse collective, cette seconde grande thèse (il existe objectivement des positions normativement bonnes, justes et vraies) soutient qu'en raison de cette sagesse, la volonté populaire est le canal optimal pour produire des politiques qualitativement supérieures d'un point de vue substantif. Lorsque lesdites procédures sont respectées, le peuple est donc tout simplement présenté comme le mieux placé pour identifier ce qui est juste ou injuste ou encore pour déceler quelles destinations s'avèrent favorables ou défavorables pour la collectivité.

Si on prend un pas de recul pour se saisir des différents arguments présentés sur les considérations populaires, celles-ci peuvent aussi être auréolées de justifications foncièrement utilitaires (fondées en finalités), c'est-à-dire une capacité effective d'aboutir aux meilleures décisions politiques au regard du bien commun et même des intérêts de tout un chacun. Pour cette raison, plusieurs vont affirmer que la volonté du peuple ne saurait errer, ne saurait mal faire, et ne devrait donc souffrir d'aucune limite (Sommerer, 2006; Braud, 2013). De ce fait, la mise en forme de l'action politique – et donc le choix des normes pénales – devraient ainsi toujours refléter les désirs et les exigences de cette volonté.

### 2.4 Second idéal-type : La conception épistémique

Pour amorcer la présentation de la seconde grande conception de la démocratie, empruntons un paradoxe présenté dans le Protagoras de Platon (2009). Dans ce dialogue philosophique, le penseur grec avance que le peuple va faire appel à des experts pour construire un navire et n'accepterait pas d'utiliser un bateau construit sur la base de croyances profanes. À l'inverse, ce même peuple exige toutefois que la volonté de toutes et tous soit prise en considération dans la gouvernance de la Cité.

Simple et universel, le précédent exemple met en exergue l'autorité sociale qui est consentie à certaines compétences, tout comme il montre la reconnaissance tacite qui est accordée aux connaissances vérifiées et à certaines vérités objectives. Au regard de cette autorité et de cette reconnaissance, Platon avançait qu'il est plutôt paradoxal que les politiques qui gouvernent la vie en société ne soient pas modulées au gré des connaissances étayées et des vérités politiques qui en découlent. Du moment où nous acceptons que les conditions pour faire flotter un bateau ne relèvent pas des choix populaires, et surtout que les assertions du citoyen lambda ne sont pas nécessairement les meilleurs juges de ces conditions, il est en effet possible d'affirmer que la même logique devrait être appliquée aux choix de la Cité.

Dans cette lignée, la philosophie platonicienne et ses avatars modernes vont proposer des approches de la démocratie qui se déclinent par la poursuite et l'adoption des bonnes décisions ou encore des politiques souhaitables au regard des connaissances acquises et des vérités politiques. La connaissance peut ainsi être présentée comme le guide et même le fondement de l'exercice démocratique (Santos Pereira, 2004; Landa et Pevnick, 2020). Une démocratie de la connaissance, pour reprendre les termes de Innerarity et Champeau (2015), s'articule ainsi autour de la présomption de générer des résultats optimaux, c'est-à-dire de produire des décisions et des politiques « bonnes, justes et vraies »[74].

Parmi les auteurs partageant cette perspective, la nature ou la cible des résultats optimaux et/ou des décisions et des politiques bonnes, justes et vraies peut toutefois se décliner à travers différentes variantes. Autrement dit, la qualité, la justesse et la pertinence des décisions et des politiques sont souvent évaluées à l'aune de critères qui, tout en partageant parfois des points de convergence, peuvent aussi varier et tendre vers des objectifs parfois distincts (Vandamme, 2016; Pamuk, 2024). Ces critères peuvent inclure l'amélioration du niveau de vie, la promotion de la justice sociale,

[74] Il s'agit des valeurs « indépendantes » à travers lesquelles une décision peut être évaluée d'un point de vue substantif selon Besonne et Mineur (2019).

l'augmentation de l'indice de bonheur, la faculté à résoudre les problèmes publics de manière effective, voire tout cela et autre chose (Turner, 2014; Pamuk, 2024).

Une autre prémisse centrale à établir est que la quête de la bonne décision et de la bonne politique ne signifie pas d'évacuer le peuple de l'équation démocratique traditionnellement représentée par la formule « *d'un gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple* ». Il s'agit, au contraire, d'approcher et même de penser différemment cette formule, soit en focalisant sur le segment « pour le peuple » ou en appréhendant son sens plus « radicalement ». Dans la première position, l'expression « pour le peuple » est interprétée comme signifiant « *pour le bien du peuple* ». On parlera alors d'une démocratie qui se fonde et s'oriente sur l'intérêt *du peuple* et non sur la *volonté du peuple*. La connaissance étant alors appréhendée comme la boussole par excellence pour voguer vers les décisions et politiques les plus bénéfiques pour le peuple (Tabuteau, 2010; Bogenschneider et Corbett, 2010). Une seconde approche consiste à envisager l'ensemble de la formule dans une acception radicale au sens où l'idée d'un « gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple » implique que le peuple détient l'ensemble des pouvoirs, y compris celui de déterminer la forme de gouvernance qu'il entend privilégier[75]. Et, selon des auteurs comme Hibbing et Theiss-Morse (2002) et Rapeli (2016), plusieurs mesures et plusieurs indicateurs montrent qu'une majorité de citoyens préfèrent largement bénéficier de politiques efficaces fondées sur les connaissances acquises, plutôt que d'obtenir un plus grand pouvoir de participation dans les décisions quotidiennes de la Cité[76]. En d'autres mots, si le peuple aspire à voir l'action politique guidée par les vérités et les connaissances les plus avérées, on juge dans cette seconde position que sa souveraineté lui confère alors la prérogative de modeler l'exercice démocratique en ce sens.

[75] On peut reprendre la citation de Macklem (2006 : 499) que nous avions utilisée pour décrire la souveraineté populaire, soit que « *the political dimension of self-determination represents the freedom of a people to choose whatever form of government they wish to* », pour montrer cette idée que le peuple détient la liberté de choisir la forme de gouvernement qui semble la plus apte à garantir son bien-être collectif.

[76] En anglais, plusieurs travaux font à cet égard référence à l'idée de « *stealth democracy* » qui cherche à décrire une vision de la démocratie dans laquelle les citoyens cherchent avant tout à profiter de politiques efficaces, sans nécessairement rechercher un engagement direct dans le processus décisionnel (Bengtsson et Mattila, 2009).

Indépendamment de la justification mobilisée, cette seconde conception de la démocratie repose strictement sur des justifications *en finalités* selon la distinction de Mead. Arnerson (2004 : 42) soutient, dans cet esprit, que « *Democracies, in other words, should be regarded as a tool or instrument that is to be valued not for is own sake but entirely for what results form having it.* »

Par la suite, similairement à la volonté populaire qui s'exprimait à travers divers canaux, la connaissance peut également être mobilisée à travers différentes pratiques et faire l'objet de différentes représentations. Autrement dit, lorsque des théoriciens et des acteurs politiques évoquent une démocratie de la connaissance, ils ne font pas nécessairement appel aux mêmes « formes » de connaissances. La *science* et l'*expertise* sont assurément dépeintes comme les canaux ultimes pour produire des connaissances appuyées se rapportant à l'action politique (Restier-Melleray, 1990; Jacob et Genard, 2004), mais certains vont également faire appel au concept de *sagesse*, de *rationalité, de rationalisation*, de *raison* ou de *technicisation* (Bachir-Benlahsen, 1991; Caudron, 2008), d'autres vont individualiser la connaissance à travers les figures de *l'expert,* du *savant*, de *l'intellectuel* (Julliard, 2007; Bréchet, 2014), certains seront plus spécifiques en parlant de *données probantes* ou de « *evidence* » en anglais (Nutley, Walter, Davies, 2009; Bédard et Mallett, 2019), et quelques-uns vont même promouvoir des *voies alternatives* ou encore des *savoirs en périphérie* des modes de connaissance actuellement reconnus (Innerarity et Champeau, 2015; Lynch, 2018).

Dans l'optique d'ouvrir sémantiquement et heuristiquement les lignes de notre appareillage théorique à ces divers types de savoirs et aux multiples modalités de recours à la connaissance, nous parlerons d*'épistémè*, qui signifie dans son acception restreinte « savoirs » ou « connaissances »[77] (Knorr Cetina, 1988). Le concept d'épistémè possède un degré d'abstraction permettant d'inclure sous le chapeau de notre problématisation les différents *types de connaissances*, les savoirs réflexifs portant sur les *modalités de production et de recours aux*

[77] Nous utilisons le terme épistémè dans son sens courant provenant du grec. Il nous apparait important de ne pas confondre cette acception avec la signification plus délimitée de l'épistémè qui a été proposée par Foucault dans *Les mots et les choses* (1969) et qui réfère plutôt à trois grandes épistémès, autrement dit trois cadres généraux de la pensée propre à une époque, soit l'épistémè de la Renaissance, l'épistémè classique, et enfin l'épistémè moderne.

*connaissances,* tout comme les savoirs critiques sur la *valeur et les limites de la connaissance* en soi. Nous allons dès lors parler de *considérations épistémiques* pour nous référer à ce déterminant qui doit activer, fonder, orienter et légitimer l'action politique selon la seconde grande conception de la démocratie que nous pouvons théoriser à partir d'une approche fondée sur l'usage.

Bien que les justifications des considérations épistémiques reposent exclusivement sur des justifications fondées en finalités, nous analysons ici leurs mérites et leurs vertus en deux étapes. Dans un premier temps, nous montrons comment une conception épistémique érige les connaissances scientifiques et expertes en référent ultime pour guider la gouvernance de la Cité, et ce, parce que la science et l'expertise sont perçues comme les meilleurs outils pour connaître le monde et agir sur lui. Dans un second temps, nous explorerons comment la mobilisation de la connaissance – dans son acception la plus large – peut devenir un vecteur puissant pour remédier aux impérities des choix populaires et aux vices de la joute politique[78].

### 2.4.1 Les vertus et les bienfaits de la science et de l'expertise

De prime abord, une conception épistémique s'érige sur la prémisse que la science et l'expertise tracent la route à une gouvernance éclairée – voire une gouvernance optimale – au service du peuple. Regardons comment la science et l'expertise peuvent plus précisément concrétiser cette promesse.

#### *2.4.1.1 La science pour comprendre et agir sur le monde*

Qu'est-ce que la science ? Il est difficile de donner une réponse consensuelle à cette question. Comprise comme institution sociale de production de connaissances rationnelles et

[78] Il est opportun de rappeler que ces justifications ne sont pas nécessairement les nôtres : notre objectif n'est pas de les appuyer ou de les récuser. Nous nous attachons avant tout à articuler les multiples positions présentes dans la littérature, à les « styliser » pour reprendre le langage relatif aux idéal-types, afin de théoriser une conception épistémique par le biais d'un travail d'abstraction qui permet de regrouper sous un même chapeau les diverses positions qui envisagent de fonder la démocratie sur la connaissance.

méthodiquement obtenues[79], tel que le soutiennent des auteurs comme Journet (2013) et Wieviorka (2014), on peut néanmoins avancer que la science est généralement impartie de la plus haute considération dans la mise en intelligibilité du monde et dans l'accès aux vérités. Depuis les Lumières, la science se voit effectivement reconnaître l'autorité suprême de dire de quoi le monde est constitué, ce qu'il est aujourd'hui et ce qu'il pourrait être demain. Un tel programme peut d'ailleurs être illustré par l'exemple classique de la terre et du soleil; la science a permis de montrer que la Terre tourne autour du Soleil et non l'inverse, et ce, malgré ce que l'homme disait ou croyait percevoir (Borella, 1990). La science peut alors être vue comme « *l'ultime idéal de vérité qui puisse éclairer l'homme dans ce bas monde* », comme le soutient Bakayoko (2018 : 29).

Élucider, maîtriser et transformer le monde, voilà les gages de la science moderne. Face aux croyances populaires, aux intuitions spontanées, aux superstitions, aux dogmes religieux, aux idéologies destructrices ou encore aux mythes fondateurs, la science est bien souvent vue comme un rempart contre les représentations du monde dénuées de fondements rationnels, contre les savoirs non vérifiés, contre les affirmations dépourvues d'assises, contre les assertions lancées sans démonstration, etc. En s'appuyant sur des méthodes rigoureuses – telles que l'observation, l'expérimentation, la réplication, la falsifiabilité ou encore la validation par les pairs – l'activité scientifique suscite des remises en question constantes des certitudes, incitant ainsi l'être humain à parfaire sa compréhension des composantes de son existence et de son environnement. Dans cette perspective, certains n'hésitent pas à voir en elle l'outil privilégié pour faire triompher l'humanisme sur l'obscurantisme, la vérité sur l'erreur, la raison sur la superstition, voire la liberté sur la servitude (Banywesize, 2007; Pinker, 2018). Comme l'explique Pamuk (2021 : 5) :

> *Our ability to act on some of the biggest problems of our times, such as pandemics, climate change, biotechnology, nuclear weapons, or environmental issues, requires relying on knowledge provided by scientists and other experts. The modern state has struck an unprecedented partnership with science, taking scientific inquiry as its*

[79] Les enjeux entourant la définition de la science ne seront pas davantage explorés dans la formulation de ce type-idéal, dans la mesure où celle-ci est généralement appréhendée dans la défense d'une démocratie fondée sur la connaissance à travers une conception de sens commun, peu sujette à une déconstruction épistémologique.

> *authoritative source of knowledge and the means for bringing about better policy outcomes. New scientific research determines what we see as our problems and the range of options we have for solving them.*

La dernière phrase de cette citation revêt une signification particulière, car elle éclaire les deux grands axes qui ont le potentiel de se retrouver à la racine de la mobilisation des considérations épistémiques dans l'exercice démocratique : d'une part, celui des « diagnostics » et, d'autre part, celui des « traitements ».

Au niveau du diagnostic, commençons par dire que les instruments de la science permettent de *déceler les phénomènes et les épiphénomènes* trop complexes ou trop diffus dans le temps et dans l'espace pour l'œil du citoyen lambda ou encore de *cibler les situations et les problèmes* dont la gravité actuelle ou future justifierait une plus grande attention étatique (Schudson, 2006; Papon, 2020). Plusieurs recherches criminologiques (Adam et coll., 2014; Barone, 2018, etc.) ont par exemple montré que des actions plus diffuses et/ou plus dérobées de certaines grandes entreprises – la pollution, les fraudes financières ou encore la corruption – affectent davantage de citoyens que les crimes de sang plus visibles (*street crimes*). De la même manière, ce sont les travaux scientifiques qui ont révélé les dangers inhérents à la consommation de tabac, à l'utilisation des pesticides sur la biodiversité, à la présence de microplastiques dans le corps humain, aux perturbations environnementales résultant de l'acidification des océans et de la dégradation de la couche d'ozone, etc. (Papon, 2020). En donnant accès à des connaissances sur l'infiniment grand (e.a. impacts de l'homme sur la nature) à l'infiniment petit (e.a. impacts des gènes sur l'être humain), la science a ainsi le pouvoir de mettre en mots et en chiffres certains des grands enjeux qui impactent plus insidieusement la vie des citoyens ou qui risquent de le faire dans un futur quelconque (Granjou, 2003; Juignet, 2016).

Par conséquent, en décryptant les dangers, les risques et les problèmes qui guettent l'être humain et la collectivité, l'activité scientifique peut ainsi influencer le processus de mise à l'agenda

(*agenda setting*) des enjeux publics, voire jouer un rôle clé dans la définition de ces problèmes[80] (Barthe, 2014). En mettant en lumière les situations affectant la vie quotidienne des citoyens, la production scientifique a le potentiel d'orienter l'attention des gouvernements vers les enjeux qui ont les effets les plus significatifs – qu'ils soient positifs ou négatifs – sur la prospérité, la sécurité, la justice sociale et d'autres dimensions essentielles du bien-être individuel et collectif. Comme l'évoque Pamuk (2021 : 47) : « *Democratic ends and priorities are not formed prior to and independently from what the science says but rather in light of and sometimes in reaction to it. Scientific findings may introduce a new problem to the political agenda* ». Devant un monde composé d'enjeux éminemment complexes, les découvertes proposées par le travail scientifique peuvent ainsi être présentées comme la *clé de cadrage* ultime pour une action politique qui répond aux intérêts et aux besoins d'une collectivité donnée (Duran, 1999; Aykut, 2019).

Simultanément, le diagnostic réfère aussi à une explication optimale des occurrences de la vie humaine et du monde social. Autrement dit, la science permet non seulement de révéler des problèmes insidieux, mais elle peut expliquer de manière nuancée les enjeux qui façonnent l'expérience humaine et la vie dans la Cité. Pour exemplifier comment la science peut participer au diagnostic d'un enjeu, imaginons par exemple qu'un problème comme le *revenge porn* chez les adolescents gagne en importance dans la société canadienne. Face à un tel problème, les recherches scientifiques sont susceptibles de fournir les connaissances nécessaires pour comprendre les facteurs sous-jacents à son émergence et pour en jauger la prévalence. Tout comme elles peuvent aussi aider à cartographier les mécaniques et les diverses inflexions de ces types d'actions. Elles ont également la capacité d'éclairer les causes et les facteurs de risque, à relier le phénomène à d'autres réalités apparemment déconnectées, à en révéler les composantes immatérielles et éthérées, voire à extrapoler ses possibles évolutions. Et surtout, elles ouvrent la voie à une appréhension plus complète du spectre de conséquences, tant immédiates que futures, de ce phénomène. On le voit à travers cet exemple, contrairement au regard populaire qui se limite

[80] Pour plus de détails sur le processus de définition des problèmes publics (problèmes sociaux), voire Cefaï (2009).

souvent à une compréhension de surface ou encore émotive, la science a la capacité d'offrir une compréhension rigoureuse, exhaustive et nuancée des différents enjeux à l'égard desquels un gouvernement peut être appelé à légiférer (Schudson, 2006; Landa et Pevnick, 2020). La science peut, pour ainsi dire, être dépeinte comme pouvant offrir toutes les connaissances nécessaires pour qu'une collectivité appréhende avec clarté et nuance les enjeux qui la façonnent et la définissent.

En raison de ce réservoir « d'outils » que sont les connaissances scientifiques, les considérations épistémiques peuvent subséquemment contribuer aux choix des meilleurs traitements. Par le biais de cette compréhension plus fine des enjeux de la Cité, il devient possible de *réaliser les choix législatifs les plus étayés* et plus largement *d'élargir et de perfectionner nos moyens d'agir sur le monde*. Pour le formuler de la manière la plus synthétique possible, Welsh et Farrington (2001 : 405) affirment que la mobilisation des connaissances dans le processus politique nous permet de savoir « *what works […] and what doesn't work* ». À la question du « *what works / what doesn't work* », Stiglitz (2017 : 169) ajoute celle du « *cost-benefit* », qui consiste à utiliser l'activité scientifique pour évaluer et comparer les coûts potentiels d'un projet ou d'une action avec ses bénéfices attendus, afin de déterminer la rentabilité et l'efficacité des différentes options.

Pour concrétiser ces apports au niveau du traitement, les savoirs scientifiques peuvent servir à montrer l'éventail de possibilités en matière de réponses envisageables, tout comme à identifier le potentiel d'efficacité de chaque traitement. En ce sens, ils offrent aux gouvernants les éléments indispensables pour sélectionner[81] les interventions les plus appropriées, afin d'assurer le triomphe de l'intérêt général. Plus encore, la recherche scientifique peut ouvrir la voie à la découverte de méthodes novatrices et des solutions inédites ou encore mettre en évidence de possibles obstacles dans les tentatives d'application d'un remède choisi. Que ce soient les remèdes contre les pandémies ou encore les traitements contre les problèmes de santé mentale, les exemples de percées

[81] Nous reviendrons dans la prochaine section sur les pratiques concrètes qui sous-tendent la sélection et la transformation des savoirs en pratiques normatives.

scientifiques ayant permis aux gouvernements d'instaurer des solutions contre les problèmes de notre monde peuvent être multipliés à l'envi (Papon, 2020).

En plus de proposer des solutions efficaces et/ou innovantes, Glennerster (2012) suggère que la mobilisation des connaissances peut servir à identifier les réponses inefficaces, les politiques mal conçues et les interventions aux effets secondaires indésirables, en fournissant une base solide pour évaluer les risques et les bénéfices de chaque action. Elle offre une perspective plus éclairée sur l'évaluation des coûts, facilitant ainsi le calcul des investissements en fonction des retombées attendues. Elle aide à prévenir les erreurs qui, autrement, pourraient conduire à des mesures précipitées ou inadaptées, exacerbant ainsi les problèmes plutôt que de les résoudre. En éclairant les potentiels dangers des remèdes appliqués, la recherche scientifique offre l'opportunité d'adopter des solutions plus ciblées et de minimiser les conséquences négatives sur les populations, tout en garantissant l'efficacité et la sécurité des interventions proposées. Pour résumer le tout, on peut citer Howlett et Craft (2013 : 27) : « *The expectation is that, via close examination and attentiveness to existing empirical analyses, governments can avoid policy failures or apply new techniques, or new information, to better resolve various policy problems.* »

À terme, l'épistémè offrirait – à un moment et à un endroit donné – les réponses les plus adaptées aux enjeux de nos collectivités. Dans les conjonctures actuelles, il semble d'ailleurs que les diagnostics et les traitements soient de plus en plus complexes, il serait donc de plus en plus difficile de poser des choix politiques et des actions législatives efficaces sans le recours à des connaissances scientifiques (Courvoisier, 2017; Pamuk, 2024). Face à un monde de plus en plus complexe, la science est ainsi dépeinte comme l'instrument prométhéen susceptible de nous rendre à la fois maîtres de la nature et de ses aléas, maîtres des grandeurs et des misères de la vie humaine.

#### *2.4.1.2 L'expert et l'expertise comme prisme d'application des connaissances scientifiques*

Si la science est envisagée comme un instrument prométhéen, il ne suffit pas d'activer un levier pour que la gouvernance en épouse spontanément les arcanes et les bénéfices. Même lorsqu'une société

ou un gouvernement souhaite embrasser une conception épistémique de la démocratie, la mise en forme de l'action politique au gré des savoirs ne suit ni une trajectoire linéaire ni une dynamique automatique. Au contraire, comme l'activité scientifique offre souvent des constats divergents, des principes d'ordre purement théoriques ou encore des élaborations complexes formulées dans des cadres conceptuels abstraits, il est nécessaire que les savoirs scientifiques soient traduits en pratiques politiques de manière effective. Plus concrètement, face à un enjeu donné, il faut sélectionner un ensemble de savoirs parmi plusieurs, puis les transformer en une politique publique cohérente qui est constituée de dispositions normatives opérantes, de critères d'application, de mécanismes d'opérationnalisation, de dispositifs de financement, etc. (Christensen, Holst et Molander, 2023). Si on reprend l'exemple du *revenge porn*, nous pourrions avoir en main des connaissances scientifiques sur ses facteurs d'émergence, ses mécaniques, ses implications, voire des connaissances scientifiques sur les possibles manières d'y répondre (e.a. *formations éducatives, contrôle des plateformes de partage),* mais il faudrait encore traduire ces connaissances en un projet de loi.

Loin d'être une simple application mécanique, cette traduction s'avère bien souvent complexe et ne va donc pas nécessairement de soi (Cadiou, 2006; Demortain, 2021). Effectivement, les gouvernants n'ont pas toujours les capacités de procéder à cette traduction. À cet égard, Fisher (190 : 22-33) disait « *To ask a politician, let alone, the person on the street, to make decisions about complex issue like nuclear power is said to be archaic. Neither the politician nor the everyday citizen has the information and the sophistication to deal with such decision*. » Même pour ceux qui reconnaissent que le peuple et les gouvernants ont la capacité théorique de comprendre les enjeux et de maîtriser les savoirs à leur égard, ces derniers n'ont pas le temps d'effectuer des analyses pointilleuses et exhaustives de l'édifice des savoirs pour chaque question face à laquelle la Cité est confrontée (Fischer, 2009).

Dès lors, pour opérer une traduction entre les connaissances scientifiques et l'action politique, les conceptions épistémiques font généralement appel à la figure de l'expert. L'expert est en effet présenté comme le pont entre la science et la gouvernance. En effet, l'application des connaissances

scientifiques dans les actions et les interventions politiques passe par le biais d'experts qui en assurent la médiation et la mise en application (Brooks, Stasiak et Zyro, 2016; Starck, 2020). À titre d'exemple, lorsqu'un gouvernement est confronté à une crise sanitaire, il ne saurait procéder lui-même à une analyse exhaustive des données scientifiques disponibles; il sollicite des experts, individuellement ou au sein de groupes, afin qu'ils éclairent la prise de décision et contribuent à la mise en forme des interventions publiques, en les arrimant aux savoirs établis sur les enjeux entourant ladite crise (Joly, 2005; Lamy, 2019).

Par le fait même, pour que les diagnostics et les traitements évoqués dans les pages précédentes puissent être transposés dans l'action gouvernementale, l'intervention d'experts est souvent décrite comme essentielle (Schudson, 2006; Starck, 2020). Si l'on prend un pas de recul pour monter en abstraction afin d'envisager les différentes manières de mobiliser l'expertise ainsi que leurs avantages potentiels, il est possible de synthétiser les formes de recours à l'expertise dans l'exercice démocratique – telles qu'elles sont présentées dans la littérature – en quatre grandes modalités. Certaines de ces modalités se sont déjà matérialisées historiquement, tandis que d'autres relèvent davantage de constructions théoriques. Ces quatre modalités sont les suivantes : 1) les conseillers; 2) les comités; 3) les conseils de sages; et 4) les rois-philosophes.

La première modalité repose sur l'intervention d'experts agissant en qualité de conseillers auprès des gouvernants. Benveniste (1973) désigne cette fonction sous l'appellation de « conseiller du Prince », soulignant ainsi le rôle d'interface entre savoir et pouvoir. Dans cette configuration, l'expert informe, de manière continue, les décideurs des éléments jugés essentiels à l'administration éclairée des affaires publiques. Son rôle consiste à maîtriser tous les savoirs dans un domaine donné, à les agréger et à les expliciter de manière intelligible pour les dirigeants et, surtout, à les transposer en un ensemble de propositions politiques cohérentes qui feront l'objet de choix par les dirigeants (Vinck, 2007; Papon, 2020).

La seconde modalité de recours à l'expertise s'exprime au travers des forums de consultation, désignés parfois sous le vocable de commissions, comités d'experts, observatoires ou groupes de travail. Ces espaces réunissent une pluralité d'experts afin de confronter et de partager des savoirs variés sur une question donnée. L'objectif de ces instances est de favoriser un échange de perspectives, dans lequel les connaissances sont confrontées et débattues. À la lumière de ces échanges, les dirigeants peuvent alors orienter leurs choix d'intervention ou élaborer des politiques publiques en tenant compte de la diversité des savoirs existants (Nutley, Walter, Davies, 2009; Brooks, Stasiak et Zyro, 2016).

Une autre proposition consiste en l'instauration d'un « conseil des sages », placé au sommet de la gouvernance de la Cité et doté d'un pouvoir décisionnel sur celle-ci. Ce conseil prendrait la forme d'une Cour suprême de la science, ayant pour mission d'interpréter les décisions politiques à l'aune des connaissances scientifiques, assurant ainsi une articulation entre expertise et exercice du pouvoir (Bourg et Whiteside, 2010; Brennan, 2016). Si nous prenons la proposition de Bourg et Whiteside (2010 : 92), un tel conseil peut avoir « *une double fonction, en amont et en aval de l'Assemblée nationale* ». En amont, il s'agirait de contribuer à l'élaboration des projets en fournissant aux gouvernants les connaissances nécessaires pour orienter l'action politique. Le conseil pourrait ainsi éclairer les gouvernants en leur fournissant les connaissances requises pour qu'ils puissent établir des diagnostics pertinents et envisager des traitements appropriés aux différentes problématiques de la Cité (voir infra). En aval, il pourrait disposer d'un pouvoir de veto sur toute proposition législative allant à l'encontre des connaissances scientifiques établies, assurant ainsi une forme de contrôle épistémique sur l'action politique.

La dernière modalité se matérialise par l'octroi du pouvoir politique aux experts qui agissent tels des rois-philosophes, pour reprendre la formule de Platon. Les experts se voient alors imputer de légitimité de gouverner au nom du peuple – ils deviennent les représentants et donc les gouvernants – en raison de leur aptitude à discerner les meilleurs choix pour la Cité. Autrement dit, les experts se voient confier les rênes du pouvoir, investis de la mission d'orienter les décisions et d'élaborer

les politiques publiques en mobilisant leurs savoirs, afin que les pratiques politiques répondent à l'intérêt général du peuple (Obrecht, 2006; Brennan, 2018).

En bout de piste, pour résumer cette première grande série d'avantages et de justifications des considérations épistémiques, la science est le dispositif qui peut éclairer un monde à l'opacité sans cesse croissante, tandis que l'expert et l'expertise agissent comme un intermédiaire pour transposer cette lumière dans la mise en forme de l'action politique.

### 2.4.2 La connaissance comme moteur de résultats substantivement bons

Un autre moyen de promouvoir les considérations épistémiques est de mettre en exergue les tourments qu'ont connus les sociétés ayant, à un moment ou à un autre, fait fi des connaissances acquises. Autrement dit, les justifications des considérations épistémiques ne résident pas seulement dans les apports qu'elles peuvent offrir, mais aussi dans les conséquences qui surviennent lorsque celles-ci ne sont pas mobilisées – par exemple lorsque le plein pouvoir de déterminer les normes collectives est laissé au seul suffrage populaire, ou lorsque la décision politique se fonde exclusivement sur une conception spontanée de la volonté du peuple. Dans cette perspective, une conception épistémique de la démocratie repose plus précisément sur la remise en question des résultats d'une gouvernance purement populaire. Tabuteau (2010 : 35) soutient d'ailleurs que faire de la connaissance le socle de l'action publique constitue un véritable « antidote à l'ignorance » du peuple. Concrètement, une démocratie de la connaissance peut être représentée à la fois comme un remède à l'incapacité des considérations populaires à répondre aux intérêts du peuple et comme une barrière face aux dérives politiques (Caplan, 2006; Brennan, 2018). Regardons tour à tour ces deux avantages.

#### *2.4.2.1 La connaissance pour garantir l'intérêt du peuple*

Historiquement, les décisions et politiques des gouvernements qui ont choisi d'ignorer les savoirs établis pour s'aligner exclusivement sur les aspirations populaires ont souvent tendu à être de

moindre qualité et de moindre efficacité (Jones, 2019). Lors de l'écriture de cette thèse, point d'exemple plus parlant que celui de la gestion de la COVID-19 dans laquelle les communautés qui ont privilégié les souhaits populaires aux connaissances expertes dans la gestion de crise ont connu des taux d'infection et des taux de décès significativement plus élevés (Hotez, 2023).

Au-delà de la pandémie, l'histoire regorge d'exemples qui montrent que la mobilisation de la volonté générale n'est en rien synonyme d'une Cité bien gérée. Depuis les balbutiements de la démocratie sur la colline de la Pnyx, la capacité du peuple à prendre des décisions dans son intérêt est en réalité largement contestée. Formulée sous diverses formes, la conception du peuple tel un « *gros animal ignorant et aveugle* » – cette populaire image soulevée par Platon – se retrouve en effet au fondement de plusieurs critiques adressées aux diverses manifestations de la volonté populaire (Achen et Bartels, 2017). Même un auteur comme Rousseau (1839 : 6), à qui l'on doit plusieurs apologies sur la souveraineté populaire, ne niait pas le fait que la multitude « *ne sait ce qu'elle veut, parce qu'elle sait rarement ce qui lui est bon* ». Plusieurs soutiennent ainsi que les choix plébiscités par la majorité se révèlent rarement être un prisme pour des décisions aux retombées positives, ni un moteur de création de politiques favorisant le bien commun (Caplan, 2006; Brennan, 2016).

Pour introduire les potentielles faiblesses « substantives » d'une action politique fondée sur la volonté populaire, imaginons pour l'exercice un scénario fictif d'un peuple qui se voit proposer deux choix lors d'un référendum; soit d'élire A) un pâtissier qui propose d'instaurer un régime alimentaire obligatoire composé uniquement de sucreries ou B) un nutritionniste qui propose aussi un régime obligatoire, mais cette fois-ci des pratiques alimentaires jugées plus saines basées sur les fruits, les légumes, les protéines, etc. Indépendamment des qualités internes de ces propositions ou encore de leurs retombées, les fervents d'un pouvoir absolu de la volonté populaire soutiennent que la proposition qui obtient la pluralité des voix doit être édifiée en loi. Bien que simpliste, cet exemple illustre qu'un choix politique fondé sur des considérations populaires ne présuppose pas nécessairement que le résultat qui en découlera sera souhaitable pour les individus ou pour la

collectivité (e.a. intérêt général). Par contraste, une gouvernance fondée sur la connaissance semble offrir une meilleure garantie quant à la qualité substantielle des décisions et des pratiques politiques, dans la mesure où les connaissances acquises permettent de saisir – et subséquemment d'évaluer – les conséquences respectives de ces choix (e.a. bienfaits d'une alimentation équilibrée vs effets délétères d'une surconsommation de sucre).

Cet exemple met en évidence deux points essentiels qui seront au cœur de cette sous-section : 1) le peuple n'a pas toujours la capacité de déterminer ce qui est véritablement dans son intérêt; 2) une approche épistémique déplace le centre de gravité de l'exercice démocratique.

Plusieurs auteurs se sont montrés critiques quant aux capacités cognitives des citoyens ordinaires. Bourg et Whiteside (2010), par exemple, soutiennent que les citoyens, dans leur vie quotidienne, ne sont pas nécessairement les mieux placés pour juger de leurs propres intérêts. Selon eux, les tenants et aboutissants de nombreux enjeux contemporains ne peuvent être saisis « spontanément » par le regard du citoyen lambda. Dans un monde de plus en plus complexe, les individus ne disposeraient plus toujours des moyens nécessaires pour appréhender les implications concrètes de leurs choix.

D'autres auteurs adoptent un ton encore plus sévère. Brennan (2016) ou encore Achen et Bartels (2017) considèrent que la volonté populaire s'exprime le plus souvent à travers une masse de citoyens marquée par des compétences cognitives limitées – qu'il s'agisse d'un déficit de jugement, d'un manque d'éducation ou d'un certain degré d'inculture. Bronner (2013), de son côté, pousse plus loin la critique en insistant sur la prévalence croissante de l'ignorance contemporaine : selon lui, un nombre grandissant de citoyens adhéreraient à des croyances erronées qu'ils tiennent pourtant pour vraies. L'enjeu ne relèverait donc pas uniquement d'une méconnaissance répandue – qui, en soi, peut être reconnue et assumée : on peut, par exemple, être parfaitement conscient de ne pas savoir piloter une navette spatiale, et agir en conséquence; de même, peu de gens s'improviseraient chirurgiens ou architectes sans formation préalable, précisément parce qu'ils reconnaissent spontanément la technicité et les exigences propres à ces domaines. Mais dans des

champs comme la politique, la santé publique ou l'économie, cette modestie épistémique tend à s'éroder : comme le souligne Bronner, nombreux sont ceux qui, sans formation particulière, croient comprendre en profondeur des enjeux complexes, voire s'imaginent mieux informés que les spécialistes eux-mêmes. Un constat que partage Hotez (2023), qui prend pour exemple la pandémie de COVID-19 : il souligne que certains individus ont préféré recourir à des traitements non validés scientifiquement – tel que l'ivermectine, un antiparasitaire destiné aux chevaux – convaincus que ce choix révélait une intelligence critique supérieure à celle des citoyens ayant fait confiance aux vaccins homologués et recommandés par la communauté scientifique.

Cette critique sur les capacités du peuple ne se limite pas à l'ignorance. Selon Brennan (2016) et Nichols (2019), les citoyens seraient également dominés par leurs émotions, au détriment de tout raisonnement rationnel. Plusieurs auteurs évoquent ici une forme de vulnérabilité affective : Mann (2005) parle de la prévalence des affects dans les décisions collectives, tandis que Mamère et Farbiaz (2008 : 1) décrivent les sociétés contemporaines comme soumises à une « tyrannie de l'émotion ». Certaines illustrations, bien qu'issues de sondages à la représentativité discutable, en donnent un aperçu saisissant. En 2019, une enquête menée par Civic Science aux États-Unis a révélé que 56 % des répondants s'opposaient à l'enseignement des chiffres arabes – c'est-à-dire les chiffres usuels de 0 à 9 – manifestement sans en comprendre la nature. Quelques années plus tôt, cette même firme avait rapporté que près de 30 % des sympathisants républicains étaient favorables au bombardement d'Agrabah, ville fictive tirée du film *Aladdin*. Ces exemples, bien qu'anecdotiques, illustrent les limites potentielles du jugement populaire lorsque celui-ci est guidé non par la compréhension des enjeux, mais par des réflexes émotionnels.

Ce premier point, relatif aux capacités citoyennes, pourrait donner lieu à d'abondants développements nourris par une large palette de critiques. Pour des fins d'espace, retenons simplement qu'il soulève un constat central : les conceptions épistémiques de la démocratie se justifient bien souvent par l'idée que les citoyens, livrés à eux-mêmes, prendraient trop souvent de

mauvaises décisions qui vont à l'encontre de leurs propres intérêts. En peu de mots, une conception épistémique se justifierait par les faibles résultats substantifs d'une conception populaire.

Le second grand point révélé par l'exemple du pâtissier et du nutritionniste est qu'une conception épistémique de la démocratie peut être justifiée par sa capacité à satisfaire les besoins collectifs et plus largement améliorer substantivement la vie dans la Cité. L'une des manifestations significatives des considérations épistémiques est donc le déplacement du lieu de la démocratie des préférences populaires vers un accomplissement de l'intérêt général (Obrecht, 2006; Brennan, 2018). Lorsque la démocratie repose sur l'épistémè, le peuple n'est donc plus le fondement de toute politique (*peuple comme substrat*), *mais* le *destinataire* des meilleures politiques possibles (*peuple comme finalité*). En somme, l'exercice démocratique est structuré dans le but d'arriver à ce qui est désirable et souhaitable pour la collectivité politique.

Dans cette foulée, face à cette complexité des enjeux et à la quête d'une politique fondée sur le bien commun, les fervents d'une conception épistémique de la démocratie soutiennent qu'il est nécessaire de recourir aux connaissances étayées pour dépasser les faiblesses des politiques fondées sur les préférences populaires (Restier-Melleray, 1990; Bell, 2015). Dès que la connaissance devient le primat qui oriente l'action politique, certains vont alors parler d'*evidence-informed policymaking* (Head, 2016), d'un modèle de politiques publiques basées sur des données probantes (Bédard et Mallett, 2019), voire de « *Gouverner par les faits* » (Bruno, 2015 : 214). Pour reprendre les mots de Freiberg et Carson (2010 : 152) un tel processus sert à « *putting the best available evidence from research at the heart of policy development and implementation […] Its goal is to eliminate unsound or excessively risky practices in favour of those that have better outcomes.* » La justification apparaît simple; du moment où un gouvernement décide de connaître, de juger et d'agir au regard de la connaissance, plutôt que selon les opinions populaires, la qualité de ses décisions et de ses politiques en est renforcée et le peuple en ressort gagnant (Duran, 1999; Brennan, 2016).

En ce sens, le recours à la connaissance trouve sa légitimité dans sa capacité à orienter les interventions politiques en fonction des véritables besoins des individus et des intérêts de la société. La pierre de touche d'une conception épistémique est ainsi d'accorder une supériorité normative à l'intérêt général, au bien commun, à ce qui est bon, juste et vrai. Mais une conception épistémique suppose aussi, et peut-être avant tout, que l'organisation et l'exercice du pouvoir reposent sur des fondements qui assurent la réalisation de ces objectifs normatifs.

Au-delà de l'exemple imaginaire du régime ou du cas plus exceptionnel de la pandémie de COVID-19, l'histoire des politiques publiques en matière de santé (Liverani, Hawkins et Parkhurst, 2013), d'éducation (Slavin, 2008), de développement international (Sutcliffe et Court, 2005), de traitement de la dépendance (Bratberg, et coll., 2023), etc., met en évidence un constat récurrent : les politiques fondées sur des connaissances ont généralement produit des résultats plus probants pour la collectivité que celles reposant sur une quelconque expression de la volonté populaire. Dans chacun de ces domaines, l'intégration des savoirs est en effet jugée avoir permis une compréhension plus nuancée des enjeux et une réponse mieux adaptée aux besoins des populations, contribuant ainsi à l'élaboration de politiques substantiellement efficaces.

#### *2.4.2.2 La connaissance comme vecteur de dépolitisation*

En plus de limiter les errements populaires, les considérations épistémiques sont aussi louangées du fait qu'elles ouvrent la voie à une *dépolitisation* de l'exercice démocratique. Dans cette foulée, après avoir jeté une lumière sur une première série de remises en question quant à la capacité du peuple à défendre ses intérêts, il convient désormais de préciser que la joute politique peut tout autant être tenue responsable des lacunes d'une gouvernance structurée au gré des considérations populaires. Certains spécialistes, à l'instar de Jamieson (1993), Abdelkerim (2015) ou encore Lebaron (2017), attribuent en effet les lacunes substantives d'une démocratie « populaire » aux nombreux vices inhérents à l'arène politique. Qu'il s'agisse de la démagogie, de l'opportunisme, du dogmatisme idéologique, des pressions électorales, des biais médiatiques ou encore de

l'ingérence étrangère, une série de pratiques politiques peuvent être présentées comme la « cause » de la piètre qualité substantive des choix et des politiques propulsés par la volonté populaire.

Pour reprendre l'exemple d'un choix de régime entre un pâtissier et un nutritionniste, on pourrait soutenir que le peuple a la capacité de faire un choix éclairé en fonction de son propre intérêt. Toutefois, les conditions politiques dans lesquelles ce choix se trouve formulé peuvent altérer cette capacité. En guise d'exemple, le pâtissier pourrait recourir à la démagogie, le nutritionniste pourrait éprouver des difficultés à communiquer efficacement les bienfaits de son option, les implications respectives de ces deux choix pourraient être couvertes à travers des reportages médiatiques biaisés, etc. Un éventuel choix populaire en faveur d'un régime de sucreries ne révélerait donc pas nécessairement les faiblesses cognitives du peuple, mais bien les aléas du processus politique dans lequel le peuple est contraint d'exercer ce choix.

Face à ces travers de la joute politique, l'octroi du primat à la connaissance est envisagé comme une manière de *dépolitiser* l'exercice démocratique. Lorsque la gouvernance démocratique est dépolitisée, celle-ci peut alors être soustraite des onctions électorales, des dérives idéologiques, des programmes partisans, des intérêts mercantiles, des braises émotionnelles et de tous les autres vices pouvant être associés à la joute politique (Ferguson, 1994; Summa, 2017). Pour l'exercice, nous proposons de dégager les principaux avantages de la dépolitisation en les regroupant sous trois grandes catégories non mutuellement exclusives : 1) l'élimination des attentes et des impératifs idéologiques, politiques et électoralistes; 2) un renforcement du planisme; 3) une représentation plus équitable des groupes minorisés ou marginalisés. Examinons ces avantages.

La dépolitisation de l'exercice démocratique peut d'abord être appréhendée comme une tentative visant à soustraire la gouvernance de la Cité des empreintes idéologiques, politiques et/ou électoralistes. En effet, si l'élaboration des politiques repose principalement sur la connaissance, l'influence des préférences partisanes, des stratégies électorales, des contraintes idéologiques ou encore du clientélisme en est atténuée. Selon Jamieson (1993), la mobilisation de la connaissance

est également imputée du pouvoir d'être le bouclier face aux pratiques plus « machiavéliques » de la politique, telles que le mensonge, la fourberie ou la démagogie. La liste de ces vices inhérents à la joute politique pourrait être allongée indéfiniment. Toutefois, l'objectif du propos est de montrer la présomption selon laquelle la mobilisation des connaissances constitue une voie pour éliminer les facteurs qui ne servent pas directement à l'élaboration des politiques bonnes, justes et vraies. Autrement dit, le point cardinal de la dépolitisation est donc de s'assurer que les seuls éléments pouvant contribuer à la mise en forme de pratiques et politiques substantivement bonnes et efficaces puissent influencer la gouvernance (Tabuteau, 2010; Bell, 2015).

Sous un angle quelque peu distinct, Rosnay (1994) et Jones (2019) soutiennent que la dépolitisation offre la possibilité d'un meilleur planisme, à savoir une capacité de recentrer la gestion de la Cité sur des objectifs à moyen et à long terme. Pour comprendre un tel bénéfice, il faut tout d'abord dire que l'exercice démocratique, lorsqu'il se trouve soumis aux dynamiques compétitives de la joute politique, incite fréquemment les gouvernants à privilégier des politiques visant à générer des gains électoraux immédiats[82]. Plus largement, il s'agit aussi de promouvoir une approche de l'exercice démocratique qui dépasse la gestion à la « petite semaine » pour offrir un cadre d'intervention politique inscrit sur le long terme dans une perspective d'amélioration de la qualité de vie, tant à un niveau individuel que collectif. Bourg et Whiteside (2010) avancent même qu'en éliminant les logiques électoralistes, la dépolitisation ouvre la voie à une gestion pérenne et responsable, conçue pour servir les intérêts des générations futures et préparer ainsi un avenir meilleur. Par la force des choses, la dépolitisation peut être définie comme un vecteur d'un plus grand rapport éthique au temps et aux générations futures.

En somme, en prenant du recul pour considérer l'ensemble des arguments exposés dans cette section, la finalité de l'exercice démocratique sous le joug d'une conception épistémique est

[82] Plus précisément, lorsque l'exercice démocratique est politisé, les mesures susceptibles d'apporter des solutions durables et potentiellement plus efficaces, mais dont les résultats ne deviendraient perceptibles qu'après plusieurs cycles électoraux, tendent à être délaissées au profit d'initiatives moins efficaces, mais dont les effets se manifestent à court terme aux yeux de la population. Sous l'égide de la joute politique, le but des gouvernants est en effet bien souvent de détenir le pouvoir et non d'offrir les meilleurs politiques. Pour plus de détails, voir Abdelkerim (2015).

d'offrir des politiques substantivement *efficaces* et substantivement *justes*. Qu'elles pallient les faiblesses humaines ou les incertitudes du domaine politique, ou qu'elles misent sur l'activité scientifique et experte pour offrir une compréhension éclairée du monde, les considérations épistémiques sont présentées comme la voie ultime pour identifier les besoins au sein de la Cité et pour favoriser la mise en place de politiques appropriées pour y répondre. Pour résumer cette seconde conception idéal-typique de la démocratie, le fait de privilégier les considérations épistémiques serait donc un gage que le critère prépondérant – la boussole – de la gouvernance démocratique réside dans les qualités substantielles de ses résultats (Jones, 2010; Brennan, 2018).

### 2.5 Troisième idéal-type : La conception éthico-juridique

Dans un article intitulé *La démocratie n'est plus ce qu'elle n'était pas*, Rouyer (2004) affirme que les droits fondamentaux (parfois appelés droits de la personne, droits de l'Homme[83] ou droits humains) sont de plus en plus souvent posés comme pièce maîtresse du pouvoir démocratique. Sur le plan contextuel, il convient de souligner que c'est dans le sillage immédiat de la Shoah que les droits fondamentaux ont commencé à occuper une place plus systématique et plus explicite au sein de certaines théories et de certaines inflexions de la démocratie. La signature de la *Déclaration universelle des droits de l'homme,* adoptée en 1948 sous l'égide des Nations unies en réponse aux horreurs perpétrées par le régime nazi et les autres forces totalitaires constituent à cet égard un tournant historique majeur dans plusieurs approches de la gouvernance démocratique. Bobbio (2007 : 95) va même jusqu'à soutenir que « *la proclamation des droits de l'homme a coupé en deux le cours de l'histoire de l'humanité en ce qui concerne la conception du rapport politique* ». Effectivement, ce texte fondateur érige, pour la première fois à l'échelle internationale, une liste

[83] Les droits de l'homme sont la traduction de *Human Rights* et se devrait donc d'être perçus comme un concept « non-genré » et non un substantif masculinisé (Hermet, 2003).

de droits qualifiés d'inaliénables qui ont pour vocation de structurer l'exercice du pouvoir dans les États signataires[84] (Drolet, 2010; Klein, 2017).

La première distinction à opérer pour appréhender les spécificités d'une conception démocratique fondée sur les droits fondamentaux tient au déplacement qu'elle opère dans le point d'ancrage de l'organisation et de l'exercice du pouvoir. Contrairement aux conceptions qui se fondent sur la volonté du peuple ou sur l'obtention de résultats jugés substantiellement bons, ce troisième idéal-type accorde la priorité à la protection et à la valorisation des droits fondamentaux de chaque individu. Cette troisième conception de la démocratie s'érige ainsi sur un déplacement du centre de gravité normatif : la légitimité démocratique ne se trouve plus évaluée à l'aune de la volonté ou de l'intérêt général, mais plutôt au regard du respect des droits, de la liberté et de la dignité de tout un chacun (Rouyer, 2004; Marguin, 2024).

Précisons toutefois que la mobilisation des droits fondamentaux ne procède nullement à une mise à l'écart du peuple dans l'équation démocratique. Au contraire, elle opère une reconfiguration de la signification attribuée au « peuple » et, ce faisant, reconfigure les modalités selon lesquelles ce dernier déploie son pouvoir. Cette transformation implique plus concrètement que le peuple n'est plus envisagé comme une entité homogène, c'est-à-dire comme une masse indifférenciée d'individus qui pourraient exprimer une volonté univoque et monolithique. Le peuple est plutôt considéré comme une constellation de sujets singuliers, chacun porteur de droits inaliénables qui appellent à être défendus et même à être maximalisés dans toutes les décisions et les politiques constitutives de la Cité (Marguin, 2024). C'est donc l'*individu* qui devient l'épicentre de la gouvernance. Pour citer Klein (2017 : 125) : « *Une caractéristique essentielle de ce courant de pensée est, en effet, de placer l'individu au cœur du système démocratique*. » On peut donc dire

[84] La Déclaration a été signée le 10 décembre 1948 par 48 pays membres de l'ONU à l'époque, dont le Canada. Lors de cette signature, cette déclaration a été proclamée comme un idéal commun à atteindre pour tous les peuples et toutes les nations (De Jonge, 2010). Bastarache (2007) rajoute par la suite que ce texte a influencé la formulation de la plupart des textes constitutionnels et des chartes des droits et libertés au niveau national.

que cette approche ne récuse pas la souveraineté populaire ni l'idée d'un autogouvernement du peuple, mais en propose un redéploiement selon d'autres modalités (Klein, 2017; Rousseau, 2022).

Avant de procéder à une analyse plus approfondie de la façon dont l'organisation et l'exercice du pouvoir peuvent être envisagés et opérationnalisés de manière à protéger et promouvoir les droits fondamentaux des individus, il apparaît essentiel de préciser ce que recouvre exactement cette catégorie de droits. Sur ce point, il convient de souligner d'emblée que ce ne sont pas tous les droits dont disposent les êtres humains qui peuvent être qualifiés de droits fondamentaux. De par leur dénomination même, les droits fondamentaux désignent une catégorie de droits qui renvoient aux enjeux les plus « fondamentaux » de la condition humaine. Cette catégorie de droits se rapporte ainsi aux impératifs et aux exigences de traiter l'être humain avec tous les égards – que ce soit avec égalité, équité, justice et/ou impartialité – que commande sa dignité intrinsèque (Drolet, 2010). On peut ajouter, à l'aide de Donnelly (2019), que les droits fondamentaux se distinguent par le fait d'être attribués aux individus en raison de leur simple qualité d'être humain, et non pas en fonction d'une appartenance statutaire ni d'un engagement contractuel. Ainsi, les prérogatives issues d'un contrat de mariage, par exemple, n'entrent pas dans la famille des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux s'érigent d'ailleurs sur une prétention d'universalité et d'inaliénabilité, c'est-à-dire que chaque être humain est dépositaire de ces droits et que ceux-ci ne peuvent s'en voir déposséder[85]. Dans cet esprit, Cruft, Liao et Renzo (2015 : 4) proposent une synthèse des particularités constitutives des droits fondamentaux en cinq points : « *they are a) moral rights that b) all human beings possess c) at all times and in all places d) simply in virtue of being human e) and the corresponding duty bearers are all able people in appropriate circumstances.* »

Rapidement, au-delà de cette grande vision globale et quelque peu abstraite, force est de constater que les droits fondamentaux se voient toutefois imputer un florilège de significations lorsque l'on s'attache

[85] La notion d'inaliénabilité des droits est cependant souvent qualifiée de relative, même par ses plus fervents défenseurs, dans la mesure où il est parfois jugé nécessaire de restreindre l'exercice d'un droit afin de garantir le respect d'un autre. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

à en préciser les contours.[86] Ils sont parfois perçus comme des droits universels (Donnelly, 2019), des droits généraux (Hart, 1982), des droits moraux (Arendt, 1958), des droits de base (Shue, 1996), des interdits fondateurs (Delmas-Marty, 1994), des protections minimales pour les individus (Haarscher, 1993), des demandes éthiques (Sen, 2005), des capabilités (Nussbaum, 2012), des atouts pour les individus (Dworkin, 1977), des valeurs profondes (Freeman, 2002), des standards *minima* pour l'action politique (Feinberg, 1970), les minimums requis pour une vie décente (Orend, 2002), et bien d'autres.

Ces diverses dénominations introduisent des nuances spécifiques – parfois mineures, parfois majeures – concernant à la fois la nature des droits fondamentaux et les fonctions qui leur sont attribuées. Si nous montons en abstraction, il est toutefois possible de discerner une ligne de fracture plus nette au sein du foisonnement de constructions doctrinales. D'un côté, on retrouve une approche des droits fondamentaux ancrée dans une perspective éthique, articulée autour de principes moraux et d'exigences de justice substantielle. De l'autre, une approche davantage juridique, axée sur les dimensions *garantistes*[87], à savoir les droits protégés par un texte constitutionnel.

Dans la première approche, notamment privilégiée par Freeman (2002), Sen (2002), Nussbaum (2012) et bien d'autres, les droits fondamentaux sont appréhendés comme l'expression d'exigences éthiques, voire de grandes exhortations morales. Les droits fondamentaux sont alors vus comme de grandes promesses incarnées par des principes éthiques, des objectifs généraux, des orientations programmatiques, des idéaux moraux et politiques, de grands récits normatifs sur la justice et le bien, etc. Dans la perspective ici adoptée, les droits fondamentaux relèvent d'une portée profondément philosophique : loin de se réduire à de simples normes juridiques consignées dans des textes législatifs, ils excèdent ce cadre formel en tant que principes à prétention universelle, susceptibles de transcender les configurations juridiques particulières et les ancrages nationaux.

[86] Deux thèses de doctorat nous ont aidé à prendre conscience de cette pluralité de significations des droits fondamentaux et nous ont surtout aidé à nous lancer dans la vaste littérature sur la question, soit la thèse de Garcia (2010) et celle de Drolet (2010).

[87] L'expression « *dimensions garantistes* » est empruntée à Garcia (2010 : 195)

La seconde approche, notamment privilégiée par Mény et Surel (2000), Barak (2006), Rousseau (2022), envisage les droits fondamentaux comme des droits positifs, c'est-à-dire consacrés textuellement dans un ordre juridique donné. De manière plus spécifique, ces droits sont dits « fondamentaux » parce qu'ils constituent les règles normatives les plus impératives qui soient dans les ordres politique et juridique d'une société en raison de leur inscription explicite dans des textes de valeur constitutionnelle au niveau national[88] (e.a. *Charte canadienne des droits et libertés*) ou encore dans des textes supra-étatiques (e.a. *Déclaration universelle des droits de l'homme*).

Si l'on confronte ces deux conceptions[89], on observe que l'approche juridique tend à considérer les droits fondamentaux comme des entités définies, reconnues et appliquées par le droit positif, c'est-à-dire les droits fondamentaux *tels qu'ils sont formulés et appliqués* dans un ordre juridique donné. Par exemple, dans une société donnée, le droit à l'égalité pourrait être défini comme l'égalité devant la loi, tous étant alors soumis aux mêmes règles juridiques et traités de manière identique par les institutions étatiques, sans distinctions ni privilèges. À l'inverse, dans l'approche éthique, les droits fondamentaux sont appréhendés comme des principes moraux plus larges, qui précèdent et transcendent l'ordre juridique.

Dans l'optique d'élargir notre appareil théorique à la pluralité d'acceptions et de fonctions données aux droits fondamentaux, nous proposons de prendre un pas de recul afin de théoriser un idéal-type qui conjugue la vision plus éthique et la vision plus juridique des droits fondamentaux. Nous parlerons alors d'une conception *éthico-juridique* de la démocratie**.**

Maintenant, au niveau des vertus et des apports, la mobilisation des droits fondamentaux dans le processus de construction de la loi peut être envisagée sous un double registre justificatif en valeurs

[88] Au sens matériel, la constitution réunit l'ensemble des règles relatives à l'organisation du pouvoir au sein d'une société donnée. Au sens formel, le mot constitution réfère aussi à l'ensemble des règles qui se voient dotées d'une *valeur* supérieure à celles des lois ordinaires (Rouvillois, 2017).

[89] Plusieurs auteurs se sont penchés sur les rapports entre la conception éthique et la conception juridique des droits fondamentaux (en utilisant d'ailleurs diverses appellations de ces conceptions), non pas seulement dans une visée comparative, mais également dans la perspective d'analyser les dynamiques d'influence réciproque entre ces deux registres (e.a. Besson, 2015; Zysset, 2016). Nous ne prétendons pas présenter une telle réflexion dans ces nuances, nous en proposons simplement une synthèse avec la densité nécessaire à la construction de notre idéal-type.

(*e.a. les droits fondamentaux comme expression de la dignité humaine*), et en finalités (*e.a. les droits fondamentaux comme instruments de protection visant à limiter le pouvoir de la majorité sur les minorités*). Autrement dit, face à la distinction proposée par Mead (1959), la mobilisation des droits fondamentaux peut ainsi apparaître comme simultanément fondée en valeurs et en une finalité. Par conséquent, il nous semble plus pertinent d'échafauder notre exposé des promesses d'une conception éthico-juridique en parlant des deux grandes fonctions qui peuvent être données aux droits fondamentaux, une fonction *limitative* et une fonction *incitative*[90]. Dans la première, les considérations éthico-juridiques ont comme fonction de harnacher les potentiels excès du pouvoir souverain. Dans la seconde, ces considérations interviennent de manière plus proactive en contribuant à structurer, à orienter, voire à maximiser l'élaboration des actions politiques.

### 2.5.1 Les droits fondamentaux comme contrepoids au pouvoir

Constituée d'atrocités quantitativement et qualitativement incommensurables, l'histoire a montré qu'un gouvernement dûment élu peut rapidement exercer son pouvoir d'une manière incontrôlée et tyrannique, voire meurtrière et génocidaire. Face à ce constat, plusieurs conceptions de la démocratie font aujourd'hui la promotion des droits fondamentaux en qualité de garde-fous (Zimmermann, 2023), de freins (Manin, 1994) ou de contrepoids (Mineur, 2017) à l'égard des diverses manifestations du pouvoir. À des fins de clarté pédagogique, nous proposons de décliner cette fonction de balises de sécurité en trois sous-sections, à savoir le contrôle du pouvoir arbitraire, le rôle de contrepoids face à la majorité et l'ascension des cours de justice en tant que gardiennes des promesses démocratiques[91].

#### *2.5.1.1 Les droits fondamentaux comme périmètre de sécurité face au pouvoir arbitraire*

Les droits fondamentaux peuvent tout d'abord être définis comme les protections minimales qui placent les citoyens à l'abri des empiétements de l'arbitraire étatique et gouvernemental. De

[90] Ces approches ne sont pas mutuellement exclusives, nous les divisons aux fins de l'analyse.
[91] Expression empruntée à Garcia (2016).

manière plus précise, les droits fondamentaux inscrits dans un texte constitutionnel sont envisagés comme un moyen de circonscrire les actions de l'État, entendu ici comme le gouvernement et ses appendices (e.a. police, tribunaux). Les droits fondamentaux sont plus tangiblement conçus comme des dispositifs destinés à préserver l'individu de toute immixtion ou atteinte émanant des pouvoirs publics (Chevrier, 2008). De manière complémentaire, les droits fondamentaux se présentent comme des références communes qui énoncent les grands interdits fondateurs d'une société, c'est-à-dire les limites morales qui se doivent d'être reconnues et respectées en tout temps et en tout lieu (Delmas-Marty, 1994). Pensons tout simplement à la prohibition de la torture qui – au regard des droits fondamentaux – ne devrait être avalisée sous aucune circonstance. Par la force des choses, bien que les individus demeurent les dépositaires des droits constitutionnels, ces derniers s'adressent également à l'État dans la mesure où ils vont définir les périmètres de ses champs d'action, les voies qu'il peut emprunter, les limites qu'il doit respecter, les modalités selon lesquelles il peut agir, etc. (Barber, 2018). Les droits fondamentaux créent donc des protections (pour les individus) et des obligations (pour les gouvernements).

Ce faisant, les droits fondamentaux se configurent comme une véritable ligne de défense contre toutes rafales du pouvoir arbitraire, imposant des bornes à l'exercice du pouvoir. Par exemple, la reconnaissance de cette liberté comme un droit fondamental dans de nombreux textes constitutionnels signifie qu'elle constitue une norme juridique supérieure; norme qui ne peut donc pas être restreinte par une action gouvernementale, ou du moins qui ne peut être restreinte que par le biais de l'application d'une autre norme constitutionnelle. Un gouvernement affichant un soutien explicite à Israël ne pourrait donc pas adopter une politique visant à interdire les discours ou les manifestations en faveur de la Palestine. Ou, à tout le moins, si ce gouvernement introduit une telle politique, celle-ci pourrait faire l'objet d'une contestation et être invalidée par un tribunal

compétent à moins que celle-ci s'appuie sur une disposition de dérogation ou sur la nécessité de protéger un autre droit[92].

Pour le moment, résumons que les droits fondamentaux inscrits dans un texte constitutionnel se dessinent comme un véritable « *périmètre de sécurité* » (Orend, 2002 : 112, notre traduction), un « *bouclier juridique et normatif* » (Shue, 1996 : 18¸ notre traduction), un « *espace sacré infranchissable* » (Haarscher, 1993 : 11), etc. Comme l'illustrent ces diverses formulations, les droits fondamentaux peuvent servir à s'assurer que les gouvernements ne puissent pas tomber dans l'oppression et la discrimination, ou encore dans les actions inhumaines, voire dans l'autoritarisme et même dans le totalitarisme. Une telle enceinte infrangible est d'ailleurs généralement consentie à toutes les personnes qui sur un territoire se retrouvent sous le joug d'une constitution, et ce, indépendamment de leur genre, de leur âge, de leur nationalité, de leur fortune, de leur ethnie, de leur langue, de leur religion, de leurs allégeances politiques, etc. (Haarscher, 1993; Drolet, 2010).

Les considérations éthico-juridiques, dans cette première inclinaison, ne consistent donc pas à introduire de nouvelles mesures « positives » (*e.a. politique qui aide le peuple*), mais bien à garantir l'absence de toute mesure « négative » (e.a. *politique qui viole un droit d'un individu*). Que ce soit le droit à l'égalité, à la sûreté, à la liberté et bien d'autres; la protection de tous les droits fondamentaux s'impose – aux yeux de plusieurs – comme une condition *sine qua non* au respect de la dignité humaine et donc à la mise en place d'une société véritablement juste et bonne (Bellamy, 2006; Rousseau, 2022). Le simple fait que les droits fondamentaux protègent chaque individu contre des actions arbitraires et injustes de l'État ne nécessite que peu de justifications, tant le bien-fondé d'une telle protection semble s'imposer de manière évidente.

[92] Nous verrons que les droits fondamentaux peuvent être restreints de manière plus aisée que ne le suggèrent leurs formulations idéalistes. Même la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit un tel aménagement par le biais de la disposition de dérogation (art. 33), qui permet aux législatures fédérales et provinciales de soustraire certaines lois à l'application de la Charte, sous réserve d'un renouvellement tous les cinq ans.

Cela dit, pour certains auteurs, les droits fondamentaux consacrés dans les textes constitutionnels se sont révélés historiquement insuffisants pour véritablement garantir les droits de toutes et tous. L'un des exemples les plus parlants tient à l'appellation même de « droits de l'homme » : bien qu'elle ait été conçue à l'origine pour affirmer le caractère universel des droits de l'individu, elle a parfois servi, par sa récurrence dans les textes constitutionnels, à légitimer des formes d'exclusion – en particulier celles ayant conduit à écarter les femmes de cette prétendue universalité (Chapdelaine-Feliciati, 2010).

Pour completer les protections historiques des droits constitutionnels, des auteurs, tels que Tasioulas (2012) et Benhabib (2011) soutiennent qu'il serait non seulement souhaitable, mais peut-être nécessaire de dépasser une lecture strictement textuelle et juridique des droits fondamentaux pour adopter une vision plus philosophique et éthique. Une promotion des droits fondamentaux dans une telle perspective est susceptible, selon eux, de contribuer à la formulation de revendications visant à faire évoluer le texte constitutionnel (e.a. amendement) ou à adapter son application de manière à assurer une protection effective des droits de tout un chacun. Pour continuer avec le même cas de figure, c'est notamment en embrassant et en promouvant une vision plus substantielle du droit à l'égalité que les mouvements féministes ont réussi – dans différents pays – à faire amender certains textes constitutionnels[93] ou à en ajuster l'application, afin de garantir aux femmes une jouissance effective des mêmes droits et protections que ceux accordés aux hommes, ou du moins plus effective[94]. Dans cette perspective, on peut soutenir que la gouvernance démocratique, lorsqu'elle repose sur une conception éthique des droits fondamentaux, ouvre des horizons normatifs plus vastes, ou encore plus substantiels, par rapport à une vision strictement fondée sur des droits positivés. Pour des auteurs comme Dworkin (1977; 2006), la réalisation des promesses portées par les droits fondamentaux (e.a. liberté, égalité, dignité) exige d'une société qu'elle s'appuie tout autant sur les droits constitutionnels

[93] À titre d'exemple, la Constitution suisse a été amendée en 1971 afin de garantir le droit de vote aux femmes dans les différents Cantons, un changement qui s'inscrit dans une révision de la formulation des droits fondamentaux pour que leur mise en pratique assure une véritable égalité (Beguin, 1998).

[94] Il convient de noter que ces quelques phrases ne sauraient rendre justice à la complexité de la question des femmes et de la garantie effective de leurs droits fondamentaux. L'objectif ici n'est pas d'expliciter cette problématique, mais plutôt de souligner la nécessité d'aller au-delà d'une lecture strictement juridique de ces droits. Pour un approfondissement des enjeux féministes entourant les droits fondamentaux, voir Chapdelaine-Feliciati (2010) et Meyers (2021).

que sur une mobilisation des grands principes moraux qui taraudent les droits fondamentaux dans une perspective plus éthique.

#### *2.5.1.2 Les droits fondamentaux comme contre-force au pouvoir majoritaire*

La seconde grande famille d'effets positifs liés aux considérations éthico-juridiques repose sur leur capacité à constituer une contre-force s'opposant aux décisions qui ont été prises conformément à la volonté du peuple, ou du moins par une pluralité de citoyens au sein de ce peuple. En peu de mots, les considérations éthico-juridiques sont présentées comme un rempart afin qu'aucune loi ne puisse outrepasser ou compromettre les droits fondamentaux d'un seul individu, et ce, indépendamment du niveau d'approbation populaire de cette loi (Rouyer, 2004; Barber, 2018).

De façon plus tangible, dans une conception populaire de la démocratie, la volonté générale qui est mobilisée comme primat de la gouvernance, c'est souvent la volonté de la majorité ou de la pluralité. Lorsqu'il est question de la « volonté du peuple » ou encore de la « volonté générale », ce qui est en réalité invoqué n'est que l'expression des velléités et des intérêts des citoyens plus nombreux, des velléités et des intérêts qui peuvent aller à l'encontre d'autres citoyens moins nombreux (Mineur, 2017; Joxe, 2008). Conséquemment, *a contrario* des prétentions d'émancipation associées à une conception populaire, certains estiment que le fait de coupler l'action législative à la volonté populaire tend à contraindre plusieurs citoyens à se plier à des lois qui ne sont pas les leurs ou encore qui ne sont pas dans leurs intérêts (Fleck et Hanssen, 2013; Barber, 2018). Prélude à une possible dictature du nombre, le pouvoir de la majorité serait donc tout simplement un pouvoir de contrainte par la force du « nombre ». Face à une potentielle tyrannie de la majorité, les droits fondamentaux peuvent être érigés, une fois de plus, tel un rempart de protection. Pour citer Garapon (1996 : 38) : « *Le droit n'est plus à l'entière disposition de la*

*volonté populaire. La souveraineté de représentants du peuple se voit bridée par des principes logés dans ces différents textes*[95] *à l'énoncé clair et concis, et à forte densité morale*. »

À titre illustratif, rappelons que la décriminalisation de l'avortement au Canada résulte d'une décision judiciaire – l'arrêt *R. c. Morgentaler*[96] – et non d'une initiative politique émanant d'une volonté populaire explicitement exprimée. Instituées en qualité de contre-pied à la règle de la majorité, les considérations éthico- juridiques peuvent ainsi tempérer les excès possibles de la règle majoritaire. Leur fonction ne se limite d'ailleurs pas à invalider des lois adoptées à la majorité : de manière plus subtile, elles permettent aussi de faire valoir les droits ou les intérêts de groupes minoritaires qui, bien que négligés par les gouvernements en place, peuvent néanmoins être reconnus par les tribunaux, à la faveur de recours individuels (nous y reviendrons plus en détail dans la fonction incitative des droits fondamentaux). Le respect des droits fondamentaux s'impose ainsi comme une condition de possibilité de l'autodétermination individuelle – autodétermination qui, à son tour, est fréquemment présentée comme l'un des fondements normatifs des promesses démocratiques (Christiano, 2011).

Encore une fois, si une approche philosophique des droits fondamentaux peut inciter un gouvernement à respecter les vues minoritaires (si tel est le souhait dudit gouvernement), pour qu'une loi qui criminalise l'avortement au nom du peuple soit bloquée ou renversée, l'intervention d'un tribunal s'avère nécessaire et ce tribunal a besoin d'une droit positivité pour agir. D'ailleurs, pour citer Chevalier (1994 : 147), « *Les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection* ». Il s'agit ici de l'entrée en scène d'un nouvel acteur au sein de l'exercice démocratique; acteur dont la prépondérance mérite des éclaircissements approfondis.

[95] Dans la mesure où Garapon (1996) propose une analyse centrée sur la France et plus largement sur le contexte européen, il réfère donc à des textes tels que la Constitution française, le traité de Rome, le traité de Maastricht, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que d'autres conventions internationales mobilisées en tant que sources normatives relatives aux droits fondamentaux.

[96] R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

#### *2.5.1.3 Le juge comme gardien des valeurs démocratiques*

Pour dépeindre les implications de l'entrée en scène du juge en tant que nouvel acteur démocratique, il convient d'abord de rappeler que, dans le cadre de leurs fonctions limitatives, les considérations éthico-juridiques constituent des mécanismes destinés à faire obstacle à la domination totale de l'État et/ou à imposer des normes supérieures destinées à contraindre les possibles errements de la majorité. Dans une société qui a ratifié une constitution, toute mesure étatique peut être soumise au contrôle d'un tribunal, lequel est habilité à censurer les dispositions législatives contraires aux droits fondamentaux formellement inscrits dans le texte constitutionnel. Selon Garapon (1996 : 38), une conception de la démocratie qui intègre les droits fondamentaux implique un renversement de l'ordre normatif qui sous-tend l'exercice démocratique. Pour reprendre ses propres termes :

> *L'introduction d'un niveau juridique supérieur à la loi nationale a causé une véritable révolution juridique au sens propre du mot, c'est-à-dire une rotation au terme de laquelle des éléments se trouvent dans une position exactement opposée. Le souverain, qui était encore hier le dernier recours, s'est vu coiffé par une instance supérieure devant laquelle tous ses actes pourront être revus. La justice, qui était un organe de l'État, se retrouve subitement incarner le foyer de légitimité dont procède l'État*.

Cette redéfinition du centre de gravité normatif se manifeste concrètement dans la pratique par la possibilité pour un tribunal d'être saisi d'une affaire[97] visant à apprécier la conformité d'une décision ou d'une politique gouvernementale aux droits fondamentaux et aux protections constitutionnelles. Lorsqu'une telle conformité fait défaut, la loi en question peut être déclarée inconstitutionnelle. Notons d'autant plus que le contrôle de la constitutionnalité des lois comporte une portée rétroactive du fait qu'une loi qui a déjà été déclarée constitutionnelle peut être invalidée si celle-ci est contestée à nouveau avec succès (Tremblay, 2011). Qui plus est, les tribunaux peuvent aussi être saisis pour les « inactions » des gouvernements qui engendrent une violation des

[97] Le contrôle de la constitutionnalité peut aussi passer par un renvoi dans lequel un gouvernement demande lui-même l'avis de la Cour sur une question de droit importante.

droits fondamentaux. Pour soulever un cas de figure, de plus en plus de cours de justice sont saisies par des groupes qui tentent de démontrer que les inactions gouvernementales à l'égard des changements climatiques constitueraient une violation du droit à la sécurité des générations futures (Savaresi et Auz, 2019). En quelques mots, les tribunaux peuvent remettre en cause toute mesure, ou toute forme d'inaction de l'État, lorsqu'elle porte atteinte à un principe constitutionnel.

Ce contrôle de la constitutionnalité attribue aux cours de justice, et par extension aux juges, la responsabilité de « concrétiser » les multiples promesses de protection que nous avons précédemment évoquées. Par ailleurs, en s'assurant qu'aucune loi ne porte atteinte aux droits fondamentaux, le juge ne se contente pas de protéger lesdits droits, mais contribue également à concrétiser les valeurs qui sont promues à travers ceux-ci. Pour des auteurs, tels que Dworkin (2003) et Smith (2008), défendre les droits fondamentaux équivaut à défendre les valeurs et principes intrinsèques à la démocratie. Dans cet élan, le juge se révèle être « *le gardien des promesses de la démocratie* » Garapon (1996 : 1) ou encore le « *véritable centre institutionnel de l'expression démocratique* » (Klein, 2017 : 129).

L'émergence du juge en tant que nouvel acteur de la gouvernance démocratique, tout comme la codification des droits fondamentaux dans un document constitutionnel, dont la révision n'est possible qu'au terme d'une procédure particulièrement rigoureuse et hautement exigeante[98], introduit une distinction significative en faveur des considérations éthico-juridiques, du moins au niveau des droits constitutionnels. Cette distinction réside dans le fait que les droits fondamentaux inscrits dans un texte constitutionnel ont un statut « contraignant », ce qui les rend difficilement contournables. Contrairement aux considérations populaires ou épistémiques, les exigences éthico-juridiques ne relèvent pas d'un « choix » pour le gouvernement porté au pouvoir. Au contraire,

[98] Dans la plupart des ordres juridiques, les droits fondamentaux sont enchâssés dans des textes à valeur constitutionnelle, dont la modification requiert non seulement des majorités qualifiées au sein des organes législatifs, mais parfois également la ratification par voie référendaire ou par les entités fédérées. Une telle exigence procédurale vise à garantir la stabilité et la prééminence de ces droits dans la hiérarchie des normes, en les soustrayant aux fluctuations ordinaires du jeu politique (Rouvillois, 2017). Au Canada, la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a par exemple subi aucune modification depuis sa promulgation en 1982.

dans un pays donné, ces droits contraignent la gouvernance de tous les gouvernements qui se succèdent. Le caractère codifié et juridiquement enchâssé de ces droits leur confère, forcément, une stabilité et une force contraignante (Rouyer, 2003; Rousseau, 2022).

Pour résumer la première fonction « limitative » des droits fondamentaux, on pourrait dire que les considérations éthico-juridiques sont conçues comme une sorte de parapluie normatif ayant comme fonction de *délimiter* – et de *corriger au besoin* – l'organisation et l'exercice du pouvoir du peuple. En qualité de balises du pouvoir, les droits fondamentaux sont dans cette première approche « limitative » couplés à d'autres sources sur lesquelles s'érige ledit pouvoir (e.a. considérations populaires et épistémiques). Dans la prochaine section, nous allons toutefois explorer une seconde grande approche qui soutient que les droits fondamentaux peuvent agir comme un catalyseur « indépendant » de l'action politique.

### 2.5.2 Les droits fondamentaux comme foyer de sens actif de l'exercice démocratique

La seconde grande approche éthico-juridique pose les droits fondamentaux comme principe « incitatif » de l'organisation du pouvoir et de son exercice. Dans cette perspective, les droits fondamentaux sont alors appréhendés tels un « *arrière-plan topique* », c'est-à-dire comme un socle de valeurs, de principes et d'idéaux appelés à irriguer l'activité gouvernementale (De Jonge, 2010 : 2). Ils ne sont donc plus un simple instrument qui réfrène l'intervention étatique dans les sphères de la vie des citoyens, ils sont au contraire vus comme la source sur laquelle cette intervention est activée, orientée et légitimée (Häberle, 2004; Rousseau, 2022).

Cette seconde approche éthico-juridique donne toutefois lieu à de multiples écoles de pensée. Pour des fins de synthèse, nous allons théoriser deux postures à l'égard de la fonction incitative des droits fondamentaux (*minimale et maximale*) avant de montrer en quoi l'une et l'autre sont associées à un avantage significatif, soit de favoriser et même de concrétiser le pluralisme de nos sociétés. Nous conclurons en revenant sur les attributions élargies que cette conception incitative confère au juge et aux cours de justice.

#### *2.5.2.1 Les droits fondamentaux : d'orientations à des exigences normatives*

La littérature offre une diversité de conceptualisations quant à la manière dont les droits fondamentaux peuvent activer et orienter l'action politique. Ces conceptualisations peuvent être situées sur un continuum dont les pôles opposés sont marqués, d'un côté, par une approche davantage tournée vers « l'inspiration » (*que nous appellerons posture minimale*), et de l'autre, par une approche davantage tournée vers la « prescription » (*que nous appellerons posture maximale*).

Dans sa formulation minimale, la fonction incitative présente les droits fondamentaux comme un cadre normatif susceptible d'orienter l'action politique de *manière générale*. Les droits fondamentaux, et les valeurs qui en découlent, sont vus comme un catalogue de grands idéaux qui servent de boussole pour orienter l'action politique (Russell, 1983; Hurley, 2003). Pour illustrer cette fonction, prenons l'exemple du droit à l'égalité. Selon une fonction incitative minimale, le rôle de l'État ne se limite pas à sanctionner les violations de ce droit (*fonction limitative*), il lui incombe également d'assumer une responsabilité positive dans la promotion et la réalisation de l'égalité. Dans cette vision de la démocratie, l'État est donc appelé à déployer des dispositifs législatifs et des politiques publiques qui contribuent, petit à petit, à corriger les déséquilibres structurels et à favoriser l'avènement d'une société plus équitable (et donc de tendre vers la réalisation d'un droit à l'égalité). Les droits fondamentaux, dans ce cadre, ne sont donc pas conçus comme des normes strictes dotées d'une force impérative immédiate, mais plutôt comme une étoile du Nord : un repère symbolique qui oriente la gouvernance sans en figer la trajectoire (Hurley, 2003; Simpson, 2021). Contrairement à une posture dite radicale, dans laquelle les droits fondamentaux imposent des obligations précises et contraignantes, la conception minimale se distingue par une exigence normative moins rigide. Les droits fondamentaux sont de grandes finalités à poursuivre, mais n'imposent pas d'itinéraire précis à suivre pour y arriver, laissant ainsi aux acteurs politiques une marge d'appréciation quant aux moyens à mobiliser pour tendre, petit à petit, vers la réalisation de ces idéaux (MacDonnell, 2013).

Dans la posture plus radicale, les droits fondamentaux sont présentés comme l'alpha et l'oméga de l'action politique, à savoir les fondements et les fins de l'organisation et de l'exercice du pouvoir. Comparativement à la posture minimale, les droits fondamentaux sont traversés ici d'une normativité plus forte, puisque ceux-ci sont posés comme des exigences qui se doivent impérativement de structurer les champs et les orientations des politiques publiques. Les droits fondamentaux peuvent même être définis comme des exigences substantielles, impliquant dès lors une obligation de respect et/ou de mise en œuvre (Brunet, 2009; Lacroix, 2012). Cette posture radicale implique que les droits fondamentaux et leurs corollaires ne sont plus perçus uniquement comme des idéaux à atteindre, mais bien comme des objectifs à combler pour que cet exercice soit jugé légitime. Prenons, à titre d'illustration, le principe de dignité humaine, un élément central des droits fondamentaux. À ce titre, pour mener une existence dite digne (et donc qui respecte le principe de dignité humaine lié aux droits fondamentaux), plusieurs éthiciens soutiennent que l'individu ne doit pas être soumis à « *une détresse économique* », et ne doit jamais subir « *une intolérable pauvreté* » (Fercot, 2012 : 239). Dans cette optique, si l'on admet une telle prémisse, il devient nécessaire que les politiques publiques s'attachent à favoriser l'émergence d'une société en mesure de garantir à chaque citoyen les conditions minimales d'une existence économiquement digne (Fercot, 2012; Shue, 1996). Les gouvernements se trouvent ainsi investis du devoir de donner une effectivité réelle aux droits fondamentaux.

En outre, si on accepte la thèse que les droits fondamentaux posent des exigences minimales « substantielles » à respecter, cela peut se traduire par la nécessité d'introduire des mesures de protection et/ou de soutien en faveur de certains segments de la population, affectés par des particularismes ou des vulnérabilités particulières (Fredman, 2005; MacKinnon, 2011). Dans un monde où les êtres humains naissent inégaux en raison de différences biologiques, sociales, économiques et bien d'autres, l'atteinte des droits fondamentaux peut demander des interventions différenciées, destinées à compenser ces disparités structurelles. La mobilisation des droits fondamentaux devient donc un véritable moteur d'égalité.

En somme, selon cette seconde approche incitative – qu'elle soit minimale ou maximale – les droits fondamentaux se révèlent être bien plus qu'un simple espace de sécurité; ils constituent la pierre d'assise et la boussole de la gouvernance démocratique. À la différence de l'approche limitative, qui fonde sa légitimité sur le bien-fondé de la protection des droits (au sens d'assurer la non-intervention politique face à ces droits), la présente approche fonde son bien-fondé sur la réalisation et l'actualisation de ces droits (l'intervention politique pour concrétiser ces droits). Dans cette vision, pour qu'une gouvernance démocratique soit jugée légitime ou encore bonne, elle doit parvenir à mettre en œuvre, de manière effective et tangible, les droits fondamentaux de chaque citoyen. Contrairement à une conception populaire dans laquelle l'exercice du pouvoir est subordonné à la volonté du peuple d'un point de vue unitaire (laquelle coïncide le plus souvent avec ceux de la majorité), l'approche envisagée ici suppose que les intérêts de chaque individu soient pris en compte comme des leviers structurant l'action politique (Rousseau, 2022).

Comme ces valeurs – telles que la dignité, l'égalité ou la liberté – jouissent d'une reconnaissance largement positive dans l'espace public, le simple fait de soutenir que les politiques publiques s'orientent vers ces valeurs constitue en soi une justification du bien-fondé d'une approche incitative. Effectivement, tous veulent être libres, tous veulent être traités avec respect, tous veulent bénéficier d'égalité, tous veulent être reconnus dans leur dignité, etc. (Orend, 2002).

#### *2.5.2.2 Le juge comme promoteur des valeurs démocratiques*

L'approche incitative confère aux cours de justice un pouvoir qui dépasse la simple mission de protection contre les intrusions pour s'ériger en garant des valeurs fondamentales portées par les politiques publiques. Les juges ne se contentent plus de défendre les droits en tant que barrières contre l'arbitraire; ils veillent également à ce que les décisions politiques incarnent et transmettent les valeurs inhérentes aux droits fondamentaux tels qu'énoncés dans la constitution.

Dans ce modèle, la promotion de l'accès aux tribunaux est conçue comme un vecteur d'émancipation pour les citoyens. Ces derniers ne se voient plus cantonnés à une posture de

spectateurs passifs, ils bénéficient plutôt d'un levier concret leur permettant de faire entendre leur désaccord ou de dénoncer les conséquences pratiques d'une loi au regard de leur interprétation des idéaux constitutionnels. Lorsque la législation est contestée, c'est toute sa valeur sociale et morale qui est mise en balance; les juges exercent une révision judiciaire substantielle en évaluant non seulement les mérites formels du texte, mais également ses impacts sur la vie sociale et les possibles confrontations entre lectures légitimes des droits fondamentaux (Manfredi, 2001; Clarke, 2016). Ce faisant, les tribunaux se positionnent comme un canal indispensable d'expression des voix dissidentes, notamment celles qui s'opposent aux lectures morales majoritaires.

Prenons l'hypothèse d'un gouvernement qui mettrait en œuvre des politiques favorisant certaines pratiques religieuses au détriment d'autres. Un individu, ou un groupe d'individus pourraient alors saisir les tribunaux afin de contester cette politique, en arguant qu'elle méconnaît le principe de liberté de religion protégé par la constitution. La revendication de ces droits ainsi formulée permettrait de freiner toute tentative d'hégémonie idéologique, qu'il s'agisse d'imposer une vision religieuse ou de répondre à des impératifs moraux qui, s'ils étaient appliqués de manière unilatérale, porteraient atteinte à la pluralité des opinions (Pranchère, 2018). En ce sens, le droit devient non seulement un bouclier contre la domination, mais aussi un instrument de reconnaissance et de valorisation de la diversité des convictions.

Au final, la mission du juge s'inscrit dans une dynamique de protection globale et permanente des droits de chaque individu. Conscients que le monde évolue sans cesse, les magistrats disposent d'un pouvoir d'interprétation adaptable, leur permettant de répondre aux besoins émergents et aux mutations sociales induites par les transformations de la modernité (Arnold, 2014). Ce pouvoir, loin d'être anodin, offre à la justice la possibilité d'actualiser en permanence la portée des droits fondamentaux au gré d'un contexte sociétal en perpétuelle redéfinition, assurant ainsi une harmonie entre les principes constitutionnels et la réalité concrète de la vie collective.

Pour résumer les grandes lignes de ce troisième idéal-type, une conception éthico-juridique de la démocratie présente plusieurs avantages majeurs, tant du point de vue de la limitation de l'action

étatique que d'un redéploiement de l'exercice du pouvoir autour de l'individu. Concrètement, sur le plan limitatif, cette conception érige les droits fondamentaux en barrières contre l'arbitraire étatique, la tyrannie de la majorité et les discriminations systémiques, etc. Sur le plan incitatif, les droits fondamentaux se présentent comme des horizons normatifs, voire des exigences à combler, qui deviennent alors l'épicentre de l'exercice démocratique. En cela, cette conception promeut des règles normatives qui reflètent un pluralisme des valeurs apte à accueillir des conceptions variées de la vie bonne. Et l'ensemble de ces avantages trouve sa garantie ultime dans l'intervention des cours de justice.

# CHAPITRE 3 – DE L'ÉPISTÉMOLOGIE À LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE

Dans le chapitre précédent, nous avons proposé un réinvestissement du concept de démocratie afin d'élaborer un nouveau modèle d'analyse, articulant trois représentations distinctes de la démocratie, lesquelles déploient chacune une série d'arguments sur lesquels la gouvernance de la Cité peut être assise, orientée et légitimée. Avant de faire « parler » notre terrain par le biais de ce modèle, il nous faut poser les bases méthodologiques à travers lesquelles nous allons confronter théorie et empirie. Le présent chapitre s'efforcera ainsi de présenter les étapes de la recherche, du positionnement épistémologique jusqu'à l'analyse en passant par les informations relatives à la collecte de données, à l'organisation du matériel empirique et à sa codification.

## 3.1 La question épistémologique

La question du positionnement épistémologique du chercheur dans toute démarche de recherche constitue une première étape de réflexivité importante sur le plan scientifique et cognitif. « *Méthodologie sans épistémologie n'est que ruine de réflexion* », disaient à cet égard Avenier et Thomas (2011 : 1). La présentation de notre approche épistémologique nous permettra de préciser les perspectives d'observation à partir desquelles nous mobiliserons et appliquerons notre modèle d'analyse. Dans cette voie, la proposition de positionnement épistémologique que nous allons adopter s'avère une partie constituante dans notre tentative de renouveler l'analyse du rapport entre la démocratie et la loi pénale.

Notre positionnement épistémologique s'inspire du constructivisme opérationnel de Luhmann. Cette approche épistémologique apparaît de manière éparse dans plusieurs écrits sur le droit, les médias ou encore la société (et non dans un article ou un livre spécifiquement dédié à présenter les prémisses et les implications de son épistémologie). Cette dispersion, doublée d'un style d'écriture souvent qualifié de rébarbatif, voire d'hermétique (Dubé et Garcia, 2017), rend l'exercice de synthèse de sa pensée épistémologique somme toute ardue. Afin de surmonter cet écueil, nous appuyons l'exposé de cette section sur les travaux d'exégètes contemporains de la pensée luhmannienne – tels que ceux

de Ferrarese (2007), Keiding (2011), Rabault (2015) et Le Bouter (2014) – qui se sont attachés à clarifier, à synthétiser et à rendre plus intelligible l'architecture du constructivisme luhmannien. Pour les besoins de la présente analyse, nous présentons le constructivisme opérationnel à travers quatre grands postulats. Ceux-ci ne doivent toutefois pas être envisagés comme des principes indépendants, mais plutôt comme des couches explicatives interdépendantes.

Le premier postulat du constructivisme opérationnel réside dans la nécessité de rompre avec la dichotomie sujet/objet pour lui substituer la notion de « système observateur » (Luhmann, 1990 : 282). Une telle exigence s'impose dès lors que l'on reconnaît que cette dichotomie repose sur un mode de pensée profondément simplificateur, dont les limites peuvent être mises en lumière à partir des critiques formulées par Edgar Morin (1990) à l'encontre des paradigmes structurant la pensée occidentale moderne, paradigmes qu'il qualifie de fondamentalement réducteurs. Selon Morin (1990 : 9), ces modes de connaissance « *mutilent plus qu'ils n'expriment les réalités ou les phénomènes dont ils rendent compte* » et produisent « *plus d'aveuglement que d'élucidation* ».

Au cœur de cette mutilation du réel, Morin identifie notamment la séparation entre sujet connaissant et objet connu, héritée à la fois du positivisme et de certaines traditions métaphysiques. Une telle séparation conduit à fragmenter artificiellement le réel, en isolant les phénomènes de leur environnement ainsi que de l'observateur qui participe à leur constitution. Dans cette manière d'observer, le sujet est tour à tour conçu comme un simple « bruit », c'est-à-dire une perturbation qu'il conviendrait d'éliminer afin d'atteindre une objectivité supposée pure, ou, à l'inverse, comme un principe transcendant absorbant l'objet jusqu'à dissoudre toute réalité extérieure (Morin, 1990 : 55). Morin montre toutefois que ces deux positions, bien qu'opposées en apparence, procèdent d'un même paradigme disjonctif, dans lequel « *la rencontre entre sujet et objet annule toujours l'un des deux termes* » (Morin, 1990 : 56), rendant ainsi impossible toute pensée de leur indissociabilité.

C'est précisément à partir de ce déplacement épistémologique que la notion luhmannienne de « système observateur » trouve sa pertinence. En radicalisant l'exigence formulée par Morin de

penser conjointement le sujet, l'objet et leur environnement, Luhmann propose une approche d'observation permettant d'en dépasser effectivement les apories. Plutôt que d'appréhender le monde à partir d'un sujet qui se tiendrait face à un objet à connaître, le monde est désormais saisi comme le produit d'opérations d'observation réalisées par une pluralité de systèmes observateurs, chacun opérant à partir de ses propres schèmes de distinction et contribuant, ce faisant, à la construction du réel qu'il observe. La question pour le chercheur n'est alors plus de savoir ce qu'est le monde – ce qu'est la démocratie – mais plutôt de savoir comment différents systèmes observateurs (e.a. différents partis politiques à différents moments dans le cadre d'une génération) construisent leurs réalités de différentes manières et avec quelles conséquences pour le monde, pour le droit, le politique, la science ou tout autre système social fonctionnellement différencié au sein de la société moderne. En d'autres termes, en lieu et place du « sujet connaissant », c'est-à-dire d'un sujet capable d'appréhender et de connaître « directement » le monde tel qu'il est (l'objet de la connaissance), Luhmann propose plus précisément de concevoir l'observation comme le produit d'un système observateur auto-référentiel.

Dans cette perspective, un système observateur, qu'il soit social (comme la société) ou psychique (comme une conscience individuelle, incluant celle du chercheur), est décrit comme percevant son environnement uniquement à travers des distinctions qu'il est en mesure d'opérer à partir de ses propres structures internes (Le Bouter, 2014). On trouve une illustration particulièrement éclairante de ce changement de perspective dans le fonctionnement du système juridique. Le système juridique n'observe pas son environnement de manière aléatoire ou libre; il le fait à partir des distinctions qu'il est en mesure d'opérer en fonction de ses propres structures. Il n'évalue pas un comportement en fonction de critères prétendument universels ou objectifs, comme le « juste » ou l'« injuste »; il mobilise plutôt des distinctions internes, comme légal/illégal. Pour le système juridique, un même acte, tel que causer la mort d'autrui, pourra être qualifié de meurtre (illégal) ou de légitime défense (légal), non pas en vertu d'une observation supposément neutre des occurrences phénoménales (ce qui est parfois appelé le monde, les faits, le réel, etc.), mais selon ses propres

critères et ses structures internes. Ce sont ainsi les distinctions spécifiques du système observateur qui déterminent l'observation et la qualification des éléments observés (Rabault, 2015).

Comme en témoigne cet exemple, aucun système observateur n'a un accès direct au « réel » ou un rapport immédiat au monde : chacun construit le monde à partir de ses propres opérations d'observation, c'est-à-dire en fonction des distinctions qu'il est en mesure d'effectuer. Comme l'explique Rabault (2015 : 124), « *le constructivisme opérationnel se fonde sur la récursivité des opérations propres au système* », ce qui signifie que « le système, notamment au plan cognitif, n'est pas en contact direct avec une réalité extérieure ». Ce que nous appelons « observation » n'est pas la saisie d'une donnée brute, mais une construction opératoire. C'est un mode de découpage du « réel » à partir de cadres de référence immanents au système observateur (Rabault, 2015).

Le second postulat, qui prolonge le premier, présente la réalité sociale comme le produit d'une construction systémique – ou plutôt de plusieurs constructions systémiques. Plus concrètement, si de nombreuses approches constructivistes s'accordent à reconnaître que la réalité sociale n'est pas accessible à la connaissance comme une donnée ontologique brute. Cela dit, beaucoup restreignent cette dynamique de construction à des instances localisées, telles que l'individu (en tant que sujet de la connaissance) ou le langage (en tant que médiation symbolique du « réel »). Dans cette perspective, la réalité sociale résulterait principalement des interprétations subjectives ou des effets structurants du discours. Luhmann, pour sa part, radicalise cette idée en l'étendant à l'ensemble de la société et à ses sous-systèmes fonctionnels, tels que le droit, la science, le politique, l'économie, l'art, etc. Selon le sociologue allemand, chacun de ces systèmes repose sur des codes binaires spécifiques (e.a. légal/illégal, vrai/faux, beau/laid), qui opèrent une sélection du « réel » et le reconfigurent en fonction de leurs propres logiques de communication (Keiding, 2011). Des réalités différenciées – « réalités » au pluriel – peuvent donc émerger des observations des systèmes selon leurs opérations de distinction. À ce titre, Rabault (2015 : 213) affirme que :

> *Différentes problématiques coexistent [dans la société contemporaine] qui ne se laissent jamais complètement coordonner. La politique traite de la question de la décision*

> *collective, la science de la vérité, le droit de la légalité, l'art de l'esthétique, la religion de la transcendance, etc. On dispose ici de sémantiques qui ne peuvent être réunifiées.*

À la lumière de la précédente citation, on peut donc dire que, dans la pensée luhmannienne, il n'existe pas de point de vue unifié ou transcendant qui permettrait d'accéder à la réalité sociale « en soi »; il n'y a que des régimes d'observation distincts, portés par des systèmes fonctionnellement différenciés, qui construisent chacun leur propre version du « réel » à partir de leurs opérations et de leurs logiques internes. Autrement dit, la « réalité sociale » ne se présente pas comme un tout homogène, mais comme une pluralité de réalités systémiquement produites, irréductibles les unes aux autres. Pour reprendre une fois de plus les termes de Rabault (2015 : 217) « *la réalité doit donc être construite et peut l'être de diverses manière*s. »

Le troisième postulat du constructivisme opérationnel affirme que chaque observation est traversée de points de cécité et d'angles mort. Comme le souligne Luhmann, observer consiste toujours à produire du sens en rendant visible une certaine configuration du monde – mais cette opération s'accompagne inévitablement d'angles morts. Il évoque à ce propos un « aveuglement » propre à toute forme d'observation : chaque distinction trace une frontière qui rend un aspect du « réel » accessible à l'observation, tout en en dissimulant un autre (Le Bouter, 2014). Cette conception ne relève nullement d'un relativisme nihiliste; elle invite, au contraire, à reconnaître la pluralité des points de vue et à envisager que d'autres découpages du monde sont toujours possibles, en fonction d'autres distinctions (Rabault, 2015). En ce sens, Luhmann pousse plus loin la célèbre maxime de Korzybski selon laquelle « la carte n'est pas le territoire », en affirmant que nous ne disposons pas d'une seule carte, mais d'une pluralité de cartes concurrentes – c'est-à-dire de multiples constructions et schématisations – sans jamais pouvoir accéder directement au territoire « en soi » qu'elles prétendent représenter (Keiding, 2011).

Le quatrième postulat du constructivisme opérationnel concerne plus directement le rôle du chercheur. Si la réalité n'est pas une donnée objective à dévoiler, mais le résultat d'opérations d'observation, alors la tâche de la recherche ne consiste plus à révéler un ordre sous-jacent du monde,

mais à analyser les mécanismes par lesquels des réalités sont produites à travers des observations. À travers cette posture, Luhmann suggère ainsi que le chercheur devienne un « *observateur distancié qui observe les observateurs et par là ajoute un autre niveau d'observation* » (Le Bouter, 2014 : 43). Lorsque le chercheur adopte une telle posture métaobservatrice, ou d'observation de second ordre pour le dire en d'autres mots, son ambition n'est plus de trancher entre des représentations du monde que l'on jugerait vraies ou fausses en elles-mêmes, mais de rendre visible la pluralité des « cartes » proposées par les systèmes observateurs, et ce, en montrant que nul d'entre eux ne peut prétendre à une saisie totale ou exclusive du « réel ».

Si nous appliquons les postulats du constructivisme opérationnel dans le cadre de nos analyses principales, nous pourrons alors nous placer en observateur de second ordre qui examine comment les gouvernements en sont venus à « définir » ou encore à « choisir » leurs expressions démocratiques à travers le choix de perspectives d'observation (à travers l'ensemble du spectre des possibilités). Évidemment, les acteurs politiques ne sont pas des théoriciens qui vont exposer, de manière explicite et systématique, la conception de la démocratie qu'ils ont privilégiée au moment de concevoir une réforme pénale. Bien au contraire, les conceptions de la démocratie qu'ils mobilisent ne sont pas formulées de manière systématique, mais apparaissent de façon fragmentaire et implicite, à travers des choix et des énoncés de divers ordres (e.a. justifications invoquées pour accepter ou rejeter un amendement à la suite de son examen en comité). Comme le souligne Kurki (2013 : 108) dans son étude des différentes manières de concevoir la promotion de la démocratie, ce sont les pratiques discursives – telles que les justifications politiques, les prises de positions stratégiques ou encore les cadrages normatifs au sein des débats parlementaires – qui permettent, une fois analysées, de faire émerger les conceptions sous-jacentes de la démocratie :

> *I suggest here that we can do so by analysing carefully the conceptual leanings with regard to democracy's meaning in the democracy support discourses. Democracy promotion practitioners or policy-makers, of course, are not democratic theorists and may not have developed, or be expected to have developed, systematic philosophical frameworks for how to understand democracy. […] Indeed, detailed and systematic*

> *engagement with democratic theory is, as we shall see, conspicuously absent in today's democracy support. This does not mean, however, that models of democracy – conceptual leanings which conform to or support certain models of democracy – are not present. Through careful interpretation of the conceptual basis of democracy promotion discourses we can gain a sense of the conceptual, and hence also "ideological", leanings of democracy support activity, even when such leanings are accepted or worked with in rather unconscious or unsystematic ways.*

C'est précisément dans l'examen des actions et des pratiques discursives – au premier chef celles qui prennent forme dans l'arène parlementaire – que se manifeste la pertinence d'une approche épistémologique inspirée du constructivisme opérationnel de Luhmann. En adoptant une posture d'observation de second ordre, il devient possible de dépasser la surface des discours pour mettre en lumière les distinctions implicites et les schèmes de justification par lesquels les gouvernements ont défini leur propre conception de la démocratie. Ces distinctions – qu'elles s'appuient sur des principes, des valeurs ou des registres de légitimation particuliers – ne sont jamais neutres : elles s'imposent toujours au détriment d'autres possibilités, qui auraient pu être mobilisées, mais qui ne l'ont pas été.

Ainsi, notre posture épistémologique ne vise pas à trancher sur la validité intrinsèque des conceptions de la démocratie ni à en proposer une hiérarchie normative. Elle permet plutôt de reconstruire, par l'analyse comparée, les modalités concrètes selon lesquelles ces conceptions se sont actualisées dans la fabrique de la loi pénale. Autrement dit, il ne s'agit pas de vérifier si les gouvernements étudiés se sont conformés à l'une ou l'autre des représentations idéales de la démocratie élaborées dans notre cadre théorique, mais bien de mobiliser ce cadre comme instrument d'observation de second ordre, afin de mettre en lumière la manière dont, à travers des choix discursifs et institutionnels situés, ces gouvernements ont façonné leurs propres représentations de la démocratie. En peu de mots, cette posture fait de l'épistémologie un instrument d'analyse : elle offre un cadre d'observation apte à révéler les soubassements des expressions démocratiques mobilisées.

## 3.2 Choix méthodologiques

Au fondement de toute recherche se trouve le choix d'une méthodologie qui englobe toute la philosophie générale dans laquelle s'insère l'étude. Elle inclut le choix de l'approche privilégiée, la nature des données examinées, et plus largement l'ensemble des lignes directrices définissant le cadre général de la recherche (Turcotte, 2000). Dans les prochaines sous-sections, nous procédons à une analyse détaillée des différentes composantes de ce cadre général au sein desquelles ont pris[99] forme nos analyses principales.

### 3.2.1 Une analyse qualitative

L'adoption d'une approche qualitative s'est imposée comme la plus adéquate pour répondre aux objectifs de cette recherche. Qualifiée de « qualitative » en raison des outils et méthodes mobilisés – centrés sur les récits, discours, observations et descriptions détaillées – cette démarche vise à dégager le sens des phénomènes étudiés et à en explorer les significations sociales (Paillé et Mucchielli, 2016). Plusieurs contributions peuvent découler de cette posture méthodologique. Pour en souligner quelques-unes parmi les plus importantes, Sofaer (1999) met en avant la richesse descriptive et explicative que cette approche autorise. Deslauriers et Kérisit (1997) insistent sur sa capacité à éclairer les significations que les acteurs sociaux attribuent à leurs pratiques. Pour Anadón et Guillemette (2007), elle permet d'ancrer l'analyse dans les contextes sociaux et culturels, renforçant ainsi l'intelligibilité des phénomènes. Enfin, Hammersley (2013) souligne la flexibilité de cette méthode, qui facilite l'ajustement des questionnements et l'exploration de nouvelles pistes à partir du terrain.

[99] Nous avons choisi de rédiger les sections suivantes au « passé », laissant ainsi entendre que les analyses ont déjà été menées. Ce choix n'est nullement arbitraire et renvoie à la manière dont nous concevons la méthodologie et l'analyse comme des processus fondamentalement itératifs, plutôt que comme des étapes strictement linéaires et successives. À mesure que l'analyse de nos données progressait, une réflexion rétrospective s'est en effet développée, conduisant à ajuster certains éléments méthodologiques, notamment en ce qui concerne le nombre de politiques retenues. L'avancement dans l'observation de nos données a ainsi permis non seulement de produire des constats empiriques, mais également d'affiner la méthodologie elle-même, dans un va-et-vient constant entre choix méthodologiques, données et constats analytiques.

Plusieurs de ces spécificités se révèlent particulièrement pertinentes pour les objectifs poursuivis par cette thèse. Tout d'abord, nous voulons nous attarder aux conceptions de l'exercice démocratique à travers lesquelles les gouvernements appréhendent leurs rôles et leurs fonctions[100], pour analyser comment ces conceptions – dans toutes leurs nuances – influent sur le choix des normes pénales. Plus largement, l'approche qualitative nous paraît pertinente pour creuser les sens que la collectivité donne aux principes et aux valeurs sur lesquels la gouvernance de la Cité est fondée, orientée, délimitée et justifiée. Ainsi, on peut soutenir que réfléchir à la démocratie revient à interroger les principes, les valeurs et les significations qui structurent la vie politique et sociale, ce qui nécessite à nos yeux une approche qualitative.

Pour atteindre nos objectifs, l'approche qualitative est aussi pertinente dans la mesure où notre but n'est pas d'offrir une cartographie globale de l'ensemble des politiques pénales ratifiées au Canada, mais bien d'offrir des analyses fines et contextualisées d'un nombre volontairement restreint d'entre elles. À cet égard, il convient de souligner que l'approche qualitative apparaît particulièrement appropriée pour une étude dont la visée n'est pas uniquement de décrire les expressions démocratiques ayant orienté la mise en forme des politiques pénales au Canada, mais qui cherche à interroger les implications concrètes de ces expressions dans les processus mêmes de production et de structuration de ces politiques.

### 3.2.2 Une analyse de documents

En sciences sociales, bien qu'il existe différentes manières de collecter des données, nous privilégions l'analyse documentaire, considérant qu'elle offre les outils les plus appropriés à l'examen de notre objet de recherche. Par « analyse documentaire », nous entendons un examen approfondi du contenu des idées telles qu'elles se donnent à voir dans des documents ou dans tout autre médium laissant une « trace du passé » (Cellard, 1997 : 253). La présente thèse s'est donc engagée dans une analyse documentaire, au sein de laquelle le processus de criminalisation a été

[100] Par exemple, un acteur politique perçoit-il son rôle comme étant de protéger l'intérêt général, de simplement appliquer les demandes citoyennes, de protéger les minorités, etc.

examiné à partir de documents, plus précisément de politiques de nature pénale. Au niveau « matériel », les politiques pénales sont composées de deux grands volets et donc de deux types de documentation : 1) les projets de loi qui réfèrent au texte législatif et 2) les débats parlementaires ayant présidé l'adoption desdits textes législatifs. À ces sources primaires s'ajoutent deux types de documents complémentaires permettant de mieux situer le contexte d'élaboration des politiques analysées, soit 3) les résumés législatifs produits pour accompagner les projets de loi et 4) les plateformes politiques des partis, telles qu'énoncées lors des campagnes électorales ayant précédé l'introduction des politiques concernées.

Le premier type de document est le projet de loi en soi, c'est-à-dire le texte juridique qui opère formellement une transformation du droit en modifiant, en ajoutant ou en abrogeant des dispositions législatives. Par exemple, un projet de loi peut supprimer un alinéa du Code criminel qui prévoyait une peine maximale, pour le remplacer par une nouvelle disposition introduisant une nouvelle peine minimale et une nouvelle peine maximale. Le projet de loi constitue ainsi l'instrument normatif par lequel s'actualise la réforme législative.

Le second type de document se rapporte aux débats parlementaires qui représentaient le cœur de la documentation qui est étudiée, puisque la majeure partie des rhétoriques démocratiques ne se retrouve pas dans les dispositions écrites des projets de loi, mais bien dans les argumentaires qui sont utilisés par les parlementaires pour justifier la mise en place, ou l'opposition à la mise en place, de telles modifications législatives. C'est en effet dans les discours que nous pouvions faire ressortir les enjeux entourant la définition de la démocratie, pour ensuite analyser leurs implications sur le processus de criminalisation.

Au niveau des débats parlementaires, il convient de préciser que notre analyse ne se limitait pas aux seuls arguments ayant présidé à la formulation des politiques pénales par le gouvernement en place. Elle prenait également en compte les arguments formulés en opposition et les analyses des témoins entendus en comité parlementaire. Effectivement, le jeu de contre-arguments pouvait à notre sens

révéler des nuances très pertinentes pour nos questionnements sur la démocratie. Par exemple, si un membre d'un parti d'opposition affirme que le gouvernement néglige l'intérêt général, et que ledit gouvernement choisit de faire abstraction de cette critique, cette situation a pu dévoiler plusieurs aspects relatifs à la conception démocratique qui est privilégiée.

Le troisième type de document analysé était constitué des résumés législatifs produits par les services de recherche parlementaire. Ces documents, qui accompagnaient presque systématiquement les projets de loi, présentaient de manière synthétique les objectifs officiellement poursuivis, les principales modifications envisagées, ainsi que les éléments de contexte jugés pertinents. C'est précisément cette dernière dimension qui justifiait leur inclusion dans notre corpus, dans la mesure où ces résumés permettaient d'accéder à un arrière-plan explicatif esquissé parfois trop sommairement dans les débats parlementaires. Par exemple, lorsqu'un projet de loi visait à répondre à une décision de la Cour suprême, le résumé législatif explicitait les exigences formulées par la Cour. Une telle documentation contribuait ainsi à rendre explicites certains fondements techniques, juridiques ou institutionnels qui entouraient les propositions législatives. En ce sens, ces documents constituaient une documentation complémentaire pertinente pour saisir certaines logiques ou éléments de contexte sous-jacents aux politiques analysées.

Le quatrième et dernier type de document étudié – lui aussi de nature complémentaire aux projets de loi et aux débats parlementaires – était constitué des plateformes électorales des gouvernements. L'intégration de ces documents s'avérait pertinente dans la mesure où elle permettait de resituer les politiques pénales dans le contexte plus large de leur élaboration. Les plateformes électorales constituaient plus précisément un point d'appui pour examiner si une réforme donnée procédait d'un engagement explicite formulé en amont ou si elle s'inscrivait dans une orientation programmatique plus générale – voire, à l'inverse, si elle s'en écartait ou entrait en tension avec les promesses électorales du gouvernement. Elles offraient ainsi des repères précieux pour éclairer, à la lumière de nos questionnements sur la démocratie, certains enjeux politiques qui présidaient à la formulation des réformes étudiées.

### 3.2.3 Une analyse de discours

Un autre aspect essentiel à préciser concerne l'inscription de notre travail d'analyse dans la tradition de l'analyse du discours, entendue ici dans son acception la plus large, car il convient de mentionner qu'il existe – dans le champ des sciences sociales – plusieurs débats sur les divergences et convergences entre l'analyse de contenu et l'analyse du discours. L'analyse de contenu a été typiquement associée à une démarche visant à opérer une catégorisation des unités textuelles sous forme de thèmes (e.a. quels sont les grands thèmes qui traversent la communication), tandis que l'analyse de discours propose une approche plus interprétative des pratiques discursives (e.a. quelles sont les dynamiques de production du sens qui sous-tendent les pratiques discursives). Ces définitions restent imprécises, en partie parce que les frontières de ces deux types d'analyse sont de plus en plus remises en question. À cet égard, Duchastel (1993 : 159) souligne :

> *Il n'est plus pertinent de distinguer entre analyse de contenu et analyse de discours, car il ne devrait plus y avoir d'analyse de contenu qui ignore totalement la nature langagière du discours ni, non plus, d'analyse du discours qui ne pense la relation avec ses conditions sociohistoriques de production.*

En nous inscrivant dans la perspective proposée par Duchastel (1993), nous avons opté pour une approche de l'analyse du discours dans sa définition élargie, intégrant à la fois des éléments d'analyse de contenu et d'analyse du discours. À cet égard, nous avons étudié à la fois 1) les thématiques qui taraudaient les déclarations directes et 2) les significations sous-jacentes qui se dissimulent derrière les mots eux-mêmes, les choix lexicaux, les structures syntaxiques ou encore les stratégies argumentatives. Autrement dit, nous avons considéré ce qui est ouvertement dit et écrit (traiter le contenu explicite) et le contenu latent qui se cache derrière ce qui est dit et écrit (extraire le contenu implicite). Pour clarifier, empruntons l'image proposée par Gee (2010) qui compare la communication à un iceberg : seule une petite « pointe » est énoncée ouvertement, tandis qu'une vaste partie, dissimulée sous la surface, demeure implicite, mais tout aussi significative, voire plus massive. Se concentrer uniquement sur la pointe (analyse de contenu) peut priver l'analyse de nombreux éléments essentiels, tandis qu'une analyse qui se focalise exclusivement sur l'aspect caché

(analyse du discours) peut engendrer une omission d'éléments tout aussi importants. Pour éviter l'un et l'autre de ces pièges, notre démarche s'est ainsi attachée à conjuguer l'étude des thématiques apparentes et les significations latentes par le truchement d'une analyse des contenus et des discours.

Si cette acception élargie de l'analyse du discours peut s'avérer pertinente pour une pluralité d'objets de recherche, elle se révèle particulièrement féconde – voire incontournable – dans le cadre d'une étude portant sur les rapports entre démocratie et l'élaboration des politiques pénales. En effet, lorsqu'il s'agit de saisir les conceptions de la démocratie qui sous-tendent les processus de criminalisation, il devient indispensable d'articuler l'analyse des thématiques explicitement abordées à celle des représentations implicites.

Comme nous l'avons déjà souligné, les parlementaires ne formulent pas toujours, voire très rarement, de manière explicite leur conception privilégiée de la démocratie. Ainsi, conformément à ce qui a été annoncé dans la présentation de notre posture épistémologique, notre démarche a consisté à reconstituer, à partir de fragments discursifs parfois disjoints, les visions de la démocratie qui se trouvent mobilisées – souvent de manière latente – dans les interventions parlementaires. Une telle approche suppose de croiser l'examen des enjeux thématisés avec celui des significations sous-jacentes véhiculées à travers les diverses formes de prise de parole au sein des débats parlementaires : discours de présentation des projets de loi, justifications avancées en faveur ou en défaveur d'un amendement, réponses formulées face aux critiques de l'opposition, etc.

### 3.3 Constitution et contour du corpus empirique

Comme le souligne Pires (1997), la constitution d'un corpus empirique peut prêter à confusion, en particulier en raison de l'usage de notions centrales – au premier chef celle d'« échantillon » – dont les acceptions demeurent souvent variables, voire flottantes. Dans cette perspective, et afin de clarifier les fondements de notre propre démarche, il importe de revenir sur une série de concepts structurants, toujours en nous appuyant sur les définitions proposées par Pires (1997), qui encadrent la construction de notre corpus.

Dans un premier temps, il y a l'univers général – ou les univers généraux – qui renvoie aux ensembles théoriques plus larges dans lesquels le chercheur aspire à rattacher les résultats de sa recherche. Ces ensembles théoriques ne sont pas définis empiriquement, mais désignent les contextes, situations ou cas similaires dans lesquels les résultats de la recherche pourraient, de manière heuristique ou analytique, être appliqués ou généralisés. Dans un second temps, il y a l'univers de travail qui désigne le terrain effectif, c'est-à-dire les unités empiriques que le chercheur observe ou analyse, que ce soit partiellement (un échantillon d'unités dans le cas d'une structure conventionnelle) ou intégralement (la totalité des unités dans le cas d'une structure ouverte). Dans une structure conventionnelle, il importe de préciser que l'univers de travail peut lui-même constituer une sous-sélection à l'intérieur d'un univers théorique plus large. Il agit alors, en quelque sorte, comme un premier niveau d'échantillonnage, à partir duquel sera ensuite extrait un échantillon opérationnel destiné à l'analyse proprement dite. Sur ce point, et dans un troisième temps, un autre concept mobilisé est celui de l'échantillon opérationnel, soit le sous-ensemble délibérément sélectionné à l'intérieur de l'univers de travail, selon des critères méthodologiques explicites.

Dans le cas d'une structure conventionnelle, comme c'est le cas pour notre recherche, l'univers de travail et l'échantillon opérationnel sont choisis de manière à permettre la production d'un savoir empiriquement fondé, susceptible d'être généralisés à l'ensemble de l'univers de travail (généralisation empirique), voire, dans certains cas, utilisés pour orienter l'analyse vers des niveaux d'abstraction plus élevés des univers généraux (généralisation théorique). Face à la question des généralisations en recherche qualitative, Pires (1997) rappelle que leur portée ne repose pas sur la représentativité statistique, mais bien sur l'hétérogénéité structurelle de l'univers de travail et de l'échantillon retenu. Autrement dit, c'est la diversité intentionnellement construite du corpus qui confère aux résultats leur pouvoir heuristique. Pour mieux conceptualiser cette logique, Pires propose de distinguer deux formes de diversification : la diversification externe et la diversification interne. La diversification externe signifie de construire un corpus dans le but « *de donner un portrait global d'une question ou de contraster un large éventail de cas variés* » (Pires, 1997 : 64), tandis que la diversification interne signifie de créer un corpus afin de « *donner un "portrait*

*global", mais seulement à l'intérieur d'un groupe restreint et homogène d'individus* » (Pires, 1997 : 65). En somme, le choix d'un univers de travail structuré par une certaine hétérogénéité permet de viser des conclusions susceptibles d'éclairer des univers généraux. Pour sa part, l'échantillon n'a pas pour fonction de refléter proportionnellement les caractéristiques de l'univers de travail, mais plutôt de construire une diversité signifiante, c'est-à-dire porteuse de sens au regard de l'objet étudié et des visées analytiques poursuivies.

Avec ces précisions conceptuelles établies, nous pouvons maintenant introduire les éléments qui constituent notre corpus :

1) Nos univers généraux : Les influences des expressions démocratiques sur l'exercice de construction de la loi pénale.
2) Notre univers de travail : Les trois gouvernements canadiens de la dernière génération
3) Notre échantillon opérationnel : Douze politiques (quatre politiques pour chaque gouvernement).

Si les univers généraux renvoient aux questionnements théoriques que nous avons problématisés dans les chapitres précédents, il faut maintenant s'attarder avec plus de précision aux opérations, et surtout aux justifications, qui ont orienté le choix de notre univers de travail et de notre échantillon opérationnel.

### 3.3.1 Notre univers de travail : Les gouvernements de la dernière « génération »

Il a été mentionné en introduction de ce projet que, d'un point de vue temporel, notre analyse porte sur les gouvernements canadiens de la dernière génération[101]. Notre univers de travail est donc

[101] Il importe de préciser que la notion de génération n'est pas mobilisée ici comme une catégorie d'analyse théorique, mais comme un simple outil de délimitation temporelle à des fins méthodologiques. Son usage vise à circonscrire une période d'environ trois décennies permettant d'intégrer au corpus trois gouvernements fédéraux aux orientations politiques distinctes et, ce faisant, d'assurer une plus grande diversification des matériaux analysés. En ce sens, le terme génération ne renvoie pas à l'existence d'une cohorte préalablement constituée partageant des caractéristiques sociologiques, culturelles ou politiques communes, comme peuvent l'être les générations X, Y ou Z. Il sert uniquement à désigner une séquence temporelle donnée, sans présumer de l'existence d'une unité générationnelle au sens analytique ou sociologique du terme.

constitué des politiques pénales 1) du gouvernement libéral de Jean Chrétien et Paul Martin, 2) du gouvernement conservateur de Stephen Harper, et 3) du gouvernement libéral de Justin Trudeau. Afin d'expliciter ce choix d'univers de travail – et de clarifier la direction vers laquelle s'orienteront nos analyses et les types de généralisations que nous recherchons (empiriques vs théoriques) – il semble opportun de rappeler notre question de recherche ainsi que les objectifs qui y sont associés. À titre de rappel, voici ce qui avait été énoncé en introduction :

**Quelles considérations démocratiques ont structuré l'exercice de construction de la loi pénale en sol canadien entre 1993 et 2025?**

De cette question de recherche découle une série d'objectifs, soit :

1. Problématiser théoriquement et empiriquement l'exercice de construction de la loi pénale par le prisme de la démocratie et ses multiples visages;
2. Documenter les considérations démocratiques invoquées par les trois gouvernements canadiens de la dernière génération, lors de l'exercice de construction de la loi pénale;
3. Dresser un portrait des expressions démocratiques qui ont structuré l'exercice de construction de la loi pénale sur une génération de gouvernements et souligner les différentes implications que ces expressions ont pu avoir sur les choix de normes pénales;
4. Rendre compte des incidences que les différentes considérations démocratiques peuvent avoir sur l'évolution ou la non-évolution du droit criminel

La question de recherche ainsi que les objectifs de recherche deux et trois s'ancrent résolument dans l'empirie; les réponses qui leur sont apportées relèvent d'une généralisation empirique (de l'échantillon vers l'univers de travail). Le premier et le quatrième objectifs, pour leur part, s'ancrent dans l'empirie tout en la dépassant largement, dans la mesure où leur réalisation exige des généralisations théoriques (de l'univers de travail vers nos univers généraux). Dans le cadre de ce deuxième volet, l'analyse des œuvres de ces gouvernements constitue ainsi « l'étape

intermédiaire » afin de formuler des généralisations théoriques sur le rapport entre démocratie et l'exercice de construction de la loi pénale. *Ipso facto*, la finalité de cette recherche ne réside pas tant dans l'évaluation empirique des politiques échantillonnées que dans les théorisations susceptibles d'émerger de leur analyse.

Pour éviter que l'affirmation selon laquelle les politiques et les gouvernements ne constituent pas la « finalité » de notre recherche soit perçue comme une dévalorisation de l'importance de notre démarche empirique, permettons-nous un parallèle. Dans notre thèse de maîtrise, nous avions étudié une série de politiques pénales du gouvernement Harper pour en décrire l'ancrage populiste : la finalité empirique et théorique était alors d'analyser l'approche pénale du gouvernement Harper et d'expliquer sa portée populiste (l'étude de l'œuvre de Harper était ainsi une finalité en soi). Dans le cas de la présente thèse, nous avons étudié d'autres politiques du gouvernement Harper (et celles de deux autres gouvernements), mais nous ne nous arrêtons pas à l'analyse des politiques de ces gouvernements; nous utiliserons l'analyse de ces politiques pour tirer des constats plus larges sur le binôme « démocratie – loi pénale ».

Affirmer que les gouvernements ou les politiques étudiés ne sont pas la finalité de notre recherche ne signifie pas que nous n'avons qu'un intérêt superficiel envers notre empirie. Au contraire, c'est plutôt de dire que nous voyons dans notre corpus un prisme fécond pour tirer des constats beaucoup plus larges. Rajoutons également que notre étude s'inscrit dans une démarche exploratoire, et non dans une visée exhaustive visant à établir l'ensemble des implications possibles de la démocratie dans la gouvernance pénale des trois gouvernements étudiés. Elle entend plutôt mettre en évidence en quoi un approfondissement du concept de démocratie peut constituer une voie heuristique féconde pour éclairer autrement les dynamiques de construction de la loi pénale. Dans cette perspective, l'empirie mobilisée sert également de terrain d'épreuve pour notre propre élaboration théorique sur le concept de démocratie, en ce qu'elle permet d'en mettre en lumière tant les apports que les limites, dans l'optique d'éventuels ajustements et approfondissements au sein de travaux ultérieurs.

Maintenant, pour montrer comment notre univers de travail semble être un prisme fécond pour tirer des généralisations théoriques sur la chorégraphie dans laquelle s'entrelacent la loi pénale et la démocratie, il est nécessaire de préciser les justifications et les raisons qui sous-tendent notre choix de faire des politiques des trois derniers gouvernements notre univers de travail. Primo, une génération politique constitue un jalon significatif sur les plans historiques, sociopolitiques et culturels, en ce qu'elle permet de saisir des continuités et des inflexions au-delà des conjonctures immédiates. Secundo, la diversité idéologique et partisane des administrations ayant gouverné le Canada au cours des trente dernières années offre un éventail contrasté de configurations politiques, propice à l'épreuve comparative du cadre théorique proposé. Approfondissons, tour à tour, ces deux points.

Commençons par la question de la « génération ». Au-delà du simple cycle biologique de reproduction, le concept de génération humaine constitue une échelle temporelle d'analyse particulièrement pertinente (Mauger, 2015). En effet, une génération constitue une période spécifique durant laquelle un ensemble d'individus partage des expériences culturelles, sociales et historiques communes qui vont façonner leur vision du monde et moduler ainsi les pratiques et les actions (telles que la gouvernance). Selon Mauger (2015), l'étude d'une génération se distingue dès lors par sa capacité à sonder une époque marquée par des contextes et des caractéristiques spécifiques, au sein desquels émergent des représentations collectives du monde et des enjeux partagés[102]. De plus, Mauger (2015) rajoute qu'une génération est un espace-temps suffisamment large pour appréhender en profondeur les dynamiques de transformation et de mutation qui s'y manifestent au sein de cette grande vision du monde. L'étude d'une génération comporte, en d'autres mots, un double intérêt : elle permet d'ancrer nos analyses dans un même contexte sociohistorique, tout en offrant une latitude suffisante pour analyser les dynamiques et les évolutions qui s'y déploient.

[102] Prenons par exemple la génération de 1925 à 1950. L'étude de cette génération nous permettrait de comprendre comment la Seconde Guerre mondiale, qui a provoqué des ruptures profondes, tant individuelles que collectives, a façonné de nouvelles visions du monde et fait émerger de nouvelles représentations des buts et des visées de l'action politique.

Appliquée à notre champ de questionnement, cette perspective montre que l'étude d'une génération présente tout d'abord l'intérêt d'étudier les différentes représentations démocratiques qui ont pu émerger dans les contextes historiques, sociopolitiques et culturels les plus récents. Un tel choix présente également l'avantage de limiter les risques de comparaisons anachroniques, en évitant de confronter des contextes trop dissemblables au regard des enjeux qui nous occupent. Cela dit, une génération conserve néanmoins une ampleur temporelle suffisante pour explorer les variations dans les pratiques politiques au sein d'une même époque. D'ailleurs, soulignons que nous sommes loin d'être les seuls à avoir privilégié l'étude d'une génération comme clé de lecture des pratiques sociétales. D'autres auteurs ont également opté pour un tel découpage. Pensons notamment à Guibentif (2010) avec son ouvrage intitulé *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : une génération repense le droit*.

Par la suite, la dernière génération de gouvernements canadiens nous apparaît particulièrement heuristique, dans la mesure où elle concentre, sur une période relativement circonscrite, une pluralité d'orientations politiques et idéologiques contrastées. Les trois gouvernements étudiés incarnent, chacun à leur manière, des orientations politiques distinctes, que nous présenterons de façon synthétique ci-dessous. Il convient toutefois de souligner que chacun d'eux a exercé le pouvoir pendant près d'une décennie; tout portrait d'ensemble demeure nécessairement partiel et vise strictement à dégager les grands alignements idéologiques et politiques qui structurent ces administrations.

Tout d'abord, le gouvernement libéral de Jean Chrétien et de Paul Martin est généralement présenté comme s'inscrivant au centre de l'échiquier politique. À titre illustratif, Boily (2014 : 65) décrivait l'héritage législatif de ce gouvernement comme un « ensemble de propositions centristes et modérées ». Sur le plan budgétaire, cette période est généralement associée à une gestion dite « *rigoureuse et équilibrée* » (Jones, 2003 : 35), même si certains y voient des accents d'« *austérité* » (Lacroix, 2019 : 418), notamment en raison des compressions budgétaires dans les transferts aux provinces et dans la fonction publique. Elle est ainsi souvent décrite comme ayant cherché à conjuguer l'assainissement des finances publiques avec le maintien d'un rôle actif de l'État en

matière sociale, inscrivant la discipline budgétaire dans une perspective qui ne renonçait pas explicitement aux objectifs d'égalité. Cette caractérisation trouve un écho particulier dans les politiques sociales mises en œuvre au cours de la période. Sous Chrétien, la Prestation nationale pour enfants a été instaurée afin de soutenir les familles à faible revenu, contribuant à une diminution marquée de la pauvreté infantile. L'administration Martin a prolongé cette dynamique, notamment par une augmentation des investissements en santé et par la signature de l'Accord de Kelowna, visant à améliorer les conditions de vie des peuples autochtones. Plus largement, les deux gouvernements ont soutenu diverses initiatives destinées à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, en consolidant les cadres relatifs à l'équité salariale et en appuyant des programmes favorisant la participation des femmes dans différents secteurs (Clarkson, 2005; Harder et Patten, 2006).

Pour sa part, le gouvernement conservateur de Stephen Harper s'est explicitement inscrit dans un alignement à droite, plusieurs observateurs le présentant comme l'un des gouvernements les plus idéologiquement affirmés depuis le début du XXe siècle (Jeffrey, 2015). Sur le plan budgétaire, cette orientation s'est traduite par une volonté de réduire la taille de l'État, de diminuer les impôts – notamment par l'abaissement de la taxe sur les produits et services de 7 % à 5 % – et de procéder à des compressions importantes dans les programmes fédéraux et la fonction publique. Cette approche visait à restreindre l'intervention publique et à favoriser l'expansion du marché privé. Sur le plan social et moral, le gouvernement Harper a assumé une critique frontale de l'héritage libéral, qu'il associait à un interventionnisme excessif et à un affaiblissement des repères traditionnels. Revendiquant la nécessité pour la droite de se préoccuper non seulement des coûts de l'État, mais aussi de ses valeurs, il a cherché à réorienter le cadre normatif canadien vers un conservatisme plus marqué. Concrètement, cette posture s'est manifestée par le relèvement de l'âge du consentement sexuel, des réductions du financement à certains programmes liés aux droits des femmes et des minorités sexuelles, l'abrogation de l'Accord de Kelowna ainsi que le retrait du Canada du Protocole de Kyoto. L'ensemble de ces choix témoigne d'une volonté cohérente de repositionner l'action publique selon un référentiel conservateur, tant économique que moral et social (Cros, 2015; Boily, 2016).

Sous la direction de Justin Trudeau, le gouvernement libéral est largement présenté comme s'inscrivant dans une orientation plus nettement progressiste que les administrations fédérales qui l'ont précédé (Birch et Pétry, 2019). Sur le plan économique, cette orientation s'est traduite par l'adoption assumée d'une posture interventionniste, marquée par une augmentation soutenue des dépenses publiques et par le recours à des déficits budgétaires afin de financer des politiques sociales d'envergure. Parmi celles-ci figurent l'Allocation canadienne pour enfants, la mise en place d'un programme national de services de garde à faible coût, un programme fédéral de soins dentaires ainsi que l'amorce d'un régime d'assurance médicaments (Dinan et Béland, 2024). Sur le plan social, le gouvernement a mis de l'avant des initiatives visant à promouvoir l'égalité, la diversité et l'inclusion, notamment par l'adoption d'un Plan d'action fédéral 2ELGBTQI+, la réconciliation avec les peuples autochtones, etc. La portée progressiste des politiques de l'ère Trudeau demeure toutefois débattue, certains y voyant des transformations substantielles, tandis que d'autres y voient plutôt une période marquée par des mesures symboliques, dont l'impact concret reste plutôt limité (Findlay, 2022).

#### *3.3.1.1 Une génération de gouvernements diversifiés*

À la lumière de la présentation précédente, le choix des gouvernements issus de la dernière génération apparaît comme répondant aux conditions de la diversification externe dans la définition de notre univers de travail. Pour étayer cette affirmation, il convient de mettre en relief certaines caractéristiques transversales de cet univers, de manière à en faire ressortir l'hétérogénéité structurelle (voir supra). Il semble pertinent de commencer par admettre que l'échiquier politique traditionnel demeure un cadre d'analyse qui s'avère parfois réducteur pour appréhender les approches politiques, notamment en raison de la diversité et de la complexité des actions constitutives de ces approches. En effet, certains gouvernements vont parfois davantage embrasser des positions plus conservatrices sur certains enjeux (e.a. économie) et des positions plus progressistes sur d'autres (ex. droits des minorités).

Le fait de placer l'approche d'un gouvernement sur l'échiquier « droite - gauche » peut ainsi réduire la complexité de ses positions et de ses interventions. Cette complexité se manifeste également lorsqu'on reconnaît que le spectre politique ne s'arrête jamais à une extrémité fixe : il y a toujours plus à droite ou plus à gauche. Pour illustrer ce point, considérons le paysage politique canadien en 2024. Si l'on situe le Parti conservateur de Pierre Poilievre dans la partie droite de l'échiquier, il apparaît néanmoins que le Parti populaire de Maxime Bernier occupe une position encore plus à droite sur ce même axe. Dès lors, si on affirme que le parti conservateur est à droite, on peut occulter l'existence de possibilités qui sont encore plus à droite (bien que plus marginales en termes d'appuis). Qui plus est, la catégorisation sur l'échiquier peut considérablement varier d'un pays à l'autre en fonction des contextes historiques, sociaux et culturels. Pour prendre un cas de figure, un acteur politique qui est qualifié de « gauche » aux États-Unis, serait probablement perçu comme appartenant davantage au « centre » au Canada. Bref, l'échiquier politique traditionnel peut réduire la richesse, la fluidité, la complexité, ainsi que l'historicité et la spécificité culturelle des positions idéologiques et politiques. Néanmoins, malgré les limites inhérentes à cette grille de lecture, l'échiquier politique traditionnel « droite / gauche » conserve un intérêt non négligeable. En effet, il se révèle comme un outil précieux, permettant de situer et de comparer, de manière générale, les grandes tendances et pratiques gouvernementales. Il offre ainsi un cadre de référence utile pour appréhender les orientations dominantes des choix politiques et idéologiques.

Une fois ces limites de l'échiquier politique reconnues, notre découpage temporel met en évidence trois gouvernements qui, dans les grandes lignes, reflètent les principales orientations structurant cet espace. Sans prétendre que ces gouvernements représentent les expressions optimales des grands courants idéologiques et politiques, ils incarnent néanmoins les principales positions sur l'échiquier politique. Notre univers de travail est donc composé d'un gouvernement qui a adopté une position plus à droite (Harper), un gouvernement qui a adopté une position plus au centre (Chrétien et Martin), et un gouvernement qui a adopté une position plus à gauche (Trudeau).

Que ce soit le choix d'une échelle temporelle couvrant une génération ou le fait que ces gouvernements couvrent les grandes positions sur l'échiquier politique, nous estimons que notre univers de travail réunit les conditions nécessaires pour satisfaire aux exigences de la diversification externe, soit « *de donner un portrait global d'une question ou de contraster un large éventail de cas variés* » pour reprendre les mots de Pires (1997 : 64). Il convient désormais de préciser les politiques retenues dans cet univers de travail, ainsi que les justifications inhérentes à ces choix.

### 3.3.2 Notre échantillon : Des politiques pénales de différents ordres normatifs

Pires (1997 : 122) présente l'échantillon comme « *une petite quantité de quelque chose pour éclairer certains aspects généraux du problème* ». Avant d'aborder les critères de sélection de cette « petite quantité », il semble ainsi nécessaire de clarifier la nature de ce « quelque chose ». Si nous avons déjà dit que nous travaillons les politiques de nature pénale, il faut en effet préciser plus concrètement ce que nous entendons précisément par « politiques » et par « pénales ».

#### *3.3.2.1 Les différentes cibles normatives des politiques pénales*

Commençons par préciser que la définition que nous retenons du terme *politique* s'inscrit dans la conception des politiques publiques, entendues comme un « *programme d'action gouvernementale dans un secteur de la société ou un espace géographique* » (Muller, 2015 : 20). Autrement dit, nous appréhendons les politiques comme l'ensemble des interventions législatives portées par les représentants élus, c'est-à-dire comme les formes institutionnalisées que prend l'action publique lorsqu'elle s'inscrit dans un cadre normatif et décisionnel.

La notion de « pénal » se révèle quant à elle plus ambivalente, dans la mesure où elle fait l'objet d'interprétations plurielles selon les cadres disciplinaires ou les contextes d'usage. Dans le cadre de cette thèse, nous retenons une acception usuelle du terme, à savoir celle qui renvoie aux politiques relatives au droit criminel. Pour sa part, le droit criminel tend à être appréhendé autour de trois

grandes catégories normatives : les normes de procédure, les normes de comportement et les normes de sanction (Pires, 2001). Dans cette thèse, nous définissons ainsi une politique pénale comme une intervention législative qui introduit, modifie et/ou abroge au moins une norme relevant de l'une ou l'autre de ces catégories. Bien que ces trois catégories soient conceptuellement distinctes, il importe de souligner que, dans la pratique, les gouvernements tendent fréquemment à élaborer des politiques qui intègrent simultanément plusieurs types de normes pénales. Bien que les politiques se matérialisent souvent en une combinaison de ces types de normes, il s'avère essentiel de définir les grandes lignes de chacune de ces catégories de normes en matière de droit criminel.

*Primo,* une norme de comportement est une prescription normative qui définit l'aspect prohibé ou non-prohibé d'un comportement au sein d'une société. Lorsqu'une nouvelle norme de comportement est instaurée, cela entraîne la création de nouveaux interdits ou, à l'inverse, l'abrogation d'anciens interdits. *Secundo,* une norme de sanction constitue une prescription normative définissant ou modifiant les sanctions applicables en cas de violation d'une norme de comportement. Il semble possible de distinguer, à cet égard, deux grandes catégories de normes de sanction. La première catégorie renvoie à des normes qui instituent (e.a. créent, modifient ou abrogent) des peines pour des infractions spécifiques. Le deuxième type de norme de sanction renvoie aux normes qui modifient un cadre général relatif à la détermination de la peine. Ce type de norme de sanction renvoie ainsi davantage aux grands principes qui sous-tendent le choix des peines (e.a. objectifs de la peine à l'article 718 du Code criminel). *Tertio*, une norme de procédure structure, quant à elle, les règles et obligations encadrant les actions des agences pénales ainsi que les droits des accusés tout au long du processus judiciaire, qu'il s'agisse de l'arrestation, de l'enquête, du déroulement du procès, etc. Ces normes définissent, entre autres, les modalités selon lesquelles les forces de l'ordre peuvent mener leurs enquêtes, la manière dont les procureurs doivent présenter les preuves, la structure et le déroulement du procès, les garanties procédurales accordées à l'accusé, et bien d'autres.

#### *3.3.2.2 Critères d'échantillonnage et présentation de l'échantillon*

Si l'on définit les politiques pénales comme toute intervention législative ayant pour effet de toucher, au minimum, l'une de ces trois grandes catégories de normes, notre recension[103] met en évidence que les gouvernements Chrétien et Martin ont ratifié 31 politiques pénales, le gouvernement Harper 65 et le gouvernement Trudeau 28.

Précisons que ces chiffres ne sauraient, à eux seuls, refléter l'ampleur des transformations induites sur les pratiques pénales par chacun de ces gouvernements. En effet, certains de ces projets de loi introduisent des transformations normatives majeures (e.a. permettre des peines de prison à vie consécutives afin de garantir que le condamné ne puisse jamais être libéré), tandis que d'autres apportent des modifications mineures (e.a. supprimer des dispositions du Code criminel qui n'étaient plus appliquées depuis des décennies). De plus, certaines politiques prennent la forme de lois omnibus, c'est-à-dire des politiques qui englobent plusieurs réformes législatives antérieures mortes au feuilleton[104]. De surcroît, l'évocation d'une politique, en elle-même, ne nous apprend rien sur l'étendue des pratiques discursives entourant son adoption (e.a. est-ce que la politique a fait l'objet de débats approfondis, a-t-elle été adoptée en catimini). Le choix des politiques retenues parmi les 124 identifiées dans notre univers de travail – des politiques de multiples ordres et de portée fort diverses – ne pouvait donc relever du hasard. Il devait reposer sur un ensemble de critères, définis au préalable, afin de nous permettre de répondre à notre exigence de diversification interne.

D'emblée, nous avons posé comme premier critère la nécessité d'inclure, pour chacun des gouvernements étudiés, au moins une politique relevant de chacune des trois grandes catégories de normes pénales. En d'autres termes, nous proposons de sélectionner – au minimum – une politique portant sur les normes de comportement, une sur les normes de sanction et une sur les normes de procédure, et ce, pour chacune des trois administrations. Cela dit, ce premier critère de sélection

[103] Afin de procéder à cette recension, nous avons recouru à l'outil LEGISinfo (voir infra) pour examiner le champ d'intervention de chaque politique ratifiée par ces trois gouvernements. Ensuite, nous avons procédé à un décompte des politiques relevant d'au moins l'une des trois catégories normatives mentionnées précédemment.

[104] Un projet de loi est dit mort au feuilleton lorsqu'il n'a pas été adopté avant la fin d'une session parlementaire, ce qui entraîne son abandon formel.

n'épuisait pas, à nos yeux, les enjeux de diversification interne. Comme nous l'avons montré plus tôt, chacune de ces grandes catégories renvoie elle-même à des sous-catégories spécifiques qui peuvent correspondre à des types de transformations législatives profondément distincts dans leur nature et leurs implications (e.a. criminalisation ou décriminalisation d'un comportement). Nous nourrissions donc l'ambition d'inclure, pour chaque gouvernement, au moins une politique représentative de chacune de ces sous-dimensions. Cette ambition s'est toutefois heurtée à une contrainte structurelle : le programme législatif propre à chaque gouvernement ne permettait pas une telle « sous-diversification » interne. Effectivement, le gouvernement Harper n'a proposé aucune norme de décriminalisation d'un comportement ou de politiques qui allègent des peines; de même, aucun projet du gouvernement Chrétien et Martin n'a visé explicitement à réduire le quantum des peines.

La seule sous-catégorie présente de manière transversale chez l'ensemble des gouvernements était celle opposant les normes de sanction de type « peine spécifique » aux normes établissant un « cadre général ». En raison du nombre de politiques relatives aux normes de sanction que nous avions recensées au sein de notre univers de travail, nous avons donc décidé de sélectionner une politique relative à chacune de ces deux sous-catégories pour chacun des gouvernements. Pour le reste, comme il était impossible de proposer une sous-diversification de toutes les sous-catégories normatives pour chaque gouvernement, nous avons opté pour une telle sous-diversification à l'échelle de l'ensemble de l'échantillon, c'est-à-dire dans le choix des politiques chez les trois gouvernements (par exemple, une politique de criminalisation chez un gouvernement et une politique de décriminalisation chez un autre gouvernement). Puisque notre objectif principal ne consiste pas à établir des comparaisons systématiques entre les gouvernements (e.a. conservateur vs libéral), une telle sous-diversification interne à l'échelle de l'ensemble de l'échantillon nous a semblé suffisante pour nous assurer que nos généralisations empiriques et théoriques soient bien appuyées par le corpus empirique.

Toutefois, un grand nombre de politiques mises en œuvre par chacun de ces gouvernements satisfaisaient de tels critères, ce qui nous a conduit à devoir opérer un tri supplémentaire au sein

des politiques recensées. Afin de tenter de maximiser la richesse analytique de notre échantillon, nous avons choisi de privilégier les politiques pénales ayant suscité des discussions particulièrement soutenues sur le plan politique – tant entre les parlementaires qu'avec les témoins externes invités au Comité de la justice. Par *discussions soutenues*, nous entendons plusieurs phénomènes : fortes oppositions à certaines mesures, controverses liées au contexte d'introduction ou d'adoption d'une politique, ou encore, à l'inverse, consensus exceptionnel entre les parlementaires soulignant la nécessité ou le caractère hors norme des réformes proposées[105], etc. Bref, nous avons privilégié la sélection de politiques ayant donné lieu à des délibérations riches, marquées par une densité argumentative significative, qu'il s'agisse d'appuis enthousiastes ou de critiques vigoureuses. Nous avons ainsi fait le pari que c'est précisément dans ce type de politiques, marquées par une forte densité argumentative, que les considérations démocratiques avaient le plus de chances d'être mises en avant par les parlementaires, que ce soit à l'appui ou à l'encontre des réformes proposées.

Autre critère, nous avons volontairement écarté de notre échantillon les lois que nous avions déjà examinées empiriquement dans le cadre de travaux antérieurs portant sur diverses dimensions des politiques pénales des gouvernements Harper et Trudeau (Audesse, 2019; Audesse et Martel, 2020; Audesse et Moreau, 2023). Certaines de ces politiques – telles que la loi C-10 (*Loi sur la sécurité des rues et des communautés)* du gouvernement Harper ou la C-4 *(Loi modifiant le Code criminel [thérapie de conversion])* du gouvernement Trudeau pour ne citer que celles-ci – auraient très certainement pu être qualifiées de politiques ayant suscité des débats particulièrement soutenus sur le plan politique. Nous avons néanmoins choisi de ne pas les inclure, afin de privilégier d'autres

[105] Il nous semblait important de ne pas nous limiter à des politiques ayant uniquement engendré des lignes de fracture marquées entre les formations politiques. Un tel choix aurait pu potentiellement biaiser nos analyses sur le rapport entre la démocratie et le processus de criminalisation. En effet, si l'ensemble des partis saluent unanimement et à répétition la mobilisation de certaines considérations démocratiques ou le choix d'une approche pénale axée sur les résultats, pour prendre deux exemples parmi plusieurs, cela pourrait s'avérer également parlantes face à nos questionnements.

lois, nous permettant ainsi de diversifier davantage notre regard sur les politiques pénales mises en œuvre par ces gouvernements.

Résumons les critères à partir desquels nous avons opéré notre échantillonnage :

1. Sélectionner, pour chaque gouvernement, une politique correspondant à chacun des trois grands types de normes pénales.
2. Sélectionner, pour chaque gouvernement, des politiques couvrant les deux sous-catégories de normes de sanction, soit les peines spécifiques et les cadres généraux.
3. Sélectionner, à l'échelle de l'échantillon global, des politiques permettant de représenter l'ensemble des sous-catégories associées aux trois grands types de normes pénales.
4. Sélectionner des politiques ayant suscité des discussions soutenues sur le plan politique.
5. Sélectionner des politiques qui n'ont pas été analysées dans le cadre de nos travaux antérieurs.

Afin de réaliser le choix des politiques pénales pour notre échantillon selon cette liste de critères, nous avons d'abord procédé à une exploration préliminaire des projets de loi recensés. Cette première étape nous a permis d'identifier un ensemble restreint de politiques répondant aux exigences posées, à partir duquel nous avons constitué un échantillon préliminaire composé de douze politiques pénales, soit les suivantes :

<u>Politiques relatives aux normes de comportements</u> :

- Gouvernement Trudeau : C-14 - *Loi concernant l'aide médicale à mourir*[106].
- Gouvernement Harper : C-36 - *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*[107].

[106] C-14, Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir), première session, 42e législature, Canada, sanctionnée le 17 juin 2016.

[107] C-36, Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c. Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence, deuxième session, 41e législature, Canada, sanctionnée le 6 novembre 2014.

- Gouvernement Chrétien et Martin : C-49 - *Loi modifiant le Code criminel (traite des personnes)*[108].

Première catégorie de normes de sanctions (peines spécifiques) :

- Gouvernement Trudeau : C-5 - *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*[109].
- Gouvernement Harper : *C-48 - Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*[110].
- Gouvernement Chrétien et Martin : C-55 - *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive)*[111].

Seconde catégorie de normes de sanctions (cadres généraux) :

- Gouvernement Trudeau : C-16 - *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne*[112].
- Gouvernement Harper : C-32 - *Loi sur la Charte des droits des victimes*[113].
- Gouvernement Chrétien et Martin C-250 : *Loi modifiant le Code criminel (propagande haineuse)*[114].

Politiques relatives aux normes de procédures :

- Gouvernement Trudeau : C-46 - Loi *modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*[115].

---

[108] C-49, Loi modifiant le Code criminel (traite des personnes), première session, 38e législature, Canada, sanctionnée le 25 novembre 2005.

[109] C-5, Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, première session, 44e législature, Canada, sanctionnée le 23 mars 2022.

[110] C-48, Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples, troisième session, 40e législature, Canada, sanctionnée le 5 décembre 2011.

[111] C-55, Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général, deuxième session, 35e législature, Canada, sanctionnée le 27 avril 1997.

[112] C-16, Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel, 42e législature, Canada, sanctionnée le 19 juin 2017.

[113] C-32, Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois, seconde session, 41e législature, Canada, sanctionnée le 23 avril 2015.

[114] C-250 : Loi modifiant le Code criminel (propagande haineuse), troisième session, 37e législature, sanctionnée le 29 avril 2004.

[115] C-46, Loi modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, première session, 42e législature, Canada, sanctionnée le 21 juin 2018.

- Gouvernement Harper : C-13 – L*oi sur la protection des Canadiens contre la cybercriminalité*[116].
- Gouvernement Chrétien et Martin : C-10 - *Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant d'autres lois en conséquence*[117].

Après avoir constitué un échantillon préliminaire composé de douze politiques pénales, nous avons entrepris une seconde étape visant à évaluer si le nombre de politiques retenues permettrait de répondre adéquatement aux objectifs de recherche poursuivis. Pour ce faire, nous avons entrepris la collecte des documents afférents à chacune des politiques retenues, en tenant compte de la diversité des types de sources mobilisées (nous reviendrons plus loin sur les modalités précises de cette collecte). Les documents réunis à cette fin se répartissent de la manière suivante :

1. Débats parlementaires : 8 418 pages.
2. Projets de loi : 330 pages.
3. Résumés législatifs : 319 pages.
4. Plateformes électorales : 888 pages.

Au total, les douze politiques repérées représentent un corpus de 9 956 pages. Il importe toutefois de souligner que ce nombre de pages ne saurait être comparé de manière directe à celui d'autres types de documents, tels que des entrevues structurées, dans lesquelles les participants répondent de façon ciblée à des questions explicitement liées aux enjeux du projet. À titre illustratif, les interventions lors des débats parlementaires amènent parfois les députés à parler de différents projets de loi, ce qui tend à fragmenter les débats. De plus, les échanges de fond sur les projets de loi sont parsemés par des procédures formelles ou des séquences à teneur protocolaire (e.a. déclarations commémoratives, enjeux relatifs à la circonscription du député qui prend la parole). De manière similaire, les plateformes électorales visent à couvrir l'ensemble des orientations

[116] C-13, Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur la concurrence et la Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, seconde session, 41e législature, Canada, sanctionnée le 9 décembre 2014.

[117] C-10, Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant d'autres lois en conséquence, première session, 38e législature, Canada, sanctionnée le 19 avril 2005.

gouvernementales et ne réservent par conséquent qu'un espace relativement limité à la question pénale. Le nombre brut de pages ne saurait, à lui seul, constituer un indicateur pertinent pour évaluer la richesse empirique des documents retenus.

Dans cette perspective, et afin d'estimer de manière plus rigoureuse la proportion de pages véritablement porteuses de contenu substantiel, nous avons procédé à une première lecture transversale de l'ensemble du corpus documentaire. Ce survol préliminaire nous a permis d'évaluer qu'au sein des 9 956 pages recensées, entre 5 000 et 6 000 étaient consacrées à des débats portant directement sur les politiques pénales ciblées (et les enjeux connexes). Cette estimation constituait à nos yeux un premier indice tangible du caractère quantitativement satisfaisant d'un échantillon composé de douze politiques. Cependant, ce n'est qu'au moment du codage systématique du corpus que nous avons été en mesure de valider plus solidement la « suffisance » qualitative du matériel réuni, c'est-à-dire sa densité empirique et sa richesse en termes de contenus susceptibles de soutenir la construction d'analyses approfondies. Trois éléments nous ont permis d'avoir confiance en cette suffisance qualitative.

Premièrement, dans l'analyse de la troisième et de la quatrième politique de chaque gouvernement, des résonances marquées ont commencé à émerger, tant dans les pratiques que dans les discours qui peuvent être associés aux questions démocratiques que nous avions problématisées dans la première partie de cette thèse. Cette récurrence laissait entrevoir l'atteinte d'un seuil de saturation empirique, au sens où l'examen de politiques additionnelles n'aurait vraisemblablement pas apporté d'idées nouvelles suffisamment distinctes pour enrichir significativement la diversité des idées codées au gré de notre cadre théorique et de nos objectifs de recherche.

Deuxièmement, notre connaissance d'autres politiques pénales des gouvernements Harper et Trudeau – développée dans le cadre de nos précédents travaux préalablement cités – nous a permis de juger peu probable que l'ajout d'autres cas ait donné lieu à l'identification d'idées ou

d'arguments qualitativement différents susceptibles d'invalider les premières lignes d'analyse que nous apercevions se dégager à travers le codage vertical du corpus.

Troisièmement, notre analyse a permis de documenter la présence récurrente – ou l'absence répétée[118] – d'un éventail de choix, de justifications et de prises de position directement reliés aux questions démocratiques au cœur de notre problématique. L'abondance de ces éléments dans les politiques sélectionnées nous a paru plus que suffisante pour répondre aux objectifs analytiques poursuivis. À cet égard, il importe de rappeler ici que la richesse analytique d'une politique ne saurait être appréciée indépendamment de la question de recherche formulée. À titre d'illustration, l'analyse de la seule politique C-14 (aide médicale à mourir) aurait sans doute suffi si notre projet avait porté sur les logiques nécropolitiques de l'action publique, dans la mesure où elle concentre à elle seule une densité argumentative exceptionnelle autour des enjeux liés à la gestion étatique de la mort. Dans notre cas, les politiques sélectionnées nous ont semblé présenter une richesse empirique, à la fois quantitative et qualitative, particulièrement féconde pour couvrir de manière substantielle notre question et nos objectifs de recherche relatifs au rapport entre la démocratie et l'exercice de construction de la loi pénale. Ce constat constitue, à nos yeux, l'argument le plus convaincant en faveur de l'ampleur de l'échantillon retenu, que nous estimons suffisamment riche et diversifié pour assurer la solidité et la portée de l'examen entrepris. Les douze politiques préalablement identifiées comme échantillon préliminaire ont ainsi été consacrées comme échantillon officiel de notre étude.

[118] Bien qu'il puisse sembler contre-intuitif, à première vue, d'invoquer l'absence pour justifier l'ampleur d'un échantillon, un exemple peut en illustrer la pertinence. Supposons que des témoins entendus en comité mobilisent des savoirs scientifiques dans leurs interventions, et que, dans chacun des cas, le gouvernement omette systématiquement d'y faire référence. Une telle absence récurrente de prise en compte des considérations épistémiques devient alors significative en soi : elle témoigne d'un motif régulier, qui, précisément par sa répétition, s'avère analytiquement pertinent pour nos questionnements. Nous reviendrons plus en détail, dans nos analyses, sur ce que les absences peuvent révéler face à nos questionnements.

## 3.4 Les étapes de la recherche

Après avoir présenté l'approche méthodologique retenue ainsi que la composition du corpus, il convient maintenant de présenter les différentes étapes qui ont permis de constituer le matériel empirique et de mener les analyses principales. Ces étapes se sont articulées en deux grandes phases, la première correspondant à la collecte des données et la seconde à leur traitement analytique.

### 3.4.1 Collecte de données

Commençons par rappeler que notre analyse des politiques pénales repose sur quatre types de documents distincts : 1) les projets de loi; 2) les débats parlementaires; 3) les résumés législatifs; et 4) les plateformes politiques. Face à la nature hétérogène de ces documents, différentes stratégies de collecte ont été empruntées.

Pour recueillir les textes de loi – c'est-à-dire les dispositions législatives qui composent la réforme concrète que met en œuvre une politique – nous avons d'abord eu recours à LEGISinfo[119], un outil officiel mis à disposition par le Parlement du Canada. Ce portail permet de consulter l'ensemble des documents pertinents associés à chaque projet de loi déposé à la Chambre des communes depuis 1994. Pour trouver et extraire un texte législatif, il nous a suffi d'inscrire le numéro du projet de loi pour obtenir les différentes versions disponibles : le texte initial déposé, les versions amendées au fil des lectures, ainsi que le texte final adopté ou, le cas échéant, les projets abandonnés (morts au feuilleton).

En ce qui concerne les débats parlementaires, la collecte a adopté deux formes distinctes, en fonction de l'année de ratification des projets de loi. Pour les politiques ratifiées après 2001, nous avons utilisé l'outil de recherche LEGISinfo. Similairement au projet de loi, il suffit de saisir le numéro du projet pour avoir un accès électronique aux diverses « étapes » des débats, par exemple, la « seconde lecture », afin d'avoir accès aux transcriptions desdits débats. Ces transcriptions ont ensuite été

[119] Accessible à l'adresse suivante : https://www.parl.ca/legisinfo/ (Page consultée le 20 mai 2025).

téléchargées en format PDF et conservées dans un dossier distinct pour chaque projet de loi. Pour les projets de loi adoptés avant 2001, la plateforme LEGISinfo met à disposition le texte législatif, mais n'offre pas les débats parlementaires qui y sont associés. Il a donc été nécessaire de procéder à une recherche dans les archives virtuelles de la *Chambre des communes*[120]. Dans ces archives, il a d'abord fallu identifier les journées au cours desquelles les projets de loi faisaient l'objet de débats, puis examiner les verbatims mis à disposition pour chacune des journées où la Chambre a siégé, afin d'y repérer les débats spécifiquement consacrés aux projets échantillonnés. Nous avons ensuite extrait les segments reliés aux politiques, et nous les avons compilés dans un document Word, par une simple opération de copier-coller. Petit à petit, nous avons ainsi pu construire un document avec tous les débats relatifs à chaque projet échantillonné qui datait d'avant 2001.

Il est important de préciser que, pour les débats parlementaires, nous avons sélectionné à la fois les débats relatifs aux première, deuxième et troisième lectures. Nous avons également inclus les délibérations tenues en comité parlementaire – soit celles du *Comité permanent de la justice et des droits de la personne* – ainsi que les débats survenus à l'étape de rapport, c'est-à-dire le moment où la Chambre examine les amendements proposés en comité. En revanche, les débats ayant eu lieu au Sénat ainsi que dans les comités sénatoriaux ont été délibérément exclus de cette recherche. Nous avons estimé que le statut des sénateurs aurait pu biaiser nos analyses par rapport aux questions posées (e.a. enjeux démocratiques). En effet, en plus d'être nommés à vie, certains sénateurs le sont pour des motifs idéologiques, d'autres en raison de récompenses partisanes, et certains encore en reconnaissance de leur mérite personnel ou professionnel. En raison de ce processus de nomination, il nous a semblé pertinent de ne pas inclure ces débats. De plus, une analyse de ces débats menée dans le cadre d'un autre projet de recherche (Audesse et Moreau, 2023) nous avait permis de constater que les échanges au Sénat ne donnaient généralement pas lieu à l'émergence de nouveaux arguments – ou du moins très peu – par rapport à ceux déjà soulevés lors des débats parlementaires. Les débats au Sénat se concentrent principalement sur une forme

[120] Accessible à l'adresse suivante : https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/36-1/chambre/indexes-debats (Page consultée le 20 mai 2025).

de « réévaluation » des arguments avancés par les parlementaires. Les débats au Sénat ne nous sont donc pas apparu pertinents pour cette étude.

S'agissant maintenant des résumés législatifs, nous avons utilisé le site de la Bibliothèque du Parlement[121], qui permet d'accéder à différents documents parlementaires, notamment les résumés législatifs en format PDF. Ceux-ci sont accessibles en inscrivant simplement le numéro du projet de loi concerné. Il convient de souligner que la production de tels résumés n'est pas systématique. Elle demeure toutefois très fréquente, en particulier pour les projets de loi d'une certaine portée ou susceptibles d'entraîner des répercussions juridiques, sociales ou économiques notables. Dans notre corpus, seul le projet de loi C-250 n'a pas fait l'objet d'un tel résumé. Cette absence n'est toutefois pas le fruit du hasard : le parcours législatif de C-250 présente certaines spécificités, discutées dans les analyses empiriques, que nous avons pu retracer à partir d'autres sources documentaires disponibles sur le site de la Bibliothèque du Parlement.

Enfin, en ce qui concerne les plateformes électorales, nous avons eu recours à la plateforme POLTEXT[122], développée et mise à disposition par le Département de science politique de l'Université Laval. Cet outil donne accès à un ensemble de documents politiques numérisés, parmi lesquels figurent les plateformes électorales des principaux partis fédéraux canadiens depuis 1945. Dans le cadre de notre recherche, nous avons sélectionné les plateformes produites par les trois administrations composant notre univers de travail, c'est-à-dire les plateformes des gouvernements lors de leurs mandats respectifs à la tête de la Chambre des communes. Une fois la collecte de ces différents types de documents complétée, un dossier a été constitué pour chaque politique, rassemblant l'ensemble des documents qui s'y rapportent. Ces dossiers ont ensuite pu être intégrés à notre logiciel de traitement (voir infra).

[121] Accessible à l'adresse suivante : https://bdp.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ (Page consultée le 20 mai 2025).
[122] Accessible à l'adresse suivante : https://www.poltext.org/ (Page consultée le 20 mai 2025).

### 3.4.2 Processus d'analyse des données

Dans cette section, nous exposons les processus et les phases ayant structuré l'analyse de notre corpus au prisme de notre modèle d'analyse.

Étape 1 : Transformation du modèle d'analyse en catégories et en indicateurs

La première étape de notre démarche analytique a consisté à transformer notre modèle théorique en un arbre hiérarchique, garantissant ainsi une structuration claire et cohérente des multiples idées qui se trouvent à la racine des différentes conceptions idéal-typiques de la démocratie que nous avons construites. Pour ce faire, nous avons d'abord procédé à une segmentation des trois grandes conceptions de la démocratie en autant de « familles thématiques ». Ces grandes familles ont ensuite été déclinées en catégories majeures, elles-mêmes subdivisées en dimensions spécifiques. Comme certaines de ces dimensions demeuraient des constructions abstraites, nous les avons donc transformées en indicateurs spécifiques, c'est-à-dire en des éléments « opérationnels » plus facilement repérables dans les données. Par exemple, nous avons opéré une transformation de la dimension « intérêt général » en une série d'indicateurs observables, tels que « la prise en compte de la diversité des publics concernés », « la reconnaissance explicite d'un enjeu d'intérêt collectif », « la description des moyens mobilisés pour arriver aux finalités poursuivies », etc.

L'opérationnalisation des dimensions en indicateurs a ainsi facilité l'observation des idées relatives à chaque conception démocratique dans les arguments mobilisés par les gouvernements pour appuyer ou s'opposer à une réforme.

Rappelons toutefois que notre modèle théorique – et donc notre arbre de codage – est approché dans une logique itérative, impliquant que les catégories et les indicateurs définis initialement n'ont pas été considérés comme des entités figées. La forme de certaines de ces catégories et de certains indicateurs a, au contraire, évolué au gré du codage (voir infra).

Étape 2 : Codification du matériel

La seconde étape de notre démarche consistait en l'exploitation du matériel recueilli, une phase communément désignée sous le terme de codification. Celle-ci reposait sur un travail de classification et de catégorisation visant à structurer les données de manière à en dégager les éléments pertinents au gré de l'arbre hiérarchique et/ou par induction dans le cas où notre arbre s'était avéré incomplet. Pour ce faire, nous avions intégré les documents téléchargés dans le logiciel NVivo, un outil largement reconnu dans le champ de l'analyse qualitative pour sa capacité à faciliter l'extraction, l'organisation et la mise en relation des données. Plus concrètement, NVivo permet de transformer les thèmes, les catégories, les dimensions et les indicateurs en codes hiérarchisés (nous avons autrement dit virtualisé notre arbre hiérarchique). Puis, par la suite, nous pouvions procéder à une lecture des documents afin d'identifier, de sélectionner et d'archiver des segments issus des matériaux bruts au sein des différents codes, ce qui offrait ainsi la possibilité de retrouver ultérieurement, par de simples requêtes, l'ensemble des extraits rattachés à un même code. À mesure que nous procédions à notre codage, nous avons donc « classé » chaque élément à l'intérieur d'un ou plusieurs « codes ».

Il importe de souligner que cette phase de codification ne s'est pas déroulée selon un schéma linéaire. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'ensemble de notre démarche s'inscrivait dans un processus fondamentalement itératif, impliquant des ajustements progressifs et continus. À ce titre, les troisième et quatrième étapes ne pouvaient être envisagées comme des séquences successives et indépendantes; bien au contraire, elles s'articulaient dans une dynamique de réajustement constant. Ainsi, tout au long du travail de codification, certains extraits avaient été reclassés, déplacés d'une catégorie à une autre, tandis que d'autres catégories avaient été redéfinies, fusionnées, subdivisées ou réorganisées. Ces différentes opérations ne relevaient pas d'une simple optimisation technique, mais visaient plutôt à affiner progressivement l'arborescence des catégories pour nous permettre d'extraire les interventions pertinentes à nos questionnements.

Étape 3 : Interprétation et mise en forme des analyses

La troisième étape consistait en l'interprétation des données codées. Cette dernière phase consistait à « faire parler » le matériel recueilli. Nous nous inscrivions ainsi dans ce que Paillé et Mucchielli (2021 : 221) appellent « l'analyse en mode écriture. » C'est donc à travers l'écriture que ces analyses ont véritablement pris forme et se sont affinées. Plus concrètement, nous avons commencé par une première analyse des documents codés dans notre logiciel NVivo, et nous avons élaboré un plan afin de mettre au jour ce que nos données pouvaient révéler en réponse à nos questionnements. Puis nous nous sommes lancés dans un travail d'écriture et de réécriture des éléments que nous avions codés, et c'est à travers ce travail d'écriture que nous avons réussi à déployer de manière plus approfondie le sens de nos données.

# CHAPITRE 4 – DES CONSTATS EMPIRIQUES AUX GÉNÉRALISATIONS THÉORIQUES

La première partie de cette thèse a été consacrée à l'examen approfondi de plusieurs questions théoriques relatives à l'idée de démocratie; examen ayant conduit à l'élaboration de trois grands idéaux-types de ladite idée. La seconde partie, qui correspond à l'ensemble du présent chapitre analytique, vise à mobiliser cette élaboration théorique afin d'analyser, sous différents angles, l'exercice de construction de la loi pénale.

Avant d'expliciter la structure de ce chapitre, il convient de poser un bref postulat préliminaire, dès lors que celui-ci a orienté une part substantielle de nos analyses.

## 4.1 Postulat préliminaire et structure des analyses

Avant d'entrer dans les analyses empiriques de l'exercice de construction de la loi pénale sous les trois derniers gouvernements, il importe de poser un premier élément de cadrage issu de nos observations empiriques. Ce cadrage repose sur le constat que les gouvernements étudiés ne se sont pas limités à mobiliser des considérations démocratiques dont le « contenu » aurait été préalablement stabilisé ou établi au moyen des procédures classiquement envisagées par les propositions théoriques et les représentations sociales ayant nourri notre élaboration conceptuelle. Ils ont, au contraire, pris part de manière active à la production de leurs propres représentations de ces considérations, tout comme à la définition de leur substance normative.

À mesure que l'analyse des débats parlementaires progressait, il devenait en effet de plus en plus manifeste que les trois gouvernements observés participaient eux-mêmes à la construction du contenu de leurs arguments démocratiques. Loin de relever de constructions aléatoires ou contingentes, nous avançons que ces considérations sont élaborées au gré *d'attentes politiques* spécifiques, qui orientent tant leur sélection que leur cadrage et leur mise en forme discursive.

Le concept *d'attentes politiques* occupe, à cet égard, une place structurante dans nos analyses. En nous inspirant librement des travaux de Barbot et Dodier (2014)[123], nous définissons les attentes politiques comme des impératifs, des visées téléologiques ou des référentiels d'ordre électoral, idéologique, partisan, institutionnel, etc. Selon la conceptualisation de Barbot et Dodier, les attentes ne sont pas nécessairement formulées de manière explicite par les acteurs : elles opèrent souvent de façon latente ou implicite, se laissant plutôt inférer à partir des régularités discursives, des cadrages normatifs récurrents ou encore des justifications invoquées de manière itérative dans les prises de position. C'est donc moins leur énonciation directe que leur performativité structurante qui importe dans l'analyse.

Une fois cette conceptualisation posée, il convient de revenir sur les raisons ayant motivé l'introduction de la question des attentes politiques en amont des premières analyses empiriques. À partir du moment où nous avons établi que les considérations démocratiques relevaient de constructions politiquement situées, un ajustement analytique s'est imposé. Les analyses ne pouvaient plus se limiter à l'identification des considérations démocratiques mobilisées, mais devaient porter plus fondamentalement sur les conditions politiques de leur élaboration, sur les logiques orientant leur sélection et leur cadrage, ainsi que sur la substance normative qui leur est conférée. Un tel déplacement du regard supposait de se doter d'un outil conceptuel apte à rendre compte de ces dynamiques de construction. C'est à cette exigence analytique que répond l'introduction du concept d'attentes politiques.

Dans cette perspective, l'introduction de la notion d'attentes politiques ne constitue pas seulement un ajustement conceptuel ponctuel, mais opère comme un principe d'organisation transversale de l'analyse à venir. Qui plus est, comme nos analyses se déploieront sur plusieurs niveaux, il apparaît

[123] Barbot et Dodier (2014) mobilisent la notion d'attentes doctrinales pour désigner des principes structurants et des finalités régulatrices susceptibles d'orienter les pratiques juridiques. C'est par analogie avec cette proposition que nous transposons cette notion aux attentes politiques, afin d'analyser la manière dont celles-ci orientent et cadrent les pratiques législatives.

pertinent d'en expliciter d'emblée la structure d'ensemble et la logique d'enchaînement analytique, afin d'en établir la suite logique et d'en assurer l'intelligibilité.

### 4.1.1 Déroulement des analyses et pluralité de leurs niveaux

Dans la mesure où notre problématique repose sur une pluralité d'interrogations, articulant à la fois des objectifs empiriques et théoriques, nous avons structuré ce chapitre d'analyse en plusieurs couches analytiques distinctes, afin d'en assurer la clarté et la lisibilité. Celui-ci se déploie en deux grands volets :

1. L'analyse des expressions démocratiques mobilisées par chacun des gouvernements étudiés;
2. Une analyse transversale des modalités de gouvernance pénale des trois gouvernements.

Chacun de ces deux grands axes analytiques se décline par ailleurs en plusieurs couches. Tout d'abord, le premier volet, consacré aux expressions démocratiques mobilisées par chacun des gouvernements étudiés (sections 4.2 à 4.4), se déploie en deux séquences analytiques complémentaires. Dans un premier temps, nous procédons à un examen projet de loi par projet de loi, de manière à faire émerger les considérations démocratiques invoquées respectivement pour chacune des quatre politiques analysées. Afin de faire apparaître ces considérations de manière empiriquement étayée, il nous est apparu nécessaire d'aborder avec précision le contexte d'élaboration[124], les principaux changements normatifs introduits[125], divers extraits des

[124] Par exemple, des exigences formulées par la Cour suprême, des engagements électoraux, etc.

[125] Ces changements seront présentés dans des tableaux de synthèse. Dans la mesure où notre intérêt porte sur les considérations démocratiques ayant influencé le choix des normes pénales, ces tableaux nous permettront de nous y référer plus aisément par la suite afin de retracer les choix opérés.

argumentaires des parlementaires[126], et de certains éléments de l'activité parlementaire[127]. Si ces éléments relèvent, à première vue, d'un registre plus descriptif, ils sont néanmoins essentiels pour asseoir solidement nos analyses. À cet égard, le premier volet d'analyse des politiques de changement n'a pas pour objectif de formuler des interprétations ou des constats critiques en mobilisant pleinement les ressources offertes par notre cadre théorique, mais bien de constituer une base empirique robuste, en restituant un portrait global des modalités concrètes de mobilisation des considérations démocratiques à travers les projets étudiés.

Dans cette analyse de la gouvernance pénale propre à chaque gouvernement, la seconde séquence du premier volet d'analyse consiste à mettre en relation les argumentaires démocratiques mobilisés à travers les différentes lois pénales retenues, de manière à monter en abstraction et à dégager les traits saillants de l'expression démocratique de chaque administration. C'est à ce moment précis que le cadre théorique élaboré en amont est mobilisé de façon plus systématique, afin de structurer la comparaison et de formuler de premiers constats quant aux implications que les registres démocratiques privilégiés par chaque gouvernement ont pu exercer sur la mise en forme et la justification de la loi pénale. À des fins de repérage, cette partie est désignée, pour chacun des gouvernements étudiés, comme l'« analyse critique de l'expression de la gouvernance pénale ».

Une fois cet exercice mené respectivement pour chacun des trois gouvernements, les expressions et constats dégagés sont mis en relation dans une perspective transversale. Il s'agit ici du second

[126] Si nous mobilisons une série d'extraits des débats parlementaires, précisons que nous conserverons un corpus d'extraits en réserve, destiné aux analyses transversales ultérieures, afin d'enrichir et d'approfondir nos analyses.

[127] Certains aspects de l'activité parlementaire se sont révélés être un lieu d'observation privilégié pour disséquer les processus de sélection et de construction des considérations démocratiques. Pour prendre un exemple parmi d'autres illustrant la pertinence de l'activité parlementaire, le travail mené au Comité de la justice s'est révélé central pour l'analyse du caractère construit des considérations épistémiques et de leurs effets possibles sur la mise en forme pénale. C'est en examinant la sélection des témoins entendus, l'intérêt – ou le désintérêt – manifesté à l'égard des interventions des témoins-experts selon leur « background », ainsi que la manière dont certains amendements fondés sur leur expertise ont été accueillis – appuyés, marginalisés ou écartés – que nous avons pu dégager les logiques différentielles de construction et de mobilisation des savoirs. Ces pratiques, souvent plus révélatrices que les simples déclarations d'intention des parlementaires quant à leur ouverture à la science ou à leur recours aux experts, nous ont en effet permis de mettre au jour la dimension contingente et politiquement située des usages du savoir et, plus largement, les modalités sous lesquelles les considérations épistémiques sont intégrées – ou neutralisées – dans l'élaboration normative.

volet d'analyse qui a pour but d'ajouter une couche analytique supplémentaire, en proposant des observations et des interprétations portant sur les modalités de la gouvernance pénale au cours de la dernière génération. C'est à ce stade que sont formulées des généralisations de divers ordres, visant à répondre à diverses questions et problèmes soulevés dans la première partie de cette thèse, qu'il s'agisse des effets des choix démocratiques sur les orientations pénales ou leurs ressorts dans l'évolution – ou la non-évolution – du droit criminel. C'est également dans ce volet que nous examinons dans quelle mesure les promesses théoriques associées aux conceptions de la démocratie, mises en avant dans notre élaboration théorique, trouvent (ou non) une traduction empirique dans le processus de passage à l'acte législatif, pour reprendre l'expression de Sauvageau (1998).

Ces analyses déboucheront sur notre conclusion, laquelle prendra la forme d'une « discussion », au sein de laquelle nous proposerons de nouvelles lignes de problématisation, susceptibles d'ouvrir d'autres pistes de réflexion, voire d'alimenter de futures recherches, quant à la dialectique entre la démocratie et la fabrique du droit.

## 4.2 La gouvernance pénale sous le gouvernement Chrétien et Martin

### 4.2.1 Le projet de loi C-49 : De nouvelles dispositions pour criminaliser la traite de personnes

Déposé en 2005 par le gouvernement libéral de Paul Martin, le projet de loi C-49 s'inscrit dans une volonté affirmée de lutter contre la traite de personnes, qui au tournant du millénaire était de plus en plus perçue comme une atteinte grave aux droits fondamentaux, tant au Canada que sur la scène internationale. Sur le plan de la substance, cette réforme vise à arrimer les pratiques canadiennes avec les engagements pris sur la scène internationale, notamment par l'adhésion au Protocole de Palerme (2000) – officiellement intitulé *Protocole des Nations Unies visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.* L'adhésion au Protocole de Palerme agit ici comme un ancrage normatif externe, inscrivant l'intervention législative dans un registre éthico-juridique assumé. En arrimant explicitement la réforme à des engagements

internationaux déjà souscrits – au premier chef le Protocole de Palerme –, l'argumentaire gouvernemental présente la politique proposée comme nécessaire à la mise en conformité du droit criminel canadien avec les standards internationaux de protection des droits fondamentaux.

À ce premier socle éthico-juridique s'agrège une seconde source, relevant d'un ancrage populaire. Le fait que la mesure ait été explicitement annoncée dans la plateforme électorale de 2004, puis reprise dans le discours du Trône d'ouverture, permet de la présenter comme l'exécution d'un engagement soumis au suffrage. En ce sens, le gouvernement élu peut se prévaloir d'une forme d'autorisation démocratique préalable, la réforme étant alors susceptible d'être interprétée comme l'expression – médiatisée et institutionnellement canalisée – d'une volonté populaire :

> *Le projet de loi C-49 est aussi la concrétisation d'une promesse faite dans le discours du Trône d'octobre 2004 visant à créer une loi pour mieux protéger la population contre la traite des personnes. (Carole Morency, PLC-1[128], C-49, Étude en comité)*

Au niveau des modifications législatives, le texte introduit de nouvelles infractions visant spécifiquement la traite de personnes, qui était par le passé régulée à travers d'autres qualifications pénales (e.a. exploitation sexuelle (article 153 (1)), proxénétisme (article 212 (2)), etc.); de nouvelles normes de comportement auxquelles sont greffées de nouvelles normes de sanction.

[128] Comme nous procéderons, plus loin, à un va-et-vient entre diverses citations issues des trois gouvernements étudiés et des douze projets de loi afin de dégager des constats transversaux, nous ajoutons une numérotation propre aux deux administrations libérales. Celle-ci vise à en faciliter le repérage et l'identification : PLC-1 renvoie à l'administration Chrétien–Martin, tandis que PLC-2 désigne l'administration Trudeau.

**Tableau 1.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-49

| Cibles de l'action | Modifications du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| Traite de personnes. | Création de l'art. 279.01 | Quiconque recrute, transporte, transfère, reçoit, détient, cache ou héberge une personne, ou exerce un contrôle, une direction ou une influence sur les mouvements d'une personne, en vue de l'exploiter ou de faciliter son exploitation commet une infraction. |
| Avantage matériel tiré de la traite des personnes. | Création de l'art. 279.02 | Quiconque bénéficie d'un avantage matériel, notamment pécuniaire, qu'il sait provenir de la perpétration de l'infraction visée au paragraphe 279.01(1) commet une infraction. |
| Rétention ou destruction de documents. | Création de l'art. 279.03 | Quiconque, en vue de faciliter ou de perpétrer l'infraction visée au paragraphe 279.01(1), cache, enlève, retient ou détruit tout document de voyage d'une personne ou tout document pouvant établir ou censé établir l'identité ou le statut d'immigrant d'une personne, qu'il soit authentique ou non, canadien ou étranger, commet une infraction. |

**Tableau 2.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de sanction centrales du projet de loi C-49

| Cibles de l'action | Peines |
|---|---|
| Traite de personnes. | a) D'un emprisonnement à perpétuité, s'il enlève la personne, se livre à des voies de fait graves ou une agression sexuelle grave sur elle ou cause sa mort lors de la perpétration de l'infraction<br>b) D'un emprisonnement maximal de quatorze ans, dans les autres cas. |
| Avantage matériel tiré de la traite des personnes. | Maximale : 10 ans |
| Rétention ou destruction de documents. | Maximale : 5 ans |

Si l'inscription du projet dans la plateforme électorale lui confère un certain ancrage populaire, les débats parlementaires révèlent toutefois une mobilisation relativement parcimonieuse de références explicites aux préférences citoyennes (e.a. sondages, consultations publiques formalisées). Quantitativement, les justifications avancées s'inscrivent davantage dans un registre substantif, entendu comme un ensemble d'arguments fondés sur les finalités poursuivies par l'intervention législative, notamment la nécessité alléguée de combler certaines lacunes du droit criminel existant. Cette orientation substantielle repose sur l'idée qu'un nouveau cadre normatif serait susceptible de

renforcer la protection des personnes exposées à des formes d'exploitation qualifiées de particulièrement graves :

> *Nous devons nous assurer d'instaurer le meilleur système possible pour réagir à un crime qui constitue une violation horrible des droits de la personne et qui a des répercussions disproportionnées sur les personnes les plus vulnérables de notre société. C'est ce que fera le projet de loi C-49. Il s'agit indéniablement d'une mesure très importante vers le renforcement de notre capacité à protéger les personnes vulnérables, ce qui constitue une priorité de tous les instants pour le gouvernement.* (Harold Macklin, PLC-1, C-49, Étude en comité)

> *Le projet C-49 est un autre exemple de l'engagement constant du gouvernement à protéger les personnes vulnérables.* (Carole Morency, PLC-1, C-49, Étude en comité)

Cette trame substantive sera d'ailleurs renforcée par l'invocation d'exigences éthico-juridiques supplémentaires. Introduite d'abord sous l'angle du Protocole de Palerme, la réforme se voit ensuite justifiée dans ses finalités substantielles liées à la réalisation des droits fondamentaux. La politique s'appuie ainsi sur des arguments éthico-juridiques fondés en valeurs et en finalités[129]. Selon les députés libéraux, elle contribuerait à assurer un meilleur respect de certaines garanties inscrites dans la Charte canadienne des droits et libertés :

> *Ce projet de loi franchit un pas dans le chemin du respect des droits des hommes et des femmes de ce pays, c'est-à-dire de tous les citoyens de ce pays.* (Mario Silva, PLC-1, C-49, 2e lecture)

Si les normes de comportement ont principalement été justifiées au regard de considérations éthico-juridiques et de finalités substantielles, les débats relatifs aux normes de sanction ont, pour leur part, davantage mobilisé un registre d'ordre épistémique. Il convient toutefois de souligner que le choix des sanctions à assortir à la nouvelle infraction a occupé une place nettement plus

[129] À titre de rappel, nous avons théorisé que les trois sources démocratiques peuvent, selon les configurations argumentatives, servir d'assises à des justifications fondées en valeurs (e.a. égalité politique), ou être mobilisées au soutien de justifications orientées vers des finalités (e.a. politiques efficientes), voire, dans certains cas, articuler conjointement ces deux registres sans que l'un ne s'efface entièrement au profit de l'autre.

marginale dans les interventions libérales. La question du choix des peines les plus efficaces – celles qui auraient pu permettre de répondre aux objectifs déclarés associés à la nouvelle infraction – n'a pas été abordée. Le gouvernement s'est plutôt limité à contester les propositions plus « punitives » des réformistes[130]. Confronté aux propositions visant l'introduction de peines minimales obligatoires, le gouvernement a invoqué les données empiriques afin de soutenir que de telles mesures ne produisent pas les effets dissuasifs escomptés. Les peines minimales sont ainsi présentées comme inefficaces à la lumière des connaissances établies, leur capacité dissuasive étant jugée limitée :

> *J'ai étudié les preuves au Canada et sur la scène internationale et, je le répète, je suis toujours ouvert à toute autre évaluation probante dont j'ignore l'existence. J'ai effectué une étude très complète des faits au Canada et sur la scène internationale et elle montre que les peines minimales obligatoires n'ont pas un effet dissuasif et sont inefficaces.* (Irwin Cotler, PLC-1, C-49, 3e lecture)

Comme la création de nouvelles infractions faisait l'unanimité, le projet de loi a donné lieu à une étude particulièrement expéditive du texte au sein du Comité de la justice. Deux personnes seulement ont été entendues à titre de témoins, issues du ministère de la Justice (Mme Carole Morency et Mme Nathalie Levman), et se sont limitées à exprimer un soutien sans réserve à l'endroit de la réforme proposée. Cette absence de contestation s'est également traduite dans le processus d'amendement : à l'issue de l'examen en Comité, seules deux modifications d'ordre purement technique ont été formulées, toutes deux adoptées à l'unanimité. Le projet n'a donc pas fait l'objet d'un examen substantiel par des experts sur la question de la traite de personnes.

[130] Par exemple « *Il est important de noter qu'à défaut de sanctions sévères, qui auraient un effet dissuasif contre ces crimes graves, les cas d'exploitation et d'abus risquent de se perpétuer. Dans la présente mesure législative, je ne vois aucune peine d'emprisonnement obligatoire susceptible d'envoyer un message clair contre l'esclavage, une des pires violations des droits de l'homme ayant cours à l'heure actuelle.* » (Myron Thompson, PCC, C-49, 3e lecture).

### 4.2.2 Le projet de loi C-10 : La non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux

Sanctionné en 2005, le projet de loi C-10 porte sur les procédures encadrant l'évaluation, le procès et les ordonnances applicables dans le cadre du régime de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (NRCTM). Bien qu'il ne découle d'aucune promesse électorale explicite formulée par le gouvernement Martin, ce projet s'inscrit dans le processus de révision parlementaire obligatoire, amorcé conformément à la réforme de 1992, laquelle prévoyait un examen législatif dix ans après son entrée en vigueur. En ce sens, le Comité de la justice a été chargé d'évaluer les dispositions relatives aux troubles mentaux inscrites dans le Code criminel. Le rapport qu'il a déposé en 2002 a servi de fondement à l'élaboration du projet de loi C-10 :

> *Le comité a entendu plus de 30 intervenants au cours d'une période de trois mois. Le rapport et les recommandations du comité reflètent cette vaste consultation et un examen minutieux du droit actuel. En examinant le projet de loi C-10, vous constaterez que ses dispositions reflètent la vaste majorité de vos recommandations. On peut dire que c'est un cas d'étude du renouvellement de la démocratie. Le rapport de votre comité a conclu que dans l'ensemble le régime prévu par le Code criminel fonctionnait très bien, mais qu'il pouvait être amélioré. Les réformes proposées dans le projet de loi C-10 se fondent sur sa partie XX.1 en vue de l'amélioration du régime dans plusieurs domaines clés.* (Irwin Cotler, PLC-1, C-10, Examen en comité)

Comme le gouvernement inscrit explicitement l'introduction de son projet dans le prolongement des travaux du Comité de la justice – lequel a entendu nombre d'experts et déposé un rapport détaillé servant de matrice à l'élaboration du texte législatif –, il est possible de soutenir que le projet de loi C-10 constitue, au sein de la première administration libérale, la politique pénale la plus ouvertement adossée à un registre épistémique. De cet ancrage découle une réforme orientée vers des finalités d'ajustement et de perfectionnement du régime existant, visant – selon les dires des libéraux – à en accroître la cohérence, la prévisibilité et l'efficacité pratique plutôt qu'à en redéfinir les principes directeurs. Le gouvernement libéral a d'ailleurs reconnu que le régime en place (avant C-10) fonctionnait adéquatement, et que les ajustements proposés visaient essentiellement à en optimiser l'efficacité sans en remettre en cause les fondements :

> *Il est juste de dire que, de façon générale, les témoins qui ont comparu devant le comité étaient d'avis que la loi fonctionnait très bien. Cependant, ils ont fait valoir que des améliorations s'imposaient pour garantir que la loi continue de bien fonctionner pour régir les personnes déclarées inaptes à subir leur procès et non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux.* (Paul Harold Macklin, PLC-1, C-10, 2e lecture)

Structuré autour d'objectifs substantiels – c'est-à-dire l'amélioration de la justesse et de l'efficacité des pratiques entourant les jugements NRCTM – le projet est même réputé s'écarter délibérément de la volonté de répondre aux attentes populaires, celles-ci étant décrites comme mal informées ou inadéquates face à la complexité des enjeux entourant la NRCTM :

> *Cependant, le droit en cette matière est mal connu et, souvent, mal compris. Malheureusement, les gens continuent d'avoir l'impression qu'une personne qui commet une infraction et qui est déclarée non criminellement responsable « est impunie » pour ce crime. Cela n'est pas le cas. Il existe des conséquences.* (Don Boudria, PLC-1, C-10, 3e lecture)

Parmi les douze politiques analysées, ce projet constitue le seul cas où la volonté du peuple est explicitement mise en question. De telles remarques – à l'instar de la dernière évoquée – demeurent toutefois quantitativement marginales dans l'ensemble des échanges. Le projet de loi C-10 se déploie en effet sans référence soutenue aux préférences populaires et fait l'objet de discussions davantage centrées sur des enjeux techniques. Les débats portent moins sur la pertinence de la réforme que sur ses modalités de mise en œuvre (e.a. les mécanismes de révision, les ajustements procéduraux), inscrivant ainsi l'activité parlementaire dans un registre plus technico-juridique. Sur le plan normatif, le projet de loi C-10 comprend 65 articles couvrant une diversité d'enjeux procéduraux. Nous présentons les changements majeurs dans le tableau ci-dessous.

**Tableau 3.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes centrales au projet de loi C-10

| Cibles de l'action | Modifications du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| Compétences en évaluation. | Création de l'art. 672.121 et 672.121 | **Élargissement du cercle des professionnels habilités à procéder à une évaluation de l'état mental :**<br>Cette tâche, auparavant réservée aux médecins, peut désormais être confiée à des psychologues ou à d'autres spécialistes qualifiés désignés par le procureur. |
| Droit des victimes. | Modification de l'art. 672.5, 672.5(13.2), 722.2 . | **Renforcement des droits des victimes dans le cadre des procédures liées à une défense de NRCTM :**<br>▪ possibilité d'être avisées des audiences sur demande;<br>▪ droit de présenter une déclaration lors des audiences;<br>▪ obligation pour les autorités de les informer de ce droit si l'état mental de l'accusé évolue en vue d'une libération. |
| Durée de « détention » (e.a. hospitalisation forcée, maintien sous garde, etc.). | Abrogation de l'art. 672.64 | **Suppression de la durée maximale de la période de contrôle applicable à la suite d'un verdict de NRCTM :**<br>La durée de détention et autre modalité de contrôle devient indéterminée, sous réserve d'une révision annuelle par une commission d'examen, laquelle statue au cas par cas selon :<br>▪ l'état mental de la personne;<br>▪ la protection du public;<br>▪ les perspectives de réinsertion. |

Bien que le projet de loi C-10 s'appuie sur un rapport préalable du Comité de la justice (avant l'introduction du projet), ce dernier a néanmoins fait l'objet de révisions substantielles lors de son étude par ce même Comité (après la seconde lecture). Effectivement, la majorité des modifications proposées par le projet C-10, dont les principales sont recensées dans le tableau, découlent des amendements apportés lors de l'étude du projet de loi en comité. Plus précisément, 31 amendements ont été proposés, dont 23 ont été adoptés. Certains visaient à modifier la substance même des choix normatifs, d'autres relevaient d'un travail de reformulation afin d'assurer l'opérationnalité de certaines dispositions ou d'en circonscrire la portée. Ce processus témoigne non seulement d'un fondement épistémique initial, mais également d'un enrichissement de celui-ci au fil des travaux en comité, les amendements adoptés traduisant une prise en compte affinée des savoirs juridiques et cliniques mobilisés lors des auditions.

Pour des raisons d'espace, il n'est pas possible de détailler l'ensemble des amendements adoptés – les changements majeurs apparaissant dans le tableau de synthèse ci-dessous. Il convient toutefois de s'arrêter sur l'un de ces volets qui s'avère particulièrement révélateur pour mettre en lumière les considérations démocratiques et des impératifs priorisés (et plus loin en faire une analyse critique de leur construction et implication). Il s'agit des amendements liés à l'élargissement des droits procéduraux accordés aux victimes, notamment le droit d'être informées des différentes étapes relatives au parcours judiciaire de l'accusé, ainsi que la possibilité de présenter une déclaration lors des audiences. Toutefois, des nuances importantes émergent lorsqu'on examine les témoignages d'experts entendus au Comité de la justice. Si les gens auditionnés se sont tous montrés favorables à un renforcement des droits des victimes en matière d'information, l'idée de leur permettre de déposer une déclaration lors des audiences a suscité des réticences nettement plus prononcées. Très peu de témoins ont appuyé cette mesure[131], la plupart en contestant qu'elle allait à l'encontre des finalités propres au régime de la NRCTM[132]. Sans contester ni la légitimité de la parole des victimes ni l'importance de leur reconnaissance dans le processus judiciaire, plusieurs experts ont effectivement mis en garde contre les risques liés à l'introduction d'éléments émotionnels dans un cadre juridico-clinique dont l'objectif central demeure l'évaluation de l'état mental de l'accusé – et non la mesure de la souffrance engendrée par le geste commis.

En choisissant de ne pas retenir ces réserves, et en autorisant les victimes à présenter une déclaration même dans ce type de procédures, les députés libéraux ont élargi les droits reconnus à ces dernières. Dès lors, si le projet est explicitement appuyé sur des arguments de nature épistémique, force est de constater que certains savoirs ont été mobilisés et d'autres ont été ignorés dans le choix des amendements retenus.

[131] Uniquement Catherine Kane et Julie Besner (ministère de la Justice) et Vincent Westwick, Vince Bevan et Luc Delorme (L'Association canadienne des chefs de police).

[132] Notamment Daniel Soiseth (*Community Legal Assistance Society*); M. Nils Riis (*avocat-conseil légal, ministère de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario*); Tamra Thomson (*Association du Barreau canadien*); David Simpson et Nils Riis (*Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques*), etc.

Cela dit, si la place des victimes occupe une position significative dans l'argumentaire, elle s'accompagne d'une volonté tout aussi affirmée de ne pas porter atteinte aux droits des personnes visées par le régime NRCTM, ce qui révèle la mobilisation explicite de considérations éthico-juridiques liées aux garanties procédurales et au respect des principes fondamentaux de justice :

> *Les amendements prévus au projet de loi C-10 comprennent à la fois des réformes visant à s'assurer que les droits de l'accusé sont protégés et des réformes qui amélioreront la sécurité du public au besoin. […] Mon objectif—et c'est, j'en suis convaincu, l'objectif que partage le comité—est de m'assurer que le projet de loi C-10 reflète les objectifs doubles, comme je l'ai dit, qui soutiennent la philosophie et le cadre juridique du projet de loi, à savoir la protection de la sécurité du public d'une part, et la protection de l'autre.* (Irwin Cotler, PLC-1, C-10, Étude en comité)

Comme le suggèrent ces interventions, la protection des droits n'est pas présentée comme une exigence absolue et détachée des autres impératifs, mais comme devant être articulée à la sécurité du public et à la reconnaissance des victimes, dans une logique d'équilibre entre différentes considérations démocratiques concurrentes.

### 4.2.3 Le projet de loi C-55 : La désignation de délinquant à contrôler

Déposé par le gouvernement Chrétien et adopté en 1997, le projet de loi C-55 vise à renforcer l'arsenal de mesures permettant de contrôler les individus considérés comme présentant un risque élevé de récidive violente. Cette réforme s'articulait autour de trois axes : le durcissement du régime de désignation des « délinquants dangereux »; la création d'une nouvelle catégorie de « délinquant à contrôler », ainsi que l'instauration de mécanismes de surveillance élargis susceptibles d'intervenir tant en amont qu'en aval de la condamnation. Plus largement, le projet de loi procède à une révision substantielle des règles encadrant l'attribution et l'application de ces mesures.

**Tableau 4.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes centrales du projet de loi C-55

| Cibles de l'action | Modifications du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| Renforcement de la mesure « *Délinquants dangereux* ». | Ajout de l'art. 753.4 | **Le régime applicable aux personnes déclarées « délinquants dangereux » est maintenant le suivant :**<br>▪ Imposition obligatoire d'une peine d'emprisonnement à durée indéterminée dès qu'un individu est déclaré, retirant ainsi la possibilité pour le juge de fixer une peine de durée déterminée.<br>▪ La première révision de la Commission des libérations conditionnelles passe de 3 à 7 ans après la mise sous garde. |
| Création de la mesure « *Délinquants à contrôler* ». | Ajout de l'art.753.1 | **La nouvelle ordonnance, de « délinquants à contrôler », prend la forme suivante :**<br>▪ Une ordonnance de surveillance dans la collectivité, après la peine, pour une durée maximale de 10 ans.<br>▪ Trois conditions sont nécessaires pour qu'un délinquant puisse se voir imputer d'une ordonnance de « délinquants à contrôler » :<br>  ▪ La peine appropriée pour l'infraction doit être de deux ans ou plus;<br>  ▪ Le tribunal doit être convaincu de l'existence d'un risque substantiel de récidive;<br>  ▪ Il doit exister une possibilité raisonnable de contrôler ce risque dans la collectivité. |
| Création du recours « l'engagement de ne pas troubler l'ordre public ». | Création de l'art. 810.2 | **Permet d'imposer, sur simple crainte fondée de récidive violente, un engagement préventif (avant condamnation) d'une durée maximale de 12 mois incluant :**<br>▪ Des interdictions (armes à feu, déplacements);<br>▪ Une surveillance électronique;<br>▪ Une obligation de se présenter régulièrement à une autorité. |
| Refonte des procédures entourant les désignations de « délinquants dangereux et/ou à contrôler » | Modification de l'art. 752.1(4); 752.2; 754.1 ; 757 | **Clarification et encadrement des mécanismes procéduraux relatifs aux désignations spéciales :**<br>▪ Droit d'appel élargi : Possibilité pour l'accusé et le poursuivant d'interjeter appel d'une telle désignation devant la cour d'appel.<br>▪ Délai prolongé : Allongement du délai permettant de présenter une demande de désignation (dangereux et/ou à contrôler) à 6 mois après la condamnation.<br>▪ Admissibilité de la preuve de moralité : Les éléments relatifs à la réputation ou au caractère de l'accusé peuvent être considérés dans l'évaluation de son statut.<br>▪ Allégement de l'expertise requise : Suppression de l'exigence d'une double expertise psychiatrique ; un seul expert indépendant suffit désormais. |

Dans les rangs libéraux, deux registres argumentatifs dominent, tant quantitativement que qualitativement, la justification de cette réforme : d'une part, la nécessité d'assurer la protection des Canadiens face aux récidivistes violents ; d'autre part, la volonté déclarée de répondre aux attentes

exprimées par la population face aux récidivistes violents. La réforme est ainsi présentée à la fois comme une réponse substantive, orientée vers une finalité sécuritaire, et comme une politique se voulant populaire, en ce qu'elle prétend concrétiser la volonté du peuple face aux récidives violentes. Elle articule ainsi, dans un même mouvement justificatif, un registre sécuritaire et un registre populaire. Dans le premier cas, les parlementaires ont fréquemment mis de l'avant la question de la sécurité publique – ou, plus précisément, du sentiment de sécurité des Canadiens – face à une criminalité décrite comme déchaînée, notamment en ce qui concerne les récidivistes violents et les crimes sexuels :

> *Grâce à l'application de nouvelles restrictions plus sévères aux contrevenants violents présentant un risque élevé, les Canadiens se sentiront plus en sécurité chez eux et dans les rues. Ces nouvelles initiatives vont bien avec la série de mesures conçues pour améliorer la qualité de vie des Canadiens.* (Andy Mitchell, PLC-1, C-55, 2e lecture)

Outre les impératifs liés aux enjeux de sécurité, le second grand justificatif avancé pour soutenir le projet de loi C-55 réside dans la volonté déclarée de répondre aux attentes et aux préoccupations exprimées par la population canadienne. Même si elle ne figurait pas explicitement parmi les promesses électorales, le gouvernement Chrétien affirme à de nombreuses reprises que cette réforme procède d'une démarche de réceptivité politique aux volontés citoyennes et qu'elle a été mise en forme au gré des demandes exprimées par la population :

> *La population a eu maintes occasions d'exprimer son avis sur le projet de loi C-55. Celui-ci reçoit un appui général.* (M. O'Brien, PLC-1, C-55, 2e lecture)

> *De nombreux citoyens agissant à titre individuel nous ont fait part de leurs idées, ce qui a eu une influence sur la genèse de cette mesure législative.* (Jesse Flis, PLC-1, C-55, 2e lecture)

Bien que le gouvernement ait affirmé à plusieurs reprises fonder le projet de loi C-55 sur les volontés populaires, la version finalement adoptée s'est révélée plus modérée que celle initialement déposée, à la suite de l'examen du texte par des témoins experts au Comité de la justice. On observe ainsi un balancement explicite entre la mobilisation de considérations populaires et l'intégration de

considérations épistémiques, du moins en apparence. Pour saisir concrètement la place accordée aux savoirs, il importe d'examiner les témoignages entendus en comité et, surtout, ceux qui ont effectivement été pris en compte dans l'argumentaire parlementaire. Aux fins de la description, les interventions des experts peuvent être regroupées en trois grandes catégories correspondant à des positions 1) opposées à la réforme, 2) favorables, ou 3) nuancées, c'est-à-dire acceptant certaines dispositions tout en en contestant d'autres.

Le premier groupe, composé de professeurs et de représentants d'organismes œuvrant auprès des personnes judiciarisées, s'est quant à lui montré fermement opposé au projet de loi. Ces intervenants ont dénoncé ce dernier comme une réponse politique inadéquate à des faits divers fortement médiatisés. À leurs yeux, C-55 représentait un élargissement préoccupant de l'arsenal répressif, susceptible d'englober injustement des personnes ne présentant qu'un faible risque, tout en compromettant les efforts de réinsertion sociale[133]. Pour sa part, le second groupe, formé de victimes et de représentants d'associations de victimes, s'est montré résolument favorable à la réforme. Pour ces témoins, le projet de loi répondait à une attente claire de la population à l'égard de mesures de protection renforcées. Il était perçu comme un outil essentiel pour éviter que d'autres familles soient confrontées à des drames évitables causés par des récidivistes violents[134]. Enfin, le troisième groupe, qu'on pourrait qualifier de mitigé, rassemblait principalement des experts juridiques qui, tout en appuyant l'objectif général du projet de loi C-55 visant un encadrement accru des justiciables à risque élevé de récidive, ont exprimé des réserves substantielles quant à la constitutionnalité de certaines mesures proposées. Ils ont notamment mis en garde contre d'éventuelles atteintes aux droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés, en particulier en lien avec des mesures de contrôle préventives ou applicables à la suite d'un verdict

[133] Notamment Allan Manson (*professeur en droit, l'Université Queen's*); Stephen Jenuth (*Elizabeth Fry Society*); Christine Leonard (John Howard Society), etc.

[134] Notamment Gary Rosenfeldt (*Victims of Violence*); Steve Sullivan (*Centre canadien d'aide aux victimes de crime*); Priscilla de Villiers (*Canadians Against Violence Everywhere Advocating its Termination)*; Marilyn Cameron (*victime*), etc.

de non-culpabilité, tout en soulignant l'absence de données probantes établissant l'efficacité de ces dispositifs en matière de protection du public[135].

À l'issue de l'étude en comité, plusieurs amendements ont été proposés et trois modifications substantielles ont été retenues par le gouvernement libéral afin de répondre à certaines critiques formulées à l'encontre du projet de loi.

Premièrement, l'ajout de l'art. 753.1(2) a eu pour effet de restreindre et préciser le champ d'application de la désignation de « délinquant à contrôler », en la limitant aux infractions impliquant des sévices graves à la personne ou un danger sérieux pour la vie, la sécurité ou l'intégrité physique ou mentale d'autrui, là où la version initiale se contentait d'évoquer un « risque » formulé de manière large et indéterminée. Deuxièmement, la modification de l'art. 753.2(3) a introduit un plafonnement temporel et procédural de la surveillance, en fixant une durée maximale de dix ans et en prévoyant des mécanismes de révision, alors que la mouture initiale ne comportait ni limite temporelle ni dispositif de réexamen. Troisièmement, la modification de l'art. 810.2 a opéré un resserrement procédural de l'engagement de ne pas troubler l'ordre public, en conditionnant son imposition à l'existence d'une mise en accusation, contrairement au projet initial qui envisageait son application en amont de celle-ci, voire à la suite d'un verdict de non-culpabilité.

Le gouvernement mobilise ainsi les savoirs entendus en comité, mais en opérant un positionnement déterminé à l'intérieur de cet éventail d'expertises. Les ajustements retenus correspondent principalement aux réserves formulées par le groupe d'experts juridiques adoptant la posture qualifiée de mitigée. Il apparaît ainsi que le projet a été moins modifié au gré des experts ayant témoigné quant à l'efficacité des mesures retenues qu'en fonction des exigences liées au respect de la Charte. Autrement dit, les inflexions observées semblent davantage répondre à des impératifs éthico-juridiques qu'à des considérations proprement épistémiques relatives à la performance

[135] Notamment Michael Jackson (*professeur en droit, Université de la Colombie-Britannique*); Tamra L. Thomson (*Association du Barreau canadien*), etc.

attendue des dispositifs proposés. L'importance accordée aux exigences constitutionnelles ressort d'ailleurs avec netteté dans les réponses que les députés libéraux ont opposées aux amendements proposés par les réformistes, lesquels entendaient durcir davantage le régime. Ces propositions sont explicitement écartées au motif de leur incompatibilité avec la Charte. Le gouvernement présente ainsi le projet de loi C-55, dans sa version finale, comme une position intermédiaire, cherchant à concilier les impératifs de sécurité publique avec le respect des garanties constitutionnelles :

> *C'est typique de la part des réformistes de présenter des amendements et de promouvoir des mesures qui n'ont aucune chance de respecter les critères constitutionnels. S'ils obtenaient l'adoption des amendements qu'ils défendent, des délinquants violents ou ayant commis des agressions sexuelles graves profiteront du fait que la loi est inconstitutionnelle pour faire perdre du temps aux tribunaux qui, en bout de ligne, ne pourraient rien contre eux. Par contre, le gouvernement présente des mesures qui sont efficaces, qui sont applicables et qui sont constitutionnelles. C'est une autre étape dans son entreprise de garantir la sécurité des Canadiens chez eux et dans leurs villes.* (Gordon Kirkby, PLC-1, C-55, Étape de rapport)

Ajoutons que, bien que cette réforme n'ait à aucun moment figuré parmi les engagements électoraux ayant mené à la session parlementaire au cours de laquelle elle a été adoptée, le gouvernement l'a néanmoins mise de l'avant dans sa plateforme électorale de 1997, s'en servant comme preuve tangible de son engagement en faveur de la protection des citoyens et du durcissement du régime pénal. Cette tentative de présenter la loi C-55 comme l'expression d'une volonté législative d'accentuer la sévérité pénale peut être interprétée comme un effort visant à l'inscrire dans un socle populaire, ou, à tout le moins, à ancrer la gouvernance pénale dans une approche susceptible de produire des bénéfices sur le plan électoral.

### 4.2.4 Le projet de loi C-250 : La propagande haineuse

Parmi l'ensemble des réformes analysées, le projet de loi C-250 se distingue par la trajectoire parlementaire sans doute la plus sinueuse. Cette complexité tient en partie à l'usage stratégique de mécanismes procéduraux permettant de contourner les étapes délibératives traditionnelles du

processus législatif. Commençons par présenter les deux dispositions qui composent ce projet de loi, dont la portée législative se limite à deux articles.

**Tableau 5.** Résumé des dispositions législatives du projet de loi C-250

| Cibles de l'action | Modification du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| Ajout de *l'orientation sexuelle* à la définition de groupe identifiable liée à l'infraction de propagande haineuse. | Modification de l'art. 318(4) | **La notion de *groupe identifiable*, aux fins de l'infraction de propagande haineuse, se définit de la façon la suivante :** Toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, l'origine ethnique ou l'orientation sexuelle. |
| Création d'une exemption pour les opinions religieuses. | Création de l'alinéa b) à l'article 319(3) | **Ajout d'une défense possible en cas de discours haineux :** L'auteur peut être exonéré s'il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou une opinion fondée sur un texte religieux auquel il croit, ou a tenté d'en établir le bien-fondé par argument. |

Pour le contexte, le projet de loi est composé de deux articles et constitue l'aboutissement d'une série d'anciennes initiatives législatives menées, qui ont toutes échoué, par le Nouveau Parti démocratique en vue d'inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs prohibés visés par les dispositions du Code criminel relatives à la propagande haineuse :

> *J'ai présenté ce projet de loi à la Chambre pour la première fois il y a près de 15 ans. Je tiens aujourd'hui à remercier de leur travail inlassable de nombreux groupes et particuliers des quatre coins du Canada.* (Svend Robinson, NPD, C-250, Étape de rapport)

Le fait que notre analyse s'ouvre sur une citation issue de l'étape du rapport, prononcée par un député de l'opposition, ne relève ni de l'erreur ni de l'anecdotique. Cette décision met en lumière un paradoxe politique révélateur : bien que le Parti libéral se soit engagé de manière explicite, et ce, pendant près d'une décennie, à faire reconnaître l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination – et qu'il ait formé entre-temps des gouvernements majoritaires successifs – c'est un député néo-démocrate qui a porté cette mesure à la Chambre. Cette initiative, en tant que projet de loi d'initiative parlementaire, a permis de contourner certaines étapes usuelles du processus législatif. Ainsi, aucun débat n'a eu lieu en deuxième lecture, et l'étude en comité a été abrégée à

la suite d'un recours procédural invoqué par les libéraux et le NPD, selon lequel un projet présenté par un député de l'opposition – et non par le gouvernement – peut faire l'objet d'une analyse expéditive. Seuls deux représentants du ministère de la Justice, quelques groupes d'intérêts à connotation religieuse[136], mais aussi un représentant d'Amnistie internationale, ont été entendus, sans que leurs interventions donnent lieu à la moindre proposition d'amendement.

Cette modification a cristallisé les rares débats ayant eu lieu lors des dernières étapes du processus législatif, tout en rendant possible l'adoption finale du texte. Cet amendement soulevait des enjeux d'ordre constitutionnel. La citation qui suit – bien qu'étendue – condense de manière éloquente l'argumentaire déployé par le Parti libéral en appui à cette modification :

> *J'ai proposé un amendement en vue d'améliorer le projet de loi. À l'heure actuelle, en vertu des articles 318 et 319, l'expression d'une opinion fondée sur un sujet religieux n'est pas un crime motivé par la haine. Nous savons que l'orientation sexuelle n'est pas un sujet religieux. Dans la société, les points de vue divergent sur cette question, comme on l'a signalé aujourd'hui. Notre objectif est de permettre une plus grande liberté dans les façons de s'exprimer, au Canada. Notre charte est un monument à cet égard. [...] Des habitants de ma circonscription et d'autres Canadiens aussi m'ont écrit des lettres ou des messages électroniques, m'ont téléphoné ou sont venus me voir pour me dire que cet amendement aurait pour effet de criminaliser la Bible ou le Coran. [...] Mon amendement vise à assurer en termes clairs que l'expression en toute bonne foi d'une opinion basée sur un texte religieux n'est pas et ne peut pas être interprétée comme un crime motivé par la haine ou une expression de la haine.* (Derek Lee, PLC-1, C- 250, Étape de rapport)

Le cœur du débat entourant l'adoption de cette mesure réside dans l'amendement introduisant une clause d'exemption religieuse. Ce point a concentré l'essentiel des interventions, notamment de la part des partis d'opposition au cours des débats qui – bien que succincts – ont accompagné l'adoption du projet. L'opposition la plus marquée a été exprimée par l'Alliance canadienne :

[136] Notamment Michael Battista (*Alliance évangélique du Canada*); Derek Rogusky (*Focus on the Family Canada Association*); Read Sherman (*First United Church*); Gwendolyn Landolt (*REAL Women of Canada*), etc.

> *Les pétitionnaires attirent l'attention des députés sur leur crainte que ce projet de loi ne représente une atteinte à leur liberté de parole et à leur liberté de religion. Ils craignent que ce projet de loi ne limite leur capacité de pratiquer librement leur religion et d'exprimer librement leurs opinions religieuses. En conséquence, ces pétitionnaires invitent le Parlement à protéger la liberté de religion en rejetant ce projet de loi.* (Scott Reid, AC, C-250, Étape de rapport)

À terme, les rares débats ayant entouré l'adoption du projet de loi C-250 – pourtant présenté comme une réforme destinée à renforcer la protection juridique des personnes issues de minorités sexuelles – se sont structurés autour des inquiétudes exprimées par certains citoyens quant à la préservation de leur liberté d'expression et de religion.

Le Parti libéral, en introduisant par amendement une clause d'exemption religieuse, a formellement inscrit sa position dans le registre des garanties constitutionnelles et des protections des droits fondamentaux. Toutefois, les interventions répétées de députés évoquant les lettres, courriels et appels reçus de leurs électeurs – lesquels exprimaient la crainte de ne plus pouvoir manifester librement leurs convictions religieuses – laissent entrevoir, derrière cette mobilisation du langage des droits, des ressorts plus « populaires ». Il n'a d'ailleurs pas véritablement été question d'une discussion approfondie des différentes lectures constitutionnelles envisageables, ni d'une confrontation explicite avec les prises de position antérieures des tribunaux quant à la portée de la liberté de religion (ou de la liberté d'expression en lien avec la religion), pas davantage que d'une anticipation structurée des contestations judiciaires susceptibles d'être soulevées ultérieurement. L'argumentaire ne s'est pas organisé autour d'un risque juridiquement étayé d'invalidation pour violation des droits, mais plutôt autour de la crainte, exprimée par plusieurs citoyens, de voir leur liberté de religion et leur liberté d'expression fragilisée. Le projet apparaît ainsi comme reposant sur un argument éthico-juridique, mais dont la portée est indissociable d'injonctions populaires.

### 4.2.5 Expressions démocratiques et politiques pénales sous les gouvernements Chrétien et Martin

Sous les gouvernements de Jean Chrétien et de Paul Martin, la mise en forme des normes pénales s'inscrit dans une dynamique clairement assumée de conciliation entre plusieurs registres démocratiques. À cet égard, l'examen du travail parlementaire met en évidence la volonté d'appuyer – ou du moins d'ancrer – leurs choix normatifs dans un entrelacement des trois grands registres de considérations démocratiques. Après l'examen individualisé des travaux parlementaires entourant chacun des projets de loi, il devient désormais possible d'esquisser un portrait à la fois précis et empiriquement étayé des justifications mobilisées dans chaque cas, et ce, dans une optique de croiser lesdits portraits par la suite.

D'abord, le projet de loi C-49, consacré à la lutte contre la traite des personnes, a été présenté par le gouvernement libéral comme répondant à un double impératif. Selon celui-ci, la réforme devait, d'une part, combler les lacunes substantielles du droit criminel en matière de protection des personnes jugées vulnérables, en s'appuyant sur les connaissances disponibles aux plans national et international. Le gouvernement affirmait, d'autre part, que l'initiative législative était indispensable pour assurer la conformité du cadre normatif canadien aux exigences de la Charte canadienne des droits et libertés ainsi qu'aux engagements internationaux du Canada, notamment ceux découlant du Protocole de Palerme. Plus loin dans le processus législatif, toutefois, la volonté citoyenne et des références à des données probantes sont mobilisées afin de légitimer les quantums de peine retenus par le gouvernement, tout en servant d'argument pour rejeter les propositions conservatrices en faveur de peines minimales obligatoires.

Le projet de loi C-10, qui réforme le régime de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, s'inscrit dans un contexte singulier, balisé par une obligation légale de révision législative. Dans ce cadre, le projet s'appuie principalement sur une mobilisation des recommandations – principalement de nature constitutionnelle – émanant de témoins entendus dans le cadre des travaux du Comité de la justice, en vue d'améliorer certains aspects du régime en vigueur. Au-delà de sa

visée d'optimisation substantielle, la réforme est également présentée comme une tentative de rééquilibrage entre trois pôles – les garanties procédurales accordées aux personnes déclarées non responsables, les impératifs de sécurité publique et les droits reconnus aux victimes.

Le projet de loi C-55, portant sur le régime applicable aux « délinquants à contrôler » et aux « délinquants dangereux », est lui aussi introduit à partir d'un double impératif, bien que distinct de celui qui structure le projet C-49. D'une part, le gouvernement invoque une pression citoyenne en faveur d'un resserrement du dispositif répressif à l'endroit des récidivistes ; d'autre part, le durcissement des sanctions pour les crimes violents est présenté comme une condition nécessaire à une meilleure protection de la population contre les crimes graves. Cette justification initiale, fondée sur une clameur publique en faveur d'un durcissement de l'arsenal répressif, connaît toutefois une modulation notable lors de l'étude au Comité de la justice. À cette étape, le projet de loi a fait l'objet de plusieurs amendements substantiels – notamment les trois principaux examinés plus haut – qui eurent pour effet de restreindre la portée punitive de la version initialement introduite. Ces modifications furent justifiées par la volonté déclarée des parlementaires de ne pas outrepasser les garanties constitutionnelles, tout en assurant des mesures strictes à même de protéger le public.

Le projet de loi C-250, qui visait à inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs prohibés de propagande haineuse, se distingue par la relative faiblesse de son traitement parlementaire. En dépit de la portée normative indéniable de cette mesure, les justifications avancées en faveur de l'inclusion de l'orientation sexuelle dans la liste des motifs de discrimination visés par les infractions de propagande haineuse demeurent rares et généralement lacunaires. Elles se limitent le plus souvent à quelques références éparses à la nécessité de protéger les minorités sexuelles au nom de la dignité humaine et du respect des droits fondamentaux. Inversement, les échanges les plus nourris ont porté sur les tensions perçues entre cette nouvelle interdiction et la liberté d'expression, notamment lorsque celle-ci est invoquée à partir de convictions religieuses. Il ne s'agit toutefois pas d'une liberté d'expression pensée en termes de constitutionnalité ou

d'interprétation jurisprudentielle, mais plutôt d'une liberté appréhendée à travers ce qui est présenté comme la perception et les attentes des Canadiens à l'égard de la liberté de religion.

Comme l'illustre cette synthèse, les quatre projets de loi ont été structurés autour de configurations hétérogènes de considérations démocratiques. Les mobilisations des considérations démocratiques tendent plutôt à se déployer de façon entrecroisée, dans des agencements discursifs où les justifications d'ordre populaire, épistémique et éthico-juridique se superposent, se conjuguent, se renforcent, voire se nuancent, mutuellement, selon des dosages différenciés.

Le premier élément structurant que l'on peut dégager à propos des expressions démocratiques sous les gouvernements de Jean Chrétien et de Paul Martin tient au fait que la mise en forme des normes pénales s'inscrit dans une dynamique assumée de conciliation entre plusieurs registres démocratiques. Bien que les trois gouvernements examinés aient mobilisé, à des intensités variables, les trois grands types de considérations démocratiques[137], cette administration se démarque par une volonté plus affirmée – et surtout plus systématique – d'articuler ensemble différentes valeurs et finalités démocratiques lors de leurs choix législatifs. Au-delà de la simple présence de registres démocratiques pluriels au sein de chaque projet, comme l'a montré plus haut notre analyse de l'activité parlementaire entourant chacun d'eux, il arrive que les députés libéraux expriment explicitement leur intention d'instituer des normes pénales reposant sur une conciliation assumée des différentes sources et finalités démocratiques mises en évidence au second chapitre :

> *Certes, l'opinion publique ne saurait être notre seul guide dans l'élaboration des lois au Canada. En tant que parlementaires, nous devons réaliser l'équilibre entre les souhaits de nos électeurs et notre évaluation prudente des considérations. Il reste que ce projet de loi suscite de vives préoccupations dans une circonscription et dans l'ensemble du pays, et je manquerais à mon devoir de représentation si je n'en faisais pas part à la Chambre.* (Murray Calder, PLC-1, C-250, Étape de rapport)

[137] L'analyse détaillée de la mobilisation des trois types de considérations démocratiques par les deux autres gouvernements sera développée, de façon approfondie, dans les sections respectives dédiées à l'examen de leur gouvernance pénale propre.

> *Les députés sont confrontés à de nombreuses questions reliées à la justice qui mettent en lumière la nécessité de parvenir à un équilibre entre la sécurité du public, d'une part, et les droits individuels, d'autre part. C'est une lourde responsabilité, mais nous nous en acquittons fort bien dans le projet de loi portant sur les accusés souffrant de troubles mentaux.* (Paul Harold Macklin, PLC-1, C-10, 2e lecture)

Cette variation dans les mobilisations des référents démocratiques ne témoigne pas, à notre sens, d'une absence de ligne directrice ; elle semble plutôt relever d'une démarche de calibration des registres démocratiques pour les spécificités de chaque initiative législative. Dans une telle démarche, les gouvernements libéraux de Martin et Chrétien semblent chercher à arriver, dans chaque cas, à une sorte de compromis entre des logiques démocratiques hétérogènes – exigences de sécurité publique, respect des droits fondamentaux, appel à des savoirs pertinents, écho aux aspirations citoyennes, conciliation entre les droits des justiciables et ceux des victimes, etc. Cette prétention à la conciliation ne saurait toutefois être interprétée comme l'absence d'arbitrages. Le gouvernement libéral procède bel et bien à une hiérarchisation des sources démocratiques potentiellement contentieuses lors de la présentation de ces choix normatifs, mais cherche autant que possible à les inscrire dans une grammaire plus consensuelle.

Les résultats normatifs de cette approche syncrétique des considérations démocratiques peuvent ainsi être résumés par le fait que la *gouvernance pénale s'est structurée autour de la recherche d'un « juste milieu »*. L'administration libérale présentait en ce sens ses normes pénales comme situées à équidistance d'une approche jugée excessivement répressive et d'un laxisme perçu comme incompatible avec les attentes sociales et les exigences nécessaires à la sécurité publique. Plus largement, il est possible de repérer, à travers les quatre projets de loi, une volonté constante de la part des libéraux de présenter leurs politiques pénales comme des compromis raisonnables. Le gouvernement a décrit ses mesures législatives à la fois comme suffisamment rigoureuses pour assurer la protection de la population sans compromettre les libertés civiles ni nier les droits des personnes accusées; comme des transformations destinées à mieux reconnaître les droits et les souffrances des victimes tout en préservant les garanties procédurales offertes aux contrevenants;

comme des mesures qui punissent ceux et celles qui commettent des crimes violents, mais qui offrent une seconde chance à ceux et celles qui ont commis un crime non-violent ou qui représentent un faible risque de récidive, etc.

Pour revenir, et enrichir l'étude du travail parlementaire déjà effectuée, le projet de loi C-49 est ainsi présenté comme renforçant la criminalisation de la traite des personnes grâce à l'adoption de nouvelles normes de comportement, tout en rejetant les amendements conservateurs proposant l'imposition de peines minimales obligatoires, perçues comme excessives et surtout inefficaces aux yeux des connaissances mises de l'avant. Le projet de loi C-10 est décrit comme ouvrant la possibilité de détention à durée indéterminée à l'égard de certains accusés, mais il est simultanément présenté comme tempéré par l'obligation d'une révision annuelle du risque, visant à éviter toute dérive arbitraire qui outrepasserait des garanties procédurales accordées aux accusés. Le projet de loi C-55 est présenté comme instaurant un régime de surveillance à long terme pour les « délinquants à contrôler » et « délinquants dangereux », tout en se démarquant des propositions jugées trop radicales, inspirées du modèle américain, présentées comme trop éloignées des vues des citoyens canadiens. Enfin, le projet de loi C-250 est présenté comme élargissant les motifs prohibés en matière de propagande haineuse, en y ajoutant l'orientation sexuelle, mais également comme assurant un équilibre grâce à une disposition d'exception censée protéger la liberté d'expression fondée sur des croyances religieuses.

Lorsqu'on croise les différents registres argumentatifs mobilisés au fil du processus législatif propre à chacun des projets, on constate que ceux-ci tendent à être construits discursivement comme des solutions d'équilibre. Chaque réforme est ainsi présentée non pas comme l'expression d'une orientation unilatérale, mais comme l'aboutissement d'une recherche de proportionnalité, située à distance de pôles décrits comme excessifs, inefficaces ou en décalage avec les attentes collectives. Le gouvernement libéral a effectivement la prétention de se positionner au « centre » et d'offrir une gouvernance pénale décrite comme « équilibrée », qui punit, mais qui ne tombe pas dans des peines vengeresses jugées sans utilité, ou encore comme étant trop exagérées :

> *Le projet de loi C-10, présenté par le ministre de la Justice et modifié par le comité permanent, offre un excellent exemple de la collaboration de tous les députés. Il reflète notre but commun, celui de fournir une loi criminelle équitable et équilibrée.* (Ken Boshcoff, PLC-1, C-10, 2e lecture)

> *Nous ne devons pas tomber dans le piège qui consiste à adopter des lois inflexibles et, par conséquent, incompatibles avec la tâche de parvenir à des actes judiciaires individuels qui entrent dans le cadre d'une grande politique publique. En fin de compte, la vraie mesure d'une politique judiciaire efficace est la somme des actes individuels de justice qu'elle permet d'accomplir. Nous devons nous efforcer d'avoir des lois efficaces. Le projet de loi C-55 permet d'atteindre l'équilibre qu'exige une bonne politique judiciaire.* (Colleen Beaumier, PLC-1, C-55, 2e lecture)

Une autre manifestation de cette quête du « juste milieu » réside dans la manière dont le gouvernement construit l'« intérêt du peuple » et les autres arguments substantifs. La conception qu'il mobilise d'une politique pénale « bonne, juste et vraie »[138] repose en effet sur un effort d'équilibrage :

> *Je crois fermement que ces modifications permettront d'améliorer le contrôle sur les personnes condamnées pour des crimes sexuels et autres infractions violentes et nous donnera les moyens de surveiller leurs activités. Au cas où elles récidiveraient, ces modifications les mettront là où elles doivent être, c'est-à-dire en prison […]*

> *La priorité du gouvernement est la sécurité des Canadiens. Cependant, il n'est pas nécessaire d'emprisonner tous les délinquants pour assurer cette sécurité. En favorisant des mesures comme des réformes au niveau de la détermination de la peine et des programmes de déjudiciarisation et de travail communautaire comme solutions de rechange à l'emprisonnement dans le cas des délinquants primaires non violents et peu susceptibles de récidiver, on distingue les délinquants à haut risque des délinquants à faible risque.* (Jesse Flis, PLC-1, C-55, 2e lecture).

[138] À titre de rappel, il s'agit des valeurs d'évaluation proposées par Bessone et Mineur (2019).

On le voit, sous les gouvernements de Jean Chrétien et de Paul Martin, la gouvernance pénale a pris la forme d'une prétention à « l'équilibre », le « juste milieu », etc. Toutefois, nos analyses invitent à nuancer cette prétention. Si l'équilibre et le juste milieu revendiqué sont présentés comme une forme de modération, ils constituent néanmoins un choix politique à part entière – celui d'une modalité particulière de gouvernance pénale. Effectivement, le centre n'est jamais neutre : il est toujours défini en relation avec les pôles qu'il prétend dépasser ou réconcilier et s'avère toujours porteur d'implications normatives particulières. Utilisons une image pour illustrer ce constat, imaginons que la punitivité se décline sur un continuum, allant d'une réponse pénale non afflictive, telle que la médiation (pôle A) à une réponse pénale outrancièrement punitive, telle que la peine de mort (pôle B). Sur cet axe, toute position dite « d'équilibre » ne correspond pas à un point médian abstrait ou neutre, mais s'inscrit plutôt dans un espace façonné par des arbitrages à la fois politiques et axiologiques.

L'équilibre revendiqué ne peut ainsi être interprété comme le point d'intersection impartial entre des pôles extrêmes, mais bien comme le résultat d'arbitrages où le pouvoir en place définit lui-même où se situe le point d'équilibre. Ce caractère situé ressort avec force lorsqu'on replace les choix normatifs qui composent les quatre politiques analysées dans un cadre comparatif. D'un côté, si on les rapproche des pratiques pénales étatsuniennes, elles peuvent effectivement paraître comme des compromis modérés. Mais mises en parallèle avec des propositions abolitionnistes, par exemple, elles se révèlent, au contraire, fortement punitives et très éloignées d'une position médiane. Le « milieu » invoqué n'est donc qu'un repère relatif, défini à l'intérieur d'un espace de comparaison circonscrit. Et pour comprendre comment cette prétention à un juste milieu est une construction située, il faut regarder comment le gouvernement a construit et a hiérarchisé les différentes considérations démocratiques mobilisées, puisque c'est précisément à travers ce travail d'articulation que se dessine et se justifie l'introduction de choix normatifs particuliers présentés comme équilibrés.

Si l'on s'attarde, dans un premier temps, aux considérations d'ordre populaire sous les gouvernements Chrétien et Martin, force est de constater qu'il s'agit du registre démocratique le moins solidement étayé parmi les trois identifiés dans notre analyse. Bien que la référence à la volonté populaire soit fréquemment mobilisée dans les discours parlementaires de cette époque, son contenu demeure souvent imprécis, et les représentations des doléances et des préférences citoyennes qui sont mises en avant par le gouvernement varient considérablement selon les contextes et les enjeux.

La référence « populaire » la plus récurrente dans les interventions des députés libéraux repose sur la mobilisation de l'image d'un peuple favorable à des choix normatifs présentés comme équilibrés, soit des mesures pénales jugées suffisamment fermes pour répondre aux préoccupations en matière de sécurité, sans toutefois verser dans des approches de type *tough on crime*. Une telle construction discursive prend forme, explicitement ou en creux, dans une critique des propositions portées par les députés réformistes, lesquelles sont fréquemment associées à un modèle pénal d'inspiration américaine, décrit comme excessivement punitif et normativement déséquilibré. Les références à des mesures telles que la peine de mort[139], les « *Three strikes laws* » (loi des trois coups)[140], ou encore des peines sans possibilités de libération conditionnelle[141], promues par les conservateurs, sont ainsi présentées comme incompatibles avec les préférences pénales attribuées au peuple canadien. Si nous avons montré plusieurs citations dans l'analyse des projets, on peut revenir ici avec deux citations inédites particulièrement parlantes dans les projets de loi C-55 et C-49 :

[139] « *Les pétitionnaires demandent au Parlement de permettre aux citoyens canadiens de voter directement dans un référendum national exécutoire sur le rétablissement de la peine capitale pour les meurtres au premier degré*. » (Bill Gilmour, REF, C-55, 2e lecture).

[140] « *Certains d'entre nous sont allés aux États-Unis et ont examiné diverses procédures carcérales et méthodes d'incarcération en vigueur là-bas, mais ce dont il est question, c'est de la situation au Canada et de l'attitude des détenus dans notre pays[…] Le délinquant n'a pas appris sa leçon la première fois. S'il récidive, il devrait se voir imposer automatiquement une peine d'une durée indéterminée et purger un minimum de 15 ans. C'est le principe du «retrait sur deux prises*». » (Art Hanger, REF, C-55, Étape de rapport)

[141] « *L'attitude laxiste des libéraux à l'égard de la criminalité est inefficace. […] La seule façon de protéger efficacement les Canadiens contre les délinquants à risque élevé est de les garder en prison pour les empêcher de récidiver* » (Jack Ramsay, REF, C-55, Étape de rapport).

> *Je ne crois pas que les Canadiens veuillent des mesures aussi radicales et générales. Ils nous ont dit qu'ils voulaient des lois bien ciblées qui soient sévères envers les délinquants violents.* (Gordon Kirkby, PLC-1, C-55, 2e lecture)

> *Les Canadiens veulent que leur régime juridique les protège contre les contrevenants en leur assurant que ces derniers ne récidiveront pas, et qu'il prévoie des mesures de réadaptation. On ne peut tout définir dans les limites plutôt étroites des modes d'incarcération et de peine, et c'est pour cette raison que le système canadien de détermination de la peine peut être axé sur l'équité et prévoir tout un éventail de solutions à ces problèmes.* (Larry Bagnell, PLC-1, C-49, 2e lecture)

Plus souvent qu'autrement, le gouvernement s'emploie à façonner une figure du peuple qui appellerait à un resserrement des réponses pénales pour certaines infractions, tout en rejetant les excès d'une répression jugée excessive. Si les projets de loi C-49 et C-55, et, à un moindre égard, le projet de loi C-250[142], invoquent à plusieurs reprises un peuple dit « modéré » pour légitimer certains ajustements normatifs, le ton adopté dans le cadre du projet de loi C-10 diffère sensiblement. Dans leurs premières interventions, les représentants du gouvernement évitent de convoquer des considérations populaires. Lorsqu'ils sont interpellés par des députés conservateurs réclamant un durcissement de l'accès aux verdicts de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (NRCTM), au nom de ce que « veut le peuple », ils détournent la discussion, allant jusqu'à admettre les limites de ce type d'argument dans le traitement d'un enjeu à forte teneur technique. Face à l'insistance de l'opposition, certains élus ont même fini par affirmer que les attentes citoyennes, aussi légitimes et sincères soient-elles, ne sauraient à elles seules fonder des politiques publiques lorsqu'il est question de réalités complexes, notamment celles liées aux troubles psychiatriques et à la responsabilité pénale. Si ce type d'argument apparaît quantitativement moins fréquent dans les débats, il n'en demeure pas pour autant absent. On peut

[142] Dans le cas du projet de loi C-250, la référence à une position d'équilibre du peuple se manifeste dans le double désir attribué aux Canadiens : d'une part, voir les minorités sexuelles bénéficier d'une protection juridique, et d'autre part, s'assurer que la liberté de religion demeure respectée. Comme les allusions directes au peuple sont relativement rares dans ce dossier et qu'elles s'inscrivent systématiquement dans une trame éthico-juridique, nous aborderons plus loin comment ces références sont construites à travers des arguments de nature éthico-juridique.

d'ailleurs revenir ici sur une citation mise en exergue dans l'analyse préalable des projets, dans la mesure où elle cristallise avec netteté cette position :

> *Je crois que bien des gens comprennent mal la loi. Le public continue de croire que si une personne ayant commis une infraction est déclarée non criminellement responsable, cela veut dire qu'elle n'est pas punie pour son méfait. Or, ce n'est tout simplement pas le cas.* (Paul Harold Macklin, PLC-1, C-10, 2e lecture)

Souvent élevé au rang de source morale centrale lorsqu'il peut être présenté comme modéré et raisonnable, à quelques reprises relégué ou discrédité en raison de son ignorance supposée, le peuple apparaît comme un artefact rhétorique plutôt malléable au sein de l'argumentaire libéral, ajusté aux besoins spécifiques d'une gouvernance libérale soucieuse de composer avec des exigences concurrentes. D'ailleurs, lorsque les gouvernements affirment que le peuple aspire à une position équilibrée, ces références prennent une dimension performative en reposant sur des invocations évasives du style « *je parle tous les jours à mes électeurs* »[143]; « *des habitants de ma circonscription et d'autres Canadiens aussi m'ont écrit des lettres ou des messages électroniques* »[144]; des références qui s'appuient sur peu d'éléments qui permettraient d'identifier, de manière rigoureuse, les voies à travers lesquelles le gouvernement aurait mesuré un tel positionnement au sein de la population.

Si on passe maintenant aux considérations épistémiques, l'administration libérale a fréquemment mobilisé, sur le plan discursif, des références explicites aux connaissances disponibles pour justifier ses orientations normatives, telles que « *La plupart des spécialistes appuient l'initiative du gouvernement* »[145] ; « *Le projet de loi C-10 reflète les conseils et les avis du comité et de tous ceux qui ont comparu devant lui* »[146]; « *J'ai étudié les preuves au Canada et sur la scène internationale* »[147], etc. Au-delà des proclamations de principe, un constat mérite d'être mis en exergue : sur les douze

[143] Colleen Beaumier, PLC-1, C-55, 2e lecture.
[144] Derek Lee, PLC-1, C-250, 3e lecture.
[145] Pat O'Brien, PLC-1, C-55, 2e lecture.
[146] Paul DeVillers, PLC-1, C-10, 2e lecture.
[147] Irwin Cotler, PLC-1, C-49, 3e lecture.

projets de loi étudiés, seuls C-10 et C-55 ont véritablement été infléchis au stade du comité parlementaire, sous l'effet des critiques formulées par les témoins auditionnés. Dans ces deux cas – et plus nettement encore pour C-55 – l'orientation répressive initialement prévue a été tempérée à la suite des interventions d'universitaires et d'experts constitutionnels. Ces révisions ne sauraient toutefois être interprétées comme l'expression d'un consensus neutre autour de l'expertise mobilisée, mais bien comme l'aboutissement de choix politiques, impliquant un tri sélectif des savoirs jugés recevables.

Effectivement, parmi la pluralité d'experts entendus dans le cadre de ces deux réformes – qui ont toutes deux fait l'objet de modifications – ce sont principalement les voix juridiques, et plus précisément celles spécialisées en droit constitutionnel *(e.a. Nils Riis, avocat-conseil légal, ministère de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario; Tamra Thomson, Association du Barreau canadien, etc.)*, qui ont été retenues et relayées par les parlementaires. À l'inverse, les contributions d'experts adoptant un regard davantage sociologique (*e.a. Allan Manson, professeur en droit, l'Université Queen's; Christine Leonard, John Howard Society, etc.*) qui remettaient en question la logique répressive ou critiquaient les effets délétères des régimes de type « délinquant dangereux » ou « délinquant à contrôler », ont été beaucoup moins nombreuses, et largement marginalisées, voire entièrement écartées du processus décisionnel.

Derrière les grands appels à la mobilisation des savoirs, on retrouve ainsi une dynamique sélective des connaissances qui se manifeste à la fois dans la composition des panels appelés à comparaître en comité parlementaire et dans le degré d'attention réellement portée aux propos émis. Certaines catégories d'intervenants (e.a. groupes d'intérêts pro-victimes ou les spécialistes du droit constitutionnel) bénéficient d'une présence soutenue, tandis que d'autres voix (e.a. criminologiques, sociologiques) sont moins sollicitées, voire complètement marginalisées. Alors que la littérature relative à la démocratie épistémique souligne généralement l'importance de mobiliser un éventail de connaissances, notamment issues de l'ensemble des différentes branches de l'activité scientifique, afin d'éclairer l'évaluation des diagnostics et des traitements face aux

problèmes sociaux que le gouvernement entend aborder, l'usage qu'en fait ce dernier s'avère nettement plus restreint, relevant d'une acception sélective et circonscrite de ces savoirs.

Lorsqu'il affirme s'appuyer sur des « données probantes » ou lorsqu'il dit convoquer des experts, il s'agit en pratique surtout de témoins dont l'expertise est de nature constitutionnelle, même si d'autres profils peuvent ponctuellement être entendus. À cette opération de tri en amont – autrement dit, la sélection des expertises jugées légitimes pour se faire entendre en comité – s'ajoute une seconde opération, consistant à évaluer leur pertinence au regard des objectifs politiques poursuivis. Outre les extraits déjà utilisés qui critiquaient les peines minimales proposées par les réformistes, on peut renchérir ici avec une autre déclaration du ministre de la Justice, qui affirme s'opposer aux peines minimales obligatoires en raison d'une étude sur la question :

> *Dans le cadre d'une étude complète effectuée au Canada, on a examiné la situation sur la scène nationale et internationale et on en est arrivé à la conclusion que des peines minimales obligatoires n'étaient ni efficaces ni dissuasives.* (Irwin Cotler, PLC-1, C-49, 3e lecture)

Cette prise de distance à l'égard des peines minimales obligatoires ne saurait être interprétée comme une remise en cause globale de l'incarcération ou de l'arsenal répressif dans son ensemble – du moins pas dans les termes qu'un regard sociologique ou criminologique pourrait laisser supposer. En réalité, si les savoirs ont effectivement été mobilisés pour invalider certains amendements conservateurs jugés excessifs, ils l'ont tout autant été dans un registre inverse : lorsque les libéraux se sont vu reprocher leur prétendu laxisme, ces mêmes savoirs ont été invoqués non pas pour justifier un allègement de la réponse pénale, mais pour souligner qu'un durcissement mal calibré risquait, paradoxalement, d'en compromettre l'efficacité même :

> *J'ai constaté que les résultats allaient à l'encontre de mon intuition. Je croyais que les peines minimales donneraient des résultats, mais tout prouve qu'il n'en est rien. Les faits montrent que les peines minimales obligatoires ont, pour le système de justice pénale, des résultats qui vont à l'encontre des objectifs mêmes que nous cherchons à réaliser, à savoir qu'elles ont tendance à réduire les peines d'emprisonnement. En*

> *d'autres termes, elles deviennent le maximum plutôt que le minimum. Les causes se prolongent indéfiniment et moins de gens plaident coupables.* (Irwin Cotler, PLC-1, C-49, 3e lecture)

On observe ainsi un certain éclectisme dans la mobilisation des savoirs qui semblent principalement convoqués lorsqu'ils confortent les orientations politiques arrêtées. Les députés libéraux vont même jusqu'à reconnaître avoir délibérément écarté certains témoignages en raison de leur orientation normative jugée incompatible avec l'orientation politique privilégiée :

> *Dans le cadre de son examen du projet de loi C-10, le comité permanent a envisagé d'autres modifications pour accroître le rôle des victimes. Le comité a entendu plusieurs témoins, dont certains prônaient un plus grand rôle pour les victimes et d'autres qui n'appuyaient pas les intérêts des victimes. Le comité a rejeté clairement les instances de ceux qui cherchaient à restreindre le rôle des victimes.* (Paul Harold Macklin, PLC-1, C-10, 3e lecture)

Plus encore, dans certaines circonstances, les députés libéraux n'hésitent pas à rejeter explicitement les savoirs qui entrent en contradiction avec les orientations qu'ils entendent défendre, manifestant ainsi une sélection stratégique de l'expertise mobilisée au service de leurs préférences normatives :

> *Le fait que plusieurs gouvernements successifs n'ont pas réussi à contrer efficacement les risques de récidive a rendu les Canadiens méfiants et cyniques, mais les Canadiens savent très bien quel genre de crimes sont commis à répétition dans leurs collectivités. Ils savent très bien le défi que nous avons à relever en tant que parlementaires. C'est pourquoi c'est difficile pour moi, en tant que députée et démocrate, d'adopter l'attitude de ceux qu'on dit être les spécialistes, qui nous disent que les Canadiens exagèrent la situation sur les questions de criminalité et nous demandent de consacrer notre énergie à dire à nos électeurs qu'ils n'ont pas de raison de s'inquiéter de la criminalité dans notre pays.* (Colleen Beaumier, PLC-1, C-55, 2e lecture)

Comme l'ont illustré les extraits précédemment cités, la mobilisation des savoirs par le gouvernement libéral de l'époque ne visait jamais une amélioration substantielle, neutre ou

apolitique des projets de loi. Même lorsqu'ils étaient convoqués pour corriger certaines incohérences ou renforcer ponctuellement la cohérence ou la constitutionnalité d'une réforme, ces savoirs demeuraient intégrés dans un horizon d'attentes politiques préétabli.

Cette logique sélective – où les connaissances ne sont retenues que lorsqu'elles confortent les orientations législatives préexistantes ou d'autres attentes politiques – apparaît avec une acuité particulière dans l'examen des projets de loi C-49 et C-250, dont le potentiel de transformation aurait pourtant mérité une analyse plus rigoureuse et approfondie au Comité de la justice (pas plus que des références à des analyses savantes à d'autres moments des débats parlementaires). Or, les audiences tenues en comité n'ont permis d'entendre qu'un nombre restreint de témoins qualifiés. Le cas du projet de loi C-250 en constitue une illustration révélatrice. Les travaux, abrégés à la suite de manœuvres partisanes, ont principalement donné la parole à des représentants de groupes d'intérêts. Aucun professeur ou chercheur spécialiste des dynamiques de discrimination visant les minorités sexuelles ni aucun représentant issu de ces communautés n'ont été invités à témoigner.

On ne se limite plus, ici, à sélectionner certains savoirs : on en écarte délibérément la quasi-majorité, opérant une mise à distance assumée des expertises susceptibles de confronter, de modifier, ou encore de pousser les prémisses normatives du projet. Cette logique d'évitement apparaît d'autant plus assumée que l'amendement introduisant une exemption pour les discours à caractère religieux a été ajouté après les audiences en comité, échappant ainsi à toute consultation ou contre-expertise. Étant donné l'ancienneté du projet dans l'agenda législatif, il est peu plausible qu'une telle clause n'ait pas été envisagée plus tôt. Tout porte à croire qu'il s'agissait moins d'une modification de dernière minute que d'une manœuvre visant à en éviter l'examen en comité.

Enfin, pour les considérations éthico-juridiques, les gouvernements Chrétien et Martin se sont explicitement revendiqués comme les héritiers de la Charte canadienne des droits et libertés, en en assumant à la fois l'esprit et la lettre. La Charte y est érigée en principe structurant de l'action législative, à la fois comme fondement normatif et comme contrainte juridique. Les projets de loi

C-49 (sur la traite des personnes) et C-250 (sur la propagande haineuse) illustrent clairement cette première fonction : ces initiatives sont introduites sous l'angle affirmé de la protection des droits fondamentaux – dignité, égalité, sécurité – qui justifient, orientent et légitiment l'intervention pénale. Les droits sont alors mobilisés comme des moteurs de l'action législative, en fournissant les raisons mêmes d'agir. À l'inverse, dans les projets C-10 (régime de non-responsabilité criminelle) et C-55 (délinquants à contrôler), la Charte intervient plutôt comme un garde-fou, balisant les contours de l'intervention étatique afin d'assurer sa conformité avec les exigences constitutionnelles – notamment en ce qui concerne les garanties procédurales des personnes accusées (voir analyse respective de l'activité parlementaire de ces projets). Dans ces cas, les droits fondamentaux n'incitent pas à agir : ils délimitent ce qui peut être fait.

Les droits ont joué un rôle ambivalent, se présentant tout à la fois comme des moteurs d'innovation législative et comme des garde-fous limitant certaines dérives normatives. Toutefois, l'enjeu central réside moins dans cette dualité que dans la manière dont ces droits sont eux-mêmes construits, interprétés et hiérarchisés. C'est à travers ces opérations de sélection et de mise en ordre que se dessinent des choix législatifs qui, loin de refléter une neutralité axiologique, accordent une priorité à certains droits plutôt qu'à d'autres, valorisent certaines représentations de ces droits et en marginalisent d'autres, souvent de manière implicite, mais déterminante dans les résultats normatifs. Dans notre analyse des considérations épistémiques, nous avons notamment cité un extrait révélateur dans lequel le gouvernement affirme avoir privilégié les avis d'experts favorables à un renforcement des droits des victimes. Cela étant dit, contrairement au gouvernement Harper – et comme nous l'examinerons plus en détail dans les prochaines pages – cette volonté de mieux protéger les victimes ne s'est pas traduite par un abandon des garanties accordées aux accusés. Bien au contraire, le gouvernement libéral s'est revendiqué d'une approche équilibrée, soucieuse de conjuguer fermeté et respect des droits fondamentaux. Pour reprendre une citation déjà utilisée :

> *Le projet de loi C-10 modernisera les lois davantage et assurera un juste équilibre entre les droits des malades mentaux qui ont des démêlés avec la justice et le droit de la population à être en sécurité.* (Ken Boshcoff, PLC-1, C-10, 3e lecture)

Reste à interroger la consistance de cette prétention à l'équilibre. Peut-on véritablement considérer qu'un « juste équilibre » est atteint lorsqu'une personne jugée non criminellement responsable se voit imposer une hospitalisation d'une durée potentiellement plus longue que celle qu'aurait entraînée une peine privative de liberté pour l'infraction commise, et ce, sur la seule base d'un risque présumé de récidive ? C'est précisément ce que permet, en pratique, le mécanisme instauré par le projet de loi C-10, qui prévoit qu'une personne déclarée non criminellement responsable fasse l'objet d'une évaluation clinique annuelle pour déterminer la durée de son hospitalisation. Dès lors, sur quelles bases peut-on soutenir que cette logique incarne une approche équilibrée des droits fondamentaux ? Encore une fois, notre propos ne consiste pas à en juger la légitimité de manière normative, mais à souligner que le gouvernement n'a jamais explicité ce qui, précisément, rendrait son approche « équilibrée ».

Cette invocation d'un juste milieu entre droits, qui se présente comme un équilibre mais fonctionne en réalité comme une hiérarchisation discursive de certaines conceptions particulières des droits, apparaît avec acuité dans le traitement de la propagande haineuse par le projet de loi C-250. Présentée comme une mesure destinée à protéger la dignité et l'égalité des minorités sexuelles, l'initiative a été infléchie par l'amendement introduit en comité, à l'initiative de députés libéraux, qui excluait explicitement les discours religieux du champ d'application des nouvelles dispositions. Cet ajout, loin de constituer un simple ajustement technique, met en évidence la manière dont la convocation simultanée de plusieurs droits produit inévitablement une hiérarchisation, même si celle-ci n'est pas formulée comme telle.

Si l'on peut interpréter cette exemption comme une tentative d'articuler liberté d'expression, liberté de religion et principes d'égalité et de dignité, elle opère en pratique une pondération asymétrique : les libertés religieuses se voient conférer une primauté implicite, limitant l'effectivité des protections contre les discours haineux. Qu'elle soit reconnue explicitement ou non, une telle opération revient à hiérarchiser les droits en fonction des sensibilités politiques du moment. En l'occurrence, l'absence de justification constitutionnelle ou d'expertise entendue en comité suggère

que cette pondération n'a pas reposé sur une argumentation robuste, mais plutôt sur des attentes politiques implicites – ménager les communautés religieuses, éviter d'alimenter des controverses électoralement coûteuses ou préserver un certain équilibre symbolique dans l'espace public.

Autrement dit, l'amendement au projet de loi C-250 illustre un mécanisme plus général : la mobilisation parlementaire des droits ne conduit pas à un arbitrage neutre entre principes abstraits, mais engendre nécessairement des priorisations contingentes, façonnées par le contexte politique et les rapports de force. La hiérarchie implicite qui en résulte demeure d'autant plus opérante qu'elle n'est ni assumée ni discutée, se trouvant naturalisée dans le discours du compromis, alors qu'elle procède d'une sélection politique de ce qui doit primer dans la définition des normes pénales.

En résumé, Chrétien/Martin misent sur une démarche consensuelle : ils tentent de « composer » avec les demandes populaires, les résultats d'expertise et les principes constitutionnels. Ils se présentent comme modérés (« centre », gouvernance « équilibrée »), mais ce centre n'est jamais neutre. Comparativement aux États-Unis, leurs réformes peuvent sembler raisonnables, mais face à un référentiel plus progressiste elles apparaissent punitives et éloignées d'une réponse pénale dite modérée. Sur le plan normatif, leur stratégie produit des compromis qui alourdissent une série de normes (nouvelles peines, extension du pénal) tout en préservant un discours de modération. Après avoir procédé à une analyse interne des expressions démocratiques propres aux autres gouvernements étudiés, il deviendra possible de revenir sur certains traits de cette gouvernance qualifiée de « milieu » afin d'en dégager des implications supplémentaires quant aux formes concrètes de construction et de mobilisation des références démocratiques dans la fabrique du droit.

## 4.3 La gouvernance pénale sous le gouvernement Harper

### 4.3.1 Le projet de loi C-36 : Une nouvelle forme de criminalisation du travail du sexe

Le projet de loi C-36, ratifié en 2014, est une réforme du régime juridique encadrant le travail du sexe qui a été adoptée en réponse directe à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Bedford*[148]. Dans l'arrêt Bedford rendu le 20 décembre 2013, la Cour suprême du Canada a unanimement invalidé trois dispositions du Code criminel encadrant le travail du sexe, estimant qu'elles contrevenaient à l'article 7 de la Charte (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne). La Cour a souligné que ces dispositions compromettaient la sécurité des personnes se prostituant en les contraignant à travailler dans des conditions dangereuses, rappelant que l'État a l'obligation de protéger ces personnes vulnérables plutôt que d'aggraver leur précarité[149].

Dans son jugement, la Cour a suspendu sa déclaration d'invalidité pour une période d'un an, laissant au Parlement le soin de légiférer. Le point de départ de la réforme se trouve ainsi explicitement arrimé à une exigence éthico-juridique, dans la mesure où l'intervention législative est présentée comme la réponse nécessaire à l'invalidation de certaines normes du droit criminel au regard de la Charte. Face au vide juridique créé par la décision Bedford, le gouvernement Harper a toutefois choisi de déplacer l'épicentre de la répression vers l'autre pôle de l'« échange » des services sexuels, en concentrant désormais l'intervention pénale sur les clients. Le projet de loi C-36 opère ainsi un renversement normatif : alors que le droit criminel visait autrefois les personnes offrant des services sexuels, il criminalise désormais les clients. La formation conservatrice a saisi l'occasion offerte par la déclaration d'invalidité pour mettre en place un nouveau régime répressif qui reconduit – et même qui renforce volontairement et explicitement – la logique punitive qui sous-tend la régulation du travail du sexe.

---

[148] Canada c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101

[149] *Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions dangereuses à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus* [par. 60]

Avant d'expliciter les arguments mobilisés pour justifier les choix opérés face à cette contrainte constitutionnelle, il importe toutefois d'examiner, à travers deux tableaux distincts, les différentes catégories de modifications législatives introduites par le projet de loi.

**Tableau 6.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-36

| Normes avant Bedford | Modifications du *Code criminel* | Nouvelles normes après C-36 |
|---|---|---|
| **Définition d'une maison de débauche :**<br>Local tenu, occupé ou fréquenté par une ou plusieurs personnes à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence. | Modification de l'art. 210 | **Nouvelle définition :**<br>Local tenu, occupé ou fréquenté par une ou plusieurs personnes pour la *pratique d'actes d'indécence.* |
| **Infraction de proxénétisme :**<br>Art. 212(1) : Vivre des fruits de la prostitution d'autre personne. | Abolition de l'article 212.2 et création de l'art. 286.2 | **Nouvelle infraction :**<br>Bénéficier d'un avantage matériel provenant des services sexuels d'une personne majeure. |
| Aucune | Création de l'art. 281.1(1) | **Nouvelle infraction :**<br>Obtention, contre rétribution, des services sexuels d'une personne mineure ou communication à cette fin [« en quelque endroit que ce soit »]. |
| **Infraction de communiquer en public à des fins de prostitution** :<br>Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public, soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre. | Abolition de l'art. 213(1) et création de l'art. 281.1 (i) | **Ajout d'une circonstance aggravante :**<br>L'obtention de services sexuels dans un endroit public devient une circonstance aggravante selon l'alinéa (i). |
| Aucune | Création de l'art. 286.4 | **Nouvelle infraction :**<br>Faire de la publicité pour offrir des services sexuels moyennant rétribution.<br>** Une exception est prévue à l'article 286.5(1)b) pour la publicité de ses propres services sexuels.* |

**Tableau 7.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de sanctions centrales du projet de loi C-36

| Normes de comportements | Peines avant C-36 | Peines après C-36 |
|---|---|---|
| Local tenu, occupé ou fréquenté par une ou plusieurs personnes pour la pratique d'actes d'indécence. | Maximale : 2 ans | Maximale : 2 ans |
| Bénéficier d'un avantage matériel provenant des services sexuels d'une personne majeure. | Maximale : 10 ans | Maximale : 14 ans |
| Obtention, contre rétribution, des services sexuels d'une personne mineure ou communication à cette fin [« en quelque endroit que ce soit »]. | Aucune | Maximale (mise en accusation) : 5 ans<br>Maximale (procédure sommaire) : 18 mois |
| Obtention, contre rétribution, des services sexuels d'une personne mineure ou communication à cette fin dans un *endroit public.* | Maximale : 5000 $ ou 6 mois d'emprisonnement. | Maximale (mise en accusation) : 5 ans<br>Maximale (procédure sommaire) : 18 mois<br>Minimale (mise en accusation) : 2000$<br>Minimale (procédure sommaire) : 1000$ |
| Faire de la publicité pour offrir des services sexuels moyennant rétribution. | Aucune | Maximale (mise en accusation) : 5 ans<br>Maximale (procédure sommaire) : 18 mois |
| Traite de personnes adultes. | a) s'il y a aussi un enlèvement, des voies de fait graves ou une agression sexuelle grave, ou cause la mort de la victime<br>▪ Maximale : perpétuité<br>b) autres cas<br>▪ Maximale : 14 ans | a) s'il y a aussi un enlèvement, des voies de fait graves ou une agression sexuelle grave, ou cause la mort de la victime<br>▪ Maximale : perpétuité<br>▪ Minimale : 5 ans<br>b) autres cas<br>▪ Maximale : 14 ans<br>▪ Minimale : 4 ans |
| Bénéficier d'un avantage matériel provenant de la traite de personnes mineures. | Maximale : 10 ans | Maximale : 14 ans<br>Minimale : 2 ans |
| Rétention ou destruction de documents pour faciliter la traite de personnes mineures. | Maximale : 5 ans | Maximale : 10 ans<br>Minimale : 1 an |

Devant cette refonte législative, l'ensemble des partis d'opposition ont fait front commun pour exprimer un refus catégorique du projet de loi C-36. Cette convergence s'est articulée autour d'un faisceau de critiques, au premier rang desquelles figure l'accusation d'un mépris manifeste à l'égard du message central formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Bedford*. Les débats ont ainsi largement porté sur la question de savoir si les choix législatifs opérés constituaient réellement une réponse aux exigences découlant des droits fondamentaux et des exigences de l'arrêt Bedford. À cet égard, la question de la constitutionnalité du projet de loi C-36 s'est imposée comme l'un des points névralgiques des travaux menés au sein du Comité de la justice. Sur ce point, la quasi-totalité des spécialistes du droit entendus par le Comité a livré des critiques acerbes en soulignant que le projet de loi C-36 s'éloigne des balises constitutionnelles tracées par l'arrêt Bedford, au lieu de s'en inspirer. Une intervention permet de saisir la force de cette critique, soit celle de Pivot Legal Society, qui a déposé devant le Comité une lettre signée par de nombreux experts : « *Approximativement 220 avocats et professeurs de droit ont écrit au comité et au gouvernement pour exprimer leur crainte que le projet de loi aille à l'encontre d'un certain nombre de droits garantis par la Charte.* » (Elin Sigurdson, témoin, C-36, Examen en comité).

À travers la question de la constitutionnalité, de nombreux intervenants ont soutenu que le cadre législatif proposé risquait de reconduire, voire d'intensifier, les situations de marginalisation et d'insécurité déjà vécues par les personnes exerçant le travail du sexe. Le gouvernement Harper a toutefois ignoré les propos de ces témoins (ou encore les parlementaires qui les relayaient), préférant affirmer que sa position constituait la seule réponse susceptible d'assurer une protection effective des travailleurs du sexe. Dans cette perspective, le respect des droits fondamentaux et la protection des personnes concernées ne passent ni par la reconnaissance du travail du sexe comme activité socialement légitime, ni par l'instauration de dispositifs visant à minimiser les risques associés à sa pratique, mais par une politique orientée vers la restriction maximale de son existence et de ses conditions d'exercice :

> *Pour le gouvernement, ne rien faire n'a jamais été une option. Le gouvernement n'accepte pas l'idée selon laquelle la prostitution est inévitable et qu'il faut par conséquent la décriminaliser et la réglementer. Ce n'est pas notre position. Au*

> *contraire, le gouvernement est d'avis qu'un régime qui perpétue et tolère l'exploitation des personnes vulnérables par la légalisation de la prostitution ne ferait qu'aggraver les préjudices et les dangers inhérents à la prostitution. Par conséquent, le projet de loi C-36 ne vise pas à permettre ou faciliter la prostitution. Il vise au contraire à réduire la demande de prostitution en vue de décourager quiconque de s'y livrer et d'y participer et, ultimement, de l'éliminer autant que possible […]*
>
> *Cela ne porte pas uniquement sur les préoccupations soulevées dans la décision Bedford, mais également d'autres préoccupations plus larges liées à la sécurité et à la société que suscite l'enjeu de la prostitution de manière plus générale : la nécessité de protéger les personnes qui se livrent à la prostitution contre la violence et l'exploitation, la nécessité de protéger les collectivités des effets préjudiciables de la prostitution, notamment l'exposition des enfants, et finalement la nécessité de protéger la société dans son ensemble contre la normalisation d'une pratique sexiste fondée sur l'exploitation. Cela porte atteinte aux valeurs que sont la dignité humaine et l'égalité.* (Peter MacKay, PCC, C-36, Étude en comité)

On observe d'ailleurs que, dans la manière dont sont mobilisés les droits fondamentaux, l'accent est mis sur la protection des collectivités et, plus encore, sur celle des personnes qualifiées de vulnérables. Les droits ne sont ainsi pas principalement envisagés sous l'angle de libertés individuelles abstraites, mais reconfigurés discursivement autour d'une affirmation de protection des travailleurs du sexe. Ces éléments contribuent à inscrire la réforme dans un registre argumentatif fondé sur les finalités poursuivies.

Sur un autre ordre d'idées, il convient de souligner que le gouvernement Harper a également appuyé le projet de loi C-36 sur certains savoirs expérientiels. Pour en rendre compte, il faut revenir aux travaux du Comité de la justice, où n'ont pas seulement été entendus des experts en droit constitutionnel, mais également des associations composées de travailleuses du sexe elles-mêmes, ainsi que des organismes œuvrant en appui ou en représentation de ces dernières. De ces témoignages ont émergé deux visions nettement opposées. D'un côté, plusieurs représentantes ont fait part de leurs inquiétudes quant aux effets potentiellement délétères du projet de loi C-36, lequel

risquerait, selon elles, de reconduire – voire d'exacerber – les conditions de vulnérabilité structurelle dans lesquelles s'exerce le travail du sexe, notamment en matière de sécurité, de violence et d'agressions[150]. De l'autre, certains intervenants ont soutenu que la criminalisation demeurait la seule réponse possible, dans la mesure où toute forme de prostitution serait, à leurs yeux, intrinsèquement assimilable à une exploitation inacceptable[151]. Tous les amendements proposés par l'opposition, s'appuyant sur les témoignages de travailleuses et travailleurs du sexe qui affirmaient qu'une criminalisation des pratiques compromettrait leur sécurité, ont été écartés par le gouvernement. [152] Le gouvernement n'a toutefois pas écarté l'ensemble des témoignages ou des expériences des travailleuses du sexe qui ne cadraient pas avec sa vision. Il a plutôt sélectionné et mis de l'avant les interventions de travailleuses du sexe et d'organismes dont les positions convergeaient avec son analyse. Par exemple :

> *Casandra Diamond, autrefois prostituée et propriétaire de bordel, a déclaré que ce projet de loi devrait aider les travailleuses du sexe à se sentir davantage en sécurité. Je la cite : « J'aurais aimé que le projet de loi C-36 soit en vigueur à l'époque où j'en avais besoin. »* (Bob Dechert, PCC, C-36, 2e lecture)

Enfin, un autre registre de légitimation apparaît de manière récurrente : la référence explicite à la volonté des Canadiens. À plusieurs reprises, le gouvernement a soutenu que la (re)criminalisation du travail du sexe répondait aux attentes et aux demandes des Canadiens, inscrivant ainsi cette loi dans un registre de légitimation fondé sur l'expression de la volonté collective :

> *Nous avons entrepris une consultation en ligne […] ce processus nous a permis d'obtenir plus de 31 000 réponses […]. En plus de ces consultations, des sondages ont indiqué que la majorité des Canadiens appuient la criminalisation de l'achat de services sexuels.* (Peter MacKay, PCC, C-36, Étape de rapport)

---

[150] Notamment Robyn Maynard (*Stella*), Emily Symons (*Prostitutes of Ottawa–Gatineau*), Chanelle Gallant et Jean McDonald (*Maggie's*), etc.

[151] Notamment Robert Hooper (*Walk With Me Canada Victim Services*), Julia Beazle (*Alliance évangélique du Canada*), Natasha Falle (*Sex Trafficking Survivors United*), Rick Hanson (*Service de police de Calgary*), etc.

[152] Nous avons comptabilisé 15 amendements proposés à la suite des réunions au Comité de la justice. Parmi ceux-ci, 6 amendements techniques ont été adoptés par le comité (tous présentés par le gouvernement) et 9 amendements de fond ont été rejetés (tous émanant de parlementaires de l'opposition).

*Le projet de loi C-36 est ce que les Canadiens demandent.* (Joy Smith, PCC, C-36, 3e lecture)

### 4.3.2 Le projet de loi C-13 : Une refonte du cadre juridique entourant la cybercriminalité

Présenté par le gouvernement Harper comme une réforme d'envergure du cadre législatif canadien en matière de cybercriminalité, le projet de loi C-13 (2014) s'organise autour de deux grands volets qui reconfigurent à la fois des normes de procédures, des normes de sanctions et des normes de comportements. Dans un premier temps, le projet introduit d'abord de nouvelles infractions liées à la diffusion non consensuelle d'images intimes et actualise celles relatives à l'intimidation et au harcèlement en ligne. Puis, dans un second temps, le projet vient modifier un ensemble de normes procédurales, dans le but d'actualiser les outils à la disposition des forces de l'ordre pour enquêter sur les nouvelles formes de criminalité, ou plus précisément, de *cyber*criminalité.

**Tableau 8.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements et de sanctions centrales du projet de loi C-13

| Cibles | Modifications au *Code criminel* | Actions |
|---|---|---|
| Distribution d'images intimes non-consensuelles. | Création de l'art. 162.1 | **Crée une nouvelle infraction « distribution d'images intimes » :** Le fait pour quiconque de sciemment publier, distribuer, transmettre, vendre ou rendre accessible une « image intime » d'une personne, ou d'en faire la publicité sans son consentement.<br>▪ Maximal (mise en accusation) : 5 ans<br>▪ Maximal (procédure sommaire) : Six mois. |
| Distribution d'images intimes d'un mineur. | Modification de l'article 163.1, | **Criminalisation du partage d'images intimes d'un mineur :**<br>Le consentement n'est pas un moyen de défense. Or, si le mineur consent, la modification fait en sorte que la personne peut être punie via la nouvelle infraction (distribution d'images intimes), si le mineur ne consent pas, la personne peut être accusée de pornographie juvénile (peines plus sévères). |
| Harcèlement par un moyen de télécommunication | Modification l'art. 372(3) | **Modifie les infractions relatives au harcèlement :**<br>Les infractions consistant à transmettre de faux renseignements, des propos indécents ou des messages harcelants, préalablement punissables par procédure sommaire, deviennent une infraction mixte :<br>▪ Nouvelle peine maximale de 2 ans (mise en accusation). |

**Tableau 9.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de procédures centrales du projet de loi C-13

| Cibles | Modifications au *Code criminel* | Actions |
|---|---|---|
| Témoignage du conjoint. | Création de l'art. 162.1(1) | **Modifie la règle de droit sur les témoignages des conjoints** :<br>Rend habile à témoigner et contraignable le conjoint de la personne accusée de l'infraction de distribution non consensuelle d'images intimes. |
| Ordonnances relatives aux images intimes. | Modification des art.164; 164.1; 162.1 | **Confère les pouvoirs suivants au juge :**<br>▪ Il peut ordonner la saisie, la confiscation et la destruction d'images intimes.<br>▪ Il peut ordonner la saisie du matériel qui a été utilisé pour produire ou distribuer des images intimes.<br>▪ Il peut exiger une ordonnance de dédommagement à la victime. |
| Interception de communications privées. | Modification de l'art. 183 | **Assouplit les critères pour obtenir un mandat d'interception (e.a. écoute électronique) :**<br>Remplace le critère de « l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise » à un critère moins exigeant « *de motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été/sera commise* ». |
| Ordonnances relatives à des données de communications privées. | Modification de l'art. 487.016; 487.017; 487.015 | **Crée de nouveaux types d'ordonnances de communication :**<br>Permet à un agent de la paix d'obtenir deux types de renseignements : des données de transmission (e.a. *indiquent l'origine, la destination, la date, l'heure, la durée, le type et le volume d'une télécommunication*) et des données de localisation (*e.a. l'emplacement d'une chose ou d'une personne physique*).<br>▪ Critère : motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été/sera commise. |
| Coopération volontaire entre agences pénales et entreprises de télécommunication. | Création de l'art. 487.0195 | **Facilite la coopération volontaire entre les forces de l'ordre et les entreprises de télécommunication :**<br>Toutefois, un télécommunicateur peut toujours préserver *volontairement* des données et les communiquer *volontairement* à un organisme d'application de la loi, même en l'absence d'un ordre ou d'une ordonnance, sans s'exposer à des poursuites civiles ou criminelles. |

Pour le gouvernement conservateur, les modifications prévues par le projet de loi C-13 sont justifiées par l'émergence des réseaux sociaux, l'accès précoce des jeunes aux technologies numériques (e.a. téléphones cellulaires, plateformes virtuelles) et le déplacement de certaines formes de criminalité vers le monde numérique. Le projet s'inscrit ainsi dans une visée substantielle

explicitement assumée. Il est présenté comme une modernisation nécessaire du droit criminel, destinée à adapter les normes existantes aux transformations technologiques à travers lesquelles se trouvent désormais perpétrées de nouvelles infractions.

La réforme est ainsi présentée comme une actualisation des incriminations et des instruments procéduraux, destinée à préserver l'effectivité du droit criminel :

> *La technologie a changé la nature des éléments de preuve laissés après la perpétration d'un crime. Alors que, dans le passé, un numéro de téléphone pouvait révéler l'identité d'un suspect, de nos jours, les données de transmission d'un courriel peuvent fournir cette information. Des complots peuvent être montés dans des salons de clavardage, et les gens parlent même d'empreintes numériques. […] Les modifications proposées par le projet de loi C-13 actualiseraient les pouvoirs en matière d'enquête prévus dans le Code criminel et la Loi sur la concurrence afin que les enquêteurs disposent des outils qu'il leur faut pour traiter des éléments de preuve dans ce nouveau contexte technologique.* (Randy Hoback, PCC, C-13, 2e lecture)

Sur le plan contextuel, le gouvernement précise qu'il ne s'agit pas de la mise en œuvre d'une promesse électorale, mais d'une réponse à des événements ponctuels, en particulier la mort de jeunes adolescents victimes d'intimidation. Parmi ces cas, on retrouve celui d'Amanda Todd (13 ans) et de Rehtaeh Parsons (15 ans), toutes deux victimes de cyberintimidation liée à la diffusion non consensuelle d'images à caractère sexuel, ainsi que celui de Todd Loik (15 ans), ciblé par un harcèlement répétitif marqué par des messages cruels et humiliants relayés sur les réseaux sociaux. Ces figures victimaires ont été placées au cœur de l'argumentaire conservateur, qui les a mobilisées de manière intensive, allant jusqu'à parler en leur nom afin de légitimer le projet de loi et de présenter ses dispositions comme une réponse directe aux volontés exprimées par leurs familles :

> *J'ai l'impression que les familles qui ont perdu un être cher ont pleinement conscience que le projet de loi se veut une réponse directe à la tragédie qui les a frappées et qu'il aurait tout aussi bien pu s'appeler le projet de loi Rehtaeh Parsons, le projet de loi*

> *Amanda Todd ou le projet de loi Todd Loik. Espérons que cette mesure législative évitera que de tels drames se reproduisent.* (Peter MacKay, PCC, C-13, 2e lecture)

À travers ces cas, les députés conservateurs ancrent leur appui au projet dans l'idée qu'il répondrait à une attente sociale explicite – en ce sens que le peuple est présenté comme exigeant des mesures afin que de telles tragédies ne puissent plus se reproduire. Le projet de loi s'appuie dès lors sur un socle de considérations populaires, étant présenté comme la réponse législative demandée par les Canadiens face à ces nouvelles formes de comportements :

> *Les Canadiens s'attendent à ce que leur gouvernement prenne des mesures concrètes pour lutter contre la cybercriminalité et protéger les victimes.* (Bob Dechert, PCC, C-13, 2e lecture)

Devant le Comité de la justice, des juristes et des universitaires appelés à témoigner ont également adopté une lecture ambivalente, appuyant la mise à jour des infractions relatives à la cybercriminalité, mais en dénonçant les transformations procédurales[153]. Concrètement, plusieurs intervenants ont reconnu, dans leurs témoignages, la nécessité d'introduire de nouvelles infractions afin de mieux répondre aux préjudices engendrés par l'émergence de comportements facilités par les technologies numériques, au premier rang desquels figure la diffusion non-consensuelle d'images intimes. Ces mêmes témoins ont toutefois exprimé de vives réserves quant à l'élargissement des pouvoirs policiers en matière de collecte des données numériques, y voyant un recul préoccupant des garanties constitutionnelles censées encadrer l'ingérence de l'État dans la vie privée. L'abaissement du seuil juridique permettant l'accès aux données numériques personnelles – passant de « motifs raisonnables de croire » à de simples « motifs raisonnables de soupçonner » – a été tout particulièrement décrié. Ces experts ont également remis en cause la constitutionnalité de l'immunité accordée aux fournisseurs de services de télécommunications, jugeant qu'une telle disposition pourrait favoriser une collaboration entre les forces de l'ordre et

[153] Notamment James L. Turk (*Association canadienne des professeures et professeurs d'université*), Marian K. Brown (*Association du Barreau canadien*), David Fraser (*McInnes Cooper*), Michael Spratt (*Criminal Lawyers' Association*), etc.

les acteurs privés, sans que cette coopération ne soit soumise à un encadrement judiciaire effectif. À rebours de ce consensus critique, certains groupes d'intérêts[154] et des associations policières[155] ont exprimé un appui sans réserve au projet de loi. Pour ces derniers, les réformes introduites par le projet de loi C-13 ne doivent pas être perçues comme des mesures d'intrusion dans la vie privée, mais bien comme des mesures de protection pour les potentielles victimes.

Face à ces positions antagonistes, le gouvernement Harper s'est rapidement rangé du côté des forces policières et des représentants des victimes. On observe ainsi une mobilisation de savoirs expérientiels dans la justification des choix normatifs. À l'inverse, les amendements visant à répondre aux critiques formulées par des experts quant à la constitutionnalité des pouvoirs conférés aux policiers ont été rejetés[156]. Pour justifier leur refus de considérer les remises en question constitutionnelles, les députés conservateurs ont à maintes reprises invoqué les témoignages des forces de l'ordre et des victimes au sein du Comité de la justice, qu'ils ont présentés comme des preuves du bien-fondé et de la nécessité d'accroître les pouvoirs policiers :

> *Le chef Chu a clairement indiqué que l'ACCP [Association canadienne des chefs de police] appuie sans réserve le projet de loi C-13. Il a présenté un témoignage convaincant sur les difficultés que pose la cybercriminalité.* (Robert Goguen PCC, C-13, 3e lecture)

De surcroît, lorsque les députés de l'opposition ont pressé le gouvernement sur les questions de constitutionnalité, les députés conservateurs ont simplement réitéré que le projet de loi C-13 n'accordait aucun pouvoir supplémentaire aux forces policières ni aucun pouvoir excessif aux autorités, et constituait plutôt une mise à jour nécessaire des infractions et des outils d'enquête pour faire face à l'essor de la cybercriminalité :

---

[154] Notamment David Butt (*Kids' Internet Safety Alliance*), Lianna McDonald (*Centre canadien de protection de l'enfance*), Marlene Deboisbriand et Fahd Alhattab (*Clubs garçons et filles du Canada*), etc.

[155] Notamment Carole Matthews (*Association canadienne des chefs de police*), Joe Oliver (*Gendarmerie royale du Canada*), Carson Pardy (*Police provinciale de l'Ontario*), Jean-Michel Blais (*Halifax Regional Police*), etc.

[156] Nous avons comptabilisé 8 amendements proposés à la suite des réunions au Comité de la justice. Les sept amendements majeurs visant à circonscrire ou à restreindre les pouvoirs accordés aux policiers en matière d'enquête et de saisie des données virtuelles ont tous été rejetés. Seul un amendement, de nature purement rédactionnelle et sans incidence sur le fond du projet de loi, a été accepté.

> *Permettez-moi de souligner que ces modifications aux dispositions législatives et au pouvoir d'enquête ne visent pas à accorder de nouveaux et vastes pouvoirs à l'État pour qu'il puisse s'ingérer dans la vie privée des Canadiens. Au contraire, les nouveaux pouvoirs prévus dans le projet de loi ont été soigneusement établis afin de relever les défis au chapitre des enquêtes que présentent les progrès technologiques réalisés au cours des dernières décennies, ainsi que de maintenir les mécanismes de protection de la vie privée et de répondre aux attentes des Canadiens.* (Peter MacKay, PCC, C-13, 2e lecture)

Comme en témoigne cette réponse, le gouvernement affirme que le projet ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux, ceux-ci étant, selon lui, déjà intégrés et respectés dans les cadres normatifs préexistants, que le projet de loi C-13 ne ferait ainsi qu'actualiser.

### 4.3.3 Le projet de loi C-48 : Les peines de prison à vie consécutives

Le projet de loi C-48, ratifié en 2011, propose aux juges d'allonger les durées minimales d'incarcération dans le cas de meurtres multiples. Bien que le Parti conservateur n'ait pas explicitement promis l'adoption de peines de prison à vie consécutives dans ses plateformes électorales, cette réforme s'inscrit néanmoins dans la continuité des nombreux engagements officiels visant à accentuer le recours à l'incarcération et à prolonger les durées de réclusion. Au niveau des modifications, cette réforme introduit la possibilité d'ordonner des peines de prison à vie dites « consécutives », soit l'addition arithmétique des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour chaque meurtre[157]. Ainsi, dans le cas d'une condamnation pour trois meurtres au premier degré, il devient possible pour le juge de fixer l'inadmissibilité à 25, 50 ou 75 ans, selon une logique d'addition (soit 25 années par meurtre).

[157] Au Canada, lorsque l'accusé est condamné pour plusieurs infractions au cours d'une même instance, la règle générale est que les peines d'emprisonnement sont purgées de manière concurrente — c'est-à-dire simultanément — en vertu de l'article 718.3(4)(a) du Code criminel.

**Tableau 10.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-48

| **Modifications du *Code criminel*** | **Actions** |
|---|---|
| Création de l'art.745.51(1). | Au moment de prononcer la peine conformément à l'article 745, le juge peut ordonner que les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour chaque condamnation pour meurtre soient purgées consécutivement. |
| Création de l'art.745.51(2). | Le juge est tenu de motiver, oralement ou par écrit, sa décision de rendre ou de ne pas rendre l'ordonnance prévue au paragraphe. |

Sur le plan des justifications, la dénomination du projet de loi (*Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*) indique que, pour le gouvernement Harper, les peines concurrentes représentent des sanctions insuffisantes dans le cas de meurtres multiples, à savoir des peines « à rabais ». Cette « insuffisance » prétendue ne relève toutefois pas tant d'une efficacité anémique des peines concurrentes à l'égard des principes pénologiques traditionnels que d'un manque de considération à l'endroit des victimes. La reconnaissance de la victime constitue, à cet égard, le premier pilier du projet de loi, un axe central autour duquel gravitent plusieurs des interventions formulées par les députés conservateurs :

> *La dépréciation symbolique de la vie des victimes a une incidence négative grave sur la famille et les proches des victimes de meurtre. Trop souvent, leur douleur et leur sentiment de perte sont accentués parce que le système de justice ne prévoit aucune peine précise pour chaque vie perdue. Le projet de loi C-48 permettrait de régler la situation.* (Daniel Petit, PCC, C-48, 3e lecture)

Le projet de loi peut ainsi être décrit comme poursuivant une visée substantive particulière. L'objectif mis de l'avant n'est pas d'abord d'optimiser l'efficacité pénologique des peines à l'égard des comportements visés, mais d'ajuster le droit criminel à une autre finalité normative : celle de faire correspondre plus étroitement la sanction à la valeur attribuée à chaque vie perdue. La réforme est présentée comme nécessaire pour faire en sorte que les peines imposées en matière de meurtres soient perçues comme véritablement justes au regard des vies perdues.

Par la suite, l'argumentaire gouvernemental s'articule autour d'un second pilier, selon lequel la réforme viendrait répondre à une aspiration populaire en faveur d'un alourdissement des peines infligées aux auteurs de meurtre. À maintes reprises, les députés conservateurs ont en effet affirmé agir au gré des attentes exprimées par les Canadiens :

> *De nombreux Canadiens sont scandalisés par cette situation. Ils ne comprennent pas pourquoi un juge, qui impose une peine pour meurtre, ne peut pas tenir compte de façon concrète du fait que plus d'une victime a été tuée. Beaucoup soutiennent que la loi actuelle semble accorder une « peine à rabais » aux auteurs de meurtres multiples.* (Daniel Petit, PCC, C-48, 3e lecture)

Comparativement aux deux précédents projets du gouvernement Harper, le projet de loi C-48 a bénéficié d'un large consensus au sein de la Chambre des communes, comme en témoigne le fait que l'ensemble des partis d'opposition ont choisi de l'appuyer. Les débats de fond autour du projet de loi C-48 ne se sont pas joués entre les formations politiques, mais entre (et avec) les témoins invités au sein du Comité de la justice. Effectivement, bien qu'un nombre restreint d'intervenants ait été convié, leurs témoignages ont donné lieu à l'expression de positions diamétralement opposées. D'un côté, quatre spécialistes issus des milieux juridiques et criminologiques ont exprimé une ferme opposition au projet ; de l'autre, trois représentants de groupes provictimes ou proches de victimes s'y sont montrés nettement favorables[158].

Tout d'abord, les experts en criminologie et en droit ont exprimé un profond désaccord à l'égard de la mesure (peines consécutives) et plus largement de l'approche répressive du gouvernement Harper dans lequel ce projet s'inscrit [159]. À leurs yeux, le projet de loi C-48 est juridiquement inutile, pénologiquement néfaste, moralement répréhensible et/ou constitutionnellement douteux. Au cœur de leurs critiques, on retrouve d'abord un désaveu de la logique même du projet. Selon

[158] À ceux-ci s'ajoutent les experts du ministère de la Justice, dont la présence, aux côtés du ministre, constitue une pratique institutionnelle bien établie lors de l'examen en comité et qui viennent généralement appuyer le projet en offrant des éléments de contexte.

[159] Notamment Joseph Di Luca (*Criminal Lawyers' Association*), Anthony N. Doob (*professeur en criminologie, Université de Toronto*), Allan Manson (*professeur en droit, Université Queen's*), Ed McIsaac (*Société John Howard du Canada*), etc.

eux, l'idée qu'il existerait une forme de « peine à rabais » pour les meurtres multiples relève davantage d'un sophisme politique que d'une quelconque réalité juridique. Ils ont à ce titre rappelé qu'en droit canadien (avant C-48), toute condamnation pour meurtre entraîne automatiquement une peine de prison à vie, et que les délais d'admissibilité à la libération conditionnelle figurent déjà parmi les plus longs au monde. De surcroît, ces experts ont remis en cause la thèse que le projet de loi C-48 aiderait à rétablir un équilibre entre les droits des victimes et ceux des personnes condamnées, faisant valoir que le simple fait d'avoir alourdi les peines ne répond pas, en soi, aux besoins concrets des victimes. Plusieurs critiques ont également été formulées à l'égard d'un droit criminel qui élimine toute possibilité de réhabilitation pour l'individu et lui retire l'espoir de regagner un jour la communauté. En somme, selon ces témoins, la loi C-48 est avant tout un geste essentiellement politique déconnecté des effets concrets des peines sur le « terrain ».

De l'autre côté, les témoins appelés à s'exprimer au nom des victimes ont manifesté leur appui au projet de loi[160]. Deux arguments majeurs ont structuré leurs interventions. D'une part, plusieurs ont soutenu que chaque vie enlevée se doit d'être pleinement reconnue par le système de justice, ce qui, à leurs yeux, implique l'imposition d'une peine distincte pour chaque victime. D'autre part, ils ont plaidé en faveur de la possibilité de cumuler les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle dans le but que les familles endeuillées ne soient plus exposées à la douleur des audiences de libération conditionnelle à répétition. Ce faisant, les représentants des victimes soutiennent, de manière implicite, que les personnes condamnées pour meurtres multiples devraient être exclues à jamais de toute possibilité de libération conditionnelle.

Face aux critiques formulées par les quelques professeurs invités, et de manière similaire à ce qui s'est observé dans d'autres projets de loi, le gouvernement s'est rabattu sur des savoirs expérientiels :

> *Nous avons dit dès le début que nous sommes ici pour tenir compte des préoccupations des victimes et de leurs familles. Nous avons entendu les victimes. Nous avons entendu*

[160] Notamment Susan O'Sullivan (*ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels*), Raymond King (*père d'une victime*), Sharon Rosenfeldt (*présidente, Victimes de violence*), etc.

*deux des familles des victimes de Clifford Olson. La question leur a été posée et elles ont dit très clairement qu'elles n'étaient pas d'accord avec ce genre d'amendement. Nous avons posé la même question à l'ombudsman des victimes, Sue O'Sullivan, qui représente toutes les victimes du pays et qui a demandé à un grand nombre de victimes ce qu'elles pensaient de ce projet de loi. C'est un policier de carrière et elle a dit qu'elle non plus n'appuyait pas ce genre d'amendement.* (Bob Dechert, PCC, C-48, Étude en comité)

### 4.3.4 Le projet de loi C-32 : Création de la Charte des victimes

Le projet de loi C-32, déposé par le gouvernement Harper et adopté en 2015, visait à instituer la *Charte canadienne des droits des victimes*. Bien que le gouvernement n'ait pas pris, dans ses engagements officiels, la décision explicite d'adopter une charte des droits des victimes, toutes ses plateformes électorales ont néanmoins mis de l'avant la nécessité de renforcer la protection de leurs droits. Présenté comme une réforme phare du système de justice, ce projet de loi entend recentrer les pratiques pénales autour des droits et des besoins des victimes. Ce projet est dépeint comme une réforme visant à inscrire, dans un cadre juridique formel, un ensemble de droits pour les victimes. Il s'agit donc d'un projet fondamentalement fondé et tourné vers des exigences éthico-juridiques. Le projet se révèle somme toute complexe sur le plan normatif, dans la mesure où il introduit de nombreux changements d'ordre procédural à différentes lois. Nous en présentons ici les principales lignes.

**Tableau 11.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements centrales du projet de loi C-32

| Cibles | Énumération des droits |
|---|---|
| Droit à l'information. | **Toute victime a le droit d'obtenir :**<br>▪ les renseignements généraux entourant le système de justice.<br>▪ Les informations concernant les enquêtes et les procédures qui la concernent.<br>▪ Les renseignements concernant le justiciable ou l'accusé qui l'a victimisé. |
| Droit à la protection. | **Toute victime a le droit à la :**<br>▪ sécurité.<br>▪ protection contre l'intimidation et les représailles.<br>▪ vie privée.<br>▪ confidentialité de son identité.<br>▪ mesures visant à faciliter le témoignage. |
| Droit de participation. | **Toute victime a le droit :**<br>▪ de donner son point de vue en ce qui concerne les décisions des autorités compétentes du système de justice pénale.<br>▪ de présenter une déclaration aux autorités compétentes du système de justice pénale. |
| Droit au dédommagement. | **Toute victime a le droit :**<br>▪ à ce que la prise d'une ordonnance de dédommagement contre le justiciable soit envisagée par le tribunal.<br>▪ a le droit de faire enregistrer une ordonnance de dédommagement au tribunal civil à titre de jugement exécutoire contre le justiciable en cas de défaut de paiement. |

Au niveau des justifications, les députés conservateurs ont décrit cette Charte comme une avancée normative majeure, susceptible de rééquilibrer un système qui, selon eux, avait trop longtemps ignoré les victimes, leurs droits, leur dignité, etc. Par exemple :

> *Ce projet de loi historique marque le point culminant des efforts du gouvernement visant à finalement donner aux victimes la voix et la protection qu'elles méritent dans le système de justice pénale du Canada.* (Robert Goguen, PCC, C-32, 3e lecture)

> *Les victimes réclament ces protections et ces droits depuis des années. Pendant beaucoup trop longtemps, le système de justice s'est préoccupé des droits des accusés et a négligé les victimes.* (Bob Dechert, PCC, C-32, 2e lecture)

C'est ici que se situe le noyau de la justification avancée par les conservateurs. Dans leurs interventions, la reconnaissance des droits des victimes apparaît fréquemment comme indissociable d'un rééquilibrage explicite en leur faveur, lequel suppose que ces droits puissent primer sur ceux des accusés. La mobilisation et la promotion des registres éthico-juridiques s'opèrent ainsi à la fois au nom de nouveaux droits qui doivent être donnés aux victimes, mais aussi contre les droits que possédaient les justiciables à ce moment. Rajoutons qu'en affirmant que le projet viendrait corriger des injustices historiques, les députés le présentent également comme une réforme orientée vers une finalité normative explicite. Il s'agit, en ce sens, d'un projet dont la légitimité est arrimée à des prétentions en finalités.

Par la suite, au niveau de l'étude du projet au Comité de la justice, près d'une soixantaine de témoins ont été entendus. Trois grandes positions peuvent être dégagées de cette mosaïque de témoignages. Le premier regroupe des victimes ainsi que des associations qui les représentent, exprimant un appui ferme et inconditionnel au projet. Pour ces voix, cette charte constitue une avancée attendue, une reconnaissance légitime des droits des victimes dans le système de justice[161]. Le deuxième courant, tout en saluant l'intention derrière la réforme, en déplore les limites. Pour ces témoins – parfois eux-mêmes victimes – le projet est nécessaire et bienvenu dans son esprit général, mais il est décrit comme souffrant d'un manque de portée concrète du fait qu'il ne propose ni les moyens suffisants ni les mécanismes nécessaires pour véritablement améliorer l'accompagnement, le soutien et les autres besoins et demandes des victimes[162]. Enfin, un troisième groupe, tout en se montrant favorable à l'idée d'une charte des droits des victimes, a exprimé des réserves d'ordre juridique. Ces critiques concernent plus particulièrement la compatibilité de certaines dispositions avec les garanties fondamentales prévues par la Charte canadienne[163]. Ces

[161] Notamment Megan Walker (*London Abused Women's Centre*), Joanne Jong (fille d'une victime), Alain Fortier et Frank Tremblay (*Victimes d'agressions sexuelles au masculin*), Sharon Rosenfeldt (Canadian Centre for Missing Children), etc.

[162] Notamment Sue O'Sullivan (*Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels*), Heather Restoule (*Bureau de la justice des Premières Nations*), Andrew Murie (*MADD Canada*), Eric Gottardi (*Association du Barreau canadien*), etc.

[163] Notamment Claude Laferrière (avoc*at, à titre personne*l), Robert Hooper (*avocat et défenseur des droits des victimes*), Eric Woodburn (*Association canadienne des juristes de l'État*), etc.

juristes ont à ce titre vivement critiqué l'article 20 qui n'avait pas été débattu par les parlementaires, et qui stipule que la présente loi ne doit pas porter atteinte au pouvoir discrétionnaire des corps policiers ni à celui exercé par les poursuivants. Aux yeux de ces témoins-experts, cette disposition, discrètement enchâssée dans le texte législatif, témoignerait d'une volonté implicite de préserver – voire d'élargir – les marges de manœuvre institutionnelles, en conférant de facto une forme d'immunité accrue aux forces de l'ordre et aux procureurs.

À la suite de cette étude au Comité, près d'une trentaine d'amendements ont été proposés par les députés. Inspirés par de nombreux témoignages saluant l'intention louable du texte, mais dénonçant son manque de mordant, ces amendements visaient principalement à renforcer la portée concrète du projet de loi, mais la majorité d'entre eux ont été rejetés[164]. On n'observe donc pas d'infléchissement substantif du projet au gré de son étude au comité. Au contraire, le gouvernement Harper adopte une stratégie discursive récurrente face à toutes les propositions d'amendements et les critiques des partis d'opposition; stratégie consistant à insister sur l'appui exprimé par certaines victimes ainsi que sur le soutien de la population canadienne à l'égard du projet. Le projet est donc aussi justifié au nom de velléités populaires.

> *Plusieurs groupes de victimes nous ont dit que la charte des droits des victimes était un premier pas dans la bonne direction. […] Quelques-uns de ces groupes sont venus témoigner en comité.* (Robert Goguen, PCC, C-32, Étape de rapport)

> *Monsieur le Président, nous comprenons tout à fait que plus de 80 % des Canadiens appuient ces mesures. Nous comprenons aussi très bien que ces mesures concrètes et pleines de bon sens ont été conçues pour aider la police à protéger les Canadiens.* (Peter MacKay, PCC, C-32, 3e lecture)

[164] Nous avons comptabilisé 27 amendements proposés à la suite des réunions au Comité de la justice. Parmi ceux-ci, 4 ont été adoptés et 23 rejetés. Parmi les amendements acceptés, les deux plus notables sont l'obligation de présenter un rapport annuel détaillé sur l'application de la loi, ainsi que la tenue d'une évaluation parlementaire de son impact cinq ans après son entrée en vigueur.

### 4.3.5 Expressions démocratiques et politiques pénales sous le gouvernement Harper

Sous le gouvernement de Stephen Harper, la gouvernance pénale s'est résolument inscrite sous le sceau d'une volonté populaire à visée répressive. Si la volonté populaire a été mobilisée comme référentiel primaire de l'intervention pénale, cette volonté était toujours accompagnée d'une prétention à mieux protéger le peuple contre une criminalité décrite comme déchaînée. Au nom du peuple – et pour le peuple – il fallait punir davantage, plus sévèrement, et de manière plus ostentatoire. Qui plus est, le durcissement du régime pénal ne s'est pas appuyé uniquement sur des considérations d'ordre populaire, mais également sur des registres épistémiques et éthico-juridiques soigneusement façonnés au gré d'attentes politiques spécifiques, la formation conservatrice laissant entendre que les « bons » savoirs et les droits fondamentaux qui méritaient d'être protégés exigeaient eux-mêmes un renforcement de l'arsenal répressif.

Même lorsqu'il s'agissait de mobiliser l'« intérêt du peuple », qu'il soit évoqué dans sa globalité ou à travers certains segments présentés comme vulnérables, le gouvernement Harper s'attachait à le construire de manière à faire converger tous les arguments vers la nécessité d'un alourdissement répressif. Loin d'être une donnée préexistante, l'intérêt du peuple était façonné discursivement pour apparaître comme indissociable d'un durcissement de la réponse pénale. Dans cette perspective, les politiques substantivement bonnes, justes et vraies étaient définies comme celles qui, au nom du peuple, imposaient davantage de punitions. Cette configuration n'avait rien de naturel : elle résultait d'une opération politique visant à arrimer la représentation de l'intérêt général aux attentes normatives propres au gouvernement. Chaque mesure législative, chaque norme discutée, était ainsi investie de la fonction de protection – à la fois des Canadiens et des victimes –, de manière à instituer l'idée que seule une intensification de la force de frappe pénale pouvait incarner le juste, le bon et le vrai :

> *Le projet de loi C-36 propose une réforme de la législation qui correspondrait à un changement en profondeur de la politique en matière de droit pénal liée à la prostitution, puisque la prostitution serait considérée non plus comme un fléau mais comme ce qu'elle est, c'est-à-dire une forme d'exploitation. On ne vit pas dans*

> *l'univers des films hollywoodiens, comme celui que l'on dépeint notamment dans le film Pretty Woman. La prostitution est une pratique dangereuse, qui découle souvent de facteurs comme la violence, la toxicomanie, la pauvreté, l'intimidation et les problèmes de santé mentale. Parmi les personnes qui se prostituent figurent très souvent des victimes, des personnes marginalisées et vulnérables, souvent des Autochtones ou des personnes nouvellement arrivées au Canada, qui ont été entraînées dans l'univers de la prostitution à un très jeune âge, le plus souvent contre leur gré.* (Peter MacKay, PCC, C-36, 3e lecture)

> *Ce projet de loi d'une grande importante[sic] tombe à point nommé. Comme tout le monde le sait déjà, il vise à améliorer la sécurité des Canadiens, que ce soit chez eux, dans leur quartier ou en ligne, où beaucoup de gens passent énormément de temps. […] Ces modifications visent à moderniser les infractions et les pouvoirs d'enquête afin que le Code criminel soit mieux adapté aux comportements criminels actuels, qui, comme nous le savons, deviennent de plus en plus complexes. […] Ces modifications ont un objectif commun. Elles visent principalement à donner aux forces de l'ordre les outils modernes dont elles ont besoin pour continuer de protéger la population tout en respectant les libertés civiles des Canadiens.* (Peter MacKay, PCC, C-13, 2e lecture)

Comme l'a montré l'analyse de l'activité parlementaire, cette orientation ne se limite pas à une posture rhétorique générale : elle s'est déployée dans les différents arguments mobilisés pour chaque projet. Dans le cas de C-36, le gouvernement a présenté la prostitution comme une atteinte intolérable à la dignité humaine des travailleuses du sexe, présentées comme victimes, justifiant une nouvelle forme de criminalisation de ces pratiques afin de répondre à l'arrêt Bedford. De même, avec la loi C-13, le gouvernement Harper a tiré parti de faits divers tragiques liés à la cyberintimidation et au partage non-consensuels d'images intimes pour introduire une série de normes de comportements, de sanctions et de procédures, de manière à faciliter et durcir la répression de certains comportements préjudiciables commis en ligne. Avec le projet de loi C-48, la formation conservatrice demandait aux juges de donner une peine de prison à vie pour chaque meurtre dans l'espérance que les détenus ne puissent jamais quitter l'enceinte carcérale, et ce, comme « *les vies de toutes les victimes d'un tueur ont la même valeur, ce qui justifie l'imposition*

*de peines distinctes d'égale durée*. »[165] Enfin, la loi C-32 a institué la *Charte canadienne des droits des victimes*, qui avait pour but de donner une place centrale aux victimes dans le système judiciaire trop axé sur les droits des contrevenants, du moins selon les députés conservateurs.

Malgré leurs objets respectifs, ces quatre projets ont été articulés autour de socles argumentatifs communs. Tous ont été présentés comme répondant aux attentes des Canadiens qui exigeraient plus de sécurité, plus de sévérité et une reconnaissance accrue de l'expérience des victimes. Tous ont insisté sur l'impératif de renforcer la protection des communautés et d'assurer une plus grande sécurité face à des menaces présentées comme omniprésentes et incarnées par des figures « criminelles » dépeintes comme amorales et dénuées de toute retenue. Tous ont été légitimés par le truchement de savoirs expérientiels, érigés en formes de connaissance jugées les plus pertinentes pour guider l'action pénale à l'égard des comportements préjudiciables. Tous, enfin, ont été portés par une volonté affichée de transformer la réponse étatique de manière à ce que les droits des victimes et des citoyens respectueux des lois soient finalement reconnus – comme le formuleront explicitement les conservateurs – au moyen d'un renforcement de la répression.

Avant d'examiner la manière dont chaque registre démocratique est orienté et instrumentalisé, il importe de relever leur configuration dans les projets de loi étudiés. L'expression démocratique promue par le gouvernement Harper se distingue par une homogénéité frappante : dans chacun des quatre textes (C-36, C-13, C-48 et C-32), la volonté populaire, la légitimité morale des victimes et des savoirs expérientiels sont systématiquement invoqués de concert, sans qu'aucun registre ne soit explicitement écarté ni qu'aucune tension ne soit reconnue. Même lorsque certaines représentations particulières – par exemple certains savoirs universitaires contraires à la sévérité pénale – sont disqualifiées, les fondements généraux de chaque registre ne sont jamais remis en cause, et aucun n'est présenté comme intrinsèquement supérieur aux autres. Les accentuations ponctuelles, telles que l'appui sur l'expertise constitutionnelle dans le contexte de l'arrêt *Bedford* pour C-36,

[165] Parlement du Canada (2010). *Projet de loi C-48 : Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*. Ottawa : Bibliothèque du Parlement.

demeurent circonstancielles et n'altèrent pas l'architecture argumentative globale : celle-ci vise à présenter ces différentes considérations comme complémentaires et convergentes, toutes ordonnées vers un même objectif, légitimer l'expansion et l'intensification de l'intervention pénale. Cette cohérence discursive contraste nettement avec les gouvernements Chrétien et Martin, qui reconnaissaient, fût-ce implicitement, des tensions irréductibles entre registres démocratiques et cherchaient à les gérer par une politique de « juste milieu ».

Si aucune hiérarchisation et aucun arbitrage entre des sources démocratiques explicites ne semble émerger sous le gouvernement Harper, c'est précisément parce que ces considérations sont construites de manière à se renforcer mutuellement dans une seule et même direction – celle d'un alourdissement systématique de l'intervention pénale. L'expression démocratique privilégiée par le gouvernement Harper consiste ainsi à mobiliser le plus grand nombre possible de registres normatifs – qu'ils soient populaires, épistémiques ou éthico-juridiques – afin de justifier un durcissement systématique de l'intervention pénale. En saturant l'espace discursif de légitimités plurielles, le gouvernement fabrique l'image d'un consensus normatif autour de l'orientation répressive adoptée. Cette opération de convergence tend à naturaliser l'alourdissement de la réponse pénale comme l'unique issue législative acceptable au regard de l'ensemble des valeurs et des finalités démocratiques.

L'expression démocratique du gouvernement Harper présente toutefois une autre particularité essentielle : elle ne s'est pas seulement construite à partir de considérations élaborées en fonction d'attentes politiques, mais également en opposition explicite à d'autres conceptions concurrentes de ces mêmes considérations. Pour prendre un exemple à titre d'illustration, la légitimité des savoirs expérientiels a été construite à travers une démarcation vis-à-vis des savoirs universitaires, présentés comme déconnectés des réalités du terrain, et donc peu aptes à donner des politiques substantivement efficaces pour protéger le peuple. À ce titre, il importe d'examiner la construction contingente et antagonique, considération par considération, afin de justifier une entreprise répressive tous azimuts.

Si l'on s'attarde d'abord aux considérations d'ordre populaire, sous l'administration Harper, on constate que la volonté du peuple y est mobilisée à répétition, et de façon résolument univoque dans chaque projet étudié, contrastant de ce fait avec les représentations plus fragmentées et ambivalentes de la période libérale précédente. Le discours conservateur s'emploie ainsi à construire l'image d'un public canadien homogène et monolithique, massivement exaspéré par le supposé laxisme de la justice pénale, et réclamant à l'unisson des mesures punitives plus draconiennes :

> *Les Canadiens continuent de nous dire qu'ils veulent un système de justice pénale sévère. Ils veulent des mesures fermes pour remédier aux crimes violents. Ils veulent que nous édictions des lois pour rendre ce pays plus sûr.* (Daniel Petit, PCC, C-48, 2e lecture)

> *Ce que j'ai compris, c'est que les Canadiens ne veulent pas que la prostitution soit légalisée.* (Mark Warawa, PCC, C-36, Étape de rapport)

Qu'il s'agisse d'accroître les pouvoirs policiers, de (re)criminaliser certains comportements, de faciliter les condamnations, de rallonger les peines ou d'élargir le recours à l'incarcération, l'analyse de l'activité parlementaire a montré que chaque initiative de cette administration est présentée comme la réponse attendue — voire réclamée — par un peuple canadien supposément mû par un volontarisme punitif.

Pour donner consistance à ces prétendues volontés populaires, il faut préciser que le gouvernement propose une représentation du peuple qui est construite à partir d'occurrences conjecturales, que l'on peut schématiser en deux types. D'un côté, il mobilise des sondages ou des anecdotes élevées au rang de généralités, telles que « *je suis sûr de parler au nom de tous les Canadiens* »[166] ; « *je sais ce que les gens disent dans chacune des circonscriptions canadiennes* »[167]; « *mes électeurs et moi croyons que cette mesure répond aux véritables besoins* »[168]; « *les Canadiens reconnaissent* »[169], etc.). D'autre part, il mobilise des résultats de sondages évoqués de manière

[166] Bob Dechert, PCC, C-13, 2e lecture.
[167] Joy Smith, PCC, C-36, 3e lecture.
[168] Bob Dechert, PCC, C-32, 2e lecture.
[169] Steven Blaney, PCC, C-36, 3e lecture.

particulièrement vague, sans que soient fournies de précisions méthodologiques, de données sur l'échantillonnage ou d'indications quant à leur portée réelle et à leur représentativité. En recourant à ces techniques, le gouvernement Harper ne se contente pas d'invoquer la voix des Canadiens : il construit activement la figure d'un "vrai" peuple, supposé uni par une orientation punitive, préparant ainsi l'opposition avec d'autres visions populaires jugées illégitimes.

Cette prétendue unanimité est par ailleurs consolidée par une stratégie d'exclusion discursive des autres représentations possibles de la volonté populaire. Le gouvernement Harper procède à une véritable division du peuple : d'un côté, un « vrai » peuple, légitime et digne d'écoute – celui qui réclame des mesures punitives ; de l'autre, un peuple disqualifié, perçu comme déconnecté dès lors qu'il ne s'inscrit pas dans cette logique punitive. Cette opération s'articule en deux temps. D'abord, la formation conservatrice affirme parler au nom de la voix des « vrais Canadiens » – le voisin, le collègue, le citoyen ordinaire – qui demandent plus de sévérité :

> *Je sympathise avec les Canadiens ordinaires. Je comprends qu'ils puissent avoir du mal à comprendre pourquoi le système de justice permet aux criminels les plus dangereux — ceux qui ont commis des meurtres multiples — d'avoir droit à la libération conditionnelle malgré les circonstances terribles entourant les meurtres qu'ils ont commis et le nombre de personnes qu'ils ont tuées. Les Canadiens continuent de nous dire qu'ils veulent un système de justice pénale sévère. Ils veulent des mesures fermes pour remédier aux crimes violents. Ils veulent que nous édictions des lois pour rendre ce pays plus sûr.* (Daniel Petit, PCC, C-48, 2e lecture)

Par la suite, lorsque les partis d'opposition rappelaient qu'une partie de la population demeurait opposée à un durcissement de l'arsenal pénal, la formation conservatrice a eu recours à une rhétorique de délégitimation implicite – parfois même explicite – visant à disqualifier tout citoyen qui ne s'alignait pas sur la logique répressive :

> *Les députés devraient être consternés que des gens disent que la prostitution est une industrie et que ce serait une bonne chose de la légaliser. Ce n'est pas une industrie, et les personnes qui ont été élues au Parlement du Canada ne devraient pas professer cette*

> *idée. Si certains osent le faire, j'irai dans toutes les villes et dans toutes les circonscriptions pour le faire savoir aux électeurs. Les Canadiens décideront alors s'ils veulent élire des députés qui tiennent ce discours-là.* (Joy Smith, PCC, C-36, 3e lecture)

Comme en témoignent ces citations, le gouvernement façonne l'image d'un « vrai peuple » dont il conviendrait d'entendre les volontés dans l'élaboration des normes de la Cité, tout en l'opposant à une figure populaire altérisée, présentée comme déconnectée et, par conséquent, disqualifiée en tant qu'expression authentique du peuple. Une fois essentialisée de la sorte, la figure du peuple mobilisée dans le discours gouvernemental ne constitue pas seulement un levier de légitimation politique : elle devient également un instrument de délégitimation des critiques, ces dernières étant réfractées comme autant de mises en cause du peuple lui-même, ou du moins du « vrai peuple ».

Ainsi, la voix du peuple ne paraît recevable qu'à la condition de précéder ou de conforter les orientations répressives du gouvernement ; dès lors qu'elle s'en écarte, elle se trouve disqualifiée comme expression authentique de la volonté populaire. Une telle construction invite toutefois à s'interroger sur les espaces institutionnels effectivement laissés à l'expression du jugement populaire dans la détermination des choix pénaux. Si le gouvernement Harper avait réellement tenu pour acquise l'existence d'un volontarisme punitif largement partagé au sein de la population, on pourrait en effet penser qu'il aurait cherché à permettre à ce « peuple » de se prononcer plus directement sur certaines décisions pénales concrètes, ne serait-ce que parce qu'une telle délégation du pouvoir décisionnel aurait pu être présentée comme la simple traduction institutionnelle d'une volonté populaire déjà donnée. Or, lors des débats entourant le projet de loi C-48, les libéraux ont proposé un amendement – catégoriquement rejeté par le gouvernement Harper – qui aurait confié aux jurys le soin de décider de l'opportunité d'imposer des peines consécutives en cas de meurtres multiples. Le paradoxe apparaît alors avec netteté : un gouvernement qui affirme parler au nom d'un peuple souverain et punitif refuse simultanément de déléguer à l'incarnation la plus immédiate du citoyen ordinaire – le jury – le pouvoir de participer à la détermination de la sanction pénale la plus sévère prévue par le Code criminel.

En ce qui concerne les considérations épistémiques, il est important de noter que le gouvernement Harper n'a pas rejeté purement et simplement les connaissances, contrairement à la thèse largement répandue dans la littérature (voir supra). Certes, le gouvernement Harper ne mobilise pas les savoirs criminologiques en louangeant la science, tel l'instrument prométhéen à même de mener la Cité à bon port, mais il n'a pas pour autant évacué toute forme de savoirs de ses arguments – et donc de l'exercice de construction de la loi pénale. L'étude des travaux en comité, détaillée plus haut — et plus encore les réponses apportées aux amendements — en offre plusieurs illustrations empiriques, laissant apparaître, à travers les choix opérés, une mobilisation hautement sélective de certaines formes de connaissance, privilégiant systématiquement celles jugées compatibles avec sa vision de la justice pénale. Dans chacun des projets, plusieurs élus conservateurs ont revendiqué s'appuyer sur des données probantes et sur l'expertise de certaines personnes jugées « spécialistes » du crime et de la réponse au crime. Parmi les sources les plus mises en valeurs figuraient les savoirs expérientiels, notamment ceux émanant d'associations des forces de l'ordre (e.a. *Service de police de Calgary; Association canadienne des chefs de police*) et de groupes de défense des victimes (e.a. *Kids' Internet Safety Alliance, Sex Trafficking Survivors United)* voire directement de policiers ou de victimes elles-mêmes. L'autorité épistémique attribuée à ces acteurs reposait sur leur proximité supposée avec « le crime » : en côtoyant au quotidien les personnes qui commettent des infractions ou en ayant eux-mêmes été victimes, ils sont présentés comme les plus à même de savoir ce qu'exige une politique pénale véritablement efficace :

> *J'aimerais remercier Tony Ryta, un électeur de Newcastle, dans ma circonscription. J'ai eu plusieurs conversations avec Tony, un policier du service de police de Toronto ayant 32 ans d'ancienneté. Il a travaillé pendant plusieurs décennies auprès des femmes vulnérables dans les rues de Toronto. Selon lui, le modèle canadien que nous présentons en réponse à l'arrêt Bedford permettra de réduire les méfaits. C'est l'objectif que devraient poursuivre tous les députés. J'aimerais remercier Tony, les responsables de l'application de la loi partout au pays, ainsi que les intervenants dans les refuges et auprès des femmes victimes de violence du travail qu'ils accomplissent pour sortir les Canadiens vulnérables de la prostitution.* (Shelly Glover, PCC, C-36, 2e lecture)

Plus encore, dans certains débats parlementaires, la majorité gouvernementale s'est appuyée sur la présence même de policiers dans ses rangs comme gage d'expertise, allant jusqu'à suggérer que cette proximité structurelle avec les milieux policiers garantissait la pertinence des propositions législatives défendues :

> *Il suffit de regarder la composition de nos partis — le caucus conservateur compte 12 policiers, mais celui du NPD n'en compte aucun — pour constater que nous avons de l'expérience lorsqu'il s'agit de traiter les victimes. Nous allons continuer de défendre les intérêts des victimes.* (Shelly Glover, PCC, C-36, 2e lecture)

Outre ceux issus des forces de l'ordre, un autre registre de savoir expérientiels qui est fréquemment érigé en autorité légitime pour déterminer ce qui constitue une réponse pénale « bonne, juste et vraie » : celui des victimes elles-mêmes. Si on prend le projet C-36 à des fins d'illustration, les députés conservateurs ont mobilisé, comme l'a mis en évidence notre analyse de l'activité parlementaire, certaines voix de travailleuses du sexe afin de légitimer la criminalisation adoptée à la suite de l'arrêt *Bedford*, tandis que les travailleuses du sexe en défaveur du projet ont été ignorées et exclues des savoirs expérientiels jugés pertinents à écouter.

Au-delà du projet de loi C-36, fait notable, vraisemblablement en raison du travail de l'opposition, un plus grand nombre de chercheurs en sciences sociales ont été appelés à témoigner devant le Comité de la justice durant la période conservatrice que sous le gouvernement libéral précédent. Or, malgré cette présence d'expertise universitaire, le gouvernement Harper n'a, à aucun moment, tenu compte des recommandations formulées par ces derniers – allant même, dans certains cas, jusqu'à revendiquer ouvertement leur rejet. Dans le prolongement des considérations précédentes, le gouvernement propose une posture non seulement sélective, mais également antagonique. Effectivement, pour leur part, les savoirs universitaires, en plus d'être écartés de la mise en forme pénale, étaient aussi instrumentalisés à rebours – c'est-à-dire mobilisés de manière oppositive – pour mieux légitimer les orientations déjà retenues par le gouvernement. Pour illustrer cette dynamique, il est intéressant de regarder un échange particulièrement acrimonieux, dans le cadre

du projet C-48, entre le député conservateur Brent Rathgeber, qui mobilise explicitement les arguments avancés par les représentants d'associations de victimes, et le professeur Manson, qui tente d'introduire des nuances à partir des travaux portant sur la complexité des attentes et des besoins des victimes. Nous reproduisons ici un extrait de cette confrontation, bien que le visionnement de la vidéo soit plus révélateur pour saisir le ton acerbe adopté par le député conservateur à l'endroit de l'universitaire[170].

> **M. Brent Rathgeber** : *Vous nous avez conseillé, dans vos remarques liminaires, de parler aux victimes et à leurs défenseurs pour nous informer de ce qu'ils pensent du projet de loi.*
>
> **M. Allan Manson** : *J'ai dit d'écouter les victimes.*
>
> **M. Brent Rathgeber** : *Eh bien je pense que vous devriez faire de même. Savez-vous que Susan O'Sullivan, ici même, jeudi dernier, s'est prononcée avec passion et conviction en faveur du projet de loi?*
>
> **M. Allan Manson :** *Je suis au courant, absolument. En ce qui concerne les victimes, vous manquez de respect...*
>
> **M. Brent Rathgeber** : *L'ai-je...*
>
> **M. Allan Manson :** *Laissez-moi terminer...*
>
> **M. Brent Rathgeber** : *L'ai-je mal entendue? Vous m'avez dit de l'écouter.*
>
> **M. Allan Manson :** *Non. Je dis que vous êtes...*
>
> **M. Allan Manson** : *J'ai dit d'écouter les victimes mais non de manière sélective. C'est manquer de respect aux victimes que de les traiter comme un groupe homogène dans lequel chacun pense comme tous les autres et réagit de la même manière au chagrin, à la douleur et à la perte. Au Canada, différentes personnes sont des victimes et offrent des services aux victimes, et beaucoup d'entre elles reconnaissent que les criminels viennent des mêmes milieux que les victimes. Laissez-moi terminer, s'il vous plaît. Elles reconnaissent que si vous voulez combattre le crime, vous le faites dans leur milieu et*

[170] L'enregistrement vidéo peut être consulté à l'adresse suivante : https://parlvu.parl.gc.ca/Harmony/en/PowerBrowser/PowerBrowserV2?fk=3616192 (Page consultée le 12 juillet 2025).

*non pas en imposant des peines plus sévères. Je ne manque pas de respect à Mme O'Sullivan. Je ne doute aucunement des propos qu'elle a tenus ici. Je dis que c'est un point de vue personnel; écoutez la gamme des opinions.*

**M. Brent Rathgeber** : *Eh bien, sauf votre respect, c'est plus qu'un point de vue personnel. Elle est l'ombudsman fédérale des victimes d'actes criminels. Jeudi dernier, elle nous a dit, ici même, quels groupes elle avait consultés. C'était un réseau de groupes de défenseurs des victimes de partout au pays. Je pense que c'est vous qui avez une écoute sélective des victimes.*

Cet échange met en lumière non seulement le ton caustique adopté par certains élus conservateurs à l'endroit des universitaires, mais plus encore la manière dont leurs propos sont volontairement déformés ou détournés pour mieux asseoir la légitimité d'une posture déjà arrêtée.

Au-delà de la sélection et de la mise en scène antagonique des savoirs, un autre élément mérite d'être souligné dans le prolongement de cette dynamique : l'absence quasi systématique de modifications substantielles à la suite de l'examen en comité parlementaire. Le projet de loi C-32 portant sur la Charte canadienne des droits des victimes en offre une illustration éclairante, puisque le gouvernement Harper a rejeté non seulement les propositions d'amendements inspirées par des témoins qui invitaient à infléchir l'orientation générale du texte, mais également celles formulées par d'autres témoins dont les observations, pourtant convergentes avec les objectifs affichés par le gouvernement, auraient pu en améliorer la teneur. Bien que de nombreux témoignages aient insisté sur des savoirs expérientiels relatifs aux victimes, afin d'ajuster les dispositifs aux besoins concrets exprimés (e.a. en matière d'accompagnement, de réparation), ces amendements furent néanmoins écartés. Deux interprétations peuvent alors être avancées. La première suppose que le gouvernement considérait avoir, en amont du processus, déjà intégré l'essentiel des savoirs jugés pertinents, sur la base d'une sélection préalable et contingente. La seconde, plus critique, consiste à voir dans l'invocation de ces savoirs moins une véritable ressource délibérative qu'un registre discursif destiné à légitimer des choix politiques déjà arrêtés. Dans cette optique, la reconnaissance des savoirs expérientiels ne viserait pas tant à choisir les meilleures réponses législatives possibles

qu'à renforcer la validité politique d'une orientation prédéterminée. Dans les deux cas, le résultat demeure similaire, il y a un travestissement des promesses associées aux conceptions épistémiques : la connaissance cesse d'être une ressource pour éclairer les choix normatifs possibles et devient un simple instrument de légitimation (pour des normes plus punitives).

Sur le plan des considérations éthico-juridiques, comme nous l'avons montré dans l'analyse de l'activité parlementaire, le gouvernement Harper a systématiquement promu certaines actions législatives qui visaient – selon ses dires – à renforcer les droits des victimes et des citoyens respectueux de la loi. Il devient alors plausible de soutenir que le gouvernement Harper n'a pas mobilisé les droits fondamentaux selon leur conception classique, entendus comme des « garde-fous » face aux ingérences du pouvoir, mais plutôt dans une acception plus incitative, consistant à agir au nom des droits – ou plus précisément, au nom des droits de certains. Cette orientation ne relevait pas, soulignons-le, d'un biais implicite ou d'une dérive non assumée ; elle fut au contraire revendiquée comme telle par les élus conservateurs :

> *On utilise des termes qui, d'une certaine façon, peuvent laisser croire que nous faisons de la partisanerie. Je ferai remarquer que notre programme politique est à peu près le plus partisan, mais pour les victimes. C'est toujours le but que nous recherchons quand nous présentons des projets de loi, y compris celui-là.* (Daniel Petit, PCC, C-48, 2e lecture)

D'ailleurs, lorsque des experts en droit constitutionnel – notamment au cours des travaux du Comité de la justice – ont attiré l'attention sur les risques sérieux d'inconstitutionnalité que pouvaient soulever certaines dispositions, le gouvernement Harper a choisi d'ignorer largement ces avertissements. L'exemple le plus parlant étant celui des témoins qui ont décrié vivement que le projet de loi C-36 était aux antipodes de l'arrêt Bedford. Ce refus de prendre en considération des analyses sur la constitutionnalité des normes proposées semblait par ailleurs traversé d'une conception singulièrement restrictive du rôle du savoir juridique dans le processus législatif. Parmi l'ensemble des gouvernements étudiés, c'est en effet celui de Stephen Harper qui s'est montré le

plus réfractaire à l'idée qu'un contre-pouvoir judiciaire puisse légitimement restreindre l'action parlementaire au nom de la protection des droits fondamentaux :

> *Je crois que le rôle des députés élus démocratiquement n'est pas de se morfondre et de répéter sans cesse les mêmes arguments à propos de la séparation du projet de loi et de la nécessité de consulter d'abord des tribunaux. Le gouvernement n'est certainement pas de l'avis de ceux qui croient que nous devrions agir seulement à la demande de la Cour suprême.* (Peter Mackay, PCC, C-32, 2e lecture)

On pourrait également souligner, afin de mieux faire ressortir la distance prise par le gouvernement Harper à l'égard de certaines conceptions exigeantes des droits fondamentaux, son insistance à renforcer les pouvoirs policiers, y compris lorsque cet élargissement des prérogatives d'enquête et d'intervention entrait en tension avec les garanties judiciaires reconnues aux personnes accusées. Cela dit, il ne s'agissait pas, à proprement parler, d'un rejet frontal des droits fondamentaux – du moins pas au niveau discursif. Au contraire, le langage des droits était constamment mobilisé, mais réarticulé autour d'une configuration sélective et hiérarchisée. Les droits invoqués avec le plus de vigueur étaient ceux des « citoyens respectueux de la loi » ainsi que ceux des victimes d'actes criminels, présentés comme longtemps négligés par un système jugé excessivement centré sur les protections accordées aux accusés :

> *Monsieur le Président, le gouvernement conservateur a présenté un programme législatif intelligent dans la lutte contre le crime et dur envers les criminels. Nous avons présenté des projets de loi qui font passer les droits des victimes et des Canadiens respectueux de la loi en premier.* (Phil McColeman, PCC, C-48, 3e lecture)

Dans cette logique, les droits demeuraient un socle de l'exercice de construction de la loi pénale sous le gouvernement Harper, mais leur portée était redéfinie de manière à correspondre aux attentes politiques conservatrices. Pour le dire promptement, le gouvernement Harper ne s'est donc pas opposé à l'idée d'une gouvernance appuyée sur les droits fondamentaux et certaines valeurs qui leur sont traditionnellement associées – telles que la dignité humaine. Il a plutôt cherché à réinvestir le langage des droits en le pliant à ses propres objectifs, opérant une réarticulation qui

légitimait l'alourdissement du dispositif répressif. L'illustration la plus emblématique en demeure la Charte canadienne des droits des victimes (projet de loi C-32), à travers laquelle le gouvernement s'est approprié la rhétorique des droits afin d'en faire un vecteur de reconnaissance de la souffrance victimaire et, corrélativement, un instrument de légitimation du renforcement pénal :

> *C'est la raison pour laquelle on considère que c'est un projet de loi historique. En effet, il marque un jalon. Le projet de loi a une portée quasi constitutionnelle : la Charte canadienne des droits des victimes. C'est une charte qui vise à garantir la transparence pour les victimes, afin qu'elles soient entièrement au courant de leurs droits dans l'ensemble des systèmes de justice pénale et des services correctionnels.* (Steven Blaney, PCC, C-32, 2e lecture)

En valorisant simultanément les droits des victimes et le droit des citoyens « ordinaires » le gouvernement tend à appréhender les droits fondamentaux à travers leur fonction de foyer de sens actif, et ce, afin de légiférer des normes censées – ou du moins présentées comme telles – réaliser concrètement lesdits droits. Dans l'argumentaire développé par les élus conservateurs, les droits ne figuraient plus comme des garde-fous destinés à contenir l'expansion du pouvoir pénal, mais comme des instruments de légitimation du durcissement répressif. Pour reprendre la distinction proposée par Cartuyvels (2007) et Garcia (2014), le gouvernement Harper a ainsi privilégié la fonction « épée » des droits fondamentaux, en l'orientant vers une défense prioritaire des victimes et des citoyens respectueux de la loi. Ce faisant, la portée des droits se trouvait redéfinie de manière sélective : les droits de certains – ceux présentés dignes d'être défendus et dont la dignité devait être protégée – devenaient le socle justificateur de mesures qui, dans le même mouvement, fragilisaient ou restreignaient les droits d'autres personnes, notamment les justiciables visés par l'alourdissement du régime pénal[171].

[171] Rappelons que nous reviendrons tirer d'autres conclusions sur la gouvernance sous chaque gouvernement à travers nos analyses transversales.

## 4.4 La gouvernance pénale sous le gouvernement Trudeau

### 4.4.1 Le projet de loi C-14 : Le début de l'aide médicale à mourir

Le projet de loi C-14 visait à instituer le cadre légal encadrant l'aide médicale à mourir (AMM) au Canada. L'AMM ne figurait pas parmi les engagements du Parti libéral du Canada en 2015, l'initiative législative s'inscrit plutot en réponse directe à l'arrêt *Carter* rendu par la Cour suprême du Canada[172]. Par cette décision, le plus haut tribunal du pays a jugé une série de dispositions du Code criminel relatives à l'aide à mourir comme étant inconstitutionnelles, au motif qu'elle violait les droits fondamentaux garantis par l'article 7 (*le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité)* et l'article 15 (*le droit à l'égalité)* de la Charte canadienne. Dans sa décision, la Cour suprême du Canada avait toutefois suspendu l'effet de sa déclaration d'invalidité pour une période de douze mois, afin de permettre au législateur de concevoir un cadre juridique conforme aux exigences constitutionnelles. C'est dans ce contexte que le gouvernement Trudeau a présenté le projet de loi C-14, lequel visait à instituer un régime encadrant l'AMM et à répondre ainsi aux exigences formulées par la Cour dans l'arrêt *Carter :*

> *D'entrée de jeu, la décision unanime de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Carter nous fait comprendre qu'il n'est plus question de déterminer si l'aide médicale à mourir doit être offerte, mais plutôt de définir la façon dont elle le sera.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-14, 2e lecture)

Dans la continuité de l'approche retenue en matière de travail du sexe, le point de départ réside ici dans un ancrage éthico-juridique assumé, érigé en socle du projet. Comparativement au projet de loi C-36 du gouvernement Harper, le gouvernement Trudeau a, pour sa part, institué un comité externe sur l'aide médicale à mourir (AMM), chargé de mener une vaste consultation auprès d'experts, de professionnels de la santé, de juristes ainsi que de membres de la société civile, afin d'éclairer l'élaboration du projet de loi à venir. Ce comité a déposé, en février 2016, le *Rapport du Comité mixte spécial sur l'aide médicale à mourir*, dans lequel il formulait 21 recommandations

[172] Carter c. Canada, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

destinées à orienter la conception du futur régime législatif. Ce rapport a largement été salué par les députés libéraux et a été présenté comme une pierre d'assise du projet de loi C-14 :

> *Je tiens d'abord à remercier les membres du comité mixte spécial qui, en produisant un rapport complet dans des circonstances très difficiles et un délai serré, ont été un modèle de dévouement et de service aux Canadiens. Leur tâche n'était pas facile, mais ils ont su relever le défi.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-14, 2e lecture)

> *Le gouvernement est reconnaissant au Comité externe de l'affaire Carter de même qu'au Comité mixte spécial sur l'aide médicale à mourir pour leurs travaux. […] Notre gouvernement a été à l'écoute et le projet de loi que nous déposons est le fruit de leurs efforts ainsi que de leur sagesse et de leur expérience collectives.* (Jane Philpott, PLC-2, C-14, 2e lecture)

En sus de l'exigence constitutionnelle issue de l'arrêt *Carter*, le rapport du comité externe a formulé une série de recommandations, inscrivant la réforme dans un registre explicitement épistémique. Largement mobilisé dans les débats parlementaires comme pierre d'assise argumentative, il a servi de référence structurante à la justification gouvernementale. Toutefois, ce document, à la fois volumineux et programmatique, ne constituait pas en lui-même un dispositif normatif. Il revenait au gouvernement Trudeau d'en assurer la traduction en prescriptions juridiques effectives. À cette fin, le gouvernement a revendiqué – selon ses propres termes – une posture de prudence. Celle-ci s'est matérialisée par l'adoption d'un cadre volontairement restrictif, articulé autour de critères d'admissibilité resserrés, traduisant une volonté d'encadrer étroitement l'accès au nouveau régime et d'en maîtriser les effets dès son instauration. Les députés libéraux ont d'ailleurs souligné, à plusieurs reprises, que la légalisation de l'AMM a été pensée de manière « a *procédé avec prudence* »[173], à « *pécher par prudence plutôt que par excès* »[174] et que la loi est donc « *marquée par la prudence et la recherche d'équilibre* ».[175]

[173] Sean Casey, PLC-2, C-14, 2e lecture.
[174] Robert Nault, PLC-2, C-14, 3e lecture.
[175] Judy A. Sgro PLC-2, C-14, 2e lecture.

**Tableau 12.** Synthèse des dispositions législatives centrales du projet de loi C-14

| Cibles de l'action | Modifications du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| L'abolition de l'interdiction de consentir à ce que la mort lui soit infligée. | Abolition de l'art. 14 et création de l'art. 227(1) | Ne commet pas un homicide coupable le médecin ou l'infirmier praticien qui fournit l'AMM à une personne en conformité avec l'article 241. |
| Établissement des critères de l'aide médicale à mourir. | Création de l'art. 241.1 | **Seule la personne qui remplit tous les critères ci-après peut recevoir l' AMM :**<br>a) Elle est admissible — ou serait admissible, n'était le délai minimal de résidence ou de carence applicable — à des soins de santé financés par l'État au Canada;<br>b) Elle est âgée d'au moins dix-huit ans et est capable de prendre des décisions en ce qui concerne sa santé;<br>c) Elle est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables;<br>d) Elle a fait une demande d' AMM de manière volontaire, notamment sans pressions extérieures;<br>e) Elle consent de manière éclairée à recevoir l' AMM après avoir été informée des moyens disponibles pour soulager ses souffrances, notamment les soins palliatifs. |
| Définition d'un problème de santé grave et irrémédiable. | Création de l'art. 241.2 | **Une personne est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables seulement si elle remplit tous les critères suivants** :<br>a) Elle est atteinte d'une maladie, d'une affection ou d'un handicap graves et incurables;<br>b) Sa situation médicale se caractérise par un déclin avancé et irréversible de ses capacités;<br>c) Sa maladie, son affection, son handicap ou le déclin avancé et irréversible de ses capacités lui cause des souffrances physiques ou psychologiques persistantes qui lui sont intolérables et qui ne peuvent être apaisées dans des conditions qu'elle juge acceptables;<br>d) Sa mort naturelle est devenue raisonnablement prévisible compte tenu de l'ensemble de sa situation médicale, sans pour autant qu'un pronostic ait été établi quant à son espérance de vie. |

Au-delà de son ancrage éthico-juridique dans l'arrêt *Carter* et de son adossement aux recommandations issues du comité externe, le projet de loi C-14 est également présenté, dans les débats, comme reposant sur un argument démocratique fondé en finalités. Les interventions gouvernementales ne se limitent pas à affirmer la nécessité de se conformer à une exigence constitutionnelle ; elles décrivent la réforme comme le moyen d'atteindre un état de choses déterminé, à savoir permettre à certaines personnes, placées dans des situations de souffrance jugée

intolérable, d'éviter une fin de vie prolongée et douloureuse. La norme est ainsi justifiée par les effets qu'elle entend produire et par les situations concrètes qu'elle vise à transformer, ce qui inscrit la politique dans une logique téléologique explicite. Pour prendre un exemple parmi plusieurs :

> *Fondamentalement, le gouvernement souhaite que les Canadiens aient accès à l'aide médicale à mourir afin qu'ils puissent choisir de mourir dans la paix et comme ils ont vécu leur vie au lieu d'avoir à endurer une longue et douloureuse agonie qui serait en contradiction avec leur style de vie.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-14, 2e lecture)

Au niveau du *Comité de la justice* lors de l'étude du projet, plusieurs témoins ont appuyé le projet de loi, notamment des experts constitutionnels qui affirmaient que le projet répondait bien au critère de l'arrêt Carter[176]. D'autres ont émis un appui plus mitigé au sens où ils ont soulevé des réserves quant à la portée restrictive de certains critères retenus dans C-14[177]. Ces témoins, principalement constitutionnalistes, ont plaidé pour assouplir les critères afin de respecter l'arrêt *Carter*, tandis que d'autres ont soulevé des objections éthiques ou humanitaires en soulignant que ces mêmes critères excluaient des personnes aux souffrances profondes, durables et jugées intolérables. Le critère exigeant une « *mort naturelle raisonnablement prévisible* » a été le plus vivement critiqué comme étant un ajout qui ne concordait pas avec l'arrêt Carter.

Toutes les propositions d'amendements substantifs[178] ont été rejetées par le gouvernement libéral, notamment celles du NPD et du Bloc québécois visant à retirer le critère de la « mort naturelle raisonnablement prévisible », alors même que plusieurs spécialistes avaient soutenu qu'une telle modification aurait permis de mieux respecter l'esprit de l'arrêt *Carter*. Au niveau des

[176] Notamment Peter Newman (*professeur de droit, Université de la Saskatchewan*), Hamish Stewart (*professeur de droit, Université de Toronto*), Gerald Chipeur (*Avocat plaidant en droit constitutionnel, Miller Thomson LLP*), etc.

[177] Notamment Greg DelBigio (*Conseil canadien des avocats de la défense)*, Joseph Arvay (*avocat principal dans l'affaire Carter*), *l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique* (Josh Paterson), Jocelyn Downie (professeur aux *Facultés de droit et de médecine, Université Dalhousie*), etc. Le *Barreau du Québec* et *l'Association du Barreau canadien* ont également fourni des mémoires au comité qui critiquaient la constitutionnalité de certaines critères.

[178] Nous avons comptabilisé 54 amendements proposés à la suite des réunions au Comité de la justice; 14 ont été adoptés et 39 ont été rejetés. Les 14 amendements adoptés ne visaient pas à modifier les critères substantiels d'admissibilité à l'AMM, mais plutôt à en préciser les modalités d'application et à clarifier les conditions d'opérationnalisation du régime.

justifications, à chaque fois que l'opposition a tenté de soulever une interrogation – qu'il s'agisse de la portée des critères retenus, des exclusions qu'ils induisent ou encore de l'esprit général du texte – les libéraux ont tout simplement affirmé s'aligner sur la décision de la Cour suprême. Du point de vue gouvernemental, l'AMM n'a donc pas été discutée tel un choix politique ou sociétal, mais comme un impératif juridique auquel il convient simplement de se conformer. *La Cour a parlé*, pour le dire de manière imagée, et les libéraux ne font que s'y plier (selon leurs dires). À de nombreuses reprises, les députés libéraux ont ainsi formulé des déclarations comme celle-ci pour répondre – ou pour éviter de répondre en substance – aux questions et aux critiques :

> *En déposant le projet de loi C-14, le gouvernement libéral a délibérément élaboré une mesure législative qui respecte le plus scrupuleusement possible l'arrêt de la Cour suprême.* (Julie Dzerowicz, PLC-2, C-14, 2e lecture)

Le respect de l'arrêt *Carter* a ainsi constitué non seulement le point de départ de la réforme, mais également le principal ressort justificatif mobilisé par les députés libéraux pour soutenir l'ensemble de leurs choix normatifs, ainsi que pour répondre à toutes les critiques.

### 4.4.2 Le projet de loi C-46 : Réformer le contrôle de la conduite avec facultés affaiblies

Le second projet de loi à l'étude, soit la loi C-46, a été introduit en 2018 par le gouvernement Trudeau dans un objectif déclaré de moderniser le régime encadrant la conduite avec facultés affaiblies. Déposé en parallèle de la loi C-45, soit la réforme sur la légalisation du cannabis, le projet de loi C-46 a été présenté comme un moment charnière dans la reconfiguration des outils du droit criminel face aux comportements routiers jugés à haut risque. Lors de la campagne électorale de 2015, le Parti libéral du Canada s'était d'ailleurs officiellement engagé à adopter une approche globale, conjuguant la légalisation du cannabis à un renforcement des mécanismes de contrôle ainsi qu'à un durcissement des sanctions pénales dans les situations où sa consommation entraînerait des comportements routiers à risque :

> *Nous retirerons la consommation et la possession de marijuana du Code criminel et élaborerons de nouvelles lois plus strictes. Celles-ci puniront sévèrement quiconque*

> *fournit cette drogue à un mineur, conduit un véhicule après en avoir consommé ou en fait la vente à l'extérieur du nouveau cadre législatif.* (PLC-2, Plateforme électorale de 2015, p. 61)

> *Le projet de loi C-46 est une pièce majeure du puzzle et il accompagne le projet de loi C-45, qui porte sur la légalisation du cannabis.* (Chris Bittle, PLC-2, C-46, 2e lecture)

Plus concrètement, la loi C-46 introduit tout d'abord de nouvelles infractions ciblant spécifiquement la conduite sous l'effet du cannabis et d'autres substances, tout en alourdissant les peines applicables à divers types de conduite avec capacités affaiblies. Une telle transformation s'inscrit dans une volonté déclarée de renforcer la sécurité publique :

> *Chaque année, des personnes qui conduisent avec les capacités affaiblies par la drogue ou l'alcool causent des ravages sur les routes. La conduite avec capacités affaiblies reste la première cause criminelle de décès et de blessures au Canada, une situation qui est complètement inacceptable. C'est pourquoi je suis fière d'avoir proposé une mesure législative qui vise l'adoption d'un régime en cas de conduite avec capacités affaiblies qui serait parmi les plus rigoureux au monde. Il nous permettrait d'éviter, dans la mesure du possible, que quiconque ait à vivre des tragédies comme celles que je viens de mentionner.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-46, 2e lecture)

Au-delà de son articulation technique avec la légalisation du cannabis, le projet de loi C-46 est présenté dans les débats comme reposant sur un argument démocratique fondé en finalités. Le gouvernement affirme vouloir réduire le nombre de décès et de blessures liés à la conduite avec facultés affaiblies, prévenir des comportements jugés à haut risque et renforcer la dissuasion. La réforme est ainsi structurée autour d'un objectif central – la protection concrète de la population – et c'est au regard de cette finalité que sont présentées les nouvelles infractions, l'alourdissement des peines et l'introduction de mécanismes de contrôle accrus. Pour y arriver, en plus d'adapter les normes de comportements en matière de conduite routière à la suite de la légalisation du cannabis, la loi C-46 confère aux forces de l'ordre des pouvoirs accrus, leur permettant notamment de procéder à des contrôles de détection d'alcool et de drogues sans qu'un mandat préalable soit

requis. La mesure phare de ce renforcement réside dans l'autorisation donnée aux agents de la paix de procéder à des dépistages obligatoires et aléatoires afin de détecter la présence d'alcool ou de drogues chez les conducteurs. Le projet de loi C-46 intervient ainsi à la croisée des normes de comportements, de sanctions et de procédures. Les deux prochains tableaux permettent d'en saisir les contours.

**Tableau 13.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de comportements et de procédures centrales au projet de loi C-46

| **Cibles de l'action** | **Modifications du *Code criminel*** | **Nouvelles normes** |
|---|---|---|
| Création de nouvelles infractions relatives à la conduite avec capacités affaiblies par la drogue. | Abrogation de l'art. 253.3 et création de l'art. 320.14 | Commet une infraction quiconque a, dans les deux heures suivant le moment où il a cessé de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, d'aider à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire ou d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire :<br>a) une concentration de drogue dans le sang égale ou supérieure à celle établie par règlement pour cette drogue;<br>b) une concentration de drogue dans le sang égale ou supérieure à celle établie par règlement pour cette drogue, mais inférieure à celle établie par règlement pour l'application de l'alinéa a);<br>c) une alcoolémie et une concentration de drogue dans le sang égales ou supérieures à celles établies par règlement, pour l'alcool et cette drogue, pour les cas où ils sont combinés. |
| Élargir le pouvoir de dépistage d'haleine. | Modification de l'art. 320.27 | Confère à l'agent de la paix le pouvoir d'effectuer des dépistages aléatoires sur le bord de la route pour détecter la présence d'alcool dans l'organisme, sans qu'il ait de motifs raisonnables de soupçonner la commission d'une infraction. |
| Élargir le pouvoir de prélèvement de sang. | Modification de l'art. 320.28 | Confère à l'agent de la paix le pouvoir d'ordonner de fournir un échantillon de sang lorsque ce dernier a des motifs raisonnables de croire que la capacité de conduire d'une personne était affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, ou leur effet combiné, alors qu'elle conduisait un moyen de transport. |

**Tableau 14.** Résumé des dispositions législatives relatives aux normes de sanctions centrales au projet de loi C-46

| Cibles de l'action | Modifications du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| **Alourdir la sanction dans le cas des infractions suivantes :**<br>▪ Conduite dangereuse.<br>▪ Conduite avec capacités affaiblies.<br>▪ Omettre de s'arrêter lors d'un accident.<br>▪ Fuite.<br>▪ Conduite malgré une interdiction (permis suspendu). | Modification de l'art. 320.13; 320.14; 320.19 | La peine maximale passe de 5 à 10 ans. |
| **Alourdir la sanction dans le cas des infractions suivantes :**<br>▪ Conduite causant des lésions corporelles.<br>▪ Conduite avec capacités affaiblies causant des lésions corporelles.<br>▪ Omettre de s'arrêter lors d'un accident causant des lésions corporelles. | Modification de l'art. 320.2 | La peine maximale passe de 10 à 14 ans. |
| **Alourdir la sanction dans le cas des infractions suivantes :**<br>▪ Conduite causant la mort. | Modification de l'art. 320.21 | La peine maximale passe de 14 ans à la perpétuité. |

Selon le gouvernement Trudeau, ces transformations législatives reposent toutes sur des savoirs scientifiques et des données probantes. À titre d'exemple, l'instauration de contrôles routiers aléatoires a été justifiée par la référence à des données probantes suggérant qu'une telle mesure permettrait de réduire la fréquence des comportements de conduite jugés dangereux :

> *L'exemple de l'Irlande est particulièrement frappant. Dans les quatre années qui ont suivi l'entrée en vigueur du dépistage obligatoire d'alcool, le nombre de décès sur les routes du pays et le nombre d'accusations pour conduite avec facultés affaiblies ont chuté de 40 %. Bref, les conducteurs ont cessé de penser qu'ils pouvaient déjouer le système et conduire quand ils ont bu. Devant des données aussi convaincantes, je considère comme mon devoir envers les Canadiens d'adopter la même approche ici, chez nous.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-46, 2e lecture)

L'argument selon lequel ces mesures s'appuient sur la science et des données probantes a reçu un accueil mitigé au sein du Comité de la justice. D'un côté, plusieurs groupes d'intérêt ont témoigné en

faveur du projet de loi, saluant notamment le resserrement des mesures de contrôle routier ainsi que l'imposition de sanctions plus sévères, qu'ils jugent susceptibles de sauver des vies[179]. À l'inverse, de nombreux acteurs juridiques[180] ont exprimé des préoccupations quant à la constitutionnalité des mesures proposées. Les principales préoccupations étant que l'instauration de contrôles routiers obligatoires et/ou aléatoires, de même que le recours aux prélèvements salivaires ou sanguins porteraient atteinte au droit à la vie privée, protégé par l'article 8 de la Charte canadienne, et de compromettre certaines garanties constitutionnelles fondamentales en matière de respect des droits de la défense et de procédures équitables. Les débats se sont essentiellement structurés autour d'un clivage entre 1) des groupes d'intérêt favorables à un resserrement des contrôles et des sanctions, et 2) des juristes qui en contestent la constitutionnalité. Dans ce contexte, le gouvernement Trudeau s'est largement rangé du côté des premiers, adoptant une posture alignée sur les appels à un durcissement du régime et un élargissement des pouvoirs policiers. Dans cette foulée, le gouvernement Trudeau a rejeté l'ensemble des amendements substantiels qui ont découlé de l'étude en comité[181].

Pour justifier leur refus des amendements proposés, les libéraux ont systématiquement mis de l'avant que le projet de loi C-46 – en étroite articulation avec le projet C-45 (légalisation du cannabis) – visait à concrétiser leur engagement envers le renforcement de la sécurité publique, tout en affirmant leur volonté d'améliorer le bien-être de la population canadienne. Une part significative des échanges entourant les critiques liées à l'élargissement des pouvoirs policiers a d'ailleurs progressivement glissé vers un débat plus large portant sur la légalisation du cannabis elle-même. Ce déplacement du centre de gravité discursif a eu pour effet de marginaliser plusieurs enjeux propres au projet C-46, souvent relégués à l'arrière-plan. Dans ce contexte, les libéraux tendaient à rebondir sur la légitimation plus générale de la légalisation – en soulignant sa nécessité

[179] Notamment *l'Association canadienne des chefs de police* (Peter Braid et Scott Treasure), *Students Against Drinking and Driving* (Arthur Lee), *Les mères contre l'alcool au volant* (Andrew Murie et Patricia Hynes-Coates), etc.

[180] Notamment *l'Association canadienne des libertés civiles (*Roberto De Luca), le Criminal Lawyers' Association (Micheal Spratt), *le Barreau du Québec* (Ana Victoria Aguerre, Benoît Gariépy et Pascal Lévesque), etc.

[181] Nous avons comptabilisé 40 amendements proposés à la suite des réunions au Comité de la justice, 15 ont été adoptés et 25 ont été rejetés. Tous les amendements de substance ont toutefois été refusés (e.a. peines minimales), seuls des amendements de forme ont été acceptés, par exemple la clarification de la définition de « bateau » pour y inclure l'« aéroglisseur ».

et ses bienfaits présumés – sans toujours répondre directement aux critiques formulées à l'endroit des nouvelles dispositions procédurales introduites par le projet :

> *Madame la Présidente, je crois que cette question se rapporte à la question précédemment posée par le député d'en face au sujet des objectifs des projets de loi C-45 et C-46, les lois sur le cannabis et sur l'amélioration de la législation concernant la conduite avec les facultés affaiblies. Nous voulons mettre fin au statu quo, car il ne permet tout simplement pas d'empêcher les enfants d'avoir accès au cannabis et de garder les profits hors des mains des criminels. De plus, dans le cadre actuel, nous ne faisons pas tout ce qui est possible pour empêcher les gens de conduire lorsqu'ils ont consommé de la drogue ou de l'alcool. L'objectif des deux projets de loi est de sortir du statu quo et de mettre en place des lois et règlements efficaces. Il n'y a aucun doute que le gouvernement du Canada s'attaque à ces problèmes et veille à la sécurité des Canadiens.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-46, 3e lecture)

Cette orientation téléologique est d'autant plus marquée que le projet de loi C-46 est constamment arrimé, dans l'argumentaire gouvernemental, au projet de loi C-45 sur la légalisation du cannabis. La réforme du régime de conduite avec facultés affaiblies est alors décrite comme la condition indispensable permettant d'assurer que la transformation majeure du cadre juridique des substances psychoactives ne compromette pas la sécurité des Canadiens.

### 4.4.3 Le projet de loi C-5 : Abolition d'une série de peines minimales et promotion du sursis

Le projet de loi C-5, sanctionné en 2022, constitue l'initiative législative la plus ambitieuse portée par le gouvernement Trudeau en matière de réduction de la sévérité du régime pénal. Cette politique s'inscrit d'ailleurs dans l'engagement électoral de réduire les tangentes punitives introduites par les politiques de son prédécesseur. Tangiblement, cette réforme s'articule autour de trois volets. Dans le tableau ci-dessous, nous présentons les deux premiers volets. Primo, elle abolit un ensemble de peines minimales obligatoires, notamment pour certaines infractions liées aux armes à feu ou aux substances illicites. Secundo, elle assouplit les conditions encadrant le recours à l'emprisonnement avec sursis.

**Tableau 15.** Résumé des dispositions législatives centrales relatives aux normes de sanction (peines spécifiques) du projet de loi C-5

| Cibles de l'action | Modifications du *Code criminel* et de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| Abolir une série de peines minimales (sans toucher aux peines maximales). | Modification des articles 92(3); 95(2)a); 99(3); 100(3); 103(2.1); 121.1(4)a); 244(2)b); 244.2(3)b) et 742.1c) du C.D.<br><br>Modification des articles 5(3)a); 6(3)a) et 7(2)a) de la LRCDAS. | Les infractions suivantes n'ont désormais plus de peines minimales :<br>a) Utilisation d'une arme à feu ou d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'une infraction.<br>b) Possession d'une arme à feu ou d'une arme en sachant que sa possession n'est pas autorisée.<br>c) Possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte avec des munitions.<br>d) Possession d'une arme obtenue lors de la perpétration d'une infraction.<br>e) Trafic d'armes (à l'exclusion des armes à feu et des munitions).<br>f) Possession en vue de faire le trafic d'armes (à l'exclusion des armes à feu et des munitions).<br>g) Importation ou exportation en sachant que cela n'est pas autorisé.<br>h) Décharge d'une arme à feu avec intention.<br>i) Décharge d'une arme à feu – imprudence.<br>j) Vol avec une arme à feu.<br>k) Extorsion avec une arme à feu.<br>l) Vente, etc., de produits du tabac et de tabac brut en feuilles.<br>m) Trafic ou possession en vue du trafic (deux infractions distinctes).<br>n) Importation et exportation ou possession en vue de l'exportation.<br>o) Production de substances de l'annexe I ou II. |
| Élargir l'applicabilité des peines avec sursis à un plus grand nombre d'infractions. | Abolition des articles 742.1c), 742.1e) et 742.1f) du C.D. | La peine de sursis est maintenant permise sauf dans le cas où une ou plusieurs des circonstances suivantes sont présentes, soit :<br>a) Lorsqu'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans moins un jour est imposée (art. 742.1 du *Code*);<br>b) Lorsque l'infraction pour laquelle le justiciable a été déclaré coupable est passible d'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement (al. 742.1b) du *Code*);<br>c) Lorsque l'infraction commise est une infraction de terrorisme ou d'organisation criminelle passible d'une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus et qu'elle est poursuivie par voie de mise en accusation (al. 742.1d) du *Code*);<br>d) Si une telle peine peut « mettre en danger la sécurité de la collectivité ». Cette disposition limite l'applicabilité des peines avec sursis pour certains justiciable violents (al. 742.1a) du *Code*). |

Le troisième volet s'inscrit davantage dans un cadre général de réforme des normes de sanction, en introduisant une obligation pour les agents de la paix et les procureurs de privilégier, dans les cas de possession simple de drogues, les renvois vers des programmes de traitement ou de soutien social, plutôt que de recourir systématiquement aux voies judiciaires.

**Tableau 16.** Résumé des dispositions législatives centrales relatives aux normes de sanction (cadre général) du projet de loi C-5

| **Cibles de l'action** | **Modifications du *Code criminel* et de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*** | **Nouvelles normes** |
|---|---|---|
| Promouvoir des mesures de déjudiciarisation en lien avec les problèmes de consommation. | Ajout de l'article 10.1 à la LRCDAS. | La déclaration de principes suivante est ajoutée à la LRCDAS afin de guider l'approche des agents de la justice pénale :<br>a) La consommation problématique de substances doit être abordée principalement comme un enjeu social et de santé;<br>b) Les interventions doivent reposer sur des pratiques exemplaires fondées sur des données probantes et viser à protéger la santé, la dignité et les droits de la personne des consommateurs de drogues ainsi qu'à réduire les méfaits pour ceux-ci, leurs familles et leurs collectivités;<br>c) L'infliction de sanctions pénales pour la possession de drogues à des fins de consommation personnelle peut accroître la stigmatisation liée à la consommation de drogues et est incompatible avec les données probantes établies en matière de santé publique;<br>d) Les interventions doivent cibler les causes profondes de la consommation problématique de substances, notamment en favorisant des mesures comme l'éducation, le traitement, le suivi, la réadaptation et la réintégration sociale;<br>e) L'utilisation de ressources judiciaires est plus indiquée dans le cas des infractions qui présentent un risque pour la sécurité publique. |
| Forcer les agents de la paix à considérer une mesure de déjudiciarisation. | Ajout de l'article 10.2 (1) à LRCDAS | L'agent de la paix évalue s'il est préférable, compte tenu des principes énoncés à l'article 10.1, plutôt que de déposer une dénonciation contre l'individu à qui est imputée une infraction prévue au paragraphe 4(1), de ne prendre aucune mesure, de lui donner un avertissement ou de le renvoyer, s'il y consent, à un programme ou à un organisme ou à un autre fournisseur de services dans la collectivité susceptibles de l'aider. |

Sur le plan des justifications, le gouvernement Trudeau a soutenu le projet de loi C-5 en mobilisant de manière articulée les trois grands registres de légitimation démocratique – populaire,

épistémique et éthico-juridique – tout en inscrivant son argumentaire dans une perspective explicitement fondée en finalités et en valeurs. Tout d'abord, plusieurs députés ont mis de l'avant l'idée selon laquelle les Canadiens souhaitent une réforme du régime des peines minimales, évoquant un appui citoyen clair en faveur d'une plus grande souplesse judiciaire et même à des mesures de déjudiciarisation dans certains cas :

> *Je pense que la plupart des Canadiens seraient d'accord pour dire que les ordonnances de sursis constituent de bons outils de détermination de la peine et qu'elles devraient être à la disposition des juges lorsque les circonstances le justifient.* (Pam Damoff, PLC-2, C-5, 2e lecture)

D'autre part, les membres du gouvernement ont fréquemment souligné que l'initiative législative reposait sur une série de constats empiriques et d'avis de personnes qualifiées d'experts quant à l'inefficacité des peines minimales obligatoires et aux effets délétères qu'elles peuvent entraîner. Ils ont ainsi affirmé que le projet de loi s'appuyait sur des données probantes et des recherches scientifiques, en plus d'être en adéquation avec les recommandations émises par divers acteurs du système judiciaire et communautaire, ancrant leur projet dans une trame résolument épistémique :

> *À la fin de son discours, le député s'est demandé pourquoi le gouvernement a présenté ce projet de loi. J'encourage le député à examiner les recherches approfondies sur les peines minimales obligatoires et les préjudices qu'elles causent dans le système de justice.* (Jenica Atwin, PLC-2, C-5, Étape de rapport)

> *Les données empiriques indiquent clairement que les peines minimales obligatoires ne sont pas dissuasives, qu'elles augmentent la pression sur notre système de justice et aggravent le problème de la surreprésentation carcérale des Noirs et des Autochtones, qui sont déjà marginalisés.* (Lena Metlege Diab, PLC-2, C-5, 3e lecture)

Bien que le faible effet dissuasif des peines minimales obligatoires ait été évoqué à quelques reprises (l'effet dissuasif des peines minimales, et non des sanctions pénales en général, la nuance est importante, nous y reviendrons), c'est plutôt la deuxième partie de la dernière citation qui cristallise le véritable noyau justificatif du projet de loi C-5. En effet, l'argument le plus

fréquemment mobilisé – et le plus vigoureusement défendu – par les députés libéraux a été d'affirmer que les peines minimales ont contribué à perpétuer des pratiques judiciaires inéquitables, voire explicitement discriminatoires, inscrivant ainsi la justification dans un registre centré sur l'égalité et les droits fondamentaux. Plusieurs interventions issues des rangs libéraux ont ainsi mis en lumière le fait que les peines minimales ont entraîné l'imposition de traitements systématiquement défavorables à l'égard de certaines populations racisées :

> *Le projet de loi C-5 s'attaque au racisme et à la discrimination systémiques dans le système de justice pénale en proposant un système de justice plus équitable et plus efficace qui, entre autres, donnerait aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine grâce à l'élimination de certaines peines d'emprisonnement minimales obligatoires et de restrictions à la fixation de peines avec sursis.* (Gary Anandasangaree, PLC-2, C-5, Étape de rapport)

> *Madame la Présidente, permettez que je redéfinisse le cadre de la discussion. Le projet de loi C-5 vise à corriger les inégalités du système de justice pénale*. (Gary Anandasangaree, PLC-2, C-5, 2e lecture)

Quantitativement et qualitativement, dans tous les arguments, ce sont ceux relatifs aux inégalités sentencielles affectant certains groupes minoritaires qui ont été le plus souvent mobilisés. Ce cadrage se manifeste d'ailleurs par la récurrence de la notion de racisme systémique qui est invoquée à plus de cent reprises par les députés libéraux. Les enjeux liés à la discrimination – et, corrélativement, les revendications en matière d'égalité – ont d'ailleurs servi de levier discursif central dans la défense du projet de réforme contre les attaques conservatrices :

> *Je me demande si mon ami d'en face pourrait expliquer pour- quoi, dans son discours de 10 minutes, il n'a même pas su prononcer les mots « racisme systémique ».* (Gary Anandasangaree, PLC-2, C-5, Étape de rapport)

> *Je demande donc au député de tenir compte du racisme systémique dans son intervention.* (Adam van Koeverden, PLC-2, C-5, 2e lecture)

Lors des travaux menés au sein du Comité de la justice, de nombreux professeurs universitaires[182], des spécialistes du droit[183] ainsi que des associations œuvrant dans les différents volets de l'appareil pénal [184] ont exprimé leur appui à la réforme C-5, la présentant comme une avancée nécessaire vers un système de justice plus équitable et plus efficient. Plusieurs d'entre eux, tout en saluant l'orientation générale du projet, ont néanmoins plaidé pour un élargissement de la réforme, suggérant notamment l'abolition complète des peines minimales ou, pour certains, la décriminalisation de l'ensemble des drogues. À l'inverse, une série d'autres témoins – provenant notamment de groupes de victimes, d'associations policières et d'autres groupes d'intérêts[185] – ont exprimé une opposition marquée à la réforme proposée. Selon eux, une telle initiative porte atteinte à la reconnaissance des victimes et va créer un climat propice à une augmentation des violences criminalisées. À la suite de son examen par le Comité de la justice, 20 amendements ont été proposés : certains, présentés par le NPD, visaient à élargir la portée des mesures de réduction de la sévérité pénale prévues par le projet, tandis que d'autres, défendus par le Parti conservateur, cherchèrent plutôt à en restreindre la portée. Aucun amendement de fond n'a toutefois été accepté[186].

L'un des volets d'amendement les plus significatifs ayant été rejetés dans le cadre de l'étude du projet de loi C-5 concerne la proposition néodémocrate visant à élargir la portée substantielle de la réforme suggérant notamment d'ouvrir la voie à une décriminalisation entière de la possession simple de drogues. Pour prendre un exemple d'une intervention néodémocrate :

---

[182] Notamment Julie Desrosiers (*professeure de droit pénal, Université Laval*), Elspeth Kaiser-Derrick (*doctorante en justice autochtone, University of British Columbia*), etc.

[183] Notamment Tony Paisana (*Association du Barreau canadien*), Michael Spratt (*Criminal Trial and Appeal Lawyers*), Raphael Tachie (*Association des avocats noirs du Canada*), Sandra Ka Hon Chu (*Réseau juridique VIH*), etc.

[184] Notamment *l'Association des services de réhabilitation sociale du Québec* (David Henry), le *Saskatoon Tribal Council* (Mark Arcand), la *Société John Howard du Canada* (Catherine Latimer), *etc.*

[185] Notamment *MADD Canada* (Eric Dumschat), le *Service de police de la Ville de Montréal* (Stéphane Wall), *le Six Nations Police Service* (Darren Montour), le groupe *Victim Services Brant* (Penny McVicar), l'organisme *London Abused Women* (Jennifer Dunn), etc.

[186] Nous avons comptabilisé 20 amendements proposés à la suite des réunions au Comité de la justice, 4 ont été adoptés et 16 ont été rejetés. Tous les amendements substantiels ont été rejetés, le seul amendement somme toute majeur qui a été accepté est la tenue d'un examen de la loi au quatrième anniversaire de son entrée en vigueur.

> *Monsieur le Président, je désire parler de ce qui s'est passé juste avant que nous entamions le présent débat sur le projet de loi C-5, parce que ce dernier contient quelques mesures modestes qui aideraient à lutter contre la crise des opioïdes, mais le gouvernement vient de rejeter le projet de loi C-216, qui aurait décriminalisé la possession de drogue pour usage personnel.* (Randall Garrison, NPD, C-5, Étape de rapport)

Il s'agit d'une proposition que le gouvernement a tout simplement écartée, sans offrir de réponse véritablement substantielle pour justifier ce refus. Ce silence donne à penser que le gouvernement Trudeau ne semble pas chercher à remettre en question les fondements répressifs du droit criminel dans leur architecture d'ensemble. L'objectif poursuivi semble plutôt consister à élargir la marge d'appréciation judiciaire dans le cas de certains types de crimes particuliers, à l'égard desquels les personnes racisées ont souvent fait l'objet de discriminations.

### 4.4.4 Le projet de loi C-16 : Protéger l'identité de genre et l'expression de genre

Le dernier projet de loi présenté par le gouvernement Trudeau, soit le projet de loi C-16 qui a reçu la sanction royale en 2017, vise à modifier la *Loi canadienne sur les droits de la personne* afin d'y inclure l'identité de genre et l'expression de genre, tout en apportant des ajustements corrélatifs au *Code criminel*. Cette initiative a pour objectif explicite de mieux protéger les personnes trans contre les discours haineux, et d'inscrire la discrimination fondée sur le genre comme circonstance aggravante à considérer lors de la détermination de la peine :

> *Avec ce projet de loi, nous affirmons sans équivoque que le Canada peut faire mieux. Comme le premier ministre l'a déclaré, le Canada est plus fort non pas en dépit de sa diversité, mais bien grâce à elle. Le projet de loi C-16 témoigne de l'importance que nous accordons à cette diversité et assure à tous les Canadiens, quelle que soit leur identité de genre, l'égalité et la protection contre la discrimination et la violence […] Il favoriserait l'inclusion et le respect des personnes transgenres, qui ont si souvent été tenues à l'écart et ont dû se battre pour être reconnues et participer pleinement à la vie de la société.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-16, 2e lecture)

Si, lors de la campagne électorale ayant précédé la session parlementaire au cours de laquelle le projet de loi C-16 a été adopté, la formation gouvernementale n'avait formulé aucun engagement explicite pour les personnes transgenres dans sa plateforme, elle évoquait néanmoins la volonté d'aplanir les obstacles systémiques et de promouvoir l'égalité pour tous. On peut donc avancer que le projet n'est pas exempt d'un certain socle populaire ; toutefois, il paraît s'ancrer plus nettement dans une logique de justifications en finalités. Similairement au projet de loi C-250, qui ajoutait la question de l'orientation sexuelle au motif pouvant mener à la propagande haineuse, on peut ainsi clairement voir un fond éthico-juridique, ici s'assurer que les trans voient (certains) de leurs droits fondamentaux pleinement respecter. Sur le plan des transformations, le projet C-16 se limite à deux modifications législatives.

**Tableau 17.** Résumé des dispositions législatives du projet de loi C-16

| Cibles de l'action | Modification du *Code criminel* | Nouvelles normes |
|---|---|---|
| Ajout de l'« identité ou expression de genre » à la définition de groupe identifiable liée à l'infraction de propagande haineuse. | Modification de l'art. 318(4) | **La notion de *groupe identifiable*, aux fins de l'infraction de propagande haineuse, se définit de la façon suivante :** Toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre ou la déficience mentale ou physique. |
| Ajout de l'expression de « l'identité ou l'expression de genre » comme circonstance aggravante. | Modification de l'art. 718.2a)(i) | **La peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes suivantes :** Que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique, l'orientation sexuelle ou l'identité ou l'expression de genre. |

Sur le plan des échanges parlementaires, ce projet de loi figure sans doute parmi ceux ayant suscité le plus large consensus sous le gouvernement Trudeau, ce qui s'est traduit par des débats relativement succincts. Aucun parti n'a remis en cause la finalité poursuivie, à savoir la protection des personnes trans. Tous les députés ont salué l'objectif du projet comme étant légitime, si bien que les débats, loin d'être marqués par une profusion d'arguments contradictoires, se sont surtout transformés en une démonstration de soutien à l'égard de la communauté trans. Même au Comité

de la justice, les échanges sur cette réforme législative se sont révélés à la fois brefs et peu approfondis sur le fond avec seulement quelques représentants du ministère de la Justice qui sont venus donner leur aval au projet de loi. Seulement cinq amendements furent proposés à la suite de l'étude en comité, et les cinq furent rejetés.

En outre, la nécessité d'intervenir par voie législative pour contrer les discriminations vécues par les personnes trans a également été étayée par les résultats d'un projet de recherche intitulé Trans Pulse, soit une étude fréquemment invoquée par les députés libéraux pour justifier leur initiative :

> *Ne nous y trompons pas : il ne fait aucun doute que les personnes trans et de diverses identités de genre ont un risque accru de subir des violences commises par d'autres personnes. Le projet Trans PULSE a étudié le vécu d'environ 500 Ontariens transgenres. Cette étude a conclu ce qui suit : les personnes trans sont la cible de violences dirigées spécifiquement contre elles; 20 % avaient subi une agression physique ou sexuelle parce qu'elles étaient trans et 34 % avaient été menacées verbalement ou harcelées.* (Randy Boissonnault, PLC-2, C-16, 2e lecture)

Si l'on peut voir, dans cette mention de la recherche Pulse, une certaine inscription épistémique, c'est pour identifier le problème : aucune recherche ou savoir n'est mobilisé pour justifier que l'ajout constituerait une mesure efficace pour protéger les personnes transgenres. Bien que les objectifs du projet aient suscité un large consensus, certains députés conservateurs ont néanmoins exprimé la crainte qu'une telle réforme vienne limiter la possibilité d'exprimer des convictions religieuses ou morales divergentes :

> *Bien des Canadiens ne croient pas que Dieu ait prévu le style de vie trans ou le fait que ce soit bénéfique sur le plan médical. Donc, si nous adoptons ce projet de loi, est-ce que cela signifie que ces gens ne seront plus aussi libres de dire à leurs enfants de ne pas aborder ce sujet dans des lieux publics ?* (Marilyn Gladu, PCC, C-16, Étape de rapport)

Cette réserve demeure toutefois marginale dans les débats parlementaires, en partie parce que les libéraux ont rapidement rappelé l'existence, au sein du Code criminel, d'une exemption visant les

discours à caractère religieux. Cette disposition, introduite sous le gouvernement Martin et toujours en vigueur, a certes été débattue à l'époque, mais sa pérennité – près de deux décennies après son adoption – semble ainsi avoir désamorcé en grande partie la volonté de rouvrir le débat avec la même intensité qu'au moment de son introduction. Au final, aucune demande de vote par appel nominal n'a été formulée au moment de l'adoption finale du projet de loi, ce silence procédural laissant entendre un appui au projet de loi.

### 4.4.5 Expressions démocratiques et politiques pénales sous le gouvernement Trudeau

Ce qui singularise la gouvernance pénale proposée par le gouvernement Trudeau tient à l'insistance particulière avec laquelle ses interventions législatives sont mises en scène comme poursuivant des visées substantielles. Certes, chacun des gouvernements étudiés a cherché à légitimer ses choix législatifs en les présentant comme intrinsèquement bons, justes et vrais. Toutefois, sous Justin Trudeau, cette prétention à la valeur substantielle occupe une place nettement plus prééminente, reléguant fréquemment à l'arrière-plan de son argumentaire les registres démocratiques mobilisés pour atteindre de tels résultats. Dans certains cas, l'argument de la valeur substantielle des réformes est même affirmé de manière quasi autonome, sans que les sources concrètes ayant orienté les choix retenus – qu'ils soient populaires, épistémiques et éthico-juridiques ou toute autre chose – ne soient explicitement évoquées. Autrement dit, l'affirmation de l'aspect substantif des choix normatifs ne repose pas toujours sur des référentiels précis, mais tend parfois à se déployer comme une justification autosuffisante. La qualité des politiques constitue ainsi le mot d'ordre :

> *Selon moi, le projet de loi à l'étude est le meilleur que nous puissions élaborer, présenter et adopter. Au bout du compte, les Canadiens de partout au pays auront l'assurance qu'il s'agit d'une loi solide.* (Kevin Lamoureux, PLC-2[187], C-14, Étape de rapport)

> *Monsieur le Président, j'ai écouté attentivement la députée d'en face et je ne pouvais pas en croire mes oreilles. Elle a défendu avec véhémence les politiques inefficaces du gouvernement Harper; des politiques soi-disant pour « sévir contre les criminels » qui*

[187] Pour rappel, la numérotation se rapporte à l'identification des deux gouvernements libéraux : PLC-1 renvoie à l'administration Chrétien–Martin, tandis que PLC-2 désigne l'administration Trudeau.

> *ont été un échec total au Canada pendant des années. Elles n'ont fait que provoquer la surreprésentation carcérale des Canadiens autochtones et noirs pour des infractions qui n'avaient rien de grave. Ces arguments en faveur des politiques ont été déclarés inconstitutionnels à bien des égards par les tribunaux. Pourquoi les conservateurs s'emploient-ils autant à défendre des politiques qui ont échoué?* (Yasir Naqvi, LPC, C-5, 2e Lecture)

Au-delà des citations ponctuelles relevées dans les débats, l'analyse transversale des activités parlementaires met en lumière une constante dans les politiques mises de l'avant par le gouvernement Trudeau : celles-ci sont avant tout présentées comme des réponses visant à régler des déséquilibres structurels, des injustices persistantes ou encore à transformer des cadres normatifs jugés obsolètes, inefficaces, voire contre-productifs. On peut d'ailleurs en faire la démonstration avec les quatre projets échantillonnés sous ce gouvernement.

D'emblée, le projet de loi C-14 s'ancre dans l'impératif de donner suite à l'arrêt *Carter* de la Cour suprême, lequel avait établi que l'interdiction absolue de l'AMM constituait une atteinte injustifiable aux droits fondamentaux. En embrassant les grandes lignes du raisonnement de la Cour, le gouvernement Trudeau présente la loi C-14 comme une réforme sociétale d'envergure, destinée à assurer la protection de la dignité humaine et la reconnaissance de l'autonomie individuelle, voire plus largement, à s'assurer que les Canadiens voient leurs droits pleinement reconnus. L'initiative est en outre conçue comme une politique incontournable, non seulement afin de répondre aux obligations découlant de la Charte, mais également pour préserver l'intérêt de la société canadienne en s'assurant que les personnes vulnérables soient protégées. Car, selon les libéraux, l'absence d'intervention législative, à l'expiration du délai de douze mois qui avait été fixé par la Cour pour la suspension de l'invalidité, aurait conduit à un vide normatif jugé inacceptable, susceptible d'ouvrir la voie à une légalisation implicite de toute forme de suicide assisté.

Le projet de loi C-46 s'inscrit, pour sa part, dans une dynamique plus large de refonte normative, en lien avec le projet de loi C-45 sur la légalisation du cannabis. Du coup, cette initiative législative

est présentée par la formation libérale comme une modernisation des outils juridiques relatifs à la conduite avec facultés affaiblies qui vise à (re)construire un cadre juridique cohérent et opérationnel, apte à refléter les réalités sociales contemporaines ainsi que les nouvelles orientations en matière de santé publique, et surtout à dépasser les échecs du régime prohibitionniste antérieur en matière de cannabis.

Le projet de loi C-5 s'inscrit dans une volonté de rompre – du moins en partie – avec l'approche punitive mise en place sous les gouvernements conservateurs, notamment celui de Stephen Harper, dont les conséquences ont été révélées et décrites comme néfastes par le gouvernement Trudeau. Plus précisément, ce dernier a présenté cette réforme — notamment à travers la promotion du sursis et l'abolition de certaines peines minimales obligatoires — comme un moyen d'atténuer les effets discriminatoires de certaines pratiques pénales, particulièrement envers les groupes surreprésentés dans le système pénal, tels que les Autochtones et les personnes racisées.

Quant au projet de loi C-16, il incarne une volonté d'élargir le périmètre de la protection juridique à l'égard des personnes transgenres, en inscrivant explicitement l'identité et l'expression de genre dans les régimes antidiscriminatoires existants, notamment en ajoutant clairement celles-ci dans les motifs interdits de la propagande haineuse. Il ne s'agit pas d'un simple ajustement technique, mais d'un acte de reconnaissance normative, qui consacre juridiquement des principes tels que la dignité, l'égalité et le respect de la diversité.

Comme le montre cette synthèse, la construction de la loi pénale sous le gouvernement Trudeau se déploie avant tout dans une perspective de correction ou d'amélioration de certaines pratiques – ou, du moins, dans la volonté récurrente d'inscrire l'action gouvernementale dans une telle logique. Ce n'est qu'ensuite, et souvent à titre justificatif, que sont invoquées les sources ayant contribué à la mise en forme des politiques, essentiellement des savoirs experts, des principes rattachés aux droits fondamentaux, et plus rarement des allusions aux aspirations populaires. Sur ce dernier point, il importe de souligner que le gouvernement Trudeau est celui qui, parmi ceux analysés, mobilise le plus rarement la volonté populaire comme fondement de son action législative. Au-delà de cette

caractéristique, l'agencement des différentes considérations – en termes de hiérarchisation, de mise en relation ou d'arbitrage – se laisse plus difficilement décrire, catégoriser ou systématiser de manières transversales.

Ainsi, tandis que le gouvernement Chrétien-Martin affichait un effort explicite de conciliation entre diverses considérations démocratiques dans le but déclaré de parvenir à un droit criminel « équilibré », et que le gouvernement Harper tendait à agréger toutes les justifications susceptibles de légitimer un renforcement de la répression, les modalités d'articulation des considérations sous le gouvernement Trudeau se révèlent plus fluides et moins systématisées d'un projet à l'autre. Cette relative absence d'articulation précise rend plus difficile l'identification d'une cohérence d'ensemble ou de traits distinctifs permettant de caractériser l'expression démocratique privilégiée par ce gouvernement – hormis sa propension récurrente à valoriser la dimension substantielle des politiques adoptées. Dès lors, pour appréhender la gouvernance pénale du gouvernement Trudeau, ce n'est pas tant l'articulation des considérations démocratiques qui s'avère significative, que la manière dont celles-ci sont construites et mobilisées afin de promouvoir des politiques substantivement bonnes, ou du moins une certaine vision de ce qui est substantivement bon.

Sur ce point, il importe de rappeler que, comme pour les autres gouvernements étudiés, l'« intérêt du peuple » demeure une construction contingente, façonnée par des choix politiques toujours situés. Les cibles et les orientations d'une politique présentée comme « juste, bonne et vraie », même lorsque cette qualité est posée comme un référent autonome, s'inscrivent nécessairement dans un cadre axiologique donné, du moins dans notre univers de travail. Et à cet égard, ce qui distingue plus nettement la définition de l'« intérêt du peuple » – ou encore des politiques réputées justes, bonnes et vraies – sous le gouvernement Trudeau, c'est la récurrence avec laquelle celui-ci associe cet intérêt à la défense prioritaire des personnes en situation de vulnérabilité. Porté par des attentes politiques davantage alignées sur une sensibilité progressiste, ce gouvernement assume un positionnement normatif explicite : promouvoir l'intérêt du peuple nécessite de défendre les intérêts des groupes marginalisés et des populations défavorisées. Dans cette logique, agir « au

nom des Canadiens » revient – non pas exclusivement, mais du moins de manière privilégiée – à répondre aux injustices structurelles subies par les plus vulnérables, et à ériger leur protection en principe structurant de l'action législative :

> *Ce projet de loi s'inscrit dans le cadre des efforts déployés par notre gouvernement pour lutter contre le racisme et la discrimination systémiques.* (David Lametti, PLC-2, C-5, 2e lecture)

> *Au Canada, nous célébrons l'ouverture à l'autre et la diversité. Les Canadiens ne doivent pas avoir peur d'être eux-mêmes. […] Le projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel, est une étape cruciale. Il témoigne de l'attachement du Canada à l'égalité et à la libération de la discrimination et de la violence. Il affirme l'égalité fondamentale de tous les Canadiens et il offre une protection juridique explicite à l'une des communautés les plus vulnérables de la société.* (Jody Wilson-Raybould PLC-2, C-16, 2e lecture)

Sans pour autant soutenir que les quatre politiques étudiées visaient exclusivement le bénéfice des personnes vulnérables et marginalisées, les quatre projets de loi étudiés mettent, à des degrés divers, l'accent sur leur protection, leur reconnaissance ou l'amélioration de leurs conditions de vie, et ce, de manière sensiblement plus marquée que sous les deux gouvernements précédents. Un exemple particulièrement évocateur est celui du projet de loi C-5. Si plusieurs arguments liés aux qualités substantielles de l'abolition des peines minimales ont été avancés – et d'autres auraient pu l'être – c'est incontestablement celui relatif aux discriminations systémiques touchant les minorités qui s'est imposé comme le plus récurrent.

Si l'« intérêt du peuple » invoqué par le gouvernement Trudeau ne doit pas être compris comme une donnée naturelle, mais bien comme une construction contingente, façonnée par des choix politiques situés et inscrite dans un horizon axiologique déterminé, il en va de même des différentes considérations démocratiques que celui-ci invoque (parfois) pour justifier ses choix normatifs à prétention substantielle. Pour approfondir l'analyse et affiner la compréhension de cette gouvernance, il convient dès lors de déplacer la focale vers la construction de ces « sources ».

Commençons par les considérations d'ordre populaire – rappelons qu'elles constituent l'argument le moins sollicité par le gouvernement Trudeau. Parmi les gouvernements étudiés, c'est d'ailleurs celui qui s'y est le plus rarement référé pour légitimer ses choix. Sans pour autant rejeter une conception populaire de la démocratie, aucun projet n'a été présenté comme la traduction explicite d'une demande citoyenne. La référence au « peuple » n'est donc pas inexistante, mais demeure marginale, ponctuelle dans trois des quatre projets[188], et surtout mobilisée de manière défensive. Dans le cas du projet de loi C-14, le gouvernement a principalement mis de l'avant l'arrêt *Carter* ainsi que le rapport du comité spécial. À quelques occasions, en se référant à ce comité, il a précisé que celui-ci avait également consulté la population canadienne : « *Le comité a également consulté les Canadiens et les intervenants et a formulé des recommandations sur le cadre d'une réponse fédérale à l'arrêt dans l'affaire Carter* »[189]. Par ce type de référence, le gouvernement Trudeau suggère avoir su prêter l'oreille à la voix du peuple, en s'appuyant sur les travaux du comité qui, lui, avait directement entendu les citoyens – du moins, c'est ainsi que le gouvernement le présente. Toutefois, les députés libéraux demeurent évasifs quant aux préférences normatives exprimées par les citoyens aux membres de ce comité : souhaitaient-ils un encadrement plus strict ou, au contraire, une plus grande ouverture ? Entendaient-ils permettre l'AMM dans tels ou tels cas de souffrances (e.a. malade physique), mais pas dans d'autres (e.a. souffrances psychologiques)? Quelles positions divergentes ont été formulées, et comment ont-elles été prises en compte ?

Dans un registre quelque peu similaire, le projet de loi C-16 s'appuie ponctuellement sur l'idée que la majorité des Canadiens soutiendraient la protection des personnes transgenres. Le gouvernement avance par exemple que « *le projet de loi a pour objet la protection des droits de la personne et la grande majorité des Canadiens le percevront ainsi* » [190]. S'il est vraisemblable qu'une majorité de Canadiens s'oppose à la discrimination, comme le gouvernement l'a mis en avant dans le cadre du projet de loi C-16, une telle affirmation reste très générale. Derrière cette proclamation large,

[188] Finalement, dans le cas du projet de loi C-46, aucune référence explicite à une volonté citoyenne exprimée n'a pu être identifiée.
[189] Matt DeCourcey, PLC-2, C-14, 2e lecture.
[190] Kevin Lamoureux, PLC-2, C-16, 2e lecture.

aucune tentative n'est faite pour expliciter les subtilités de la manière dont les citoyens définissent concrètement ce qu'est la discrimination ni pour reconnaître les divergences d'interprétation qui peuvent exister à ce sujet. De la même manière, les moyens jugés appropriés pour y remédier ne font pas l'objet d'une exploration approfondie des préférences citoyennes, alors même qu'ils peuvent être une source de désaccords substantiels. Ces divergences sont évacuées au profit d'une invocation consensuelle et largement abstraite d'une volonté populaire supposée univoque.

Par voie de conséquence, dans le cadre des projets de loi C-14 et C-5, les députés soutiennent que les normes adoptées seraient en adéquation avec les souhaits populaires. Toutefois, l'appui invoqué demeure largement abstrait, sans que soient précisés les contenus normatifs que les Canadiens auraient réellement défendus ou privilégiés dans les domaines ciblés respectivement par les deux réformes législatives. C'est dans le cadre du projet de loi C-5 que les références à la volonté populaire ont été les plus fréquentes et ont mis en lumière des orientations normatives formulées de manière relativement précise. Cela dit, elles ont principalement servi à désamorcer les critiques conservatrices selon lesquelles la population demeurait favorable au maintien des peines minimales obligatoires, voire à plus de sévérité. À plusieurs reprises, le gouvernement a invoqué des références triviales au peuple, mettant notamment en avant l'existence d'une préférence citoyenne en faveur de mesures de déjudiciarisation et de l'abolition de certaines peines minimales, telle que « *environ 91 % des Canadiens estiment que les juges devraient bénéficier d'une certaine souplesse afin d'imposer une peine moins sévère qu'une peine minimale obligatoire* »[191]. À l'instar de ce que l'on observe sous d'autres gouvernements, les assises empiriques de ces affirmations demeurent fragiles, les sources invoquées n'étant que rarement présentées de manière rigoureuse ou détaillée. Si le gouvernement Harper n'a jamais véritablement étayé ses prétentions quant à l'existence d'un peuple animé par une soif afflictive, se limitant à des sondages imprécis et généraux, le gouvernement Trudeau reproduit, en l'espèce, une démarche similaire, mais en imputant une orientation différente aux velléités du peuple. L'argument d'ordre populaire apparaît alors moins

[191] Gary Anandasangaree, PLC-2, C-5, 2e lecture.

comme l'aboutissement d'un véritable travail de repérage et d'arrimage des préférences citoyennes aux choix normatifs que comme une construction discursive contingente, mobilisée *a posteriori* pour conférer aux décisions gouvernementales une apparence de légitimité populaire qui, toutefois, ne renvoie peut-être pas à leur genèse effective. Cela dit, fait notable, le projet de loi C-5 constitue l'unique cas – parmi les douze initiatives analysées – où le gouvernement invoque la volonté populaire en faveur d'un allègement de la sévérité pénale (nous y reviendrons).

Pour ce qui est des considérations épistémiques, les pratiques discursives des députés libéraux sont traversées par une série de formules récurrentes qui érigent la science, les données probantes et les experts/expertises en pilier de leurs décisions législatives tel que « *le projet de loi repose sur une approche très scientifique* »[192], « *notre approche fondée sur des données probantes* » [193], etc. Au-delà de cette rhétorique, il convient d'interroger la manière dont les savoirs ont été concrètement mobilisés dans les discours politiques – car ce que le gouvernement désigne comme « science », « experts » ou « données probantes » demeure toujours situé, filtré, et parfois instrumentalisé au service de finalités politiques précises. Le projet de loi C-5, qui propose l'abolition de certaines peines minimales obligatoires, en offre une illustration éclairante : le gouvernement y convoque de manière large la science pour justifier l'abolition d'une série de peines minimales :

> *Madame la Présidente, je dirais que c'est une position raisonnable, qui s'appuie sur des données scientifiques probantes. Si je fais référence à d'autres administrations, c'est qu'il y a eu un mouvement, il y a plusieurs décennies, vers des peines minimales obligatoires et des taux d'incarcération plus élevés. Cela a entraîné non seulement des coûts beaucoup plus élevés, un nombre beaucoup plus important de personnes en prison et un nombre beaucoup plus important de personnes vulnérables en prison, en particulier parmi les malades mentaux et les populations vulnérables, mais aussi une augmentation de la criminalité.* (Mark Holland, PLC-2, C-5, Étape de rapport)

[192] Anthony Housefather, PLC-2, C-46, 2e lecture.
[193] Sonia Sidhu, PLC-2, C-14, 3e lecture.

Un criminologue ou un sociologue critique, lisant une telle déclaration, pourrait être porté à croire que le gouvernement Trudeau s'appuie sur les savoirs critiques relatifs aux inefficacités de la répression pénale ou encore aux conséquences des pratiques carcérales. Or, l'examen attentif de sa trajectoire discursive révèle un portrait beaucoup plus restreint. L'essentiel de la littérature critique sur les logiques punitives est absent de l'argumentaire libéral. Ce que le gouvernement érige en « données scientifiques probantes » se réduit presque exclusivement aux travaux démontrant les effets disproportionnés des peines minimales sur certains groupes, en particulier les personnes autochtones ou racisées, laissant hors champ les savoirs critiques plus larges sur la pénalité et la carcéralité.

Cette sélectivité apparaît avec d'autant plus d'évidence lorsque des partis d'opposition, tels que le NPD, pressent les libéraux d'aller plus loin dans la déjudiciarisation ou d'envisager un désengagement plus marqué de la logique punitive en mobilisant explicitement les connaissances disponibles sur les échecs généralisés des pratiques pénales afflictives et carcérales[194]. Face à de tels points, les députés libéraux ont évité de s'y engager, préférant noyer ces interpellations dans un discours auto-justificatif valorisant la réforme. On pourrait d'ailleurs relever que cette retenue contraste avec certaines positions défendues par les mêmes acteurs dans d'autres dossiers, où les limites du recours au droit criminel à l'égard de conduites ne causant pas de tort direct à autrui sont reconnues de manière beaucoup plus explicite. Les débats entourant l'adoption du projet de loi C-14 sur l'aide médicale à mourir, plusieurs années avant le projet de loi C-5, en offrent une illustration éloquente :

> *L'interdiction généralisée n'est pas une bonne façon de réglementer une conduite qui n'est pas foncièrement répréhensible. Le droit pénal est un instrument radical dont les coûts dépassent souvent les bienfaits recherchés, et il faut l'utiliser avec modération. La meilleure forme d'administration serait d'adopter des dispositions législatives nuancées qui protègent les plus vulnérables sans empêcher d'autres personnes de*

[194] Par exemple : « *Monsieur le Président, je désire parler de ce qui s'est passé juste avant que nous entamions le présent débat sur le projet de loi C-5, parce que ce dernier contient quelques mesures modestes qui aide raient à lutter contre la crise des opioïdes, mais le gouvernement vient de rejeter le projet de loi C-216, qui aurait décriminalisé la possession de drogue pour usage personnel* » (Randall Garrison, NPD, C-5, Étape de rapport).

> *prendre leurs propres décisions et de mener leur propre vie comme ils l'entendent.* (Nathaniel Erskine-Smith, PLC-2, C-14, 2e lecture)

Ce contraste met en lumière le caractère situé et contingent du recours aux arguments épistémiques dans les débats analysés. Le recours aux arguments épistémiques s'inscrit ici moins comme une véritable tentative d'intégrer l'ensemble des connaissances disponibles afin d'élaborer la meilleure politique de réforme possible, apte à résoudre de manière cohérente les problèmes identifiés, que comme un dispositif rhétorique fondé sur une sélection partielle de certains savoirs – notamment ceux relatifs aux discriminations systémiques.

Cette sélectivité se donne à voir avec une clarté particulière lorsqu'on compare les justifications avancées pour le projet de loi C-5 à celles invoquées en appui au projet de loi C-46, qui visait à moderniser et à renforcer le régime législatif encadrant la conduite avec facultés affaiblies. Dans le premier cas, le gouvernement Trudeau affirmait que l'écoute des connaissances disponibles le poussait à abroger certaines peines minimales et à élargir l'utilisation du sursis. Dans le second, il adopte une posture presque inverse en invoquant que les connaissances poussent à un durcissement des contrôles et des sanctions :

> *L'intention, en ce qui concerne le dépistage obligatoire au moyen d'échantillons d'haleine, c'est de changer la mentalité des gens qui pensent qu'ils peuvent prendre le volant et de rendre les policiers mieux à même de prendre sur le fait les personnes aux facultés affaiblies par la drogue. D'après les données à notre disposition, le nombre de contrevenants pris sur le fait augmenterait de 50 %.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-46, 2e lecture)

Comme en témoigne cette déclaration – et plusieurs autres du même ordre – le gouvernement affirme fonder les orientations normatives du projet C-46 sur des « constats scientifiques » et sur des données dites « probantes ». Or, un examen plus attentif des débats révèle que les arguments avancés ne semblent pas s'appuyer sur des recherches quant à l'efficacité des contrôles obligatoires

– ou encore sur des travaux plus larges sur la dissuasion – mais bien sur des postulats expérientiels relayés par des groupes d'intérêt, notamment des associations de victimes ou des acteurs policiers :

> *Comme le disait le chef de la direction des Mères contre l'alcool au volant, Andrew Murie, le dépistage obligatoire d'alcool « aura énormément d'effet ». Le nombre de décès et de blessures va descendre. Les gens sauront qu'ils ne pourront plus bluffer les policiers.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-46, 2e lecture)

Si le gouvernement affirme fonder la loi C-46 sur la science, l'expertise et les données probantes, il s'appuie en réalité sur une forme de savoir située, comparable à celle qui sous l'ère Harper qui mobilisait des récits expérientiels au détriment des recherches universitaires ou d'autres travaux à visée scientifique, une pratique alors critiquée par la formation libérale de l'époque. Un autre élément significatif réside dans l'absence totale de sociologues ou de criminologues parmi les témoins entendus par le Comité de la justice. Les universitaires invités étaient exclusivement des experts en droit constitutionnel (e.a. Roberto De Luca de *l'Association canadienne des libertés civiles*, Ana Victoria Aguerre du *Barreau du Québec*) de sorte qu'un pan entier des savoirs – en particulier ceux portant sur les effets sociaux, pénaux ou systémiques des dispositifs envisagés – a été évacué du processus délibératif. Pourtant, le projet de loi C-46 a été présenté de pair avec celui sur la légalisation du cannabis, décrit par le gouvernement comme un changement de paradigme. Dans une telle configuration, l'apport des sciences sociales n'aurait pas été superflu. À titre d'exemple, les recherches empiriques documentant les discriminations possibles liées aux contrôles aléatoires auraient pu constituer un point d'appui central pour articuler les deux réformes, en particulier pour un gouvernement qui affirme faire de la lutte contre la discrimination un axe prioritaire de son action. Le fait que ces travaux soient restés à l'arrière-plan met en évidence une tension entre l'affirmation d'un recours aux « données probantes » et la réalité d'une mobilisation sélective du savoir, où certaines connaissances sont privilégiées tandis que d'autres – pourtant directement pertinentes – demeurent ignorées.

Dans le cadre des débats entourant le projet de loi C-16, les députés libéraux ont fréquemment invoqué les résultats du projet de recherche *Trans Pulse* (voir infra) afin de documenter l'ampleur des violences, de la stigmatisation et de la détresse psychologique subies par les personnes transgenres. Si ces données établissent de manière rigoureuse la gravité de la situation, aucune preuve empirique n'a toutefois été avancée pour démontrer que l'ajout de l'identité et de l'expression de genre aux dispositions relatives à la propagande haineuse permettrait effectivement de prévenir ou de réduire ces violences. En d'autres termes, les données scientifiques ont servi à établir le diagnostic, mais n'ont pas directement orienté le choix du remède législatif envisagé. Cette distinction, pourtant essentielle, s'est trouvée occultée par la mise en scène rhétorique d'une réforme substantielle reposant sur des savoirs.

Enfin, dans le cadre du projet de loi C-14, le gouvernement a arrimé une part importante de sa justification discursive aux conclusions du comité spécial mis sur pied à la suite de l'arrêt *Carter*, en mobilisant ce rapport à de nombreuses reprises pour asseoir ses choix législatifs. Or, il n'est jamais véritablement clarifié de quelle manière les recommandations de ce comité ont été traduites – ou au contraire mises de côté – dans l'élaboration des critères finalement retenus, lesquels s'écartent nettement du contenu initial du rapport. Cet écart est révélateur d'un problème plus large, lié à l'opacité du processus législatif et à la difficulté de retracer les médiations qui conduisent de la référence institutionnelle à la norme concrète. Comme il s'agit là d'un constat transversal qui dépasse le seul cas de l'AMM, nous en traiterons de façon plus systématique dans la section 4.5 sur nos constats transversaux, plutôt que de nous y attarder davantage ici.

En somme, la mobilisation des considérations épistémiques sous le gouvernement Trudeau apparaît comme une construction discursive caractéristique d'une formation politique se réclamant d'une orientation progressiste, mais soucieuse de ne pas franchir certains seuils de transformation. Les savoirs scientifiques et les expertises sont régulièrement mis en scène comme des piliers de l'action normative, ce qui confère au discours libéral une aura de rationalité. Toutefois, cette valorisation n'équivaut pas à une intégration systématique et exhaustive des connaissances disponibles : elle se

déploie de manière sélective, en privilégiant certains savoirs – notamment ceux relatifs aux discriminations systémiques – et en reléguant à l'arrière-plan d'autres corpus critiques, en particulier ceux portant sur les fondements mêmes de la répression pénale. En ce sens, la référence à cette considération sert davantage servir à asseoir la légitimité de choix normatifs déjà balisés, plutôt qu'à ouvrir un espace d'élaboration normative sur la base de savoirs pluriels.

Sur le plan des considérations éthico-juridiques, les références aux droits ne s'articulent pas dans une continuité homogène, mais connaissent des inflexions sensibles d'un projet à l'autre. La référence aux idées éthico-juridiques est plus fragmentée, parfois éclectique et même contradictoire, traduisant une absence de ligne directrice stable dans la mobilisation des droits fondamentaux comme principe structurant de l'exercice de construction de la loi pénale.

Tout d'abord, le projet de loi C-14 a été largement présenté comme une réponse à l'arrêt *Carter*, destiné à corriger une injustice normative en reconnaissant le droit pour tout un chacun de mourir dans la dignité. Il s'agit ainsi d'une première reconnaissance explicite du rôle des considérations éthico-juridiques dans la détermination des normes. Toutefois, cette ouverture ne s'accompagne pas d'une reconnaissance inconditionnelle d'un droit de disposer de son corps (et donc relevant de l'article 7 de la Charte sur le droit à la vie, la liberté et la sécurité). Si le gouvernement soutient proposer une loi visant à concrétiser des exigences constitutionnelles, il le fait à travers encadrement strict, qu'il affirme être fondé sur des impératifs de prudence et de protection des personnes vulnérables. En multipliant les critères d'accès, l'exécutif circonscrit le champ des bénéficiaires, excluant ainsi des individus dont la souffrance est pourtant avérée, mais qui ne répondent pas aux paramètres restrictifs retenus :

> *Il y a une autre raison pour laquelle je prends la parole aujourd'hui pour exprimer mon appui au projet de loi. En tant qu'avocat de droit constitutionnel, j'ai passé ma carrière à lutter pour les droits des personnes, leurs droits garantis par la Charte, leur droit à l'égalité. Le traitement équitable de tous signifie traiter les personnes avec respect et dignité et leur permettre l'autonomie. C'est ce que ferait le projet de loi. Il donnerait aux gens le contrôle sur leur vie, y compris sur la fin de leur vie. Il permettrait aux personnes qui s'approchent de la mort de mourir selon leur choix et*

> *de moins souffrir. En permettant le choix, le projet de loi habiliterait les Canadiens. Il nous rendrait plus forts parce qu'il donnerait plus d'autonomie aux Canadiens et, donc, plus de dignité. [...] À titre de défenseur des droits des personnes ayant survécu à divers drames et des personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale de ma collectivité, je sais qu'une réflexion approfondie est essentielle avant d'ouvrir l'accès à l'aide médicale à mourir à ceux dont la condition médicale se limite à la maladie mentale.* (Arif Virani, LPC-2, C-14, 2e lecture)

Ce passage illustre un mécanisme de réalisation partielle des droits fondamentaux : leur invocation ne se traduit pas par une pleine reconnaissance, mais par une reformulation sélective qui redéfinit les contours des principes éthico-juridiques relatifs à l'AMM en fonction d'une conception spécifique de qui peut (ou ne peut pas) vouloir mourir légitimement – celle du gouvernement libéral. L'objectif ne semble donc pas être de proposer une loi qui maximiserait l'effectivité des droits, mais plutôt d'adopter une loi circonscrivant les titulaires considérés comme légitimes à y avoir accès. Cette approche des droits fondamentaux a d'ailleurs été mise en défaut par la suite, certains critères restrictifs du projet de loi C-14 ayant été invalidés par les tribunaux au motif qu'ils ne respectaient pas pleinement l'esprit de l'arrêt Carter [195].

Dans le cas du projet de loi C-16, les considérations éthico-juridiques – et plus précisément les principes de dignité et d'égalité des personnes trans – occupent une place centrale dans la rhétorique gouvernementale. Le gouvernement libéral présente son intervention non seulement comme une obligation de protection, mais aussi comme une démarche proactive visant à affirmer et à promouvoir certaines valeurs fondamentales. L'universalité des droits est ainsi invoquée à travers la formule selon laquelle « *nous tous, autant que nous sommes, devons pouvoir jouir des mêmes droits fondamentaux* »[196]. Cette déclaration s'inscrit dans une logique incitative, où les droits ne sont pas seulement pensés comme des garanties minimales contre l'arbitraire, mais comme les vecteurs d'une transformation normative. En ce sens, l'appel à la dignité humaine ne

[195] Notamment dans Truchon c. Procureur général du Canada (2019 QCCS 3792), nous y reviendrons plus loin dans nos constats transversaux.
[196] Chris Bittle, PLC-2, C-16, Étape de rapport.

vise pas uniquement à interdire la discrimination, mais bien à favoriser une société plus inclusive, comme en témoigne explicitement cet extrait du débat parlementaire : « *À l'égard des personnes transgenres, la simple tolérance est dépassée et doit céder la place à l'acceptation totale et à l'inclusion complète dans la société canadienne* »[197]. Toutefois, malgré cette insistance sur l'égalité, la question de l'exception religieuse, toujours maintenue dans la loi, n'a à aucun moment été remise en cause par les députés libéraux. Cette omission ravive pourtant les critiques formulées antérieurement sous le gouvernement Martin, quant à la hiérarchisation implicite des droits, notamment lorsqu'une protection en appelle à être relativisée au nom de la liberté de religion.

Dans le cas du projet de loi C-5, la mobilisation des droits fondamentaux s'inscrit avant tout dans une logique correctrice, cherchant à atténuer certaines dérives du régime pénal hérité du gouvernement précédent, sans pour autant en remettre en cause les assises structurelles. Les députés libéraux rappellent à plusieurs reprises que plusieurs peines minimales obligatoires avaient déjà été invalidées par les tribunaux sur la base de la Charte canadienne des droits et libertés. Or, lorsqu'ils évoquent ces invalidations, leurs références aux droits en jeu demeurent lacunaires et relativement schématiques. Dans leurs interventions, c'est surtout le principe d'égalité consacré à l'article 15 – invoqué en lien avec la problématique de la discrimination systémique – qui est mis en avant. En revanche, ils s'abstiennent d'explorer plus en profondeur les fondements juridiques les plus fréquemment mobilisés par la Cour suprême, au premier rang desquels figure l'article 12 sur l'interdiction des peines cruelles et inusitées, qui a pourtant servi de base à l'invalidation de nombreuses peines minimales instaurées sous Harper[198]. Cette omission témoigne d'une approche qui privilégie une conformité minimale aux exigences constitutionnelles, sans chercher à engager une réflexion plus large sur la portée normative des droits fondamentaux et sur la manière dont ceux-ci devraient guider l'élaboration des choix pénaux. En n'investissant pas l'argument relatif à l'article 12, le gouvernement se prive de la possibilité d'arrimer ses choix normatifs à une

[197] Jody Wilson-Raybould , PLC-2, C-16, 2e lecture.
[198] Pour plus de détails sur les invalidations des peines du gouvernement Harper par la Cour suprême, voir Skolnik (2022).

conception plus robuste des droits, conçus non seulement comme barrières de protection, mais aussi comme vecteurs de principes et de valeurs structurant la justice pénale. Les décisions de la Cour suprême sont ainsi mobilisées essentiellement comme arguments de légitimation, rarement comme point de départ d'une réflexion élargie sur la réalisation concrète des droits fondamentaux et sur les exigences éthico-juridiques qu'ils portent.

On le constate dans les projets de loi C-5, C-14 et C-16 : chacun est présenté comme une initiative visant à affirmer ou à maximiser certains droits fondamentaux, censés incarner des valeurs universelles de dignité, d'égalité ou de justice. Toutefois, cette promotion des droits apparaît en pratique orientée vers des catégories particulières de personnes – des choix dont l'arrimage avec les affinités politiques et idéologiques du gouvernement libéral est manifeste. Ce cadrage sélectif met en lumière qu'au-delà de l'affirmation récurrente d'une politique « guidée par les droits », la portée effective de ces derniers demeure tributaire des sensibilités politiques du moment, privilégiant certains titulaires au détriment d'une reconnaissance généralisée et inconditionnelle des droits fondamentaux.

Poussons la réflexion en montrant que, dans le cadre du projet de loi C-46, le gouvernement adopte une posture presque inverse : plutôt que de mettre en avant les droits fondamentaux à titre de balises protectrices, il s'efforce de minimiser la portée des critiques liées aux atteintes potentielles à la Charte qu'impliquent les pouvoirs accrus de contrôle policier. Alors que les députés libéraux avaient mis en avant la lutte contre la discrimination systémique pour justifier la loi C-5, ils demeurent – dans le cadre du projet de loi C-36 – silencieux face aux préoccupations exprimées par le NPD selon lesquelles les nouveaux dispositifs de dépistage risqueraient de cibler de manière disproportionnée les personnes marginalisées et/ou racisées. Cette opposition entre C-46 et les autres projets illustre une construction située et contingente des considérations éthico-juridiques : loin d'exprimer une ligne directrice cohérente, elles traduisent une mobilisation des droits fondamentaux qui s'ajuste selon les priorités politiques et les sensibilités conjoncturelles. Pris ensemble, ces mobilisations de principes éthico-juridiques mettent en évidence que les droits

fondamentaux et les valeurs corrélatives ne sont pas traités par le gouvernement libéral comme des repères normatifs précis à protéger ou à maximiser, mais comme des ressources politiques contingentes.

Maintenant que nous avons dégagé un portrait détaillé des mobilisations propres au troisième gouvernement, il devient possible de revenir sur l'ensemble du corpus afin de formuler des conclusions, à la fois pour chacun des trois gouvernements et au-delà de leurs configurations particulières.

### 4.5 Constats transversaux sur la gouvernance pénale

L'examen différencié des formes de gouvernance pénale propres aux gouvernements de la dernière génération nous permet maintenant de dégager des constats transversaux, ainsi que certaines généralisations théoriques, quant aux rapports structurants entre la dialectique de la démocratie et la fabrique du droit criminel. Pour étayer ces constats et ces généralisations, nous renverrons parfois – de manière ponctuelle – aux analyses développées dans les sections précédentes. Cela dit, dans la construction de ce chapitre, nous avons néanmoins fait le choix de conserver certains extraits empiriques particulièrement révélateurs, lesquels permettent non seulement de préciser et de renforcer les interprétations proposées sur l'exercice de construction de la loi pénale dans la dernière génération, mais aussi de dégager des analyses sur le binôme « démocratie – loi pénale » à visées plus « généralisantes ». L'analyse empirique « individuelle » des gouvernements, développée dans la première moitié du chapitre, apparaît ainsi indissociable des analyses transversales qui en structurent la seconde moitié et qui s'ouvrent à présent. C'est autour de trois grands volets que s'organisent nos constats transversaux :

1. Les convergences et divergences intragénérationnelles observées dans la gouvernance pénale.
2. Le spectre des effets qu'ont exercés – et pourraient potentiellement exercer – les considérations démocratiques sur la mise en forme pénale.

3. Les aléas entourant la mise en intelligibilité du processus législatif.

### 4.5.1 Convergences et divergences intragénérationnelles dans la gouvernance pénale

Pour amorcer la présentation de nos constats transversaux, il apparaît utile de revenir sur certaines lignes de problématisation du rapport entre la démocratie et le passage à l'acte législatif en sol canadien, telles qu'elles ont été formulées dans la première partie de cette thèse. L'une des interrogations centrales portait sur l'existence – ou, au contraire, l'absence – de variations dans les expressions démocratiques mobilisées par les gouvernements canadiens de la dernière génération et, le cas échéant, sur les implications de ces variations quant aux choix pénaux respectivement opérés par ces administrations. À la lumière de l'analyse des différents matériaux empiriques, nous soutenons que ces mobilisations présentent, à un premier niveau d'observation, un ensemble de convergences notables. Le croisement de notre élaboration théorique avec la théorie de l'observation permet toutefois de dégager, à un second niveau, des divergences significatives au sein même de ces convergences apparentes. Des divergences qui se révèlent par ailleurs décisives pour rendre intelligibles les influences différenciées qu'ont exercées les idéaux démocratiques sur la mise en forme des normes pénales.

À des fins de précision, nous proposons, dans cette première sous-section (section 4.5.1), de circonscrire l'analyse aux convergences et aux lignes de divergence qui traversent la mobilisation des considérations démocratiques dans les débats parlementaires. Il s'agit, ce faisant, de dégager une lecture fine des enjeux soulevés par leur mise en avant, en prenant pour point d'arrimage analytique les pratiques démocratiques elles-mêmes. Munis de ce portrait, nous pourrons alors, dans la sous-section suivante (section 4.5.2), étendre l'analyse aux effets différenciés que ces pratiques démocratiques ont exercés, en déplaçant cette fois le point d'observation vers les orientations pénales et les tendances de la pénalité.

Dans le cadre de cette première sous-section (section 4.5.1), l'analyse sera structurée autour de trois enjeux étroitement articulés et s'emboîtant les uns dans les autres : la mise en forme des

expressions démocratiques, la construction politisée des considérations qui les sous-tendent, ainsi que l'édulcoration des prémisses et des promesses associées à ces mêmes considérations.

#### *4.5.1.1 Articulation des expressions démocratiques*

Comme premier élément de convergence, il convient de souligner que les trois gouvernements étudiés ont, chacun à leur manière, mobilisé des arguments relevant des trois idéal-types élaborés dans notre cadre théorique. La présence transversale de ces différents registres démocratiques au sein des argumentaires gouvernementaux constitue, en elle-même, un point de convergence notable, dans la mesure où trois gouvernements aux allégeances idéologico-politiques distinctes, inscrits dans des contextes politiques différenciés, ont tous puisé dans les mêmes grands bassins de référents démocratiques[199]. Une telle pluralité implique, par voie de conséquence, qu'aucun gouvernement n'a explicitement disqualifié l'une des trois grandes sources démocratiques. Ce constat constitue non seulement un point de convergence entre des gouvernements situés à des positions distinctes sur l'échiquier politique traditionnel, mais il marque également un écart significatif par rapport à une part importante de la littérature examinée au second chapitre, dans laquelle les conceptions de la démocratie sont fréquemment pensées comme concurrentes, voire construites en opposition les unes aux autres.

À rebours de nos constructions idéal-typiques et des représentations sociales de la démocratie présentées dans le second chapitre, qui tendent à concevoir ces sources comme clairement délimitées, voire opposées[200], les gouvernements analysés ont plutôt opté pour des formes de

[199] Dans la mesure où des sections entières ont déjà été consacrées à l'analyse détaillée des expressions démocratiques propres à chacun des gouvernements étudiés – analyses étayées par des traces empiriques explicites de la mobilisation des trois types de considérations –, nous ne reviendrons pas ici sur des exemples empiriques visant uniquement à établir que ces trois sources ont bien été mobilisées. Compte tenu de l'espace limité imparti à cette thèse, nous avons plutôt fait le choix de réserver cet espace afin d'introduire, plus loin, des citations inédites destinées à appuyer des analyses qui, en raison de leur portée interprétative, requièrent un étayage empirique plus substantiel.

[200] À titre de rappel, par exemple, en postulant que la primauté accordée aux savoirs experts sur les opinions publiques constitue une condition nécessaire à l'élaboration de politiques substantiellement meilleures, plus efficaces ou plus justes, ou, à l'inverse, en soutenant que la souveraineté démocratique doit reposer pleinement sur la volonté de chaque citoyen, afin d'éviter que le pouvoir normatif ne se trouve concentré entre les mains de quelques-uns, aussi experts soient-ils.

combinaison et d'articulation entre ces différents registres, donnant lieu à des expressions démocratiques de nature syncrétique. Pour le dire de manière imagée, les expressions démocratiques de chaque gouvernement ont pris la forme d'une sorte de salmigondis, où s'entremêlent diverses idées (populaires, épistémiques, éthico-juridiques) sans qu'aucune recette préétablie ne soit scrupuleusement suivie. Les acteurs de chaque gouvernement pouvaient ainsi circuler d'un registre argumentatif à l'autre, mobilisant successivement – et parfois simultanément – différents registres argumentaires.

En guise d'exemple, un gouvernement pouvait invoquer diverses formules du type « *Les Canadiens veulent que* »[201] (considérations populaires) lors de la deuxième lecture d'un projet de loi, puis affirmer, après l'étude au Comité de la justice, que « *le gouvernement a écouté les experts* » [202], (considérations épistémiques), avant de mobiliser, en réponse aux critiques formulées par un parti adverse en troisième lecture, que leur projet est un pas vers le « *respect des droits des hommes et des femmes de ce pays* »[203]. Inversement, un autre projet de loi pouvait être introduit par le truchement d'arguments éthico-juridiques dès la deuxième lecture, avant que des justifications d'ordre populaire ou épistémiques ne soient avancées dans les étapes subséquentes. Dans certains cas, plusieurs considérations étaient même fusionnées au sein d'un même segment discursif. Prenons à titre d'exemple des segments d'une intervention du ministre de la Justice, sous le gouvernement libéral de Paul Martin, dans le cadre du projet de loi C-10 :

> *Le comité a entendu plus de 30 intervenants au cours d'une période de trois mois. Le rapport et les recommandations du comité reflètent cette vaste consultation et un examen minutieux du droit actuel. En examinant le projet de loi C-10, vous constaterez que ses dispositions reflètent la vaste majorité de vos recommandations. On peut dire que c'est un cas d'étude du renouvellement de la démocratie. […] Le projet de loi C-10 comprend ces modifications et autres réformes, dont la nécessité a été mise en évidence lors de consultations menées par le ministère que je dirige au fil des ans*

[201] Larry Bagnell, PLC-1, C-49, 2e lecture.
[202] Kim Rudd, PLC-2, C-14, 2e lecture.
[203] Mario Silva, PLC-1, C-49, 2e lecture.

> *auprès des provinces et des territoires, des présidents et présidentes de commissions de révision, et d'autres intervenants. En effet, il s'agit d'une consultation exhaustive tant au niveau gouvernemental qu'au niveau de la société civile à cet égard […] Notre droit pénal doit offrir un éventail de possibilités pour les personnes qui, à cause d'un trouble mental, ont des démêlés avec la justice. La loi doit également assurer la protection du public contre les personnes potentiellement dangereuses. La partie XX.1 du Code criminel établit un équilibre très fonctionnel entre la protection des droits des accusés atteints de troubles mentaux et la protection de la sécurité du public.* (Irvin Colter, PLC-1, C-10, Étude en comité)

Dans cette même intervention, on observe ainsi la mobilisation de plusieurs idéaux démocratiques : références à des témoins experts, invocation de finalités utilitaires, appels à des consultations menées auprès de la population, etc. L'intrication de ces considérations dans une même intervention dépend toutefois des contraintes institutionnelles qui délimitent la longueur des interventions. Effectivement, le temps de parole alloué aux députés n'est pas calibré en fonction du nombre d'arguments qu'ils entendent formuler ni de la profondeur substantielle de ceux-ci, mais répond avant tout à des exigences de nature procédurale[204]. Ces exigences procédurales semblent d'ailleurs fréquemment réduire l'épaisseur substantielle des arguments avancés par les députés et donc la profondeur des réflexions sur les implications des choix de gouvernance. À certaines

[204] À la Chambre des communes, les temps de parole lors des débats sur un projet de loi sont formellement encadrés par le Règlement de la Chambre des communes. De manière générale, à l'étape de la deuxième lecture, le ministre responsable du projet de loi dispose d'un maximum de 20 minutes pour en présenter les grandes lignes, suivies d'une période de questions et d'observations pouvant aller jusqu'à dix minutes par intervention. Aux étapes du rapport et de la troisième lecture, les interventions sont toutefois plus étroitement balisées : si le parrain d'une motion ou le ministre conserve une intervention maximale de 20 minutes assortie de dix minutes de questions, les autres députés sont généralement limités à des interventions de dix minutes, suivies d'une période de questions et de commentaires d'une durée maximale de cinq minutes. Toutefois, au-delà de ces règles formelles, l'exercice effectif du temps de parole apparaît en pratique hautement variable. Le temps théoriquement alloué à un député peut ainsi être fragmenté ; plutôt que de prendre la forme d'une intervention continue de dix minutes, il peut être réparti entre plusieurs prises de parole de quelques minutes, afin de permettre à un plus grand nombre de députés de s'exprimer, ce qui tend à réduire la profondeur substantielle de chaque intervention. De plus, la répartition concrète du temps entre les partis, de même que la fréquence et la durée des interventions, est étroitement liée aux rapports de force parlementaires (e.a. au nombre de députés élus) et à la gestion stratégique de l'ordre des travaux. Pour un portrait détaillé des règles procédurales, consulter : https://www.noscommunes.ca/procedure/reglements/ (Page consultée le 12 janvier 2026).

reprises, des députés ont même soutenu que certains enjeux importants n'avaient pas été débattus, en raison de contraintes ou d'obstacles d'ordre procédural :

> *Pour des raisons de procédure et de politique, le comité n'a pas pu se pencher sur l'étude article par article du projet de loi, même si ce projet de loi ne comprenait qu'un article. […] Il n'y a bien sûr pas eu de vote et aucun amendement n'a été apporté en comité. Le projet de loi a été réputé avoir été rapporté à la Chambre sans la tenue d'un vote et sans réelle délibération, et c'est là où nous en sommes aujourd'hui.* (Derek Lee, PLC-1, C- 250, Étape de rapport)

Certes, les débats laissent parfois apparaître des interventions plus développées, au sein desquelles les acteurs gouvernementaux déploient un éventail d'arguments relativement articulés afin de justifier les choix pénaux proposés (ou encore un déploiement plus ample d'un argument précis). Toutefois, ces séquences demeurent plus marginales au regard de la dynamique dominante observée. La plupart du temps, les échanges parlementaires prennent la forme de réponses brèves et ciblées, inscrites dans une logique essentiellement séquentielle, au sein de laquelle les arguments et justifications mobilisés par le gouvernement ne sont pas intégrés dans un raisonnement unifié, mais sont présentés de manière isolée, au fil de différentes interventions, souvent par des députés différents. C'est précisément dans cette fragmentation des prises de parole que se donnent à voir différentes idées rattachées aux trois registres démocratiques, celles-ci ont été fréquemment mobilisées à travers une série de prises de paroles distinctes plutôt qu'articulées au sein d'une même grande intervention. Ces mobilisations apparaissent, à ce titre, étroitement dépendantes de l'étape spécifique du processus législatif dans laquelle s'inscrit l'échange, des critiques formulées par les partis adverses, du volet du projet qui est discuté, etc. Loin de renvoyer à un cadre référentiel dont l'application serait stabilisée et systématisée, l'expression démocratique d'un gouvernement apparaît plutôt comme un assemblage évolutif, issu d'ajustements successifs, opérés en fonction des enjeux et des possibilités situationnelles dans lesquels s'inscrivent les échanges.

La démonstration la plus probante de cette variabilité dans le choix des considérations démocratiques réside dans la mobilisation des arguments épistémiques. Chez les trois

gouvernements étudiés, les arguments rattachés aux savoirs experts sont effectivement mobilisés de manière quantitativement plus fréquente après les travaux réalisés au Comité de la justice (comparativement à leur mobilisation dans la deuxième lecture). Plus encore, un autre constat s'impose lorsque l'on considère les configurations procédurales dans lesquelles ces débats s'inscrivent. Dans les situations où les auditions en comité ont été substantiellement limitées – tant du point de vue de la diversité des arguments débattus que des expertises convoquées, comme ce fut le cas pour les projets de loi C-49 (2 témoins) sous le gouvernement Chrétien, ainsi que pour le projet de loi C-48 (7 témoins) sous le gouvernement Harper – les considérations épistémiques tendent à occuper une place nettement plus marginale dans les prises de parole parlementaires, même si ces deux gouvernements ont pu mobiliser des savoirs de différents acabits dans leurs autres projets (voir supra).

Cette convergence pourrait ainsi être lue comme le signe que la mobilisation des considérations épistémiques renverrait moins à un engagement de principe envers les savoirs – envisagés comme une exigence normative appelée à structurer les choix pénaux qui organisent la Cité – qu'à un registre discursif susceptible d'être activé de manière contingente, selon les opportunités politiques du moment. Effectivement, si un gouvernement avait véritablement adhéré à l'hypothèse selon laquelle les connaissances constitueraient la base privilégiée à partir de laquelle élaborer des politiques pénales au diapason « *du juste, du bien ou du vrai* » (Bessone et Mineur, 2019 : 4), pour pallier au peuple et à son ignorance supposée telle que le soutiennent les promesses d'une démocratie épistémique, ces connaissances auraient été convoquées de manière relativement stable et transversale à l'ensemble des séquences du processus décisionnel indépendamment des travaux menés au Comité de la justice.

À travers cet exemple de la variation observée dans la mobilisation des considérations épistémiques selon le projet, il devient possible de saisir que l'importance conférée à chacun des registres démocratiques est susceptible de varier de manière sensible à l'intérieur même de l'expression démocratique d'un gouvernement donné. Au-delà du seul cas des considérations épistémiques, les

analyses des expressions propres à chaque administration, développées dans les sections précédentes, suggèrent que si les trois sources démocratiques sont effectivement mobilisées par l'ensemble des gouvernements étudiés, elles ne le sont ni avec la même intensité ni selon des modalités parfaitement constantes d'un projet de loi à l'autre. Dès lors, en reprenant l'image du *salmigondis* évoquée plus haut, on pourrait soutenir que chaque gouvernement ne se contente pas de disposer de sa propre « recette », mais tend également à en ajuster la composition en modulant la part relative des ingrédients mobilisés en fonction des contextes politiques et des enjeux normatifs en débats.

Le fait qu'une telle variabilité se retrouve de manière transversale chez les gouvernements étudiés autorise l'élaboration de généralisations de plus large portée. Cette variabilité permet en effet de dégager un point analytique central dans la question des convergences et des lignes de divergences entre les expressions démocratiques des gouvernements de la dernière génération. Si, à un premier niveau de lecture, les trois gouvernements étudiés donnent l'impression de converger par leur recours aux trois types de considérations démocratiques, un examen plus attentif des usages qui en sont faits met en évidence des formes d'expression nettement différenciées. Certes, chacun mobilise des référents populaires, épistémiques et éthico-juridiques, mais ceux-ci ne sont ni combinés ni hiérarchisés selon des modalités équivalentes. Chaque gouvernement se livre ainsi à un travail propre d'agencement des considérations démocratiques, valorisant certains registres, reléguant d'autres à un rôle plus périphérique ou les articulant selon des logiques variables. Plus encore, cette articulation ne se présente jamais comme pleinement stabilisée.

Pour en faire la démonstration, on peut revenir sur certaines analyses faites plus haut. Par exemple, sous le gouvernement Trudeau, les arguments éthico-juridiques occupent une place sensiblement plus centrale dans le cadre du projet de loi C-16 (propagande haineuse) que dans le projet de loi C-46 (contrôle routier). À l'inverse, sous le gouvernement Harper, les savoirs expérientiels sont mobilisés de manière beaucoup plus marquée dans les débats entourant les projets de loi C-36 (travail du sexe) que dans le cadre du projet C-48 (peines à vie consécutives). De leur côté, les gouvernements Chrétien et Martin recourent plus abondamment aux arguments populaires dans le

projet de loi C-55 (désignation de délinquant dangereux) que dans le projet de loi C-10 (non-responsabilité criminelle). Ces logiques différenciées se donnent également à voir dans une perspective intergouvernementale. Si les trois gouvernements ont puisé dans les trois registres, les considérations épistémiques occupent une place nettement plus prépondérante dans les projets de loi portés par le gouvernement Trudeau que dans ceux du gouvernement Harper, alors que ce dernier se distingue par une mobilisation plus soutenue des arguments populaires que les gouvernements libéraux.

On le voit, le simple inventaire statique des considérations mobilisées ne suffit pas à saisir l'architecture d'une expression démocratique, ce qui fait d'ailleurs écho aux travaux de Abric (2005) sur les représentations sociales. Selon cet auteur, la signification d'une représentation sociale ne procède pas d'une simple addition de ses composantes, mais résulte avant tout de leur organisation interne. De manière analogue, au regard de nos analyses, ce sont d'abord les modalités selon lesquelles les considérations démocratiques sont articulées, hiérarchisées et mises en relation qui confèrent à chaque expression démocratique sa configuration propre.

En ce sens, mettre au jour les contours d'une expression démocratique suppose de dépasser toute approche strictement répertorielle ou classificatoire, fondée sur la seule présence ou absence de tel ou tel registre. Cela dit, au-delà des modalités d'articulation des registres démocratiques, un autre élément est apparu encore plus déterminant dans les influences exercées par les considérations démocratiques et les choix en matière de normes pénales : la construction même des considérations démocratiques.

#### *4.5.1.2 Construction politisée des considérations démocratiques*

En raison de son importance analytique, nous avions formulé, dès l'introduction de ce chapitre d'analyse, un postulat préliminaire selon lequel les considérations démocratiques apparaissent façonnées *dans* et *par* l'action politique. Ce postulat avait été posé d'emblée en raison de son incidence substantielle sur la structure de nos analyses respectives de la gouvernance pénale sous

chaque gouvernement. Après avoir décrit les modalités selon lesquelles chacun des gouvernements a construit ses propres expressions démocratiques, nous proposons à présent d'analyser plus en détail le caractère « construit », de manière transversale, afin d'en dégager les ressorts et les implications.

Tout d'abord, on peut avancer que cet aspect construit des considérations démocratiques révèle un élément qui n'avait pas été intégré dans la construction de nos idéaux-types, soit la latitude dont disposent les acteurs politiques dans leur appréhension et leur mobilisation de ces considérations; une latitude qui paraît difficilement compatible avec plusieurs prémisses pourtant fréquemment présentées comme constitutives des idéaux démocratiques. Nos observations empiriques montrent plus précisément que les trois gouvernements étudiés ne se sont pas engagés, ou du moins pas de manière systématique, dans des démarches visant à circonscrire, de façon procédurale ou empirique, la substance des considérations démocratiques invoquées, contrairement à ce que suggèrent les approches théoriques et les représentations sociales de la démocratie. Autrement dit, si les trois considérations démocratiques sont bien présentes dans les discours législatifs, leur mobilisation semble fréquemment s'effectuer sans un arrimage explicite aux exigences et aux contraintes qui devraient pourtant en constituer les dimensions structurantes.

Pour préciser ce constat et l'étayer empiriquement, il convient d'abord de rappeler que, tant dans l'imaginaire collectif que dans les principales propositions théoriques sur lesquelles reposent les conceptions contemporaines de la démocratie, le couplage entre une source démocratique donnée et l'action législative n'est généralement pas appréhendé comme relevant du seul bon vouloir des acteurs politiques. Dans les écrits ayant nourri l'élaboration des grandes figures de la démocratie populaire, épistémique et éthico-juridique, les gouvernants ne sont en effet que rarement envisagés comme étant en mesure de déterminer, selon leur seule appréciation, ce que seraient les volontés citoyennes, les savoirs pertinents relatifs à une question donnée ou encore les exigences découlant des droits fondamentaux. Ces différentes sources démocratiques sont au contraire pensées comme

devant être mises au jour à travers des dispositifs et des procédures spécifiques, dotés de conditions de validité propres et visant précisément à limiter l'arbitraire politique.

Or, c'est précisément à ce niveau que se situe l'un des apports centraux de nos analyses empiriques. L'examen comparatif des discours parlementaires et des justifications avancées par les trois gouvernements étudiés montre que ceux-ci se sont, de manière récurrente, affranchis de ces cadres procéduraux pourtant constitutifs des sources démocratiques qu'ils invoquent. Plutôt que de s'inscrire dans des mécanismes formalisés permettant d'objectiver les volontés populaires, de délimiter les savoirs pertinents ou de circonscrire les exigences normatives découlant des droits fondamentaux, les acteurs gouvernementaux ont eu tendance à produire eux-mêmes, de façon largement discrétionnaire, le contenu substantiel de ces registres démocratiques.

Afin d'illustrer concrètement cette dynamique, nous proposons de nous arrêter, dans un premier temps, sur la construction des arguments populaires comme premier cas de figure. Dans notre élaboration de la gouvernance populaire, nous avions souligné que l'identification des volontés collectives supposait, en principe, le recours à des dispositifs relativement formalisés, tels que des mécanismes référendaires ou, à défaut, des instruments de consultation populaire visant à prendre le pouls de la population de manière plus généralisée (e.a. Lefebvre, 2017; Goodin, 2008). Or, les analyses empiriques menées révèlent que de telles procédures se sont avérées généralement rares, ou à tout le moins beaucoup plus ambiguës, fragmentaires et/ou peu formalisées.

En pratique, les gouvernements observés ont plutôt eu tendance à imputer aux considérations démocratiques des contenus substantiels spécifiques, selon des modalités fréquemment sélectives et contingentes. Une autre démonstration manifeste de ce phénomène réside dans le fait que les trois gouvernements ont, à maintes reprises, mobilisé des formules telles que « *les Canadiens veulent* »[205], « *les Canadiens continuent de nous dire* »[206], « *la majorité des Canadiens souhaitent*

[205] Larry Bagnell, PLC-1, C-49, 2e lecture.
[206] Daniel Petit, PCC, C-48, 2e lecture.

*en matière de lois au pays* »[207] et bien d'autres, en explicitant rarement les modalités par lesquelles ces prétendues volontés auraient été établies. Plus souvent qu'autrement, les acteurs politiques qui avancent de tels argumentaires demeurent en effet silencieux quant aux dispositifs ou aux procédures mobilisés pour arriver à savoir ce que les Canadiens veulent, souhaitent, demandent, etc. Lorsqu'ils fournissent certaines indications à cet égard, celles-ci renvoient le plus souvent à des mécanismes informels, dont la portée représentative apparaît largement discutable et dont les conditions de validité demeurent peu explicitées, voire rarement vérifiées, telles que des « *discussions avec les électeurs* »[208], des « *consultations ou pétitions* »[209], des « *courriels, messages, échanges avec des citoyens* »[210], etc.

Même dans la conception la moins exigeante de l'expression de la volonté du peuple que nous avons dégagée dans notre idéal-type[211], soit une conception minimale de la représentation politique dans laquelle un acteur parle et agit au nom de ceux qui l'ont élu (Böckenförde, 2014), il demeure difficile de voir comment de telles références, fragmentaires et faiblement objectivées, pourraient raisonnablement prétendre rendre compte de la pluralité et de la diversité des volontés des représentés qu'ils sont censés incarner. Cette difficulté est d'autant plus marquée que, comme nous l'avons montré plus haut, une part importante des choix normatifs analysés n'avait pas fait l'objet d'engagements explicites dans les plateformes électorales. Dans ces conditions, la mobilisation rétrospective de formules englobantes invoquant « ce que veulent les Canadiens » ne saurait être interprétée comme l'expression directe d'un mandat démocratique clairement conféré, mais apparaît plutôt comme une opération discursive par laquelle des orientations pénales déjà arrêtées

[207] Raj Grewal, PLC-2, C-46, 2e lecture.

[208] À titre d'exemple : « *Les nouvelles mesures sévères que nous proposons dans le projet de loi répondront à bon nombre des préoccupations que nous entendons chez nos électeurs. Durant l'été, j'ai organisé une série de forums politiques dans ma circonscription d'Annapolis Valley— Hants. La question du crime et de la sécurité publique a été soulevée à de nombreuses occasions lors de ces assemblées*. » (Art Hanger, REF, C-55, 2e lecture).

[209] À titre d'exemple : « *Les consultations auprès du public ont permis d'établir clairement que la mesure portant sur l'aide médicale à mourir jouit d'un appui généralisé.* » (Kim Rudd, PLC-2, C-14, 2e lecture)

[210] À titre d'exemple : « *Des habitants de ma circonscription et d'autres Canadiens aussi m'ont écrit des lettres ou des messages électroniques, m'ont téléphoné ou sont venus me voir pour me dire que cet amendement aurait pour effet de criminaliser la Bible ou le Coran »* (Derek Lee, PLC-1, C- 250, Étape de rapport).

[211] Soulignons que, même sur le plan théorique, la représentation conçue selon cette formule minimale a fait l'objet de critiques récurrentes, plusieurs auteurs estimant qu'elle ne confère pas véritablement une voix au peuple (voir Böckenförde, 2014).

sont arrimées, *a posteriori*, à une figure abstraite et indifférenciée du peuple. Autrement dit, si les citoyens ont bien élu des représentants, rien ne permet d'affirmer qu'ils les ont nécessairement élus sur la base de ces choix normatifs précis, ni que ces derniers puissent être tenus pour l'expression fidèle d'une volonté populaire préexistante.

Dans ce contexte**,** l'enjeu analytique ne réside dès lors pas tant dans l'exactitude factuelle des affirmations portant sur « ce que veulent les Canadiens » que dans les conditions discursives et procédurales par lesquelles ces volontés sont produites, stabilisées et rendues politiquement opérantes dans l'arène législative. Lorsqu'elles sont mobilisées par les trois gouvernements canadiens étudiés comme allant de soi, ou à tout le moins mises de l'avant sans preuve tangible et vérifiable, les références à ce que « veulent » ou « demandent » les Canadiens contribuent à naturaliser des préférences collectives qui ne sont ni objectivées ni stabilisées par des procédures explicitées, ou encore dont la capacité à offrir une représentation crédible des volontés populaires apparaît douteuse. Cette indétermination procédurale ne signifie toutefois pas que les contenus attribués aux volontés populaires ont été aléatoires. Bien au contraire, l'examen des argumentaires montre que les attentes, les craintes ou les priorités imputées aux Canadiens tendent à s'inscrire de manière relativement constante dans les orientations politiques défendues par les acteurs qui s'en réclament. Autrement dit, si les conditions de production de la volonté invoquée demeurent largement invisibilisées, la substance qui lui est conférée apparaît, elle, structurée au gré des attentes politiques du gouvernement.

Si nous avons pris l'exemple des considérations populaires, des enjeux analogues (contournement des prémisses) se retrouvent aussi dans la mobilisation des autres types de considérations démocratiques. Prenons un autre exemple pour renchérir et montrer cette fois-ci que la présence de procédures plus formalisées relatives à une considération donnée ne signifie pas nécessairement que les gouvernements vont embrasser les prémisses et réaliser les promesses de ladite considération. Prenons, comme cas de figure, l'audition de témoins experts en comité, pratique promue dans plusieurs visions épistémiques de la démocratie (e.a. Nutley, Walter, Davies, 2009; Brooks, Stasiak et Zyro, 2016). D'emblée, il convient de rappeler que l'ensemble des

gouvernements étudiés se sont revendiqués, à des degrés divers, d'arguments épistémiques, notamment en avançant des formules du type selon lesquelles « *le gouvernement a l'intention de présenter un document technique qui a servi de base à cette mesure législative* »[212]; « *le projet de loi repose sur une approche très scientifique* » [213]; « *Ces réformes sont en partie le fruit du travail du Comité permanent de la justice et des droits de la personne*[214] ».

Comme en témoigne la citation précédente, et ainsi que nous l'avons montré dans l'analyse de la constitution des expressions démocratiques, la mobilisation des arguments épistémiques apparaît étroitement corrélée à l'ampleur et aux modalités des travaux en comité. On peut ainsi soutenir que dans les quatre principales modalités de recours aux savoirs identifiées dans la littérature – soit 1) les conseillers, 2) les comités, 3) les conseils de sages, et 4) les « rois-philosophes » – c'est sans conteste la seconde qui s'impose comme le vecteur privilégié d'intégration des connaissances dans l'élaboration de l'exercice de construction de la loi pénale au Canada au cours de la dernière génération. En rassemblant une *certaine* pluralité d'intervenants – experts, juristes, praticiens, victimes, administrateurs, etc. – appelés à commenter, appuyer ou critiquer *certaines* dispositions des projets de loi étudiés, le travail au Comité de la justice a obligé les gouvernements à se positionner (e.a. mobiliser, s'opposer, nuancer, ignorer) face à *certaines* connaissances pertinentes quant aux choix de ces dispositions (e.a. leurs cibles, leurs orientations). Si nous avons déjà montré que l'ampleur des travaux en comité influence la présence quantitative des mobilisations d'arguments épistémiques dans les expressions démocratiques, il est possible d'approfondir l'analyse en soulignant que cette ampleur n'a rien d'aléatoire, mais également que la présence de débats plus substantiels en Comité ne signifie pas non plus que la politique va être auréolée d'un plus grand ancrage épistémique.

[212] Peter MacKay, PCC, C-32, Étude en comité.
[213] Anthony Housefather, PLC-2, C-46, 2e lecture.
[214] Harold Macklin, PLC-1, C-10, Étape de rapport

De prime abord, le nombre de témoins entendus, de même que le temps qui leur est alloué dépend étroitement de la répartition partisane au sein des comités, laquelle demeure elle-même tributaire des résultats électoraux[215]. Ce filtre initial oriente donc la sélection des témoins en fonction de variables politiques et non de leur apport épistémique potentiel à l'examen du projet de loi. Ce mode de sélection ouvre la possibilité pour les gouvernements de privilégier des témoins dont les propos sont susceptibles de conforter l'orientation du projet législatif.

En guise d'exemple, on peut se tourner vers le projet de loi C-49 sur la traite des personnes ratifié par le gouvernement Chrétien, adopté dans un climat de quasi-unanimité parlementaire, notamment autour de la nécessité de créer une nouvelle infraction. Ce consensus apparent a eu pour effet collatéral de restreindre significativement le nombre de témoins entendus en comité, réduisant d'autant la diversité des perspectives soumises à l'examen en comité. Aucune audition de criminologues – pourtant à même d'évaluer la pertinence normative et les effets empiriques potentiels de la nouvelle disposition sur la prévalence réelle du phénomène – n'a été conduite. Aucun débat substantiel n'a été entamé sur l'efficacité attendue de cette mesure ni sur la présence ou l'absence d'outils juridiques existants dans le Code criminel pour réprimer les comportements visés. Aucune expertise juridique substantielle n'a été mobilisée pour évaluer la portée réelle de cette réforme face à des comportements qui s'inscrivent fréquemment dans des réseaux transnationaux complexes. Pour le dire en peu de mots, aucun expert n'a été sollicité pour évaluer si la réforme permettrait réellement d'atteindre l'objectif déclaré de réduire la traite des personnes. Cela étant, le passage du projet en comité, sous l'égide de l'audition de quelques représentants ministériels, a permis au gouvernement de parer l'initiative d'une légitimité épistémique.

De surcroît, le projet de loi C-49 illustre qu'il serait réducteur de n'interpréter la sélection des témoins qu'à l'aune d'une stratégie gouvernementale visant à éviter un examen critique de sa proposition législative. L'absence de contrepoids expert ne résulte pas uniquement d'un

[215] Pour un portrait détaillé des règles encadrant la sélection des témoins en comité parlementaire, voir la page officielle du Parlement du Canada : https://www.ourcommons.ca/procedure/procedure-and-practice-3/ch_20_7-e.html (page consultée le 25 janvier 2026).

verrouillage partisan en amont, mais tient également à la passivité des partis d'opposition, qui n'ont pas mobilisé, de leur côté, de voix dissonantes ni sollicité d'expertises alternatives susceptibles de nuancer, voire de contester, le récit gouvernemental.

Les aléas de la mobilisation épistémique ne se limitent toutefois pas à la question du nombre de témoins entendus, un effectif plus élevé ne constituant nullement, en soi, un indicateur fiable d'une écoute des connaissances pertinentes aux questions normatives ciblées. On retrouve à ce titre une dynamique de hiérarchisation implicite des types de témoins – et donc du type de savoirs – dans les travaux du Comité de la justice. Les projets de loi C-250 et C-16, portant respectivement sur les discours haineux liés à l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre, révèlent comment certaines perspectives épistémiques peuvent être reléguées à la marge, voire ignorées, dans l'étude au Comité de la justice, même lorsque les enjeux abordés sont manifestement clivants au sein de l'arène parlementaire. Dans le cadre de ces projets, les comités ont accordé une place notable à des représentants de groupes religieux, et ce, au détriment de chercheurs, de praticiens de terrain ou de personnes issues des communautés LGBTQ+ directement concernées, qui auraient pourtant pu soulever des connaissances pour discuter des dispositifs législatifs les plus susceptibles de réduire les diverses formes de discriminations auxquelles ces groupes sont exposés.

En réalité, l'examen des douze projets de loi criminels recensés dans notre corpus révèle une distribution pour le moins inégale des types de savoirs mobilisés au sein du Comité de la justice – certains étant systématiquement convoqués, d'autres relégués aux marges, voire totalement absents. Certains profils de témoins y sont fortement surreprésentés – notamment les corps policiers et les porte-parole d'associations de victimes – tandis que d'autres, comme les chercheurs en sciences sociales (e.a. criminologues, sociologues, politologues), y sont rarement conviés, alors même que leurs travaux portent directement sur les phénomènes visés par les réformes. Lorsqu'ils sont convoqués, les universitaires entendus sont le plus souvent des juristes – notamment des constitutionnalistes – appelés à évaluer la conformité des projets de loi aux normes en vigueur. Leur contribution demeure ainsi centrée sur la validité juridique et constitutionnelle des textes, au

détriment d'une mise en perspective critique de leurs fondements, finalités ou effets concrets. On tend donc à voir se multiplier des experts sollicités pour juger de la portée éthico-juridique des réformes, davantage que de leur portée épistémique.

Ces exemples illustrent clairement que les comités parlementaires ne sauraient être appréhendés comme des arènes neutres au sein desquelles émergeraient, de manière spontanée, les savoirs les plus à même d'éclairer l'action législative. Ils apparaissent plutôt comme des espaces traversés par des logiques institutionnelles et politiques; des espaces qui contribuent ainsi à filtrer en amont les savoirs considérés comme recevables ou pertinents, à circonscrire les questions jugées légitimes ou souhaitables, et à reléguer dans l'ombre – souvent par simple omission – d'autres formes de savoirs et d'expertises. Sans nier que les travaux du Comité de la justice aient pu, dans certains cas, faire émerger des savoirs pertinents, il importe de nuancer l'idée selon laquelle cette instance favoriserait, en tant que telle, l'actualisation d'un véritable *evidence-based policymaking*, telle que le conçoit une partie de la littérature. En pratique, le processus s'apparente davantage à une logique de *evidence filtering* : des connaissances y sont certes soulevées, mais toujours au terme d'un tri sélectif. Dans le cadre des pratiques parlementaires actuelles, nous abondons ainsi avec la thèse de Weiss (1995 : 146), qui disait que la majorité des savoirs potentiellement pertinents pour l'action publique sont « *probably born to die unseen and waste its sweetness on the desert air* ».

Au-delà de la question de la sélection des savoirs dans l'arène législative, il faut d'autant plus problématiser leurs mobilisations sélectives par les acteurs politiques. Sur ce point, pour les territoires restreints des savoirs portés à l'attention des législateurs et les choix des savoirs retenus par les gouvernements, une dynamique commune semble émerger des trajectoires législatives soutenues par les trois gouvernements : ceux-ci manifestent une tendance marquée à accorder une attention privilégiée aux témoins dont les propos viennent confirmer, voire renforcer, les orientations initiales de leurs projets de loi, au détriment de ceux dont les interventions invitent à repenser certains choix normatifs, voire à les mettre en cause. Pour en faire la démonstration, on peut mettre en exergue que les études en comité n'ont que très rarement conduit à une révision

substantielle des projets législatifs. Seuls deux cas – le projet de loi C-10 et le projet de loi C-55, sous la première administration libérale – ont donné lieu à des inflexions notables, allant à rebours de l'orientation initialement défendue, notamment par l'atténuation de certaines mesures à visée répressive. Dans la vaste majorité des projets, les amendements issus des travaux en comité se sont ainsi limités à des ajustements techniques ou à des modulations périphériques qui n'ont en rien remis en cause les fondements, les objectifs poursuivis ou les modalités d'intervention privilégiées. Et si ces travaux en comité n'ont pas abouti à des propositions d'amendements substantiels, ce n'est nullement par absence de tentatives – bien au contraire : on l'a montré, toutes les propositions d'amendements qui visaient à infléchir le projet de manière significative ont été rejetées.

Dans une telle configuration, les analyses empiriques conduisent à un constat plus général : le non-respect, ou l'activation minimale, des procédures censées encadrer la mobilisation des savoirs laisse entrevoir une construction éminemment politique des considérations épistémiques elles-mêmes. Sous cet angle, les savoirs ne constituent plus un principe structurant susceptible de contraindre l'action législative, mais une ressource argumentative malléable, à laquelle il est possible d'imputer, de manière sélective, les significations les plus compatibles avec les orientations politiques retenues. La présence formelle de mécanismes associés à une démocratie épistémique ne suffit dès lors pas à en actualiser les promesses, puisque l'appel aux connaissances s'opère sans que celles-ci ne puissent véritablement déplacer, mettre en tension ou reconfigurer les choix initiaux.

À cet égard, passons de l'analyse du respect partiel des prémisses procédurales (voire de l'absence de respect) inhérentes aux grands idéaux démocratiques à l'examen des effets de ces écarts sur la réalisation des promesses associées à ces idéaux. Autrement dit, si les gouvernements ne respectent pas les exigences et contraintes censées mettre effectivement le pouvoir entre les mains du peuple, peut-on encore s'attendre à ce que les promesses et les bénéfices associés à une gouvernance populaire se réalisent ? La même interrogation vaut, mutatis mutandis, pour les autres registres de considérations démocratiques mobilisés. Afin d'examiner ce possible déficit de réalisation des promesses, nous proposons d'en analyser les implications à partir de deux cas empiriques.

Comme premier cas de figure, prenons l'exemple du projet de loi C-5, dans lequel le gouvernement Trudeau a mobilisé des savoirs criminologiques relatifs à l'inefficacité des peines minimales obligatoires, de même que des savoirs expérientiels issus de personnes ayant vécu des discriminations pénales, afin de justifier l'abolition de certaines de ces peines, notamment pour des infractions liées à la consommation et à la possession de substances illicites. Nous pouvons donc voir que les considérations épistémiques sont au cœur de la réforme. Cette mobilisation des registres épistémiques, bien que centrale dans la justification de la réforme, demeure toutefois circonscrite et étroitement cadrée. Si nous avons déjà cité plusieurs extraits plus haut afin d'illustrer cette mobilisation des considérations épistémiques, utilisons une autre citation inédite pour renchérir; citation dans laquelle la ministre de la Justice met explicitement en cause l'inefficacité des peines minimales obligatoires à l'aune des données probantes disponibles.

> *À mon avis, l'affront*[216] *est plutôt de maintenir une politique de durcissement des peines qui a échoué lamentablement au Canada. Une politique qui a lamentablement échoué aux États-Unis. Ainsi qu'au Royaume-Uni. Elle est abandonnée partout. Ce serait un affront de poursuivre dans cette voie sans tenir compte des données probantes ni évaluer l'incidence des peines minimales obligatoires et de l'absence d'ordonnances de sursis sur le système.* (David Lametti, PLC-2, C-5, Étude en comité)

Si le gouvernement affirme que sa proposition d'abolir une série de peines minimales s'appuie sur des données probantes, il demeure toutefois légitime de se demander si celles-ci ont réellement été mobilisées pour réfléchir à l'ensemble de la réforme, en vue d'en proposer la version la plus efficace pour répondre aux problèmes qu'elle prétend résoudre. L'enjeu ne réside pas ici dans la présence ou l'absence de références aux savoirs acquis, mais dans la manière dont ces savoirs ont été intégrés dans les choix législatifs finalement retenus. C'est précisément à ce niveau que la mobilisation des savoirs par le gouvernement Trudeau apparaît révélatrice. En l'absence d'un

[216] La notion d'affront s'inscrit en réponse à l'intervention précédente d'un député conservateur, lequel soutenait que le projet de loi C-5 constituait un « affront aux victimes » (Rob Moore, PCC, C-5, Étude en comité).

respect substantiel des prémisses associées à une conception épistémique de la démocratie, se dessine une fragilisation des promesses d'une gouvernance épistémique.

Plus précisément, si le gouvernement retient certains constats issus des savoirs relatifs à l'inefficacité de certaines peines minimales obligatoires ou leur aspect discriminatoire, il ne justifie jamais de manière explicite pourquoi certaines peines seraient jugées inefficaces et discriminantes, alors que d'autres ne le sont pas (la majorité des peines minimales au sein du droit criminel canadien n'ayant pas été visées par le projet de loi C-5). Plus encore, les députés libéraux ne prennent jamais en considération ce que ces mêmes savoirs suggèrent quant aux effets des peines d'emprisonnement qui subsistent à l'issue de leur abolition partielle – l'abolition des peines minimales n'impliquant nullement la possibilité d'une peine carcérale. Ils passent également sous silence la possibilité que le recours accru aux ordonnances de sursis puisse, lui aussi, engendrer des effets discriminants, tout en laissant dans l'ombre de nombreux savoirs ayant montré que les effets et les conséquences de la carcéralité peuvent se transposer au sein de réponses pénales dites alternatives[217].

Cette configuration apparaît d'autant moins fortuite que la portée de tels savoirs n'était nullement méconnue au moment des débats. Plusieurs témoins, dont David Henry (Association des services de réhabilitation sociale du Québec), Elspeth Kaiser-Derrick (University of British Columbia) et d'autres, se sont appuyés sur ces mêmes registres empiriques pour plaider en faveur d'une réforme plus ambitieuse, susceptible de s'attaquer de manière plus substantielle aux dynamiques discriminantes et aux inefficacités structurelles associées aux quantums de peine que le projet de loi mettrait en place, s'il était adopté en l'état. Des témoignages qui ont, toutefois, été ignorés par les libéraux. Rappelons également que les députés du Nouveau Parti démocratique se sont appuyés sur les mêmes registres de connaissance que les libéraux et, en relayant les propos de plusieurs

[217] Sur le plan des savoirs, l'idée selon laquelle les alternatives à l'incarcération peuvent néanmoins participer à une diffusion – voire à une reconfiguration élargie – de la carcéralité et de ses conséquences est loin d'être nouvelle. Elle est au contraire bien documentée, notamment depuis l'entretien désormais classique de Foucault avec Brodeur (1993), dont les analyses ont été reprises et retravaillées à de nombreuses reprises dans la littérature critique (Moran, 2014).

témoins, ont fait valoir que ces savoirs appelaient une remise en question plus substantielle de l'intervention pénale que celle finalement retenue, arguments qui ont néanmoins été, une fois de plus, ignorés par le gouvernement libéral. Cette mobilisation partielle des savoirs apparaît d'autant plus significative qu'à l'occasion d'une autre politique, soit celle relative à l'aide médicale à mourir, des députés ont reconnu de manière explicite l'inefficacité du recours au droit criminel. Plus précisément, en s'appuyant sur des arguments ancrés dans les connaissances disponibles, ils ont soutenu que le droit criminel se révélait inadéquat pour réguler certaines conduites dirigées contre soi-même – telle que la criminalisation du suicide –, position que l'on pourrait rapprocher, par analogie, de phénomènes tels que la consommation de substances (voir supra), et qui met en évidence le caractère différencié de l'activation des savoirs selon les enjeux considérés. Au-delà de la question des peines minimales, jamais les libéraux n'ont toutefois souhaité s'engager dans une réflexion soutenue sur ce que les savoirs disponibles permettaient de dire – ou de ne pas dire – quant à l'usage du droit criminel pour encadrer et gérer la consommation de substances.

Sur la base de ces éléments, la mobilisation des savoirs opérée par le gouvernement peine à satisfaire pleinement les exigences associées à une conception épistémique de la démocratie. Certes, certains registres de connaissance sont explicitement invoqués pour justifier l'abolition partielle des peines minimales obligatoires, ce qui permet de remplir, de manière limitée, certaines prémisses d'une telle conception. Toutefois, ces savoirs ne sont ni mobilisés dans une perspective de « diagnostic » systématique de l'efficacité globale des dispositifs pénaux en cause ni prolongés afin d'interroger de façon soutenue la pertinence des réponses pénales maintenues à l'issue de la réforme. Ils ne servent pas davantage à éclairer une réflexion structurée sur les voies alternatives d'intervention – le choix du meilleur « traitement » – ni à examiner les effets de la pénalisation sur les personnes sanctionnées pour des comportements dirigés contre elles-mêmes (e.a. la consommation de substances). La mobilisation des savoirs ne s'accorde ainsi qu'imparfaitement avec l'ambition d'une gouvernance pénale pleinement épistémique de la Cité.

Comme second cas de figure, nous avons retenu la mobilisation des droits fondamentaux par le gouvernement Harper dans le projet de loi C-32, laquelle présente une forte homogénéité à travers les quatre projets de loi échantillonnés pour cette administration. D'emblée, la mobilisation des droits fondamentaux opérée par ce gouvernement ne repose pas sur une conception universaliste et indifférenciée des garanties éthico-juridiques, notamment quant à leur vocation égalitaire et à leur portée générale. Elle s'appuie plutôt sur une redéfinition implicite de leurs titulaires légitimes, qui conduit à circonscrire le registre des droits à certains groupes jugés prioritaires au regard des finalités pénales poursuivies : « *Les victimes réclament ces protections et ces droits depuis des années. Pendant beaucoup trop longtemps, le système de justice s'est préoccupé des droits des accusés et a négligé les victimes.* » (Bob Dechert, PCC, C-32, 2e lecture).

Un premier élément saillant de cette intervention, que l'on retrouve dans plusieurs prises de parole conservatrices relatives à ce projet de loi, tient à l'absence de toute référence précise à une procédure ou à un droit procédural nouvellement introduit par la réforme – alors même que celle-ci se présentait principalement comme une formalisation, sous la forme d'une charte, de pratiques déjà existantes. Les droits sont ici mobilisés sur un mode essentiellement général et rhétorique, au moyen d'une opposition binaire entre deux pôles présentés comme antagonistes – les droits des accusés et ceux des victimes –, sans que ne soient explicités la nature concrète des garanties en jeu ni les mécanismes juridiques censés en assurer l'effectivité. Cette mise en scène discursive tend ainsi à naturaliser l'idée selon laquelle la reconnaissance accrue des droits des victimes impliquerait nécessairement une correction d'un déséquilibre antérieur, au détriment des droits accordés aux personnes accusées. Dès lors, la représentation des droits fondamentaux repose sur une opération de cadrage qui en redéfinit, ou plutôt en rétrécit, implicitement la substance et la portée normative. Les droits ne sont pas envisagés comme des garanties générales destinées à protéger l'ensemble des sujets de droit contre les excès du pouvoir pénal ou les dérives de la majorité (fonction limitative). Ils ne sont pas davantage envisagés comme un foyer de sens actif, susceptible de stimuler l'élaboration de normes et de politiques orientées vers la promotion des valeurs, la protection de la dignité, ainsi que l'égalité et l'autonomie de toutes et tous (fonction incitative). En

ce sens, l'affirmation des droits de certains, présentée comme une réparation d'un déséquilibre antérieur, ne constitue pas une mise en œuvre accrue des droits fondamentaux, mais bien une construction politisée de leur fonction, par laquelle le registre éthico-juridique est ajusté aux finalités pénales poursuivies.

Si les conceptions théoriques des considérations démocratiques comportent plusieurs exigences, l'examen comparé des deux exemples que nous venons de présenter montre que les gouvernements disposent néanmoins d'une marge importante pour en construire des représentations propres, adaptées à leurs attentes politiques.

Avant d'approfondir ces deux implications, nous proposons de soulever un constat transversal issu de nos analyses, qui nous permettront d'ajouter une couche à nos réflexions sur ces implications. Ce constat transversal est que, dans les débats examinés, les acteurs politiques ont fréquemment eu tendance à occulter, simplifier ou édulcorer les prémisses normatives pourtant constitutives de plusieurs grandes idées démocratiques.

#### *4.5.1.3 Édulcoration des tensions et des prémisses démocratiques*

Un autre élément de convergence dans la gouvernance pénale des trois administrations étudiées, découlant à la fois de l'articulation entre différentes considérations démocratiques et de leur construction politisée, réside dans la tendance commune à édulcorer les tensions et contradictions inhérentes aux conceptions de la démocratie. Plus précisément, les trois gouvernements semblent avoir atténué, dans leurs discours, les frictions susceptibles d'émerger entre des valeurs concurrentes (e.a. droits individuels vs volonté de la majorité), ou entre des finalités démocratiques distinctes (e.a. expression de la volonté populaire vs poursuite de l'intérêt général). De surcroît, lorsqu'ils étaient confrontés à des enjeux normatifs majeurs, qu'il s'agisse de l'abolition de certaines peines minimales obligatoires, de la criminalisation du travail du sexe ou de l'imposition de peines d'emprisonnement à perpétuité consécutives, les gouvernements n'ont jamais reconnu que les sources démocratiques qu'ils mobilisaient (e.a. connaissances expertes vs opinions

publiques) pourraient potentiellement conduire à des appréciations nuancées, voire différenciées, de certaines modalités ou de certains volets des réformes envisagées. Plutôt que de reconnaître explicitement la conflictualité potentielle entre les diverses manières de concevoir et de mettre en pratique la gouvernance démocratique, ces administrations ont privilégié une logique de juxtaposition « édulcorante » et « déconflictualisante »; une approche qui n'est pas sans retombées sur la structuration et la justification des choix pénaux.

Sur ce point, il convient d'abord de relever que, sous les trois gouvernements étudiés, nous n'avons relevé aucun échange qui témoignerait d'un rejet explicite de visions concurrentes de la démocratie. Cette absence contraste avec les écrits mobilisés dans notre construction théorique, aux propositions généralement plus tranchées, où les conceptions – et parfois même les définitions – de la démocratie s'élaborent dans une opposition frontale à la validité et à la légitimité d'autres propositions. Pour prendre une image simplifiée, lorsqu'un gouvernement introduit une mesure législative en l'appuyant sur des velléités populaires, et que les députés adverses la critiquent en mobilisant des droits fondamentaux, la réplique gouvernementale ne consiste pas à dénier la validité des droits fondamentaux dans la gouvernance pénale (autrement dit de faire la promotion d'une conception démocratique au détriment d'une autre). Les gouvernements ont plutôt reformulé l'appel aux droits fondamentaux selon leurs propres termes, de manière à désamorcer la critique.

Ainsi, plutôt que de s'inscrire dans une conception particulière de la démocratie, les acteurs politiques, toutes allégeances confondues, ne cherchent pas tant à disqualifier les référents mobilisés par leurs adversaires qu'à en redéfinir les contours et les implications, en les reformulant de manière compatible avec leurs propres cadres d'interprétation et leurs objectifs politiques. Il en découle ce que l'on peut qualifier *d'appropriations concurrentielles*, soit des pratiques discursives par lesquelles les acteurs politiques ne contestent pas frontalement la légitimité du registre mobilisé en critique, mais s'emploient à le réinterpréter et à le reconfigurer, en fonction de leurs attentes politiques, des contraintes du débat et des fins stratégiques associées à sa mobilisation. Prenons un exemple, parmi d'autres, qui illustre de manière concrète la façon dont les gouvernements tendent

à se (ré)approprier les considérations soulevées en critiques par les oppositions plutôt que de mobiliser une vision concurrente de la démocratie. Un exemple qui se trouve dans les débats entourant la réforme des normes de sanctions prévues par le projet de loi C-55 sous le premier gouvernement libéral de notre univers de travail, où les députés réformistes ont accusé les libéraux de ne pas tenir compte des préoccupations populaires qualifiant le projet de trop indulgent et de déconnecté des attentes citoyennes en matière de sécurité publique :

> *Les Canadiens disent aux députés réformistes lors de toutes les réunions dans les communautés, lors des rallyes et des manifestations de soutien aux victimes, dans les cafés, les arrêts pour les camionneurs et les guichets automatiques, que le système judiciaire est un échec. […] Plus de 76 p. 100 des Canadiens veulent qu'on rétablisse la peine de mort. […] Les Canadiens réclament une véritable réforme du système des libérations conditionnelles et, à tout le moins, l'abolition des libérations conditionnelles pour les auteurs de meurtres au premier degré. […] Nous disons que la déclaration devrait être automatique. Une fois que le délinquant a commis une deuxième infraction, il devrait être condamné à la prison pour une période indéterminée, sans aucune possibilité d'appel.* (Art Hanger, REF, C-55, 2e lecture)

Face à cette attaque, les libéraux ont choisi de ne pas répondre point par point aux propositions réformistes, préférant réaffirmer leur propre lecture des attentes et des préférences populaires en matière de réponse pénale dès l'intervention suivante :

> *La population a eu maintes occasions d'exprimer son avis sur le projet de loi C-55. Celui-ci reçoit un appui général. Il fera plusieurs choses dont trois sont particulièrement dignes de mention. Il suffit de dire que la majorité des électeurs qui ont communiqué avec moi considèrent ce projet de loi comme étant une bonne mesure législative et l'appuient. Cela inclut des gens du secteur de l'application des lois et d'autres secteurs dans ma circonscription. Ils appuient cette mesure comme étant une amélioration nécessaire à la façon de traiter les délinquants violents, et je suis heureux de l'appuyer aussi.* (Pat O'Brien, PLC-1, C-55, 2e lecture)

Les députés réformistes ont néanmoins poursuivi leurs attaques en invoquant une lecture particulièrement expansive de la volonté populaire. Selon eux, une part significative de la population appellerait à un durcissement radical de l'arsenal pénal, lecture qui les conduit à proposer des mesures directement inspirées du modèle américain, telles que l'incarcération indéfinie ou l'adoption de *Three strikes laws*. Cette rhétorique s'étend parfois jusqu'à l'affirmation selon laquelle certains citoyens souhaiteraient être appelés à se prononcer directement sur le rétablissement de la peine de mort, présentée comme une option qui devrait relever d'une consultation populaire officielle :

> *À l'automne de 1995, j'ai demandé à propos de la peine capitale : appuyez-vous la tenue d'un référendum national à caractère exécutoire sur la peine capitale? Sur les près de 1 600 personnes qui ont répondu, 78 p. 100 ont dit oui, 15 p. 100 ont dit non et 7 p. 100 étaient indécises.* (Ed Harper, REF, C-55, Étape de rapport)

Face à cette revendication d'une volonté populaire conçue comme homogène et fondamentalement punitive, les libéraux ont opposé une interprétation sensiblement plus nuancée des attentes citoyennes. Sans nier l'existence de préoccupations relatives à la sécurité, ils en redéfinissent toutefois la portée, en insistant sur le caractère ciblé, proportionné et différencié des réponses pénales souhaitées par les Canadiens :

> *Je ne crois pas que les Canadiens veuillent des mesures aussi radicales et générales. Ils nous ont dit qu'ils voulaient des lois bien ciblées qui soient sévères envers les délinquants violents. La réaction du public au projet de loi C-55 a été très positive.* (Gordon Kirkby, PLC-1, C-55, 2e lecture)

On l'observe ici, le gouvernement libéral ne cherche pas à opposer à l'argument fondé sur la volonté du peuple une conception concurrente de la démocratie ; il procède plutôt à une réappropriation concurrentielle de ce même registre de la voix populaire. Au regard des travaux à partir desquels nous avons construit nos idéaux-types, on aurait pourtant pu s'attendre à une réplique s'appuyant sur une autre source de légitimation. Or, la stratégie adoptée est inverse : plutôt que de rejeter cette référence, le gouvernement se l'approprie et en reconfigure la signification, en

l'inscrivant – pour ce cas d'espèce – dans une logique de gouvernance de juste milieu conforme à sa propre orientation politique. Ce choix n'est pas anodin. Il suggère que la confrontation des idéaux démocratiques ne s'opère pas principalement par une opposition frontale entre registres concurrents, mais par un travail de reformulation interne des référents mobilisés. Dans cet échange, ce n'est donc pas la valeur normative de la volonté des Canadiens comme fondement de l'action législative qui est remise en cause, mais bien la définition légitime de ce qui constitue, ou non, leurs doléances et leurs préférences.

Ce mécanisme de réappropriation ne se limite d'ailleurs ni à une seule considération démocratique ni à un seul gouvernement : il traverse l'ensemble des références discursives relatives à la démocratie. En procédant de la sorte, les acteurs politiques évitent que les débats ne se cristallisent autour d'une confrontation explicite entre fondements démocratiques concurrents. La réappropriation concurrentielle fonctionne ainsi comme un dispositif de neutralisation de la conflictualité, en maintenant l'illusion d'un accord sur les principes démocratiques, tout en déplaçant les débats sur la définition concrète du « contenu » des différents référents démocratiques.

Dès lors, si l'on prend un pas de recul afin d'interpréter l'ensemble des dynamiques mises au jour, un constat d'ordre plus général semble pouvoir être formulé. Une part significative de la littérature théorique envisage la démocratie comme une lutte de sens, entendue comme une confrontation portant sur les valeurs, les principes ou les finalités devant orienter l'action collective (e.a. Denquin, 2008; Kurki, 2010; Chambers, 2023). Or, dans l'univers empirique examiné, la configuration observée paraît sensiblement différente. Plutôt qu'une lutte de sens structurée autour de visions antagonistes de la gouvernance pénale, les débats analysés laissent entrevoir des controverses qui se cristallisent sur la détermination même du contenu légitime de ces référents. Les désaccords s'articulent autour de leurs contours normatifs, de leur orientation interprétative et de la portée qu'il convient de leur reconnaître dans une conjoncture politique donnée. Autrement dit, ce qui se joue n'est pas tant un affrontement frontal entre idéaux démocratiques rivaux qu'un travail de

redéfinition interne des catégories mobilisées. La lutte, si lutte il y a, concerne la qualification et la mise en forme des référents démocratiques eux-mêmes.

Ce déplacement du conflit – de l'opposition entre visions substantielles de la gouvernance vers une controverse portant sur la définition et l'extension des principes invoqués – appelle toutefois un complément analytique, susceptible de prolonger et d'approfondir les constats qui précèdent. Plus spécifiquement, de la même manière que les considérations démocratiques apparaissent construites, politisées et mobilisées de façon située, les finalités utilitaires invoquées pour justifier les choix pénaux ne constituent pas davantage des données objectives, stabilisées ou auto-évidentes. Elles font elles aussi l'objet d'un travail de construction discursive, étroitement arrimé aux attentes politiques des acteurs qui les mobilisent.

Les politiques pénales analysées sont en effet systématiquement présentées comme substantiellement bonnes, justes et efficaces. Or, cette qualification ne repose que rarement sur une explicitation des critères à partir desquels ces jugements sont formulés ni sur une reconnaissance du caractère fondamentalement disputé de ce qui peut être tenu pour « bon », « juste » ou « vrai »[218] en matière de gouvernance pénale. Ces registres normatifs sont au contraire traités comme allant de soi, comme s'ils renvoyaient à des évidences partagées et unanimement reconnues, alors même que les travaux théoriques montrent l'existence de conceptions profondément divergentes des finalités légitimes de l'action pénale, de ses fonctions sociales et de ses effets souhaitables.

Cette naturalisation du « bon », du « juste » et du « vrai » s'opère notamment par l'invocation de finalités formulées dans des termes volontairement larges et difficilement contestables. Les

[218] Rappelons que nous mobilisons ici les catégories du *bon*, du *juste* et du *vrai*, telles que proposées par Bessone et Mineur (2019 : 4), afin de proposer une acception volontairement large des différentes finalités pouvant être attribuées à une démocratie orientée vers ses résultats.

références à des finalités substantives du type : la préservation de divers intérêts publics[219], la sécurité des Canadiens[220], la protection des populations jugées les plus vulnérables[221], le bien-être des collectivités[222] – de grandes finalités qui sont formulées de manière difficilement contestable. Ces figures normatives, précisément en raison de leur caractère consensuel et indéterminé, permettent de présenter les orientations pénales proposées comme intrinsèquement légitimes, sans ouvrir l'espace à une discussion sur les significations concrètes de ces objectifs ni sur les arbitrages qu'ils impliquent. Pour le dire dans les termes mobilisés en première partie de cette thèse, la prétention à faire de la loi pénale un « régime de performance » (Berthelet, 2016 : 22) n'est nullement absente des débats parlementaires ; elle y est au contraire constamment affirmée. Toutefois, cette performance est définie de manière si englobante et si peu problématisée qu'elle en vient à occulter l'existence de visions concurrentes de ce qui est jugé « désirable » ou « désiré » dans des sociétés caractérisées par le pluralisme des valeurs et des intérêts. À titre d'exemple, si la finalité de sécurité fait assurément un assentiment quasi unanime – peu de Canadiens affirmeraient vouloir vivre en insécurité – cette évidence même contribue à occulter la pluralité des conceptions substantielles qu'il recouvre. La sécurité, en tant que finalité formulée dans des termes larges,

[219] En guise d'illustration, voici un exemple empirique qui permet d'illustrer concrètement la mise à l'avant-plan de la préservation d'intérêt public en tant que finalité substantive : « *Il va sans dire que la discrimination est un problème d'intérêt public. Quand une personne se voit nier des occasions de travail ou subit constamment de la discrimination, nous perdons tous la contribution qu'elle aurait pu apporter à notre société, à nos lieux de travail et à l'économie canadienne. Priver les gens de la liberté de vivre la vie qu'ils peuvent et souhaitent avoir nui à leur capacité de participer à la société. » (Jody Wilson-Raybould PLC-2, C-16, 2e lecture).*

[220] En guise d'illustration, voici un exemple empirique qui permet d'illustrer concrètement la mise à l'avant-plan de la sécurité et de la nécessité de protéger les citoyens en tant que finalités substantives : « *Le présent projet de loi reconnaît l'importance de protéger les victimes contre tout préjudice au cours de leur participation au sein du système de justice. Il conférerait aux victimes le droit à ce que leur sécurité et leur vie privée soient prises en considération par les autorités compétentes du système de justice pénale et le droit d'être protégées contre l'intimidation et les représailles, notamment le droit de demander des mesures visant à faciliter leur témoignage et d'avoir leur identité protégée contre toute divulgation publique.* » (Peter MacKay, PCC, C-32, 3e lecture).

[221] En guise d'illustration, voici un exemple empirique qui permet d'illustrer concrètement la mise à l'avant-plan de la défense des gens vulnérables en tant que finalités substantives : « *Nous avons entendu des témoignages très éloquents, cet après-midi, à la Chambre, au sujet de quelques-unes des situations dans lesquelles de jeunes Canadiens se retrouvent. Le message qu'envoie le projet de loi C-49 est à la fois convaincant et clair. Il affirme que la loi sera appliquée dans toute sa rigueur à ceux qui cherchent à exploiter les plus vulnérables d'entre nous.* » (Anita Neville, PLC-1, C-49, 2e lecture)

[222] En guise d'illustration, voici un exemple empirique qui permet d'illustrer concrètement la mise à l'avant-plan du bien-être des collectivités en tant que finalités substantives : « *Un autre objectif a trait à la réinsertion sociale des délinquants. Cet élément devrait toujours faire partie de l'équation. Toutefois, au cours des dernières années, on a accordé beaucoup trop d'importance à ce seul facteur, au détriment de la dénonciation d'un comportement illégal qui nuit au bien-être de nos collectivités et aux services que fournissent au public les conducteurs de véhicules de transport en commun.* » (Erin O'Toole, PCC, C-13, 3e lecture).

permet ainsi de subsumer sous une même étiquette des visions hétérogènes de l'ordre social, du risque et de la protection, sans que ces différences ne soient explicitement problématisées.

Plus encore, une fois ces grandes finalités substantives posées, les acteurs politiques s'engagent rarement dans un travail d'explicitation des mécanismes par lesquels les politiques mises de l'avant seraient susceptibles de contribuer effectivement à leur réalisation. Les discours justificatifs demeurent largement silencieux quant aux chaînes causales, aux conditions de mise en œuvre ou aux effets attendus des mesures adoptées. La conformité présumée des politiques pénales aux finalités invoquées est ainsi affirmée plutôt que démontrée, et la relation entre les moyens retenus et les fins affichées reste, pour l'essentiel, implicite. En somme, les acteurs politiques avancent leurs choix comme allant de soi, sans en faire la démonstration empirique ou argumentative, laissant largement indéterminée la manière dont les mesures retenues seraient effectivement à même d'assurer la poursuite des finalités utilitaires avancées – qu'il s'agisse de la sécurité des Canadiens, de la protection des populations jugées les plus vulnérables ou du bien-être des collectivités.

Loin d'être sans conséquence, ce mode de justification confère aux fins utilitaires une apparence de neutralité et d'universalité qui tend à masquer leur caractère situé et politiquement orienté. Plutôt que d'être mobilisées comme des critères permettant d'évaluer de manière critique la pertinence, la cohérence ou l'efficacité des choix pénaux, ces finalités fonctionnent comme des ressources discursives destinées à stabiliser des orientations déjà arrêtées. En ce sens, elles contribuent moins à structurer un débat normatif sur les finalités de la gouvernance pénale qu'à produire un effet de clôture, en présentant les choix opérés comme allant de soi et comme échappant, par leur évidence même, à la controverse.

De cette construction de la dimension substantiellement pertinente de chaque choix normatif découle une autre implication majeure : aucun des gouvernements étudiés ne présente la volonté populaire comme susceptible d'entrer en tension avec l'intérêt général ni avec les finalités utilitaires assignées aux politiques pénales. Dans cette perspective, les politiques analysées sont systématiquement mises en scène comme étant substantiellement justes et efficaces et pleinement

conformes aux attentes des Canadiens. Il n'a jamais été uniquement question, par exemple, de simplement répondre à l'opinion publique. L'ensemble des projets est systématiquement – et de manière récurrente dans les débats – présenté comme porteur de transformations essentielles orientées vers diverses finalités normatives. À aucun moment, par exemple, on ne voit un gouvernement se borner à affirmer qu'il concrétise les politiques que « le peuple » souhaiterait. Les justifications avancées comportent toujours des prétentions substantielles, inscrivant l'action législative dans un horizon de résultats jugés souhaitables.

Si les deux pôles que constituent la volonté populaire et l'intérêt général sont ainsi constamment mobilisés, leur convergence est suggérée par des constructions discursives qui excluent soigneusement toute possibilité de dissensus. Cette mobilisation demeure toutefois variable selon les projets de loi et les séquences du débat parlementaire. Dans certains cas, ils sont déployés à force égale au fil d'interventions distinctes, portées par différents députés, chacune mettant l'accent sur l'un ou l'autre des registres, de sorte que la légitimation globale de la volonté et des intérêts collectifs se construit de manière cumulative. Dans d'autres situations, le gouvernement privilégie principalement, pour un projet donné, l'un des deux registres, tout en laissant entendre que l'autre demeure implicitement pris en charge, notamment lorsque l'argumentaire est ajusté afin de neutraliser des critiques visant prioritairement un seul pôle[223]. Il arrive enfin que ces deux registres soient mobilisés de manière implicite, la volonté générale et les demandes des Canadiens étant alors présentées comme allant de soi, soit explicitement articulées au sein d'une même intervention. À titre d'illustration, on peut relever cette intervention de la ministre de la Justice sous le gouvernement Trudeau :

> *Les Canadiens s'attendent à ce que les parlementaires s'expriment en leur nom au sujet des enjeux sociaux du moment et qu'ils confirment leurs droits fondamentaux. Grâce à ce projet de loi, le Parlement a l'occasion de confirmer que tous les Canadiens devraient être libres et ne devraient pas avoir peur d'être eux-mêmes. La Chambre*

[223] À titre d'exemple, comme nous avons montré dans l'analyse de l'expression du gouvernement Trudeau que les arguments fondés sur l'intérêt général y occupent une place plus centrale, tandis que les références explicites à la volonté populaire sont plus rares, intervenant principalement de manière réactive, pour répondre à certaines critiques, et demeurant quantitativement moins fréquentes. Toutes les deux sont bel et bien présentes, mais les deux n'occupent pas le même poids dans l'argumentaire.

> *peut confirmer que les personnes transgenres et de diverses identités de genre ont les mêmes droits que tous les autres Canadiens. Ce n'est pas simplement un geste symbolique. Il s'agit d'inclure dans deux lois importantes un nouveau libellé associé au respect et à l'inclusion qui établit des normes de base pour dicter notre conduite au quotidien. Il s'agit pour le gouvernement du Canada d'exprimer clairement que tous les Canadiens sont protégés par la loi. Le troisième point intéressera particulièrement le Comité, qui a pour rôle d'étudier et de recommander des améliorations au système canadien de justice. Ce projet de loi comblera une importante lacune dans le droit criminel.* (Jody Wilson-Raybould, PLC-2, C-16, Étude en comité)

Que la convergence soit formulée de manière explicite ou tantôt laissée à l'état implicite, la volonté du peuple et l'intérêt du peuple ne sont, dans l'ensemble des débats, jamais posés comme susceptibles d'entrer en contradiction l'un avec l'autre. Ils sont au contraire présentés, tant formellement qu'informellement, comme convergents, voire comme se renforçant mutuellement. Ce constat invite à revenir sur l'une des tensions fondatrices de la démocratie mises en évidence dès l'introduction, tensions que nous avions illustrées à l'aide de la question formulée par Roussin (2019 : 45) – « *qu'est-ce qui rend la démocratie légitime : la qualité de ses politiques, ou la manière dont elles sont arrêtées* ? » – ainsi que par la métaphore du bateau proposée par Bevort (2007), opposant la conduite du navire à sa destination. Autrement dit, la dualité entre des politiques *du* peuple et des politiques *pour* le peuple.

À partir de ce questionnement théorique, nous avons formulé une série de questions empiriques directement ancrées dans notre terrain d'étude. Ces questions sont les suivantes : 1) *Est-ce que les gouvernements canadiens ont appuyé la fabrique du droit criminel sur des velléités populaires ou sur des finalités utilitaires, et comment ceux-ci ont-ils justifié leur choix* ? ; et 2) c*omment les gouvernements canadiens ont-ils justifié la mise en place de politiques pénales qu'ils jugeaient être dans l'intérêt public, mais qui allaient à l'encontre des opinions publiques (ou à l'inverse des politiques populaires qui allaient à première vue contre l'intérêt du peuple) ?*

Eu égard aux observations empiriques présentées, nous pouvons maintenant avancer que ces interrogations reposaient sur un présupposé en partie erroné, soit l'idée que les tensions théorisées entre les différentes visions de la démocratie seraient appelées à se matérialiser dans les prises de position des parlementaires. Or, l'analyse montre plutôt que les gouvernements de la dernière génération ne se sont pas engagés dans une telle mise en balance – du moins pas discursivement – entre les différents pôles de la légitimité démocratique, préférant en neutraliser les frictions au sein de configurations discursives largement dépolitisées. Plutôt que de reconnaître la tension – et la possibilité même d'une incompatibilité – entre les différents référents démocratiques, ils tendent à la résoudre sur un mode essentiellement discursif, en affirmant simultanément que leurs choix normatifs répondent conjointement à ces deux pôles. À aucun moment les gouvernements ne justifient que la volonté populaire devrait primer sur l'intérêt général, ou inversement. Dans les débats, les deux registres sont systématiquement mobilisés de concert, comme s'ils allaient nécessairement de pair.

Cette résolution apparente ne relève toutefois pas d'un dépassement théorique de la tension, mais bien d'une forme d'édulcoration d'un point de vue discursif, qui en atténue la portée normative et politique. Dans les processus de criminalisation étudiés, les gouvernements privilégient un registre discursif visant à neutraliser la conflictualité inhérente à ces fondements concurrents de la légitimité démocratique, se présentant simultanément comme les porte-voix de la volonté populaire et comme les garants de l'intérêt général, sans que leurs choix normatifs ne soient toutefois étayés de manière probante au regard de l'un ou l'autre de ces registres.

Un tel lissage des contradictions potentielles équivaut à occulter la part irréductiblement conflictuelle inhérente à l'organisation et à l'exercice du pouvoir – soit les différents fondements qui devraient guider la gouvernance de la Cité. En gommant cette dimension, les gouvernements fragilisent la possibilité même d'un véritable espace de délibération portant sur le choix des sources susceptibles de guider la mise en forme des politiques pénales. La conflictualité, qui devrait permettre d'évaluer la portée et les limites respectives des différents registres démocratiques, et

surtout les choix pénaux qui en découlent, se trouve ainsi neutralisée. À l'instar de la construction contingente des considérations démocratiques, cette édulcoration apparaît susceptible de fragiliser la réalisation de plusieurs des promesses normatives qui leur sont associées. À titre d'exemple, si, face à un choix de norme pénale, une critique affirme que celui-ci porte atteinte aux droits d'une personne, et que le gouvernement peut répondre qu'il vise précisément à garantir les droits d'une autre, comment les droits fondamentaux peuvent-ils encore remplir leur fonction de protection contre les intrusions du pouvoir étatique ou agir comme vecteur de pluralisme normatif ? Autre exemple, si, face à un choix de norme pénale, les acteurs politiques peuvent mobiliser de manière opportuniste des savoirs hétérogènes pour soutenir que telle mesure constituera un vecteur de sécurité ou de bien-être collectif, comment les considérations épistémiques peuvent-elles être présentées comme la source optimale pour la mise en place de politiques substantivement bonnes et efficaces pour le peuple ? On le voit, lorsque les registres démocratiques sont ainsi vidés de leur tension constitutive et mobilisés sans que leurs prémisses normatives ne soient véritablement exposées, discutées et mises à l'épreuve, ce ne sont pas seulement des désaccords ponctuels qui se trouvent neutralisés, mais la capacité même de ces registres à structurer des arbitrages explicitement fondés, à rendre visibles les critères qui orientent les choix pénaux.

#### *4.5.1.4 Quelques généralisations théoriques sur la gouvernance démocratique*

Si l'on met en relation ces premiers constats transversaux relatifs aux mobilisations démocratiques sous les gouvernements de la dernière génération, il devient possible de rassembler les différentes bribes d'analyses dispersées dans les dernières pages, pour les porter à un niveau supérieur d'abstraction et en dégager deux grandes généralisations quant aux enjeux démocratiques qui sous-tendent l'exercice de construction de la loi pénale. La première concerne la réalisation des promesses associées à aux grands idéaux qui sous-tendent les arguments mobilisés ; la seconde porte sur les fonctions précises jouées par les considérations démocratiques dans les choix pénaux.

Dans un premier temps, lorsque l'on tient compte de l'articulation syncrétique des considérations démocratiques, de leur construction politisée ou encore de l'édulcoration de leurs tensions constitutives, la réalisation des multiples promesses qui leur sont associées et que nous avons théorisés dans nos idéaux-types apparaît plus incertaine. Ainsi, si une conception populaire de la démocratie repose sur l'idée que l'attribution d'un pouvoir décisionnel effectif au peuple dans le choix d'une politique constitue un vecteur du bien commun, il apparaît plus hasardeux que cette politique puisse effectivement remplir une telle fonction lorsque les modalités d'identification de la volonté collective demeurent largement façonnées par des cadrages politiques préalables.

De manière analogue, les promesses associées aux considérations épistémiques ou éthico-juridiques semblent également peiner à se matérialiser lorsque les droits fondamentaux sont mobilisés de façon sélective (par exemple, peuvent-ils réellement constituer un moteur de promotion des intérêts individuels si les acteurs politiques déterminent eux-mêmes ce que ces droits recouvrent et qui peut légitimement s'en prévaloir ?) et lorsque les savoirs sont mis de l'avant de manière contingente (par exemple, peuvent-ils permettre l'élaboration d'un diagnostic rigoureux si seuls certains savoirs compatibles avec des préférences idéologiques préexistantes sont retenus ?) Sans résumer l'ensemble des promesses corrélatives aux différentes sources démocratiques, les précédents exemples montrent que la réalisation des finalités et des idéaux revendiqués dans chaque vision de la démocratie devient structurellement incertaine lorsque ces registres sont mobilisés selon les trois types de modalités discutées (e.a. articulation syncrétique, construction politisée, édulcoration des tensions).

Dans un second temps, à la lumière des exemples examinés précédemment, il faut s'interroger sur la portée effective qu'occupent les références démocratiques dans l'exercice de construction de la loi pénale. Effectivement, lorsque les considérations démocratiques apparaissent façonnées dans et par l'action politique, l'enjeu ne réside pas uniquement dans leur présence explicite au sein des discours législatifs, mais dans la fonction qu'elles exercent concrètement dans la fabrique du droit, ainsi que

dans le moment où elles interviennent au sein des étapes de la mise en forme[224] des politiques. Pour soulever quelques cas de figure, si le peuple est invoqué comme principe structurant de la décision pénale, peut-on raisonnablement soutenir que les préférences citoyennes ont effectivement exercé un poids substantiel dans la définition des comportements criminalisés ou décriminalisés ainsi que des sanctions retenues, ou faut-il plutôt y voir un registre de légitimation mobilisé a posteriori pour conforter des orientations arrêtées en amont par les gouvernements en fonction de leurs attentes politiques ? De manière analogue, les savoirs sont-ils mobilisés dans une perspective visant l'élaboration d'un diagnostic ouvert des mesures pénales actuellement utilisées dans le droit criminel, ou sont-ils plutôt sélectionnés et circonscrits de façon à conforter des orientations normatives déjà privilégiées ? Enfin, les droits et valeurs fondamentales exercent-ils une fonction véritablement limitative et structurante à l'égard de l'action pénale, ou sont-ils redéfinis de manière à légitimer des approches pénales privilégiées par les acteurs ?

Ces interrogations invitent à déplacer l'analyse vers une distinction centrale, à savoir celle entre des considérations démocratiques susceptibles d'opérer en amont, comme des repères normatifs contraignants, orientant substantiellement la délibération et restreignant l'éventail des choix pénaux envisageables, et des considérations mobilisées en aval, principalement comme des ressources discursives permettant de justifier, de stabiliser ou de légitimer des décisions déjà largement arrêtées.

Pour problématiser cette question, il serait possible d'esquisser un parallèle avec la théorie des *vocabularies of motives* proposée par Charles Wright Mills (1940). Selon Mills, les vocabulaires de motifs permettent d'analyser des arguments qui ne renvoient ni à des causes internes de l'action ni à des intentions subjectives préalables qu'il s'agirait de dévoiler. Ils désignent plutôt des ressources discursives socialement apprises, partagées et reconnues collectivement, qui accompagnent l'action en lui conférant une intelligibilité et une recevabilité publiques. Comme il

[224] À titre de rappel, telle que définie dans la première partie de cette thèse, la mise en forme comprend le processus de mise à l'agenda, le processus de formulation et le processus de légitimation.

le formule, les « *motives are accepted justifications for present, future, or past programs or acts* » (Mills, 1940 : 907). Les vocabulaires de motifs montrent ainsi comment certains arguments peuvent représenter des formes relativement stabilisées de justification, disponibles dans un contexte social donné et qui sont activables en fonction des situations. Ils constituent, en ce sens, un répertoire de raisons socialement recevables, au moyen desquelles les acteurs rendent leurs actions compréhensibles, légitimes et appropriées aux yeux d'autrui. Ces vocabulaires sont appris au même titre que les règles et les normes propres aux situations sociales, dans la mesure où, « *along with rules and norms of action for various situations, we learn vocabularies of motives appropriate to them* » (Mills, 1940 : 909).

Si l'on acceptait de définir les arguments démocratiques comme de simples vocabulaires de motifs, leur mobilisation ne présupposerait pas nécessairement une adhésion pleine et entière à l'ensemble des promesses associées à une conception donnée de la démocratie, ni une traduction fidèle de celles-ci dans l'action législative. Les considérations démocratiques ne paraissent pas toujours, du moins dans ce qui est observable et analysable, fonctionner comme des principes substantiels orientant en amont les choix pénaux. Il serait alors possible d'y voir, si l'on adopte la thèse de Mills, les arguments démocratiques comme de stricts vocabulaires de motifs activés dans l'arène politique afin de rendre certaines décisions pénales intelligibles, recevables et défendables publiquement.

Une question, à plusieurs niveaux, demeure toutefois ouverte à ce stade de l'analyse à l'égard de la thèse de Mills –avancée ici à titre d'outil de problématisation et non comme conclusion empirique. Cette question est de savoir si les modalités de mobilisation des considérations démocratiques observées doivent être interprétées comme un détournement intégral du langage démocratique, réduit à une grammaire rhétorique dépourvue de force structurante ? Ou convient-il plutôt d'y voir une configuration plus ambivalente, dans laquelle le non-respect récurrent des prémisses associées aux idéaux démocratiques mobilisés tiendrait aussi aux limites pratiques, institutionnelles et politiques de leur opérationnalisation ? Autrement dit, ces usages témoignent-ils d'une instrumentalisation purement stratégique des référents démocratiques, ou révèlent-ils

également le caractère parfois trop exigeant, voire difficilement conciliable, des prémisses normatives associées aux conceptions idéales de la démocratie lorsqu'elles sont confrontées aux contraintes de la gouvernance pénale contemporaine ? Face à ces interrogations, il apparaît que notre élaboration théorique demeure en partie insuffisante pour y répondre de manière pleinement satisfaisante.

Plus précisément, elle ne nous permet pas encore de discriminer, dans chaque configuration singulière, les fonctions effectivement assumées par les considérations démocratiques mobilisées dans le travail concret de construction de la loi pénale, qu'il s'agisse d'une force structurant véritablement l'action législative ou, plus modestement, d'un principe de légitimation venant en justifier rétrospectivement les orientations. Dans notre réflexion théorique, en privilégiant les débats opposant relativisme nominaliste et essentialisation de la démocratie, nous avons surtout interrogé, à un niveau normatif, la définition et la légitimité des différentes sources démocratiques. Or, si cette réflexion éclaire ce que la démocratie devrait être, ou pourrait être, sur un plan idéal, elle offre en revanche relativement peu de prises pour analyser les usages situés, stratégiques, sélectifs ou recomposés de ces référents dans l'action législative elle-même. Autrement dit, à la lumière de nos analyses empiriques, notre proposition théorique nous paraît appeler certains ajustements, dans le cadre de recherches ultérieures – ce sur quoi nous reviendrons d'ailleurs en conclusion – afin de maximiser l'intelligibilité des mécanismes et des opérations par lesquels les différents référents démocratiques sont traduits, reformulés, hiérarchisés ou recomposés dans le processus même de criminalisation. C'est à cette condition qu'elle pourra aussi mieux permettre de distinguer, dans chaque cas, les fonctions concrètement remplies par ces considérations.

Si nous revenons, en conclusion, sur certaines pistes théoriques susceptibles de raffiner et d'ajuster notre élaboration, cela ne signifie pas pour autant que les analyses précédentes seraient dépourvues de portée. La précision est ici importante. Même lorsque notre cadre théorique et les analyses qui en découlent ne nous ont pas permis de trancher de manière nette quant au rôle joué, dans tel ou tel projet

de loi[225], par les arguments démocratiques, qu'il s'agisse d'une fonction véritablement structurante a priori ou d'une fonction de légitimation a posteriori, ils mettent néanmoins au jour une série d'effets non négligeables de ces référents dans la fabrique du droit. Effectivement, même dans l'hypothèse où ces considérations n'interviendraient pas de manière décisive en amont dans la structuration des choix, mais opéreraient plus modestement comme des ressources de légitimation a posteriori, leur mobilisation a, à tout le moins, contribué à légitimer certaines orientations pénales privilégiées. Elle pourrait également, dans certaines configurations, participer à légitimer des trajectoires plus novatrices d'évolution du droit criminel. C'est à l'examen de ces effets qu'est consacré le prochain volet des analyses.

### 4.5.2 Les orientations de l'exercice de construction de la loi pénale au gré des constructions démocratiques

Tandis que le premier grand volet de constats transversaux était consacré aux modalités de mobilisation des considérations démocratiques, le second porte plus spécifiquement sur les effets normatifs qui leur sont associés. Nous proposons, une fois de plus, d'organiser ces constats autour de trois axes analytiques. Le premier axe porte sur les mécanismes par lesquels une même considération démocratique peut être mobilisée afin de justifier des orientations pénales divergentes, voire opposées. Le second axe vise, pour sa part, à mobiliser nos analyses pour revisiter certaines lectures dominantes de la pénalité qui tendent soit à attribuer à certaines variables démocratiques un rôle hégémonique dans les dynamiques punitives des dernières décennies, soit, à l'inverse, à surestimer la portée de certaines considérations comme moteurs de politiques pénales vues comme plus humanistes ou plus efficaces. De ces deux premiers axes découle enfin un

[225] Nous reviendrons, également, dans la section 4.5.3, sur cette variation de visibilité, en montrant que certaines dimensions du travail législatif se prêtent plus aisément à une reconstruction empirique par l'observateur, tandis que d'autres demeurent plus difficilement accessibles, et que cette différence varie selon les projets de loi – voire selon certaines composantes d'un même projet – en fonction de ce qui est rendu visible ou, au contraire, maintenu en marge du regard public.

troisième, consacré aux effets observés – et potentiels – de la démocratie sur l'évolution ou la non-évolution du droit criminel.

#### *4.5.2.1 Non-linéarité des orientations pénales*

Un premier constat saillant issu de nos analyses des modalités de mobilisation des considérations démocratiques sous les gouvernements de la dernière génération tient au fait qu'aucune de ces grandes considérations n'a conduit, de manière mécanique, à une orientation pénale univoque. Indépendamment du registre dans lequel elles s'inscrivent – populaire, épistémique ou éthico-juridique – les considérations démocratiques ont en effet été mobilisées par les gouvernements de façon à appuyer des choix pénaux marqués par des orientations substantiellement différentes. Elles ont parfois servi à justifier la criminalisation de certains comportements ou la décriminalisation d'autres pratiques (normes de comportements). Elles ont également été invoquées pour fonder aussi bien l'alourdissement que la réduction des quantums de peine (normes de sanctions). Elles ont enfin été convoquées pour appuyer le renforcement des garanties procédurales accordées aux individus, mais aussi pour légitimer des élargissements des pouvoirs conférés aux agences pénales dans le but de faciliter les condamnations (normes de procédures). Ainsi, pour les trois grands types de normes, chacune des considérations démocratiques – du moins dans les formes qu'elles ont prises dans les débats analysés[226] – a contribué à légitimer un spectre étendu de mesures pénales aux visées et aux orientations bigarrées.

Dans les pages qui suivent, nous chercherons à étayer empiriquement ce constat[227], tout en analysant plus finement les mécanismes par lesquels des considérations démocratiques distinctes ont pu être mobilisées afin de soutenir des orientations pénales variées. À cette fin, et pour des contraintes d'espace, nous avons retenu une démarche analytique précise : chaque type de

[226] Nous reviendrons, en conclusion de cette section, sur les implications potentielles que des formes non actualisées de ces considérations pourraient avoir sur l'exercice de construction de la loi pénale et plus largement sur l'évolution du droit criminel.

[227] Similairement au premier volet des constats transversaux, nous apporterons des extraits encore inédits pour appuyer certaines analyses fortes, tout en nous référant parfois aux extraits et analyses réalisées dans la première moitié.

considérations démocratiques est examiné en lien avec un type particulier de normes pénales. Nous analyserons ainsi comment des considérations populaires ont été mobilisées pour soutenir certaines normes de comportements bigarrées, comment des considérations épistémiques ont sous-tendu des normes de procédures hétéroclites, et comment des considérations éthico-juridiques ont pu soutenir des normes de comportements opposées.

Cette mise en correspondance ne vise toutefois pas à postuler l'existence d'un rapport privilégié entre un type de considérations et un type de normes. Les couplages retenus répondent avant tout à une logique démonstrative et auraient pu être inversés, par exemple en examinant les effets des considérations populaires sur les normes procédurales, les considérations épistémiques sur les normes de comportement, etc. L'objectif de la démarche consiste ainsi à illustrer empiriquement la plasticité des effets susceptibles de découler de chaque considération démocratique. À l'issue de cette démonstration, nous proposerons d'ailleurs une montée en abstraction afin de dégager des généralisations plus théoriques, montrant en quoi chacune des grandes considérations démocratiques semble pouvoir, selon les configurations discursives et politiques dans lesquelles elles prennent forme, sous-tendre un spectre très large de choix normatifs.

Tout d'abord, dans le registre des considérations populaires, chacune des politiques punitives du gouvernement Harper s'est appuyée sur une représentation du peuple canadien comme profondément animé par desiderata punitifs. Cette figure du peuple soutient aussi bien la criminalisation de nouveaux comportements (C-36 et C-13), le durcissement des sanctions (C-36, C-13 et C-48), l'élargissement des pouvoirs policiers (C-48 et C-32) que le renforcement des demandes punitives des victimes dans le processus de détermination de la peine (C-32). Le peuple y apparaît ainsi comme un bloc monolithique appelant – conjointement et d'une même voix – à un resserrement de l'appareil répressif. Les débats entourant le projet de loi C-48 offrent une illustration particulièrement nette de cette mise en récit du peuple canadien en quête d'un élargissement du recours à l'incarcération et d'un allongement des durées de réclusion :

> *Les Canadiens sont scandalisés par cette situation. Ils ne comprennent pas pourquoi un juge, qui impose une peine pour meurtre, ne peut pas tenir compte de façon concrète du fait que plus d'une victime a été tuée. Beaucoup soutiennent que la loi actuelle semble accorder une « peine à rabais » aux auteurs de meurtres multiples. […] Il constitue une réitération de l'engagement de notre gouvernement de répondre aux préoccupations des Canadiens en ce qui concerne le renforcement du système de justice en veillant à ce que les délinquants qui ont commis les crimes les plus graves écopent des peines les plus sévères. […] Nous formons un bon groupe, qui veille à satisfaire l'ensemble des Canadiens. Lorsque nous présentons des projets de loi, nous avons les vues générales de tout le Canada.* (Daniel Petit, PCC, C-48, 3e lecture)

La figure vindicative du peuple canadien mise en avant par le député conservateur a ainsi pu servir à justifier l'ajout de peines d'emprisonnement à perpétuité « consécutives ». Une réforme alors présentée comme le reflet des choix pénaux des Canadiens. Les considérations populaires se trouvent, dans cette configuration discursive, investies d'une fonction motrice servant à légitimer une intensification de l'affliction pénale. À rebours, les gouvernements Chrétien et Martin recourent à une construction sensiblement différente des vœux populaires. Le peuple canadien est plutôt présenté comme aspirant à une justice pénale à la fois rigoureuse et mesurée, caractérisée par une sévérité ciblée sur les crimes les plus graves, sans pour autant verser dans des excès répressifs généralisés. À ce titre, nous avons déjà montré, à partir de plusieurs extraits, comment le gouvernement libéral mobilisait certaines représentations des Canadiens afin de s'opposer aux revendications portées par les députés réformistes, notamment en ce qui concerne l'introduction de dispositifs punitifs inspirés de la justice étasunienne. Cette lecture peut être enrichie par un autre extrait, tiré d'une intervention du ministre de la Justice, qui fait également état d'une demande sociale de fermeté pénale, mais en la cadrant dans une logique de ciblage et de proportionnalité, distincte d'une approche répressive globale ou indifférenciée. Loin d'un « tout répressif » comme observé sous le gouvernement Harper, cette intervention contribue plutôt à consolider l'image d'un peuple favorable à une justice sévère, mais circonscrite :

> *Il [ministre de la Justice] a découvert que les Canadiens veulent que le système judiciaire soit mieux ciblé en ce qui concerne la criminalité violente. Les Canadiens tiennent à ce que des mesures plus sévères soient prises dans le cas des délinquants à risque élevé. Mais plus le ministre consulte la population, plus il s'aperçoit que celle-ci ne veut pas de solutions simplistes. […] Les Canadiens s'attendent à ce que les gouvernements rédigent des lois bien conçues, bien ciblées, qui soient vraiment centrées sur les catégories de délinquants qui commettent de graves crimes violents.* (Gordon Kirkby, PLC-1, C-55, 2e lecture)

Si l'on observe déjà une première variation dans la figure du peuple entre le premier gouvernement libéral et le gouvernement conservateur, cette dynamique de variabilité s'accentue encore lorsqu'on se tourne vers le gouvernement Trudeau, lequel propose une représentation du peuple encore plus « modérée » que celle des gouvernements Chrétien et Martin – et, *a fortiori*, que celle du gouvernement Harper –, notamment à l'occasion du projet de loi C-5. Ce projet se révèle particulièrement éclairant, en ce qu'il a donné lieu à une véritable joute parlementaire entre députés libéraux et conservateurs, chacun s'employant à définir ce que le peuple voudrait, ou au contraire conspuerait, en matière pénale. Du côté conservateur, on présente une lecture résolument répressive de la position canadienne face à l'idée d'abolir certaines peines minimales :

> *Qui sont les Canadiens qui réclament des peines plus légères, par exemple pour les infractions liées aux armes à feu? Y a-t-il des Canadiens qui pensent que le Code criminel est trop sévère à l'égard des trafiquants d'armes ou de ceux qui font entrer illégalement des armes à feu des États-Unis au Canada? Les Canadiens pensent-ils que le système judiciaire est trop sévère à l'égard des personnes reconnues coupables de vol avec une arme à feu? Y a-t-il vraiment quelqu'un au Canada qui pense que le vol avec une arme à feu devrait entraîner autre chose qu'une peine d'emprisonnement? Y a-t-il un Canadien qui pense que si une personne utilise une arme à feu pour voler quelqu'un, elle ne devrait pas le faire en sachant parfaitement que si elle se fait prendre, elle ira en prison? Y a-t-il quelqu'un au Canada qui pense que l'extorsion au moyen d'une arme à feu ou la décharge intentionnelle d'une arme à feu ne constitue pas une infraction criminelle grave?* (Pat Kelly, PCC, C-5, 2e lecture)

Pour leur part, les libéraux ont mobilisé une lecture sensiblement différente des velléités canadiennes, et ce, à de nombreuses reprises et à toutes les étapes du projet de loi au fil des débats parlementaires. Ils ont notamment invoqué des données issues de sondages et de consultations afin de soutenir que la population canadienne était majoritairement favorable à la déjudiciarisation et à un assouplissement des modalités pénales, principalement en matière de détermination de la peine, par le rétablissement d'une marge d'appréciation accrue pour les juges :

> *Le sondage national sur la justice de 2017 a révélé que les Canadiens appuient massivement les mesures de déjudiciarisation, les peines moins restrictives et le pouvoir discrétionnaire des juges en matière de détermination de la peine, même dans les cas où il y a une peine minimale obligatoire.* (Gary Anandasangaree, PLC-2, C-5, 2e lecture)

Cet échange entre deux députés dans le cadre du projet de loi C-5 constitue une autre illustration parlante des appropriations concurrentielles discutées dans la section précédente. À un niveau analytique, on peut ici renchérir en montrant comment des volontés distinctes sont non seulement imputées aux Canadiens, mais aussi comment cette construction de la volonté populaire sert à justifier des orientations normatives opposées. On le voit, la mobilisation de la volonté populaire par les acteurs politiques ne conduit pas de manière univoque à une intensification de la répression pénale. Effectivement, la volonté populaire ne sert pas uniquement à appuyer une réduction du recours à l'incarcération et à la promotion de mesures alternatives, elle sert aussi à légitimer des mesures de déjudiciarisation[228].

De façon analogue, du point de vue des considérations épistémiques, les deux grands registres de savoirs théorisés dans nos idéaux-types – les savoirs dits experts et les savoirs dits expérientiels – ont été mobilisés de manière récurrente dans les politiques pénales étudiées. Ces registres ont ainsi été invoqués tantôt pour justifier une augmentation du quantum des peines (C-48), tantôt pour

[228] Si, dans les politiques échantillonnées, aucune considération populaire n'a été mobilisée pour s'opposer frontalement aux logiques afflictives et d'exclusion sociale du droit criminel, au sens d'un abolitionnisme assumé, cette absence n'apparaît pas à nos yeux comme une impossibilité principielle. Le caractère construit de ces considérations laisse au contraire ouverte, dans un monde de possibles, la perspective d'une telle mobilisation – point sur lequel nous reviendrons.

appuyer la criminalisation d'un comportement (C-55), mais également pour soutenir des réductions de la sévérité pénale (C-5) ou l'instauration d'un programme d'aide médicale à mourir (C-14). Ils ont, par ailleurs, servi à légitimer l'élargissement des pouvoirs policiers (C-13), tout comme, à l'inverse, à préciser et encadrer les conditions de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, en vue d'établir des balises juridiques plus claires assurant une protection accrue des personnes concernées (C-10). Afin de mettre en évidence la manière dont la mobilisation des savoirs peut sous-tendre des orientations pénales aussi diverses, il convient d'approfondir plus en détail quelques cas de figure.

Première illustration, le gouvernement Harper a recouru de manière récurrente à des savoirs expérientiels, de même qu'à des savoirs émanant d'acteurs qualifiés d'« experts », afin d'étayer et de légitimer le durcissement punitif de diverses pratiques pénales. Si l'analyse de l'expression de ce gouvernement a déjà mis en lumière la sélection stratégique de certains savoirs expérientiels de travailleuses du sexe – au détriment d'autres voix des travailleuses du sexe qui ont témoigné au Comité de la justice (voir supra) – l'examen du projet de loi C-13 permet de prolonger ce constat. Il montre, en effet, comment le gouvernement a mobilisé des savoirs spécifiques pour appuyer un diagnostic faisant état d'une mutation des formes de criminalité associées à l'environnement numérique. Ces savoirs, principalement issus de personnes agissant dans les agences pénales, prenaient la forme de récits expérientiels mettant en avant l'insuffisance des outils juridiques existants et appelant, en conséquence, à un alourdissement des réponses répressives ainsi qu'à un élargissement des pouvoirs d'enquête et de surveillance conférés aux autorités pénales. Les conservateurs ont notamment référé à des savoirs expérientiels, mobilisant à la fois l'expérience de policiers et, plus ponctuellement, celle d'avocats, par exemple :

> *Le chef Chu [président de l'Association canadienne des chefs de police] a expliqué comment la technologie peut faciliter les méthodes traditionnelles d'intimidation et les rendre plus persuasives et pénibles. Il s'est également dit préoccupé par l'absence d'espaces sécuritaires et la difficulté à effacer tout contenu du cyberespace une fois qu'il a été diffusé. Il a dit qu'il faut intervenir rapidement avant que la situation*

> *s'aggrave pour les victimes, puisqu'elles pourraient subir les conséquences de ces actes pour le reste de leur vie. Il a expliqué au comité que les outils modernes proposés dans le projet de loi C-13 sont essentiels pour ce genre d'intervention […] Le comité a également entendu le témoignage de M. Craig Gilhooly, un avocat qui a été victime d'un cyberprédateur pendant sa jeunesse. M. Gilhooly a exprimé un fort appui à l'égard des propositions contenues dans le projet de loi C-13 et a présenté au comité son point de vue personnel sur l'urgence et l'importance d'agir rapidement dans ce domaine et sur le fait qu'il y a des monstres parmi nous et que les forces policières ont besoin d'outils pour leur permettre d'agir et de protéger les Canadiens.* (Robert Goguen PCC, C-13, 3e lecture)

Les conservateurs ont également référé à l'existence d'un rapport expert, soit celui du Groupe de travail du Comité de coordination des hauts fonctionnaires sur le cybercrime, lequel avait réuni une série d'acteurs spécialisés[229] en la matière afin d'éclairer et d'orienter la réponse législative du gouvernement :

> *Ces modifications ont trait aux pouvoirs d'enquête et ont été vivement recommandées par le même groupe de travail FPT qui prônait la création d'une nouvelle infraction pour lutter contre la cyberintimidation et la distribution non consensuelle d'images intimes. Ce groupe de travail a reconnu l'important lien existant entre la nouvelle infraction prévue, qui crée une protection, et la nécessité de donner à la police les outils voulus pour enquêter sur les situations visées par la nouvelle disposition et les autres activités criminelles en ligne qui s'y apparentent.* (Peter MacKay, PCC, C-13, Étude en comité)

Loin d'être mobilisés exclusivement pour appuyer un renforcement de la force de frappe pénale, les arguments fondés sur les savoirs et les expertises ont également été convoqués par le gouvernement Trudeau pour étayer une orientation normative inverse, soit l'abolition de plusieurs peines minimales

[229] Ce groupe de travail réunissait notamment des enquêteurs, des juristes, des fonctionnaires et des chercheurs œuvrant dans le champ de la cybercriminalité. Le rapport du groupe de travail est disponible à https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/cdncii-cndii/pdf/cdncii-cndii-fra.pdf (Page consultée le 20 janvier 2026).

obligatoires et l'élargissement du recours aux peines avec sursis dans le cadre du projet de loi C-5. Si cette réforme a déjà occupé une place centrale dans notre analyse[230] en raison de son caractère particulièrement emblématique, il convient néanmoins de souligner que la dynamique qu'elle illustre ne saurait être comprise comme un phénomène isolé à cette réforme. Pour utiliser un autre cas de figure, le gouvernement Chrétien a mobilisé des savoirs pour remettre en cause l'efficacité des peines minimales, alors même que le Parti réformiste pressait le gouvernement libéral de l'époque d'en introduire de nouvelles dans le cadre de la réforme relative à la traite de personnes :

> *J'ai étudié les preuves au Canada et sur la scène internationale et, je le répète, je suis toujours ouvert à toute autre évaluation probante dont j'ignore l'existence. J'ai effectué une étude très complète des faits au Canada et sur la scène internationale et elle montre que les peines minimales obligatoires n'ont pas un effet dissuasif et sont inefficaces.* (Irwin Cotler, PLC-1, C-49, 3e lecture)

Ces usages contrastés suggèrent que les considérations épistémiques, dans le processus canadien de criminalisation, ne se traduisent pas par des orientations normatives univoques. Au vu des débats analysés, les savoirs – qu'ils soient qualifiés d'experts ou d'expérientiels – apparaissent susceptibles d'être mobilisés pour appuyer des choix pénaux divergents, allant tantôt dans le sens d'un renforcement de l'arsenal répressif, tantôt dans celui d'une atténuation de la sévérité pénale.

Quant aux considérations éthico-juridiques, elles ont également été mobilisées pour soutenir des inflexions pénales de différents acabits. Par exemple, sous le gouvernement Harper, l'introduction de nouvelles normes procédurales élargissant les pouvoirs policiers a été justifiée au nom de la protection des droits des victimes, comme nous l'avons vu avec le projet de loi C-13. Une mobilisation analogue se retrouve également sous le gouvernement Trudeau avec le projet de loi C-46, qui a permis le recours au dépistage aléatoire en matière de conduite avec facultés affaiblies par substance. À l'inverse, sous le gouvernement Martin, le projet de loi C-10 a donné lieu à une

[230] Notamment l'analyse développée plus haut dans cette même section, dans laquelle nous montrons que les arguments fondés sur des considérations populaires, mobilisés tant par le gouvernement Trudeau que par l'opposition conservatrice, ont servi à soutenir des orientations normatives opposées à l'égard des peines minimales.

mobilisation explicite des droits fondamentaux, ceux-ci étant invoqués afin de renforcer les garanties procédurales encadrant l'exercice de la défense de non-responsabilité criminelle déjà prévue par le droit criminel pour les personnes souffrant de troubles mentaux.

Pour continuer avec la même démarche, approfondissons la démonstration de certains cas particuliers. À ce sujet, une démonstration parlante réside dans le fait que des considérations éthico-juridiques convergentes ont été invoquées à près de quinze ans d'intervalle – d'abord sous le gouvernement de Paul Martin, puis sous celui de Justin Trudeau – pour justifier la criminalisation de la propagande haineuse visant les personnes aux orientations sexuelles ou aux expressions de genre minoritaires. Toutefois, les arguments fondés sur les droits fondamentaux de la communauté LGBTQ+ n'ont pas opéré de manière exclusive. Ils ont été explicitement mis en balance avec d'autres arguments, eux aussi formulés au nom de droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression et la liberté de religion. Cette confrontation entre différents droits – voire entre différentes représentations desdits droits – a conduit à l'introduction d'exceptions venant encadrer la portée de la criminalisation, en autorisant certains propos à caractère haineux dès lors qu'ils sont tenus dans un cadre qualifié de religieux. Les considérations éthico-juridiques sont ainsi mobilisées à la fois comme ressort de la criminalisation d'un comportement et comme principe de limitation de celle-ci.

Au niveau des considérations éthico-juridiques, toutefois, peu de configurations se révèlent plus éclairantes que le contraste entre les politiques relatives au travail du sexe et celles encadrant l'aide médicale à mourir. Dans les deux cas, les gouvernements Harper et Trudeau sont appelés à légiférer à la suite d'interventions de la Cour suprême du Canada ayant conclu à l'inconstitutionnalité de dispositifs existants. Or, loin d'induire des réponses normatives convergentes, ces décisions judiciaires donnent lieu à deux trajectoires profondément opposées.

Dans un premier temps, à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions encadrant la prostitution par la Cour suprême, le gouvernement Harper a choisi de reformuler la portée de la décision judiciaire, non pas comme une invitation à la décriminalisation des pratiques

en cause, mais comme un appel à leur recriminalisation, présentée cette fois au nom de la protection des droits fondamentaux. Ces derniers ont été redéfinis, comme ceux des « victimes » du travail du sexe, principalement des femmes décrites comme étant entraînées contre leur gré dans ces pratiques. Plutôt que d'y voir une incitation à repenser le cadre normatif existant et à mettre en place, par exemple, des dispositifs permettant aux travailleuses du sexe d'exercer leurs activités dans des conditions accrues de sécurité – interprétation notamment défendue par la Pivot Legal Society et appuyée par plus de 220 professeurs et experts (voir supra) –, la formation conservatrice a ainsi privilégié une reconfiguration de l'intervention pénale :

> *L'an dernier, les Canadiens ont reçu un cadeau de Noël. Tandis qu'ils emballaient leurs cadeaux, décoraient la maison et achevaient les préparatifs de Noël, la Cour suprême du Canada a jugé que l'ensemble de la législation relative à la prostitution était inconstitutionnelle (sic). Que s'est-il passé ensuite? Judicieusement, la Cour suprême a accordé au gouvernement un délai d'un an pour réagir à la proclamation, et ce délai arrivera à terme le 20 décembre de cette année. En conséquence, le gouvernement a rédigé le projet de loi C-36, le premier du genre au pays. Pour la première fois de l'histoire du Canada, ceux qui achètent des services sexuels seront traduits en justice. Il s'agira désormais d'un acte illégal.* (Joy Smith, PCC, C-36, 2e Lecture)

Ainsi, sous le gouvernement Harper, la défense des droits fondamentaux s'est largement opérée par le truchement de la criminalisation, selon une logique essentiellement négative – il s'agissait de protéger en interdisant, de défendre en punissant. Les droits y apparaissaient moins comme des prérogatives à réaliser que comme des intérêts à préserver par la menace pénale. À rebours de cette conception, l'invalidation par la Cour suprême des dispositions prohibant l'aide au suicide a conduit le gouvernement Trudeau à privilégier une réponse de nature radicalement différente. Plutôt que de reconduire une logique prohibitive, celui-ci s'est engagé dans l'élaboration d'un régime normatif explicitement orienté vers l'opérationnalisation des droits garantis par la Charte canadienne. Il ne s'agissait plus seulement d'éviter leur violation, mais de leur donner une effectivité juridique concrète, en cherchant à les protéger, à les encadrer et à les articuler avec d'autres impératifs

constitutionnels concurrents. Le projet de loi C-14 s'inscrit clairement dans cette perspective, comme en témoigne la manière dont il est présenté et justifié au fil des débats parlementaires :

> *Le projet de loi C-14 constitue une réponse à l'obligation imposée par la Cour suprême dans l'arrêt Carter et propose un cadre national visant à assurer, sous réserve des mesures de sauvegarde requises, l'accès au droit fondamental et inviolable prévu à l'article 7 de la Charte canadienne. Après tout, à la suite de l'arrêt Carter, la question qui se posait au gouvernement n'était plus de savoir s'il devait légiférer et légaliser l'aide médicale à mourir, mais plutôt dans quels délais il devait le faire.* (Ali Ehsassi PLC-2, C-14, 2e Lecture)

Dans cette configuration discursive, les droits fondamentaux garantis par la Charte sont mobilisés comme le fondement d'une obligation positive de l'État, appelé non seulement à lever une interdiction jugée incompatible avec la Constitution, mais également à instituer un cadre normatif apte à garantir l'exercice effectif de l'autonomie individuelle et le respect de la dignité de la personne :

> *Il est conforme au principe de la valeur inhérente et égale de chaque vie et il respecte la dignité et l'autonomie de la personne, qui a le droit d'opter pour l'aide médicale à mourir pourvu qu'elle soit admissible et que des règles et des conditions bien définies soient respectées.* (Julie Dzerowicz, PLC-2, C-14, 2e Lecture)

Pour saisir plus finement la portée de cette mobilisation des droits, il importe toutefois de préciser ce que celle-ci recouvre, mais également ce qu'elle ne recouvre pas, dans le cadre du projet de loi C-14. Si certains députés ont évoqué l'existence d'un « *droit à mourir* » (Ed Fast, PCC, C-14, 2e lecture) ou encore d'un « *droit à l'aide médicale à mourir* » (Ramesh Sangha, PLC-2, C-14, 3e lecture), ces formulations excèdent ce qui a été formellement reconnu sur les plans législatif et juridique. Dans la loi C-14, et encore aujourd'hui, le Canada n'a consacré aucune forme de droit à la mort en tant que tel. Dans une acception nettement plus circonscrite, le projet de loi C-14 entérine plutôt l'idée selon laquelle une interdiction absolue de l'aide médicale à mourir était susceptible de porter une atteinte injustifiée à certains droits constitutionnellement protégés, notamment le droit à la sécurité de la personne et le respect de la dignité humaine, pour des individus se trouvant dans

des situations de vie particulières, telles que celles associées à une maladie grave et incurable en phase avancée.

Cette compréhension limitée et conditionnelle des droits explique l'importance accordée, dans les débats, à la question de l'encadrement normatif. Loin d'une reconnaissance inconditionnelle, l'aide médicale à mourir est pensée comme un droit dont l'effectivité doit être conciliée avec d'autres obligations fondamentales de l'État, en particulier la protection des personnes vulnérables[231] :

> *La question de l'encadrement de l'aide médicale à mourir demande de trouver l'équilibre entre, d'une part, la mise en œuvre d'un droit dont les conséquences sont sans appel et, d'autre part, la protection des personnes vulnérables face à ce droit. […] Alors qu'on doit donner aux personnes qui ont des souffrances graves et irrémédiables le moyen et le droit de mourir dans la dignité, ce droit n'est pas absolu, et l'on doit également protéger les personnes vulnérables ou inaptes à consentir de manière éclairée, ou encore qui pourraient être l'objet de pressions indues.* (Joël Lightbound, PLC-2, C-14, 2e Lecture)

Dans cette perspective, la mise en place d'un régime d'aide médicale à mourir est appréhendée, par les députés libéraux, non comme une simple réponse technique à une décision judiciaire, mais comme un instrument normatif destiné à opérationnaliser l'exercice de certains droits constitutionnels. Il s'agit de les rendre juridiquement effectifs par un encadrement positif de leur mise en œuvre, tout en veillant à ce que leur exercice demeure compatible avec les autres valeurs fondamentales structurant l'ordre constitutionnel canadien.

Ces deux réponses, la criminalisation et la mise en place d'un régime, celles du gouvernement Harper et Trudeau, apportées à une même exigence de la Cour suprême, mettent en lumière la possibilité d'interpréter et de mobiliser de manière différenciée les droits fondamentaux. Selon les cadres interprétatifs retenus qui en structurent l'appropriation dans l'action gouvernementale, ces droits peuvent ainsi servir de fondement tant à l'instauration d'un nouveau service étatique à

[231] Carter c. Canada, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

connotation sociale et médicale qu'à la reconfiguration de l'arsenal pénal. Cette dynamique révèle, ce faisant, l'importante marge de manœuvre dont disposent les autorités politiques pour déterminer ce que les droits fondamentaux exigent.

Si l'on regroupe l'ensemble des configurations empiriques examinées, un trait ressort avec netteté. Les considérations démocratiques, qu'elles soient populaires, épistémiques ou éthico-juridiques, ne se comportent pas comme des « aiguillages contraignants » qui orienteraient, par leur seule activation, l'action pénale dans une direction prédéterminée. Elles se présentent plutôt comme des ressources de justification malléables, susceptibles d'être enrôlées pour soutenir des choix substantiellement divergents, qu'il s'agisse de la cible de l'intervention (criminaliser/ décriminaliser), de l'intensité de la réponse (alourdir/atténuer), ou de l'architecture des moyens (renforcer les garanties/élargir les pouvoirs intrusifs). Dès lors, plutôt que de chercher l'influence « typique » de telle ou telle considération – par exemple en postulant que les savoirs conduiraient à des politiques plus inclusives ou moins punitives – il paraît plus heuristiquement fécond d'examiner les mécanismes par lesquels elles sont construites, hiérarchisées et articulées dans l'action politique. Pour se saisir des influences des considérations démocratiques sur les orientations normatives, l'enjeu n'est donc pas seulement de repérer quels registres sont invoqués, mais de reconstruire comment ils ont été mis en forme au gré des attentes politiques.

À la lumière de ces constats, il devient possible de revenir sur une autre question formulée en introduction, soit celle de l'existence (ou) non de divergence entre les expressions démocratiques mobilisées pour justifier l'adoption de politiques pénales répressives et celles invoquées à l'appui de politiques plus inclusives ou moins afflictives. Les résultats de l'analyse invitent toutefois à offrir une réponse en demi-teinte. En effet, les divergences observées entre la gouvernance pénale des trois administrations ne semblent pas tenir, *prima facie*, à l'activation ou à l'occultation de tel ou tel registre démocratique dans l'exercice de construction de la loi.

Ce qui distingue plus fondamentalement les politiques pénales analysées réside plutôt dans la manière dont ces considérations sont définies, circonscrites et investies de contenu au sein des débats. Autrement dit, les écarts normatifs (une politique punitive ou une politique dite non punitive) ne s'expliquent pas tant par la nature des considérations invoquées que par ce qu'elles sont appelées à recouvrir dans des configurations politiques données. Pour faire une synthèse, on peut soutenir que des considérations similaires ont pu être mobilisées par les gouvernements Harper et Trudeau dans des projets de loi aussi contrastés que C-36 (criminalisation du travail du sexe) et C-14 (légalisation de l'aide médicale à mourir), ou encore C-48 (peine de prison à vie consécutive) et C-5 (abolition de peines minimales), sans pour autant produire des orientations pénales convergentes – comme le montre la synthèse entre parenthèses.

Ces observations suggèrent dès lors que l'influence des considérations démocratiques sur les choix pénaux ne peut être appréhendée adéquatement en se limitant à l'identification des registres mobilisés. Elle suppose plutôt une analyse fine des opérations par lesquelles ces considérations sont construites, redéfinies et ajustées aux objectifs politiques poursuivis, ouvrant ainsi la voie à des usages normativement contrastés à partir de sources pourtant similaires.

Face à ce constat, une précision à la fois méthodologique et analytique est nécessaire. Ce que cette recherche permet d'établir tient avant tout à une possibilité qualitative : celle que différentes expressions et constructions des considérations démocratiques puissent soutenir des orientations normatives variées, voire opposées. Le caractère exploratoire de la démarche doit, à cet égard, être explicitement rappelé. L'analyse repose en effet sur un corpus restreint de réformes pénales, d'autant plus que, au sein de la dernière génération de gouvernements étudiés, ni les administrations Chrétien et Martin ni le gouvernement Harper n'ont introduit de politiques visant explicitement la réduction de la sévérité pénale ou la décriminalisation de comportements – ces orientations n'ayant été portées de manière assumée que sous le gouvernement Trudeau.

Il convient dès lors de faire preuve de prudence dans l'interprétation des constats avancés. L'analyse ne soutient nullement qu'une mobilisation récurrente d'un même type de considérations démocratiques – par exemple populaire – conduirait, selon une logique de proportionnalité, à une répartition équilibrée entre mesures punitives et non punitives. Ce que les résultats mettent en lumière, ce n'est pas une régularité quantitative, mais la possibilité empirique d'une diversification des orientations pénales en fonction des modalités de construction, d'articulation et de cadrage des considérations démocratiques.

L'identification de tendances plus lourdes ou de configurations récurrentes nécessiterait ainsi des recherches ultérieures, fondées sur un corpus élargi de politiques pénales. De telles analyses permettraient d'examiner plus systématiquement comment certaines manières d'articuler et de hiérarchiser les considérations démocratiques tendent, dans des contextes politiques donnés, à soutenir tel ou tel type d'orientation pénale. Malgré cette nécessité de prudence méthodologique, les tendances mises en évidence sous les trois dernières administrations nous permettent de revisiter certaines des lectures classiques de la pénalité que nous avions utilisées pour construire notre problématisation.

#### *4.5.2.2 (Re)lectures des tendances pénales*

Dans le prolongement des réflexions développées sur la non-linéarité des effets normatifs associés aux considérations démocratiques, il apparaît ainsi nécessaire de revenir sur certains diagnostics faisant autorité dans la littérature pénale contemporaine quant aux effets attribués à la démocratie dans l'analyse des tendances pénales observées au sein des démocraties occidentales. Mobilisés dans la première partie de cette thèse pour problématiser le rapport entre démocratie et loi pénale, ces diagnostics structurent nombre de lectures dominantes des évolutions pénales, en particulier lorsqu'il s'agit d'en expliquer les inclinaisons punitives. Dès que ceci est dit, deux thèses centrales relatives à ces diagnostics semblent pouvoir bénéficier d'une relecture à la lumière de nos résultats, non pas afin d'en invalider les assertions, mais plutôt d'en proposer une certaine complexification.

La première thèse repose sur l'idée selon laquelle les orientations répressives des régimes pénaux occidentaux seraient largement imputables aux forces populaires, celles-ci étant alors appréhendées comme le vecteur principal des tangentes punitives entreprises depuis plusieurs décennies. La seconde repose sur l'idée qu'un arrimage plus étroit de la production de la loi pénale aux savoirs spécialisés ou aux droits fondamentaux suffirait, en lui-même, à contenir les dérives punitives et à favoriser l'émergence de réponses pénales plus inclusives, plus humanistes et, partant, réputées plus efficaces.

Amorçons la réflexion par la première thèse, selon laquelle le durcissement des régimes pénaux aurait été causé par les influences exercées par les forces populaires. Pour étayer cette lecture, nous avions notamment mobilisé une série d'expressions alarmistes, telle que « *fureur répressive* » (Landreville, 2007 : 23); « *dérives rétributives* » (Gillet, 2015 : 29); « *commotion législative* » (Robert, 2009 : 105), etc. Loin d'être des citations choisies aléatoirement, ces expressions proviennent de travaux qui visaient à caractériser les transformations des pratiques pénales canadiennes observées sous le gouvernement Harper. Dès lors, bien que notre échantillon empirique ne porte que sur une série limitée de politiques pénales, il inclut néanmoins plusieurs politiques structurantes ayant précisément alimenté ces transformations punitives. Si les politiques examinées mettent effectivement en évidence les orientations punitives imprimées par le gouvernement Harper sur le droit criminel canadien, celles-ci sont loin d'être uniquement fondées sur des arguments d'ordre populaire. Plus largement, la mise en perspective comparative de la gouvernance pénale du gouvernement conservateur avec celle des gouvernements de la dernière génération, nous conduit à remettre en question l'idée selon laquelle les tendances punitives observées au cours des dernières décennies résulteraient strictement des effets exercés par les volontés du peuple sur les choix pénaux.

Afin d'approfondir et d'étayer cette remise en question, il paraît toutefois opportun de rappeler que nos analyses antérieures avaient mis en évidence la coexistence de plusieurs interprétations du rapport entre répression pénale et opinion publique. Parmi celles-ci, certaines postulent l'existence

d'une relation relativement directe, voire quasi mécanique, entre les demandes citoyennes et le durcissement des politiques pénales, les normes punitives étant alors appréhendées comme la simple traduction législative des doléances et/ou des préférences populaires préexistantes (e.a. Enns, 2014; Lancaster, 2011). Dans un registre quelque peu plus nuancé, nous avions aussi montré que d'autres lectures tendent plutôt à interpréter ces évolutions à travers le prisme d'une instrumentalisation opportuniste de certaines opinions répressives par des acteurs politiques en quête de capital politique ou électoral. La loi pénale n'y est dès lors plus conçue comme l'expression ou la traduction fidèle des volontés citoyennes dans leur pluralité, mais comme une réponse stratégique visant à mobiliser, voire à exacerber, les segments les plus vindicatifs de la population, dans une optique de gains partisans. Cette perspective est notamment présente dans les travaux consacrés au populisme pénal (e.a. Desrosiers et Bernier, 2006; Puddister et Kelly, 2017).

Nos analyses invitent à nuancer ces deux lectures. Au-delà de leurs divergences quant à l'ampleur attribuée aux demandes citoyennes *(opinions punitives répandues chez une large partie de la population vs instrumentalisation de la portion plus punitive du public),* ou quant au rôle respectif conféré aux acteurs gouvernementaux *(gouvernement qui transpose les volontés populaires vs gouvernement qui mobilise stratégiquement certaines volontés populaires),* ces interprétations reposent sur une prémisse commune. Toutes deux tendent, en effet, à appréhender les velléités populaires comme une donnée exogène qui est mobilisée et introduite par les acteurs politiques dans le processus législatif.

C'est cette primauté causale fréquemment attribuée à cette donnée exogène – les velléités répressives des citoyens – dans l'interprétation des tendances pénales qu'il nous paraît pertinent d'approfondir. Il ne s'agit ni d'affirmer ni de nier l'existence de volontés répressives au sein de la population, mais plutôt de montrer que, du point de vue du processus de mise en forme législatif, leur caractère « réel » ou « authentique » importe relativement peu dans les choix normatifs. En effet, loin de constituer, dans notre univers de travail, une donnée préexistante qui aurait été simplement localisée au moyen de procédures précises avant d'être fidèlement transposée dans des

textes législatifs par les gouvernements, ou encore manipulée par quelques acteurs politiques en quête de pouvoir, les vues et les demandes citoyennes qui ont été mobilisées lors de l'exercice de construction de la loi pénale sont fréquemment apparues comme le produit d'un travail de construction politique, et ce, indépendamment des appartenances partisanes.

En ce sens, les constats préalablement dégagés invitent à déplacer l'analyse de la question des influences des volontés du peuple vers celle de leur construction politique et de leur mobilisation subséquente. C'est avant tout à ce niveau que semblent en effet se jouer les effets normatifs associés aux références populaires dans l'élaboration des choix pénaux. À ce titre, ce déplacement analytique conduit dès lors à avancer l'hypothèse que ce n'est pas tant la survenance de volontés répressives dans la population qui aurait causé les dérives punitives décriées dans les dernières décennies, que les conditions dans lesquelles certaines représentations de ces volontés sont mises en forme, rendues audibles et légitimées au sein de l'arène législative. Les dérives punitives apparaissent ainsi moins comme le résultat d'une pression/volonté populaire exogène que comme le produit d'un travail endogène de fabrication politique des volontés jugées recevables. Ce processus ne relève d'ailleurs pas uniquement d'une logique populiste stricto sensu, mais constitue plus largement une composante ordinaire du fonctionnement du processus législatif. Qu'il s'agisse du projet de réduction des peines (C-5), de la décriminalisation de certaines conduites (C-14) ou encore de l'instauration de garanties procédurales accrues en faveur des personnes accusées (C-10), on retrouve de manière récurrente des constructions du « peuple » qui ne s'articulent pas

autour d'une demande de répression plus sévère, mais, au contraire, autour d'une remise en question de l'intensification punitive[232].

La complexification des lectures portant sur les effets des pratiques démocratiques sur les tendances pénales ne se réduit pas à une simple reconsidération de l'impact des vues citoyennes. L'examen comparatif des politiques pénales adoptées par les gouvernements de la dernière génération montre que la mobilisation des volontés citoyennes n'opère jamais de manière isolée. Dans l'ensemble des cas étudiés, les références aux souhaits populaires sont systématiquement articulées à d'autres registres démocratiques, qu'ils soient épistémiques ou éthico-juridiques. Les arguments populaires ne constituent donc pas, du moins sur le plan discursif, les seules justifications mobilisées à l'appui des politiques ayant contribué aux tendances punitives observées. On se situe ainsi à distance des lectures qui expliquent les choix pénaux par une primauté exclusive du peuple, au détriment de toute autre source de légitimation, selon une logique du type « au nom du peuple et contre des experts qui l'auraient trahi » [233]. Au contraire, l'analyse des politiques parmi les plus punitives portées par chacun des gouvernements étudiés – C-48 (peines d'emprisonnement à perpétuité consécutives), C-55 (désignation de délinquant à contrôler) et C-46 (contrôle de la conduite avec facultés affaiblies) – met en évidence la mobilisation conjointe de savoirs variés, de figures expertes différenciées et de conceptions distinctes des droits fondamentaux. L'analyse des tendances pénales gagnerait ainsi à intégrer, non seulement les

[232] On peut ainsi relever une différence avec l'analyse proposée par Dubé et Garcia (2018), citée dans notre recension des écrits. Selon ces auteurs, la mobilisation des opinions publiques par les acteurs politiques et juridiques s'opère principalement à partir des structures de la rationalité pénale moderne, lesquelles promeuvent une vision largement tournée vers l'affliction et l'exclusion sociale. Dans cette perspective, l'opinion publique est mobilisée à travers des représentations afflictives, en tant qu'elles sont étroitement liées à l'identité même du système pénal. À l'inverse, nos observations mettent en lumière certaines mobilisations de l'opinion publique qui tendent à se dissocier, au moins partiellement, de cette représentation punitive promue par le système du droit criminel et par la rationalité pénale moderne qui le structure. Certes plus marginales, ces mobilisations n'en sont pas moins révélatrices d'autres possibilités de construction de l'opinion publique, susceptibles d'influer sur les choix opérés en matière de normes pénales. Nous reviendrons d'ailleurs, dans la section suivante, sur la manière dont une telle construction politique des opinions publiques pourrait potentiellement offrir un potentiel de réformes vers l'évolution du droit criminel.

[233] Par exemple, cette phrase de *Michael Gove lors* du Brexit « I think the people of this country have had enough of experts from organisations with acronyms saying they know what is best and getting it consistently wrong. » Repéré à https://fullfact.org/blog/2016/sep/has-public-really-had-enough-experts/?utm_source (Page consultée le 25 janvier 2026).

modalités de construction politique des volontés populaires, mais aussi les formes d'articulation de celles-ci avec d'autres registres démocratiques, dans la mesure où ces agencements participent à la légitimation des choix normatifs.

Inversement, une proposition de nuance comparable s'impose lorsque l'on se tourne vers l'autre versant des lectures dominantes des tendances punitives, à savoir l'idée selon laquelle un recours accru aux savoirs scientifiques, aux expertises spécialisées ou aux droits fondamentaux constituerait, en soi, un remède potentiel aux dérives punitives. Selon cette hypothèse, une valorisation renforcée des considérations épistémiques et éthico-juridiques dans l'exercice de construction de la loi pénale permettrait de soustraire celle-ci aux affects populaires et aux politiques partisanes, ouvrant ainsi la voie à des politiques plus rationnelles, plus mesurées et, par conséquent, jugées plus justes et plus efficaces. Une fois de plus nos analyses invitent à reconsidérer ce constat. Et la démonstration est relativement courte à faire, car il suffit de renverser le propos du dernier paragraphe. À savoir que des arguments fondés sur les savoirs scientifiques et sur les droits fondamentaux ont été mobilisés de manière récurrente dans les trois projets de loi parmi les plus punitifs portés par les gouvernements étudiés. Comme en témoigne ce renversement empirique, les considérations épistémiques et éthico-juridiques ne sauraient être appréhendées comme des contrepoids intrinsèques et indiscutables au durcissement pénal, elles peuvent tout autant être intégrées à des logiques de justification et de légitimation de politiques répressives.

Dans cette perspective, une mobilisation accrue – tant sur le plan quantitatif que qualitatif – des considérations épistémiques et éthico-juridiques ne saurait être interprétée comme un garde-fou automatique contre les dérives punitives ni comme la garantie de politiques substantiellement « bonnes, justes et vraies ». Comme pour les considérations populaires, les effets normatifs des savoirs et des droits dépendent étroitement des cadres interprétatifs dans lesquels ils sont inscrits, des usages politiques qui en sont faits et des finalités auxquelles ils sont arrimés. Conséquemment, on pourrait même dire que, si nous avions soulevé en introduction l'énoncé de Klein (2017 : 123) selon lequel « *la loi, œuvre de la majorité politique du moment, peut conduire au désastre* », nos

résultats invitent à prolonger ce constat en soulignant que la loi, lorsqu'elle est présentée comme l'œuvre de certains savoirs ou de certaines conceptions des droits fondamentaux, peut elle aussi conduire au désastre.

Pour le dire autrement, la prolifération des tendances répressives et la rareté relative des réformes promouvant des visions plus humanistes et inclusives dans les sociétés occidentales, tels que décriés dans la littérature, ne traduisent peut-être pas une simple absence, ni même une marginalisation, des considérations épistémiques et éthico-juridiques. Elles renverraient plutôt à une mobilisation sélective de ces considérations, certaines étant activement retenues, tandis que d'autres sont laissées en marge ou rendues invisibles. Effectivement, la difficulté de produire des politiques pénales dites « justes » ou « efficaces », du moins selon les points de références de la criminologie critique, n'est pas dans une absence d'inclusion des savoirs et des droits – mais bien dans les figures des savoirs et des droits qui sont mobilisées. Les savoirs mobilisés ne sont jamais l'ensemble des savoirs disponibles, mais bien certains savoirs jugés pertinents, crédibles ou opportuns selon les attentes politiques des gouvernements ; de même, les droits invoqués ne constituent pas une totalité abstraite, mais des lectures situées et hiérarchisées. Il ne s'agirait donc pas de plaider pour une simple accumulation de savoirs supplémentaires ou pour une invocation accrue des droits fondamentaux dans les agencements démocratiques, comme si ceux-ci suffisaient, en eux-mêmes, à favoriser l'émergence de politiques plus inclusives et à en garantir des résultats jugés substantiellement plus efficaces.

La complexification avancée conduit ainsi à déplacer les lectures dominantes de la pénalité, en invitant à ne plus appréhender les considérations démocratiques comme des ressources normatives auto-suffisantes. Qu'elles servent à légitimer des orientations punitives ou à ouvrir des perspectives de réforme, leurs effets semblent avant tout dépendre des formes politiques concrètes dans lesquelles elles sont construites et mobilisées. Cette nuance permet non seulement de renouveler l'analyse des trajectoires pénales contemporaines, mais peut également inviter à reconsidérer les

dynamiques d'évolution – comme de non-évolution – du droit criminel au sein des démocraties occidentales. Ce que nous ferons dans la prochaine section.

#### *4.5.2.3 L'évolution ou la non-évolution du droit criminel ?*

Une autre interrogation au cœur de notre problématique consistait à examiner les effets des pratiques démocratiques sur l'évolution, ou au contraire la non-évolution, du droit criminel. À titre de rappel, la thèse de la non-évolution du droit criminel, formulée par Pires (2002 ; 2013) et reprise notamment par Dubé et Cauchie (2007), renvoie notamment à l'idée selon laquelle les gouvernements qui mettent en œuvre des politiques répressives tendent à reconduire les logiques d'affliction et d'exclusion sociale ayant historiquement structuré le droit criminel. Ce qui est fréquemment présenté par les acteurs politiques comme des réformes relève ainsi, le plus souvent, de simples reproductions – voire d'exacerbations – de réponses pénales centrées sur l'affliction et l'incarcération des personnes judiciarisées. L'autre versant de cette reproduction tient au faible nombre de politiques orientées vers des formes de réponses autres que l'affliction, c'est-à-dire davantage inclusives et plus humanistes. On parle alors de non-évolution, car on reste dans les mêmes réponses pénales afflictives et carcérales, malgré les nombreux constats d'échec qui sont accolés à ces pratiques. Il importe toutefois de préciser que les travaux de Pires portent avant tout sur la question des normes de sanction, c'est-à-dire sur le choix des « peines », et non sur les comportements criminalisés ou sur les procédures pénales (e.a. pouvoirs d'enquête) qui précèdent la condamnation.

À ce titre, les résultats de notre analyse pourraient, à première vue, sembler conforter l'idée selon laquelle les arguments démocratiques ont contribué à justifier la reproduction du droit criminel dans une perspective largement afflictive (ou encore des arguments fondés en finalités ou en valeurs) – et donc de non-évolution. La majorité des changements dans les normes de sanctions que nous avons étudiés ont été tournés vers un accroissement de la sévérité pénale. Plus encore, l'échantillonnage retenu dans notre univers de travail reflète cette reproduction, en ce qu'il n'a pas permis, pour deux des trois gouvernements de la dernière génération, d'identifier des politiques

visant la réduction de la sévérité pénale (on pourrait rajouter l'absence de politique visant à la décriminalisation d'un comportement). Dès lors, puisque ces gouvernements ont mobilisé les trois grands types de considérations démocratiques pour appuyer ces orientations punitives, on pourrait être tenté de conclure que toutes les visions de la démocratie participent tout simplement à la perpétuation d'une non-évolution du droit criminel de manière mécanique. C'est certes la tendance la plus forte qui se dégage de nos données.

Il apparaît toutefois analytiquement fécond de porter une attention particulière à la seule politique qui, au sein de notre corpus, a opéré un infléchissement des normes de sanction vers une diminution de la durée des peines et, parfois, du recours à l'incarcération (avec la promotion du sursis), soit le projet de loi C-5 du gouvernement Trudeau. L'intérêt de ce détour ne réside pas dans la représentativité de cette politique ni dans son impact structurel, mais plutôt dans l'opportunité qu'il offre d'analyser en profondeur la manière dont des arguments démocratiques ont été élaborés pour justifier une réduction de la sévérité pénale. Par le truchement d'un tel regard sur la politique C-5, il devient possible d'examiner comment ces arguments pourraient être réutilisés, amplifiés ou « radicalisés » pour fonder d'autres réformes de même nature que la loi C-5 (réduction de la sévérité pénale), voire soutenir des politiques qui embrasseraient une posture plus abolitionniste face aux logiques d'affliction et d'exclusion sociale.

D'un côté, il convient de souligner que les considérations démocratiques mobilisées pour justifier cette inflexion ne se distinguent pas fondamentalement, dans leur nature ou dans leurs registres, de celles invoquées par le même gouvernement pour soutenir d'autres politiques pénales reconduisant, voire renforçant, la portée afflictive du droit criminel. Aucune considération démocratique identifiable dans notre matériau ne peut être tenue pour intrinsèquement orienter vers une transformation émancipatrice du droit criminel. Mais l'inverse est aussi vrai, aucune considération démocratique ne peut être tenue pour un vecteur indubitable de non-évolution du droit criminel.

Comme nous l'avons établi, ce ne sont pas les registres démocratiques pris isolément – populaire, épistémique ou éthico-juridique – qui orientent mécaniquement les trajectoires pénales, mais bien la manière dont ils sont mobilisés, articulés et hiérarchisés dans des configurations politiques déterminées. Et c'est donc au cœur de ce processus – soit le processus de construction d'une considération démocratique – que semblent pouvoir émerger des possibilités de justifier des politiques tournées vers des mesures alternatives à l'affliction et à l'exclusion sociale. À titre de rappel, c'est précisément en mobilisant des arguments démocratiques soulignant que les peines minimales obligatoires contribuaient à produire des effets de discrimination systémique que le gouvernement Trudeau a cherché à légitimer le projet de loi C-5. L'évolution du droit criminel apparaît alors non pas comme une impossibilité structurelle, mais comme une potentialité constamment ouverte, bien que rarement investie, dont la réalisation demeure étroitement dépendante des attentes politiques au nom desquelles la démocratie est convoquée.

Dans cette perspective, un gouvernement pourrait, pour ne nommer que quelques exemples, mobiliser des arguments liés au peuple, construits autour des coûts que chaque citoyen assume pour l'incarcération des personnes détenues, alors même que ces dépenses substantielles n'entraînent aucune retombé positive et engendrent même des conséquences collatérales (e.a. perte de mains d'œuvre). Les savoirs mobilisés pourraient, pour leur part, mettre en avant le caractère désocialisant de l'incarcération, ses effets parfois contre-productifs sur l'insécurité collective, ainsi que les répercussions de la prison sur les familles et les communautés locales, souvent confrontées à des dynamiques de désorganisation durable. Les droits fondamentaux pourraient enfin être interprétés comme des exigences substantielles difficilement conciliables avec un recours massif à l'enfermement. Le droit à la liberté inviterait alors à circonscrire strictement le recours à la prison et la durée des peines, tandis que le droit à la sécurité pourrait être invoqué pour soutenir des réponses pénales réduisant l'exposition des individus à des formes de violences institutionnelles dont les effets protecteurs demeurent, à tout le moins, incertains.

Ces exemples, esquissés à grands traits, gagneraient à être approfondis dans le cadre de réflexions ultérieures. Nous les mentionnons néanmoins afin de mettre en évidence les nombreuses possibilités à travers lesquelles les gouvernements pourraient construire autrement leurs référents démocratiques. Sous cette configuration, des réformes aujourd'hui perçues comme marginales – telles que la réduction substantielle du recours à l'emprisonnement, l'élargissement des mesures non carcérales – pourraient gagner en nombre.

La question demeure toutefois celle des conditions de possibilité d'une telle construction. Les attentes politiques des gouvernements ne surgissent pas *ex nihilo*; ces gouvernements étant élus, les attentes qu'ils formulent et mobilisent répondent, du moins en partie, à certaines tendances sociales préexistantes. Les analyses les plus pessimistes pourraient dès lors considérer ce type de reconfiguration comme envisageable en théorie, tout en le tenant pour hautement improbable en pratique. Sans prétendre épuiser cette interrogation, il est possible de montrer qu'un gouvernement qui a élaboré des politiques pénales largement afflictives, et qui a donc construit des considérations démocratiques en fonction de certaines attentes politiques qui tendaient à faire la promotion de l'affliction et de l'exclusion sociale, pouvait également être animé par d'autres attentes plus latentes qui se détachaient de cette vision. C'est précisément ce que laisse entrevoir l'examen de la première administration libérale étudiée, au sein de laquelle coexistaient, de manière parfois discrète, mais néanmoins repérable, des registres d'attentes moins strictement arrimés à une logique punitive.

Afin d'en faire la démonstration, il faut s'appuyer sur une trouvaille inattendue issue de notre corpus empirique. Celle-ci tient à la dynamique même des débats parlementaires, lesquels se caractérisent par un entrecroisement constant des thématiques abordées. Les documents retraçant les échanges étant organisés par journées de séance plutôt que par projets législatifs distincts, les discussions passent fréquemment d'un objet à un autre, au fil des prises de parole. Dans ce contexte, la lecture des débats relatifs aux projets de loi retenus nous a conduits à parcourir des échanges portant sur d'autres législations ou activités parlementaires, pour atteindre les politiques de notre échantillon. C'est ainsi que, lors des débats sur le projet de loi C-250 sous le gouvernement Martin,

une déclaration formulée dans le cadre de l'étude des crédits budgétaires a retenu notre attention, en ce qu'elle témoignait explicitement d'une volonté gouvernementale d'investir dans des mesures visant à prévenir le recours au droit criminel :

> *Manifestement, les méthodes traditionnelles de lutte contre le crime, arrestations, poursuites, incarcérations des contrevenants, sont importantes, mais pour prévenir efficacement le crime, nous devons nous attaquer à ses racines aussi vigoureusement que nous réagissons aux actes criminels. De cette manière, nous pourrons, comme l'a fait le gouvernement, instaurer un programme équilibré en faveur de la sécurité publique. Cela signifie qu'il ne faut pas ménager les efforts en première ligne. Il s'agit ici d'accroître la qualité de vie des particuliers, des familles, des collectivités, et de favoriser l'adoption par les particuliers d'attitudes ou de comportements positifs dans leurs collectivités en agissant sur l'expérience qu'ils vivent en famille, dans la vie en général, dans le secteur de l'éducation, dans le domaine de l'emploi et en matière de logements ou de loisirs [...] Il n'existe pas de panacée universelle. Il n'y a pas de solution miracle. La prévention du crime par le développement social dans sa forme actuelle est un processus à long terme et c'est un processus qui a fait ses preuves.* (Yolande Thibeault, PLC-1, Étude des crédits, 2003-2004)

La portée de cette déclaration est notable en ce qu'elle constitue l'intervention la plus dissonante, sous les gouvernements Chrétien et Martin, par rapport à la logique afflictive et à la rhétorique d'exclusion sociale repérable dans les politiques de droit criminel analysées. Même lorsque le gouvernement s'opposait aux critiques des réformistes réclamant un durcissement des peines, les libéraux ne se sont pas montrés particulièrement explicites dans leur mise en cause des logiques d'affliction et d'exclusion sociale. Une telle référence (et les attentes politiques qui la sous-tendent) n'a toutefois pas été intégrée à l'analyse principale de la gouvernance pénale de cette administration précisément parce qu'elle ne s'inscrivait pas dans le champ des politiques expressément qualifiées de droit criminel. Elle montre néanmoins que les attentes politiques de ces gouvernements n'étaient pas exclusivement orientées vers l'affliction ou l'augmentation du recours à l'incarcération.

De cette trouvaille peuvent être dégagés deux enseignements étroitement liés. D'une part, elle met en évidence la pertinence d'élargir l'analyse du rapport entre démocratie et fabrique du droit au-delà des politiques dites criminelles. D'autre part, elle suggère que la construction d'argumentaires démocratiques susceptibles de légitimer une diminution du recours à l'incarcération pourrait s'avérer plus aisée lorsqu'elle s'inscrit dans des cadres discursifs plus larges.

Pour le premier point, cette trouvaille suggère que, si l'on souhaite appréhender dans toute leur complexité les rapports entre expressions démocratiques et réponses pénales, il serait pertinent d'élargir le regard au-delà des seules lois touchant formellement le droit criminel. En effet, d'autres politiques – telles que les décisions relatives aux crédits budgétaires (qui conditionnent concrètement l'application des peines prévues) – ainsi que d'autres actions gouvernementales, entendues non pas au sens strictement législatif, mais comme décisions et gestes posés par les acteurs politiques, participent aussi à la configuration et à l'opérationnalisation des réponses pénales. Ces actions gouvernementales ont ainsi une importance dans la non-évolution ou encore pourraient ainsi potentiellement contribuer à l'évolution du droit criminel. Sur la possibilité de l'évolution, il est par ailleurs intéressant de puiser dans les travaux menés conjointement par les professeures Julie Desrosiers et Catherine Rossi sur les mesures alternatives qui gagnent en prépondérance au Québec (Desrosiers, Rossi et coll., 2020; Rossi, Desrosiers et coll.,2024).

Selon ces dernières, depuis quelques années au Québec, il y a un essor marqué des programmes de déjudiciarisation et de mesures de rechange ayant pour effet de multiplier les situations traitées en amont du processus judiciaire formel – autrement dit des situations dites criminelles qui sont traitées en dehors du droit criminel. Effectivement, selon leurs travaux, une proportion croissante de dossiers relatifs à des comportements criminalisables n'atteint jamais le stade de la mise en accusation, le procureur mobilisant son pouvoir discrétionnaire pour orienter ces affaires vers des dispositifs alternatifs. Bien que les faits reprochés correspondent à la commission d'une infraction prévue au Code criminel, les personnes concernées ne font alors l'objet ni d'une déclaration de culpabilité ni de l'imposition d'une peine au sens strict du droit criminel. Cette dynamique

contribue à redessiner concrètement les frontières de l'intervention pénale, en dissociant partiellement la qualification pénale du comportement et donc l'attribution d'une sanction criminelle. Or, ces transformations ne procèdent pas d'une réforme fédérale explicite visant à réduire le recours à l'incarcération ou à modifier les normes de sanction prévues au Code criminel. Elles résultent plutôt de décisions administratives prises par le ministère de la Justice du Québec, sous les lignes directrices définies à l'échelle gouvernementale, en concertation avec le Directeur des poursuites criminelles et pénales, et mises en œuvre par voie de projets pilotes, de directives internes et d'ententes avec des partenaires communautaires spécialisés en justice réparatrice.

Si une telle tendance devait se maintenir ou s'accentuer, il deviendrait méthodologiquement problématique d'appréhender les effets des considérations démocratiques sur l'évolution ou la non-évolution du droit criminel en se limitant aux seules politiques pénales formelles. Une telle restriction tendrait à occulter une part significative des dynamiques contemporaines de la gouvernance pénale, en particulier celles qui se déploient en marge du droit criminel tout en contribuant à en moduler ou à en neutraliser partiellement les effets concrets.

Dans un second temps, l'analyse montre que c'est précisément dans le cadre de politiques non criminelles, sous le premier gouvernement libéral, que s'est exprimée la remise en question la plus directe de l'approche du droit criminel fondée sur l'affliction et l'exclusion sociale. Ce constat permet de nuancer l'idée selon laquelle l'espace des possibles en matière pénale serait strictement clos ou purement théorique. Il suggère au contraire que, dans certaines configurations politiques concrètes, une ouverture réelle existe pour la construction d'arguments démocratiques visant à mettre à distance les réponses afflictives, sans pour autant rompre avec les cadres institutionnels existants.

Ce déplacement invite à interroger ce que l'on pourrait désigner comme des contraintes politiques pénales contemporaines. Celles-ci semblent fréquemment s'articuler autour de faits divers moralement et émotionnellement chargés, tels que les meurtres multiples (e.a. C-48), ou de situations perçues comme urgentes à court terme, comme le suicide d'adolescents (e.a. C-13),

plutôt que de s'inscrire dans une réflexion plus ample sur la réponse pénale, la justice sociale, le bien-être des communautés ou encore l'épanouissement collectif.

Dans de tels contextes, les débats paraissent se structurer prioritairement autour d'impératifs de sévérité et de sécurité, ce qui tendrait à restreindre sensiblement l'espace disponible – ou, à tout le moins, la recevabilité politique – pour des attentes politiques autres que celles associées à l'affliction et à l'exclusion sociale. À l'inverse, lorsque les discussions s'inscrivent dans des cadres plus englobants, tels que les débats budgétaires ou les politiques de justice sociale et de réduction des inégalités – comme ce fut le cas lorsque le gouvernement Trudeau a articulé la loi C-5 autour de la question du racisme systémique –, elles paraissent davantage susceptibles de rendre audibles des attentes politiques différentes. De tels cadres pourraient en effet contribuer à rendre politiquement plus légitime, et possiblement plus attractive, l'expression d'attentes qui ne sont pas exclusivement orientées vers la punition.

Au terme de cette analyse, il demeure possible d'affirmer qu'historiquement, les usages dominants des registres démocratiques ont surtout contribué à la non-évolution du droit criminel. Une telle constatation ne saurait toutefois clore la réflexion. Il conviendrait peut-être de déplacer le regard : non pas s'en tenir à l'examen des trajectoires passées, mais interroger la manière dont la démocratie configure, aujourd'hui encore, l'horizon du pensable et du légitime. Les registres démocratiques ne déterminent aucune orientation en eux-mêmes; construits, investis et hiérarchisés au gré d'attentes politiques situées, ils orientent la définition des choix normatifs sans en fixer de manière nécessaire ou irréversible la teneur. S'ils ont, dans les configurations analysées, principalement servi à légitimer des réponses pénales marquées par l'affliction, cette orientation procède des attentes qui ont présidé à leur mobilisation plutôt que d'une propriété intrinsèque de ces registres. Dans cette perspective, pour des recherches futures, il serait intéressant de ne pas se limiter à constater la reproduction des logiques afflictives dans le passé, mais à travailler les conditions dans lesquelles d'autres attentes pourraient être formulées et rendues recevables dans le monde des possibles. Autrement dit, d'explorer les possibilités qui pourraient être créées afin de maximiser

les conditions d'émergence d'une telle reconfiguration des attentes politiques sur lesquelles sont érigés les registres démocratiques mobilisés dans l'exercice de construction de la loi pénale.

### 4.5.3 Le processus législatif : une mise en scène à la hauteur ?

Face aux constats transversaux dégagés quant aux rapports entre la démocratie et la mise en forme de la loi pénale, il convient de signaler qu'au fil de notre enquête empirique, nous avons été confrontés à une difficulté persistante. Celle-ci pourrait, à première vue, être interprétée comme une limite affectant la portée de certaines de nos analyses. Toutefois, le croisement entre notre élaboration théorique, notre approche épistémologique (théorie de l'observation) et la diversité de notre terrain nous conduit plutôt à la considérer comme un aléa structurel du processus législatif lui-même. Cet aléa tient à l'existence de zones d'ombre qui traversent le travail parlementaire et en compliquent la mise en intelligibilité. Loin de constituer de simples effets résiduels liés à nos choix empiriques (débats parlementaires), ces opacités nous apparaissent comme constitutives de l'arène parlementaire et, plus largement, du processus législatif. Des zones d'ombre, que nous proposons de décliner analytiquement en deux dimensions, soit 1) les arbitrages normatifs et 2) les inférences interprétatives; deux dimensions interreliées, mais ici divisées à des fins analytiques.

Dans un premier temps, il convient de souligner qu'à mesure que notre enquête avançait, une difficulté relativement récurrente s'est imposée : dans certains cas, les données issues des sources parlementaires officielles ne permettaient pas toujours de reconstituer avec rigueur le cheminement ayant mené à la sélection et à la mise en forme de certaines dispositions normatives précises. Plus exactement, ces documents se sont révélés, à certains endroits, insuffisants pour établir de manière démontrable quelles considérations – et plus encore, quelles interprétations concrètes de celles-ci – ont véritablement influé sur certains choix normatifs, sur certaines formulations législatives. Précisons d'emblée, afin d'éviter toute ambiguïté quant à la portée de notre propos, qu'il ne s'agit nullement ici de remettre en question les analyses formulées précédemment sur les influences qu'ont exercées les considérations démocratiques repérées dans la mise en forme des douze projets

analysés. Il s'agit plutôt d'ajouter à ces analyses une nuance essentielle : dans un certain nombre de cas, nous avons été confrontés à certaines zones d'ombre qui ont rendu plus difficile l'établissement empirique d'un lien démontrable entre les considérations mobilisées dans l'argumentaire parlementaire et le choix de *certaines* formulations normatives précises. Pour clarifier le tout, empruntons librement l'image du nuage et du grain de poussière à Foucault (2001). À la lumière de nos analyses, nous soutenons que les sources parlementaires officielles se sont avérées suffisamment riches pour permettre de saisir la forme du nuage, c'est-à-dire la manière dont les considérations démocratiques orientent les grandes orientations d'un projet de loi. En revanche, elles se sont parfois révélées insuffisantes pour accéder aux micro-arbitrages techniques – tels que le choix d'une norme précise ou la formulation d'une disposition particulière – que nous proposons de désigner par l'expression *granularité normative*.

Pour illustrer les limites des sources parlementaires à restituer avec précision l'ensemble de la granularité normative d'une politique, prenons l'exemple du projet de loi C-14 portant sur l'aide médicale à mourir (AMM). Nous avons pu démontrer, à partir de nombreux documents officiels, que l'architecture générale de cette réforme repose principalement sur des considérations éthico-juridiques – soit les balises posées par l'arrêt *Carter* – et sur des considérations épistémiques, comme en témoigne la décision du gouvernement Trudeau de mandater un panel d'experts chargé de formuler des recommandations en vue d'éclairer la création de l'AMM. À l'échelle du nuage – pour reprendre librement l'image foucaldienne – les documents officiels permettent de saisir que la légalisation de la mort médicalement assistée s'appuie sur un double fondement éthico-juridique et épistémique. En revanche, lorsqu'on s'intéresse aux grains de poussière – à savoir les dispositions de la loi – ces mêmes documents se révèlent, sur certains points, insuffisants pour reconstituer avec précision la manière dont ces considérations (ou d'autres non mentionnés) ont influé sur la mise en forme des critères précis d'admissibilité retenus. Dès que l'on déplace l'analyse vers un niveau plus granulaire – en s'attardant à la sélection et à la formulation précise de chaque disposition de la loi C-14 – émergent d'importantes zones d'ombre quant à la manière dont les considérations épistémiques et éthico-juridiques ont effectivement

influé sur l'élaboration des critères d'admissibilité à l'AMM. Le lien entre les fondements invoqués et leur traduction normative ne peut pas, en d'autres mots, toujours être reconstitué avec rigueur à partir des seules sources parlementaires officielles.

À nos yeux, la granularité normative – à savoir la sélection et la formulation précise de chaque disposition n'est pas une simple question de détails. Dans un dispositif normatif encadrant un enjeu aussi fondamental que l'accès à l'AMM, le choix d'un seul mot – par exemple, celui employé pour désigner une condition d'admissibilité – peut produire des effets majeurs. Effectivement, dans les différents régimes d'aide à mourir dans le monde, l'ajout d'un seul mot dans une liste de critères, qu'il s'agisse de « mort naturellement prévisible », de souffrance « inapaisable » ou « intraitable », modifie immédiatement la portée du régime. Il entraîne, de manière récurrente, des exclusions de facto de personnes dont les souffrances sont pourtant graves, mais dont la situation ne correspond pas à la forme d'objectivation construite par le qualificatif retenu. Un mot suffit ainsi à redéfinir les frontières d'inclusion et d'exclusion, à tracer la ligne entre les vies reconnues comme admissibles à la demande et celles maintenues à distance du régime. Le choix des termes constitutifs des critères établis dans les projets de loi ne relève donc pas d'un simple raffinement lexical. Il engage une opération normative décisive, particulièrement lorsqu'elle porte sur l'un des choix les plus fondamentaux de l'existence – celui de déterminer les conditions de sa propre fin[234].

Le critère de la « *mort naturelle raisonnablement prévisible* » illustre de manière particulièrement aiguë cette problématique. Bien qu'il ait été remis en question lors des débats parlementaires – tant par les députés du NPD que par certains témoins auditionnés devant le Comité de la justice – aucune source officielle ne permet de retracer, de façon structurée, la genèse de ce critère ni les référents précis qui ont conduit à son insertion dans le projet de loi. Ce déficit de traçabilité apparaît d'autant plus intrigant que la recommandation n°2 du rapport commandé par le gouvernement lui-même

[234] Nous avons ailleurs proposé une comparaison des régimes d'aide à mourir afin de problématiser le choix des critères d'admissibilité et d'en exposer les implications normatives. Pour un examen plus approfondi des enjeux entourant ces régimes au-delà de leur seule architecture législative, voir Audesse, Aboudali, Cauchie et Corriveau (2026).

stipulait explicitement que l'AMM « *devrait être accessible aux personnes atteintes de maladies terminales et non terminales* »[235]. Or, l'introduction du critère de la mort prévisible restreint précisément cette portée. De surcroît, l'arrêt Carter – invoqué à maintes reprises comme socle juridique et éthico-normatif de la réforme – ne posait aucune exigence quant à la proximité du décès. La situation de Kay Carter, plaignante centrale de l'affaire, illustre bien cette dissociation : elle souffrait d'une sténose spinale dégénérative (ou myélopathie cervicale), affection grave, mais non terminale, caractérisée par une dégradation lente de la mobilité et de l'autonomie. Plusieurs intervenants parlementaires ont d'ailleurs souligné que Mme Carter, au moment de son recours, n'aurait vraisemblablement pas satisfait au critère introduit par la loi C-14.

Ainsi, les deux principales sources mobilisées pour asseoir la réforme – le rapport d'experts et l'arrêt Carter – apparaissent difficilement compatibles avec l'introduction du critère de la mort naturelle raisonnablement prévisible. Le décalage entre les fondements épistémiques et éthico-juridiques invoqués et cette norme finalement retenue soulève une interrogation centrale : comment ce critère a-t-il pu être formulé et justifié, alors même que les sources invoquées ne le recommandaient pas – voire semblaient l'exclure ? Face à cette question, on doit avouer qu'aucune trace explicite – aucun argument officiel formulé par le gouvernement – ne permet de saisir avec précision comment ces sources (arrêt Carter et recommandations du comité expert) ont été interprétées, infléchies, ou partiellement écartées dans l'élaboration des considérations démocratiques qui ont été présentées comme étant à la racine de la construction du régime d'AMM. Même le NPD souligne l'origine floue de ce critère :

> *Pourquoi figure-t-elle dans le projet de loi? Elle semble avoir surgi de nulle part. Elle n'a rien à voir avec ce qui a été mentionné dans la décision. Nous n'avons pas réussi à trouver d'où elle vient.* (Murray Rankin, NPD, C-14, 3e lecture)

Face à ces questionnements, le gouvernement s'est le plus souvent contenté de recourir à des justifications laconiques ou convenues, invoquant notamment les délais imposés par la Cour

[235] *« Recommandation 2 : Que l'aide médicale à mourir soit accessible aux personnes atteintes de maladies terminales et non terminales graves et irrémédiables leur causant des souffrances persistantes qui leur sont intolérables au regard de leur condition. »* (Rapport du Comité mixte spécial sur l'aide médicale à mourir, 2016 : 13).

suprême[236], ou encore en mentionnant que certains experts s'étaient montrés favorables à la constitutionnalité du critère retenu[237] – sans toutefois expliciter les fondements de ces avis ni préciser la portée réelle de leur appui. Lorsqu'ils ont proposé des justifications un peu plus étoffées, les députés libéraux ont essentiellement réitéré que les grandes orientations du projet de loi s'inscrivaient dans une logique de prudence législative et dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts en jeu. Les députés libéraux ont d'ailleurs souligné, à plusieurs reprises, que la légalisation de l'AMM a été pensée de manière « *a procédé avec prudence* »[238], à « *pécher par prudence plutôt que par excès* »[239] et que la loi est donc « *marquée par la prudence et la recherche d'équilibre* ».[240]

Mais, même à l'aune de cette prudence, d'autres configurations normatives étaient envisageables. Le rapport d'experts n'a d'ailleurs jamais été qualifié de radical ou d'excessif ; au contraire, il a été salué par plusieurs parlementaires comme une proposition mesurée (voir supra). Ce décalage laisse donc subsister un certain doute quant à la manière dont les considérations épistémiques et éthico-juridiques ont, en pratique, pesé sur le processus décisionnel ayant conduit à l'adoption du critère de la mort prévisible[241]. En fait, l'introduction de ce critère invite à s'interroger sur la possible influence de variables non articulées dans les discours officiels, que ce soit des préférences idéologiques, des contraintes politiques implicites, des arbitrages stratégiques demeurés inavoués, etc. À cet égard, si notre analyse a permis de formuler plusieurs analyses quant à la manière dont les considérations démocratiques sont façonnées à partir d'attentes politiques, il importe de souligner que ces analyses demeurent des inférences au sens où les matériaux disponibles ne

---

[236] « *Pourquoi le député préfère-t-il créer un vide juridique au lieu de mettre en place un cadre législatif?* » (Kevin Lamoureux, PLC-2, C-14, 3e lecture)

[237] « *Le député ne reconnaîtra-t-il pas à tout le moins qu'une portion considérable du milieu juridique appuie ce projet de loi*? » (Kevin Lamoureux, PLC-2, C-14-2, 3e lecture)

[238] Sean Casey, PLC-2, C-14, 2e lecture.

[239] Robert Nault, PLC-2, C-14, 3e lecture.

[240] Judy A. Sgro, PLC-2, C-14, 2e lecture.

[241] D'ailleurs, dans l'affaire *Truchon c. Procureur général du Canada* (2019 QCCS 3792), la Cour supérieure du Québec a invalidé le critère de la « mort naturelle raisonnablement prévisible », jugeant qu'il violait les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'article 7 de la Charte canadienne. La juge Christine Baudouin a expressément souligné que cette exigence ne trouvait aucun appui dans l'arrêt *Carter*, lequel n'imposait pas de condition liée à la proximité du décès pour avoir accès à l'aide médicale à mourir. Elle a également estimé que ce critère ne constituait ni une interprétation fidèle de *Carter*, ni une restriction nécessaire ou justifiée au regard des objectifs poursuivis par la loi.

permettent pas toujours d'identifier spécifiquement l'ensemble des attentes précises ayant présidé de manière effective à la construction de ces considérations.

L'exemple de l'introduction de la mort naturelle raisonnablement prévisible illustre de manière particulièrement parlante les zones d'ombre que nous avons rencontrées — ces moments où la genèse et la mise en forme de certaines dispositions législatives résistent à toute tentative de reconstitution empirique rigoureuse fondée sur les sources parlementaires officielles. Et cet exemple est loin d'être isolé à un seul critère de la loi C-14. Dans un certain nombre de projets de loi étudiés, nous avons été confrontés à des difficultés récurrentes pour identifier quelles variables démocratiques précises – et quelles articulations et constructions desdites variables – ont influé sur certains choix législatifs opérés.

Outre la difficulté, dans certains cas, à reconstituer avec précision la *granularité* du travail législatif, la seconde zone d'ombre entourant le processus législatif tient à la nécessité méthodologique d'inférer, à partir d'indices discursifs ou contextuels, sur certains aspects – ou encore certains choix – ayant présidé la mise en forme de ce processus. Pour illustrer ce point, prenons les projets de loi C-250 (gouvernement Martin) et C-16 (gouvernement Trudeau), qui ont respectivement ajouté l'orientation sexuelle, puis l'identité ou l'expression de genre, aux motifs prohibés du crime de propagande haineuse. Dans les débats parlementaires, ces réformes furent présentées comme des avancées majeures en matière de reconnaissance de la dignité des personnes concernées et de respect de leurs droits fondamentaux. Or, chacune d'elles a maintenu une clause d'exemption protégeant la liberté d'expression à caractère religieux – sans que soit véritablement explicitée la manière dont les droits fondamentaux potentiellement en tension ont été identifiés, mis en balance, puis hiérarchisés. Certes, plusieurs députés ont souligné l'importance de préserver la liberté d'expression et la liberté de religion. Dans le même souffle, ils affirmaient également que la protection des minorités sexuelles et de genre constituait une question de dignité humaine et d'égalité. Dès lors, une question demeure en suspens : comment les gouvernements ont-ils, en pratique, tranché entre ces exigences normatives concurrentes ? À cette interrogation, seules des inférences sont possibles. Celles que nous avons proposées suggèrent que

certaines attentes politiques – liées, par exemple, à la nécessité d'éviter de heurter des segments de l'électorat religieux et de rester au « centre » – ont pu orienter de manière implicite la hiérarchisation entre ces différents droits chez le gouvernement Martin par exemple. Toutefois, cette pondération n'a jamais été formellement articulée ni assumée comme telle. Elle fut plutôt présentée comme inexistante, comme si la réforme parvenait à concilier intégralement des exigences pourtant en tension, voire en contradiction manifeste (ce qui rappelle les constats soulevés dans la section 4.5.1).

Pour approfondir cet enjeu, il est intéressant de soulever que, dans le monde juridique, lorsqu'un litige met potentiellement en tension deux droits fondamentaux, les tribunaux sont tenus d'expliciter la démarche à travers laquelle ils ont vérifié la possibilité d'une conciliation – et lorsque ce n'est pas possible, les critères par lesquels ils ont procédé à une mise en balance des intérêts en cause. D'ailleurs, dans l'avis phare relatif au mariage entre personnes de même sexe, la Cour suprême du Canada a rappelé que les conflits de droits ne sont pas, en soi, inconstitutionnels, mais qu'ils exigent une conciliation contextuelle et raisonnée des intérêts en jeu. La Cour précise :

> *La possibilité d'une collision des droits n'emporte pas nécessairement inconstitutionnalité. La collision entre plusieurs droits doit être envisagée dans le contexte factuel de conflits réels. Il faut d'abord déterminer si les droits censément en conflit peuvent être conciliés. Lorsque les droits en cause sont inconciliables, il y a véritablement conflit. En pareil cas, la Cour conclura à l'existence d'une limite à la liberté de religion et soupèsera les intérêts en cause*[242] *en application de l'article premier de la Charte. La Cour doit procéder à ces deux étapes en tenant compte du principe que la Charte n'établit pas de hiérarchie des droits*[243].

Cette jurisprudence illustre avec clarté l'exigence, imposée aux tribunaux, de rendre compte publiquement du raisonnement normatif à travers lequel ils arbitrent entre des droits concurrents – qu'il s'agisse de démontrer leur compatibilité ou, en cas d'antagonisme irréductible, de justifier la restriction de l'un d'entre eux. À l'inverse, dans l'espace politique, les arbitrages analogues

[242] Le soulignement est de la Cour.
[243] Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50

effectués par les parlementaires demeurent rarement formulés avec un tel degré d'explicitation. Les choix opérés s'accompagnent rarement d'un exposé clair des tensions identifiées, des principes de pondération retenus ou des hiérarchies implicites assumées. Certes, certaines logiques peuvent être reconstruites à partir d'inférences fondées sur l'analyse des dynamiques partisanes, des préférences idéologiques ou des équilibres politiques visés – autrement dit, à partir des *attentes politiques*. Mais il s'agit là d'inférences, dont la robustesse varie selon les cas. Certaines reposent sur des indices empiriques solides – par exemple, des déclarations explicites récurrentes, des choix de procédure ou des amendements stratégiques – alors que d'autres relèvent davantage de preuve plus conjecturales, tels que quelques mots d'un député, le contexte politique de l'époque, etc.

Rajoutons que, si nous avons ici pris pour exemple la pondération entre droits fondamentaux, une analyse comparable aurait tout aussi bien pu porter sur d'autres formes d'arbitrage : entre des attentes sociales divergentes, entre des savoirs proposant des diagnostics opposés, ou encore entre diverses catégories de considérations démocratiques susceptibles d'entrer en tension. Dès lors que l'on reconnaît que ces considérations relèvent de constructions contingentes, et non d'entités dotées d'une substance ou d'un contenu univoque, il devient clair qu'elles résultent de choix de représentation opérés par les acteurs. Appréhender ces choix impose alors un travail de reconstruction de la part de l'observateur – un travail qui excède de beaucoup la simple description. Il ne s'agit pas, ce faisant, de disqualifier les inférences que nous avons tirées de l'analyse des mises en forme contingentes des considérations démocratiques, mais de rappeler qu'il s'agit précisément d*'inférences*, c'est-à-dire de propositions reconstruites à partir d'indices situés, dépendantes des opérations d'interprétation et des cadres analytiques mobilisés par l'observateur.

En bout de piste, ce que nous cherchons à illustrer dans cette section est que certains choix démocratiques et certains arbitrages normatifs inhérents à l'élaboration des politiques pénales sont plus difficiles à reconstruire et/ou à expliquer sur la base d'inférences solidement appuyées, précisément parce qu'ils ne sont pas – ou du moins pas assez substantiellement – documentés et/ou étayés dans les sources accessibles au public. Rajoutons que ces zones d'ombre ne nous

apparaissent pas comme un simple angle mort que l'on pourrait aisément combler par un changement d'échelle méthodologique. Rien ne permet de croire, en effet, que d'autres dispositifs auraient suffi à dissiper entièrement ces flous. Un entretien avec le ministre de la Justice, par exemple, ne permettrait sans doute pas d'échapper aux contraintes propres à la communication politique, aux effets de cadrage institutionnel, aux usages ritualisés de la langue de bois, aux contraintes électorales, etc.

Plus fondamentalement encore, la limite est d'ordre méthodologique et, en un sens, épistémologique. Le chercheur ne dispose d'aucun accès direct aux processus internes de formation des intentions ni aux arbitrages cognitifs et normatifs tels qu'ils se déploient dans la conscience des acteurs[244]. Même à travers un échange avec un député transparent, le chercheur ne disposerait d'aucun outil pour départager dans ce que le député dit, de ce qui relève d'une conviction normative sincèrement endossée, d'un calcul stratégique incorporé, d'une vision fondée sur des attentes non avouées, etc. Cette opacité que nous tentons de mettre en lumière ne procède donc pas uniquement d'un déficit empirique susceptible d'être comblé par l'accumulation de données supplémentaires. Elle renvoie à une limite constitutive de toute recherche portant sur l'action politique, dès lors que celle-ci est mise en œuvre par des acteurs situés, socialisés, traversés par des contraintes institutionnelles et des rationalités plurielles. Autrement dit, l'opacité n'est pas un échec de la méthode choisie, elle est l'un des traits structurels de notre objet de recherche.

Face à ce constat que nous tirons, nous pouvons venir repenser la métaphore de l'iceberg – déjà convoquée dans notre chapitre méthodologique à l'aide de Gee (2010) – qui a été utilisée pour décrire comment seule une portion restreinte des dynamiques décisionnelles serait visible, tandis qu'une autre part resterait immergée, donc soustraite à l'observation. Or, à mesure que nos observations se sont affinées, cette image nous est apparue insuffisante pour rendre adéquatement compte de la complexité propre à la production législative et à l'activité parlementaire. Elle tend

[244] Plusieurs travaux classiques en épistémologie et en méthodologie ont souligné l'impossibilité d'un accès direct à la conscience des acteurs, voir notamment Cicourel (1964).

en effet à reconduire une opposition binaire entre visible et invisible, comme si l'opacité procédait simplement d'un déficit d'accès ou d'information. Elle échoue ainsi à rendre compte d'un phénomène central : l'existence, non seulement d'un visible et d'un non-visible, mais d'un *visible stratégiquement produit* par les acteurs politiques eux-mêmes. Autrement dit, ce que nous avons progressivement été amenés à explorer, c'est l'hypothèse selon laquelle l'opacité que nous documentons ne relèverait pas seulement d'un manque d'informations, mais d'un processus actif de mise en visibilité sélective.

Ce constat ne renvoie donc pas à une insuffisance empirique de nos sources, mais à une propriété plus fondamentale du processus législatif. Ce constat trouve quelques résonances dans la littérature lorsqu'on procède à une lecture plus attentive de la question, ce qui à nos yeux, semble confirmer la portée structurelle de notre analyse. À titre d'exemple, dans son analyse comparative des approches juridiques du textualisme et internationalisme[245] aux États-Unis, Manning (2005) met en lumière les difficultés auxquelles se heurtent les juges lorsqu'ils cherchent à reconstituer l'intention ou la démarche suivie par le législateur au moment d'instituer une norme pénale. Il écrit en ce sens : « *A tortuous and largely opaque legislative process makes it difficult if not impossible for judges to retrace the steps that contributed to the final wording of the enacted tex*t » (Manning, 2005 : 431). Alors que Manning défend l'idée qu'il est, pour l'essentiel, illusoire de prétendre accéder aux intentions ou aux justifications du législateur, d'autres travaux portant sur le processus de criminalisation – notamment ceux évoqués au chapitre I – semblent plutôt suggérer que les documents parlementaires officiels permettent, à eux seuls, de reconstituer les motivations normatives sous-jacentes, dans la mesure où ces recherches ne soulignent pas explicitement les difficultés méthodologiques d'un tel exercice. On y évoque, par exemple, l'influence des opinions publiques sur la construction de la loi sans traiter du travail politique de sélection, de traduction et

[245] Le textualisme et l'intentionnalisme renvoient à deux façons d'envisager le sens de la loi. Le textualisme part de l'idée que seule la lettre du texte compte, indépendamment des intentions des acteurs politiques. L'intentionnalisme, au contraire, suppose que, pour bien comprendre une norme, il faut chercher à reconstituer les intentions du législateur, tel qu'exprimées ou implicites dans le processus politique ayant mené à son adoption. Ces deux approches traduisent ainsi des conceptions différentes de la production du droit : l'une le voit comme un produit figé, l'autre comme le reflet d'un contexte politique et institutionnel donné.

de mise en forme à travers lequel des acteurs investissent certaines expressions sociales du « public » tel que nous l'avons décrit dans cette thèse.

Entre ces deux pôles – d'un côté, la thèse d'une impossibilité quasi totale d'accéder aux intentions ou aux justifications effectives du législateur ; de l'autre, la tendance à traiter les sources parlementaires comme si elles offraient un accès direct et transparent aux motivations normatives sans en interroger les médiations – nous voulons ici formuler une position à mi-chemin : si le processus de criminalisation semble marqué par une certaine opacité – qui rend parfois difficile la reconstitution rigoureuse des arbitrages normatifs –, il ne saurait pour autant être réduit à une boîte noire entièrement close. Nous proposons ainsi de parler d'une *opacité structurelle partielle du travail législatif.*

Pour mieux appréhender cette dynamique complexe de visibilité différenciée, la métaphore dramaturgique proposée par Erving Goffman (1949) nous semble offrir une grille de lecture plus heuristique. Dans *The Presentation of Self in Everyday Life,* Goffman distingue la scène, la mise en scène et les coulisses, en insistant sur le fait que les acteurs sociaux ne se contentent pas de jouer un rôle : ils organisent activement ce que le public est autorisé à voir, à entendre et à interpréter. Transposée au champ parlementaire, cette métaphore permet de distinguer trois dimensions du processus législatif, et dans notre cas l'exercice de construction de la loi pénale, soit 1) la scène qui est constituée par les normes et les projets de loi eux-mêmes, 2) la mise en scène, soit les débats publics, les argumentaires parlementaires et dans le cas qui nous intéresse les références démocratiques mises de l'avant, et 3) les coulisses, où se négocient, s'arbitrent et se construisent, dans une relative opacité, les considérations démocratiques et les choix normatifs qui orientent la fabrique du droit.

Dans cette perspective, l'opacité structurelle que nous avons observée dans le travail législatif ne saurait être réduite à un simple déficit de données – qu'une amélioration de la collecte de données permettrait facilement de combler. Le problème est plus profond : il tient au fait que *certaines*

décisions structurantes sont prises en amont – dans les *coulisses* – de l'espace parlementaire. Autrement dit, les débats législatifs ne constituent pas toujours le lieu effectif de la construction des choix normatifs ; ils apparaissent plutôt, du moins dans certains cas, comme un dispositif de *mise en scène* façonné dans une optique de légitimer des orientations arrêtées en coulisses, selon des logiques souvent peu visibles et difficilement traçables.

Effectivement, les débats parlementaires semblent parfois remplir une fonction dramaturgique et non de délibération démocratique ou de construction législative : ils mettent en scène des décisions qui sont parfois déjà prises, en les enveloppant d'un vernis consensuel et en les ancrant dans des principes démocratiques trop souvent génériques – des vocabulaires de motifs comme nous l'avons illustrée précédemment. Ce processus de mise en scène tend à masquer la part souterraine – et souvent décisive – du travail de sélection, de hiérarchisation et de cadrage des choix pénaux. Certains des arbitrages cruciaux, qu'il s'agisse de la sélection des cibles normatives *(e.a. pourquoi intervenir sur tel comportement plutôt qu'un autre.),* de l'orientation de la réponse privilégiée *(e.a. faut-il criminaliser ou décriminaliser le comportement, faut-il alourdir le quantum de peines ou opter pour une mesure alternative non-afflictive)* ou encore des détails normatifs (*faut-il un quantum de peine de 2 ans ou 4 ans, faut-il dépénaliser ou décriminaliser un comportement.),* se déploient effectivement dans des zones faiblement visibles du processus législatif. Dans un certain nombre d'occasions, il semble que ce n'est qu'une fois ces choix stabilisés – parfois même figés – qu'ils sont introduits dans l'arène parlementaire comme s'ils émergeaient d'un débat transparent alors qu'ils procèdent, en réalité, d'un travail souterrain de sélection, de hiérarchisation et de cadrage[246].

Précisons qu'il ne s'agit pas ici d'imputer un quelconque machiavélisme à certains acteurs politiques, d'autant plus que ce mode de fonctionnement traverse l'ensemble du spectre partisan dans les projets étudiés. Il est d'ailleurs tout à fait possible – et même probable – que certains

[246] Pour en faire une autre démonstration, on pourrait rappeler une fois de plus que, bien que des considérations épistémiques aient été mobilisées à divers degrés dans les douze projets de loi examinés, seuls deux d'entre eux ont donné lieu à des modifications substantielles à la suite de leur étude en comité parlementaire malgré les nombreuses propositions d'amendements qui ont découlé de l'étude des projets

gouvernements procèdent, en dehors des circuits parlementaires, à des consultations populaires, sollicitent des expertises spécialisées ou recueillent des avis juridiques sur des enjeux constitutionnels. Toutefois, si de telles démarches ont eu lieu, elles ne laissent que peu de traces dans les sources officielles. Peut-être, par exemple, le gouvernement Martin a-t-il consulté des constitutionnalistes sur les enjeux de liberté d'expression soulevés par le projet de loi C-250 sur la propagande haineuse. Mais si tel est le cas, ni les avis exprimés, ni les éventuels désaccords entre experts, ni même les justifications sous-jacentes aux décisions prises ne sont explicitement évoqués dans les documents parlementaires. En demeurant reléguées aux coulisses, ces dimensions échappent à toute forme de reddition de comptes, contribuant à renforcer la dissociation entre la scène visible et les véritables lieux de construction du droit.

Par ailleurs, on pourrait élargir le champ de réflexion pour saisir toute l'ampleur des dynamiques souterraines de la fabrique du droit qui se jouent dans les coulisses, en incluant ce que l'on pourrait appeler les non-actions gouvernementales. Certaines décisions cruciales relèvent en effet moins de ce qui est accompli que de ce qui est délibérément omis – des absences d'intervention qui soulèvent pourtant de vives interrogations, notamment lorsqu'elles concernent des enjeux médiatisés, porteurs de souffrances ou de préjudices comparables à d'autres phénomènes ayant, eux, donné lieu à une intervention législative, voire figurant dans des plateformes électorales. Bien qu'elles ne s'incarnent dans aucune source parlementaire – puisqu'il s'agit, par définition, d'initiatives demeurées à l'état de potentialité – et qu'elles échappent, pour cette raison, aux grilles d'analyse traditionnelles du processus de criminalisation (et plus largement du processus législatif), ces décisions implicites constituent un poste d'observation privilégié des logiques de la gouvernance pénale.

Comme le rappellent McConnell et Hart (2019), la non-action constitue effectivement une modalité spécifique de production du politique, où l'absence d'aboutissement peut revêtir autant de signification que l'adoption formelle d'une mesure. L'examen des enjeux pénaux délibérément laissés en friche peut s'avérer tout aussi important dans la mise en intelligibilité des variables

démocratiques (ou tout autres variables) ayant structuré la configuration du régime normatif mis en place (ou laissé en place) par tel ou tel gouvernement. La difficulté réside toutefois dans le fait que ces non-actions se prêtent mal à une reconstruction empirique rigoureuse, leurs existences même se définissent par une absence, et donc dans l'écart entre ce qui aurait pu advenir et ce qui ne s'est jamais matérialisé.

Ces absences semblent d'ailleurs relever des « coulisses », dans la mesure où elles résultent souvent de choix opérés en amont, hors du regard public et sans justification explicite. Pourquoi, par exemple, le gouvernement Harper a-t-il choisi de criminaliser certaines formes de violence en ligne dans le cadre du projet de loi C-13, tout en laissant intactes d'autres problématiques exacerbées par internet et les réseaux sociaux, comme la criminalité financière ? Pourquoi le gouvernement Trudeau, dans le projet de loi C-5, a-t-il opté pour la réduction de certaines peines minimales obligatoires, mais en a maintenu d'autres, tout aussi contestées ? Il semble peu probable que le gouvernement Harper ait ignoré les effets sociaux délétères de la criminalité financière en ligne, ou que le gouvernement Trudeau n'ait été conscient que de la portée discriminatoire de certaines peines minimales dans des cas bien circonscrits. Dans un cas comme dans l'autre, les objets visés – comme ceux délibérément laissés de côté – relèvent de *choix politiques.* Et donc « l'absence » de modification législative sur certaines situations pourrait aussi être vue comme un choix dans les normes pénales qui gouvernent la Cité.

Ces exemples illustrent plus encore que la sélection des cibles d'intervention ne peut être réduite au fruit du hasard ou à de simples angles morts (e.a. des réalités dont les gouvernants n'auraient pas eu connaissance); elles traduisent aussi des arbitrages qui semblent parfois opérés dans l'opacité relative des espaces de décision. Certes, l'analyse de ces non-actions dépasse en partie le cadre méthodologique de cette recherche, centrée sur le processus législatif. Toutefois, il nous semble important de les mentionner pour ne pas les reléguer à un angle mort de l'analyse du rapport entre démocratie et loi pénale.

En plus des enjeux pour le chercheur, le nombre de choix qui est fait dans les coulisses soulève une série d'enjeux majeurs du point de vue démocratique. Quelle que soit la conception de la démocratie qui est privilégiée, il appert en effet essentiel – dans une société à prétention démocratique – de pouvoir accéder aux opérations par lesquelles les considérations démocratiques sont construites, hiérarchisées et utilisées pour élaborer des normes qui encadrent la vie en société. Les promesses de la démocratie sont certes foisonnantes, porteuses d'inspiration et riches de potentiel transformateur pour la vie dans la Cité – mais encore faut-il pouvoir retracer comment elles orientent la gouvernance concrète. Faute de quoi, plusieurs problèmes peuvent émerger. Effectivement, sur le plan citoyen, dès que certaines décisions qui structurent la vie dans la Cité se prennent dans des coulisses peu accessibles, et que leurs référentiels demeurent partiellement soustraits à l'examen public, c'est la légitimité même de l'édifice démocratique qui apparaît comme vacillante.

# CONCLUSION

Pour éviter que le geste conclusif de ce travail doctoral ne se réduise à une simple énumération des lignes argumentatives précédemment développées, nous proposons une conclusion située à un niveau d'abstraction plus élevé dans une optique de 1) produire un panorama d'ensemble des contributions de cette recherche et 2) mettre en lumière les nouvelles interrogations que celle-ci fait émerger.

Plus spécifiquement, s'agissant des contributions, celles-ci peuvent être envisagées selon deux volets. Le premier est d'ordre théorique. Il réside dans le travail de problématisation et de théorisation du concept de démocratie qui a mené à la création d'une nouvelle élaboration théorique. Le second, quant à lui, est d'ordre empirique. Il renvoie aux grands constats relatifs à la gouvernance pénale qui ont été dégagés grâce à cette élaboration et son application dans l'analyse d'une série de politiques pénales sous les gouvernements canadiens de la dernière génération. Enfin, pour ce qui est des interrogations, celles-ci correspondent aux chantiers de recherche futurs qu'appelle le croisement des deux grands volets de cette recherche doctorale – là où l'élaboration théorique rencontre l'épreuve des débats parlementaires, et où l'enquête empirique, en retour, invite à préciser et à approfondir la proposition théorique. Il ne s'agira pas seulement d'ajouter ex post quelques questions préliminaires à nos analyses, mais de prolonger le geste théorique amorcé en montrant comment des apports complémentaires – en prenant la théorie de l'agir communicationnel d'Habermas comme cas de figure – pourraient renforcer l'élaboration proposée et approfondir l'examen des implications de la dialectique de la démocratie dans la fabrique du droit.

Commençons par les contributions théoriques. Pour des fins de mise en exergue, les enjeux épistémologiques, théoriques et conceptuels travaillés dans la première moitié de cette thèse peuvent être regroupés en trois grands apports majeurs :

1. La première contribution théorique de cette recherche doctorale est d'avoir montré la nécessité d'investir de manière plus soutenue le premier pôle du binôme « démocratie – loi pénale ». Nous avons plus précisément mis en évidence qu'au sein de la littérature pénale contemporaine, la démocratie est constamment convoquée pour expliquer les tangentes punitives données au droit criminel, sans toutefois que celle-ci ne soit soumise à un véritable approfondissement théorique et conceptuel. Afin d'en faire la démonstration, nous avons mis en évidence la manière dont la démocratie se trouve fréquemment rabattue sur des opinions publiques présumées punitives ou sur l'instrumentalisation populiste de certaines franges de ces opinions, laissant alors dans l'ombre ses multiples dimensions, ses tensions constitutives, ses promesses normatives concurrentes, sa pluralité de registres justificatifs, etc. En résumé, notre première contribution théorique est d'avoir illustré les aléas d'un concept sous-investi : simplification des explications relatives aux différentes ramifications du processus de criminalisation, naturalisation des tendances punitives imputées aux pratiques démocratiques, incapacité à distinguer les différents volets constitutifs de la démocratie, etc.

2. Après avoir illustré le faible investissement du concept dans les écrits criminologiques, la seconde contribution théorique de cette thèse est d'avoir systématisé les principaux enjeux épistémologiques nécessaires afin de transformer le concept de démocratie en un prisme d'analyse pour le processus de criminalisation. Bien qu'il s'agisse principalement d'un travail de synthèse, à notre connaissance, aucune autre étude en criminologie et en sociologie du droit n'avait entrepris d'examiner de manière structurée la polycontexturalité de la démocratie, les débats sur sa quiddité (e.a. relativisme nominaliste vs essentialisation), les remises en question relatives à la validité même du concept en tant qu'outil analytique, de même que l'analyse des implications et des limites inhérentes aux diverses stratégies définitionnelles susceptibles d'en structurer l'opérationnalisation. Si la première contribution théorique consistait à montrer les effets analytiques d'un concept insuffisamment investi, le second est de mettre en évidence qu'il ne suffit pas de se tourner

vers la science politique ou la philosophie pour trouver une définition stabilisée et consensuelle et qu'il y a au contraire plusieurs pièges à éviter pour faire de la démocratie un véhicule heuristique, interprétatif et explicatif pour l'exercice de construction de la loi pénale.

3. La troisième contribution théorique – sans doute la plus structurante – consiste à avoir proposé une nouvelle élaboration conceptuelle de la démocratie sous la forme d'idéaux-types aptes à problématiser les grandes visions de la gouvernance pénale, à savoir une approche populaire, une approche épistémique et une approche éthico-juridique. Cette élaboration ne s'est en rien réduite à une juxtaposition descriptive de positions existantes, elle constitue plutôt un travail de reconstruction théorique à part entière, par lequel un corpus foisonnant et hétérogène d'écrits a été soumis à une opération systématique de tri, d'abstraction et de reconfiguration. Plus spécifiquement, à partir de l'examen d'une pluralité de travaux portant sur la démocratie, nous avons identifié des noyaux normatifs récurrents, distingué les registres de justification mobilisés et dégagé les principes structurants qui les sous-tendent. Ce travail a conduit à regrouper les propositions reposant sur des prémisses axiologiques convergentes, à désagréger celles dont les fondements différaient substantiellement et, lorsque nécessaire, à mettre au jour des tensions internes que la littérature tendait à amalgamer. L'enjeu n'était ni d'imposer une unité artificielle à un champ traversé de désaccords, ni de trancher normativement entre les conceptions en présence, mais de configurer analytiquement une véritable « *scène de mésentente* »[247], rendant visibles les lignes de fracture, les divergences de principes et les conflits de légitimité qui opposent différentes manières de penser l'organisation et l'exercice du pouvoir. À ce titre, avant même la mobilisation de cette élaboration pour des analyses empiriques, la construction de nos idéaux-types représente une contribution théorique en soi apportée par cette thèse doctorale. Cette élaboration a effectivement permis de

[247] Rappelons que ce concept utilisé pour décrire notre élaboration théorique a été emprunté à Moriceau (2018).

transformer une myriade d'écrits fragmentés en une grille analytique structurée, capable de mettre en comparaison des logiques démocratiques distinctes, d'en clarifier les principes de légitimation, d'en préciser les implications différenciées pour la construction et la justification de la loi pénale, etc.

Sur le plan empirique, les analyses du *passage à l'acte législatif* sous les gouvernements canadiens de la dernière génération peuvent être regroupées en quatre grandes contributions :

1. La première contribution empirique a été d'établir que l'arène parlementaire canadienne ne s'organise pas autour d'une opposition frontale entre des conceptions démocratiques concurrentes. Notre examen des trois gouvernements étudiés met plutôt en évidence une mobilisation récurrente des mêmes grandes catégories de considérations démocratiques – populaires, épistémiques et éthico-juridiques. Les références aux velléités du peuple, aux connaissances acquises, à l'intérêt général, aux droits fondamentaux – et toutes les idées corrélatives à nos trois grands idéaux-types – ne sont pas disqualifiées comme registres légitimes de justification des choix législatifs, du moins pas dans notre terrain empirique. À cet égard, notre première contribution empirique consiste précisément à avoir montré que la gouvernance pénale en sol canadien ne repose pas sur l'expression d'oppositions tranchées entre des référentiels opposés. Elle se caractérise plutôt par un enchevêtrement intriqué de registres démocratiques – des enchevêtrements variables qui nous ont amenés à utiliser l'expression de salmigondis démocratiques.

2. S'inscrivant dans le prolongement direct de la première, notre seconde contribution empirique consiste à avoir mis en évidence l'absence de contestation frontale quant à la légitimité des considérations démocratiques, et ce, en décalage avec ce que la littérature et les représentations sociales ayant force doctrinale pouvaient laisser entendre. Contrairement à ce que suggéraient plusieurs travaux traités aux chapitres 1 et 2, aucun gouvernement ne s'est opposé à la validité des trois grands types de sources et d'arguments

que nous avons identifiés[248]. Tous les gouvernements les ont mobilisés, mais toujours au prix d'une définition sélective, ajustée aux attentes politiques qu'ils entendaient promouvoir. Ainsi, si nous avons présenté nos idéaux-types comme une scène de mésentente problématisant les divergences relatives à ce que la démocratie « est » ou « devrait être », notre enquête empirique révèle que ces mésententes ne se cristallisent pas autour de la légitimité de tel ou tel idéal démocratique. Chaque idéal étant mobilisé, le dissensus porte davantage sur la manière dont son contenu est investi, défini et infléchi dans l'arène parlementaire. En ce sens, la seconde contribution empirique de cette recherche tient à avoir montré que la « substance » des considérations démocratiques mobilisées par les gouvernements ne procède pas d'un ensemble stabilisé de procédures ou de préceptes formalisés. Nos analyses suggèrent au contraire qu'elle se configure au gré des attentes politiques propres aux formations qui les invoquent, se redéfinissant en fonction des questions normatives en jeu, des objectifs poursuivis, des oppositions soulevées, etc.

3. La troisième contribution empirique se rapporte pour sa part à la plasticité – voire à la malléabilité stratégique – des considérations démocratiques que nous avons théorisées, qui apparaissent à la lumière de nos données comme des réceptacles discursifs suffisamment vastes pour permettre une diversité d'usages. À travers leur mobilisation, les acteurs politiques peuvent ainsi leur imputer la substance qui sert leur position, au point d'en faire des supports discursifs pour justifier à peu près n'importe quelle orientation. Cette constatation nous a conduits à déconstruire le lien quasi automatique souvent établi entre démocratie et sévérité pénale. L'analyse des débats parlementaires montre en effet qu'aucune considération démocratique ne semble, en elle-même, porter une orientation pénale intrinsèque, du moins dans les modalités concrètes de mobilisation observées au

[248] Pour s'assurer de l'intelligibilité de ce propos synthétisé, conclusion l'oblige, rappelons un des exemples les plus parlants, soit que, contrairement à ce que laissent entendre certains écrits recensés dans le premier chapitre, l'analyse des débats parlementaires montre que le gouvernement Harper n'a pas rejeté les savoirs experts en soi en affirmant que les choix en matière de normes pénales devaient se faire en faisant fi des données et des connaissances existantes. Il a plutôt revendiqué un appui sur certains savoirs (e.a. savoirs policiers).

cours de la dernière génération gouvernementale. Les volontés populaires ne constituent pas mécaniquement des moteurs d'affliction, tout comme l'invocation de savoirs scientifiques ou de droits fondamentaux ne conduit pas nécessairement à une atténuation de la répression. En ce sens, loin d'enfermer le droit criminel dans une trajectoire punitive prédéterminée, la dimension construite des référents démocratiques révèle un espace de reconfiguration normative. Parce que ces considérations ne sont jamais données, mais toujours définies, interprétées et articulées dans des contextes situés, elles ouvrent la possibilité d'infléchir les orientations pénales dominantes et, potentiellement, de favoriser une évolution du droit criminel.

4. La quatrième contribution empirique de cette recherche réside dans la mise en évidence des ambiguïtés qui entourent la fonction des arguments démocratiques – mobilisés discursivement – dans les choix pénaux. L'analyse des débats parlementaires révèle en effet une indétermination persistante quant au statut de ces arguments. Il apparaît souvent difficile de trancher empiriquement la question de savoir s'ils constituent des principes réellement structurants orientant la délibération et les choix normatifs qui façonnent l'évolution du droit criminel, ou s'ils relèvent plutôt de registres discursifs mobilisés dans une logique de justification des décisions pénales. Ce constat ne conduit ni à adopter une lecture strictement instrumentaliste du travail parlementaire, ni à reconduire une conception idéalisée de la démocratie comme force normative pure guidant mécaniquement les décisions pénales. Il invite plutôt à reconnaître l'existence d'une zone d'ambiguïté analytique entourant la fonction effective de ces arguments dans la fabrique du droit criminel. En ce sens, cette contribution empirique se présente moins comme une conclusion définitive que comme une problématisation. Elle ouvre une piste de réflexion qui gagnerait à être approfondie dans des recherches ultérieures, afin de mieux saisir dans quelles conditions les arguments démocratiques participent effectivement à l'orientation des choix pénaux, ou contribuent plutôt à leur légitimation discursive.

C'est à partir de ce dernier constat empirique que nous souhaitons ouvrir quelques pistes de réflexion pour la poursuite du travail amorcé dans cette thèse. Plusieurs prolongements seraient évidemment possibles. Toutefois, l'opacité structurelle partielle du travail législatif et de ses effets – notamment l'indécidabilité parfois rencontrée quant au statut des arguments démocratiques (e.a. vocabulaire de légitimation a posteriori vs principe structurant les choix a priori) constitue l'une des questions qui apparaît la plus féconde à approfondir. Elle renvoie en effet à un point aveugle dans notre propre élaboration théorique qui n'avait pas été envisagé à l'aide de la littérature démocratique. En effet, si notre proposition a permis de problématiser la démocratie comme un ensemble de registres normatifs distincts, elle n'a pas intégré d'outil pour analyser les médiations concrètes par lesquelles ces registres sont mobilisés, traduits et articulés dans l'activité parlementaire et donc dans le processus de mise en forme des normes pénales. Autrement dit, entre les deux pôles du binôme « démocratie – loi pénale » s'intercale un espace médian qui est apparu plus décisif que prévu : celui du travail parlementaire envisagé au sein duquel sont construites les considérations démocratiques. L'intégration de questionnements portant sur cet espace médian dans l'architecture de notre élaboration théorique permettrait, pensons-nous, d'en accroître le pouvoir heuristique et l'intelligibilité, notamment par le développement d'outils permettant d'y répondre.

Si plusieurs théories sociologiques apparaissent offrir des pistes fécondes pour approfondir cet enjeu, nous proposons de nous attarder brièvement à l'apport potentiel des outils issus de la *théorie de l'agir communicationnel* de Jürgen Habermas (1997b)[249]. Loin d'être un choix aléatoire, l'intérêt de cet appareillage serait double. D'une part, la théorie de l'agir communicationnel met à disposition des instruments conceptuels permettant d'examiner plus finement la dynamique des

[249] Nous parlons ici d'en approfondir « brièvement » certains apports, la théorie de l'agir communicationnel constituant un cadre particulièrement riche et complexe. Notre objectif n'est donc pas de l'intégrer, à ce stade, de manière systématique à notre élaboration théorique ni à nos analyses empiriques. Il s'agit plutôt d'en esquisser la pertinence potentielle, en signalant certaines des pistes de réflexion qu'elle pourrait ouvrir pour des recherches ultérieures.

débats parlementaires et donc de la « circulation » (e.a. leurs constructions, leurs articulations, leurs fonctions) des idées démocratiques. Dans le cas qui nous intéresse, cette théorie semble offrir des points d'appui permettant de dépasser le simple repérage des sources démocratiques à partir desquelles les arguments sont formulés, afin d'examiner également la manière dont ces sources sont mobilisées ainsi que les fonctions qu'elles remplissent. D'autre part, cette théorie ouvre un espace de réflexion supplémentaire quant aux conditions dans lesquelles la qualité des pratiques démocratiques – notamment des débats parlementaires qui structurent le processus législatif – pourrait être améliorée et, par voie de conséquence, rehausser la qualité des politiques qui en découlent. Approfondissons rapidement, tour à tour, ces deux apports.

Pour préciser le premier apport, il convient de soulever brièvement l'un des fondements centraux de la théorie de l'agir communicationnel, soit la « *prétention à la validité* » (Habermas, 1997b :34). Selon cette perspective, toute prise de parole engage, de manière plus ou moins explicite, un ensemble d'exigences susceptibles d'être mises à l'épreuve dans l'échange argumentatif. Appliqué à notre terrain, lorsqu'un acteur cherche à justifier une décision pénale, il ne se contente pas d'énoncer une position, il présuppose que les justifications qu'il avance puissent être évaluées comme *vraies* au regard des faits (prétention à la vérité)[250], comme *justes* au regard des normes officielles (prétention à la justesse normative)[251], et comme *sincères* au regard de l'intention exprimée (prétention à la véracité / authenticité)[252]. Dans cette perspective, tout échange argumentatif introduit une certaine vulnérabilité discursive puisque les raisons invoquées deviennent susceptibles d'être interrogées, contestées ou mises en tension avec d'autres raisons. Ainsi, lorsqu'un gouvernement invoque une représentation particulière de la science, des droits fondamentaux ou de la volonté populaire, il ne se contente pas d'activer un registre discursif disponible. Il s'expose également à la possibilité que les présupposés qui soutiennent ces références

[250] Pour citer Habermas (1997b : 115) « *le locuteur prétend à la vérité pour des énoncés ou des présuppositions d'existence.*»

[251] Pour citer Habermas (1997b : 116) « *l'action langagière est juste par rapport à un contexte normatif en vigueur (ou encore que le contexte normatif auquel elle doit répondre est lui-même légitime).*»

[252] Pour citer Habermas (1997b : 116) « *l'intention manifestée par le locuteur est bien par lui pensée telle qu'il l'exprime.*»

soient examinés et discutés. Une telle invocation suppose en effet que les savoirs mobilisés puissent par exemple être tenus pour recevables au regard des faits, que l'interprétation proposée des droits puisse être jugée conforme aux normes reconnues et que la représentation avancée de la volonté du peuple puisse apparaître crédible plutôt que stratégiquement feinte, etc.

C'est précisément dans cette ouverture à la mise à l'épreuve critique que se situerait l'intérêt analytique potentiel des outils habermassiens pour notre élaboration théorique. En prêtant une plus grande attention théorique et empirique aux prétentions à la validité engagées dans les prises de parole, l'analyse ne se limiterait plus à repérer la présence d'une référence au peuple, aux savoirs ou aux droits. Elle permettrait d'observer comment ces références sont soutenues, discutées et contestées dans l'échange. Ce déplacement pourrait alors ouvrir potentiellement une voie d'accès plus fine à la fonction des arguments. La manière dont une prétention serait défendue, reprise, ignorée ou fragilisée dans le débat pourrait en effet éclairer le rôle qu'elle jouerait dans la justification des choix pénaux, qu'il s'agisse de soutenir une position, de neutraliser une critique ou de renforcer la légitimité d'une orientation politique.

Le second apport potentiel de la théorie habermassienne réside dans la typologie des formes d'agir qu'elle propose, laquelle permet d'éclairer les différentes pratiques interactionnelles (e.a. débats parlementaires) au sein desquelles les prétentions à la validité sont formulées et mises en discussion. Si Habermas distingue plusieurs formes d'agir, nous nous limiterons ici à discuter de l'agir communicationnel, dans la mesure où c'est cette forme qui apparaît la plus susceptible d'ouvrir des pistes de réflexion pour prolonger notre élaboration théorique, mais aussi pour penser les conditions sous lesquelles le débat démocratique pourrait contribuer à l'évolution du droit criminel.

Selon Habermas (1997b :102) l'agir communicationnel nécessite tout d'abord « *l'interaction d'au moins deux sujets capables de parler et d'agir qui engagent une relation interpersonnelle […] et recherchent une entente sur une situation d'action afin de coordonner consensuellement leurs plans d'action* ». L'agir communicationnel renvoie ainsi à une forme de délibération orientée vers

l'intercompréhension, c'est-à-dire un processus par lequel des acteurs engagés dans une interaction cherchent à parvenir à un accord sur la définition d'une situation d'action, afin de coordonner leurs comportements de manière consensuelle. Cette forme d'agir renvoie ainsi à une forme de négociation coopérative – une délibération – fondée sur la reconnaissance intersubjective des prétentions à la validité.

Compris de cette manière, l'agir communicationnel offre un point d'appui pour réfléchir aux conditions sous lesquelles les pratiques délibératives démocratiques pourraient être formulées et discutées de manière plus exigeante (autrement dit, un espace où les arguments peuvent être discutés quant à leur vérité, à leur justesse normative et à la sincérité des intentions qu'ils expriment). L'agir communicationnel n'est donc pas la description empirique d'un état de fait observable dans les pratiques politiques du passé (nous n'avons pas repéré « d'agir communicationnel » dans les débats analysés). Il fonctionne plutôt comme un point d'appui critique pour penser les conditions d'amélioration des pratiques démocratiques et, à partir de celles-ci, l'émergence possible de politiques publiques plus substantiellement justifiées.

En plaçant au cœur de la délibération la mise à l'épreuve des prétentions à la vérité, à la justesse normative et à la sincérité, l'agir communicationnel ouvre la possibilité de concevoir les débats parlementaires comme des espaces susceptibles de soutenir des processus d'apprentissage normatif. Habermas souligne en effet l'importance de « *l'apprentissage effectué à partir de fautes explicites* » (Habermas, 1997b : 38), c'est-à-dire la capacité des échanges argumentatifs à faire apparaître les insuffisances d'une justification et, ce faisant, à créer les conditions de sa mise à l'épreuve et de sa possible révision. En attirant l'attention sur les processus d'apprentissage argumentatif susceptibles d'être soutenus par la délibération, cette perspective invite en effet à considérer comment la confrontation publique des arguments peut progressivement transformer la manière dont les arguments sont formulés, justifiés et révisés. Dans une telle dynamique, les insuffisances d'une justification peuvent être explicitement mises au jour, soumises à la critique et retravaillées dans l'échange, ouvrant ainsi la possibilité de leur raffinement progressif.

Une telle perspective apparaît particulièrement pertinente pour prolonger le chantier ouvert esquissé à la section 4.5.2.3 sur les possibilités que les arguments démocratiques offrent – dans le monde des possibles – pour mettre en place des politiques plus à même de faire évoluer le droit criminel. Si notre analyse a montré que le caractère construit des considérations démocratiques rend pensable une remise en question plus profonde des logiques afflictives et carcérales, l'agir communicationnel permet, pour sa part, de réfléchir plus précisément aux conditions discursives et institutionnelles susceptibles de rendre de telles remises en discussion moins rares, plus soutenues et plus robustes. Dans une telle perspective, on peut faire l'hypothèse que des espaces délibératifs structurés par la mise à l'épreuve publique des arguments pourraient favoriser des processus d'apprentissage argumentatif à partir desquels certaines configurations discursives deviendraient progressivement plus plausibles et plus robustes. À mesure que les références au peuple, à la science ou aux droits seraient exposées à l'examen critique et retravaillées dans l'échange, elles pourraient gagner en précision empirique, en cohérence normative et en portée critique. Dans ce contexte, ces considérations démocratiques pourraient plus souvent être mobilisées de manière à soutenir une interrogation effective des orientations pénales dominantes, rendant dès lors plus pensables des évolutions du droit criminel orientées vers des politiques pénales substantiellement meilleures, justes et vraies.

La perspective habermassienne ne garantit évidemment pas une telle évolution ; elle permet toutefois d'en préciser les conditions de possibilité et, ce faisant, d'indiquer comment l'espace démocratique pourrait être travaillé de manière à favoriser l'émergence d'orientations pénales moins afflictives et plus attentives aux exigences normatives qu'elles revendiquent. En ce sens, la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas offrirait des outils susceptibles d'accroître l'intelligibilité des processus par lesquels se construit la loi pénale, tout en ouvrant un espace de réflexion sur les conditions de son amélioration normative. Une telle perspective permettrait ainsi non seulement de mieux comprendre la mobilisation des considérations démocratiques que nous avons théorisées, mais également de réfléchir aux conditions concrètes dans lesquelles le débat parlementaire pourrait être structuré de manière à rendre pensables – et politiquement recevables

– des configurations discursives susceptibles de favoriser l'émergence de politiques pénales plus substantiellement « bonnes, justes et vraies ». Évidemment, la théorie et les apports d'Habermas ont été ici illustrés à grands traits, et ce, dans le but, rappelons-le, de montrer la pertinence de continuer à approfondir les questionnements amorcés dans les pages précédentes.

À cet égard, à l'issue de cette recherche, nous pouvons conclure en affirmant que la chorégraphie entre la dialectique de la démocratie et la fabrique du droit se présente moins comme une équation à résoudre que comme un champ de tensions à éclairer – et à rééclairer, par des éclairages toujours renouvelés. En proposant une nouvelle élaboration théorique des registres démocratiques à partir desquels se construisent et se justifient les politiques pénales, ce projet doctoral n'avait effectivement pas pour ambition de clore le débat, mais plutôt de le faire éclore en révélant la fécondité heuristique qu'il recèle. D'ailleurs, si notre réflexion sur la dialectique de la démocratie a été mobilisée pour analyser le champ des politiques pénales, les interrogations soulevées ainsi que l'élaboration théorique proposée nous apparaissent s'avérer tout aussi pertinentes pour analyser les autres types de politiques publiques. Une transposition qui apparaît d'autant plus nécessaire dans le contexte actuel. Effectivement, à l'heure où plusieurs sociétés sont traversées par des tensions profondes – qu'il s'agisse de l'érosion des institutions, du retour de projets politiques ouvertement illibéraux ou encore de la perpétration de violences extrêmes et de meurtres de masse par des gouvernements démocratiquement élus – *prendre la démocratie au sérieux,* tant sur le plan conceptuel que normatif, apparaît plus que jamais comme une tâche intellectuelle et politique de première importance.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES


Abdelkerim, M. (2015). *Démocratie, démocrature ou démopédie des élections politiques?* Sarrebruck : Éditions universitaires européennes.

Abric, J. (2005). « Introduction. » Dans J.-C. Abric (dir.), *Méthodes d'étude des représentations sociales* (pp. 7-10). Toulouse: Érès.

Achen, C., et Bartels, L. (2017). *Democracy for realists: why elections do not produce responsive government*. New Jersey: Princeton University Press.

Adam, C., Cauchie, J-F., Devresse, M-S., Digneffe, F., et Kaminski, D. (2014). *Crime, justice et lieux communs : une introduction à la criminologie.* Bruxelles: Larcier.

Agamben, G. (2009). *Démocratie, dans quel état?* Montréal: La Fabrique Éditions.

Ambrose, D. (2019). « The Erosion of Democracy: Can We Muster Enough Wisdom to Stop It ? » Dans R. Sternberg, H. Nusbaum et J. Glück, (dir.), *Applying Wisdom to Contemporary World Problems* (pp. 21-50). Switzerland: Palgrave Macmillan.

Anadón, M., et Guillemette, F. (2007). « La recherche qualitative est-elle nécessairement inductive ? » *Recherches qualitatives*, 5(1), 26-37.

Anderson, E. (2006). « The Epistemology of Democracy. » *Episteme*, 3(1-2), 8-22.

Applegate, B. K., Cullen, F. T., Turner, M. G., et Sundt, J. L. (1996). « Assessing public support for three-strikes-and-you're-out laws: Global versus specific attitudes. » *Crime & Delinquency*, 42(4), 517-534.

Arendt, H. (1958). *The Origins of Totalitarianism.* London: George Allen & Unwin.

Arnerson, R. (2004). « Democracy is not intrinsically just. » Dans K. M. Dowding, C. Pateman, R. E. Goodin (dir.) et B. Barry, *Justice and Democracy: Essays for Brian Barry*. Cambridge: Cambridge University Press.

Arnold, R. (2014). « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen. » *Revue française de droit constitutionnel*, 100(4), 769-776.

Audard, C. (2020). « La démocratie et la raison : les exigences cognitives et morales de la justification publique sont-elles excessives ? » *The Tocqueville Review*, 41(1), 13–40.

Audesse A., et Martel, J. (2020) « L'architecture singulière du populisme pénal. » *Champ pénal/Penal field,* Varia, [En ligne].

Audesse, A., et Moreau, C. (2023) « Des victimes et des peines : Réflexion sur les nouvelles tendances victimaires de la pénalité canadienne. » *Champ pénal/Penal field*, Vol. XXX [En ligne].

Audesse, A. (2019). *Dérives et misères populistes: analyse des politiques pénales érigées, modifiées et abrogées sous le gouvernement de Stephen Harper, 2006-2015*. Mémoire de maîtrise : Université Laval.

Audesse, A., Aboudali, A., Cauchie, J-F., et Corriveau, P. (2026). « Vies fragiles, morts négociées : pour une éthique du discernement face à la mort assistée. », *Culture e Studi del Sociale.*

Avenier, M., et Thomas, C. (2011). « Mixer quali et quanti pour quoi faire? Méthodologie sans épistémologie n'est que ruine de réflexion. » *Cahier de recherche*, 6(4), 1-28.

Aykut, S. (2019). « La construction du changement climatique comme problème public – débat médiatique et expertise climatique en France et en Allemagne. » Dans L. Damay, B. Denis et D. Duez (dir.), *Savoirs experts et profanes dans la construction des problèmes publics* (pp. 50-74). Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis.

Bachir-Benlahsen, M. (1991). « Faire de sagesse vertu. La réforme du code de la nationalité. » *Politix*, 4(16), 33–40.

Bailly, J. (2021). « De l'opinion publique aux conceptions démocratiques : aller saisir l'imaginaire démocratique des citoyens. » *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 20(1), 719-738.

Bakayoko, M. (2018). « Critique nietzschéenne des fondements métaphysiques de la science.» *Revue Ivoirienne D'Anthropologie Et de Sociologie Kasa Bya Kasa, Bouaké*, 38(1), 23-36.

Banywesize, E. M. (2007). *Le complexe : contribution à l'avènement de "l'organisaction" chez Edgar Morin*. Paris: Harmattan.

Barak, A. (2006). « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie.» *Revue française de droit constitutionnel*, 66(2), 227-302.

Barber, N. W. (2018). *The principles of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.

Barbot J., et Dodier N. (2014).« Repenser la place des victimes au procès pénal : Le répertoire normatif des juristes en France et aux États-Unis. » *Revue française de science politique*, 64(3), 407-433.

Bardon, A. (2014). « Normativité, interprétation et jugement en théorie politique. » *Raisons politiques*, 55(3), 103-119.

Barker, A., et Crawford, A. (2011). « Peur du crime et insécurité. Quelques réflexions sur les tendances anglo-américaines », *Déviance et société*, 35(1), 59-91.

Barker, V. (2009). *The politics of punishment*. Oxford: Oxford University Press.

Barone, S. (2018). « L'impunité environnementale. L'État entre gestion différentielle des illégalismes et désinvestissement global. » *Champ pénal/Penal field*, XV, [En ligne].

Barraud, B. (2017). *Qu'est-ce que le droit ? : théorie syncrétique et échelle de juridicité*. Paris: L'Harmattan.

Barthe, Y. (2014). « Scientific Expertise in Situations of Controversy: A Sociological Testimony. » *European Journal of Risk Regulation*, 5(1), 14–24.

Bastarache, M. (2007). « Charte canadienne des droits et libertes, reflet d'un phenomene mondial, la. » *Cahiers de Droit*, 48(4), 735-746.

Beckett, K. (1997). *Making crime pay: law and order in contemporary American politics*. Oxford: University Press.

Bédard, P-O., et Mallett, A. (2019). « La demande pour des données probantes au sein de la fonction publique canadienne. » Dans S. Jacob et J. Couture (dir.), *Démocratie et politiques publiques* (pp. 230-256). Québec: Presses de l'Université Laval.

Beguin, J. C. (1998). « La constitutionnalisation du principe d'égalité hommes/femmes en Suisse et le processus de concrétisation. » *Revue internationale de droit comparé*, 50(1), 67-92.

Béjin, A. (1982). « Le pouvoir des sexologues et la démocratie sexuelle. » *Communications*, 35(1), 178-192.

Belfiore, F. (2012). *The democratic society and its founding concepts*. Lanham: University Press of America.

Bell, D. A. (2015). *The China Model: Political Meritocracy and the Limits of Democracy*. Princeton: Princeton University Press.

Bellamy, R. (2006). *Constitutionalism and democracy*. Burllington: Ashgate.

Bengtsson, A., et Mattila, M. (2009). « Direct democracy and its critics: Support for direct democracy and 'stealth'democracy in Finland. » *West European Politics*, 32(5), 1031-1048.

Benhabib, S. (2011). « Is there a human right to democracy? Beyond interventionism and indifference. » Dans C. Corrradetti (dir.), *Philosophical dimensions of human rights: Some contemporary views* (pp. 191-213). Dordrecht: Springer Netherlands.

Benveniste, G. (1973). *The Politics of Expertise*. Berkeley: The Glendessary Press.

Benyekhlef, K. (2016). « Introduction. » Dans K. Benyekhlef (dir.), *Au-delà de la représentation : les figures de la démocratie: les voies et les voix de l'État de droit* (pp.1-41). Montréal: Les Éditions Thémis.

Berk, C. D. (2021). « Must penal law be insulated from public influence ? » *Law and Philosophy*, 40(1), 67-87.

Berkowitz, P. (2003). « The demagoguery of democratic theory. » *Critical Review*, 15(1-2), 123-145.

Berlin, I. (1969). *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press.

Berthelet, P. (2016). *Crimes et châtiments dans l'État de sécurité : traité de criminologie politique.* Paris: Publibook.

Besson, S. (2015). « Human Rights and Constitutional Law. » Dans R. Cruft, S. Liao, et M. Renzo (dir.), *Philosophical Foundations of Human Rights. Philosophical Foundations of Law* (pp. 279-299) Oxford: Oxford University Press.

Bessone, M., et Mineur, D. (2019). « Introduction: la démocratie entre substance et procédure. » *Philosophiques*, 46(1), 3-7.

Bevort, A. (2007). « Le Paradigme de Protagoras. » *Socio-logos* [En ligne].

Birch L., et Pétry F. (2019). *Bilan du gouvernement libéral de Justin Trudeau : 353 promesses et un mandat de changement*. Québec: Presses de L'Université Laval.

Birch, A. H. (2002). *Concepts and theories of modern democracy*. New York: Routledge.

Birkland, T. A. (2019). *An introduction to the policy process: Theories, Concepts, and Models of Public Policy Making*. New York: Routledge.

Bishop, G. F. (2004). *The illusion of public opinion: Fact and artifact in American public opinion polls*. New York: Bloomsbury Publishing PLC.

Bobbio, N. (1990). *Liberalism and Democracy*. New York: Verso.

Bobbio, N. (2007). *Le futur de la démocratie*. Paris: Seuil.

Böckenförde, E.W. (2014). Démocratie et représentation: pour une critique du débat contemporain. *Trivium*, XVI, [En ligne].

Body-Gendrot, S. (1999). « La politisation du thème de la criminalité aux Etats-Unis. » *Déviance et société*, 23(1), 75-89.

Bogenschneider, K., et Corbett, T. J. (2010). *Evidence-Based Policymaking: Insights from Policy-Minded Researchers and Research-Minded Policymakers.* New York: Routledge.

Boily, F. (2014). « La banalisation du populisme au Canada. » Dans C. Couvrat et J. Y. Thériault (dir.), *Les formes contemporaines du populisme* (pp. 81-97). Québec: Athéna éditions.

Boily, F. (2016). *Stephen Harper: la fracture idéologique d'une vision du Canada*. Québec : Presses de l'Université Laval.

Boily, F., et Brink, T. (2025). « Justin Trudeau And The (lost) Art of Governing Through Two Minority Mandates. » Dans L. Birch et coll., (dir.)., *A Final Look at the Trudeau Years* (pp. 33-51). Québec : Les Presses de l'Université Laval.

Bonner, M. D. (2019), *Tough on Crime: The Rise of Punitive Populism in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Borella, F. (1990). *Critique du savoir politique*. Paris: PUF.

Bottoms, A. (1995). « The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. » Dans C. Clarkson et R. Morgan (dir.), *The Politics of Sentencing Reform* (pp.17-49). Oxford: Clarendon Press.

Boudon, R. (1973). « Éducation et mobilité. » *Sociologie et sociétés*, 5(1), 111-126.

Boudon, R. (1995). *Le juste et le vrai*. Paris: Fayard.

Boudon, R., et Bourricaud, F. (2011). *Dictionnaire critique de la sociologie.* Paris: PUF.

Bourdieu, P. (1973). « L'opinion publique n'existe pas. » *Les temps modernes*, 318, 1292-1309.

Bourg, D., et Whiteside, K. H. (2010). *Vers une démocratie écologique : le citoyen, le savant et le politique.* Paris: Seuil.

Bowler, S., et Donovan, T. (2000). *Demanding choices: Opinion, voting, and direct democracy*. Detroit: University of Michigan Press.

Bratberg, J. P., Simmons, A., Arya, V., Bhatia, A., et Vakharia, S. P. (2023). « Support, don't punish: Drug decriminalization is harm reduction. » *Journal of the American Pharmacists Association*, 63(1), 224-229.

Braud, P. (2013). *La démocratie politique*. Paris: Éditions du Seuil.

Bréchet, Y. (2014). « L'expert, le conseiller, le décideur. » Dans P. Rosanvallon (dir.), *Science et démocratie* (pp. 65-79). Paris: Odile Jacob.

Brennan, J. (2016). *Against democracy*. New Jersey: Princeton University Press.

Brennan, J. (2018). « Does the Demographic Objection to Epistocracy Succeed? » *Res Publica*, 24(1), 53–71.

Brisson, É. (2009). *La démocratie : une ou multiple*. Paris: Ellipses.

Brodeur, J.-P. (1993). « « Alternatives » à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social : une entrevue avec Michel Foucault. » *Criminologie*, 26(1), 13–34.

Bronner, G. (2018). « L'intelligence collective : un enjeu politique. » *Revue européenne des sciences sociales*, 56(2), 161-182.

Brooks, S. (2013). *Canadian Democracy: A Concise Introduction*. New Yok: Oxford University Press.

Brooks, S., Stasiak, D., et Zyro, T. (2016). *Policy expertise in contemporary democracies*. London: Routledge.

Brunet, P. (2009). *Analyse critique du constitutionnalisme contemporain.* Paris: HAL Open Science.

Bruno, I. (2015). « Défaire l'arbitraire des faits. De l'art de gouverner (et de résister) par les « données probantes ». » *Revue française de socio-économie*, Hors-Série(2), 213-227.

Cadiou, S. (2006). « Savoirs et action publique : un mariage de raison : L'expertise en chantier. » *Horizons stratégiques,* 1(10), 112-124.

Caplan, B. (2006). *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies.* Princeton: Princeton University Press.

Cappelen, H. (2023). *The Concept of Democracy: An Essay on Conceptual Amelioration and Abandonment*. New York: Oxford University Press.

Cartuyvels, Y. (2007). « La criminologie et ses objets paradoxaux : retour sur un débat plus actuel que jamais ? » *Déviance et Société*, 31(4), 445-464.

Caudron, F. (2008). « Lier pratiques démocratiques et efficacité économique: la rationalisation démocratique. » *Revue internationale de l'économie sociale*, 308, 56-69.

Cefaï, D. (2009). « La fabrique des problèmes publics. Boire ou conduire, il faut choisir ! » Dans J. Gusfield (dir.), *La Culture des problèmes publics* (pp. 219-318). Paris: Éd. Economica.

Cellard, A. (1997). « L'analyse documentaire. » Dans Poupart, J., Groulx, L.-H., Deslauriers, J.P., Laperrière, A., Mayer, R., et Pires, A. (dir.), *La recherche qualitative: Enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 251-271). Montréal: Gaëtan Morin.

Chambers, S. (2023). *Contemporary democratic theory*. New York: John Wiley & Sons.

Champagne, P. (1990). *Faire l'opinion : le nouveau jeu politique*. Paris: Editions de Minuit.

Chandler, D. (1976). *Capital Punishment in Canada*. Montréal: McGill-Queen's University Press.

Chantraine, G. (2004). *Par-delà les murs: Expériences et trajectoires en maison d'arrêt*. Paris: PUF.

Chapdelaine-Feliciati, C. (2010). « Les droits de l'homme de la femme: polysémie ou androcentrisme ? » *International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, 23(1), 451-474.

Charbonneau, J.-P. (2005). « De la démocratie sans le peuple à la démocratie avec le peuple. » *Éthique publique*, 7(1). [En ligne].

Charillon, F. (2008). « De l'usage de la démocratie en relations internationales. » *The Round Table*, 97(399), 819-823.

Chevalier, J. (1994). *L'État de droit*. Paris: Montchrestien.

Chevrier, M. (2008). « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain. » *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2, 72-129.

Chollet, A. (2011). *Les temps de la démocratie*. Paris: Dalloz.

Christensen, J., Holst, C., et Molander, A. (2023). *Expertise, policy-making and democracy*. London: Routledge.

Christiano, T. (2004). « The authority of democracy. » *Journal of political philosophy*, 12(3), 266-290.

Christiano, T. (2011). « An instrumental argument for a human right to democracy. » *Philosophy & Public Affairs*, 39(2), 142-176.

Cicourel, A. V. (1964). *Method and measurement in sociology*. New York: Free Press.

Clarke, A. (2016). *Théories constitutionnelles de la judiciarisation du politique au Canada*. Thèse de doctorat: Université Laval.

Clarkson, S. (2005). *The big red machine : how the Liberal Party dominates Canadian politics*. Vancouver: UBC Press.

Collier, D., et Levitsky, S. (1997). « Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. » *World Politics*, 49(3), 430-451.

Comack, E., Fabre. C,. et Burgher, S. (2015). *The Impact of the Harper Government's "Tough on Crime" strategy*. Winnipeg: Canadian centre for policy alternatives.Commission des libérations conditionnelles du Canada. (2015). *Rapport de Surveillance du Rendement 2014-2015.*

Cooke, M. (2010). « Cinq arguments en faveur de la démocratie délibérative. » Dans C. Girard et A. Le Goff (dir.), *La Démocratie délibérative : Anthologie de textes fondamentaux* (pp.331-379). Paris : Hermann.

Coppens, P., Ferreras, I., Nanteuil, M., et Verdussen, M. (2023). *La démocratie à l'épreuve : entre transitions constitutionnelles et défi écologique*. Lormont : Le Bord de l'eau.

Corcoran, P. E. (1983). « The Limits of Democratic Theory. » Dans G. Duncan (dir.), *Democratic Theory and Practice* (pp.9-29). New York : Cambridge University Press.

Courvoisier, T. (2017). *Des étoiles aux Etats : manifeste pour une gouvernance à l'écoute de la science*. Chêne-Bourg : Georg.

Cros, L. (2015). « Introduction : Le Canada conservateur de Stephen Harper. » Revue interdisciplinaire des études canadiennes en France, 78(1), 7-24.

Cruft, R. Liao, S.M., et Renzo, M. (2015). « The Philosophical Foundations of Human Rights: An Overview. » Dans R. Cruft, S. Liao, et M. Renzo (dir.), *Philosophical Foundations of Human Rights. Philosophical Foundations of Law* (pp. 1-41) Oxford: Oxford: Oxford University Press.

Cullen, F. T., Fisher, B. S., et Applegate, B. K. (2000). Public opinion about punishment and corrections. *Crime and justice, 27*, 1-79.

D'Almeida, N. (2014). « L'opinion publique. » *Hermès*, 70(3), 88-92.

Daems, T., et Pleysier, S. (2021). *Criminology and democratic politics*. New York : Taylor & Francis Group.

Dahl, R. A. (1998). *On democracy*. New Haven : Yale University Press.

Damore, D. F., Bowler, S., et Nicholson, S. P. (2012). « Agenda Setting by Direct Democracy: Comparing the Initiative and the Referendum. » *State Politics & Policy Quarterly*, 12(4), 367–393.

De Tocqueville, A. (2012). *De la démocratie en Amérique* [1835]. Paris : Institut Coppet.

De Jonge, E. (2010). « La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique. » *Argumentation et Analyse du Discours*, [En ligne].

Degraeuwe, C. (2020). *L'influence de l'opinion publique sur la législation en matière de libération conditionnelle : vers un populisme pénal* ? Mémoire de maîtrise : Université catholique de Louvain.

Delmas-Marty, M. (1994). *Pour un droit commun*. Paris: Seuil.

Demortain, D. (2021). « Experts scientifiques et action publique : paradoxe et perspectives de recherche pour la sociologie politique de l'expertise. » *Sciences sociales et santé,* 39(2), 33-41.

Denquin, J. M. (2008). « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit. » *Jus Politicum: Revue de droit politique*, [En ligne].

Denquin, J. M. (2009). Que veut-on dire par «démocratie»? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle. *Jus Politicum: Revue de droit politique*, [En ligne].

Denquin, J-M. (2023). « Démocratie, représentation et relativité de l'ontologie. » *Jus Politicum - Revue de droit politique, Démocratie et représentation*, 29, 9-19.

Deslauriers, J.-P. et Kérisit, M. (1997). « Le devis de recherche qualitative. » Dans J. Poupart, L.-H. Groulx, J.-P. Deslauriers, A. Laperrière, R. Mayer et A. Pires (dir.), *La recherche qualitative: Enjeux épistémologiques et méthodologiques* (pp.85-111). Montréal: Gaëtan Morin.

Desrosiers, J., et Bernier, D. (2006). « Sexe, adolescence et populisme pénal...Ou comment la différence d'âge est devenue un crime. » *Cahiers de Droit,* 50(3-4), 637-662.

Desrosiers, J., Rossi, C., Cloutier, M., Brassard, V., et Béland-Ouellette, A. (2020).« Étude comparative des programmes canadiens de mesures de rechange ou comment favoriser le désengorgement des tribunaux. » *Revue générale de droit*, 50(1), 95-150

Dewey, J. (1927). *The public and its problems*. New-York: Holt and Company.

Dinan, S.., et Béland, D. (2024). « Federalism and Social Policy Expansion in Canada during the Justin Trudeau Era. » *Publius: The Journal of Federalism*, 55(2), 379-398.

Donnelly, J. (2019). *The concept of human rights*. London : Taylor & Francis Group.

Doob, A N., et Roberts, J.V. (1988). « Public Punitiveness and Public Knowledge of the Facts: Some Canadian Surveys. » Dans N. Walker et M. Hough (dir.), Public Attitudes to Sentencing: Surveys from Five Countries (pp. P 111-133) Gower : Aldershot .

Doob, A. N., et Roberts, J. V. (1984). « Social psychology, social attitudes, and attitudes toward sentencing. » *Canadian Journal of Behavioural Science/Revue canadienne des sciences du comportement*, 16(4), 269-280.

Doob, A.N. (2000). « Transforming the punishment environment: Understanding public views of what should be accomplished at sentencing. » *Canadian Journal of Criminology*, 42(3), 323-340.

Drolet, M. J. (2010). *L'universalité des droits humains dans le contexte du pluralisme axiologique inhérent aux relations internationales: le cas du confucianisme*. Thèse de doctorat: Université de Montréal.

Dubé, R., et 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,* 31(4), 465-485.

Dubé, R., et Garcia, M. (2017). « Le judiciaire, la détermination de la peine et la polycontexturalité de l'opinion publique. » *Revue Canadienne Droit et Société*, 32(1), 55–74.

Dubé, R., et Garcia, M. (2018).« L'opinion publique au fondement du droit de punir: fragments d'une nouvelle théorie de la peine ? » *Déviance et société*, *42*(2), 243-275.

Duchastel, J. (1993). « Discours et informatique: des objets sociologiques ? » *Sociologie et Sociétés*, 25(2), 157-170.

Dufresne, J. (1994). *La démocratie athénienne : miroir de la nôtre*. Québec: L'Agora.

Dupuis-Déri, F. (1994). « Qu'est-ce que la démocratie? » *Horizons philosophiques*, 5(1), 84-95.

Duran, P. (1999). *Penser l'action publique*. Paris: LGDJ.

Durand Folco, J. (2023). *Réinventer la démocratie : de la participation à l'intelligence collective*. Ottawa : Les Presses de l'Université d'Ottawa.

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, R. (2003). « The judge's new role : should personal convictions count? »*Journal of International Criminal Justice,* 1(1), 4–12.

Dworkin, R. (2006). *Is Democracy Possible Here ? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press.

Dzur, A. W. (2012). *Punishment, participatory democracy, and the jury*. New York: Oxford University Press.

Dzur, A. W., Loader, I., et Sparks, R. (2016). *Democratic theory and mass incarceration*. London: Oxford University Press.

Enns, P. K. (2014). « The public's increasing punitiveness and its influence on mass incarceration in the United States. » *American Journal of Political Science*, 58(4), 857-872.

Eoche-Duval, C. (2012). « Droit pénal et souveraineté démocratique: la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal? » *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2(2), 305-314.

Euvrard, E., et Leclerc, C. (2019). « La construction du cadre normatif de l'emprisonnement avec sursis: analyse de la réforme politique de la loi C-9 au Canada. » *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 61(2), 26-45.

Feinberg, J. (1970). « The Nature and Value of Rights. » *Journal of Value Inquiry*, 4, 243-257.

Fercot, C. (2012). «Le juge et le droit au minimum. » *La Revue des droits de l'homme* [En ligne].

Ferguson, J. (1994). *The Anti-Politics Machine : « Development », Depoliticization and Bureaucratic Power in Lesotho*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Ferrarese, E. (2008). « Niklas Luhmann, une introduction. » *Thérapie familiale*, 29(1), 179-184.

Ferret, J. et Mouhanna, C. (2005). *Peurs sur les villes : vers un populisme punitif à la française*. Paris: PUF.

Findlay, T. (2022). « Intersectionalities of opportunism: Justin Trudeau and the politics of "diversity". » *International Journal of Canadian Studies*, 60(1), 40-59.

Fischer, F. (2009). *Democracy and expertise: Reorienting policy inquiry*. New York: Oxford University Press.

Fishkin, J. (2009). *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation.* New York: Oxford University Press.

Fishkin, J. S. (1995). *The voice of the people: public opinion and democracy*. New Haven: Yale University Press.

Fishkin, J., Kousser, T., Luskin, R. C., et Siu, A. (2015). « Deliberative agenda setting: Piloting reform of direct democracy in California. » *Perspectives on Politics*, 13(4), 1030-1042.

Fleck, R. K., et Hanssen, F. A. (2013). « Judicial Review as a Constraint on Tyranny of the Majority. » *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 29(2), 303-331.

Foucault, M. (1969). *Les Mots et les Choses. Une archéologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard.

Foucault, M. (2001). *Dits et écrits*, *tome 2.* Paris: Gallimard.

Fredman, S. (2005). « Providing equality: Substantive equality and the positive duty to provide. » *South African Journal on human rights*, 21(2), 163-190.

Freeman, M. (2002). *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*. Malden: Blackwell Publishers.

Frega, R. (2021). *Le projet démocratique Une approche pragmatiste*. Paris: Éditions de la Sorbonne.

Freiberg, A., et Carson, W. G. (2010). « The Limits to Evidence-Based Policy: Evidence, Emotion and Criminal Justice.» *Australian Journal of Public Administration*, 69(2), 152–164.

Freund, J. (1986). *L'essence du politique*. Paris: Sirey.

Frost, N. A. (2006). *The Punitive State: Crime, Punishment and Imprisonment across the United States*. New York: LFB Scholarly Publications, LLC.

Gagnon, J. P. (2018). « 2,234 descriptions of democracy: An update to democracy's ontological pluralism. » *Democratic Theory*, *5*(1), 92-113.

Gallie, W. B. (1956). « Essentially Contested Concepts. » *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56(1), 167–198.

Garapon, A. (1996). *Le gardien des promesses*. Paris : Éditions Odile Jacob.

Garapon, A. (2001). *Et ce sera justice : punir en démocratie*. Paris : Odile Jacob.

Garcia, M. (2010). *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. Thèse de doctorat: Université du Québec à Montréal.

Garcia, M. (2014). « La géométrie normative variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel. » *Déviance et Société,* 38(3), 361-385.

Garcia, M. (2016). « Du juge « bouche de la loi » dans sa « tour d'ivoire » au juge « gardien des promesses » dans la cité: une reformulation contemporaine de l'indépendance judiciaire. » *Canadian Criminal Law Review,* 21(1), 237-267.

Garcia, M. (2022). « Qu'est-ce qui est possible : La transformation comme résultat d'une danse entre normativité, critique, épistémologie et ontologie. » Dans P. Corriveau (dir.), *Normativité et critique en sciences sociales* (pp. 311-348). Québec : Presses de l'Université Laval.

Garland, D. (2001). *The culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society.* Chicago: The University of Chicago Press.

Garland, D. (2020). « Penal controls and social controls: Toward a theory of American penal exceptionalism. » *Punishment & Society,* 22(3), 321-352.

Garland, D. (2021). « What's wrong with penal populism? Politics, the public, and criminological expertise. » *Asian Journal of Criminology*, *16*(3), 257-277.

Gaus, G. (1997). « Does democracy reveal the voice of the people? Four takes on Rousseau. » *Australasian Journal of Philosophy, 75*(2), 141-162.

Gay-Para, G. (2024). « Le retour du bien commun : Considérations historiques et critiques. » *Le Philosophoire,* 62(2), 29-5.

Gee, J. P. (2010). *How To Do Discourse Analysis: A Toolkit*. Florence, KY: Routledge.

Gillet, D. (2015). Les *instruments de lutte contre la récidive. Droit*. Thèse de doctorat: Université de Nice.

Girard, C. (2019). *Délibérer entre égaux : enquête sur l'idéal démocratique*. Paris: J. Vrin.

Giroux, J. (2013). « Le spectre épistocratique. » *Philosophiques*, 40(2), 301–319.

Glennerster, R. (2012). « The Power of Evidence: Improving the Effectiveness of Government by Investing in More Rigorous Evaluation. » *National Institute Economic Review*, 219(1), 4-14.

Goodin, R. E. (2008). *Innovating democracy democratic theory and practice after the deliberative turn*. Cheltenham: Oxford University Press.

Goujon, A. (2015). *Les Démocraties Institutions, fonctionnement et défis*. Paris: Armand Colin.

Granjou, C. (2003). « L'expertise scientifique à destination politique. » *Cahiers internationaux de sociologie*, 114(1), 175-183.

Guénard, F. (2016). *La démocratie universelle. Philosophie d'un modèle politique*. Paris: Le Seuil.

Guibentif, P. (2010). *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu une génération repense le droit*. Paris: LGDJ.

Guiney, T. (2023). « Is the Party Really Over? Parties, Partisanship and the Politics of Crime. » *The British Journal of Criminology, The British Journal of Criminology*, 12, 1–17.

Guizot, M. (1849). *De la démocratie en France*. Paris: Victor Masson.

Haarscher, G. (1993). *La philosophie des droits de l'homme*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles.

Häberle, P. (2004). *L'état constitutionnel*. Paris: Economica.

Habermas, J. (1997). *Droit et démocratie: Entre faits et normes*. Paris: Gallimard.

Habermas, J. (1987b). *Théorie de l'agir communicationnel Tome 1 – Rationalité de l'agir et rationnalisation de la société*. Paris: Éditions Fayard.

Hallsworth, S. (2002). « The case for a postmodern penality. » *Theoretical criminology*. 6(2), 145-163.

Hammersley, M. (2013). *What is Qualitative Research?* London : Bloomsbury Academic.

Harder, L., et Patten, S. (2006). *The Chrétien legacy : politics and public policy in Canada*. Montréal: McGill-Queen's University Press.

Hart, H. L. (1982). *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press.

Haslanger, S. (2005). « What are we talking about? The semantics and politics of social kinds. » *Hypatia*, 20(4), 10-26.

Hasting, M. (2016). « Préface. » Dans. P. Berthelet (dir.), *Crimes et châtiments dans l'État de sécurité : traité de criminologie politique* (pp. 33-36). Paris: Publibook.

Head, B. W. (2016). « Toward More "Evidence-Informed" Policy Making? » *Public Administration Review,* 76(3), 472–484.

Hecquard, M. (2007). *Les fondements philosophiques de la démocratie moderne*. Paris: Guibert.

Hedstrom, J., et Smith, J. (2013). *Vaincre l'exclusion politique : stratégies permettant aux groupes marginalisés de prendre part au processus de décision politique*. Stockholm: Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale.

Hegel, G. (1998). *Principes de la philosophie du droit*. Paris: PUF.

Held, D. (2014). *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press.

Hermet, G. (2003). «Démocratisation, droits de l'homme et gouvernance. » Dans : P. Favre (dir.), *Être gouverné. Études en l'honneur de Jean Leca* (pp. 301-313). Paris: Presses de Sciences Po.

Hersch, C. (2025). *Creating democracy : Arendt and Bakhtin in dialogue*. New York: Routledge.

Hessel, S. et De Keyser, V. (2013). *Palestine, la trahison européenne*. Paris: Fayard.

Hibbing, J. R., et Theiss-Morse, E. (2002). *Stealth democracy: Americans' beliefs about how government should work*. New York: Cambridge University Press.

Hidalgo, O. (2008). « Conceptual history and politics: Is the concept of democracy essentially contested?. » *Contributions to the History of Concepts*, 4(2), 176-201.

Hill, M., et Varone, F. (2016). *The public policy process*. London: Routledge.

Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. London: Harvard University Press.

Hogeveen, B.R. (2005). « If we are tough on crime, if we punish crime, then people get the message'. Constructing and governing the punishable young offender in Canada during the late 1990s. » *Punishment & Society*, 7(1), 73-89.

Hotez, P. J. (2023). *The deadly rise of anti-science: a scientist's warning*. Baltimore: JHU Press.

Hough, M., et Moxon, D. (1988). « Dealing with Offenders: popular opinion and the views of victims in England and Wales. » Dans N. Walker et M. Hough (dir.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries* (pp. 160-175). Aldershot: Gower Publishing Company.

Howlett, M., et Craft, J. (2013). « Policy advisory systems and evidence-based policy: The location and content of evidentiary policy advice. » Dans S. Young (dir.), *Evidence-based policy-making in Canada: A multidisciplinary look at how evidence and knowledge shape Canadian public policy* (pp.27-44). Don Mills: Oxford University Press.

Hurley, D. (2003). *L'étoile polaire : les droits humains dans la société de l'information*. Montréal: Droits et Démocratie.

Innerarity, D., et Champeau, S. (2015). *Démocratie et société de la connaissance*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble.

Ismaili, K. (2006). « Contextualizing the criminal justice policy-making process. » *Criminal Justice Policy Review*, 17(3), 255-269.

Jacobs, D., et Kleban, R. (2003). « Political institutions, minorities, and punishment: A pooled crossnational analysis of imprisonment rates. » *Social Forces*, 82(2), 725–755.

Jamieson, K. H. (1993). *Dirty politics: Deception, distraction, and democracy*. New York: Oxford Paperbacks.

Jeffrey, B. (2015). *Dismantling Canada: Stephen Harper's new conservative agenda.* Montreal: McGill-Queen's University Press.

Jennings, W., Farrall, S., Gray, E., et Hay, C. (2017). « Penal populism and the public thermostat: Crime, public punitiveness, and public policy. » *Governance*, 30(3), 463-481.

Joly, P.-B. (2005). « La sociologie de l'expertise scientifique : la recherche française au milieu du gué. » Dans O. Borraz, C. Gilbert et P.-B. Joly (dir.), *Risques, crises et incertitudes : pour une analyse critique* (pp. 117-174). Grenoble: Maison des Sciences de l'Homme.

Jones, D. T. (2003). « *Yo, Canada! A wake-up call for y'all up there*. » Policy Options, 1, 45–48.

Jones, G. (2019). *10% less democracy*. Stanford: *Politics*.

Jones, R. (2010). « Populist leniency, crime control and due process. » *Theoretical Criminology*, 14(3), 331-347.

Jones, T., et Newburn, T. (2002). « Policy convergence and crime control in the USA and the UK. » *Criminal Justice*, 2(2), 173-203.

Jouan, M., et Laugier, S. (2009). *Comment penser l'autonomie: Entre compétences et dépendances*. Paris: PUF.

Jouary, J. (2017). « Rousseau, le problème de la démocratie représentative. » *L'Enseignement philosophique*, 67(2), 37-44.

Journet, N. (2013). « Les tribulations modernes du savoir scientifique. » Dans T. Lepeltier (dir.), *Histoire et philosophie des sciences* (pp. 202-214). Auxerre: Éditions Sciences Humaines.

Jouvenel, B. (1972). *Du pouvoir : histoire naturelle de sa croissance.* Paris: Hachette.

Joxe, P. (2008). « La loi est-elle "l'expression de la volonté générale" ? » *Après-demain*, 7(3), 11-14.

Juignet, P. (2016). « Qu'est-ce que la science ? » *Philosophie, science et société*, 1-25.

Julliard, J. (2007). « Les intellectuels dans la démocratie d'opinion. » *Commentaire*, 30(3), 687-696.

Kaboré, B. (1998). *La démocratie entre l'universel et le particulier: essai sur le statut de l'idéal démocratique: une perspective kantienne*. Ottawa: University of Ottawa.

Kaufmann, L. (2002). « L'opinion publique ou la sémantique de la normalité. » *Langage & société*, 100(2), 49-79.

Keiding, B-T. (2011). « Observing participating observation: a re-description based on systems theory.» *Historical Social Research*, 36(1), 106-123

Kelly, J. B., et Puddister, K. (2017). « Criminal Justice Policy during the Harper Era: Private Member's Bills, Penal Populism, and the Criminal Code of Canada. » *Canadian Journal of Law & Society*, 33(3), 1-25.

Keslassy, E. (2016). *Démocratie et égalité*. Paris : Bréal.

Kesselman, D. (2020). *Ballot Issues* : la démocratie directe et la société américaine dans les urnes. IdeAs. Idées d'Amérique. *IdeAs* [En ligne].

Klein, L. (2017). « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie. » *Revue française de droit constitutionnel*, 109(1), 121-141.

Kleinfeld, J., Appleman, L. I., Bierschbach, R. A., Bilz, K., Bowers, J., Braithwaite, J., Burns, R. P., Duff, R. A., Dzur, A. W., Geraghty, T. F., Lanni, A., McLeod, M. S., Nadler, J., O'Rourke, A., Robinson, P. H., Simon, J., Simonson, J., et Tyler, T. R. (2017). « White paper of democratic criminal justice. » *Northwestern University Law Review*, 111(6), 1693-1706.

Knorr Cetina, K. (1998). « Les épistémès de la société : l'enclavement du savoir dans les structures sociales. » *Sociologie et sociétés*, *30*(1), 39–54.

Koren, R. (2010). « Quand l'interdisciplinarité est un « état d'esprit » critique et heuristique. » *Questions de communication*, (18), 159-170.

Kuhn, A., Villettaz, P., et Jayet, A. (2002). « Opinion publique et sévérité des juges. Comparaison entre les peines prononcées par les juges suisses et les sanctions désirées par le public. » *Crimiscope*, 19, 1-6.

Kurki, M. (2010). « Democracy and Conceptual Contestability: Reconsidering Conceptions of Democracy in Democracy Promotion. » *International Studies Review*, 12(3), 362–386.

Kurki, M. (2013). *Democratic futures : revisioning democracy promotion*. London: Routledge.

Lacey, N. (2009). « Historicising criminalisation: Conceptual and empirical issues. » *The Modern Law Review*, *72*(6), 936-960.

Lacroix, J. (2012). *Droits de l'homme et politique*. Paris: La Vie des idées.

Lacroix, J.-M. (2019). *Histoire du Canada : Des Origines à Nos Jours.* Paris: Tallandier.

Lamalice, O. (2006). *La sévérité pénale à l'heure du populisme*. Ottawa: Ministère de la Sécurité publique.

Lamy, J. (2019). « Gouverner par l'expertise scientifique et technique–Note critique. » *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 8, 149-165.

Lancaster, R.N. (2011). *Sex Panic and the Punitive State. Berkeley*. California: University of California Press.

Landa, D., et Pevnick, R. (2020). « Representative Democracy as Defensible Epistocracy. » *American Political Science Review*, 114(1), 1–13.

Landemore, H. (2018).« Referendums are never merely referendums: On the need to make popular vote processes more deliberative. » *Swiss Political Science Review*, *24*(3), 320-327.

Landemore, H., et Bandini, A. (2013). « Pourquoi le grand nombre est plus intelligent que le petit nombre, et pourquoi il faut en tenir compte. » *Philosophiques*, 40(2), 283-299.

Landreville, P. (2007). « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme. » *Criminologie*, 40(2), 19-51.

Lapointe, P. A. (2000). *Participation et démocratie au travail*. Québec: Université du Québec à Montréal.

Larroque, C. (2014). « Corruption de la démocratie et enjeu environnemental : la « crise des ordures » napolitaine. » *Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum*, 9(1), 167–189.

Latour, B. (2002). *La Fabrique Du Droit : Une Ethnographie Du Conseil d'État*. Paris: La Découverte.

Le Bart, C. (2003). « Lois et invariants d'un genre : pour une sociologie des gaffes politiques. » Dans S. Bonnafous (dir.), *Argumentation et discours politique* (pp.79-87). Rennes : Presses universitaires de Rennes.

Le Bouter, F. (2014). « La sociologie constructiviste du risque de Niklas Luhmann. » *Communication & Organisation*, 45(1), 33-48.

Le Moigne, J. (2013). « Sur l'intelligence de la complexité, en entrelaçant épistémologie et pragmatique. » Dans J. Le Moigne (dir.), *Intelligence de la complexité: Épistémologie et pragmatique* (pp. 11-27). Paris: Hermann.

Lebaron, F. (2017). « Pour la science : raison et démocratie face aux pouvoirs économiques et politiques. » *Savoir/Agir*, 42(4), 7-10.

Leca, J. (2000). « Sur la gouvernance démocratique: entre théorie et méthode de recherche empirique. » *Politique européenne*, 1, 108-129.

Lechenet, A. (2010). « La reconnaissance, condition à l'exercice de la citoyenneté... y compris pour les femmes, ou ce que peuvent nous apporter les propositions de Axel Honneth.» *Congrès annuel de l'Association Suisse de Science Politique*, Document de travail.

Leclerc, A. (2017). « Du mot au concept : la démocratie comme intellectualisation de la dispute sociale. » Dans B. Bruneteau, G. Châton et P. Portier (dir.), *L'aventure démocratique* (pp.113-135). Rennes : Presses universitaires de Rennes.

Leclerc, C. (2012). « Explorer et comprendre l'insatisfaction du public face à la « clémence » des tribunaux. » *Champ pénal/Penal field*, Vol. IX. [En ligne].

LeDuc, L. (2015). « Referendums and deliberative democracy. » *Electoral Studies*, 38, 139-148.

Lee, C. W. (2014). *Do-it-yourself democracy: The rise of the public engagement industry*. New York: Oxford University Press.

Lefebvre, R. (2017). *Leçons d'introduction à la science politique*. Paris: Ellipses.

Lefort, C. (1966). « Pour une sociologie de la démocratie. » *Annales: histoire, sciences sociales*, 21(4), 750–768.

Levin, B. (2022). « Criminal justice expertise. » *Fordham Law Review*, 90(6), 2777-2838.

Leydet, D. (2012). « Démocratie et frontières : le problème de la constitution du demos et le recours à l'histoire. » *Philosophiques*, 39(2), 405–419.

Liverani, M., Hawkins, B., et Parkhurst, J. O. (2013). « Political and institutional influences on the use of evidence in public health policy : A systematic review. » *PloS one*, 8(10), 1-9.

Loader, I. (2006). « Fall of the 'platonic guardians' liberalism, criminology and political responses to crime in England and Wales. » *British journal of criminology*, 46(4), 561-586.

Luhmann, N. (1988). « Closure and openness: On reality in the world of law. » Dans G. Teubner (dir.), *Autopoietic law: A new approach to law and society* (pp. 335–348). BNew York: De Gruyter.

Luhmann, N. (1990). « Développements récents en théorie des systèmes. » Dans G. Duprat (dir.), *Connaissance du politique* (pp. 281-294). Paris: PUF.

Luhmann, N. (1996). « La constitution comme acquis "évolutionnaire". » *Droits*, 23, 113-118.

Luhmann, N. (1999). *Politique et complexité*. Paris: Les éditions du Cerf.

Luhmann, N. (2001). « L'opinion publique. » *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 14(55), 25-59.

Luhmann, N. (2002). *Theories of distinction: Redescribing the descriptions of modernity*. Standford: Stanford University Press.

Lynch, M. (2018). *Éloge de la raison: pourquoi la rationalité est importante pour la démocratie*. Paris: Agone.

MacDonnell, V. A. (2013). « The constitution as framework for governance. »*University of Toronto Law Journal*, 63(4), 624–654.

MacKinnon, C. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State.* Cambridge: Harvard University Press.

Macklem, T. (2006). « Entrenching Bills of Rights.» *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(1), 107-129.

Mallea, P. (2015). « Tough on crime, weak on results: The Harper government's emphasis on prison time is ineffective and expensive. » Dans H. Teresa et S. Trew (dir.), *The Harper record 2008-2015* (pp. 203-217). Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives.

Mandery, E. (2022). *Poison Ivy: How Elite Colleges Divide Us*. New York: The New Press.

Manfredi, C. (2001). « *Judicial Power and the Charter: Three Myths and a Political Analysis*.» The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 14.

Manfredi, C. B. (2002). « Strategic Behaviour and the Canadian Charter of Rights and Freedoms. » Dans P. James, D. E. Abelson et M. Lusztig (dir.), *Myth of the Sacred: The Charter, the Courts, and the Politics of the Constitution in Canada* (pp. 147-170). Montréal: McGillQueen's Press-MQUP.

Manin, B. (1994). « Frontières, freins et contrepoids: La séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787. » *Revue Française de Science Politique*, 44(2), 257–257.

Manning, J. F. (2005). « Textualism and legislative intent. » *Virginia Law Review Online*, 91(2), 419-450.

Marguin, J. (2024). *La justiciabilité : essai critique sur un critère de la démocratie constitutionnelle*. Le Kremlin-Bicêtre: Mare & Martin.

Martel, J. (2023). *Femmes incarcérées. : Inertie institutionnelle dans l'emprisonnement au Canada et au Québec*. Québec: Presses de l'Université Laval.

Matthews, R. (2005). « Myth of Punitivenss. » *Theoretical Criminology*, 9(2), 175-201.

Mauger, G. (2015). *Âges et générations*. Paris : La Découverte.

Mead, M. (1942). « The comparative study of culture and the purposive cultivation of democratic values. » Dans L. Bryson et L. Finkelstein (dir.), *Science, Philosophy and Religion, Second Symposium* (pp. 56-69). New York: Conference on Science, Philosophy and Religion in Their Relation to the Democratic Way of Life.

Mény, Y. (2019). *Imparfaites démocraties : frustrations populaires et vagues populistes*. Paris: Presses de Sciences Po.

Mény, Y., et Surel, Y. (2000). *Par le peuple, pour le peuple: le populisme et les démocraties*. Paris: Fayard.

Meyer, J., et O'Malley, P. (2005). *Missing the Punitive Turn? Canadian Criminal Justice,'Balance'and Penal Modernism.* Sydney: Legal Studies Research Paper.

Meyers, D. T. (2021). « Feminist Philosophy of Human Rights. » Dans K. Hall, et A. Kristjana (dir.), *The Oxford handbook of feminist philosophy* (pp. 462-474). New York : Oxford University Press.

Miller, L. L. (2013). « Power to the people: Violent victimization, inequality and democratic politics. » *Theoretical Criminology*, 17(3), 283-313.

Mills, C. W. (1940). « Situated actions and vocabularies of motive. » *American sociological review*, 5(6), 904-913.

Mineur, D. (2017). *Le Pouvoir de la majorité - Fondements et limites*. Paris: Classiques Garnier Numérique.

Mitchell, T. (2012). *Petrocratia : La démocratie à l'âge du carbone.* Alfortville: Edition Ere.

Moran, D. (2014). « Leaving behind the 'total institution'? Teeth, transcarceral spaces and (re) inscription of the formerly incarcerated body. » *Gender, Place & Culture*, 21(1), 35-51.

Morel, L. (2019). *La question du référendum*. Paris: Les Presses de Sciences Po.

Moriceau, J. L. (2018). « Écrire le qualitatif: écriture réflexive, écriture plurielle, écriture performance. » *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, 24(1), 45-67.

Morin, E. (1990). *Introduction à la pensée complexe*. Paris: ESF Éditeur.

Mosbah-Natanson, S., et Crépon, S. (2023). « Ce que le populisme fait aux sciences sociales : Pour une sociologie des usages du populisme. » Dans F. Guillaume Dufour et E. Peker (dir.), *Populisme et sciences sociales. Perspectives québécoises, canadiennes et transatlantiques* (p. 321-336). Ottawa: Presses de l'université d'Ottawa

Mucchielli, L. (2013). *La frénésie sécuritaire: retour à l'ordre et nouveau contrôle social*. Paris: La découverte.

Muller, P. (2015). *Les politiques publiques.* Paris: PUF.

Newburn, T. (2007). «Tough on crime": Penal Policy in England and Wales'. » *Crime and Justice*, 36(1), 425–70.

Nicot, A. L. (2007). « La démocratie en questions. L'usage stratégique de démocratie et de ses dérivés dans les questions au gouvernement de la 11e Législature (1997-2002). » *Mots. Les langages du politique*, 83, 9-21.

Nootens, G. (2016). *La souveraineté populaire en Occident: communautés politiques, contestation et idées*. Québec : Presses de l'Université Laval.

Nussbaum, M. (2012). *Capabilités: comment créer les conditions d'un monde plus juste?* Paris: Climats.

Nutley, S., Walter, I., et Davies, H. (2009). « Past, present, and possible futures for evidence-based policy. » Dans G. Argyrous (dir.), *Evidence for Policy and Decision-Making: A Practical Guide* (pp. 1–23). Sydney: University of New South Wales Press.

O'Donnell, G. (2007). « The Perpetual Crises of Democracy. » *Journal of Democracy*, 18(1), 5-11.

Ober, J. (2013). « Democracy's wisdom: An Aristotelian middle way for collective judgment. » *American Political Science Review*, 107(1), 104-122.

Obrecht, A. (2006). « Long Live the Philosopher-King? » *Rerum Causae*, 1(1). 36-447.

Orend, B. (2002). *Human Rights: Concept and Context*. Peterborough: Broadview Press.

Page, B., et Shapiro, R. (1983). « Effects of Public Opinion on Policy. » *American Political Science Review*, 77(1), 175-190.

Paillé, P., et Mucchielli, A. (2016). *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*. Paris: Armand Colin.

Pamuk, Z. (2024). *Politics and expertise: How to use science in a democratic society*. Oxford: Princeton University Press.

Papon, P. (2020). *La démocratie a-t-elle besoin de la science?* Paris: CNRS Éditions.

Patomaki, H. (2003). « Problems of Democratizing Global Governance: Time, Space and the Emancipatory Process. » *European Journal of International Relations*, 9(3), 347–376.

Peter, F. (2009). *Democratic legitimacy*. New York: Routledge.

Pettit, P. (2002). « Is Criminal Justice Politically Feasible? » *Buffalo Criminal Law Review*, 5(2), 427-450.

Pinker, S. (2018). *Enlightenment now : the case for reason, science, humanism, and progress*. Pinker: Viking.

Pires, A. P. (1997). « Échantillonnage et recherche qualitative: essai théorique et méthodologique. » *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, 113-169.

Pires, A. P. (2001). « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. » *Sociologie et sociétés*, 33(1), 79–204.

Pires, A. P. (2013). « Postface : Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche. » Dans R. Dubé, M. R. Machado et M. Garcia (dir.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 289-323). Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa.

Pires, A.P. (2002). « Codifications et réformes pénales. » Dans L. Mucchielli et P. Robert (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs* (pp. 84-92). Paris : Éditions La Découverte.

Platon. (2009). *Protagoras*. Paris: Flammarion.

Poe, E. A. (1845). *Œuvres en prose*. Paris: Gallimard/Pléiade.

Pranchère, J. (2018). « La démocratie indéfinie et les « limites de l'autonomie ». Claude Lefort entre « principe d'anarchie » et « libéralisme » ». *Raison publique*, 23(1), 109-127.

Pratt, J. (2007). *Penal Populism*. New York: Routledge.

Rabault, H. (2015). « La réalité comme artefact: le constructivisme sociologique de Niklas Luhmann. » *Droit et société*, 89(1), 207-218.

Ramond, C. (2008). « Égalité des chances et reconnaissance: Sur une surprenante contradiction des méritocraties démocratiques. » *Cités*, 35, 143-150.

Rapeli, L. (2016). « Public support for expert decision-making: Evidence from Finland. » *Politics*, 36(2), 142-152.

Raskin, M. G. (1986). *The common good : its politics, policies and philosophy*. New York: Routledge.

Resnick, P. (1997). *Twenty-first century democracy*. Québec: McGill-Queen's University Press.

Restier-Melleray, C. (1990). « Experts et expertise scientifique: Le cas de la France. » *Revue française de science politique*, 40(4), 546-585.

Reynolds, N., Craig, L.A., et Boer, D. (2009). « *Public attitudes towards offending, offenders and reintegration*. » Dans J. Wood and T.A. Gannon (dir.), *Public Opinion and Criminal Justice* (pp. 166-186) Cullompton: Willian.

Robert, G. (2007). *La démocratie: ses évidences et son avenir*. Mémoire de maîtrise : Université Laval.

Robert, J. H. (2009). « La politique pénale: ressorts et évolution. » *Pouvoirs*, *128*(1), 103-111.

Robert, P., Boulad Ayoub, J., et Antaki, M. (2013). *Rationalité pénale et démocratie*. Québec: Presses de l'Université Laval.

Roberts, J. (2018). *Public opinion, crime, and criminal justice*. New York: Routledge.

Roberts, J. V., et Hough, M. (2005). « The state of the prisons: Exploring public knowledge and opinion. » *The Howard Journal of Criminal Justice*, 44(3), 286-306.

Roberts, J. V., Crutcher, N., et Verbrugge, P. (2007). « Public attitudes to sentencing in Canada: Exploring recent findings. *Canadian journal of criminology and criminal justice*, » 49(1), 75-107

Roberts, J. V., Hough, M., et Hough, J. M. (2002). *Changing attitudes to punishment: Public opinion, crime and justice*. Cullompton: Willan Publishing.

Roberts, J.V., Stalans, L.J., Indermaur, D., et Hough, M. (2003). *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*. England: Oxford University Press.

Roberts, L.D., et Indermaur, D. (2007). « Predicting punitive attitudes in Australia. » *Psychiatry, Psychology and Law*, 14(1), 56-65.

Rochlitz, R. (2004). « Théories narratives et théories normatives de la démocratie. » *Les Études philosophiques,* 70(3), 404-418.

Rogers, P., Hirst, L., et Davies, M. (2011). « An investigation into the effect of respondent gender, victim age, and perpetrator treatment on public attitudes towards sex offenders, sex offender treatment, and sex offender rehabilitation. » *Journal of Offender Rehabilitation*, 50(8), 511–530.

Rosanvallon, P. (1993). « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne. » *La pensée,* 1, 11-29.

Rosnay, J. (1994). *L'écologie et la vulgarisation scientifique : de l'égocitoyen à l'écocitoyen*. Québec: Catalogue du Musée de la civilisation.

Rossi, C., Desrosiers, J., Brassard, V., Godbout, K., Marceau, L., et Lavoie-Rancourt, C. (2024). « Évaluer une politique judiciaire hybride : trajectoire des dossiers d'accusés admis à un programme de justice réparatrice implanté à la Cour du Québec. » *Les Cahiers de droit*, 65(1), 191–231.

Rousseau, D. (2022). *Six thèses pour la démocratie continue*. Paris: Odile Jacob.

Roussin, J. (2019). « Deux conditions de la légitimité démocratique. » *Philosophiques*, 46(1), 45-66.

Rouvillois, F. (2017). *Droit constitutionnel 1. Fondements et pratiques*. Paris: Flammarion.

Rouyer, M. (2003). « Les promesses du constitutionnalisme. » *Raisons politiques*, 10(2), 7-23.

Rouyer, M. (2004). « La démocratie n'est plus ce qu'elle n'était pas. Réflexion sur la démocratie à l'aune de l'Europe. » *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 1(1), 91-107.

Rowan, M. (2011). « Democracy and punishment: A radical view. » *Theoretical Criminology*, 16(1), 43–62.

Russell, P. H. (1983). « The political purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. » *Can. B. Rev.*, 61(1), 30-54.

Saffon, M. P., et Urbinati, N. (2013). « Procedural democracy, the bulwark of equal liberty. » *Political theory*, 41(3), 441-481.

Salas, D. (2005). La *volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette.

Salles, S. (2023). « La question du peuple en démocratie. » Dans D. Rousseau et S. Laugier (dir.), *La démocratie : une idée force* (pp. 79-106). Paris: Mare & Martin.

Santos Pereira, T. (2004). «Politiques scientifiques, démocratie et mutations des institutions de savoir.» *Revue internationale des sciences sociales*, 180(2), 275-276.

Sartori, G. (1962). *Democratic Theory*. Detroit: Wayne University Press.

Sartori, G. (2004). « Where Is Political Science Going? » *Political Science and Politics*, 37(4), 785–787.

Sauvageau, J. (1998). *Le discours parlementaire sur la peine de mort: essai de criminologie réflexive du passage à l'acte législatif*. Thèse de doctorat: Louvain-la-Neuve, Université catholique de Louvain).

Sauvageau, J. (2012). *The Harper Government and the Criminal Law Agenda: When being "tough on crime" has nothing to do with crime, justice nor public safety.* Nouveau-Brunswick: St. Thomas University.

Savaresi, A. et Auz, J. (2019). « Climate change litigation and human rights: pushing the boundaries. » *Climate Law*, 9(3), 244-262.

Scheppele, K. L. (2002). « Declarations of Independence : Judicial reactions to political pressure. » Dans S. B. Burbank et B. Friedman (dir.), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach* (pp. 227-279). Thousand Oaks: Sage Publications.

Schmitter, P. C., et Karl, T. L. (1991). « What democracy is... and is not.» *Journal of democracy*, *2*(3), 75-88.

Schmutz, J. (2006), « Qui a inventé les mondes possibles? » *Cahiers de philosophie de l'Université de Caen*, 42, 9-45.

Schnapper, D. (2014). *L'esprit démocratique des lois*. Paris: Gallimard.

Schneckenburger, B. (2009). « La démocratie en errance?. » *Le Philosophoire,* 32(2), 157-162.

Schudson, M. (2006). « The Trouble with Experts - and Why Democracies Need Them. » *Theory and Society*, 35(5/6), 491-506.

Sen, A (2005). *The Idea of Justice*. London: Allen Lane.

Shammas, V. L. (2016). « Who's afraid of penal populism? Technocracy and 'the people' in the sociology of punishment. » *Contemporary Justice Review,* 19(3), 325 346.

Shue, H. (1996). *Basic Rights*. Princeton: Princeton University Press.

Simon, J. (2007). *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press.

Simone, R. (2016). *Si la démocratie fait faillite*. Paris: Gallimard.

Simpson, R. M. (2021). « Minimalism, determinacy, and human rights. » *Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 34*(1), 149–169.

Singer, B. C. (2015). « Cornelius Castoriadis: Auto-institution and radical democracy. » Dans M. Breaugh et coll., (dir.), *Thinking Radical Democracy : The Return to Politics in Post-War France* (pp.141-164). Toronto : University of Toronto Press.

Sintomer, Y. (1999). *La démocratie impossible ? : Politique et modernité chez Weber et Habermas*. Paris: La Découverte.

Skogan, W. G. (2017). « The impact of victimization on fear. » Dans J. Ditton et F. Stephen (dir.), *The fear of crime* (pp. 129-148). New York: Routledge.

Skolnik, T. (2022). « Rééquilibrer le rôle de la Cour suprême du Canada en procédure criminelle.» *McGill Law Journal*, 67(3), 259-294.

Slavin, R. E. (2008). « Perspectives on evidence-based research in education – what works? Issues in synthesizing educational program evaluations. » *Educational Researcher*, 37(1), 5–14.

Smith, S. D. (2008). « What Does Constitutional Interpretation Interpret. » Dans G. Huscroft (dir.), *Expounding the Constitution* (pp. 21-37). New York: Cambridge University Press.

Sofaer, S. (1999). « Qualitative Methods: What Are They and Why Use Them ? » *Health Services Research*, 34(5), 1101-1118.

Sommerer, E. (2006). « L'épochè populiste. » *Le Portique* [En ligne].

Soroka, S. N., et Wlezien, C. (2010). *Degrees of democracy: Politics, public opinion, and policy*. New York: Cambridge University Press.

Spicer, M. W. (2019). « What do we mean by democracy? Reflections on an essentially contested concept and its relationship to politics and public administration. » *Administration and Society*, 51(5), 724-748.

Starck, L. (2020). « Science, Expertises et décisions politiques. » *Civitas europa*, 45(2), 9-41.

Stasavage, D. (2007). « Polarization and publicity: rethinking the benefits of deliberative democracy. » *The Journal of Politics*, 69(1), 59-72.

Steiner, G. (1981). *Martin Heidegger*. Paris: Albin Michel

Stilgoe, J., Irwin, A., et Jones, K. (2006). *The Received Wisdom: Opening Up Expert Advice*. London: Demos.

Strauss, L. (1992). *Qu'est-ce que la philosophie politique?*. Paris: PUF.

Summa, H. (2017). « The rhetoric of efficiency: applied social science as depoliticization. » Dans R. Harvey Brown (dir.), *Writing the Social Text* (pp. 135-153). Oxon: Routledge.

Surowiecki, J. (2004). *La Sagesse des foules*. Paris: Lattès.

Sutcliffe, S., et Court, J. (2005). *Evidence-Based Policymaking: What is it? How Does it Work? What Relevance for Developing Countries ?* London: Overseas Development Institute.

Tabuteau, D. (2010). « L'expert et la décision en santé publique. » *Les Tribunes de la santé*, 27(2), 33-44.

Tarde, G. (1890). *Philosophie pénale*. Lyon: Storck.

Tarragoni, F. (2019). *L'Esprit démocratique du populisme : Une nouvelle analyse sociologique*. Paris : La Découverte.

Tarragoni, F. (2022). « Pour une sociologie du politique. Expériences de domination et pratiques sociales de la liberté. » *Revue du MAUSS*, 60(2), 351-378.

Tasioulas, J. (2012). « On the Nature of Human Rights. » Dans G. Ernst, et J.-C. Heilinger (dir.), *The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies* (pp. 17-60). Boston : De Gruyterm.

Taylor, A. (2019). *Democracy May Not Exist But We'll Miss it When It's Gone*. London: Verso Books.

Terray, E. (1992). *Le troisième jour du communisme*. Arles: Actes Sud.

Thibault, L. (2021). « Sport governance, democracy and globalization. » Dans J. Maguire, K. Liston et M. Falcous (dir.), *The Palgrave Handbook of Globalization and Sport* (pp. 627-647). Palgrave Macmillan.

Tilly, C. (2003). « Inequality, Democratization and De- democratization. » *Sociological Theory*, 21(1) 37–43.

Tilly, C. (2007). *Democracy*. New York: Cambridge University Press.

Tonry, M. (2007). « Determinants of penal policies. » *Crime and Justice*, 36(1), 1-48.

Touraine, A. (2014). *Qu'est-ce que la démocratie?* Paris : Fayard.

Tremblay, L. (2011). « Deux thèses sur la démocratie et le constitutionnalisme: la souveraineté du peuple et l'engagement préalable. » *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 41(3), 583-606.

Troper, M. (1989). « Pour une définition stipulative du droit. » *Droits,* 10, 101-104.

Tufts, J. (2000). *Public Attitudes Toward the Criminal Justice System*. Gouvernement du Canada.

Turcotte, D. (2000). « Le processus de recherche sociale. » Dans R. Mayer et F. Ouellet (dir.), *Méthodes de recherche en intervention sociale* (pp. 39-70). Boucherville: Gaétan Morin éditeur.

Turner, S. P. (2014). *The politics of expertise*. New York: Routledge.

Unnever, J. D., Cullen, F. T., et Fisher, B. S. (2007). « "A liberal is someone who has not been mugged": Criminal victimization and political beliefs. » *Justice Quarterly*, 24(2), 309-334.

Urbinati, N. (2014). *Democracy disfigured: Opinion, truth, and the people*. Cambridge: Harvard University Press.

Vandamme, P.-E. (2014). « La valeur épistémique de la démocratie, entre faits et normes. » *Revue Philosophique de Louvain*, 114(1), 95-126.

Vinck, D. (2007). *Sciences et société : sociologie du travail scientifique.* Paris: Armand Colin.

Wacquant, L. (2010). « La fabrique de l'État néolibéral : "workfare", "prisonfare" et insécurité sociale.» *Civilisations,* 59(1), 151-173.

Weber, M. (1992). *Essais sur la théorie de la science*. [1904-1917]. Paris: Pocket.

Weil, E. (1956). *Philosophie politique*. Paris: J. Vrin.

Welsh, B. C., et Farrington, D. P. (2001). « Toward an evidence-based approach to preventing crime. » *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 578(1), 158–173.

Welzel, C., et Klingemann, H. D. (2008). « Evidencing and explaining democratic congruence: The perspective of substantive democracy. » *World Values Research, WVR*, 1(3), 57-90.

Weymark, J. A. (2015). « Cognitive diversity, binary decisions, and epistemic democracy. » *Episteme,* 12(4), 497-511.

Whitehead, L. (2002). *Democratization: Theory and experience*. New York : Oxford University Press.

Wieviorka, M. (2014). « La science en question(s). » Dans M. Wieviorka (dir.), *La science en question(s)* (pp. 5-14). Auxerre: Éditions Sciences Humaines.

Windelsham, L. (1998). *Politics, Punishment and Populism*. Oxford: Oxford University Press.

Xavier, J. R. (2012). *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*. Thèse de doctorat: Université d'Ottawa.

Zimmerman, M. A., et Rappaport, J. (1988). « Citizen participation, perceived control, and psychological empowerment. » *American Journal of community psychology*, 16(5), 725-750.

Zimmermann, N. (2023). « Entre innovation et résistances: la garantie des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral.» *Revue de droit suisse*, 142(II), 151-249.

Zimring, F. E., et Johnson, D. T. (2006). « Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems. » *The Annals of the American Academy of Political and Social Science,* 605(1), 265-280.

Zysset, A. (2016). *The ECHR and Human Rights theory: reconciling the moral and the political conceptions*. New York: Routledge.

**Références législatives**

C-10, *Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant d'autres lois en conséquence*, première session, 38e législature, Canada, sanctionné le 19 avril 2005.

C-13, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur la concurrence et la Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, seconde session*, 41e législature, Canada, sanctionnée le 9 décembre 2014.

C-14, *Loi modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir)*, première session, 42e législature, Canada, sanctionnée le 17 juin 2016.

C-16, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel,* 42e législature, Canada, sanctionnée le 19 juin 2017.

C-250, *Loi modifiant le Code criminel (propagande haineuse)*, troisième session, 37e législature, sanctionnée le 29 avril 2004.

C-32, *Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*, seconde session, 41e législature, Canada, sanctionnée le 23 avril 2015.

C-36, *Loi modifiant le Code criminel pour donner suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Procureur général du Canada c. Bedford et apportant des modifications à d'autres lois en conséquence*, deuxième session, 41e législatures, Canada, sanctionnée le 6 novembre 2014.

C-46, *Loi modifiant le Code criminel (infractions relatives aux moyens de transport) et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, première session*, 42e législature, Canada, sanctionnée le 21 juin 2018.

C-48, *Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples*, troisième session, 40e législature, Canada, sanctionné le 5 décembre 2011.

C-49, *Loi modifiant le Code criminel (traite des personnes), première session, 38e législature*, Canada, sanctionnée le 25 novembre 2005.

C-5, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, première session, 44e législature, Canada, sanctionnée le 23 mars 2022.

C-55 - *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, deuxième session, 35e législature, Canada, sanctionné le 27 avril 1997.

**Références juridiques :**

Canada c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

Carter c. Canada, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

Truchon c. Procureur général du Canada (2019 QCCS 3792).