

**INNOVATION COGNITIVE EN MATIÈRE DE PEINES ET DE LEURS
JUSTIFICATIONS : LE CAS DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU
CANADA (1974-1976)**

GENEVIÈVE RICHARDSON

Thèse soumise à l'Université d'Ottawa
dans le cadre des exigences du programme de
Maîtrise ès arts en criminologie

Département de criminologie
Faculté des sciences sociales
Université d'Ottawa

Table des matières

Table des matières.....	ii
Liste des tableaux.....	v
Liste des figures.....	vi
Résumé.....	vii
Abstract.....	viii
Remerciements.....	ix
Introduction.....	1
Chapitre 1 : La théorie	4
1.1 Mise en contexte : l'état du droit criminel moderne et de son identité.....	4
1.1.1 Les discours sur les changements positifs ou voulant humaniser la détermination des peines	4
L'intégration des droits de la personne	5
Le modèle réhabilitatif.....	6
Le modèle réparateur ou la justice restaurative	6
1.1.2 Le virage punitif.....	8
1.1.3 Remise en question des perspectives orientées vers l'environnement et la périphérie du système de droit criminel	11
1.1.4 L'influence de l'environnement sur le système de droit criminel	12
1.1.5 La théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et le système de droit criminel	14
1.1.6 Le système de droit criminel et l'immobilisme : émergence d'une problématique de recherche	20
1.2 Cadre théorique	22
1.2.1 La rationalité pénale moderne.....	22
1.2.1.1 Les théories de la peine qui composent la rationalité pénale moderne.....	23
Les caractéristiques fondamentales des théories de la peine	24
La théorie de la rétribution.....	25
La théorie de la dissuasion.....	26
La théorie de la dénonciation.....	27
La théorie de la réhabilitation (carcérale)	28
La théorie de la réhabilitation en milieu ouvert ou de la seconde modernité; une innovation par rapport à la rationalité pénale moderne.....	28
1.2.2 L'innovation.....	29
1.2.2.1 « L'innovation ordinaire »	29
1.2.2.2 L'innovation pénale	30
1.2.2.3 L'innovation par rapport à la rationalité pénale moderne.....	32
1.2.3 Commissions de réforme du droit et innovation.....	35
1.2.3.1 Le rapport Fauteux (1956)	35

1.2.3.2 La Commission Ouimet (1969)	36
1.2.3.3 La Commission de réforme du droit du Canada (1971-1993)	37
1.2.3.4 La Commission canadienne de la détermination de la peine (1987)	38
Chapitre 2 : La méthodologie	40
2.1 La distinction constructivisme/réalisme	42
2.2 Une recherche qualitative	45
2.3 L'analyse documentaire comme méthode de recherche	46
2.4 Les trois ressources organisationnelles des commissions de réforme du droit.....	49
2.5 Le choix de la commission comme prise empirique.....	52
2.6 Un échantillonnage par cas unique	53
2.7 La question de la langue et de la terminologie	59
2.8 La technique de collecte des données et la stratégie d'analyse	61
Chapitre 3 : L'analyse	67
3.1 Les indicateurs d'innovation.....	67
3.1.1 Les bases d'un nouveau cadre de pensée.....	67
3.1.1.1 Le premier principe : L'autocontention	68
3.1.1.2 Le second principe : Le principe directeur de la maximisation de la liberté pour tout un chacun	76
3.1.1.3 Opérations d'application des deux principes chez la Commission de réforme du droit du Canada.....	84
3.1.2 Une perspective autocritique non abolitionniste sur la prison	86
3.1.2.1 Remarques générales	86
3.1.2.2 La distinction raisons pour emprisonner/finalités de la peine	90
3.1.2.2.1 La séparation pour des raisons sécuritaires.....	93
3.1.2.2.2 Les conditions du recours à l'emprisonnement et la dénonciation	96
3.1.2.2.3 Le recours à l'emprisonnement et le défaut de se soumettre à d'autres mesures.....	100
3.1.3 La distinction du système politique et du système de droit criminel en matière de détermination de la peine; l'exemple des peines minimales.....	102
3.1.4 Sanctions positives/créatives et implication active du coupable	105
3.2 Éléments insuffisamment développés.....	109
3.2.1 La théorie de la réhabilitation carcérale : vers un abandon	109
3.3 Problème de langage et de définition.....	113
3.3.1 Le concept de « punition » (et équivalents)	116
3.3.2 La punition, un terme à conserver?.....	117
3.3.3 Le travail conceptuel : entre variété et redondance	118
3.4 Éléments du système d'idées de la rationalité pénale moderne : le problème des peines consécutives d'emprisonnement	121
Conclusion	132

Bibliographie.....	136
--------------------	-----

Liste des tableaux

Tableau 1 : Gabarit de la grille d'analyse.....	65
Tableau 2 : Compréhension traditionnelle et innovatrice d'un même énoncé sur les objectifs du droit pénal.....	115
Tableau 3 : Restrictions aux peines consécutives de prison	129
Tableau 4 : Seuil maximal d'une sentence consécutive	131

Liste des figures

Figure 1: Différentes voies pour structurer la détermination de la peine	122
--	-----

Résumé

Cette recherche vise à ressortir et à étudier les idées innovatrices (innovation cognitive) au niveau des peines et de leurs justifications (normes de sanction) que le système de droit criminel moderne possède déjà et qu'il a développé lui-même, dans l'une de ses organisations. Sur le plan théorique, cette thèse mobilise la théorie de la Rationalité pénale moderne d'Alvaro P. Pires. Cette dernière problématise l'immobilisme du système de droit criminel et la cristallisation des normes de sanction. Pour comprendre cette non évolution qui touche le système social qu'est le système de droit criminel, cette recherche mobilise également certains éléments de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann. Au niveau méthodologique, elle a recours à l'analyse qualitative de rapports et de documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada. Ces derniers agissent en tant que champ d'« observation » pour permettre la revalorisation et la mise au jour des idées innovatrices développées par le système de droit criminel dans le but de stimuler la créativité institutionnelle en matière de normes de sanction.

MOTS-CLEFS : Théorie des systèmes sociaux; rationalité pénale moderne; théories modernes de la peine; idées innovatrices; innovation cognitive; normes de sanction; punishment; exclusion sociale; infliction de la souffrance; Commission de réforme du droit du Canada; commissions de réforme du droit; détermination de la peine.

Abstract

This research aims to bring out and study innovative ideas (cognitive innovation) in terms of sentences and their justifications (norms of punishment) that the modern criminal law system have already developed in one of its organization. On the theoretical level, this thesis mobilizes the Theory of Modern Penal Rationality from Alvaro P. Pires. The latter problematizes the (non-)evolution of the modern criminal law system and the crystallization of norms of punishment. To understand this state of immobility which affects the social system that is the criminal law system, this research also mobilizes certain elements of the Theory of Social Systems from Niklas Luhmann. Methodologically, this thesis uses qualitative analysis of reports and working papers of the Law Reform Commission of Canada. They served as a field of "observation" to allow the revaluation of innovative ideas developed by the modern criminal law system itself, with the aim of stimulating institutional creativity in terms of norms of punishment.

KEYWORDS: Theory of Social Systems; modern penal rationality; modern theories of punishment; innovative ideas; cognitive innovation; norms of punishment; punishment; social exclusion; infliction of pain; Law Reform Commission of Canada; reform commissions, sentencing.

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier Alvaro Pires et la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale*, ainsi que Richard Dubé et Margarida Garcia et leur subvention de recherche, pour l'aide financière et pour les opportunités de recherche enrichissantes. Je remercie également le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour le soutien financier par le biais de leur Bourse d'étude supérieure du Canada. Je souhaite remercier l'Université d'Ottawa et spécifiquement le département de criminologie pour les assistanats de recherche et d'enseignement, ainsi que pour les bourses que j'ai obtenues.

Bien que l'écriture d'une thèse soit un travail qui s'effectue seul, les liens que l'on tisse durant notre parcours permettent de rendre l'aventure plus agréable. Je tiens donc d'abord à remercier mes superviseurs Alvaro Pires et Richard Dubé qui ont su faire de ce qu'est la maîtrise une expérience enrichissante. Merci, Alvaro, pour le don de temps non compté à discuter et à enrichir mes connaissances, ainsi que pour tes lectures et tes commentaires. Merci, Richard, pour ton accompagnement assidu, pour ton appui, pour tes lectures et tes commentaires éclairants. Merci à vous deux pour nos discussions et votre accompagnement sur le plan académique et personnel. Je tiens également à remercier les professeurs Jean-François Cauchie et Eduardo González Castillo, les membres du comité d'évaluation de cette thèse, pour leurs commentaires constructifs et stimulants qui m'ont permis d'améliorer quelques passages et de pousser mes réflexions encore plus loin.

Je souhaite aussi remercier les gens impliqués de proche ou de loin dans mon expérience de stage. Merci, Joanne Cardinal, entre autres, pour ton soutien chaleureux. Merci à tous mes collègues et plus particulièrement à Marie-Josée, Marie-Claude et Myriam pour avoir cru en mes compétences. Merci spécialement à Nadia pour ton accompagnement et ton soutien indéfectible et pour la si belle expérience humaine. Merci aussi à Marilou, Kelly-Ann et Sophie pour votre aide et votre amitié. Merci à vous tous d'avoir mis du soleil dans mes journées et pour nos discussions passionnantes.

Je ne peux oublier de remercier mes collègues du « Labo » pour leur présence durant les dernières années de ma maîtrise. Merci Alexandre, Coline Frederico, Sébastien et Natália pour votre amitié qui s'étend au-delà des murs de l'université et votre soutien. Merci à Gérald Pelletier un pilier du Labo, mais aussi de mon expérience universitaire. Merci à toi aussi pour ton temps non compté et pour la révision de cette thèse. Mais avant tout, merci pour le partage d'une amitié très spéciale. Ton soutien vaut plus que tout l'or de Séraphin. Tu es un vrai Alexis au grand cœur.

Un merci tout spécial à ma chère amie Anyssa Doiron. Merci pour ton appui précieux et pour tout le temps passé ensemble, ainsi que pour les belles expériences partagées durant cette période charnière de nos vies. Merci à mon cher ami Ken McIntyre pour ta présence et ton amitié. Merci à

vous deux qui avez su m'apporter un peu d'Acadie, alors que j'en étais éloignée.

Finalement, je souhaite remercier mes parents Gérald et Nicole qui m'ont épaulé et soutenu contre vents et marées. Merci pour votre amour et pour notre si belle relation. Vous avez une grande part de responsabilité dans ce que je suis et ce que j'accomplis. Vous m'appuyez dans mes projets depuis le début, il est donc tout naturel que je vous dédie cette thèse, à laquelle vous avez contribué plus que vous ne le croyez.

Introduction

Depuis qu'il est sous sa forme moderne, le système de droit criminel (désormais SDC) canadien n'a pas connu de réforme en profondeur. Son autoportrait identitaire, le même depuis plusieurs siècles, est demeuré ancré dans une logique punitive valorisant infliction de souffrance et exclusion sociale des coupables, en accordant un attachement indéfectible à la prison. Toutefois, cet état d'immobilisme n'est pas immuable. Il est possible de le changer en introduisant des idées nouvelles innovatrices, capables de s'insérer dans son système communicationnel interne. C'est de cette façon que le SDC pourra s'autotransformer et ainsi modifier son identité. Face à cette problématique, nous nous proposons donc dans cette recherche de dégager les idées innovatrices dont dispose le système et qui seraient capables de transformer son autoportrait identitaire dominant punitif.

Sur le plan théorique, nous serons guidée par la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et par la théorie de la rationalité pénale moderne (désormais RPM) d'Alvaro P. Pires. Comme nous considérons que le SDC est un système social autonome, la première théorie nous servira à comprendre comment fonctionnent les systèmes sociaux et leurs capacités d'autotransformation. Elle nous permettra de comprendre leur relation avec leur environnement et leur réaction face aux informations qui en proviennent. La seconde théorie, celle de la RPM, va nous informer sur la nature de cet immobilisme avec lequel est aux prises le SDC moderne, en formulant la thèse qu'un système d'idées, formé des théories modernes de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation carcérale), en serait la cause. Cette théorie nous permettra de construire conceptuellement ce que sont les idées innovatrices. Elle va nous expliquer que ces idées, pour être caractérisées d'innovatrices, doivent l'être en contraste avec la RPM et ses idées usuelles.

Sur le plan méthodologique, nous nous proposons d'effectuer une étude avec échantillonnage par cas unique. La théorie des systèmes accompagnée de celle de la RPM nous amèneront à comprendre que c'est dans la périphérie du SDC que les idées innovatrices ont le plus de chances d'être formulées. Nous émettrons ainsi l'hypothèse, dans la foulée de notre revue de littérature, que la Commission de réforme du droit du Canada, qui avait le mandat de réformer le système de droit en profondeur, est une organisation qui a été un terreau fertile pour la production d'idées innovatrices.

Il s'avère maintenant primordial d'établir ce que sera notre recherche et ce qu'elle ne sera pas. D'abord, cette recherche ne vise pas à formuler de nouvelles idées innovatrices. Nous nous contenterons de faire ressortir celles qui existent déjà dans une organisation du SDC canadien. Cette recherche ne cherche pas non plus à statuer sur l'application de ces idées innovatrices. Notre but ici est de faire ressortir ces idées et de les revaloriser, en expliquant en quoi elles nous semblent innovatrices ou non. Comme la majeure partie des recherches en sociologie du droit s'intéressant à la

problématique de l'immobilisme du SDC moderne se sont surtout concentrées à en identifier les causes, nous visons plutôt à identifier les idées qui auraient le potentiel de transformer cet état et qui participeraient au développement de systèmes d'idées alternatifs à celui de la RPM. Précisons que le type d'innovations qui nous intéressent se situe sur le plan des idées. Il ne s'agit pas d'innovations techniques ou technologiques.

Notre question de recherche est donc celle-ci : Quelles sont les idées innovatrices concernant les peines et leurs justifications qui ont été formulées par la Commission de réforme du droit du Canada et qui sont susceptibles de favoriser l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne?

Pour tenter de répondre à notre question de recherche, nous procéderons comme suit. Nous débuterons en présentant une mise en contexte pour connaître l'état de l'identité du SDC moderne. Dans la perspective environnementale, nous présenterons deux visions différentes de l'identité du SDC moderne : le virage punitif et l'ouverture du SDC moderne. À l'aide d'une perspective orientée sur le noyau du SDC lui-même (perspective autoréférentielle), nous allons comprendre qu'il faut plutôt observer le SDC pour connaître l'état de sa rationalité et de son identité. Nous tenons à préciser d'emblée que nous ne nous intéresserons donc pas à la question de l'ouverture et du virage dans cette thèse. Ce débat ne sert que de mise en contexte à notre travail. Avec la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et la théorie de la RPM, nous serons en mesure d'établir notre problématique de recherche autour du problème que posent certaines formes d'immobilisme systémique en matière de droit criminel. Nous présenterons ensuite notre cadre théorique sur la théorie de la RPM et ses composantes, notamment son système formé par les différentes théories modernes de la peine. Nous ferons ensuite état de notre revue de la littérature sur l'innovation cognitive et les différentes commissions de réforme du droit canadien.

Pour ce qui est du deuxième chapitre, d'ordre méthodologique, nous discuterons d'abord de la recherche qualitative et de l'analyse documentaire comme méthode de recherche. Ensuite, nous aborderons la question de l'échantillonnage par cas unique et celle de la construction de notre corpus empirique. Nous traiterons des obstacles rencontrés en ce qui a trait à la langue et au langage utilisé par la CRDC, puis nous décrirons comment nous comprenons la stratégie d'analyse que nous avons choisie : l'analyse de contenu.

Le chapitre trois sera consacré à l'analyse des données. Nous présenterons dans un premier temps les idées que nous avons considérées comme innovatrices. Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux idées qui ont été insuffisamment développées. Dans un troisième temps, nous verrons les idées qui n'ont pas permis de se détacher complètement de la RPM et qui posent un problème de langage et de définition. Finalement, nous regarderons les idées de la CRDC qui sont

demeurées ancrées dans la RPM. En guise de conclusion, nous synthétiserons nos observations et en proposerons une analyse globale.

Chapitre 1 : La théorie

1.1 Mise en contexte : l'état du droit criminel moderne et de son identité

Le problème qui encadre ce projet de recherche touche aux possibilités de changement se rapportant au système d'idées du système de droit criminel (dorénavant SDC) moderne qui conditionne et influence le choix des peines. Cependant, la question qui oriente cette section spécifique de mise en contexte est celle de savoir comment certaines communications dans la littérature académique se placent par rapport à l'évolution du SDC.

À la suite d'une revue de la littérature traitant du changement du SDC moderne, au Canada et ailleurs en Occident, nous sommes arrivée à la conclusion que bon nombre de chercheurs et d'analystes du droit criminel identifient des changements dans l'exercice de la pénalité et aussi dans l'environnement du SDC moderne depuis déjà quelques décennies. Notre but dans cette section n'est pas de statuer sur l'existence ou non de ces manifestations. Leur présentation ne nous servira que de contexte ou de base à l'édification de notre problématique de recherche.

En ce sens, sans prétention d'exhaustivité, nous aborderons tout d'abord divers discours présents dans la littérature sur l'état de l'identité du SDC moderne. Nous les avons regroupés en deux grandes catégories; les discours qui signalent la présence de changements positifs d'ordre humaniste, et les discours qui font état de ce qu'on appelle communément « le virage punitif », lesquels englobent les changements qui semblent être contraires à l'humanisme. Ensuite, à l'aide de réflexions amorcées par certains auteurs étudiés dans cette recension d'écrits, nous nous pencherons sur le lien entre le SDC et son environnement. En précisant notre position face à cette relation, nous serons ainsi en mesure de faire la lumière sur le rapport de complémentarité entre l'ouverture et la fermeture du SDC sur son environnement, qui à première vue peut sembler relever de deux perspectives sociologiques fortement différentes portant sur les conditions de possibilité pour une évolution du SDC. De cela, nous serons en mesure d'étendre notre discussion à un troisième courant de pensée en ce qui a trait à la transformation de l'identité du SDC moderne à l'aide de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann. Enfin, cette troisième perspective de l'état du droit criminel qui oriente ses observations sur les structures internes du SDC, précisément sur son centre et sur ses démarches opérationnelles, plutôt que sur son environnement comme les deux premières, nous l'aborderons à travers la thèse de la non-évolution du droit criminel moderne. Cette thèse constituera notre problématique de recherche.

1.1.1 Les discours sur les changements positifs ou voulant humaniser la détermination des peines

Par une revue de littérature, nous avons identifié la présence des divers discours sur l'occurrence de changements progressistes au niveau des activités du droit criminel. Nous y avons

observé différents auteurs faisant état de transformations positives sur le plan, entre autres, des politiques, de la rhétorique et des pratiques du SDC. À première vue, il serait possible de conclure qu'avec tout le bagage de connaissances accumulées au fil du temps et qu'avec l'importance grandissante accordée aux droits de la personne, le droit criminel aurait la capacité de devenir ou deviendrait plus « flexible » et « compatissant », pour reprendre les mots évoqués en 1970 par l'honorable John Turner, alors ministre de la Justice (1971, p.4, cité dans Dubé 2008, p. 11). On voit donc dans la littérature consultée une tentative de faire la lumière sur ce qu'il est possible d'identifier comme étant des manières de faire la justice qui seraient plus « ouvertes », amenées par un droit criminel qui se serait remis en question et qui aurait tiré des leçons de son « passé » fortement ancré dans la punitivité pour devenir plus humain et moins punitif. Bref, il s'agirait d'un droit criminel qui aurait connu et qui connaîtrait encore des transformations « positives » par la mise en place de sanctions alternatives à la détention, l'attribution d'absolutions, etc. La revue de littérature nous a permis de rassembler des observations théoriques du SDC moderne à partir desquelles nous avons construit cette section. Ces activités, nous les considérons comme étant des manifestations qui pourraient permettre à certains observateurs du SDC de conclure à une ouverture dans l'exercice de la pénalité moderne. En consultant la littérature scientifique sur le droit criminel, mais sans prétention d'exhaustivité, nous avons relevé trois manifestations de cette possible ouverture du SDC en Occident : l'intégration des droits de la personne, la réhabilitation et la justice restaurative.

L'intégration des droits de la personne

La première manifestation de l'ouverture du SDC moderne que nous avons relevée dans la littérature se rapporte à la prise en compte des droits de la personne par le SDC moderne. En ce sens, identifiés comme le fruit de la modernité et du progrès de l'humanité, les droits de la personne sont associés en Occident au « progrès, [à] la raison, [à] l'humanisme, [à] la démocratie, [à] la justice, [à] la lutte contre la discrimination, [à] l'utopie de construire un monde meilleur [...] » (Garcia, 2007, p. 2). Garcia (2007) précise qu'aujourd'hui la question des droits de la personne se situe désormais en plein centre de la réforme pénale et « de la construction d'un droit criminel innovateur » (*Ibid.*, p.2). Dans son texte portant sur cette question, Garcia (2007) tente d'observer comment sont reçus les droits de la personne par le SDC (*Ibid.*, p.3). L'auteure explique que c'est avec l'avancement de la modernité en Occident, après le 20^e siècle, que les droits de la personne sont ainsi « devenus des attentes institutionnalisées sous-jacentes au système juridique et au système de droit criminel » (*Ibid.*, p.3). Au niveau normatif, l'auteure relève que la conséquence majeure de la reconnaissance des droits des personnes accusées serait la mise en place de garanties juridiques procédurales pour ces dernières. Ces garanties feraient en sorte que le SDC moderne accepterait de s'autocontenir en limitant son pouvoir

de condamnation auprès des personnes accusées en les protégeant contre des abus de pouvoir dans la procédure (Garcia, 2015, p.6).

Le modèle réhabilitatif

La deuxième manifestation de changement positif du SDC moderne que nous avons relevée dans la littérature se rapporte à la manière de concevoir la réhabilitation des délinquants. La première théorie de la réhabilitation qui a émergée au 19^e siècle était une théorie visant la réhabilitation des individus à l'intérieur du pénitencier. Pires (2008b, cité dans Lachambre, 2011), explique que cette conception de la réhabilitation, assez répandue, vise à enlever le goût de récidiver à l'aide « d'un programme positif d'intervention » (*Ibid.*, p.46) en milieu carcéral. Cependant, à partir des années 1960, une nouvelle théorie de la réhabilitation se développe et elle sera partiellement adoptée au sein du SDC. Elle se veut un modèle de justice encore plus humain mis en place pour être prodigué dans la communauté. Pires (2008b, cité dans Lachambre, 2011, p. 51) explique que cette nouvelle version « valorise une conception de la justice criminelle qui place au premier plan les sanctions non carcérales et la réduction du temps carcéral ». Ainsi, elle se « détache [...] de toutes théories de la peine indifférentes à l'inclusion sociale » (*Ibid.*). Bien que l'idéal réhabilitatif aurait connu un déclin avec la critique de la première théorie de la réhabilitation (Lalande, 2006; Martinson, 1974) depuis les années 1970, la réhabilitation comme objectif de la peine ne va pas entièrement disparaître, et ce, en partie avec l'édification de la nouvelle version non-carcérale de la théorie de la réhabilitation. En choisissant cette nouvelle théorie de la réhabilitation, le droit criminel se doit forcément de favoriser l'inclusion sociale de l'individu, de prendre en compte la réalité de chacun, ainsi que de croire au potentiel de correction et de changement positif des individus (Raynor et Robinson, 2005, p. 5 cités dans Lachambre, 2011, p. 48). La question qui reste ouverte est alors celle de savoir si les tribunaux ont suffisamment intériorisé cette nouvelle théorie de la peine dans la détermination des peines ou non.

Le modèle réparateur ou la justice restaurative

La troisième manifestation de changement positif du SDC moderne que nous avons identifiée dans la littérature serait la montée des différentes approches que l'on caractérise par les vocables suivants : « justice réparatrice, justice restaurative, justice restauratrice, justice transformatrice » (Strimelle, 2007, p. 1-2). Jaccoud (2007) regroupe ces approches sous le vocable « modèle réparateur », alors que Strimelle (2010) utilise le vocable « justice restaurative ». Dans ce modèle, qui propose un nouveau système de pensée pour le SDC, la distinction victime/délinquant disparaîtrait ou s'estomperait afin d'instituer une forme de communication qui puisse favoriser la réconciliation des différentes parties affectées (victime [s], communauté, délinquant) par une situation considérée

problématique. En espérant diminuer la récidive et surtout d'amener la réconciliation des parties et la préservation du lien social, la justice restaurative miserait sur l'inclusion des délinquants, plutôt que sur leur exclusion sociale (Strimelle, 2007). Plus encore, elle accorderait une importance considérable aux victimes dans le processus. Le mouvement victimaire aurait en ce sens réussi à s'y tailler une place dans le SDC avoir à sans soutenir l'infliction volontaire de la souffrance (Jaccoud, 2007).

Strimelle (2007), qui travaille sur cette question de justice restaurative en lien avec l'innovation pénale, indique que ce mouvement aurait connu une montée dans les années 1990 au Canada, notamment en ce qui touche à la justice des mineurs. De plus, Howard Zehr « dans un livre au titre évocateur : *Changing Lenses : A New Focus for Crime and Justice* [...] singularise le modèle réparateur par une série de principes qu'il oppose à ceux du modèle punitif », c'est-à-dire valorisant l'infliction de la souffrance (Jaccoud, 2007, p.1). Jaccoud (2007, p. 1) mentionne notamment que Braithwaite qui utilise le vocable « justice réparatrice », la caractériserait comme « le mouvement de réforme par excellence des années 1990, sa capacité ne se réduisant pas à celle de transformer le système de justice criminelle, mais l'ensemble du système légal ». Le mouvement serait également observé comme une « révolution » potentielle des modes de réponse au crime par Watchel (1997, cité dans Jaccoud, 2007, p.1). Le modèle réparateur aurait de plus été « dissocié » du modèle thérapeutique ou réhabilitatif du 19^e siècle (première théorie de la réhabilitation) par Walgrave (1994, dans Jaccoud, 2007). Bref, ce discours valorisant l'idée que le modèle réparateur soit une « nouvelle » (Jaccoud, 2007, p.1) approche en matière de justice pénale est abondamment identifiable dans la littérature scientifique au cours des années 1990 (Jaccoud, 2007; Strimelle, 2007).

Strimelle (2007) identifie que la justice restaurative serait, par l'entremise de divers programmes, présente à l'intérieur du système pénal, comme à l'extérieur de celui-ci :

Au cours des années 1990, de multiples programmes identifiés à la mouvance restaurative se sont développés au Canada, que ce soit dans le domaine communautaire ou au sein même d'institutions caractérisées essentiellement par leur approche pénale, comme c'est le cas pour les services correctionnels fédéraux (Strimelle, 2007, p.1).

À première vue, nous pourrions donc conclure que le SDC a de facto devenu par rapport à certaines situations-problèmes qu'il traite plus humain et ouvert, étant donné qu'il a adopté dans ces cas de figure ce nouveau modèle de justice ou ce nouveau système d'idées. La justice restaurative, parce qu'elle serait utilisée par le SDC, pourrait s'avérer être pour certains une manifestation empirique de l'humanisme du SDC, que ce soit par son approche de restauration, par son inclusion de tout un chacun, ou par l'absence d'impératifs de souffrance et d'exclusion sociale.

Nous venons de couvrir la littérature permettant certains observateurs de conclure à l'ouverture

du SDC et à la montée de son humanisme. Considérons maintenant la littérature qui suggère au contraire un virage punitif du SDC moderne. Ces deux catégories de discours ne se contredisent pas nécessairement, car elles ne portent pas sur les mêmes aspects du SDC. Elles ne sont contradictoires et incompatibles que si chaque groupe d'observateurs généralise ce qu'il observe à l'ensemble du SDC.

1.1.2 Le virage punitif

Certains chercheurs (entre autres, Feeley & Simon, Waquant, Garland) tendent à montrer que le droit criminel serait en train de se durcir (Carrier, 2010). Il s'agirait d'« un *virage punitif* dans l'exercice de la pénalité contemporaine » (Franco Xavier, 2012, p. 11). Caractérisé de « nouvelle scène pénale » (Carrier, 2010, p.7), ce virage amènerait une mutation, un changement et une transformation profonde de la criminalisation dans les démocraties libérales que l'on compare à un « tsunami » (*Ibid.*, p.1). Selon la revue de la littérature effectuée par Carrier (2010), les observateurs du droit criminel identifieraient ces changements sur les plans politique, rhétorique, logique, ainsi que sur celui des pratiques officialisées ou non du droit criminel.

De fait, Carrier (2010, p.13), tout comme Strimelle et Vanhamme (2010), observent dans la littérature que l'on identifierait dans ces transformations que connaîtrait le droit pénal depuis les années 1970, une montée du populisme punitif et pénal. Strimelle et Vanhamme résument leurs observations issues d'une revue de la littérature ainsi :

Un populisme punitif se développe dans une logique exclusive (Young 1999) qui s'éloigne de celle de la resocialisation qui prévalait depuis les années 1960 (Garland 2001). Apparaît ainsi une nouvelle gouvernance du crime, centrée sur le risque et son contrôle préventif et coercitif (Garland 1998 ; Loader et Sparks 2002), et que les attentats de notre décennie n'ont certes pas modérée. Cette gouvernance s'appuie sur une logique de *management* préoccupée par des considérations de qualité, d'efficience et de satisfaction du client. Produisant une expansion de la pénalité, ces tendances induisent un glissement de l'État social vers un État qualifié de policier (Wacquant 1999), de social-sécuritaire (Mary 2001) ou de pénal (Garland 2001) (Strimelle et Vanhamme, 2010, paragr. 30).

Strimelle et Vanhamme (2010) précisent qu'il y aurait à cette période au Canada, « un accroissement des préoccupations relatives à la sécurité, au risque et au contrôle. Favorisant la primauté de l'économique, une culture politique se [serait] déplo [yée] en termes d'exclusion et de responsabilité individuelle (Landreville 2007 : 44) » (Strimelle et Vanhamme, 2010, paragr. 31). Elles identifient aussi la montée d'un retour vers des « politiques pénales plus coercitives » (*Ibid.*) en soulevant, entre autres, l'exemple du projet de loi pour ramener la peine de mort au pays en 1987 et de ceux reposant sur un modèle similaire au *Three strikes and you're out* (*Ibid.*) des États-Unis, soit une « procédure de prononcé automatique de peines de prison perpétuelles après une double ou triple récidive » (Cauchie,

2005, p. 418).

De son côté, Carrier (2010) effectue un résumé du virage punitif en en faisant ressortir les principaux « symptômes » identifiés par certains observateurs du droit. De plus, il discute aussi des différentes sociologies qui tentent d'expliquer ce virage et traite des diverses critiques qui leur sont adressées. Ainsi, divers symptômes du durcissement du SDC moderne seraient observables si l'on se fie à certains observateurs du droit criminel répertoriés par Carrier (2010). Les symptômes que l'on pourrait observer — et dont discute aussi en partie Duchastel (2005) — ont été regroupés par Carrier (2010) en trois groupes : un boom carcéral, soit l'explosion du recours à l'emprisonnement et de la population carcérale; des transformations dans la gestion des populations criminalisées, identifiables notamment par un déclin de la volonté réhabilitatrice et du traitement des populations « dérangeantes » par l'intervention, au profit de leur gestion par l'exclusion sociale à l'aide de la prison; finalement une pénalité qui serait devenue l'objet central des sphères politiques, médiatiques et publiques en devenant toujours de plus en plus spectaculaire et punitive.

Face à ces divers symptômes, Carrier (2010), sans être exhaustif, identifie dans la littérature cinq sociologies ou perspectives développées par de nombreux analystes (anglo-saxons) de la criminalisation qui tentent d'interpréter ce virage punitif. Précisons que nous n'allons également pas être exhaustive quant au résumé des observations de Carrier (2010). La première sociologie explique ce virage comme étant l'une des conséquences du retrait ou de la « mort » de l'État social et des contrôles sociaux informels. L'État durcirait ses stratégies pénales et utiliserait des moyens formels, tels que la criminalisation, pour essayer de se protéger des individus devenus inutiles, tels que les pauvres et de les séparer du reste de la population (Rusche et Kirchheimer, 1939, dans Carrier, 2010).

La deuxième sociologie revoie à la marchandisation grandissante du milieu carcéral et des individus incarcérés où l'on considère que l'activité de criminalisation et la pénalisation, telle que la construction grandissante de prisons relevant de plus en plus du secteur privé, profiteraient à l'économie et au politique (Carrier, 2010; Duchastel, 2005). En ce sens, ces activités économiques seraient très rentables étant donné que le crime est identifié comme une ressource illimitée, ce qui assurerait le maintien du pouvoir de production capitaliste (Carrier, 2010). On construirait donc toujours plus d'établissements de détention en raison de leurs apports économiques et politiques importants.

La troisième sociologie fait référence à la montée du populisme pénal et à l'importance grandissante qu'auraient les médias de masse en réponse aux transformations dans l'économie communicationnelle. On assisterait à l'utilisation politique et médiatique de la question criminelle et pénale pour obtenir des gains politiques. En ce sens, les représentations spectaculaires de la criminalité

engendreraient et maintiendraient une culture de la peur et un sentiment d'insécurité dans la population, ce qui l'amènerait à demander toujours plus d'intervention de la part du pénal et du politique pour contrer le crime (Carrier, 2010).

La quatrième sociologie avance que le virage punitif serait l'une des conséquences des transformations liées au passage à la modernité avancée, soit « dans l'organisation et le mode de reproduction des démocraties libérales » (Carrier, 2010, p.12). Carrier (2010) indique que selon Garland, ces transformations seraient, entre autres, dues au retrait des « contrôles sociaux informels » (*Ibid.*, p.12), à la peur véhiculée par les médias de masse, au « nouvel espace familial et conjugal, profondément altéré par la présence massive des femmes sur le marché du travail » (*Ibid.*). On parle également du désengagement de la classe moyenne dans sa lutte pour le maintien de la réhabilitation des personnes criminalisées, car elle « n'est plus idéologiquement et culturellement encline à lire le crime comme symptôme d'inégalités sociales et à faire valoir le besoin d'une pratique correctionnelle empathique axée sur la réhabilitation » (Carrier, 2010, p.13). Cela serait dû au fait qu'elle aurait connu une « transformation de [son] rapport aux personnes qui éprouvent des "difficultés" » (*Ibid.*, p.12) comme les personnes criminalisées et les sans-abris, selon Young (1999a, b, dans Carrier, 2010, p.12). C'est-ce qui aurait entre autres favorisé le boom carcéral selon Garland (Carrier, 2010, p.13).

La cinquième et dernière sociologie a trait au fait que le virage serait lié à : un processus de décivilisation où l'État perdrait son pouvoir et son monopole dans l'exercice de la pénalité et de la régulation des conduites; une diminution de l'autocontrôle et de l'interdépendance sociale; et finalement à un déclin de l'identification à l'autre, en raison d'une différenciation sociale toujours plus grandissante. Ces éléments indiqueraient donc, selon certains, une indifférence face à la criminalisation et à la pénalisation des autres (Carrier, 2010; Duchastel, 2005), où les citoyens seraient incapables de s'identifier aux individus criminalisés puisque le message véhiculé par certaines institutions insisterait sur la différenciation des individus indésirables (criminalisés) et sur leur mise à l'écart de la communauté. L'idée d'une pénalité fondée sur la peur et l'anxiété envers l'autre deviendrait donc très séduisante pour les citoyens afin de les « protéger » contre ces « non-personnes » (Carrier, 2010).

Dans une optique de remise en question de ce phénomène qui toucherait l'Occident en entier et sur la base de travaux qui en décrivent la présence, Carrier (2010) tente de pousser sa réflexion plus loin que celle de la critique typiquement adressée audit virage. Cette discussion que soulève Carrier (2010) s'avère particulièrement intéressante pour enrichir notre recherche. En ce sens, dénonçant l'aveuglement et la redondance de la critique individualisante abondamment formulée à l'encontre des travaux sur ce virage punitif, Carrier (2010), sans lui-même tomber dans la redite, s'attarde plutôt à un

problème qui concerne toutes les sociologies de ce virage : problème ayant trait au fait que le droit pénal se trouverait « dans une position de soumission à d'autres sphères d'activités sociales » (Carrier, 2010, p. 21). En ce sens, selon les explications de Carrier (2010), la voie pour caractériser le SDC moderne la plus utilisée s'avère dichotomique : soit le SDC ne serait que le miroir de ce qui se passe dans la vie sociale, soit il ne serait réduit qu'à un outil utilisable par n'importe quelle puissance sociale. Au-delà de ce tableau binaire du droit pénal que l'on exploiterait à profusion dans la littérature, Carrier (2010) souligne l'existence d'un troisième modèle de caractérisation qui s'avère trop souvent absent des débats théoriques, quoique présent dans la littérature sociologique sur le droit. Ce troisième modèle, qui se révèle très pertinent pour expliquer notre problématique de recherche, s'appuie sur l'hypothèse de l'autonomie du système juridique qui suggère que le SDC ne serait pas entièrement dominé par des forces sociales externes à lui-même.

1.1.3 Remise en question des perspectives orientées vers l'environnement et la périphérie du système de droit criminel

Tel que nous l'avons mentionné plus haut, notre intention pour cette section n'est pas de faire un bilan de la présence de ces deux catégories de changement (positifs et négatifs) du SDC. La réflexion que propose Carrier (2010) à la fin de son article en guise de critique adressée aux sociologies du virage punitif nous amène à réfléchir nous aussi au SDC moderne, plus précisément à son environnement et à son centre. Nous souhaitons plutôt remettre en question l'idée selon laquelle le système d'idées dominant du SDC serait en mutation ou aurait connu une transformation. En fait, ces deux perspectives n'orientent pas nécessairement leur regard sur le noyau dur du SDC moderne pour pouvoir observer si son système d'idées reste le même ou non et/ou sur quel aspect il serait en train de se modifier.

Selon notre point de vue, ces perspectives soulèvent plus de questions qu'elles n'offrent de réponses en ce qui a trait précisément au système d'idées du SDC. En fait, elles nous donnent peu ou pas d'information sur la nature de celui-ci. Ces perspectives décrivent des aspects importants du SDC actuel, mais ne portent pas sur notre objet de connaissance.

Alors que certains observateurs peuvent suggérer un changement positif du SDC lorsque ce système dit mettre de l'avant la justice restauratrice et les droits de la personne par exemple, nous observons que ces observateurs tendent à ne pas voir que l'ouverture à ce système d'idée ne transforme pas encore le système d'idées de la RPM. Bref, nous considérons qu'il est trop hâtif de conclure au changement en profondeur du SDC moderne en un SDC plus punitif ou plus ouvert aux droits de la personne. Ainsi, il s'avère pertinent d'élargir notre regard et voir s'il est possible d'observer comment le SDC se situe par rapport à son système d'idées dominant, celui de la rationalité pénale moderne. Par

exemple, est-il encore en train de justifier l'emprisonnement par les finalités de dissuasion et de dénonciation? Est-il en train de mettre en place de critères pour protéger la liberté des condamnés lorsqu'il observe les crimes comme étant graves?

De notre point de vue, bien que le SDC puisse avoir ou aurait effectivement recours davantage à la justice restaurative, à la réhabilitation ou à des sanctions alternatives à l'emprisonnement, il n'en reste pas moins que son discours identitaire demeure toujours axé sur l'infliction volontaire de la souffrance et l'exclusion sociale des personnes reconnues coupables. Alors que l'on peut dénoter la présence de sanctions non afflictives dans des cas non graves par exemple, celles-ci demeurent marginales aussitôt que les opérateurs du droit observent le crime comme étant grave.

Nous sommes d'avis que la thèse de la non-évolution du système d'idées du droit criminel développée par Alvaro Pires dans le cadre de sa théorie de la rationalité pénale moderne (dorénavant théorie de la RPM) s'avère être la théorie qui parviendrait à répondre aux questions mieux que ne le feraient les perspectives qui ne s'intéressent qu'à l'un ou l'autre de ces deux catégories de changement (justice restauratrice/tournant punitif). Elle permettrait par ailleurs la réconciliation de ce qui à première vue peut paraître irréconciliable (l'ouverture et le virage punitif). La théorie des systèmes sociaux développée par Niklas Luhmann, intégrée et adaptée à la théorie de la RPM, va aussi nous servir de cadre d'observation pour guider ce travail de recherche. La théorie de la RPM explique que l'autoportrait identitaire dominant du SDC moderne est basée sur une définition du médium « punition » et sur l'ensemble des théories de la peine qui l'amènent à valoriser l'exclusion sociale et l'infliction de la souffrance des personnes reconnues coupables d'un acte criminel. L'intérêt que nous portons au SDC dans ce travail porte sur les changements orientés vers ses structures internes.

1.1.4 L'influence de l'environnement sur le système de droit criminel

Après avoir vu les deux premières perspectives au sujet de l'état du SDC moderne, la conclusion de Carrier (2010), tout comme celle de Strimelle (2007) qui ouvre sur l'« alternophagie » du SDC et la capacité de transformation interne des systèmes sociaux (autotransformation), nous amènent à nous interroger sur la portée et les limites de l'influence des pressions sociales exercées par l'environnement sur le SDC. Il s'avère ainsi pertinent de comprendre si, comment et sous quelles conditions, les idées et les pressions présentes dans l'environnement peuvent avoir un impact sur le système d'idées dominant dans le SDC et même sur la législation criminelle en matière de peines d'emprisonnement. Dans ce questionnement, Dubé (2007) distingue deux perspectives sociologiques différentes à l'égard de l'influence de l'environnement sur le SDC : la perspective environnementale et la perspective autoréférentielle.

La perspective sociologique environnementale telle que décrite par Dubé (2007) se résume au

fait que toute institution sociale, telle que le SDC, tend à s'adapter « passivement » à son environnement. Cet angle d'observation part de l'idée que pour que se produise du changement dans le système, il faut que du changement se produise préalablement dans l'environnement (*Ibid.*). Par exemple, si l'on suit cette idée, les nombreuses transformations sociales traitées par Carrier (2010) et reliées à la modernité tardive, ainsi que la montée des médias de masse et leur spectacularisation de la question criminelle, seraient entre autres les seules responsables du soi-disant durcissement identitaire que connaîtrait le SDC moderne (le virage punitif). Dans les termes de Carrier (2010, p.21), le SDC serait ici perçu comme étant un « outil » utilisé par ces pressions sociales. Inversement, et en suivant ce même raisonnement, si le SDC moderne prétend accorder aujourd'hui une plus grande place aux justices restauratives et aux victimes dans l'exercice de la pénalité en raison de la montée des mouvements réparateurs et victimaires dans l'environnement social — dont discutent Strimelle (2007) et Jaccoud (2007) —, ce serait forcément une preuve qu'il deviendrait plus humain et ouvert. Bref, le simple fait qu'il y aurait du changement dans l'environnement du SDC ou dans sa périphérie ferait en sorte d'amener *de facto* du changement évolutif sur les plans de l'identité systémique et de sa rationalité dominante. Dans cette perspective sociologique, le système serait déterminé par son environnement en tout point, il serait le « miroir » de son environnement, pour reprendre les mots critiques de Carrier (2010, p.21).

Si nous nous tournons maintenant vers la perspective sociologique autoréférentielle, on conçoit alors l'influence de l'environnement sur le SDC tout autrement. Contrairement à la première, cette seconde perspective avance plutôt l'idée que les pressions sociales externes, même les plus puissantes, n'auraient qu'une influence conditionnée sur ce dernier et sur son système d'idées dominant (Dubé, 2007). Cette influence va dépendre de la manière par laquelle le SDC (la collectivité de ses opérateurs) va sélectionner et se positionner face aux influences disponibles. En ce sens, Duchastel (2005, p. 3) qui s'intéresse aux impacts des transformations qu'a connues l'État canadien sur la pénalité, rappelle que « [l']autonomie des systèmes implique que leur structuration et leur évolution répondent à une logique qui leur est propre avant de réagir aux externalités venant d'autres systèmes ». En d'autres mots, si le SDC croit à tort, pour une quelconque raison, qu'il doit conserver son système d'idée et son autoportrait identitaire dominants il aura tendance à reproduire ses structures internes pour demeurer en homéostasie et sera donc réticent à l'innovation. Mais si ce système prend conscience de sa fonction de protection des droits pour tout un chacun et réalise que sa survie comme système social peut tolérer, sous certaines conditions, son autotransformation, il pourra évaluer et assumer son propre processus d'autotransformation de son système d'idées.

Ce second point de vue, tel que décrit par Dubé (2007) et soulevé par Carrier (2010) dans sa

conclusion, est celui à travers lequel nous allons observer le système d'idées du système de droit criminel et sa non-évolution de palier. Cet angle d'observation se rapporte ainsi à la thèse voulant que le SDC, comme tout autre système social, est autonome. Pour comprendre ce que l'on entend par autonomie des systèmes, il s'avère pertinent de s'intéresser spécifiquement à l'autopoïèse des systèmes sociaux de Niklas Luhmann, mais avant tout à la théorie des systèmes sociaux en général. L'exploration de cette théorie va nous servir de base pour faire émerger la problématique de recherche de ce travail.

1.1.5 La théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et le système de droit criminel

La théorie des systèmes sociaux de Luhmann, telle qu'expliquée par Dubé et Pires (2009), soutient que la société peut être comprise comme un système social qui englobe toutes les communications (éléments de nature sociale qui est un résultant d'une rencontre entre systèmes communicationnels qui communiquent) et qui est formé de sous-systèmes sociaux. Par un processus de différenciation (*Ibid.*), lors du passage à la modernité, il se serait opéré une reproduction de systèmes dans les systèmes et des distinctions entre ces sous-systèmes. En d'autres mots, les sociétés prémodernes qui étaient structurées hiérarchiquement ou par strates, passent à la modernité en s'organisant par différenciation fonctionnelle en sous-systèmes. Chaque système social partiel et complexe s'est donc développé une individualité distincte basée sur les fonctions qu'il a instituées à partir de ses propres opérations. Les fonctions des systèmes ne se recoupent pas; chaque système a sa propre fonction. En ce sens, le système de droit, le système d'éducation, le système économique, etc., sont des sous-systèmes partiels du système social global (« société ») et ils sont tous différents par leur spécialisation fonctionnelle (Dubé et Pires, 2009, p.113). Plus encore, ces sous-systèmes se seraient autodistingués les uns des autres par des programmes spécifiques et auraient ainsi eux-mêmes opéré et délimité une frontière opérationnelle les séparant de leur environnement.

En ce qui a trait précisément au système de droit, l'hypothèse descriptive de la théorie de la RPM est que ce système s'est aussi différencié en (au moins) trois sous-systèmes distincts : le droit criminel, le droit civil et le droit administratif (Pires, 2008a). En tout cas, la théorie de la RPM soutient pouvoir soutenir empiriquement au moins la mise en place d'un processus progressif de constitution d'un sous-système organisé du droit criminel à partir du 12^e et du 13^e siècle. En simplifiant les choses, au sein du SDC moderne, on peut distinguer au moins trois différents types de normes qui seront importantes pour notre recherche : les normes de comportement, les normes de procédure et les normes de sanction. Les normes de comportement s'adressent aux citoyens et aux organisations pour établir des interdictions appelées globalement de « crimes » (infractions de droit criminel). Au Canada, plusieurs de ces interdictions criminelles sont codifiées au Code criminel. Ces normes de

comportement du droit criminel sélectionnent sur le plan législatif certaines attentes *normatives*. La transgression de ces normes pourrait alors être suivie d'une sentence qui, sous l'influence du système d'idées de la RPM, aura tendance à survaloriser l'infliction volontaire de la souffrance et l'exclusion sociale du coupable. Nous y reviendrons. Depuis l'évolution du droit criminel sous sa forme moderne, les normes de comportement ont connu fréquemment des modifications; la création de nouveaux interdits et l'abolition (beaucoup moins importante) d'autres. On peut notamment penser à la légalisation de certaines activités liées au cannabis au Canada en 2018 (Gouvernement du Canada, 2021) qui étaient illégales avant cette date.

Quant aux normes de procédure, elles encadrent plus spécifiquement les obligations des acteurs du système judiciaire (policiers, avocats, juges, etc.). Ce type de normes leur indique les règles procédurales à respecter lorsqu'ils exercent leur travail et cherchent à faire justice. On peut notamment penser à l'obligation des policiers de garantir le droit de *l'habeas corpus* à une personne qui se fait arrêter ou aux règles régissant l'admissibilité de la preuve. Les normes de procédure instituent ainsi des règles visant à assurer le bon fonctionnement du système dans la mise en œuvre d'une justice que le système lui-même pourra ultimement considérée procéduralement légitime. Dans le passage de l'Ancien Régime à la Modernité se sont produits des changements importants dans le domaine des normes de procédure : on est passé d'une époque où régnaient des procédures arbitraires, cachées et secrètes, à une justice plus transparente et publique où le respect des procédures devient un critère central de légitimation de la justice.

Les normes de sanction, elles, indiquent finalement ce que l'on peut considérer comme étant une « punition » ou une forme de responsabilisation en matière criminelle. Elles sélectionnent aussi les peines, sanctions ou mesures concrètes que pourrait subir l'individu reconnu coupable. Elles présentent aussi (explicitement ou implicitement) les finalités et les justifications juridiquement admissibles pour imposer ces peines ou ces mesures. Nous faisons ici référence, pour ce dernier aspect, aux justifications et finalités intermédiaires basées sur les théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation) pour responsabiliser le coupable, protéger la société ou faire justice. On peut par exemple penser à un juge qui impose une peine de prison « pour » dénoncer une conduite criminalisée ou qui impose une sentence de probation pour favoriser la finalité de réhabilitation. Les normes de sanction représentent la sanction et l'ensemble des raisons qui les accompagnent.

En revenant à la genèse des systèmes sociaux en général, Dubé et Pires (2009) expliquent leur formation sur la base des travaux de Luhmann, par « l'émergence et [...] la reproduction de la communication, c'est-à-dire [par des] éléments proprement sociaux » (*Ibid*, p.117). Dubé et Pires (2009, p.117) rappellent que pour Luhmann, l'autopoïèse, soit la capacité d'un système social à « se

maint [enir] dans son unité et [à] se reprodui [re] » (*Ibid.*, p.117), se poursuit lorsque que le système utilise lui-même ses propres communications passées comme cadre de référence pour déterminer ses communications actuelles, lesquelles orienteront à leur tour ses communications futures. Le système s'autoreproduit donc à l'aide de son propre réseau d'opérations communicationnelles qui s'est bâti à partir de communications qui se sont référées aux résultats de communications précédentes et qui serviront de base aux communications futures. Chaque système développe ainsi un circuit de communications qui lui est propre et qui se distingue de celui des autres systèmes de son environnement, lui permettant ultimement de produire des autodescriptions de lui-même et de construire des discours identitaires et fonctionnels. Ainsi, chaque système développera sa propre identité en créant un circuit de communication qui lui est spécifique. Chaque système revendiquera donc, sur le plan identitaire, une qualité systémique qui lui est propre. Ce sera de cette façon qu'un système va réussir à s'autodifférencier des autres systèmes et à se reproduire. Le résultat direct de cette reproduction autopoïétique du système social sera donc le développement d'une identité systémique quelconque ou encore d'une « individualité », pour reprendre le terme de Luhmann (Dubé et Pires, 2009, p.118).

La notion d'autopoïèse, comme l'indiquent Dubé et Pires (2009, p. 118), permet ainsi de contourner l'idée que les systèmes sociaux ne seraient que des entités passives et entièrement déterminées par leur environnement. Une thèse centrale dans notre projet de recherche. La reproduction autopoïétique permet donc de comprendre que les systèmes sociaux sont adaptés à leur environnement et qu'ils se donnent aussi la possibilité d'agir de manière « non-adaptée » (Dubé et Pires, 2009, p.119) à l'égard de ce dernier en ce qui a trait à la fonction qu'ils s'attribuent. En fait, Dubé et Pires (2009), décortiquant la pensée de Luhmann, indiquent que la théorie des systèmes sociaux suggère que le système social et son environnement sont en relation d'autonomie. Cette notion d'autonomie est très complexe et souvent très difficile à comprendre, car « autonomie » ne signifie pas indépendance ni absence de pression ou d'influence venant de l'environnement. La théorie avance que les systèmes sociaux sont des entités actives qui participent à leur propre construction interne alors qu'elles font face aux pressions externes provenant de leur environnement. Plus précisément, comme l'a affirmé Dubé (2007) et comme l'indiquent Dubé et Pires (2009, p.119), « [d]ans un contexte de différenciation fonctionnelle, les systèmes sociaux ne sont plus conçus comme des entités sociales déterminées point par point par des règles extérieures, mais bien comme des entités sociales autorégulées, autodéterminées par et pour elles-mêmes, de l'intérieur ». Les systèmes sociaux autopoïétiques visent donc à assurer leur survie en se reproduisant à l'aide d'informations qui circulent déjà à l'intérieur d'eux.

En effet, Dubé et Pires (2009) mentionnent qu'il ne faut pas comprendre cette autonomie comme étant synonyme d'indépendance, ni comme étant « opposée à des rapports de dépendance » (Dubé et Pires, 2009, p.119). C'est pourquoi lesdits auteurs rapportent qu'il faut concevoir l'autonomie comme étant en relation avec la dépendance (*Ibid.*) et comme étant le contraire de l'hétéronomie, soit le fait d'être soumis passivement à ce qui se passe dans l'environnement. Ils précisent que le système social est à la fois autonome, régi par des règles internes, ce qui lui permet d'entretenir sa différenciation fonctionnelle avec les autres systèmes ainsi qu'avec son environnement, et qu'il est aussi dépendant de ce même environnement pour pouvoir obtenir des informations qui lui serviront à entretenir son processus communicationnel, ce qui lui permettra de se perpétuer. Dans le même ordre d'idées, Teubner (1989, p.742, cité dans Dubé et Pires, 2009, p.130) mentionne par ailleurs que chaque système social s'avère également dépendant des « épistèmes » et des savoirs autonomes qui circulent dans son environnement, y compris dans d'autres systèmes autonomes. Deux parallèles peuvent permettre la compréhension de cette autonomie. Dans le premier, un humain qui vit en étant autonome dépend toujours de son environnement pour obtenir de l'oxygène afin de survivre de façon autonome. Dans le second, une personne qui se dit financièrement autonome dépend elle aussi de son environnement afin d'occuper un emploi et gagner de l'argent dans le but de demeurer autonome financièrement.

Lorsque l'on parle de différenciation fonctionnelle, bien qu'il soit possible de conclure à une indifférence de la part des systèmes sociaux par rapport à leur environnement, Luhmann explique que ces derniers sont en fait assez sensibles et irritables dans certaines zones (Dubé et Pires, 2009). L'évolution du système social dépendra ainsi de cet « équilibre délicat » (*Ibid.*, p. 120) entre sensibilité et indifférence. Dans ce contexte, Dubé et Pires (2009) mentionnent que pour évoluer, le système devra être juste assez sensible afin d'augmenter sa complexité interne et juste assez indifférent de son environnement et de ce qui s'y déroule pour continuer de s'en distinguer (*Ibid.*). En tout temps, cependant « la capacité de s'ouvrir sur l'environnement est une condition nécessaire à l'innovation des organisations », précise encore Dubé (2008, p.146). Le système peut en effet demeurer cognitivement ouvert à son environnement—et innover au niveau de ses idées—tout en étant opérationnellement fermé et maintenir ainsi sa reproduction (Dubé, 2006, p.146).

En ce sens, bien que le système demeure cognitivement ouvert aux influences et aux idées nouvelles développées dans l'environnement pour augmenter sa complexité interne, il peut sélectionner ces demandes extérieures et modifier leur sens dans les opérations du système. Nous allons utiliser un exemple fictif, comme le faisait le texte de Dubé et Garcia (2017) portant sur la polycontextualité de l'opinion publique du droit criminel, pour tenter d'expliquer l'autonomie des

systèmes sociaux et comprendre la façon dont peut répondre le SDC aux pressions de l'environnement. De ce fait, imaginons que le public demande l'imposition de sentences plus sévères pour une certaine personne reconnue coupable d'un délit X. Le principe d'autoréférentialité est ici de mise afin de comprendre comment cette nouveauté pourrait être intégrée ou non par le SDC. Le SDC en tant que système social s'autodétermine par autoréférence, ce qui se produit à deux niveaux : au niveau opérationnel et au niveau identitaire.

En premier lieu, au niveau opérationnel, l'autoréférentialité réfère à cette situation où le système juridique fait référence à lui-même dans ses décisions. D'une part, le système peut décider de sélectionner les pressions sociales présentes dans son environnement, soit les demandes du public, et d'imposer une peine plus « sévère » pour le cas X. Pour que cette décision judiciaire soit légale, elle doit être basée sur une décision légale précédente (matériau juridique), considérée comme telle par le SDC lui-même (*stare decisis*). Dans le cas fictif, pour être reconnue légale par le droit, la décision d'imposer une sentence plus « sévère » devra donc se baser sur une décision légale précédente.

Toutefois, il se peut que cette décision se base plutôt sur une « réalité » externe au SDC (matériau non juridique). Dans ce cas, il est possible de comprendre qu'une nouveauté provenant de l'opinion publique comme celle de notre exemple fictif ne subsistera que si elle est acceptée juridiquement par le droit qui devra l'identifier comme correspondant à son identité. En ce sens, le système peut identifier les idées comme étant pertinentes, les accueillir et les intégrer en les convertissant par rapport à ses propres structures internes lorsqu'il conclut qu'elles « peu [vent] faire une différence dans la reproduction des opérations internes du système » (Dubé et Garcia, 2017, p. 73). En d'autres termes, pour reprendre les mots de Dubé (2008, p.81) qui résume l'idée de Bateson (1972), « l'information de l'extérieur peut uniquement faire une différence pour un système autoréférentiel si et seulement si l'information peut être traitée comme telle à l'intérieur du système lui-même, c'est-à-dire traitée comme information et non comme "bruit" » (*Ibid.*). Pour ce faire, le texte de Dubé et Garcia (2017) nous aide à comprendre que ces nouveaux matériaux non juridiques provenant de l'environnement devront être convertis en matériaux juridiques afin de devenir des informations intelligibles pour le système juridique et entrer sur les écrans internes du système. Par exemple, pour être reconnue légale par le droit, une décision de la Cour basée sur un discours du public (un matériau non juridique), comme dans notre exemple, doit être acceptée par le judiciaire. Si tel est le cas, ce matériau non juridique deviendra ainsi un matériau juridique pour le juridique et pourra s'intégrer au réseau interne de la circularité autoréférentielle du système. Les décisions futures pourront ainsi s'y référer. Bien entendu, le système peut aussi trouver dans ses propres communications internes des idées innovatrices sur les sanctions qui n'ont pas été valorisées,

généralisées et stabilisées préalablement. Nous avertissons notre lecteur que ces idées sont très complexes et qu'elles dépassent présentement notre propre capacité de maîtrise.

En ce sens, bien qu'un matériau soit juridique pour le juridique ou politique pour le politique, il reste qu'un matériau politique peut être converti en matériau juridique pour le juridique. On peut dire que le matériau est polycontexturel; d'une même idée, le politique va ressortir les aspects politiques et le juridique, les aspects juridiques. En d'autres mots, « une même "réalité" peut se voir attribuer différentes contextures » (Dubé et Garcia, 2017, p. 59). Cela dit, une idée innovatrice provenant de l'environnement du SDC ou se trouvant dans le SDC peut à la fois inspirer le juridique et le politique.

Il est important de signaler que l'autonomie sera en tout temps maintenue, à moins d'une dédifférenciation totale entre système et environnement. Bref, en expliquant la pensée de Gregory Bateson et de Luhmann, Dubé et Pires (2009, p.120) rapportent que bien que le système social puisse développer une certaine sensibilité face à son environnement, pour pouvoir faire une différence dans son propre processus décisionnel (Teubner, 1996), les informations qui proviennent de cet environnement devront être bel et bien identifiées comme des informations par le système en question (Dubé et Pires, 2009, p.120).

En second lieu, sur le plan identitaire, l'autoréférentialité d'un système se manifeste lorsqu'il fait référence à lui-même; quand il « parle » de lui-même, lorsqu'il se présente ou se prend comme objet pour instituer des discours sur lui-même. C'est par l'autoréférentialité que les systèmes sociaux arrivent à s'autodifférencier des autres sous-systèmes et à augmenter leur complexité interne. Mais il ne faut pas confondre identité avec autoportrait identitaire dominant. Un système social de fonction peut changer son autoportrait identitaire tout en conservant son « identité », c'est-à-dire, sa différence avec l'environnement, son individualité. Dubé et Pires (2009, p.120-121) relèvent des travaux de Luhmann que certains systèmes sociaux, comme résultat de leur reproduction, peuvent arriver à atteindre un niveau d'abstraction élevé et devenir assez complexe en termes d'opérations cognitives. Dans ces cas, les communications du système n'émergeront pas simplement, mais elles décriront aussi le système lui-même. En d'autres mots, par des opérations de réflexion au niveau sémantique, le système aura un certain point de vue sur lui-même à l'intérieur de ses frontières communicationnelles qui lui permettra de produire non seulement des communications sur son environnement, mais aussi des autodescriptions, aussi appelées des autoportraits. En d'autres mots, le système va réfléchir et discourir sur son identité, ainsi qu'identifier par lui-même ce qu'il doit être au niveau identitaire et au niveau fonctionnel. L'activité produite au niveau opérationnel par et pour le système viendra ainsi augmenter cette complexité interne.

1.1.6 Le système de droit criminel et l'immobilisme : émergence d'une problématique de recherche

Le SDC a construit son propre discours identitaire dominant à partir des théories de la peine (champ des normes de sanction), qui sont sous l'emprise d'une définition de la punition qui met l'accent sur l'infliction volontaire de la souffrance. La théorie de la RPM mentionne que le système d'idées de la rationalité pénale moderne est captif de cette emprise. Le système parvient ainsi à s'auto-observer et produit des discours sur sa fonction, son autoportrait identitaire, sa légitimité, etc. Sur cette base, le système se réfère à ses autoportraits (dominant ou émergents) pour déterminer ce qu'il intégrera ou non et de quelle façon. En ce sens, Bateson (1972) observe que les systèmes complexes autonomes baseront usuellement chacune de leur activité sur la précédente qu'il aura effectuée en ajustant *légèrement* la prochaine, pour éviter d'expérimenter de trop grands changements, tel un bûcheron qui ajuste modérément son nouveau coup de hache en fonction de celui qu'il vient d'asséner, dans le but d'abattre son arbre en ayant recours au moindre effort possible. Le système fait donc lui-même en sorte d'éviter de connaître des changements trop grands, radicaux et différents de ce qu'il est ou dit être normalement. Bien entendu, si le système ne stabilise pas volontairement une direction à suivre, il va rester à la dérive.

En ce sens, sur le plan sémantique, un problème d'évolution émerge lorsque les opérations de réflexion identitaires du système bloquent une mutation qui pourrait permettre une meilleure forme d'ajustement du système à ses propres valeurs positives et à certaines valeurs dans son environnement. C'est ici que se produit la cristallisation des structures et le blocage de la nouveauté qui pourrait autrement se manifester au niveau structurel. Ici émerge donc un problème de recherche et qui concerne, dans notre cas, le SDC.

Bien que l'on ait pu assister à une fluctuation dans la valorisation de certaines finalités de la peine (Pires et al., 2001) dans certaines juridictions et au fil des ans (montée de la réhabilitation jusqu'aux années 1970, retour vers un courant rétributif au cours des années 1990, etc.), il reste qu'une observation de longue durée et plus globale permet de voir la présence stable d'un système d'idées mettant l'accent sur une volonté d'infliger une souffrance. (Pires et al., 2001). La peine privative de liberté demeure encore et toujours la solution et la réponse par excellence au crime (Foucault, 1975) et la valorisation de l'infliction de la souffrance et de l'exclusion sociale sont toujours au cœur de la conception de la punition par le SDC (Pires, 1998). C'est justement cette problématique de la non-évolution (Dubé, 2008, p.15; Pires, 2002) du SDC moderne en ce qui concerne les idées et les normes de sanctions (Dubé, 2017) qui nous intéresse ici. Nous partons de l'hypothèse que les opérations de réflexion et les autodescriptions du système sur le plan sémantique concernant la punition ont une part

de responsabilité importante dans ce problème de non-évolution.

En effet, le concept de punition prend ici couramment la forme d'un impératif d'infliction de la souffrance et d'exclusion sociale. Ce système de pensée dominant et les idées qui le constituent sont par ailleurs soutenus par quatre théories de la peine dans leur mise en forme moderne, soit la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale. Toutes ces théories valorisent d'une façon quelconque l'infliction volontaire de la souffrance sur le condamné. Ce système d'idées agit ainsi comme référence aux acteurs du système pénal en leur recommandant de maintenir la souffrance et l'exclusion sociale aux premières loges en matière de détermination de la peine et de justification des sanctions.

Il incombe toutefois de préciser que cette théorie de la non-évolution du SDC moderne ne propose pas une vision fataliste et définitive de cet état des choses. En effet, elle suggère que cette non-évolution peut céder sa place progressivement à une évolution de palier du SDC si ce système d'idées de la RPM (formé par une certaine définition de punition et par ces quatre théories conventionnelles de la peine) est remplacé par un autre système d'idées sur les peines. Entre autres possibilités, certaines organisations, comme les commissions de réforme du droit, qui sont « plus propices à l'apprentissage et au développement des alternatives » (Dubé et Cauchie, 2007, p. 466) peuvent contribuer éventuellement à l'accomplissement de cette tâche.

Il est même possible de constater présentement un certain degré d'ouverture à la création de nouvelles sanctions non intrinsèquement pensées en fonction de l'infliction volontaire de la souffrance. C'est donc ici qu'entre en jeu la problématique de recherche plus spécifique de l'innovation cognitive qui s'insère dans la problématique plus large de la non-évolution du droit criminel. En ce sens, des idées innovatrices concernant les normes de sanction sont nécessaires pour substituer au système d'idées de la rationalité moderne de la peine, en transformant alors le contenu du noyau dur du SDC et ses structures de normes de décision.

Jusqu'à présent, dans cet ordre d'idées, les études criminologiques et sociologiques se sont focalisées sur les idées qui ont joué un rôle d'obstacles cognitifs à cette reconstruction en profondeur du SDC par rapport aux normes de sanction (Dubé et al., 2013). Il faut présentement focaliser davantage notre attention sur la *redécouverte*, la *visualisation* et la *valorisation* des idées innovatrices portant sur les sanctions. Il s'agit de deux faces d'un même problème d'évolution : identification des obstacles cognitifs et des idées favorisant l'innovation. Notre recherche vise à contribuer au développement de cette deuxième face de la théorie de la RPM. En effet, pour favoriser l'évolution du système, il faut maintenant nous attarder aux idées innovatrices. La question est donc celle de savoir quelles sont les idées innovatrices dont le système dispose qui pourraient, à condition d'être valorisées

et « démarginalisées », transformer l'identité du système et produire une forme d'évolution significative. Nous étudierons cette question dans le cadre d'un cas en particulier : celui de la Commission de réforme du droit du Canada. Ainsi, conformément à la formulation que nous avons privilégiée en introduction, la question devient alors celle de savoir : quelles sont les idées innovatrices concernant les peines et leurs justifications qui ont été formulées par la Commission de réforme du droit du Canada et qui sont susceptibles de favoriser l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne?

1.2 Cadre théorique

Pour accomplir notre travail de recherche autour de cette question, nous avons besoin d'un cadre théorique capable de nous aider à discerner l'innovation ou le changement innovateur dans l'empirie (l'objet de notre recherche), en regard de la simple déviation ou de la nouveauté par rapport à la RPM. Le choix de la théorie de la RPM comme cadre théorique est donc justifié, puisque cette théorie nous permet de cerner le système d'idées valorisé par le SDC moderne (la RPM) et faisant obstacle à son évolution en empêchant la stabilisation d'idées innovatrices au profit de la redondance. Notre objectif étant donc d'identifier les idées innovatrices en fonction de leurs « potentialités transformatrices [...] de la [RPM] » (Cauchie et Kaminski, 2007b, p. 2).

1.2.1 La rationalité pénale moderne

La RPM, à la fois une théorie et un concept, a été élaborée par Alvaro Pires à partir des années 1990 et elle est encore développée et objet de questionnement à ce jour dans le cadre d'une équipe de collaborateurs/étudiants de la *Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale*. Depuis 2002, la théorie se développe sous l'influence des travaux de Niklas Luhmann et sa théorie des systèmes sociaux (Garcia, 2013, p.42). Pires conçoit la RPM comme « une théorie sociologique systémique portant sur un *système d'idées* formé par des théories de la peine et faisant référence à un "problème d'évolution" en matière de droit criminel » (Pires, 2010, dans Garcia, 2013, p.41). L'objet de la théorie est donc un système d'idées, celui plus précisément formé par les théories de la peine (*Ibid.*). En fait, en se construisant, petit à petit, la théorie de la RPM voulait entre autres répondre aux problèmes de recherche suivants :

Les obstacles liés à la réforme pratique et institutionnelle du droit criminel moderne, et en particulier le caractère récurrent de la critique à la prison, "le constat d'existence d'une énorme difficulté pour *légitimer, généraliser et restabiliser* des sanctions qui ne visent pas intentionnellement (ou au premier plan) à infliger une souffrance au coupable" [...] (Pires, 2010, dans Garcia, 2013, p.41).

En ce sens, Garcia (2013) affirme que la théorie de la RPM est une manière « d'observer, d'organiser et de décrire les phénomènes qu'elle a sélectionnés comme pertinents » (*Ibid.*, p.42). Elle sert aussi à caractériser la stabilité de certaines structures juridiques, malgré le fait qu'elles soient stimulées de diverses façons pour en favoriser la variation (Teubner, 1989, p. 84). Le but de la théorie se caractérise par le fait qu'elle veut « décrire et expliciter les modes de raisonnement et les idées du SDC moderne » (Garcia, 2013, p. 38). Bref, la théorie se veut un outil d'observation pour l'analyse sociologique, et ce, pour permettre d'arriver à « la caractérisation et [à] la problématisation des principes directeurs et idées clés agissant sur le développement du droit criminel moderne » (Dubé, 2013, p. 16). Ces principes et ces idées se sont développés en système d'idées et constituent ainsi la rationalité du système pénal moderne.

De surcroît, la théorie de la RPM est formée de deux volets. Le premier, on l'a dit, a trait au problème de l'évolution du droit criminel moderne, formulant plus particulièrement la thèse de sa non-évolution et celle relative aux « conditions d'émergence, de sélection et de stabilisation des idées innovatrices » (Pires, 2010, dans Garcia, 2013, p.44). Ce premier volet a déjà été traité, nous n'y reviendrons pas. Le second volet a trait aux théories de la peine. Nous approfondirons ces théories de manière individuelle dans le prochain point de cette section. Comme Garcia (2013) l'affirme, ces théories de la peine ont participé à la formation du droit criminel moderne, tant au niveau cognitif que pratique (*Ibid.*, p.43). Intéressons-nous maintenant plus spécifiquement à ces théories.

1.2.1.1 Les théories de la peine qui composent la rationalité pénale moderne

Selon Garcia, les théories de la peine sont, entre autres, des « théories pratiques », un concept provenant de Durkheim (Garcia, 2013, p.45). Ce sont « des théories qui proposent [sans néanmoins déterminer] certaines pratiques » (Pires, 2008a, p.5, cité dans Garcia, 2013, p.45) et qui se situent donc entre la science et la pratique. Les quatre différentes théories de la peine (rétribution, dénonciation, dissuasion, réhabilitation), à la base des normes de sanction, forment un regroupement d'idées et peuvent diriger et orienter l'acteur, du SDC par exemple, dans sa prise de décision et dans ses activités (*Ibid.*, p.46). En fait, les théories pratiques « indiquent aux autorités les possibilités admissibles ou non valorisées, les possibilités à privilégier par rapport à d'autres "possibilités possibles" » (*Ibid.*) dans des circonstances quelconques. Dans le cas des théories de la peine, elles serviront par exemple à orienter le juge dans son choix de sanction et à justifier celle qu'il aura privilégiée. Ces théories pratiques fournissent aussi des raisons pour justifier un ensemble de pratiques précises et sélectionnées au détriment d'autres options. Par exemple, dans le cas des théories de la peine, elles délimitent les principes qui « jouissent d'une autorité particulière ne serait-ce que parce qu'ils ont été reconnus

valables (depuis des siècles) et ont fait l'objet d'une constance presque cristallisante dans les modes de pensée du SDC » (*Ibid.*, p.47). C'est donc dire que ces théories favorisent les principes et les idées ancrés dans la rationalité du SDC moderne, des principes qui ont formé un système d'idées prédominant et sur lequel le SDC moderne a construit son individualité. C'est ce système d'idées qui forme la RPM. Ces théories de la peine fourniraient donc « aux acteurs – et en particulier aux acteurs judiciaires – des raisons et des motifs permettant d'orienter et de justifier tout un ensemble de pratiques qui se rapportent notamment à la sélection et à la stabilisation de certaines sanctions au détriment d'autres qui seraient [aussi possibles] » (Garcia, 2013, p.46), telles que des idées innovatrices élaborées dans diverses commissions de réforme.

Les caractéristiques fondamentales des théories de la peine

À première vue, et comme trop souvent on l'a fait selon Pires, on s'attarde à reconnaître que les théories de la peine sont différentes et qu'elles peuvent en quelque sorte être des alternatives les unes pour les autres; c'est-à-dire que l'on considère qu'il faut choisir l'une ou l'autre de ces théories dépendant de la justification que nous voulons donner à la sanction sélectionnée. On tient pour acquis que par leurs différences, ces théories de la peine ne sont en aucun cas similaires et que chacune représente une option et offre un impact spécifique sur le fonctionnement du système. En revanche, lorsque l'on prend le temps de les considérer de manière plus globale, soit au-delà de leurs différences et en s'attardant à ce qui les rassemble, on s'aperçoit rapidement que les théories finissent toutes par « se rencontrer et s'accorder » (Dubé et Cauchie, 2007, p. 474). Elles sont en fait des « perspectives complices » (Dubé, 2008, p. 52) qui forment « un système d'idées cohérent » (Garcia, 2013, p.47). Bref, elles sont toutes construites sur les trois mêmes caractéristiques précises, faisant en sorte de maintenir la redondance du noyau dur du système d'idées qu'elles forment (la RPM). Ces trois assises ou caractéristiques, Dubé et Cauchie (2007) les conçoivent ainsi :

(1) l'idée que punir ou traiter relève d'une *obligation* (morale ou utilitaire) *formelle*; (2) l'idée qu'intervenir nécessite l'exclusion sociale de l'individu, sa mise à l'écart; (3) l'idée que faire souffrir autrui est un mal largement compensé par la production d'un bien individuel ou collectif plus important (Dubé et Cauchie, 2007, p. 474).

Ces assises des théories de la peine aident ainsi le SDC qui est « peu innovant » (Dubé et Cauchie, 2007, p. 474) et qui continue à valoriser l'infliction volontaire de la souffrance. excluant ou réduisant la portée des sanctions non-carcérales. Nous comprenons les alternatives ici, à l'aide de Garcia (2013, p. 64-65), comme des sanctions qui remplaceraient les peines privilégiées et valorisées traditionnellement par le système de pensée dominant d'une certaine époque. Bref, dans notre cas actuel, ces sanctions auraient une base théorique plus pacifique ou plus « humaine » et permettraient

de remplacer l’incarcération comme « peine de référence » (*Ibid.*, p.60) grandement valorisée par la RPM et le SDC moderne. En ce sens, « [p] ar leurs points de convergence, ces théories se relaient les unes les autres et assurent les conditions minimales d’une légitimation du connu par le connu » (*Ibid.*) et ne fonctionnent finalement pas comme des alternatives les unes pour les autres (Garcia, 2013, p. 54). De plus, comme l’a bien relevé Pires (2001), toutes ces « perspectives complices » que sont les théories de la peine et qui forment la RPM conçoivent la protection de la société et l’affirmation de ses normes de façon hostile, abstraite, négative et atomiste :

Hostile, parce qu’on représente le déviant ("celui qui cause la déception") comme un ennemi du groupe tout entier. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est perçu comme *devant causer* un bien moral immatériel ou un bien pratique invisible et futur. Négative, puisque ces théories *excluent toute alternative* visant à réaffirmer le droit par une action positive du déviant (le dédommagement, par exemple) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant (et à son entourage) peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, atomiste, parce que la peine — dans la meilleure des hypothèses — n’a à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes (comme si elles ne faisaient pas partie du "même groupe") que d’une façon tout à fait secondaire et accessoire; on voit "l’intérêt public" comme réclamant la peine et comme incompatible avec la simple pacification du conflit entre les parties (Pires, 2001, p. 184).

Pour comprendre le fondement du droit de punir justifié par les théories de la peine, Pires (2008b) pose sept questions auxquelles toute théorie de la peine propose une réponse :

i) Au nom de quoi l’État punit-il? ii) Quel est le but de la peine criminelle? iii) Qui peut-on punir? iv) Qu’est-ce qui compte (ou ne compte pas) comme « punition »? v) Quelle économie politique doit-on adopter dans l’exercice de la punition? vi) Quel type de peine doit-on choisir? vii) Quel degré de privation doit-on imposer? (Pires, 2008b, p. 196)

Ainsi, sans toutefois répondre à l’entièreté de ces questions pour chaque théorie de la peine, nous y ferons référence afin de construire la définition des théories et d’en dégager les éléments importants.

La théorie de la rétribution

La théorie de la rétribution, dans sa version kantienne affirme que la peine doit être proportionnelle ou égale au crime qui a été commis (Kant, 1797, dans Raupp, 2015, p.36). Le transgresseur y est perçu comme rationnel et doté du libre arbitre. Dans cette théorie, la peine n’a pas de visée utilitaire. Il faut punir, certes, mais pas pour produire un bien. Il faut punir tout simplement parce qu’un crime a été commis et que c’est par la peine que le coupable devra expier sa faute. C’est la justice suprême ou la morale qui l’exige. Ainsi, pour faire justice et rétablir l’ordre de la moralité qui a été troublé, la théorie dit qu’il faut « payer le mal par le mal » (Raupp, 2015, p. 37) : « le mal de la peine doit être *équivalent*, selon une certaine analogie, au mal causé par le délit » (Labonté, 2019, p.53).

Ici, il ne faut pas comprendre l'ordre de la société ou de la communauté, mais bien l'équilibre d'une morale supérieure. L'ordre troublé n'est pas de nature sociale, mais bien de nature métaphysique. Il désigne le déséquilibre qu'a créé métaphysiquement le crime sur le plan de la moralité et de la justice; le crime a symboliquement instauré un déséquilibre en ce qui a trait à la société et à ses valeurs collectives. Précisons que la justice dont parle Kant n'est pas celle des hommes. Elle est plutôt une certaine justice suprême ou transcendante. La justice y est donc comprise comme l'obligation morale d'infliger une souffrance au coupable, en le punissant; il s'agit d'une souffrance intentionnelle et infligée par l'État pour rétablir l'équilibre troublé par le coupable et pour le faire payer (Raupp, 2015).

La théorie de la dissuasion

Pour ce qui est de la théorie de la dissuasion, Beccaria et Bentham, les principaux participants à l'élaboration de la théorie, s'accordent pour dire que la peine doit être utile. Elle doit être précisément être utile en « préven [ant] les délits en "ôtant l'audace" [...] à quiconque envisagerait commettre un délit, ce que Bentham nomme la prévention générale » (Labonté, 2019, p. 54). Plus encore, les deux mêmes contributeurs s'entendent également sur le fait que la punition doit être obligatoire. Labonté (2019) mentionne que pour Beccaria, cette obligation est construite à travers la théorie du contrat social, en fonction de « la nécessité de défendre les "libertés sacrifiées" » des individus « en échange d'une sécurité qui leur permettrait de profiter pleinement de la part de liberté restante » (*Ibid.*, p.55) pour éviter une guerre constante entre eux. Ce droit (obligatoire) de punir de l'État serait légitimé par le fait que les individus auraient accepté de sacrifier une partie de leur liberté à travers ce contrat social (Labonté, 2010). De son côté, la peine serait infligée par ce que le coupable aurait désobéi à la loi (Raupp, 2015). Pour Bentham, Labonté (2010, p.55) mentionne que cette obligation de punir s'inscrit plutôt dans la nécessité (utile) de la peine de prévenir les délits. Ainsi, on parle alors d'une obligation pratique de punir pour prévenir. Dans cette logique trois éléments doivent être présents pour que l'objectif de dissuasion soit atteint : « la *sévérité*, la *certitude* et la *promptitude* de la peine » (Labonté, 2019, p. 56; le souligné de l'auteur).

L'élément de sévérité implique une proportionnalité entre la sévérité de la peine et la gravité du délit : plus un délit est grave ou « nuisible au bien public » (Beccaria, 1764, p.72, cité dans Labonté, 2010, p. 56), plus la peine devra être sévère pour « intimider le coupable [afin de] l'empêcher de récidiver et empêcher aussi les coupables potentiels de commettre leur crime (dissuasion spécifique et dissuasion générale sont ici respectivement représentées) » (Raupp, 2015, p. 44). On parle ici d'une proportionnalité « miroir ou horizontale entre le crime et la peine; elle est centrée sur l'idée d'une échelle globale de la gravité des crimes » (Raupp, 2015, p.46). Précisons que la punition implique l'infliction d'une souffrance au condamné. Cette échelle de proportionnalité implique également que

« la sévérité [de la peine] représente un coût suffisant pour tout juste surpasser les bénéfices associés au crime » (*Ibid.*, p.45) afin que l'effet dissuasif de la peine fonctionne, car « l'homme est vu comme un être rationnel qui se gouvernerait par un calcul des coûts et des bénéfices » (Bentham, 1840, p.10, cité dans Labonté, 2019, p.56). Selon cette rationalité, les individus penseraient, avant de passer à l'acte, à la peine qu'ils auraient s'ils passaient effectivement à l'acte. Toutefois, cette logique de calcul des coûts et des bénéfices ne semble généralement pas être celle mobilisée par les individus en matière de crime¹. Celle que semble en effet mobiliser l'individu est plutôt une rationalité du risque où le coût que le droit, par la peine, associe au passage à l'acte est phénoménologiquement vécu par l'individu, dans le cadre même de ce passage à l'acte, comme un risque que l'on peut contrôler ou qu'on aurait pu contrôler si telle et telle mesures sont prises ou avaient été prises (Dubé, 2012). Dit autrement, ce « coût » que le droit pénal voulait certain est vécu comme un risque, et ce risque, par définition, est toujours incertain.

Par certitude de la peine, on entend que la peine sera assurément imposée à la suite du passage à l'acte : « [l]a certitude renvoie au caractère inéluctable de la peine » (Labonté, 2019, p.57). La peine certaine « aurait une impression plus grande qu'un châtement plus sévère, mais incertain » (Beccaria, 1764, p.81, cité dans Labonté, 2019, p.57).

Plus encore, cette peine certaine devra également être prompte, car en réduisant le délai entre le passage à l'acte et la peine, le transgresseur tissera un lien entre les deux éléments. Ainsi, plus le délai sera réduit, « plus la peine sera juste et utile » (Labonté, 2019, p.57), car la souffrance inutile de l'individu qui attend son sort sera réduite et que l'effet dissuasif de la peine sera plus fort (*Ibid.*).

La théorie de la dénonciation

Stabilisée au cours de la seconde moitié du 20^e siècle, la théorie de la dénonciation (Stephen et Durkheim) est la dernière théorie qui est venue se joindre aux autres théories fondatrices du droit criminel moderne (Garcia, 2013, p.43). La théorie de la dénonciation, aussi appelée théorie de la réprobation sociale, conçoit le transgresseur comme rationnel et donc responsable des actes qu'il a commis (Raupp, 2015). Durkheim est d'avis qu'elle a la fonction principale de dénoncer ou d'exprimer l'aversion au crime ou la désapprobation sociale provenant de la conscience collective et de ses valeurs fondamentales. Précisons ici que les objectifs associés à la théorie sont d'ordre symbolique. En effet, « [l]es peines afflictives constituent un des symboles ou un des signes à travers lesquels se

¹ Voir notamment Dubé et Labonté (2016) et Labonté (2013) qui s'interrogent à ce niveau et remettent en question cette rationalité.

communiquer socialement l'atteinte que représente le crime contre les valeurs fondamentales de la société » (Dubé et Labonté, 2016, p. 691). En d'autres termes, les actes qui transgressent ces valeurs fondamentales doivent être sanctionnés pour réaffirmer l'attachement de la société à celles-là. Dans ce sens, la peine justifiée dans le but de dénoncer a comme tâche de refléter la conscience collective, sans pour autant avoir comme objectif d'obtenir l'approbation de la part du public. Au départ, pour Durkheim, la punition était obligatoire et devait impérativement infliger une souffrance au coupable. Toutefois, il en est venu plutôt à « soutenir [ir] [...] une perspective beaucoup plus souple que celle qu'il a défendue » (Dubé et Labonté, 2016, p. 693) en accordant moins d'importance à la souffrance. Il va alors dire que le plus important dans cette théorie de la peine est « le sentiment exprimé, et non le signe par lequel il s'exprime » (Durkheim, 1902-1903, cité dans Dubé et Labonté, 2016, p.693). Il demeure toutefois que la théorie de la dénonciation est toujours largement associée à l'infliction de la souffrance, bien que son objectif ne le soit pas à la base (Dubé et Labonté, 2016, p. 693). Notons que « [l]'influence de cette perspective a été et continue d'être déterminante sur les opérations du droit criminel moderne » (*Ibid.*, p.692), d'où la codification de l'objectif dans l'article 718 du Code criminel canadien portant sur les principes aiguillant la détermination de la peine (*Ibid.*).

La théorie de la réhabilitation (carcérale)

La version de la théorie de la réhabilitation qui nous intéresse ici est la réhabilitation carcérale ou encore celle de la première modernité. Dans « un nouveau discours sur la peine qui se distingue autant du discours de l'Ancien Régime — centré sur les supplices — que de celui des réformateurs du droit criminel du 18^e siècle — comme celui de Beccaria » (Raupp, 2015, p.58), Foucault (1975, p. 17, cité dans Raupp, 2015, p.59) retrace que le pouvoir de punir serait justifié par le but de « corriger, redresser et guérir » l'individu. Le traitement s'inscrirait dans l'institution carcérale (en milieu fermé) et adopterait un programme de traitement et de réinsertion sociale positif (Raupp, 2015, p. 70). Dans cette théorie, le transgresseur est perçu comme doté du libre arbitre ou déterminé, mais par des facteurs biologiques, psychiques et/ou sociaux (*Ibid.*). Il est important de préciser ici que la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité, celle favorisant l'intervention en milieu ouvert plutôt qu'en milieu fermé, se distingue de celle de la première modernité et n'entre pas dans la RPM; nous y reviendrons dans la revue de la littérature sur l'innovation.

La théorie de la réhabilitation en milieu ouvert ou de la seconde modernité; une innovation par rapport à la rationalité pénale moderne

Cette nouvelle théorie de la réhabilitation a émergé au cours des années 1960 alors que l'idéal réhabilitatif, comme il était alors construit depuis le 18^e siècle, connaissait un déclin (Quirion, 2006). On sait notamment que le Comité Ouimet a travaillé à son édification à cette époque. Elle s'est

développée « à partir d'une prise de distance du traitement en milieu fermé [...] et avec l'idée qu'il vaut mieux une sanction en liberté [...] qu'en milieu carcéral » (Cauchie, 2011, p. 142). Cette nouvelle théorie n'oublie toutefois pas totalement le milieu carcéral, mais ne le met pas au centre de ses priorités. Elle se base plutôt sur l'idée que l'emprisonnement ne doit être utilisé qu'en dernier ressort. Dans cette théorie, l'intervention mobilise l'individu qui la reçoit. Elle s'effectue avec lui plutôt que sur lui. Cette intervention ne se présente pas comme étant experte ou paternaliste. Elle s'assure plutôt de prendre en compte l'individu dans son entièreté, avec ses « liens sociaux concrets, [son] context [e] de vie et [ses] représentations » (*Ibid.*). Ainsi, la théorie ne vise pas l'exclusion sociale de l'individu pour mieux l'inclure. Elle mise plutôt sur son inclusion dès le départ. Précisons que l'intervention dans cette nouvelle théorie comporte une limite temporelle contrairement à celle du carcéral; on se dissocie de la peine indéterminée (Raupp, 2015; Cauchie, 2011). Conséquemment, « cette théorie s'oppose [...] aux peines minimales et aux peines obligatoirement infligées ou incompressibles, car elle s'élève contre toute valorisation de la sévérité des peines et valorise la révision périodique de toute sentence d'incarcération pour réduire sa portée » (Raupp, 2015, p.77). Ainsi, il est donc important de préciser que cette théorie ne partage pas les idées de la théorie de la RPM. En somme, elle est donc une innovation par rapport à la RPM et à ses idées.

Notre cadre théorique nous permet maintenant de dégager les idées ancrées dans la RPM. Du même coup, il va aussi nous aider à identifier les idées qui en ressortent et à définir ce que nous entendons par innovation ou idée innovatrice en droit criminel. Maintenant, il nous faut cerner ce que nous dit la littérature sur l'innovation et sur les commissions de réforme du droit.

1.2.2 L'innovation

1.2.2.1 « L'innovation ordinaire »²

Ayant établi que l'innovation dans le SDC moderne constitue notre objet de recherche, nous pouvons maintenant commencer par regarder ce que nous dit la littérature à propos de ce concept. Voyons un peu en quoi constitue l'innovation générale, ou « ordinaire », pour reprendre le terme d'Alter (2005). Dans les termes de Strimelle (2007), on peut dire que « [p] ris dans le sens littéral, le fait d'innover se comprend comme "l'introduction du neuf dans quelque chose qui a un caractère bien établi" » (*Ibid.*, p.1). Plus encore, Alter (2005) affirme que l'innovation reposerait à la fois sur la destruction (de l'ancien) et la création (du nouveau) (*Ibid.*, p. 1; Strimelle, 2007). L'innovation est ce qui décrirait ou représenterait cette agitation à la fois destructrice et créatrice. L'innovation, dit

²Nous reprenons le titre de l'ouvrage d'Alter (2005).

Schumpeter (cité dans Alter, 2005, p.1), est donc une « destruction créatrice » (*Ibid.*). Considérée non pas comme « un moment, un accident ou une activité spéciale » (Alter, 2005, p.2), l'innovation pourrait être vue plutôt comme « un mouvement permanent » (*Ibid.*) et constant. Bref, elle serait un « processus contrôlé » (*Ibid.*) de rupture par rapport à ce qui lui préexiste (Strimelle, 2007, p.1).

1.2.2.2 L'innovation pénale

L'innovation en droit pénal, comme nous l'entendons pour notre projet, n'est pas un phénomène naturel. Elle ne suit pas le cours normal de l'évolution de la société et n'est pas chose courante. En fait, même en étant puissantes, les pressions sociales externes au SDC, liées à l'évolution sociétale, ont peu d'effets sur ce dernier et sur sa structure interne (Dubé, 2007, paragr. 27), comme nous l'avons vu dans la première partie de ce chapitre, lorsque nous traitons de l'influence de l'environnement sur le SDC. De plus, « l'innovation peut naître là où on ne l'attendait pas (Cauchie, Kaminski, 2007) et décevoir là où on l'attendait (Garcia [2007]) » (Cauchie et Kaminski, 2007b, p. 4). L'innovation en droit pénal, selon Cauchie et Kaminski, peut se situer « à différentes étapes temporelles (variété, sélection, stabilisation) » (*Ibid.*, p.6). Nous ne traiterons toutefois pas de ces étapes dans ce travail. Elle peut également se trouver sur différents niveaux : « les idées, le programme des normes de sanction, les organisations » (Cauchie et Kaminski, 2007a, p.6). Dans notre cas, nous nous intéressons aux idées développées au niveau des normes de sanction. Les auteurs précisent toutefois qu'une innovation à un certain niveau, dans les tribunaux, ne veut pas automatiquement dire qu'il y a innovation à tous les niveaux. Elle peut toutefois produire des effets sur d'autres niveaux (« dynamisations réciproques ») (*Ibid.*). Nous comprenons cette idée ainsi : une innovation au niveau des sentences ordonnées par les tribunaux par exemple, ne voudrait pas forcément dire que cette innovation serait automatiquement identifiable dans le code criminel. Cette même innovation pourrait toutefois stimuler la production d'innovation ailleurs que dans les tribunaux : au niveau du code criminel ou encore ailleurs.

Si l'innovation ordinaire, dans différentes entreprises ou organisations par exemple, est considérée comme toujours en mouvement, comme le dit Alter (2005, p.2), il nous semble que ce n'est pas le cas en ce qui concerne l'état de l'innovation dans le SDC canadien moderne. L'innovation, à notre avis, dans ce système ne semble pas être une « pratique » courante, mais plutôt un phénomène hors norme ou rare. Peut-être est-ce parce que l'innovation amènerait de l'incertitude, de la destruction et de la violence (Alter, 2005, p.2)? Peut-être est-ce parce qu'elle bousculerait bon nombre de coutumes (*Ibid.*), la tradition et le « connu »? En fait, « [d]'autres pratiques et projets [dans notre cas, ce serait des idées] se construisent mais ils sont trop instables pour produire à l'égard des collègues, des chefs ou de l'entreprise [du SDC, son centre et de son identité], un sentiment de sécurité et de

confiance » (Alter, 2005, p. 2), de là viendrait peut-être la réticence à stabiliser et même à sélectionner ces idées innovatrices ou l'incapacité de les prendre en compte et de les mettre en pratique. Nous avons toutefois vu que la RPM et son système d'idées serait ce qui rendrait la tâche d'innover (cognitivement), notamment au niveau des normes de sanction du SDC moderne, difficile.

Pour d'autres, l'innovation ne doit pas résider dans le système d'idées de la RPM. C'est à ce niveau que notre recherche se situe. De ce fait, un obstacle rencontré dans la littérature et auquel nous sommes ici confrontée concerne la façon de penser l'innovation pour la distinguer de la simple déviation ou du changement, ou encore de la transformation et de la nouveauté.

Alter (2005) nous dit en fait que l'innovation n'aurait rien « à voir avec le changement » (*Ibid.*, p.3) qu'il qualifie de « passage d'un état stable à un autre » (*Ibid.*). Elle serait plutôt un processus « charriant pêle-mêle des traditions, des résistances et des représentations fossilisées » (*Ibid.*). En ce qui nous concerne, l'innovation cognitive par rapport aux normes de sanction serait un processus qui « charrierait » par exemple les peines et leurs justifications ancrées dans la RPM depuis environ le 19^e siècle (Dubé, 2008, p. 21; Pires, 2001, p. 181, 2008a); il s'agirait donc d'un processus actif, tout le contraire de stable.

De leur côté, Cauchie et Kaminski (2007a) mentionnent que pour comprendre le changement *innovant*, on peut s'attarder à deux définitions. La première est celle du changement *normal*, qui veut dire que le changement est attendu, au sens où l'on pourrait facilement le prédire ou le déduire. Cauchie et Kaminski (2007a, p. 6) font remarquer qu'« [u] n changement normal est un changement *attendu* (réductible, prédictible, déductible) au regard de certaines caractéristiques antérieures du système de droit pénal moderne occidental, à savoir celles que l'on attribue à sa rationalité dominante ». À ce moment, ce type de changement n'est pas *innovant*, il est « normal » puisqu'il reste ancré dans ces « caractéristiques antérieures ». Ainsi, en suivant cette logique, on pourrait croire que si le changement était « irréductible, non prédictible et non déductible », le changement serait en fait *innovant*. Or ce n'est pas le cas. Selon Cauchie et Kaminski (2007a), l'absence des trois éléments qui caractérisent le changement *normal* ne suffit pas pour parler d'un changement *innovant*; on ne peut que parler de changement *déviant* par rapport à la cognition de la rationalité dominante du système. Mais ce changement innovant est également déviant selon Cauchie et Kaminski (2007a). Il faut donc, selon ces derniers, se doter d'un cadre théorique qui puisse permettre de distinguer le changement innovant du changement déviant. Comme nous l'avons présenté plus haut, nous avons recours à la théorie de la RPM pour nous donner « le point de référence (la rationalité pénale moderne) par rapport auquel situer le changement » (Cauchie et Kaminski, 2007a, p. 7).

1.2.2.3 L'innovation par rapport à la rationalité pénale moderne

Tout comme Cauchie et Kaminski (2007a, p. 3) et comme l'a fait extensivement Dubé (2008), nous sommes d'avis que « [l']innovation doit être observée en regard de l'immobilisme qui touche le [SDC] moderne » (Cauchie et Kaminski, 2007a, p. 3). C'est donc pour cette raison que nous l'abordons sous l'angle de la RPM. À notre avis, les idées, pour qu'elles soient innovatrices, ne doivent pas reproduire les pensées du système dominant qu'est la RPM; l'innovation entre donc dans un rapport de contraste par rapport à la redondance cognitive de la RPM (Dubé, 2008). Pour devenir innovation, la déviation devra ainsi toucher les « théories de la peine, [la] vision identitaire du système de droit pénal, [les] normes de sanction et de procédure » (Cauchie & Kaminski, 2007a, p.7). Empiriquement, le changement pénal innovant doit avoir ces quatre caractéristiques :

(1) il doit abandonner l'idée que le mal est nécessaire pour produire un bien et doit participer à une *vision identitaire du droit pénal* moins hostile, moins abstraite, moins négative et/ou moins atomiste de la protection de la société ou de l'affirmation des normes; (2) il doit présenter des caractéristiques irréductibles, non prédictibles et non déductibles au regard de la rationalité pénale moderne; (3) il doit être sélectionné sinon stabilisé par une structure pénale réceptrice quelconque (théories de la peine, jurisprudence, doctrine, lois); (4) il doit revêtir un statut d'indicateur cognitif (même faible) de *l'évolution identitaire* du système de droit pénal (Cauchie et Kaminski, 2007a, p. 7).

Cauchie et Kaminski (2007) avancent donc que pour que la nouveauté soit identifiée en tant qu'innovation, elle doit entre autres, concevoir la protection de la société et l'affirmation de ses normes de manière « moins hostile, moins abstraite, moins négative et moins atomiste » (Cauchie et Kaminski, 2007b, p. 3) que ce que la rationalité du système pénal promeut actuellement.

Nous percevons toutefois un problème avec cette affirmation, plus particulièrement avec l'utilisation du mot « moins » comme critère d'évaluation de l'innovation. En ce sens, le mot « moins » implique dès lors une question d'appréciation subjective de ce que constitue l'innovation cognitive. Il y a toujours des idées produites qui sont *moins* négatives, *moins* abstraites, etc., mais elles ne sont pas pour autant des innovations. Nous croyons donc qu'il faut être plus radical en ce qui a trait aux critères à prendre en compte pour trouver l'innovation et s'assurer que les idées soient complètement en dehors de la RPM. Nous comprenons que la nouveauté doit concevoir la protection de la société et l'affirmation de ses normes de manière *non* hostile, *non* abstraite, *non* négative et *non* atomiste pour sortir de la RPM et être caractérisée d'innovation.

De ce fait, il est important de ne pas tenir pour acquis qu'un changement ou une nouveauté signifie une innovation. La nouveauté peut être perçue *a priori* comme une idée innovatrice ou une innovation, mais il importe d'aller regarder au-delà de ce qu'elle prétend être et de s'attarder aux justifications qui la sous-tendent pour s'assurer qu'elles sont bel et bien en dehors de la RPM.

Prenons rapidement l'exemple de l'abolition de la peine de mort (Garcia, 2007; Pires et Garcia, 2007). On aurait pu croire que l'abolition de la peine de mort (apparente innovation cognitive) était justifiée par souci de respect des droits de la personne. Or, Pires et Garcia (2007; Garcia, 2007) sont arrivés à la conclusion que les justifications de l'abolition de la peine de mort reposaient entièrement sur la RPM³. Voici leurs conclusions :

(i) les droits de la personne ont été largement neutralisés par rapport à leur impact abolitionniste virtuel; (ii) les théories de la peine ont été reproduites de façon réitérée dans toutes les directions, occupant une partie importante de la scène autant dans le camp des abolitionnistes que dans celui des partisans du maintien de ladite peine; et (iii) que les théories de la peine n'ont pas été elles-mêmes observées de façon critique à partir des droits de la personne (Garcia, 2007, p. 4).

Dans un même ordre d'idées, Pires (dans Cauchie, 2005, p.419) nous met en garde contre l'idée qui tend à considérer nouveauté et innovation comme des synonymes. En fait la nouveauté est un concept général qui inclut l'innovation, mais la nouveauté n'est pas nécessairement innovatrice. Elle « peut introduire, dans l'état actuel du système, des nouvelles difficultés et même hypothéquer davantage le bon fonctionnement du système, et ce, sans constituer une "régression" proprement dite » (*Ibid.*). Elle peut donc elle-même faire obstacle à l'innovation du système. Par ailleurs, nouveauté ne signifie pas non plus évolution. Ainsi, malgré le fait que la nouveauté soit considérée comme inattendue ou imprédictible au regard de la RPM dans un certain cas, cela ne veut pas dire qu'elle doive être considérée comme une preuve de l'évolution de palier du SDC. Ce serait plutôt « l'innovation [qui] serait en somme une nouveauté qui compte pour l'évolution de palier du système » (*Ibid.*). Nous pensons par contre qu'en se liant ensemble, les idées innovatrices ont le potentiel de s'insérer dans la structure cognitive du SDC moderne, même si elles ne sont que dans la périphérie du système, et former un système d'idées alternatif à la rationalité dominante du système; comme l'a bien montré Dubé, elles peuvent en effet participer à la diversité interne du système (Dubé, 2007, paragr. 22; 2008). Cela dit, pour notre travail, nous n'allons pas nous focaliser sur cet aspect; il nous importe peu de savoir si les idées innovatrices développées par la Commission ont été stabilisées dans des organisations du centre. Nous ne nous intéresserons pas non plus à leur mise en application, car les idées et leur application sont deux choses différentes. Nous verrons, avec le cas de la justice restaurative, qu'on ne peut pas juger de l'état des idées d'un nouveau modèle de justice simplement par leur mise en œuvre dans la périphérie du SDC.

³ Voir les articles mentionnés pour de plus amples informations à ce sujet.

En ce sens, Strimelle (2007) nous explique que ce serait au début des années 1990 que la justice restaurative, s'articulant autour de principes qui s'opposent à ceux du modèle punitif, se serait érigée en paradigme. On identifie alors la justice restaurative comme faisant partie des mouvements réformistes ou transformateurs du système pénal. En ce sens, le questionnement de Strimelle (2007) se présente ainsi : que devient le modèle restauratif quand il est appliqué par et dans le pénal? Comment s'effectue le métissage et quels en sont les résultats? Après une étude empirique et une recherche théorique, l'auteure identifie que le système pénal aurait transformé les méthodes d'application de ce modèle restauratif pour l'adapter à ses perceptions et à ses fondements. Le système pénal actuel « [aurait ainsi] tendance à reformuler ou à évacuer les aspects rénovateurs et extrémistes du programme de façon à ce qu'ils se conforment au cadre de référence pénal » (Strimelle, 2007, p.10).

De plus, Jaccoud (2007) discerne que le modèle restauratif serait actuellement un modèle complémentaire dont le système pénal se servirait en plus de ses modes privilégiés de réponse au crime. En ce sens, Strimelle (2007) est d'avis que c'est parce qu'une démarche restaurative permettait au système pénal d'être perçu par le public comme étant plus humain que l'intégration de ce modèle de justice a pu être considéré important par le système lui-même.

Comme nous l'avons mentionné, ce qui nous importe pour cette thèse, est la question des idées qui sous-tendent ce modèle et moins sa mise en application. Sur le plan cognitif, Strimelle (2007) et Jaccoud (2007) arrivent toutes deux à la conclusion qu'en profondeur (en son centre), le SDC moderne demeure tout de même inchangé et qu'il maintient toujours sa rationalité punitive, bien qu'il ait recours ici et là à des modèles innovateurs ou qu'il mette en application des idées innovatrices. En revanche, la théorie de la RPM et celle des systèmes sociaux nous permettent de comprendre qu'il ne faut pas pour autant qualifier la justice restaurative de non innovatrice. Même si l'identité du SDC demeure la même en son centre, il n'est pas exclu que les idées qui se trouvent dans ses marges, en périphérie, (idées de la justice restaurative par exemple) puissent éventuellement déstabiliser celles du centre. En attendant, ces idées, même cantonnées dans les marges, constituent une véritable alternative à la RPM. Nous pensons ici à des idées qui ne sont pas ancrées dans sa rationalité fortement punitive, qui ne correspondent à aucune théorie de la peine. En effet, Jaccoud (2007) identifie dans le modèle réformateur (incluant la justice restaurative) un droit à la réparation (pour les victimes) et un devoir de réparer (pour les délinquants) en raison de la montée de l'importance accordée aux victimes. Ces idées identifiées par Jaccoud (2007) ne valorisent ni l'infliction de la souffrance, ni l'exclusion sociale. Ainsi, au niveau des idées on est donc totalement en dehors du système de pensée de la RPM et comme le SDC les possède (dans ses marges), on peut donc dire qu'elles forment un système de pensée alternatif à celui de la RPM. Nous sommes donc d'avis qu'il ne faut pas considérer le système de

pensée du modèle de la justice restaurative comme une récupération par le SDC, bien que l'on puisse observer des problèmes au niveau de son application.

En ce qui a trait aux idées innovatrices dans le discours de la CRDC, à travers ses divers documents, nous allons rechercher l'« inattendu », l'« imprédictible » (Cauchie, 2005) au regard de la RPM. Nous devons être « surprise » par ce que nous allons trouver comme « nouveauté » (Pires, 2005, dans Cauchie, 2005, p.419) et du fait que ces idées innovatrices sont exprimées en dehors des idées usuelles et valorisées par la RPM. Nous pensons particulièrement aux idées qui nous amènent à sortir d'une « culture de l'emprisonnement », c'est-à-dire celles susceptibles de contribuer à un moindre usage des peines carcérales (exclusion sociale) et à une absence de valorisation, comme objectif premier, de l'infliction de la souffrance comme dimension de la punition (affliction).

Par exemple, prenons la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité pour illustrer concrètement un exemple d'innovation par rapport à la RPM. D'abord, comme on a pu le voir, la théorie de la réhabilitation (carcérale) de la première modernité vise en premier lieu l'exclusion sociale du coupable. Elle valorise l'incarcération de l'individu qui a commis un crime pour pouvoir mieux le réhabiliter et le réinsérer socialement (exclure pour mieux inclure). Toutefois, pour ce qui est de l'affliction, elle y est indifférente; elle ne la valorise pas en soi. Cependant, par le fait qu'elle valorise l'exclusion, la théorie de la réhabilitation carcérale est ancrée dans la RPM. De son côté, la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité ne valorise ni l'affliction, tout comme celle de la première modernité, ni l'exclusion sociale. Elle est d'avis que pour réhabiliter un individu, il faut le garder en société et favoriser ainsi son inclusion. La théorie de la réhabilitation de la seconde modernité, ne valorisant ni l'affliction ni l'exclusion sociale du justiciable, sort donc complètement du cadre de la RPM.

1.2.3 Commissions de réforme du droit et innovation

1.2.3.1 Le rapport Fauteux (1956)

Le Rapport Fauteux est un rapport qui porte sur les procédures de remise en liberté. Il contiendrait, selon Lachambre (2011), un « germe d'innovation qui consiste à prendre conscience dans le SDC des problèmes posés par un droit criminel répressif (ses théories de la peine) tout comme [il] commenc[e] à reconnaître les limites de la théorie de la réhabilitation carcérale » (*Ibid.*, p.192). Les membres de cette commission tentent d'élargir l'assortiment des peines et de limiter l'importance de la prison (*Ibid.*). En revanche, le potentiel innovateur du Rapport est peu exploité; il reste axé sur la protection de la société, au détriment de celle du transgresseur, et la réhabilitation en détention (Lachambre, 2011).

1.2.3.2 La Commission Ouimet (1969)

En 1965, le ministère de la Justice du Canada met en place le *Comité canadien de la Réforme Pénale et Correctionnelle* afin qu'il puisse « étudier tout le domaine de la correction, dans son sens le plus large » (Rapport Ouimet, 1969, p. 1). En étudiant en profondeur les idées et les propositions développées dans le rapport du comité, Dubé (2007, 2008) en est arrivé à observer des « points de diffraction » (Foucault, 1969, dans Dubé, 2007, paragr.10) dans le discours du comité quant à celui du système de pensée dominant de la RPM. Parmi ces idées, le Comité Ouimet propose de considérer le délinquant en tant que « membre de la société » (Rapport Ouimet, 1969, p. 11). Le comité insiste aussi sur la nécessité de disqualifier la rétribution et la dissuasion; il remet en question leurs idées qui, trop souvent, n'ont pas participé à la construction d'un avenir meilleur pour la société (Dubé, 2007). Dans ce sens, le comité insiste beaucoup moins sur la question du pénitencier. La valorisation de l'emprisonnement comme peine semble de fait s'affaiblir chez le Comité. Dans sa manière de penser la sanction, il met ainsi de l'avant l'idée de focaliser sur la réhabilitation en milieu ouvert. Cette dernière aurait, selon la commission, plus de succès à réhabiliter que celle mise en place à l'intérieur d'une institution pénitentiaire. Rappelons que cette réhabilitation en communauté ne s'inscrit pas à l'intérieur de la RPM (*Ibid.*; Lachambre, 2011); elle est une innovation.

Dans son discours, la Commission Ouimet valorise ainsi des sanctions plus positives (restitution, réparation, dédommagement) privilégiées par le droit civil et normalement non reconnues par le droit criminel (y compris par la RPM et les théories de la peine) (Dubé, 2007). Le comité arrive aussi à modifier une sémantique du droit; il avance l'idée qu'il ne faut plus considérer la punition comme une *obligation* formelle, mais bien comme une option parmi tant d'autres, comme une simple *autorisation* (*Ibid.*). Il est donc possible de constater que le Comité Ouimet a construit un nouveau système d'idées en déconstruisant celui de la RPM formé des théories de la peine.

De ce fait, Dubé (2007; 2008) avance que même si les membres du comité œuvraient dans un milieu où régnaient les idées de la RPM (Pires, 2001), ils sont parvenus à prendre distance du système d'idées de la RPM et à ne pas reproduire les idées traditionnelles « hostiles, abstraites, négatives et atomistes » (*Ibid.*, p.184) de la RPM, en produisant quelque chose de surprenant et d'inhabituel (Cauchie, 2005). Bien que la commission ait réussi à rendre visible cette réhabilitation au fil de son rapport final (Dubé, 2007; Lachambre, 2011), il reste que cette dernière demeure toujours marginale dans le discours dominant en ce qui a trait aux peines (Dubé, 2007). Toutefois, ces idées, malgré l'échec des efforts du comité, « participent à la formation d'un système de pensée alternatif [à la RPM] en matière de justice pénale moderne » (Dubé, 2007, paragr.23; 2008).

1.2.3.3 La Commission de réforme du droit du Canada (1971-1993)

La CDRC est une commission de réforme du droit publique et permanente qui a été mandatée par le Parlement canadien. Elle avait le mandat de toucher à la question juridique en général et n'était pas strictement limitée à celle plus spécifique du droit criminel. Précisément, elle a été établie en 1971 et est par la suite restée en fonction jusqu'au début des années 1990 (Lachambre, 2011, p. 234). Cette commission avait la tâche d'« examiner tous les aspects du droit au Canada » (*Ibid.*), mais dans ses premiers travaux, la CRDC va porter une attention particulière au droit criminel et ses préoccupations vont surtout porter sur l'application de la loi et ses conséquences (*Ibid.*; Fortin, 1982).

Le mandat spécifique de la CRDC consistait « à revoir et à étudier, d'une façon continue et systématique, les lois et règles de droit qui constituent le droit du Canada, en vue de faire des propositions pour les améliorer, moderniser et réformer » (Fortin, 1982, p. 105). Elle avait aussi le « défi de repenser le système de droit en fonction des besoins de la société canadienne moderne. Il ne s'agissait donc pas d'une simple révision des lois, mais bien d'une réforme du droit » (*Ibid.*, p.106). Dans le cadre de son mandat, la Commission a publié divers documents tels que des rapports annuels et ceux destinés au Parlement, des documents de travail et des études commandées. Certains de ces documents nous serviront ainsi de matériel empirique et agiront en tant que champ d'« observation » pour nous permettre de faire ressortir et de revaloriser ces idées innovatrices dont dispose déjà le SDC, bien qu'elles soient dans sa marge. En revalorisant par la description empirique ces innovations cognitives développées par le système lui-même, nous espérons qu'elles pourront être reprises et valorisées par le système (et ses acteurs) et ultimement insérées dans le réseau communicationnel du centre du SDC moderne. Si certaines d'entre elles le sont, elles pourront servir de matériaux juridiques pour que le juridique puisse baser ses décisions sur ces dernières et pourront à leur tour servir d'assises à d'autres communications et décisions légales futures.

Dans le même ordre d'idées, en ce qui concerne la fonction du système de droit criminel, telle que la conçoit lui-même le système dans ses autodescriptions, la Commission « tente de mettre en valeur une conception du droit criminel où il faut tenter d'*appliquer* les valeurs que le SDC est censé protéger. Cette posture *diverge* des théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation) telles qu'elles se présentent habituellement » (Lachambre, 2011, p. 236) dans d'autres commissions. De ce fait, la Commission ne semble pas, et nous en faisons l'hypothèse, « submerg [ée] par les idées usuelles de la [RPM] » (Dubé, 2008, p. x). C'est donc pour cette raison et par le fait qu'elle a la réputation d'avoir développé certaines idées et certains principes innovateurs sur les sanctions – réputation qu'avait aussi la Commission Ouimet (Dubé, 2008) — que nous l'avons sélectionnée comme terrain pour la conduite de nos observations empiriques.

En ce qui concerne son travail sur la détermination de la peine, la CRDC a effectué deux

rapports traitant de ce sujet en particulier : *Report 3. Our Criminal Law*⁴ (Law Reform Commission of Canada, 1976b) et *Report 2. Guidelines : A Report on Dispositions and Sentences in the Criminal Process*⁵ (Law Reform Commission of Canada, 1976a). Dans ce deuxième rapport, elle avait entre autres comme objectif de réaffirmer les valeurs de la société et souhaitait répondre à la question suivante : « How should we treat those who offend against us? » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 1) Il est donc important pour nous d'observer et de dégager les éléments pertinents du contenu de son discours pour savoir comment elle a répondu à ses questions et si elle a réussi à le faire en dehors du système d'idées usuelles de la RPM. En fait, Lachambre (2011) arrive à la conclusion qu'en s'éloignant des théories de la peine conventionnelles

la commission de réforme dépeint un SDC basé sur une conception plus complète du principe du dernier recours, laissant aussi plus de place aux solutions de conflit négociées entre la victime et l'infracteur et à des peines « positives » (dont le dédommagement et la réparation) par opposition à la prison et à l'amende. Bref, le discours de la CRDC est parvenu, au moins dans ses grandes lignes, à sortir de l'emprise de la RPM et à *ne pas valoriser* l'emprisonnement comme réponse au crime (Lachambre, 2011, p.236-237).

1.2.3.4 La Commission canadienne de la détermination de la peine (1987)

La C.C.D.P est une commission axée sur le principe de modération (autocontention)⁶ et qui a produit un rapport « très important » (Pires, 1987, p. 11) en ce qui concerne la réforme pénale au Canada. Dans ce rapport, la Commission semble avoir une pensée en partie innovante, si nous pouvons la caractériser ainsi, en dénonçant, entre autres, les inconvénients des théories de la peine (et donc de la RPM) : ces dernières, selon la commission, mettent trop l'accent sur la punition, ce que traduit aussi l'activité des juges. De plus, selon elle, les théories de la peine sont inutiles pour les sanctions communautaires et « font silence sur [leurs] mesures réparatrices » (*Ibid.*, p.20). De ce fait, la commission vise la promotion d'autres sanctions réparatrices autonomes, autres que le dédommagement, et ce, dans le but que cela bénéficie aux victimes et qu'on utilise les mesures communautaires déjà présentes. Selon sa vision, « [i] l faut donc envisager différemment le but des sanctions en droit pénal et concevoir autrement le rôle du juge au niveau sentenciel » (*Ibid.*, p.21). Elle semble ainsi vouloir se débarrasser des théories de la peine et de la puissante mainmise qu'elles ont sur la pratique sentencielle, en proposant sa nouvelle théorie en ce qui concerne la sentence (*Ibid.*).

⁴ La version française : Notre droit pénal (Commission de réforme du droit du Canada, 1976b)

⁵ La version française : Principes directeurs : Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal (Commission de réforme du droit du Canada, 1976a)

⁶ Nous référons le lecteur au point 3.1.1 de ce travail pour une explication sur l'utilisation du terme « autocontention ».

La commission dénonce aussi l'usage abusif de l'incarcération en nous rappelant les critiques répétitives faites à l'emprisonnement comme peine officielle, en affirmant que la prison apporte beaucoup plus de maux que de bien à la communauté et porte atteinte aux droits de la personne; elle recommande qu'on en réduise le recours (Pires, 1987, p. 13). Par contre, la commission semble moins « innover », mais rester davantage dans la pensée de la RPM en ce qui concerne le problème de la durée imprévisible des peines d'incarcération et de celui de la disparité des sentences, en suggérant le principe d'uniformité (relevant des théories de la peine), malgré qu'elle suggère des améliorations positives (Pires, 1987).

Ayant présenté notre problématique de recherche, le cadre théorique qui orientera nos observations et une revue de la littérature sur l'innovation cognitive et certaines commissions de réforme du droit, voyons maintenant les stratégies de recherche que nous avons mobilisées dans le cadre de notre étude.

Chapitre 2 : La méthodologie

Comme nous avons écrit dans l'introduction, notre question ou problème de recherche a fini par prendre la forme suivante : Quelles sont les idées innovatrices concernant les peines et leurs justifications qui ont été formulées par la Commission de réforme du droit du Canada et qui sont susceptibles de favoriser l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne?

Comme on peut le voir, nous sommes devant un problème d'imagination juridique et de créativité et nous cherchons à retracer et à visualiser les idées de réforme qui ont été développées par le SDC lui-même. Dès le début, nous étions intéressée par une investigation sur le travail des commissions du droit en matière criminelle au Canada. La recherche doctorale de Dubé (2008) avait identifié préalablement un bon nombre d'idées innovatrices présentées dans le rapport du comité présidé par le juge Ouimet en 1969. Or, Lalande (1990, p. 1) rappelle que c'est justement le rapport Ouimet « qui avait à l'époque attiré l'attention sur l'importance de la modération [autocontention] dans le droit criminel » et que c'était ce rapport qui avait recommandé la création d'une commission permanente de réforme du droit. La recommandation a eu un écho favorable dans le système politique. Le ministre de la Justice d'alors, rappelle encore Lalande, jugeait aussi nécessaire une réforme en profondeur du droit criminel et annonça que le moment « d'une révolution par la loi » (Turner, 1971, p. 2) était finalement arrivé. Lalande (1990, p. 1) ajoute : « Le premier président de la CRDC, [le juge] E. Patrick Hartt, voyait à l'instar des recommandations du Comité Ouimet, une réforme qui se fonderait sur l'idée d'un minimum d'intervention du droit pénal dans la résolution des divers conflits ». Tout cela a stimulé notre curiosité du point de vue d'une recherche scientifique en sciences sociales appliquées : qu'a écrit cette Commission? Peut-on dire que ses idées étaient « innovatrices »? Comment reconnaître une idée innovatrice en matière de sanctions criminelles?

Le travail réalisé par Lalande a porté sur le point de vue de la littérature canadienne (articles, commentaires, éditoriaux de revues juridiques, etc.) sur la Commission de réforme de droit du Canada, mais non sur les travaux de cette Commission. Il est explicite sur ce point : « il est par conséquent entendu ici que notre analyse ne portera pas sur les travaux de la Commission, mais bien sur les écrits concernant ses productions » (Lalande, 1990, p.3). Son travail nous a fourni un point de départ important pour avoir une vue d'ensemble et faire certains choix méthodologiques sur quoi observer. Ce dernier ne répondait toutefois pas à notre curiosité. Au contraire, il l'a stimulée davantage : qu'est-ce que la Commission a écrit d'aussi « dérangeant »?

En effet, dès l'introduction de son travail, Lalande (1990, p.1-2), met cartes sur table. Quinze ans après son départ prometteur, en 1986, la Commission publie un projet de code criminel où la majorité des membres vont voter contre l'idée d'écrire un préambule dans lequel on retrouverait le

principe de modération (autocontention). Ces membres majoritaires ont considéré qu'une déclaration de principes « était à la fois inutile et inopportune » (CRDC, 1987, p.7, cité par Lalande, 1990, p.1). Et il ajoute :

Le « nouveau Code » n'avait par conséquent plus rien de révolutionnaire. Pour la Commission, il était désormais davantage question d'« évolution sans révolution » en matière de droit pénal (Robert, 1987, 72). Il paraît donc qu'au fil des années la Commission n'a pas nécessairement poursuivi ses « objectifs « révolutionnaires » et qu'elle a rencontré une forme de résistance à divers niveaux (Lalande, 1990, p.1-2).

Lalande (1990) nous laisse voir, à l'aide de la littérature canadienne de l'époque, que les travaux de la Commission se sont désintéressés d'une réforme en profondeur du droit, par rapport à la créativité et par rapport au projet d'humaniser la forme d'intervention du droit criminel en l'ajustant davantage aux droits fondamentaux. Les travaux de la Commission semblent donc avoir pris un tournant particulier : ils auraient délaissé une perspective de réforme académique pour adopter une perspective de réforme plus « politique » et auto-gratifiante. Il souligne qu'« un court passage tiré d'une déclaration de la part du troisième président, le juge A. Linden en 1984, treize ans après la création de la Commission, illustre bien la distance le séparant du premier : « We're not a bunch of revolutionaries here »⁷ (dans Hulburt, 1986) » (Lalande, 1990, 3). On peut bien comprendre que tout cela n'a fait que stimuler notre curiosité à l'égard des premiers documents de la Commission en matière criminelle. L'énigme dépassait ce que nous pouvions traiter dans le cadre d'une thèse de maîtrise. À la fin des années 1960 et dans les années 1970, le Canada a encore la peine de mort et n'a pas encore une charte constitutionnelle de droits fondamentaux, mais veut faire une réforme révolutionnaire – c'est-à-dire, une réforme humaine en profondeur – de la forme d'intervention du droit criminel pour mieux l'ajuster aux droits fondamentaux. À partir de 1982, le Canada a déjà aboli la peine de mort⁸ et est fier d'avoir une Charte de droits et libertés encadrée dans sa Constitution, mais perd l'intérêt d'ajuster le droit criminel aux droits de la personne. Une telle réforme serait « révolutionnaire », mais maintenant au sens péjoratif de ce terme. Plus clairement à partir des années 1990, sur la scène nationale et internationale, on commence à faire état d'un « *punitive turn* » abandonnant toute idée d'humanisation des peines⁹ et d'un recours minimal à la peine de prison.

⁷ En français : « Nous ne sommes pas une bande de révolutionnaires ici ».

⁸ Nous verrons plus loin à quel prix.

⁹ Voir à cet égard Pires (2013) et les références citées dans ce travail.

Il faut garder à l'esprit que l'objectif de notre recherche n'est pas celui d'expliquer les conditions d'émergence des idées innovatrices de la Commission, ni même celui d'identifier les éventuels reculs de la Commission (dans d'autres documents) par rapport à ses propres idées innovatrices. C'est pour cette raison que nous ne focalisons pas notre attention sur le choix des membres à un moment donné et sur les rapports entre la Commission et son environnement politique rapproché. Lalande (1990) fait déjà quelques contributions dans cette direction. Notre finalité théorique est celle de trouver ces idées innovatrices, et ce, malgré les désistements qui auront lieu éventuellement par la suite ou dans d'autres documents publiés.

Notre objet de recherche a commencé à prendre forme : examiner les premiers documents de la CRDC en matière de sanctions, de justifications pour la punition et aussi en matière de philosophie d'intervention par rapport aux droits fondamentaux. Ajoutons que la théorie de la RPM portant sur les « obstacles épistémologiques » (Bachelard) à une autotransformation du droit criminel n'a commencé à être formulée qu'au tout début des années 1990 (Pires, 2013). Maintenant, nous pouvons compter sur un éclairage théorique et empirique privilégié pour faire un retour en arrière et réexaminer à nouveau les documents de cette époque. En science, c'est un privilège de pouvoir compter dès le départ sur l'éclairage d'une théorie portant sur son objet, si non, il faut partir à l'aveuglette.

Notre première exploration dans la littérature nous a amenée alors à nous rassurer quant au choix de notre thème et à préciser approximativement ce que nous voulions observer empiriquement : les premiers documents de travail et rapports de la CRDC en matière de réforme du droit criminel. Or, il semble bien que la qualité d'un travail scientifique dépende de l'articulation adéquate entre notre question ou problème de recherche, notre cadre théorique et nos méthodes de collecte et d'analyse de données. Dans ce chapitre, nous allons alors décrire les principales caractéristiques de cette recherche et les choix que nous avons effectués pour la réaliser.

2.1 La distinction constructivisme/réalisme

Permettez-nous de commencer par un récit personnel sur la rédaction de cette section. Dans la première version de ce chapitre de méthodologie, nous avons décrit notre position comme étant « constructiviste ». Nous avons procédé ainsi parce que nous avons bien vu que les méthodologues qui travaillaient avec la recherche qualitative avaient une sorte de préférence pour cette qualification. Ils se décrivaient comme étant dans le « paradigme constructiviste ». Cependant, nous n'étions pas satisfaite avec notre prise de position initiale pour deux raisons.

La première raison, en ordre d'importance, est que nous n'étions pas entièrement convaincue que cette polarisation constructivisme/réalisme décrivait bien ce que nous faisions. Au fond, notre

doute était le suivant : sommes-nous, *dans notre recherche empirique*, constructiviste ou, au contraire, réaliste? Placée devant cette alternative, et seulement devant elle, la réponse ne nous paraissait pas aller de soi. À notre avis, selon notre compréhension des travaux de méthodologie, nous étions les deux à la fois. Bien sûr, nous croyions savoir que nous n'étions pas positiviste par rapport à notre objet d'étude : nous cherchions à trouver les idées innovatrices susceptibles de contribuer à une (auto)transformation des structures du SDC. Cet objet, est-il typiquement positiviste? Nous savions également que notre méthodologie n'était pas, du moins à première vue, positiviste. Les travaux de méthodologie identifiaient, à tort ou à raison, le positivisme avec un traitement quantitatif des données. Or, dans notre cas, nous effectuions une cueillette des données et une analyse entièrement qualitative. Certes, personnellement, nous n'avons rien contre une bonne recherche positiviste si elle offre des informations intéressantes. Nous croyons toutefois que cela demeure insuffisant pour dire que nous adoptons nous-mêmes une perspective philosophique positiviste. Nous voyions également que nous n'étions pas *entièrement* « relativiste », un terme qui est en général insuffisamment clarifié dans les travaux de méthodologie en sciences sociales. Et nous observions que certains méthodologues semblaient convaincus que le constructivisme et le « relativisme » allaient ensemble. Dans ce cas, nous n'étions pas constructiviste. En plus, nous croyions que notre analyse des travaux de la CRDC décrivait assez bien le *contenu réel* des travaux analysés. Nous n'étions pas prête à concéder en partant que *toutes* les idées que nous avions identifiées comme étant « innovatrices » ne l'étaient pas *du tout*. À coup sûr, des erreurs sont possibles, mais on les découvre par la suite. Alors, pourquoi dire que nous étions entièrement relativiste avant de soutenir notre travail devant les critiques éventuelles? Nous pouvons bien relativiser certains aspects par après, si la critique est, elle-même, non critiquable à son tour. Que sommes-nous alors? Réaliste ou constructiviste?

La deuxième raison en importance a été la première chronologiquement. Nous travaillions sur notre thèse dans un Laboratoire de recherche (*CRC en traditions juridiques et rationalité pénale*) et nous nous sommes rendue compte que nos deux directeurs de thèse et d'autres collègues et étudiants de doctorat au Laboratoire étaient en train d'abandonner (et de mettre en cause) cette distinction constructivisme/réalisme. Notre problème est que nous ne trouvions pas la bonne manière pour justifier l'abandon de cette distinction dans notre travail. À cet égard, les articles que nous avions lus étaient aussi remarquablement silencieux. Nous nous sommes alors résignée à choisir l'option qui nous paraissait la plus sûre : être constructiviste.

Or, lorsque nous avons offert la première version de notre chapitre au professeur Pires, un de nos superviseurs, pour qu'il la relise, nous lui avons fait état de ce problème et de notre choix dans les circonstances. Nous lui avons dit que nous avions écrit que nous étions constructiviste, mais que nous

n'étions pas convaincue que ce fût la bonne chose à faire. Nous lui avons expliqué que les auteurs que nous avions lus semblaient dire que tout le monde était ou constructiviste ou réaliste et qu'il fallait choisir l'un de ces deux camps. Nous lui avons dit aussi que nous n'avions pas encore assez de connaissances sur l'état de ce débat en épistémologie pour sortir de ce cul-de-sac. Il avait donné avec le professeur Dubé un séminaire de doctorat sur cette question, mais nous n'avions pas participé à l'époque à ce séminaire et les diaporamas sur « PowerPoint » de leur séminaire n'étaient pas suffisants pour nous rassurer. Alors, le professeur Pires nous a dit qu'il comprenait tout à fait notre difficulté. Il nous a suggéré alors de présenter notre position (pour le moment) en racontant tel quel notre dilemme et en pensant strictement à notre objet d'étude. Il nous a alors demandé :

Par rapport à ton objet, quel sens peut-il y avoir de dire que tu es constructiviste ou réaliste? À ton avis, ajoutes-tu une information nouvelle ou intéressante pour le lecteur ou penses-tu que tu vas susciter plus de confusion et de malentendu? N'entre pas dans une polémique pour rien. Essaie de voir si cette distinction a un intérêt quelconque par rapport à *ton objet d'étude*. Si tu ne trouves pas d'intérêt ou de pertinence, cela constitue justement la bonne justification pour ne pas entrer dans ce débat. Et elle est suffisante pour l'instant. Plus tard, tu verras qu'il y en a d'autres.

Quant au problème de la « vérité », aussi discuté dans notre première version, le professeur Pires nous a renvoyé plutôt à ses articles de 1997 et de 2021 (Sous presses), en nous conseillant de ne pas entrer frontalement dans ce débat pour le moment. Nous avons alors préparé une autre version de cette section de la thèse et nous y avons intégré quelques-unes de ses suggestions. Voici donc cette deuxième version.

Comme nous le savons, la littérature méthodologique en sciences sociales emploie dans des sens très différents le médium « paradigme » et la distinction constructivisme/réalisme¹⁰. Or, comme on peut le voir par la nature de notre objet de recherche, la notion de paradigme n'est pas nécessaire et la distinction entre constructivisme/réalisme sur le plan épistémologique n'est pas pertinente et n'ajoute aucune information éclairante à notre travail. Nous n'allons donc pas l'adopter ici. Voici comment nous justifions ce choix.

Notre recherche porte sur des propositions de reconstruction du système de droit criminel, réalisées par une Commission de réforme du droit. Ces propositions de reconstruction sociale existent réellement dans les documents de travail et dans les rapports rédigés par cette Commission. Comment pouvons-nous alors utiliser la distinction réalisme/constructivisme? Les auteurs (en sciences sociales

¹⁰ Voir, par exemple, Berthelot (2000) et Guba et Lincoln (2004).

empiriques) qui s'identifient à l'un ou à l'autre de ces deux « paradigmes » seraient tous assurément d'accord pour dire que *ces propositions sont réelles* (elles ne sont pas une illusion) et qu'elles ont été faites pour *tenter de construire autrement* la forme d'intervention du droit criminel. Le « cadre de pensée » de notre recherche, pour reprendre les termes de Berthelot (2000, p. 227), est donné de façon suffisamment précise par la théorie de la RPM. C'est cette théorie, et ce que nous ajoutons dans cette recherche en l'utilisant, qui va montrer comment nous effectuons nos observations. Quant au statut ontologique de la réalité, pour reprendre les préoccupations de Guba et Lincoln (2004), ce statut est, bien sûr, « réaliste », car il est facile de faire la preuve empirique que la Commission a effectivement existé et qu'elle a écrit des textes sur la réforme du droit criminel en proposant les idées indiquées.

Comme il s'agit d'une recherche empirique en sciences sociales, nous adhérons également au point de vue selon lequel il est nécessaire de « *rechercher la vérité* » par un effort d'objectivation (Pires, 1997). En cas contraire, comment trouver les erreurs? Ceci nous paraît incontournable, car si l'on renonce à la recherche de la vérité sous prétexte de ne jamais pouvoir être sûr de la trouver (au moins en partie ou sur certains aspects), on a besoin ni de faire une recherche ni de rédiger un chapitre de méthodologie. Cela n'empêche que l'évolution des connaissances et d'autres recherches scientifiques sur notre thème nous amènent à voir des choses que nous n'avons pas pu voir au moment de notre recherche. Comme le souligne Pires (1997; 2021), dans le travail de réflexion méthodologique, il faut à la fois échapper au dogmatisme et au relativisme absolu.

Quant à la notion de « paradigme », elle est superflue dans notre cas, parce que nous pouvons déjà compter sur une théorie sociologique portant sur notre thème de recherche. La présentation de la théorie (faite précédemment) prend avantageusement la place de la notion (plus vague et controversée) de « paradigme ». Par ailleurs, la théorie de la RPM est elle-même à la fois réaliste et constructiviste, ce qui rend arbitraire, incohérent et confus le choix de l'expression « paradigme constructiviste » ou « paradigme réaliste ».

2.2 Une recherche qualitative

Nous avons décidé d'adopter une approche qualitative pour réaliser notre recherche portant sur les idées innovatrices en matière de normes de sanction formulées et proposées dans les travaux publiés par les commissions de réforme du SDC dans les années 1970 au Canada. Notre étude traitera ainsi qualitativement des données recueillies dans notre corpus empirique et respectera les critères de scientificité de toute recherche scientifique.

Depuis les dernières décennies du 20^e siècle, personne ne met plus en doute de façon crédible la possibilité de réaliser une recherche qualitative susceptible de répondre, en principe, à tous les

critères fondamentaux de scientificité. Évidemment, le respect ou non de ces critères va dépendre de la manière par laquelle chaque recherche concrète – qualitative ou quantitative – est construite et réalisée. Pour rester cohérente avec ce que nous avons dit précédemment, nous allons éviter de présenter ici les critères de scientificité sous la forme d'une opposition entre la recherche qualitative et quantitative. La difficulté vient aussi du fait que certains de ces critères sont valables pour les deux approches et qu'il y a des différences qui dépendent du type spécifique de méthode de cueillette de données adoptée. Par exemple, Guba (1981, dans Mucchielli, 2002, p.59) propose comme exigences de la recherche qualitative la crédibilité, la transférabilité, la constance interne et la fiabilité. Or, ces critères sont aussi valables pour la recherche quantitative et ne sont pas tous nécessairement clairs dans notre cas. Par exemple, que signifie le critère de « transférabilité » dans le cas de notre recherche? Les critères pertinents dépendent de chaque objet de recherche, de la méthode adoptée et de la manière par laquelle la recherche est opérationnalisée (Rose, 1962).

La manière usuelle dans les manuels de méthodologie (qualitative) de présenter ces critères *sans les rattacher à chaque objet spécifique de recherche* est la suivante. La crédibilité fait référence à la qualité et à la quantité des observations du chercheur, de même qu'à la correspondance à la réalité externe des relations qu'il a établies lors de son interprétation (Mucchielli, 2002, p. 59; Proulx, 2019). La transférabilité est présentée comme se traduisant par le fait que les résultats d'une certaine recherche doivent pouvoir « s'étendre à d'autres contextes » (Mucchielli, 2002, p.60), à d'autres situations (Proulx, 2019) et pouvoir être reproduits par d'autres chercheurs. Les critères de « constance interne » (Mucchielli, 2002) et de « confirmabilité » (Proulx, 2019) semblent vouloir dire que les observations et les interprétations doivent être indifférentes aux « variations accidentelles ou systématiques » de la recherche, comme « le temps, l'expérience ou la personnalité du chercheur, les instruments utilisés, [...] etc. » (*Ibid.*). Or, comment peut-on réaliser cela et comment peut-on savoir que cela a été réalisé avant de recevoir des commentaires critiques sur le résultat de la recherche? Certains chercheurs, comme Mucchielli (2002), insistent fortement sur le recours à la triangulation à tous les niveaux. En présumant que ce soit nécessaire pour tous les objets de recherche, est-ce le cas? Et si oui, quoi dire de l'énorme quantité de recherches qui ne font pas de triangulation ?

2.3 L'analyse documentaire comme méthode de recherche

Atkinson et Coffey (1997, p.47, cités dans Bowen, 2009, p.27) caractérisent les documents de « 'social facts', which are produced, shared, and used in socially organised ways ». Les documents sont des médiums de communication (par exemple, des feuilles de papier) qui véhiculent des idées et des messages (un contenu). À ce titre, tous les documents sont évidemment des produits sociaux et

culturels pouvant être très utiles dans plusieurs sphères de la société. Même les résultats de cette recherche sont présentés dans un « document ».

Bowen (2009) rappelle, comme on peut le constater par ailleurs, que les documents peuvent être utilisés dans le domaine de la recherche en combinaison avec d'autres méthodes de recherche comme un moyen de triangulation dans l'étude d'un objet en particulier. Toutefois, cela n'est pas nécessaire, car tout dépend du problème de recherche de l'observateur. Par exemple, dans notre recherche, les documents constituaient notre unique source d'observation. L'analyse documentaire se présente donc comme notre « stand-alone method » (*Ibid.*, p.29).

Quant au sens du message ou du texte qui se trouve dans les documents, il dépend en partie de l'auteur et du choix des mots qu'il a fait, ainsi que de la façon par laquelle ce texte sera compris par son lecteur. Bowen (2009) semble vouloir dire cela dans d'autres mots. C'est pour cette raison qu'un lecteur peut modifier sa première compréhension d'un texte en le relisant une deuxième ou troisième fois et que deux lecteurs, avec deux objets de recherche différents, peuvent dégager un contenu différent d'un même texte. Les documents permettraient ainsi d'accumuler, de corriger et de développer des connaissances sur un même objet d'étude ou sur différents objets d'étude à partir d'un même corpus de documents. Par exemple, les documents que nous allons analyser ne sont pas exclusivement utiles pour notre objet d'étude. Ces documents ont déjà été analysés par d'autres observateurs avec d'autres intérêts théoriques ou professionnels. Dans la même optique, De Certeau (1984, p.170, cité dans Prior, 2008) affirme notamment que « the text has a meaning only through its readers ». Nous comprenons donc que le sens des documents pourrait changer en fonction des lecteurs et de leurs perceptions. Nous mettons en garde notre lecteur quant au sens que nous allons donner à notre lecture de ces documents de la Commission : cette lecture est évidemment teintée par notre objet d'étude, par l'éclairage donné par la théorie de la RPM et par notre bagage culturel à ce moment de notre parcours personnel.

Contrairement à Prior (2008) qui présente les documents comme étant muets, Cellard (1997) rappelle que cela est loin d'être le cas. En effet, il ne faut pas confondre un document avec une feuille de papier blanche. Selon Cellard, les documents seraient bavards et cette qualité serait un avantage. Évidemment, ils sont « bavards » non pas parce que leur contenu se modifie à chaque instant, mais parce qu'ils peuvent être lus de différentes manières et en fonction de différentes questions de recherche. Cellard affirme que les documents seraient des outils précieux pour les chercheurs en sciences sociales : ils permettraient de reconstruire les événements du passé qui ont été stabilisés par l'entremise de l'écriture entre autres. Ces derniers nous offriraient la possibilité d'observer le processus d'évolution d'individus, de groupes, de connaissances, etc. (Cellard, 1997, p.251). Pour notre

recherche, les documents analysés nous ont permis d’observer une partie de la vie du SDC moderne, un moment où il a essayé d’autotransformer ses structures et sa manière d’être ou son identité. Comme un géologue qui prélève une carotte du sol, nous avons pu, en prélevant certains documents d’une commission de réforme du droit, effectuer une analyse des concepts mobilisés par cette dernière, ainsi que des pratiques et des tendances (ou anomalies) en matière de pénalité à l’époque de leur rédaction.

Alors que Bowen (2009) et Cellard (1997) soulignent les nombreux avantages de l’analyse documentaire, les deux auteurs mettent aussi en garde le chercheur quant aux difficultés qui peuvent se présenter. À coup sûr, les difficultés dépendent aussi du type de document susceptible d’intéresser le chercheur. Cellard (1997) parle entre autres du problème de la localisation des écrits pertinents. Bowen (2009, p.32) utilise plutôt le terme « low retrievability » (faible capacité de récupération). De notre côté, nous n’avons pas rencontré ces problèmes, car tous les documents publiés par la CRDC étaient disponibles en ligne en version électronique, sauf quelques-uns qui pouvaient être trouvés en bibliothèque en version imprimée. Il a été assez ardu de mettre la main sur une liste complète des rapports et des documents de travail publiés, mais lorsque nous y avons eu accès, nous avons eu la confirmation que nous avions à notre portée tous les documents jugés nécessaires pour notre projet.

L’aspect de la fiabilité/crédibilité des documents soulevé par Cellard (1997) n’a pas non plus posé des difficultés dans notre cas. Chaque numérisation des documents contenait les informations relatives à l’officialisation de leur publication par le Gouvernement du Canada. Nous avons consulté deux plateformes en ligne, dont l’une où les documents avaient été numérisés par l’Université d’Ottawa et comportaient son étampe officielle.

Alors que les documents permettent d’accéder au passé, un désavantage associé à cet avantage est que les documents sont fixés dans le temps et dans l’époque dans lesquels ils ont été produits. Dans un certain sens, il est impossible aussi d’interroger un document; « il est sourd » (Cellard, 1997). La seule chose que nous pouvons faire, c’est de nous interroger sur notre lecture du document et revenir au document pour voir si nous allons conserver ou non notre première compréhension. Dans notre cas, tous les documents ont été publiés en français et en anglais. Ceci nous a été favorable parce qu’on pouvait parfois mieux saisir le sens en comparant les deux versions. Cependant, nous avons aussi trouvé quelques divergences entre les deux versions. Cela a piqué notre curiosité, mais il n’y a pas eu d’implications sérieuses par rapport à l’analyse.¹¹

¹¹ Notons toutefois que notre analyse n’est pas basée sur la version française, mais bien uniquement sur la version anglaise. La version française nous a uniquement servi de ressource pour notre compréhension au besoin. Nous traiterons de ce choix méthodologique dans la section de l’assise empirique plus bas dans ce chapitre.

Rappelons aussi que, figés dans le temps, les documents peuvent arborer un langage qui est lui aussi resté dans le passé et qui ne correspond plus à celui de l'époque dans laquelle ils sont analysés. Dans notre cas précis, bien que la Commission dise s'être assurée que « [...] the working papers and reports of the Commission had attractive layouts and were written in simple language without excessive legal jargon or notes » (Ministère de la Justice du Canada, 2015) pour « encourage maximum circulation and public discussion » (*Ibid.*), et que ses publications ne dataient que d'à peine cinq décennies passées, la question du langage a posé parfois certaines difficultés de compréhension.

Quant à la sélection de notre matériau de recherche pour la constitution de notre corpus empirique, nous nous sommes assurée « de procéder à un inventaire exhaustif et à une sélection rigoureuse de l'information disponible » (Cellard, 1997, p. 254) à plusieurs niveaux, c'est-à-dire en ce qui a trait au choix de la commission la plus pertinente et de chaque document individuel. Notre objectif était d'« épuiser toutes les pistes susceptibles de lui fournir des informations intéressantes » (*Ibid.*). Pour ce faire, nous avons consulté la littérature et les travaux d'autres chercheurs, comme le suggère Cellard (1997).

2.4 Les trois ressources organisationnelles des commissions de réforme du droit

Plutôt que de « se précipiter sur le premier bloc documentaire venu » (Cellard, 1997, p. 254), pour tenter de dégager des idées innovatrices par rapport aux normes de sanction, nous avons franchi plusieurs étapes afin de sélectionner les documents pertinents pour notre objet de recherche. En ce sens, nous avons commencé par décider où chercher les documents. Nous avons alors commencé par choisir une commission de réforme du SDC (au Canada) comme terrain d'observation.

Dubé (2007, 2008) avait déjà dégagé trois caractéristiques organisationnelles que peuvent posséder les commissions de réforme du droit, qu'il a identifiées comme « des ressources favorables à l'émergence des idées innovatrices et à élaboration des systèmes de pensée alternatifs » (Dubé, 2007, paragr.42). Il parle du *temps*, de la *liberté cognitive* et de l'*expertise*. Plus encore, en 1998, le secrétaire de la *Law Commission for England and Wales*, Michael Sayers, dans un rapport non publié à propos de la *Bengladesh Law Commission*, établit une liste des avantages que possèdent les agences de réforme du droit. Les avantages de l'*indépendance*, de la *connaissance*, de la *concentration* et de la *continuité* investis par M. Sayers sont notamment décrits sur le site web du ministère de la Justice du Canada (2015) et se relient aux caractéristiques développées par Dubé (2007, 2008). Évidemment, il y a des commissions de réforme qui ne profitent pas de ces conditions favorables et se limitent à penser au problème d'une meilleure « efficacité » du SDC. Dans notre cas, comme nous l'avons dit, le choix de la CRDC a été orienté par le fait que la littérature canadienne évoquait clairement le caractère

innovateur des premiers travaux de la Commission.

La première caractéristique des commissions dont parle Dubé (2008), c'est le *temps*. Les commissions de réforme du droit ont souvent plus de temps à leur disposition que le Parlement ou l'Exécutif « pour explorer une question ou faire le tour d'un problème » (Dubé, 2008, p.77), ainsi que pour élaborer des solutions plus rigoureuses et académiques à leurs problèmes. Les deux autres sont souvent pressés de rendre leur décision et de produire des résultats pragmatiques législatifs, le plus souvent évitant les questions plus complexes et controversées. Cela ne favorise ni la réflexion en profondeur sur les problèmes fondamentaux, ni la créativité (*Ibid.*). En ce sens, deux caractéristiques développées par Sayers (1998, dans Ministère de la Justice Canada, 2015) peuvent s'insérer dans celle du *temps* : la *concentration* et la *continuité*. Sayers (1998, cité par Ministère de la Justice Canada, 2015) souligne que les commissions de réforme du droit ont notamment un objectif clair et unique, leur permettant d'éviter de subir diverses distractions que peuvent connaître d'autres organismes qui « d[oi]vent poursuivre plusieurs buts investis de nombreuses attributions » (*Ibid.*). Il résume le tout par la caractéristique de la *concentration*. En ce sens, vu leur unique mandat de réforme, les commissions « [sont] en mesure d'étudier des domaines plus étendus que d'autres parties prenantes, notamment les juges, les ministres et les ministères » (*Ibid.*). Plus encore, étant donné qu'elles sont spécialisées, les commissions en viennent à développer une expérience précise et une « culture professionnelle nécessaire » (*Ibid.*) pour arriver à remplir leur projet complexe de réforme. Ces éléments constituent la caractéristique de la *continuité* mentionnée par Sayers (1998, cité par Ministère de la Justice Canada, 2015). Cependant, nous savons aussi, à partir de l'expérience de la CRDC, que la continuité n'est pas suffisante et a ses risques propres. La conjoncture politique favorable peut devenir défavorable, le personnel interne, les experts et la direction peuvent ne plus être les mêmes et avoir perdu majoritairement l'intérêt pour une réforme innovatrice fondamentale avec le temps, les pressions politiques externes diverses et adverses peuvent commencer à se manifester, etc. C'est ce qui semble être arrivé à la CRDC après un changement de direction en 1983, jusqu'à son abolition définitive en 1993 (Hastings et Saunders, 1983 ; Stolz, 1984; Marion, 1987; Robert, 1987 ; Lalande, 1990)¹².

La deuxième caractéristique dégagée par Dubé (2008) est la *liberté cognitive*. Elle peut s'agencer à celle de l'*indépendance* (Sayers, 1998, cité par Ministère de la Justice Canada, 2015), mais

¹² C'est le travail de Lalande (1990), réalisé trois ans avant l'abolition de la CRDC, qui nous a guidé dans cette réflexion. Les autres travaux cités dans cette note ont aussi tous été examinés par Lalande. Nous n'avons pas réexaminé son matériel parce qu'il n'était pas pertinent pour le problème spécifique de cette recherche.

cette dernière peut devenir seulement formelle si l'on modifie la composition des membres en fonction d'intérêts idéologiques. Dans ce cas, la liberté cognitive est perdue. L'important, c'est que les membres des commissions n'aient pas besoin de se rallier aux orientations non attachées à la nature de leur tâche ou à un parti politique préoccupé avant tout à « séduire un électorat spécifique » (Dubé, 2008, p. 77). Les membres des commissions sont donc, comme dit Dubé (*Ibid.*), « plus libres de contester l'état des choses et mieux habilités à explorer, le cas échéant, des idées nouvelles ou innovatrices »..

La troisième et dernière caractéristique est celle de l'*expertise* dont disposent les commissions de réforme du droit. Ces dernières peuvent tirer profit de recherches empiriques d'experts spécialisés, qui sont sources de savoirs « sérieux » (Dubé, 2008, p.77). Encore une fois, tout cela dépend de la diversité disciplinaire de cette expertise et de la manière par laquelle les experts collaborent entre eux ou avec la philosophie de travail de la commission. « Sur certaines questions plus délicates ou plus complexes, elles [les commissions] seront par conséquent généralement mieux nourries cognitivement que le Parlement ou l'Exécutif. » (Dubé, 2008, p. 77-78). Sayers (1998, cité dans Ministère de la Justice Canada, 2015) mentionne également le fait que les commissions se trouvent souvent dans des conditions favorables pour tisser des relations de collaboration avec des institutions de différents horizons, telles que les ministères, les universitaires, l'Assemblée législative, etc. Pour que cela soit ainsi, il ne faut pas que la jalousie et la compétition s'instaure dans ces relations. Dans le cas de la CRDC, il y a des indications empiriques claires que l'harmonie avec le ministère de la Justice n'a pas été présente pendant toute sa trajectoire (Lalande, 1990). La production de l'innovation en matière de sanctions criminelles n'est ni aisée, ni de tout repos.

En observant la littérature sur l'innovation cognitive en droit criminel en matière de normes de sanction, nous nous sommes rendue compte qu'elle était assez clairsemée, voire très peu existante. Nous avons identifié quelques articles scientifiques portant sur le sujet et la thèse de Dubé (2008) qui a effectué une recherche doctorale, entre autres sur les idées innovatrices développées par le Comité Ouimet (Rapport Ouimet, 1969). C'est à partir de cette recherche que la nôtre débute. En ce sens, à l'instar d'une recommandation du Comité Ouimet qui attirait l'attention sur l'importance de la modération du recours au droit pénal, une commission permanente de réforme du droit a été mise sur pied en 1971 : la Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) (Ministère de la Justice Canada, 2015). La CRDC s'avérait d'autant plus pertinente pour notre recherche qu'elle était non seulement le fruit d'une recommandation entendue et appliquée d'un comité de réforme du droit, mais aussi qu'elle fut érigée pendant une période de grands bouleversements sociaux où la présence d'idées nouvelles était prometteuse.

2.5 Le choix de la commission comme prise empirique

À la suite de la Seconde Guerre mondiale et plus précisément au cours des années 1960, l'Occident évolue un peu partout dans un contexte socio-politique de réforme et le Canada n'échappe pas à cette mouvance « révolutionnaire ». On peut notamment penser au retrait de l'État providence, à la diminution de la mainmise de l'Église sur le Canada français, ainsi qu'à la Révolution tranquille au Québec et à l'éveil politique chez d'autres peuples au pays. À cet effet, Landreville mentionne ceci :

On a tout d'abord assisté à une remise en cause du rôle de l'État et de sa légitimité. Cette remise en cause était issue ou plus justement était une des dimensions de la prise de conscience des relations de domination et d'exploitation qui existent à plusieurs niveaux ainsi que du développement de mouvements de lutte à ce sujet (Landreville, 1986, p. 14).

Landreville (1986, p.15) fait ainsi référence aux mouvements de libération, de révolte (de Mai 1968 notamment) et de contestation de la guerre (Guerre du Vietnam, entre autres) aux États-Unis. Au Québec, il parle des « événements d'octobre » 1970. Il avance ceci :

Ces divers mouvements internationaux et les événements vécus au Québec ont favorisé et même provoqué la remise en cause de la conception de l'État, protecteur des intérêts et des droits de tous ou arbitre neutre des luttes entre les groupes sociaux. Les appareils d'État dont le système pénal n'échappèrent pas à cette remise en question (Landreville, 1986, p. 15).

Dans cette mouvance, des initiatives voient notamment le jour et se multiplient dans le but de procéder à une « réforme ordonnée du droit » pour reprendre les mots du Ministère de la Justice du Canada (2015). Notons toutefois qu'on ne choisit pas de parler de réforme « fondamentale » ou « innovatrice », mais bien de réforme « ordonnée ». Des pressions provenant de divers horizons au pays s'exacerbent du milieu à la fin des années 1960, afin d'établir une commission fédérale canadienne de réforme du droit (*Ibid.*). Quelques échecs quant à l'obtention du soutien du gouvernement ont été subis. Le parti libéral au pouvoir s'était toutefois déjà exprimé sur la question. En fait, les idées de réforme en profondeur du droit pénal de M. John Turner, alors ministre de la Justice et procureur général du Canada à la fin des années 1960 et au début des années 1970, s'inscrivent parfaitement dans cette mouvance sociétale d'une large remise en question des institutions politiques, sociales et culturelles. Dans une allocution donnée en 1967 à Toronto, M. Turner (1968, dans Ministère de la Justice Canada, 2015) livre un vif plaidoyer en appui à la réforme du droit et à la création d'un centre de recherche en droit pour le pays. Il disait alors :

Nous n'avons vraiment pas réussi à intégrer les nouvelles attitudes et valeurs sociales à notre système juridique. Au lieu d'être un agent du changement, le droit s'est avéré trop souvent un obstacle au changement.

La réforme du droit au Canada est une machine rouillée et démodée. Les efforts déployés pour garder les lois adaptées aux espoirs et aux rêves de notre société n'ont pas permis d'atteindre les objectifs escomptés à cause d'un problème de vision, de ressources limitées, d'un désir inexistant de réforme, de fonctionnaires débordés et — par-dessus tout — de la complaisance, ce qui est le plus dangereux (Turner, 1968, cité dans Ministère de la Justice Canada, 2015).

C'est finalement dans le contexte d'une époque marquée par une volonté de reconstruction des institutions pour les adapter à la société moderne de l'après-guerre, que la Commission de réforme fédérale tant demandée dans le passé est instaurée. À ce moment, au début de la deuxième moitié du 20^e siècle, une réforme fondamentale du Code criminel sera vue au Canada comme une nécessité cruciale. Le ministre de la Justice, M. Turner, essaie alors de mettre à profit ce climat favorable aux transformations pour ajuster le droit criminel à la société de son époque. Dans une allocution en 1971, il dira que « law is not the enemy of revolution, but that "revolution" can be made possible through law » (Turner, 1971, p.2). Évidemment, il a utilisé le terme « revolution » dans le sens de transformation fondamentale, par opposition à des réformes cosmétiques. Plus encore, il affirme que « [t]he problems of the Sixties are now the legal challenges of the Seventies » (Turner, 1971, p.2). Il fait probablement ici allusion au Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (le Comité Ouimet) qui a produit son rapport final en 1969. C'est dans cette période de mouvance que la présentation du projet de loi proposant l'établissement de cet « organisme national de réforme du droit » (Ministère de la Justice du Canada, 2015) au Parlement, en 1970, a reçu l'appui presque unanime de la part des députés et des sénateurs. Ce qui a valu son adoption rapide. C'était la naissance de la Commission de réforme du droit du Canada.

En somme, on constate que la CRDC est née à une époque de « volonté de changement ». On semble vouloir changer le cours des choses et modifier le droit criminel pour qu'il reflète davantage les attitudes et les valeurs sociales de l'époque, comme le mentionnait Turner. Ainsi, à notre avis, la CRDC s'avérerait un terrain prometteur pour notre recherche. Voyons maintenant plus en détail la démarche que nous avons adoptée pour construire notre assise empirique.

2.6 Un échantillonnage par cas unique

Pour construire cette section, nous nous sommes principalement basée sur l'ouvrage de Pires (1997) qui porte surtout sur l'échantillonnage en recherche qualitative. Commençons par dire que nous allons adopter ici la définition large d'échantillon donnée par Rose (1962) et reprise par Pires (1997). Selon Rose (1982, p.307), l'échantillon consiste en « la sélection d'unités à étudier ». Dans notre cas, ce travail s'est d'abord traduit par la sélection d'une commission de réforme du droit dans une

conjoncture particulière et dans une période de temps délimitée. Ensuite, à l'intérieur de cette première sélection, nous avons choisi les documents à examiner et les thèmes sur lesquels nous allions focaliser notre attention.

La principale difficulté que nous avons rencontrée, c'est que nous cherchions à trouver des idées innovatrices en matière de sanctions et de leurs justifications portant sur la punition et particulièrement sur les crimes graves dans les commissions de réforme du droit. Cet événement s'avère particulièrement rare. Dans cette situation singulière, les remarques de Pires (1997, p.116) rappelant qu'au moins dans certaines recherches qualitatives, « l'accent est mis sur les rapports entre l'échantillon et l'objet plus que sur les règles techniques d'échantillonnage » s'appliquent tout à fait à notre cas de figure. Il est possible de dire, en adoptant l'expression forgée par Glaser et Strauss (1967), que nos critères d'échantillonnage relèvent d'un « échantillonnage théorique » (*theoretical sampling*) ou d'un échantillonnage « par choix raisonné » (Beaud, 1984, p. 186-188). L'expression anglaise « *purposive sampling* » est aussi utilisée (*Ibid.*, p.187). Cependant, même si cela demeure globalement valable, Pires (1997, 114) considère qu'il faut à la fois indiquer dans la mesure du possible les critères concrets et spécifiques qui ont guidé notre choix et éviter d'attribuer ce type d'échantillonnage exclusivement aux recherches qualitatives, ce qui serait une erreur dans la description empirique des recherches en sciences sociales.

Bref, pour notre recherche, le sens du terme « échantillon » a pris ce sens large, qui se réfère au « résultat de n'importe quelle opération visant à constituer le corpus empirique d'une recherche » (Pires, 1997, p.113).

En nous inspirant de l'étude de Pires (1997), nous sommes parvenue à identifier que notre recherche était, au point de départ, une étude de cas, soit une étude composée d'un échantillonnage par cas unique (*single case*). En effet, la première décision que nous avons prise pour constituer notre corpus empirique a été celle de sélectionner une commission de réforme du droit dans un lieu et une période de temps spécifiques. Comme notre objectif théorique était celui de trouver des idées innovatrices en matière de sanctions, cela est devenu notre principal « critère raisonné » pour sélectionner une commission. Bien entendu, après la sélection de ce « cas unique », une multitude d'autres choix (« critères raisonnés ») se sont présentés à nous. Quelques exemples. Quelle limite temporelle adopter? Quels (types de) documents sélectionner? Sur quels thèmes devrions-nous porter notre attention? Comment systématiser et traiter nos informations?

Toujours en nous inspirant de façon approximative du texte de Pires (1997), il est possible de caractériser davantage notre corpus empirique de départ (le choix d'une commission de réforme) de la manière suivante. Il s'agit d'un corpus empirique qui est *singulier* (une commission de réforme au

Canada à telle époque), qui prend la forme d'un *échantillon de milieu* de type *institutionnel*. En ce sens, nous avons « [choisi] un [seul] "milieu" comme univers de travail pour la constitution du corpus empirique » (Pires, 1997, p.136) de notre recherche. « L'enceinte » de la CRDC est donc l'unique milieu institutionnel où nous avons mené nos « observations ». Plus encore, cette « enceinte » que forme la Commission peut être caractérisée, dans les mots de Pires (1997, p.139) « d'univers de travail clos (avec contours physiques « naturellement donnés ») ». En ce sens, la CRDC est un système social (un système d'organisation) délimité par ses produits qui sont, dans notre cas les documents qu'elle a publiés et que nous avons cherché à décrire en profondeur par rapport à notre thème. Décrire en profondeur ne signifie pas que nous avons réussi à « tout voir », à faire une observation *complète* en profondeur.

Notez que, dans le cas de notre échantillonnage, nous n'avons fait *aucune généralisation* aux autres documents de la Commission. Par exemple, si la Commission présentait, dans un document que nous avons analysé, une justification innovatrice pour limiter le seuil maximal des peines du SDC dans tous les cas à un maximum de 20 ans d'emprisonnement avec possibilité d'obtention d'une libération conditionnelle à n'importe quel moment après l'emprisonnement, nous n'avons pas dit que les documents non analysés de la commission ont continué à adopter cette idée innovatrice. Ce que nous avons plutôt dit, c'est qu'il s'agit d'une idée innovatrice permettant au SDC (dans les Amériques et en Europe) à évoluer de façon fondamentale : c'est-à-dire, en ajustant davantage sa manière concrète de punir à ses propres valeurs juridiques positives (la maximisation de la protection de la liberté pour tout un chacun) et aux droits fondamentaux universaux, s'appliquant, sans exception illusoire, à tout le monde.

Cela est notre objet d'étude – les idées innovatrices – qui ne nous permet pas de présupposer que la Commission va les conserver et les développer dans les documents non observés systématiquement dans notre corpus empirique. En effet, pour un observateur qui est conscient des difficultés pour innover en matière de peine et qui voit l'inertie du système politique lorsqu'il est question de stimuler la prise en compte des droits humains en matière de peines, une telle présupposition serait « trop naïve » et la généralisation ne serait pas scientifiquement plausible. Dans un univers de travail empirique composé des 191 documents produits et rendus publics par la CRDC, nous en avons retenu seulement six pour notre recherche. Tant mieux s'il y a d'autres idées innovatrices dans les autres documents, mais cela ne signifie pas que les idées innovatrices que nous avons trouvées ont été retenues. D'ailleurs, nous savons, par d'autres observateurs, que tel ne sera malheureusement le cas. Pour les mêmes raisons, nous ne pouvions pas non plus généraliser nos résultats de recherche au travail d'autres commissions de réforme. Et nous ne pouvions pas dire si ces

autres commissions ont eu ou non des idées innovatrices fonctionnellement équivalentes à celles retrouvées dans la CRDC. Comme le rappelle Pires (1997, p.141), « la réalité sociale [serait] inépuisable » et donc aucune analyse ne peut se dire finale.

En raison de tout ce qui vient d'être dit, dans le cas de notre problème de recherche ou de notre objet d'étude et de notre type d'échantillonnage, la notion de « saturation », employée dans d'autres recherches qualitatives, n'est simplement pas applicable ici. En effet, comment pourrions-nous prétendre avoir « saturé » le champ d'idées innovatrices en matière de sanctions criminelles (et ce même dans le sens strict d'innovation donné par la théorie de la RPM)?¹³

En faisant écho à notre type d'échantillon de milieu institutionnel, notre recherche est donc une étude de cas plutôt atypique qui visait à revaloriser et à remettre au jour les idées innovatrices oubliées ou perdues, dans le but de stimuler la créativité institutionnelle en matière de normes de sanction. Ainsi, notre travail s'intéressait à la production d'idées nouvelles et à la mise en valeur de ce qui est nouveau et innovateur (par rapport au système de pensée et d'idées de la RPM). Notre recherche visait aussi à stimuler la créativité individuelle des opérateurs du système de droit et des organisations et représentants politiques engagés dans la promotion des droits fondamentaux. C'est donc dans le sens de *l'applicabilité des résultats créatifs* à d'autres « systèmes pénaux régionaux » œuvrant encore avec le système d'idées de la RPM que nous nous référons en termes de possibilité de généralisation.

Comme nous l'avons dit, la Commission a publié plus de 191 documents dans les deux langues officielles du pays. Nous avons exclu, pour des raisons pragmatiques, l'idée de faire une recherche archivistique pour chercher des idées innovatrices dans des textes non publiés. Ce travail reste à faire par d'autres chercheurs ou à une autre occasion. Dans cette recherche, nous avons décidé de nous en tenir aux documents imprimés et numérisés électroniquement.

En fonction de notre objet de recherche, nous avons donc amorcé notre premier temps de sélection en identifiant le type de documents publiés qui serait pertinent. Dès le départ, nous voulions obtenir les idées développées ou sélectionnées par la CRDC. Nous avons donc écarté les documents d'études externes effectuées par d'autres chercheurs pour la CRDC. De plus, nous avons aussi rejeté les rapports annuels publiés par la Commission étant donné qu'ils allaient beaucoup moins en profondeur que les rapports spécifiques destinés au Parlement et les documents de travail. Il nous restait donc deux types de documents : rapports (au Parlement) (34) et documents de travail (67).

¹³ Pour d'autres développements sur ce concept, qui ne sont pas pertinents ici, le lecteur peut consulter Pires (1997, p.156).

Par la suite, deux dimensions ont guidé notre sélection des documents. La dimension temporelle et la dimension thématique. Après avoir pris connaissance du contexte dans lequel a été mise sur pied la Commission et de l'évaluation générale faite par d'autres observateurs de son travail, nous avons été capable de formuler la conjecture que les premières années de la Commission étaient les plus susceptibles de faire émerger des idées innovatrices. Nous avons donc sélectionné les documents qui traitaient de notre sujet de recherche (les normes de sanction et le droit criminel de façon générale), et qui avaient été publiés avant les années 1980. Ceci correspond approximativement aux 10 premières années de vie de la Commission. Au total, en considérant l'ensemble de ces critères, nous avons répertorié six documents : deux rapports et quatre documents de travail. Pour ce faire, nous avons consulté la table des matières et l'avant-propos (*foreword*) de chaque document pour nous informer de son contenu. Cette procédure nous a aidé à décider de leur pertinence en fonction de nos critères de sélection.

Dans un second temps, pour nous assurer que nous n'avions pas laissé de côté des documents importants qui pouvaient aussi être pertinents, nous avons exploré le corpus des documents thématiquement en nous attardant plus particulièrement à la détermination de la peine et au droit pénal en général. Nous avons procédé à l'établissement des foyers discursifs (Pires, 1997) où il serait possible de trouver un contenu faisant référence à notre objet de recherche dans les documents. Comme nous savions que les idées innovatrices en matière de normes de sanction, ainsi que ce qui se rapportait à la détermination des peines, étaient ce qui nous intéressait, nous avons effectué une liste de mots clés représentant les éléments discursifs qui étaient pertinents et où nous pensions qu'il serait possible de trouver du matériel. Nous avons effectué une lecture des titres des documents et avons ressorti du lot ceux qui semblaient traiter des peines/sanctions et de leurs justifications, de la prison et des alternatives (à la prison), sans oublier ceux qui traitaient du droit criminel en général.

Nous avons aussi consulté la table des matières et l'avant-propos (*foreword*) de chaque document. Nous avons ensuite exclu au premier abord les documents qui semblaient traiter surtout des normes de procédure, des normes de comportement et de la preuve, des perquisitions et de la responsabilité, ainsi que ceux qui traitaient d'autres droits que le droit criminel et celui de populations précises (par exemple, les Autochtones et les personnes souffrant de troubles de santé mentale). Notre recherche ne couvre donc pas les idées innovatrices éventuelles concernant spécifiquement ces thèmes. En ce sens, nous tenons à avertir notre lecteur qu'il est possible que du matériel pertinent publié pendant cette période nous ait échappé. Dans la même veine, bien que la CRDC estime que l'examen de problèmes particuliers permettrait de mieux « saisir la portée des questions plus générales » (Commission de réforme du droit du Canada, 1975a, p. 1), notre intérêt s'est plutôt arrêté sur les

documents qui traitent du général et non de questions spécifiques concernant des catégories sociales d'individus ou de situations problématiques. Ces questions pourraient être à elles seules un sujet de thèse. Il est vrai que les rapports portant sur des situations problématiques spécifiques sont susceptibles, selon le cas, de réceptionner davantage les idées innovatrices disponibles dans l'environnement sous l'effet de pressions externes. Tel est le cas des jeunes et des Autochtones. Cependant, ces idées, au moins au départ, ne sont pas envisagées pour être généralisées. Elles ne sont donc pas présentées comme une « alternative » à la RPM pour tout condamné.

Plus encore, nous n'avons pas accordé d'attention aux documents spécialisés qui traitaient d'infractions en particulier, étant donné que l'opinion de la Commission s'avérerait encore trop spécifique et orientée sur un type de norme de comportement en particulier. Dans son dixième rapport intitulé *Sexual Offences*, la Commission met elle-même en garde le lecteur sur la portée de ses recommandations sur la détermination de la peine en précisant qu'elles sont « confined exclusively to sentences for sexual offences and do not relate to sentencing in general » (Law Reform Commission of Canada, 1978, p. 2). Ces idées pourraient être tout à fait pertinentes et innovatrices selon la théorie de la RPM, mais elles n'ont pas été examinées ici.

Voici quelques exemples de ces documents qui ont été exclus : *Report on Aboriginal Peoples and Criminal Justice: Equality, Respect and the Search for Justice* (Law Reform Commission of Canada, 1991); *Report on Sexual Offences* (Law Reform Commission of Canada, 1978); *Report on Mental Disorder in the Criminal Process* (Law Reform Commission of Canada, 1976c); *Working paper on The Criminal Process and Mental Disorder* (Law Reform Commission of Canada, 1976c). Comme nous l'avons dit, ces documents peuvent faire l'objet d'une autre recherche.

Voici maintenant les documents retenus pour notre analyse. Deux rapports destinés au Parlement ont été sélectionnés (et totalisent 113 pages) : *Report 2- Dispositions and Sentences in the Criminal Process – Guidelines* (Law Reform Commission of Canada, 1976a) et *Report 3 - Our Criminal Law* (Law Reform Commission of Canada, 1976b). Les quatre documents de travail suivants ont été sélectionnés (et totalisent 154 pages) : *Working Paper 3 - The Principles of Sentencing and Dispositions* (Law Reform Commission of Canada, 1974a); *Working Papers 5 & 6 - Restitution and Compensation – Fines* (Law Reform Commission of Canada, 1974b); *Working Paper 7 – Diversion* (Law Reform Commission of Canada, 1975a) ; *Working Paper 11- Imprisonment and release* (Law Reform Commission of Canada, 1975b).

2.7 La question de la langue et de la terminologie

Tous les documents produits par la CRDC ont été publiés dans les deux langues officielles du pays, mais la langue originale de rédaction n'était pas précisée. Pour notre analyse, nous avons décidé de travailler sur la version anglaise, en nous permettant de consulter la version française uniquement au besoin. Ce qui justifie notre choix de la langue est lié au fait que les versions des documents de la CRDC sont, occasionnellement, divergentes sur certaines formulations. Parfois, quelques lignes se trouvent aussi absentes. Sans avoir fait un examen systématique de tous les documents, mais après discussion avec une personne qui a travaillé sur les travaux de la CRDC, nous avons réalisé que certains passages des documents en anglais que nous avons utilisés étaient absents de la version française. De plus, une idée innovatrice était parfois plus clairement soulignée dans la version anglaise. Nous avons fait l'hypothèse que les commissaires auraient eu, à la fin du processus, davantage de temps pour retoucher la version anglaise que la version française. Évidemment, ce point n'a pas été vérifié systématiquement. Il y a eu aussi une difficulté concernant la terminologie en anglais en ce qui a trait à l'utilisation du terme *law*. En anglais, ce terme peut tantôt se référer à « droit », tantôt à « loi » (législation). Par exemple, le ministre de la Justice, M. Turner (1971, p.2), a écrit qu'une transformation en profondeur (« revolution ») serait « possible through law » (Turner, 1971, p.2). Quel sens donner à cette phrase? Est-il en train de mettre l'accent sur une transformation dans la *législation* ou dans les idées et les pratiques reproduites par les opérateurs du système de droit? Dans le premier cas, l'accent est mis sur les opérations du législateur (système politique), dans le deuxième, sur celles du système juridique.

L'article sur l'analyse documentaire de Cellard (1997) est devenu ici pour nous très pertinent pour comprendre que le contexte social global dans lequel sont créés les documents analysés s'avère important pour saisir le sens des propos qu'ils contiennent. Ainsi, le sens du terme *law* et son utilisation, comme tout autre concept donné, peuvent notamment être différents en fonction du contexte dans lequel ils sont mobilisés ou compris. En ce sens, le sens du mot peut être compris en observant le contexte direct dans lequel il s'insère dans l'ouvrage, en observant les mots et les phrases qui l'entourent, mais aussi en étudiant le contexte global dans lequel l'ouvrage s'inscrit. Étudier le contexte dans lequel un certain concept est utilisé peut donc être un indice de l'utilisation que l'auteur voulait en faire.

En ce sens, dans la deuxième moitié du 20^e siècle, la vision selon laquelle la réforme du droit criminel devait systématiquement passer par des changements législatifs était prépondérante. En plus, dans le cas de notre exemple, Turner écrivait en tant que représentant politique. Alors, le sens plus probable pour « law » dans cet usage est « législation ». Mais dans un des rapports analysés, la Commission souligne qu'au moins certaines transformations en profondeur peuvent être réalisées par

les opérateurs du droit sans transformation dans la loi. Cette observation attire l'attention sur le fait que l'innovation en matière de sanctions a besoin de la participation proactive des opérateurs du droit et qu'elle peut même commencer de façon indépendante du système politique.

Maintenant, pour les sciences sociales au moins, plus on avance dans le 21^e siècle, plus il devient clair que la réforme du SDC peut (et, peut-être, doit même) partir des communications juridiques et des opérateurs du système de droit (particulièrement des procureurs de la couronne et des juges). C'est-à-dire que le système de droit aurait besoin de s'engager – et y gagnerait à le faire – dans un processus d'autotransformation. Comme nous l'avons vu à partir des travaux de Niklas Luhmann, on comprend dès lors que le SDC gagne à interagir de façon constructive avec le système politique, mais que cela ne signifie pas qu'il ne soit pas « responsable » de son propre développement. Aujourd'hui, si le lecteur comprend le terme « law » comme désignant le *système de droit*, il peut donner une nouvelle vie aux idées exprimées dans les ouvrages de la CRDC.

Dans le même ordre d'idées, en ce qui a trait au contexte dans lequel les documents de la CRDC ont été produits, on peut aussi ajouter que la Commission s'est mise en marche alors que l'idéal réhabilitatif connaissait un déclin. À ce moment, on ne distinguait pas encore nettement les *deux idéaux réhabilitatifs différents*: celui de la théorie de la réhabilitation du 19^e siècle et celui qui commence à prendre forme à la fin des années 1960 et qui trouve son expression au Canada dans le rapport du comité Ouimet (1969). En effet, le fameux texte de Martinson (1974), « *Nothing works* », fait référence au contenu de l'idéal réhabilitatif du 19^e siècle et ne fait aucune référence à la nouvelle façon de concevoir la réhabilitation qui était en train d'émerger (sans être encore clairement perçue). Cette étude de Martinson, publié en 1974, se limite à dénoncer l'absence de résultats des programmes de réhabilitation en place sur les taux de récidive.

La légitimité de ces traitements thérapeutiques destinés à la population pénale en aurait énormément souffert. Selon Quirion (2006, p. 144), les résultats des recherches comme celle de Martinson (1974) auraient d'ailleurs été récupérés « pour dénoncer [...] une politique pénale trop répressive qui exercerait, sous le couvert d'un supposé souci humaniste, un contrôle excessif des groupes marginalisés » (Quirion, 2006, p. 144). En d'autres mots, ces programmes de réhabilitation en détention ont été critiqués du point de vue strict de leur efficacité comme un moyen pour contrôler les transgresseurs de la loi criminelle. Cette critique va favoriser le retour en force du rétributivisme ainsi que de la théorie de la dissuasion et de la dénonciation. Parallèlement à cela, la nouvelle théorie de la réhabilitation qui était en cours de développement restera dans l'ombre. Or, il est important d'être conscient aujourd'hui, lors d'une relecture des documents de la CRDC, qu'elle ne semble pas tout à fait avoir pris la mesure de ce tournant de contenu dans la nouvelle théorie de la réhabilitation, et ce

même en connaissant le rapport Ouimet. En effet, nous n'avons pas trouvé de signes d'une prise de conscience nette dans les documents de cette période que nous avons analysés.

De façon analogue à ce qui se passe avec le médium « law », si nous relisons les documents de la CRDC avec la nouvelle théorie de la réhabilitation en tête, de nouvelles idées et de nouveaux arguments favorisant l'innovation sont susceptibles d'émerger.

2.8 La technique de collecte des données et la stratégie d'analyse

Nous n'allons pas reprendre ici la distinction entre *analyse de contenu*/*analyse du discours* qui est encore souvent rappelée dans les travaux de méthodologie en sciences sociales. Nous allons plutôt suivre l'orientation donnée actuellement à cette question par Duchastel et Laberge (2014). D'un côté, ils proposent « d'abandonner l'opposition tranchée entre les approches qualitatives et quantitatives » qui a marqué l'usage de cette distinction et, de l'autre côté, ils signalent que les différences entre ces expressions deviennent de moins en moins nettes. Alors, nous allons parler d'analyse de contenu simplement pour souligner que nous avons analysé le *contenu des idées* dans nos documents pour être en mesure de dégager les idées innovatrices.

Comme nous ne nous attachons plus à une tradition ou perspective spécifique de recherche par opposition à une autre, il devient sans importance de rappeler, par exemple comme le font Cho et Lee (2014, p. 3), que l'analyse de contenu (au sens strict) est une stratégie qui aurait été utilisée pour la première fois vers la fin du 20^e siècle afin d'analyser des documents écrits. On voit d'ailleurs que Cho et Lee (2014, p. 3) relie clairement cette tradition stricte de recherche à l'analyse quantitative. Ils disent notamment qu'elle était au départ « a research technique for the objective, systematic, and quantitative description of the manifest content of communication » (Berelson, 1952, p. 18 cité dans Cho et Lee, 2014, p.3). Elle était donc d'abord utilisée exclusivement à l'aide des méthodes quantitatives. Toutefois, Cho et Lee (2014) semblent reconnaître aussi que le développement de l'analyse qualitative de contenu a fini par effacer cette particularité de l'ancienne tradition de recherche appelée « analyse de contenu » (au sens strict). En suivant les pas de Duchastel et Laberge, nous allons possiblement aller un peu plus loin : nous allons abandonner la référence à l'ancienne tradition de l'analyse de contenu et nous n'allons plus distinguer entre analyse de contenu et analyse du discours.

Il nous faut insister : notre préférence ici pour l'expression « analyse de contenu », vient simplement du fait que nous examinons le contenu discursif ou communicationnel des documents de la Commission pour trouver les idées innovatrices. Pour ce faire, nous avons, d'un côté, la théorie de la RPM qui nous indique quelles sont les idées qui font obstacle à l'évolution (transformation) du SDC. De l'autre côté, nous pouvons voir à partir d'une analyse empirique du contenu des idées de la CRDC

si elle a, ou non, réussi à surmonter ces obstacles et à formuler des idées innovatrices, c'est-à-dire susceptibles de permettre au SDC de reconstruire ses structures (internes) d'opération, sa manière de penser et de mettre en pratique les punitions.

Soulignons, en passant, que Cho et Lee (2014) mentionnent aussi que même l'analyse de contenu au sens strict utilise aujourd'hui autant une approche inductive que déductive, ou encore une combinaison des deux, dépendant de l'objet de recherche en question.

De notre côté, notre analyse s'est déroulée en plusieurs étapes qui intégraient une combinaison d'induction et de déduction. Cho et Lee (2014) font aussi remarquer qu'à travers l'activité de codage, toute analyse de contenu peut faire ressortir le sens manifeste et le sens latent des données. Notre premier temps de codage a uniquement servi à faire ressortir le sens manifeste, c'est-à-dire le contenu en surface et visible du texte. Au deuxième temps de codage, nous avons plutôt cherché à faire ressortir le sens latent de certaines idées afin de les catégoriser adéquatement sur le spectre de la « variété / redondance » (innovation/reproduction de la RPM).

D'abord, nous avons débuté par une analyse préliminaire afin de nous familiariser avec les documents et leur contenu. Nous avons effectué une lecture rapide et globale des six documents retenus. Nous avons aussi rapidement annoté au passage certaines idées qui nous inspiraient des commentaires.

Ensuite, nous avons établi une liste de thèmes inspirés par notre cadre théorique et notre revue de la littérature. Nous entendons par thèmes « [...] a way to describe a structural unit of meaning essential to present qualitative results »¹⁴ (Cho et Lee, 2014, p.10). Prenons par exemple les théories de la peine mentionnées par la théorie de la RPM. Notre expectative cognitive était de rencontrer les différentes théories conventionnelles de la peine dans notre matériau. Comment aurait-il pu en être autrement? Chaque théorie devait donc être munie d'indicateurs pour que nous puissions les identifier individuellement dans le texte. Nous nous sommes ainsi donnée des indicateurs, notamment dans notre cadre théorique, pour définir les différents thèmes que nous étions susceptible de rencontrer. Cette étape allait nous préparer à « [...] link the underlying meanings together in categories » (Graneheim & Lundman, 2004, p. 107, cités dans Cho et Lee, 2014, p.10), c'est-à-dire relier les significations sous-jacentes dans des catégories¹⁵.

¹⁴ Notre traduction : « une façon de décrire une unité structurelle de signification essentielle pour présenter des résultats qualitatifs »

¹⁵ Notre traduction

Par la suite, nous avons donc procédé à la catégorisation de ces unités d'analyse. Nous les avons classées – et au besoin regroupées – dans des catégories générales ou spécifiques. Cho et Lee (2014) décrivent la catégorisation comme un moyen pour rassembler différents items ou thèmes, qui ont un sens similaire. Par exemple, les unités de sens codées thématiquement comme théories de la réhabilitation, de la dissuasion, de la neutralisation, etc., ont été classées sous la catégorie « théories (conventionnelles) de la peine ».

Pour la codification de notre matériau et le traitement systématique de nos observations, nous avons utilisé le logiciel d'aide à l'analyse de données qualitatives NVIVO. Ce logiciel nous a permis de télécharger nos documents sélectionnés et de procéder à leur codification électroniquement. Par un processus itératif, nous avons donc méticuleusement sélectionné chaque unité de sens manifeste qui se dégagait de chaque texte et les avons codées en fonction des thèmes préétablis par notre chapitre théorique et de ceux qui ressortaient directement de l'empirie. Nous les avons ensuite catégorisées. Notons qu'il y avait un va-et-vient entre la troisième et la quatrième étape.

Comme notre objectif n'était pas d'analyser entièrement les six documents sélectionnés, il a fallu retrancher certaines parties qui n'étaient pas pertinentes et sélectionner celles qui se rapportaient à notre question de recherche, comme l'indiquent Cho et Lee (2014). Pour ce faire, nous avons créé une grille d'analyse pour orienter notre analyse transversale. La grille d'analyse a été construite aussi de façon déductive et inductive. D'abord, nous avons inscrit dans un tableau les différents qualificatifs pour caractériser et catégoriser les idées que nous allions dégager de notre matériau, sous la colonne « Variété/redondance ». Nous avons débuté en inscrivant les catégories « Indicateurs d'innovation » et « Éléments du système d'idées de la RPM ».

Nous tenons à préciser que la manière dont nous caractérisons cette dernière catégorie ne se présente pas comme une « critique ». Nous avons utilisé ces mots simplement pour faire ressortir la *difficulté théorique* du problème à résoudre pour pouvoir développer des idées innovatrices et se distancer d'un passé (et d'un présent) fortement punitif. Comme nous ne connaissions pas d'avance les idées développées par la CRDC, nous n'avons inscrit les idées dans les différentes catégories qu'après avoir fait une lecture des différents concepts, principes et thèmes développés par la CRDC, issus de notre thématisation. Il faut souligner que ce travail a été souvent marqué par un mouvement de va-et-vient entre les concepts, les indicateurs et les données empiriques d'observation. Cette analyse n'a donc pas été effectuée dans un processus linéaire.

De plus, nous avons également décidé de créer la catégorie « Autres éléments dont on ne connaît pas encore la pertinence ». Cette catégorie allait nous servir d'endroit où mettre, au besoin, des idées qui n'entraient pas facilement dans l'une ou l'autre des catégories du tableau. Elle n'a toutefois

pas servi. Nous tenons à souligner que ces catégories ou ces séparations ne sont pas « étanches ». C'est-à-dire qu'il se peut par exemple qu'une idée avec un potentiel innovateur important ait été présentée, mais qu'elle n'a pas su être développée clairement ou à son plein potentiel, de façon à éviter des glissements ou des éléments de la RPM. Bien que certaines idées aient pu être catégorisées comme innovations ou comme étant attachées à la RPM, il se peut que des éléments contraires aient pu être développés dans ces dernières : des éléments de redondance de la RPM dans une idée innovatrice et des éléments innovateurs dans une idée attachée à la RPM. Pour cette raison, on peut soit traiter une même idée dans les deux catégories soit choisir arbitrairement une des deux places et signaler les deux dimensions. Comme notre objectif était celui de « laisser voir » les idées innovatrices, nous avons souvent privilégié dans cette situation la catégorie des idées innovatrices. À la suite de notre activité de codage, nous avons développé deux autres catégories pour caractériser les idées soulevées par la CRDC, qui étaient plus nuancées, moins tranchées. C'est ainsi que nous avons créé les catégories « Éléments innovateurs insuffisamment développés » et « Éléments qui n'ont pas permis de se détacher complètement de la RPM (et qui posent un problème de langage et de définition) ».

Au bout de ce processus, nous avons procédé à la sélection des énoncés pertinents pour chaque thème, concept ou principe pour les cas de variété ou de redondance. Pour ce faire, nous avons lu chaque énoncé des catégories jugées pertinentes à notre question de recherche. Nous les avons codés dans un second temps en fonction de notre grille d'analyse et de notre cadre théorique. Lors de ce deuxième temps de codage, nous avons dû faire appel au codage du sens latent; certaines idées développées semblaient avoir un sens plus profond que celui qui était visible et à la surface. Nous pensons notamment au principe d'autocontention et à celui de la maximisation de la liberté pour tout un chacun, principes qui étaient latents dans plusieurs énoncés.

Le tableau suivant présente le gabarit de notre grille d'analyse au moment du codage, comportant la catégorisation des thèmes/concepts/principes, etc. jugés pertinents en fonction de notre objet et de notre question de recherche.

Tableau 1 : Gabarit de la grille d'analyse

<u>Catégories du spectre de la variété-redondance</u>	<u>Thèmes/Concepts/Principes, etc.</u>	<u>Énoncés</u>	<u>Nos commentaires</u>
Indicateurs d'innovation	-Principe d'autocontention (<i>restraint principle</i>) -Guiding principle of maximization of freedom for everyone (principe de la maximisation de la liberté pour tout un chacun) -Les conditions pour le recours à l'emprisonnement -Les sanctions positives/créatives impliquant la participation active du coupable -La distinction système politique/système de droit dans la détermination de la peine -La définition de peines minimales		
Éléments insuffisamment développés	-La théorie de la réhabilitation		
Éléments qui n'ont pas permis de se détacher complètement de la RPM (et qui posent un problème de langage et de définition)	-Le concept de punition (et équivalents)		
Éléments du système d'idées de la RPM	-Le cumul des peines consécutives		
Autres éléments dont on ne connaît pas encore la pertinence			

Bien entendu, dans ce travail d'analyse, nous avons porté *une attention particulière aux résultats relatifs à l'innovation*, en raison des objectifs et de notre objet d'étude. Il s'agissait moins de signaler les points faibles que les points forts (les éléments innovateurs) des documents. Et l'intérêt des points faibles était justement celui de montrer ce qu'il nous reste à faire si nous voulons stimuler l'autotransformation du SDC. Ils n'ont pas été présentés dans une optique de critique des travaux de la Commission. Il faut se rappeler les limites de la connaissance à l'époque et les limites attachées à la nature même du travail.

Pour conclure ces remarques méthodologiques, il faut garder à l'esprit que toute forme de compréhension du contenu d'un document écrit par d'autres auteurs rencontre une sorte de difficulté qui ne peut pas être entièrement éliminée. En effet, il nous est impossible « d'établir empiriquement une correspondance nette entre le sens "originel" de l'écrit et le sens analytiquement produit par notre décodage » (Dubé, 2008, p.118). Pour tenir compte de ce genre de difficulté et essayer de l'atténuer, il nous a fallu aussi nous autocontenir en contrôlant et révisant nos conclusions. Pour éviter d'avoir recours à des termes tranchés et rigides pour parler de nos observations, nous avons tenté de « suggérer plutôt que d'affirmer, montrer plutôt que de démontrer, établir une corrélation plutôt que de forcer une causalité » (Dubé, 2008, p.118). Ainsi, nous avons également essayé de bien garder à l'esprit « que le regard sociologique est toujours une observation de deuxième ordre qui observe une observation de

premier ordre, c'est-à-dire une construction sociologique d'une réalité sociale déjà elle-même socialement construite » (Dubé, 2008, p.118-119). Passons maintenant à l'analyse.

Chapitre 3 : L'analyse

3.1 Les indicateurs d'innovation

3.1.1 Les bases d'un nouveau cadre de pensée

En effectuant une analyse des six documents de la CRDC issus de notre sélection, nous arrivons à observer l'émergence des bases d'un nouveau cadre de pensée en matière pénale. En effet, comme le verrons, apparaissent dans les documents de la Commission les assises cognitives qui sous certaines conditions (notamment celles de la sélection et de la stabilisation) seraient susceptibles de stimuler une théorie innovatrice de l'intervention pénale, distincte de celle préconisée par la RPM. Ces bases suggèrent de nouvelles pratiques « sanctionnatrices » pour contrôler l'usage de l'emprisonnement et des mesures contraires aux valeurs du droit. Ces bases sont formées de ce qu'on pourrait reconnaître sous le principe général de *restraint*, que nous traduisons par « autocontention », et du principe directeur de la maximisation de la liberté pour tout un chacun.

Nous tenons à ouvrir rapidement une parenthèse pour préciser notre choix quant à l'utilisation du terme *autocontention* comme traduction du terme *restraint*. Comme nous avons analysé les documents rédigés en anglais par la CRDC, nous devons trouver une traduction française pour le terme anglais de « *restraint principle* ». Ce terme en anglais aurait été mieux traduit par « principe de retenue », afin d'éviter la sémantique de la charité, de la bienfaisance, etc., or le terme « modération » est celui qui a été utilisé dans la version française des textes de la CRDC. Toutefois, quelques éléments ont fait en sorte que le terme « modération » utilisé en français pouvaient amener des glissements quant à son interprétation.

En fait, le terme modération est pour nous un terme qui a un caractère illusoire. En ce sens, on peut trop rapidement penser la modération comme étant de la complaisance à l'égard d'un coupable; une preuve de générosité sans plus, de la part du droit criminel ou de celui qui l'administre. Le terme implique l'idée ou donne facilement l'impression de l'imposition d'une peine qui est en réalité moins sévère que celle qu'elle devrait être. On peut comprendre par le terme modération l'imposition d'une sanction moins sévère, plus généreuse, moins forte, de la part d'un juge qui aurait été particulièrement clément, par exemple.

Plus encore, le terme modération peut être trop facilement confondu avec le principe modérateur relatif à l'*ultima ratio*, provenant de la justice traditionnelle et qui signifie « en dernière instance ». À cet effet, Ost (2007, p. 10) explique que cet *ultima ratio* dans la justice traditionnelle est ce droit pénal « qu'on ne mettait en œuvre qu'après avoir essayé en vain des stratégies alternatives moins onéreuses ». Bref, on appliquait une certaine modération dans le recours au pénal en empruntant d'abord des voies non pénales pour traiter de situations-problèmes. Si ces premières voies échouaient, la force pénale entraînait en jeu, mais comme dernière solution. Contrairement à l'époque de la justice

traditionnelle où le pénal était la voie subsidiaire pour le règlement des situations-problèmes, dans celle de la justice moderne, il est devenu le dispositif prioritaire. Le principe de modération revêt alors un sens qui ne correspond plus au premier. Pour éviter les interprétations du principe de *restraint* comme dans le premier sens proposé par la justice traditionnelle, nous avons choisi « autocontention » plutôt que « modération ».

Pires avait lui-même privilégié la terme d'« autocontention » dans une conférence de même que dans ses cours pour clarifier le sens du « principe de modération » dans les documents rédigés en français par la CRDC. Dans les pages qui suivront, nous aurons donc recours au « principe d'autocontention » pour désigner l'activité du droit qui consiste à s'autolimiter dans l'imposition des sentences, et désignons donc ainsi en français, dans les documents de la CRDC, la même chose que désigne le « *restraint principle* » en anglais. Avec le terme « autocontention », on entend que le droit arrive à respecter sa tâche d'indiquer que le non-respect des normes n'est pas toléré et que la sentence imposée est exactement ce qu'elle doit être; pas plus ou moins clément (ou dure) que ce qu'elle doit être. Il permet également de se dissocier de la « modération » associée à l'*ultima ratio* et d'éviter de formuler des interprétations erronées pour l'époque de la CRDC à cet effet, lorsqu'elle a recours au terme « *restraint* ». Le choix du terme autocontention étant justifié, fermons la parenthèse et revenons à la CRDC.

Les principes d'autocontention et de la maximisation de la liberté pour tout un chacun qui sont des principes du droit criminel fonctionnent de concert dans ce cadre proposé par la CRDC. Ce passage représente bien la relation entre les deux principes évoqués plus haut, celui d'autocontention (*restraint*) et celui de la maximisation de la liberté :

Restraint is vital to the health of criminal law. After all, every time we have a law against something, we do so at a cost. That cost is four-fold. Offenders pay through being prosecuted, convicted, punished. Other individuals pay through having their freedom restricted. We all pay through having to foot the bill for law enforcement (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 19).

L'autocontention du droit criminel s'avère donc nécessaire étant donné que la valeur de la liberté est réduite par sa propre manière de penser la punition et d'agir. Toutefois, l'argument apporté dans la dernière phrase est faible et conventionnel. La Commission rate l'opportunité de mettre l'accent sur les valeurs positives de la société. Voyons maintenant ce qu'entend la Commission par ces deux principes.

3.1.1.1 Le premier principe : L'autocontention

Le premier principe est celui de l'autocontention. Par ce principe, nous comprenons que la

CRDC tente de diriger notre attention sur le fait que le droit criminel moderne est allé trop loin dans l'infliction de la souffrance en ce qui a trait aux peines. Dans les travaux que nous avons analysés, la Commission nous invite à prendre conscience de l'attention excessive portée à la souffrance en matière de normes de sanction. Cette invitation tente alors de répondre à la question suivante : Comment se sortir de l'idée d'un droit criminel qui valorise l'emprisonnement? Comme solution, la Commission propose le principe de *restraint* que nous avons traduit par autocontention. Ce principe omniprésent dans les travaux de la CRDC a pour but d'amener le système à apprendre à réduire l'infliction de la souffrance en général et le recours à l'emprisonnement en particulier. De manière collective, les opérateurs du système de droit criminel doivent ainsi s'autocontrôler dans tous leurs choix concernant la détermination de la peine (*sentencing*).

La CRDC conçoit le principe d'autocontention comme étant essentiel au bon fonctionnement du droit criminel moderne. En effet, elle affirme que « [r]estraint is vital to the health of criminal law » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 19). Par cette assertion posée à la fois comme une certitude et une injonction, on voit que le problème entourant le recours à l'autocontention n'en est pas un de générosité ou d'altruisme. Il n'est pas question ici d'un procureur ou d'un juge qui est modéré et qui fait des concessions par charité à ce qui devrait être réellement. L'idée qu'elle soutient par cet énoncé est plus complexe. Cette conceptualisation du principe d'autocontention aurait plutôt trait au fonctionnement général de ce sous-système du droit et à son état. L'idée proposée nous paraît même cardinale pour reconstruire le système d'idées de la RPM et les autoportraits identitaires dominants du SDC.

Ce principe se rapporte à une question de valeurs juridiques. Il vise à orienter le droit criminel à mettre de l'avant la face positive des valeurs du droit et à sortir de l'infliction volontaire de la souffrance lorsqu'il punit. L'autocontention n'a pas de rapport avec la quantité de souffrance que réclame la peine, mais avec la forme globale de l'intervention du système, incluant le choix de la pénalité adéquate. À cet effet, la réflexion sur le choix de la sanction adéquate ne se limite pas à une finalité intermédiaire comme la dissuasion générale, la rétribution du mal par une souffrance proportionnelle ou encore la dénonciation. La détermination de la peine doit être orientée par une finalité éthico-juridique interne. La personne qui punit doit le faire au nom de valeurs positives propres du système en s'autocontenant par rapport à la « volonté d'infliger une souffrance par elle-même. D'où l'importance de laisser tomber le principe de proportionnalité lorsqu'il est attaché à une définition de la punition qui insiste sur l'infliction volontaire d'une souffrance pour « faire justice », pour combattre la criminalité ou pour donner une « bonne » image du système au public. D'où l'importance aussi d'abandonner les pratiques sentencielles de peines fixes et minimales. À cette

époque, la Commission va souligner aussi l'importance d'avoir recours à un juge pour décider de la sanction appropriée. Cela est une recommandation adressée au système politique pour qu'il cesse la pratique législative visant à imposer ou à stimuler des peines minimales d'emprisonnement. À travers ces impositions politiques répressives, l'individualisation des sentences ne peut pas se réaliser sans mutiler d'entrée de jeu les valeurs juridiques positives (principe directeur de la maximisation de la protection de la société). C'est aussi ainsi qu'une distanciation par rapport à l'emprisonnement et à l'infliction volontaire de la souffrance va se manifester dans les travaux de la commission. Concrètement, voyons où et comment s'applique ce principe d'autocontention.

Tout d'abord, la CRDC s'assure de clarifier sa position sur le recours au droit criminel : il doit être un outil de dernier recours comme agent de socialisation aux valeurs fondamentales de la société. À cet effet, la Commission mentionne ceci : « Criminal law, then, comes in by way of last resort. As such, it provides, as argued earlier, a necessary response to wrongful behaviour. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 16). En d'autres mots, bien qu'il puisse réaffirmer, protéger et faire respecter les valeurs sociales fondamentales lorsqu'elles sont transgressées, le recours au droit criminel doit être limité sur plusieurs plans, selon la CRDC. Force est de reconnaître que ce premier argument s'adresse à un public sans connaissances du système et qu'il n'a rien d'innovateur s'il n'est pas compris comme étant étroitement associé au principe d'autocontention dans la manière officielle de réagir. Cependant, bien compris, ce principe du dernier recours dénonce plutôt le fait que le droit criminel actuel est aux prises avec un problème relatif à l'infliction volontaire et excessive de la souffrance, et ce particulièrement en ce qui concerne la privation de liberté. La Commission cherche à « internaliser » le principe du « dernier recours » (de l'autocontention) :

In the desire to curb crime it has to be understood at all levels, from the legislative chamber to the street, that the coercive power of the criminal law and its agents and processes have to be used with restraint or they may further injure the social fabric. What is designed to create order may in fact create disorder (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 1).

L'énoncé suivant va dans le même sens que le précédent. La CRDC dénonce ici le fait que le droit criminel engendre plusieurs conséquences négatives dont l'infliction volontaire d'une souffrance non nécessaire (mais présumée nécessaire) et la perte de liberté, lorsqu'il est possible de punir autrement ou moins longuement. C'est pour cette raison qu'il doit être utilisé en dernier recours :

[...][C]riminal law is not the only means of bolstering values. Nor is it necessarily always the best means. The fact is, criminal law is a blunt and costly instrument—blunt because it cannot have the human sensitivity of institutions like the family, the school, the church or the community, and costly since it imposes suffering, loss of liberty and great expense.

So criminal law must be an instrument of last resort. It must be used as little as possible. The message must not be diluted by overkill—too many laws and offences and charges and trials and prison sentences. Society's ultimate weapon must stay sheathed as long as possible. The watchword is restraint—restraint applying to the scope of criminal law, to the meaning of criminal guilt, to the use of the criminal trial and to the criminal sentence (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 27-28).

Ces conséquences qui bafouent les valeurs positives du droit criminel sont, selon la Commission, présentes dans chaque type de normes. Elle mentionne une trop grande quantité de lois et de crimes (normes de comportement), trop d'accusations et de procès (normes de procédure) et trop de sentences d'emprisonnement (normes de sanction). Pour contrer ces conséquences, il faut donc que le droit criminel fasse preuve d'autocontention.

Dans le même ordre d'idées, nous pouvons donc dire qu'elle attribue des recommandations à l'ensemble des parties constituant le droit criminel et aux différents types de normes qui le compose. Elle recommande l'autocontention à chaque étape du processus criminel : du travail du politique lors de la création des crimes et des lois, à celui des tribunaux dans le type de sanction imposée de même que lors de leur administration, en passant par le travail de la police. Dans le contexte des années 1970, la première et la dernière phrase de la citation ci-dessous sont particulièrement importantes, mais elles vont rester sous-développées et passeront largement inaperçues. À l'époque, on investissait tous les efforts de réforme du droit dans les changements législatifs, ce qui exige la coopération et la médiation du système politique, un événement de faible probabilité du point de vue de l'innovation en matière de sanctions. Or, dans cette phrase de la citation ci-haut, la CRDC semble avoir entrevu la possibilité – voire la nécessité – d'une nouvelle approche judiciaire soutenue par le centre d'opérations du système de droit criminel : les tribunaux (ce qui inclut ici, bien entendu, les procureurs de la couronne). Aujourd'hui, les chercheurs travaillant avec la théorie de la RPM ont commencé à attirer directement l'attention sur ce point¹⁶ :

In our Report on Sentencing Guidelines we show how even without legislation courts can use a new approach to sentencing. And in our Pre-Trial Procedure Report we shall detail the possibility of restraint at an administrative level police and other authorities can use more discretion and restraint in charging, arresting and prosecuting for offences. Much can be done, therefore, without the need for legislation (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 32).

De surcroît, notre analyse nous amène à comprendre que la CRDC propose d'appliquer

¹⁶ Voir A. Pires, «Deux voies pour (re-)penser la réforme du droit criminel du point de vue de l'innovation en matière de sanctions? », Conférence publique à la Faculté de Droit de l'Université de l'État de São Paulo, texte inédit.

l'autocontention au niveau des normes de comportement, des normes de procédure et des normes de sanction, comme nous le verrons dans le prochain énoncé. Toutefois, en dépit de l'importance des normes de conduite et de procédure à d'autres égards, ce que la théorie de la RPM nous montre empiriquement, et tel que nous avons pu le voir dans le chapitre théorique, c'est que l'autotransformation du SDC dépend d'une autotransformation dans la manière de penser et de déterminer les sanctions. Gardons donc en tête que ce qui nous importe dans le prochain énoncé, ce sont les propositions de la CRDC concernant les normes de sanction. L'énoncé suivant est celui qui s'est avéré être le plus complet au sujet des dimensions d'application du principe d'autocontention suggérées par la CRDC :

Accordingly we recomm[en]d restraint in four different aspects. First, we should restrict the ambit of the criminal law, decriminalize where criminal prohibition is unnecessary, ineffective or inappropriate, and substitute more positive community-oriented approaches. Second, we should restrict the imputation of criminal responsibility, focus on real personal fault and, as far as practicable, abolish strict liability. Third, we should restrict our use of the full traditional criminal trial, keep the full solemn ritual for graver cases and divert less serious ones outside the ordinary system. Fourth, we should restrict the extent to which we make use of traditional *punishments in general and of imprisonment in particular, so as to minimize suffering and expense and at the same time open the door to more creative and imaginative sentences. Prison is not in general an apt means of rehabilitation and half the people in jail should not be there. Jail has a place, however. There are unfortunately cases where rehabilitation is not our prime concern. Imprisonment should be restricted to such cases.* (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31; notre souligné).

Nous tenons à préciser que l'analyse qui suit se fonde sur les observations et les analyses que nous présenterons plus en profondeur dans la section 3.1.2.2 « La distinction raisons pour emprisonner/finalités de la peine ». Par l'analyse anticipée qui suit, nous souhaitons montrer que les trois dernières phrases de l'extrait ci-dessus (commençant par « Prison is not in general... ») sont très difficiles à interpréter dans l'esprit de ce rapport et qu'elles restent malheureusement ambiguës si le lecteur ne garde pas bien en tête les trois seules raisons que la Commission indique comme pouvant justifier l'emprisonnement sans nuire aux valeurs positives du SDC. Ces trois raisons – que nous examinerons plus loin – sont : (1) l'isolement (dans le cas de crimes graves et qui représentent en plus une menace très sérieuse pour la vie et la sécurité d'autrui), (2) la dénonciation (de façon très circonscrite) et (3) les mesures de contrainte pour défaut volontaire de se soumettre à d'autres sanctions (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 26). Ainsi, où se trouve l'ambiguïté et la difficulté de compréhension de ces trois phrases (incomplètes)? Elle se trouve dans le fait que l'emprisonnement n'est pas conçu comme pouvant se justifier par la réhabilitation, mais uniquement par ces trois seules raisons pour emprisonner. Ainsi, si on n'a pas en tête les trois seules raisons que la CRDC indique

pour justifier l'emprisonnement, on pourrait faussement croire, en lisant l'extrait ci-dessus, que l'emprisonnement pourrait se justifier par la dissuasion générale et par la rétribution proportionnelle à la souffrance, alors que tel n'est pas le cas pour la CRDC. Nous verrons au point 3.1.2.2.2 de ce travail que même la « dénonciation » n'est pas vue par la CRDC comme étant en soi une raison valable pour attribuer de *longues* peines d'emprisonnement : la durée maximale de cette peine ne peut pas dépasser en aucun cas trois ans pour dénoncer (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 23). Pourquoi? Comme nous le verrons dans la section 3.1.2 de ce travail, ce serait pour éviter de déroger au principe d'autocontention et à celui de la maximisation de la protection de la liberté pour tout un chacun (les deux principes formant la base du nouveau cadre de pensée) et pour éviter de se présenter comme un *obstacle non nécessaire à la réhabilitation* du condamné, comprise comme se référant à son retour à une vie juridique et sociale la plus ordinaire possible (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 23). Tout particulièrement après la dernière décennie du 20^e siècle, les tribunaux sont tombés justement dans ce piège : nous en traiterons plus loin dans l'analyse, mais il suffit pour l'instant de dire qu'ils ont en effet commencé à voir la « réhabilitation » comme n'étant pas une bonne raison pour emprisonner, tout en continuant de voir l'emprisonnement et les très longues peines d'emprisonnement comme étant une excellente « méthode » ou un bon « moyen » pour dissuader les autres, pour dénoncer certaines conduites criminelles et pour rétribuer la souffrance de façon proportionnelle. Ni la dissuasion ni la rétribution sont donc des raisons pour justifier l'emprisonnement pour la CRDC. Les mêmes tribunaux ont en plus cessé de voir les longues peines d'emprisonnement à l'égard des personnes qui pouvaient être libérées comme étant nuisibles à leur vie sociale ordinaire.

Ajoutons à cela un rappel historique et factuel. Attribuer la pratique abusive de l'emprisonnement à la finalité de la réhabilitation est une erreur récurrente des réformateurs du droit à partir de la deuxième moitié du 20^e siècle. Ils restent souvent aveugles au rôle joué par les théories de la dissuasion, de la rétribution et de la dénonciation (cette dernière, de façon indépendante, après les années 1970). Cette erreur est due probablement au fait que cette finalité a joué effectivement un rôle majeur dans les efforts pour organiser la vie interne de la prison en fonction de cet objectif. On oublie ici, d'une part, que c'est la théorie de la dissuasion (spécifique et générale) qui a prédominé pendant le passage du dispositif punitif varié de châtiments corporels au dispositif punitif où « incarceration became the central feature of criminal justice » (Rothman, 1995, p. 100; 101-102). Et justement, comme nous l'avons mentionné et comme nous le verrons plus bas dans l'analyse, dans la section 3.1.2.2, la dissuasion n'est pas une raison pour justifier le recours à l'emprisonnement. Cette absence peut donc être considéré comme innovatrice, tout comme celle de la rétribution.

En plus, comme Pires (1990, p. 444) l'a montré, *toutes les théories conventionnelles de la peine*

peuvent appuyer et ont effectivement contribué à légitimer l'usage abusif de l'emprisonnement. Alors, lorsqu'on pose, à partir des dernières décennies du 18^e siècle, les questions « À quoi servent les prisons? À quoi doivent-elles servir? Dans quelles conditions les prisonniers doivent-ils être détenus? » (Morris et Rothman, 1995, p. ix), toutes les grandes théories de la peine sont en mesure d'apporter une réponse à ces questions et aucune de ces théories n'offre de résistance à ce « moyen » et à son usage répandu dans la législation criminelle. Cependant, comme Rothman (1995) nous laisse voir, seulement la théorie de la réhabilitation va développer à ce moment des réponses précises et détaillées sur la forme d'organisation interne de la prison. Elle sera donc étroitement attachée au projet pénitentiaire, sans être la seule théorie à soutenir le recours global à la prison pour combattre le crime ou pour « faire justice » (à l'aide de l'instrumentalisation de la souffrance) (Pires, 1990).

Dans le passage ci-dessus sur l'autocontention, la Commission aurait dû préciser que la prison n'est pas un moyen apte pour faire valoir le principe de la maximisation de la protection de la liberté pour tout un chacun et que, pour cette raison, les conditions pour emprisonner et la manière de le faire doivent être repensées. Dire simplement que la prison n'est généralement pas un bon moyen de réinsertion sociale et que la moitié des personnes emprisonnées ne devraient pas y être, n'est pas suffisant pour attirer l'attention sur la complexité de ce problème. Rappelons qu'à cette époque le Canada acceptait encore la peine capitale, la peine perpétuelle et la peine de fouet. Précisons que les deux premières peines sont incompatibles avec la théorie de la réhabilitation (à moins d'accepter rapidement l'idée que les personnes jugées « incorrigibles » à un moment donné doivent recevoir ces peines).

Soulignons cependant que la Commission semble avoir tout à fait raison de dire que, dans la société moderne, la prison a une place incontournable. Et soulignons aussi que la phrase qui suit immédiatement l'extrait précédent renforce l'interprétation que nous faisons ici de ce passage. La Commission rappelle encore le principe de l'autocontention :

Jail has a place, however. There are unfortunately cases where rehabilitation is not our prime concern. Imprisonment should be restricted to such cases. Our basic recommendation, then, is that in all these four aspects—ambit, responsibility, procedure and sentencing—the watchword must be restraint (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31).

Au milieu des années 1970s, lorsque la Commission formule des recommandations concernant la décriminalisation des normes de comportement dans la législation, elle fait sans doute référence au système politique, car au moment où elle écrit ses travaux, les tribunaux au Canada ne peuvent pas encore considérer une infraction dans la législation ordinaire comme étant « inconstitutionnelle » : « First, we should restrict the ambit of the criminal law, decriminalize where criminal prohibition is

unnecessary, ineffective or inappropriate, and substitute more positive community-oriented approaches. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31) Certes, cette remarque peut avoir aussi un certain intérêt par rapport au travail des juristes, afin qu'ils exercent une pression sur le système politique pour réduire le nombre de délits dans la législation. Cependant, en ce qui concerne la simple déjudiciarisation de fait de certains cas, la police et les tribunaux peuvent le faire. Certes, aujourd'hui nous savons qu'il ne faut pas avoir des attentes très fortes sur la décriminalisation légale, mais jusqu'à présent, la portée de ce changement dans la législation s'est avérée plutôt restreinte (Pires et al., 2001). Bien sûr, cela ne permet pas de prédire le futur, mais pour obtenir des résultats significatifs sur le plan de l'évolution du droit criminel et de son ajustement aux droits fondamentaux, tout semble indiquer qu'il vaut mieux (auto)transformer les normes de détermination de la punition et maximaliser la déjudiciarisation par la police et par les tribunaux (incluant la poursuite). La Commission partage cette idée ainsi : « Third, we should restrict our use of the full traditional criminal trial, keep the full solemn ritual for graver cases and divert less serious ones outside the ordinary system » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31).

Dans le passage suivant concernant la déjudiciarisation comme moyen concret d'autocontention, la commission fait état d'une préoccupation existante à cette époque : elle veut laisser très claire que la déjudiciarisation à laquelle elle fait référence porte *aussi et surtout* sur les conduites qui auraient pu être condamnées et sur les personnes qui auraient reçu une peine, incluant une peine de prison. Il ne s'agit donc pas simplement de « soulager » les tribunaux de cas « sans importance » : il s'agit de trouver, dans la procédure pénale elle-même, une autre façon de régler une situation problème pouvant être pénalisée sans même avoir à condamner le coupable. Sa façon de présenter cette idée n'est peut-être pas très limpide, mais nous espérons que ce commentaire pourra aider le lecteur à bien la comprendre. Voici comment la Commission présente cette idée :

Diversion is also seen by some persons not only as a means of reducing imprisonment but also of keeping offenders out of the criminal system in the first place. This, too, may prove to be an illusion unless the principle of restraint is exercised. Under existing law and practice, incidents involving delinquency or other minor trouble are absorbed by the community or dealt with by police and prosecutors without charges being laid or without going to trial. The cases are screened out; they are referred to parents, agencies or hospitals or they are settled informally and are not characterized as criminal in nature. The danger is, then, that thoughtless development of diversion programs will have the opposite effect to that which is intended: they will result in greater, not less, exposure to the criminal justice system. Accordingly, it will be important to ensure that diversion to pre-trial settlements draws upon cases that would otherwise have gone to court. Even then there is a danger that pre-trial diversion will attract only cases that otherwise would have been dealt with by dismissal, conditional or absolute discharge or probation (Law Reform Commission of Canada, 1975a, p. 24).

La recommandation d'autocontention portant sur les normes de sanction et sur la manière de penser la punition s'adresse au système politique aussi, mais *surtout* aux opérateurs du SDC : « Fourth, we should restrict the extent to which we make use of traditional punishments in general and of imprisonment in particular, so as to minimize suffering and expense and at the same time open the door to more creative and imaginative sentences. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31) Les procureurs doivent apprendre à s'autocontenir, les juges aussi (à tous les niveaux de la hiérarchie juridique), tout comme les avocats de la défense qui souvent acceptent aisément la réduction d'un terme d'emprisonnement sans insister sur un autre choix de punition.

Il est possible de voir que ce principe global de l'autocontention se trouve strictement attaché au second principe de la maximisation de la liberté. Il est en fait aiguillonné par ce dernier : l'effort pour ajuster notre manière de punir à une plus grande protection de la liberté [et de la sécurité] pour tout un chacun.

3.1.1.2 Le second principe : Le principe directeur de la maximisation de la liberté pour tout un chacun

Le second principe directeur à la base du nouveau cadre de pensée est celui de la maximisation de la liberté pour tout un chacun¹⁷. La liberté est l'une des valeurs fondamentales de la société canadienne (Law Reform Commission of Canada, 1976b), d'où l'importance de la protéger, y compris au moment de la détermination des peines et de la durée de l'emprisonnement, le cas échéant. La CRDC mentionne que ce ne sont pas seulement les conduites criminalisées qui posent des problèmes à l'égard de ce principe, mais aussi notre manière actuelle de réagir au crime par l'entremise du droit criminel. Elle reconnaît donc que la manière actuelle d'intervenir du système de droit criminel a aussi une part de responsabilité dans le manque de respect à la protection de la liberté. On voit donc comment ces deux principes – l'autocontention et la maximisation de la protection de la liberté se trouvent attachées l'un à l'autre : ces deux principes font référence aux opérations du droit criminel. Ils sont tous les deux des principes d'autotransformation ou d'autoréforme, plutôt que des principes de « combat du crime ». Le SDC est en train de s'auto-observer à travers ce document de travail et commence à identifier les aspects qu'il doit transformer dans sa propre façon de penser et d'agir à l'égard des conduites criminalisées. Même lorsque l'accent est placé sur ce la criminalisation des conduites, ce qui est une caractéristique de l'époque, la Commission insiste sur le fait que les valeurs

¹⁷ En anglais : « guiding principle of maximization of freedom (for everyone) » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 2)

positives du système doivent être présentes et visibles dans les « moyens » choisis pour réagir aux conduites criminelles. Dit autrement : la présence des valeurs positives dans les « finalités » seulement ne suffit pas et c'est même une des sources du problème. Les valeurs centrales (protection de la dignité humaine et de la liberté et de la sécurité pour tout un chacun) doivent être visibles dans les normes de procédure et dans la manière de choisir et déterminer les punitions¹⁸. À cet effet, la CRDC écrit ceci :

In the light of the guiding principle of maximization of freedom (for everyone) there is a loss of freedom not only through crime but through the criminal law itself and, in weighing what should be a criminal offence, this balance must be the principal deciding factor. Not all forms of wrongdoing, [...] can be made crimes. [...] Harms have to be linked to core values and in fact the criminal law should constitute an articulation of these core values and the criminal process should be a demonstration of them (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 2-3).

La Commission va visualiser alors deux « champs » du droit où la liberté doit être protégée : le champ [non distingué entre eux] des normes de conduite et le champ conjoint des normes de procédure et de sanction. Concernant le premier champ, celui des normes de conduite, la Commission rappelle qu'il a deux faces : une « positive » affirmant la liberté des individus (en prohibant les conduites qui nuisent à cette liberté) et une « négative », réduisant la liberté des individus par des incriminations. Il faut alors éviter, dans la mesure du possible, d'utiliser le droit criminel pour créer des interdictions. Ces dernières doivent être bien pensées, et le recours à la criminalisation des conduites doit être restreint. Voici les termes employés par la Commission pour exprimer cette idée :

[...] [F]reedom comes from two different directions. One is the special part of criminal law, consisting of all the different prohibitions that manifest social disapproval of the acts prohibited and aim to keep society free of them. But since all these prohibitions also restrict individual freedom, this restriction is itself kept in check by the general part of criminal law and in particular by two common law principles—the presumption of innocence and the principle of non-criminality (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 8).

Toutefois, aux yeux de la Commission, ceci est loin d'être suffisant. La protection de la liberté doit aussi être présente dans le champ des normes de procédure et de sanction.

Sur le plan des normes de procédure, l'importance du principe de la présomption d'innocence et d'autres principes du « *due process of law* » étaient déjà bien reconnus et plus protégés (comparativement à ce qui se passait sur le plan des normes de sanction), mais même par rapport à ces

¹⁸ Voir sur cette question, la thèse de Margarida Garcia (2010) : 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.

normes la Commission va élargir la portée de cette protection avec son concept de « déjudiciarisation ». En effet, à l'aide de ce concept, elle va englober les conduites qui auraient pu être amenées devant un juge, faire l'objet de condamnations et recevoir une punition (y compris une peine de prison). La protection de la liberté préconisée par la Commission va alors, même au niveau de la procédure, bien plus loin que la simple protection accordée par les principes du « *due process of law* ».

En revanche, au plan des idées et des normes de sanction, l'état de développement de la protection de la liberté et de la dignité humaine était à l'époque – et va demeurer jusqu'à aujourd'hui – très précaire. Rappelons à nouveau que la peine de mort, la peine perpétuelle et même la peine de fouet étaient encore en vigueur.

Afin de faire ressortir la contribution innovatrice de la CRDC sur les normes de sanction dans son *Working Paper 11* (« *Imprisonment and Release* »), publié une année avant l'abolition de la peine capitale en 1976, nous allons ouvrir une parenthèse pour couvrir rétrospectivement ce qui va se produire au Canada après l'abolition de cette peine. Ce regard rétrospectif sera reconstitué à l'aide d'une conférence et d'un cours donnés par Pires respectivement en 2019 et 2020¹⁹.

Dans sa conférence de 2019 à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa, Pires signale au départ de façon globale qu'il est possible de démontrer que « le système de droit criminel comprend [encore] très mal le sens de la protection des droits individuels lorsqu'il arrive le moment de penser et attribuer la peine ». Il va faire une démonstration de cela en prenant comme fil conducteur l'histoire (pénible) de l'abolition de la peine de mort au Canada et le « prix » que nous allons payer pour cette abolition en termes de rétrogradation dans la protection de la liberté au moment de la détermination des peines pour les crimes d'homicide (et, par extension, à l'égard d'autres crimes graves).

En effet, Pires souligne que l'abolition de la peine de mort au Canada en 1976 peut être racontée dans le cadre d'une version plus triomphante ou, au contraire, d'une version plus sombre et plus énigmatique. Dans la version triomphante, dit-il, on proclame la victoire des droits de la personne sur la peine de mort et le progrès de ces droits fondamentaux en matière de pénalité, tant au plan du système politique que juridique. Cette abolition est racontée comme si les droits fondamentaux étaient effectivement la « cause » ou le « moteur » de cette abolition et comme si les valeurs positives du SDC

¹⁹ Pires, A. P., « Les « peines aveuglées » et le dispositif du « seuil du désastre » : pouvons-nous penser à une autoréforme innovatrice du droit criminel ? », conférence vidéo-enregistrée, Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa, Section Droit civil, le 12 mars 2019. Le cours a été donné l'année suivante avec le titre « La pénalisation de l'homicide au Canada (1955-2020). Une étude de cas sur la puissance de certaines idées à stimuler l'infliction de la souffrance à l'autrui condamné » (CRM 4701A, automne 2020, Département de criminologie, Université d'Ottawa, reconstitution faite à partir d'un diaporama *PowerPoint* et d'une révision de l'auteur).

faisaient désormais (et sans ambiguïtés) partie du champ de la détermination des peines. Or, comment Pires va-t-il raconter la version plus sombre, énigmatique ou bien moins triomphante ?

Pires commence par rappeler que la dernière exécution au Canada a eu lieu en 1962. À partir de ce moment, toute condamnation à mort sera commuée en peine perpétuelle par le pouvoir exécutif (système politique). La peine capitale est demeurée la peine obligatoire et unique pour le meurtre, la forme la plus grave d'homicide incriminé.

Sur le plan politique, en dépit de cette suspension de l'exécution, le Parlement ne réussit pas à se convaincre d'abolir cette peine. Ceci n'est pas un fait sans importance. Quelque chose indique que la peine de mort se trouve encore dans un rapport de compatibilité avec les droits fondamentaux dans la culture politique, et ce indépendamment du fait que le Canada n'a pas encore rapatrié sa Constitution. Pires et Garcia (2007) vont analyser en profondeur un grand débat Parlementaire tenu au Canada en 1967 sur l'abolition/non abolition de la peine capitale. À lui seul, il fournit un corpus empirique de 250 pages. Dans les années 1960, le Canada n'avait pas encore une Charte des droits et libertés à proprement parler, mais il avait adhéré à la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU de 1948. Et sur le plan national, il s'est doté en 1960, par l'entremise d'une loi fédérale, d'une *Déclaration canadienne des droits*, qui adopte le style de rédaction d'une charte des droits (Pires et Garcia, 2007). Bref, il devient très difficile de présupposer que les représentants politiques n'ont jamais entendu parler de « droits fondamentaux » de nature *universelle* (s'appliquant à tout individu). En revanche, un des résultats de cette analyse, est que les « droits de la personne » constituent le point de cécité majeur dans ce débat : ils ne sont pas évoqués ni par les rétentionnistes (pour tenter de les utiliser comme « justification ») ni par les abolitionnistes (comme une raison pour abroger définitivement cette peine). Un point aveugle pour les deux positions opposées. C'est la théorie de la dissuasion, soutenant la peine perpétuelle, qui sera évoquée par les abolitionnistes. Comme disent les auteurs, « le silence sur les droits de la personne est brisé explicitement à un seul moment. Il s'agit d'un député qui dénonce une pratique dans les prisons qu'il considère comme étant une transgression au droit des détenus de communiquer avec leur avocat » (Pires et Garcia, 2007, p. 198).

Alors, même si les droits de la personne ont « été accidentellement mentionnées lors du débat » (Pires et Garcia, *ibidem*), ce thème ne s'est pas transposé dans les questions de procédure (au sens large) au champ spécifique des normes de sanction, et à la peine capitale (et perpétuelle).

Quant au système juridique, il continue passivement à condamner à mort, après le moratoire sur l'exécution de cette peine depuis 1962, en attendant une action législative du système politique. Une prise de distance du SDC à l'égard du système d'idées de la RPM n'est donc pas encore visible. Par conséquent, le SDC ne manifeste pas encore une intentionnalité claire visant à intégrer la protection

des droits fondamentaux sur le plan de la détermination des peines de mort et de prison.

Pires continue en rappelant alors qu'entre le début des années 1960 et l'abolition légale de cette peine dans la législation ordinaire en 1976, la peine de mort était convertie en peine perpétuelle obligatoire et les condamnés pouvaient demander une libération conditionnelle *après 10 ans de réclusion*. Comme nous l'avons déjà laissé entendre, la substitution de la peine de mort par une peine perpétuelle obligatoire ne montre pas non plus une préoccupation marquée envers les droits de la personne. Cependant, poursuit Pires, en ce qui concerne la protection de la liberté, tous les condamnés à un crime de meurtre, avec une ou plusieurs victimes, étaient éligibles à une demande de libération conditionnelle après dix ans. Il est évident que si le condamné continuait de représenter une menace très sérieuse et perceptible pour la vie et la sécurité d'autrui il ne serait pas libéré. Une sélection serait faite en fonction de ce critère. Or, quel a été le prix payé en termes de droits fondamentaux (protection de la liberté et de la dignité de tout un chacun) après l'abolition de la peine de mort?

Avant d'étaler ce « prix », Pires rappelle que c'est seulement en ignorant les faits entourant l'abolition de cette peine qu'il est possible d'observer une avancée des droits fondamentaux dans le champ de la pénalité. Tout d'abord, le gouvernement Trudeau obtient la majorité des sièges au Parlement (58%). Il aurait pu alors, sans difficultés majeures, abolir la peine de mort et même la peine perpétuelle. Cependant, il va choisir de laisser tous les députés libres de décider selon leur conscience. La question de la peine de mort (et de la peine perpétuelle) est donc perçue au départ comme relevant d'un *problème strictement moral* et de *politique criminelle* et non comme relevant *aussi et surtout* d'un problème relatif aux droits fondamentaux. Dans ce débat, on avait besoin de 124 voix pour abolir cette peine. On a obtenu 130 voix. Bref, l'abolition de la peine capitale, par vote libre, a été obtenue de justesse par une différence de 6 voix. Comme signe d'une avancée claire des droits fondamentaux en matière de pénalité, cet indicateur empirique est plutôt très faible.

Qui plus est, dans le projet de loi présenté pour l'abolir, on crée deux catégories de meurtre. Dans la révision du Code criminel de 1954-1955, qui était en vigueur à l'époque, il y avait seulement une catégorie de meurtre et, après 1962, tous les condamnés, répétons-le, pouvaient demander une libération conditionnelle après 10 ans. Pour obtenir cette abolition par vote libre, le meurtre au 1^{er} degré a été accompagné par une peine unique et obligatoire à la perpétuité. Cette peine unique à la perpétuité exigeait un terme minimal de 25 ans avant de pouvoir demander une libération conditionnelle. Donc, un terme de 150% plus long que la situation qui avait été en vigueur depuis 1962. La loi prévoyait néanmoins la possibilité d'une demande de révision judiciaire de ce terme de 25 ans après 15 ans. Comme le rappelle Pires avec une note d'ironie, l'avancée des droits de la personne a été tellement profonde en matière de pénalité que cette possibilité sera abrogée en 2009.

Quant au meurtre au 2^e degré, le statut quo a été conservé. Il a été accompagné d'une peine unique et obligatoire à la perpétuité et exigeait une durée minimale de 10 ans d'emprisonnement avant que le condamné puisse demander une libération conditionnelle. Pires rappelle encore qu'en 1987, il y a eu une nouvelle tentative au Parlement pour rétablir la peine de mort. Même si cette tentative va échouer, ceci suggère, selon Pires, que les représentants politiques n'avaient pas encore tout à fait modifier leur façon de voir les droits fondamentaux en matière de pénalité. Et il ajoute un autre indicateur de cette difficulté : l'abolition de la peine de mort au Canada dans la législation militaire ne sera réalisée qu'à la fin du 20^e siècle (en 1998).

Et que va-t-il arriver au 21^e siècle? Pires rappelle que tout de suite après l'abolition en 2009 du droit à la révision judiciaire après 15 ans, le système politique introduit une nouvelle loi *autorisant* le système de droit à cumuler successivement le terme minimal de 25 ans en fonction du nombre de victimes du meurtre au 1^{er} degré et cumuler aussi successivement le terme minimal de 10 ans pour le meurtre au 2^e degré. Pires insiste sur le fait que les opérateurs du droit (procureurs, juges et avocats), n'étaient même pas *obligés* légalement de le faire. En cas d'avancement d'une « réelle conscience juridique » en matière de droits de la personne concernant la pénalité, cette modification législative du système politique serait restée « lettre morte ». Mais ce ne sera pas le cas. En 2013, d'après les données consultées par Pires, les tribunaux vont attribuer *volontairement* le premier terme minimal *judiciaire* d'emprisonnement de 40 ans avant de pouvoir solliciter une libération conditionnelle. Et il s'agit ici d'une *proposition conjointe* de la poursuite *et de la défense*. Le juge n'a eu que la tâche de l'accorder. De toute évidence, les défenseurs ne semblent pas beaucoup plus conscients que les autres opérateurs, ce qui laisse voir l'importance de ce point de cécité. Pires rappelle aussi qu'en 2014, un terme minimal de 75 ans sans possibilité de demander une libération conditionnelle a été demandé et accordé par le juge : le meurtre commis avait causé la mort de trois policiers (l'affaire Bourque). Voici, encore selon Pires, le résultat surprenant du passage de la peine (corporelle) de mort à la peine (quantitative) d'emprisonnement. Dans le cas de la peine de mort obligatoire, un événement de meurtre impliquant plus qu'une victime donnait lieu, évidemment, à une seule peine et à une seule exécution. Et, comme l'a écrit Pires,

[c]ette peine était le « tarif global du meurtre » *pour toutes les victimes*; avec la substitution de la mort par la *durée* de l'emprisonnement, chaque victime doit recevoir, dans cette modification législative, une parcelle égale de la souffrance à être infligée au coupable. Alors, si la parcelle temporelle est fixée à 25 ans ou à 10 ans, le calcul et la logique de la détermination de la peine est presque automatique : il s'agit d'additionner *consécutivement* (et non de façon concurrentielle) la portion de temps établie en fonction du nombre de victimes. Ce calcul est observé comme étant « rationnel » depuis que Hobbes a considéré dans le Léviathan que tout calcul arithmétique était rationnel. Néanmoins, sans mettre en question ce genre de rationalité,

les questions troublantes sont plutôt les suivantes : cette manière de raisonner, était-elle juridique? Et, si la réponse est « oui », tient-elle en ligne de compte le droit fondamental de protection universelle de la liberté? Ce raisonnement respecte-t-il le principe d'individualisation des peines? Et si vous considérez, comme le fait Edgardo Rotman (1986), que la réhabilitation relève d'un droit constitutionnel ou, sans aller aussi loin, qu'elle ne peut pas quand même être réduite à des miettes, est-ce que ce raisonnement quantitatif tient encore la route? (Pires, 2020b)

Pires rappelle que dans l'affaire Bissonnette²⁰, le juge du procès avait déjà identifié 24 dossiers entre 2013 et 2019 où les tribunaux (incluant toujours les procureurs et la défense) avaient créés des termes minimaux dépassant les 25 ans pour le meurtre au 1^{er} degré et les 10 ans pour le meurtre au 2^e degré. Il ajoute à cela la décision du tribunal de première instance dans l'affaire Bissonnette, où le juge a dû faire un effort pour rester avec un terme minimal de 40 ans : 25 dossiers jusqu'au moment de son exposé²¹.

Nous pouvons maintenant fermer cette longue parenthèse. Grâce à cette analyse rétrospective, il est possible maintenant de dégager avec plus de force le caractère innovateur des propositions et analyses faites par la commission dans le *Working Paper 11*. Une involution de cet ordre et de cette portée dans la place des droits fondamentaux en matière de détermination de la peine n'était pas envisageable dans les années 1960 et 1970 (Pires, 2013).

Notons que la Commission, dans ce *Working Paper 11*, va identifier rapidement de nombreux dispositifs légaux qui vont à l'encontre du principe directeur de la maximisation de la protection de la liberté : les peines d'emprisonnement minimales obligatoires, le seuil maximal indéterminé de la durée des peines (particulièrement lorsqu'on les cumule consécutivement), la survivance de la peine perpétuelle d'emprisonnement, la peine de mort (encore en vigueur), etc.

Lorsque la CRDC dit que « [...] our criminal law aims at freedom » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 8), elle évoque moins un état de fait cohérent et pacifique qu'un paradoxe : d'un côté, il est vrai qu'il est possible de dire qu'« our criminal law aims at freedom » mais, de l'autre côté, elle montre aussi que notre droit criminel méprise encore la protection de la liberté des condamnés en matière de pénalité, et nous devons accepter cette contradiction. Là se trouve le problème de la Commission dans ce document, d'où sa volonté de réformer le SDC moderne.

Dans le principe de la maximisation de la liberté pour tous, la liberté du condamné est

²⁰ Le 29 janvier 2017, Alexandre Bissonnette s'est rendu à la grande mosquée de Québec et y a tué six personnes et en a blessé plusieurs autres avec son arme à feu au moment de la prière. Il a été accusé et déclaré coupable de six chefs de meurtre au premier degré et de six chefs de tentative de meurtre.

²¹ Une analyse en profondeur de ces dossiers est en train d'être réalisée au Laboratoire de la CRC en traditions juridiques et rationalité pénale (Université d'Ottawa) avec la collaboration d'autres collègues et d'une doctorante (Coline Moreau).

effectivement l'élément manquant qui doit être pris en compte lors de la détermination de la peine. On doit pouvoir trouver une manière de protéger cette liberté sans pour autant mettre en cause la sécurité de tout un chacun. C'est ici que réside le défi. La prison est là pour rester, mais la façon de l'utiliser doit s'autotransformer. Au moment de la détermination de la peine, entre alors en jeu une question d'« équilibre », mais non un équilibre entre le mal du crime et la souffrance à infliger au coupable. L'équilibre à rechercher se trouve plutôt ailleurs, entre deux principes clairement juridiques (par opposition à politiques) : le principe de la maximisation de la liberté pour tous et celui de la protection de la sécurité (aussi pour tout le monde) dans le cas où il y a « une menace très sérieuse pour la vie et la sécurité personnelle d'autrui » (Commission de réforme du droit du Canada, 1975b, p. 14).

Cette notion de « balance » demeure toutefois assez problématique parce que sa valeur innovatrice va dépendre des deux points opposés d'équilibre. La Commission attire explicitement l'attention sur les risques dans l'usage de cette notion d'équilibre en matière de détermination des peines *du point de vue d'une réforme innovatrice*. Hélas, ce passage de la Commission se trouve seulement dans la version anglaise du *Working Paper 11* et la réponse de la Commission à la question qu'elle pose est trop courte, si l'on tient compte de la profondeur intellectuelle de ce problème en matière de peines. Ce passage se trouve immédiatement après la phrase où elle recommande l'abolition de la peine :

We recommend, therefore, the abolition of life sentences of imprisonment. The circumstances of an offence may lead us to ask why give hope to the offender when he gave no consideration to the victim. The reply must surely be why take our measure of response from the criminal? (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 22; notre souligné)²²

D'un côté, la métaphore de l'équilibre pourrait être représentée par un mouvement hydraulique mettant en opposition la liberté du coupable et le mal (moral et factuel) qu'il a fait au reste de la communauté. Dans cette logique, si l'on se préoccupe des droits des victimes et qu'on décide de les augmenter, par un mouvement mécanique, les droits du coupable – *et surtout le principe de la maximisation de la liberté pour tout un chacun* – tomberont automatiquement et en conséquence dans un angle mort de notre vision. Ce que nous allons voir, c'est une « compétition » entre, d'une part, les

²² Nous remarquons dans la version française, que les phrases après la recommandation de l'abolition de la peine de mort (première phrase) sont absentes. Le passage en anglais peut être traduit comme suit : « Nous proposons donc l'abolition des peines d'emprisonnement à perpétuité. Les circonstances d'un délit peuvent nous amener à nous demander pourquoi donner de l'espoir au délinquant alors qu'il n'a accordé aucune considération à la victime. La réponse doit certainement être : pourquoi prendre notre mesure de la réponse à partir du criminel? » (Commission de réforme du droit du Canada, 1975b, p. 24)

droits de la victime et de la communauté et, d'autre part, un coupable qui ne mérite pas ses droits. Le résultat est prévisible : les droits de la victime et de la communauté (et leur défense) seront opérationnalisés par opposition au principe de la protection maximale de la liberté pour tout le monde dans la mesure du possible. Or, ce principe est une *valeur positive de tout le monde, de la société*. Ce type d'équilibre fait alors obstruction à la créativité en matière de détermination des peines.

Dans l'esprit de ce document de travail de la Commission, l'« équilibre », si on peut encore parler ainsi, doit être plutôt construit entre ce principe directeur de la maximisation de la liberté pour tous et une peine qui soit en mesure à la fois de responsabiliser le coupable pour ce qu'il a fait (s'il n'a pas encore assumé ses responsabilités de façon satisfaisante dans la mesure du possible) tout en veillant à protéger tous les autres citoyens à l'égard d'une menace très sérieuse pour leur vie et leur sécurité personnelle.

3.1.1.3 Opérations d'application des deux principes chez la Commission de réforme du droit du Canada

Ces deux principes à la base du nouveau cadre de pensée permettent d'orienter de manière innovatrice la réponse à la question phare que s'est posée la CRDC : « How should we treat those who offend against us? » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 1). Ces principes pousseraient ainsi tous les opérateurs du droit à se demander : Comment punir un individu sans l'envoyer sans nécessité réelle en prison et, le cas échéant, d'une durée la plus courte possible? À travers ces deux principes complémentaires, nous voyons que la CRDC souhaite faire comprendre que les valeurs du SDC moderne doivent être présentes et reflétées dans toute opération de ce système et ce, même lorsqu'il punit.

Ainsi, la Commission cherche globalement à sortir de l'idée que, pour punir, il faut volontairement chercher à infliger une souffrance au coupable. Elle ajoute également l'idée selon laquelle le droit criminel doit laisser voir la présence de ses valeurs positives dans les moyens qu'il adopte pour punir, dans sa forme de punition. En d'autres mots, les moyens (sanctions) doivent laisser transparaître les valeurs positives du système. Par exemple, si le droit criminel veut faire respecter la valeur « vie » (finalité ultime), le moyen utilisé ne doit être ni peine de mort, ni peine perpétuelle, ni peines consécutives ou longues d'emprisonnement, si la dangerosité du coupable à l'égard de la sécurité personnelle des autres n'est pas en jeu. Le droit criminel devrait, en recourant à la sanction, « incarner » ces valeurs positives dans toutes ses actions.

Il est sans doute possible de déplorer le fait que la Commission n'ait pas réitéré ni développé suffisamment ces deux principes à la base du nouveau cadre de pensée. Cependant, il faut aussi reconnaître les énormes difficultés pour le faire au moment où elle a commencé ses travaux. En plus

de faire face encore à un droit criminel sans charte de droits fondamentaux et acceptant sans difficultés la peine capitale et la peine perpétuelle, il faut tenir compte de l'état de développement des connaissances concernant une réforme innovatrice du droit et les difficultés pour les faire valoir; sans compter le fait qu'un mouvement de contre-réforme (innovatrice) commençait déjà à s'amorcer dans les milieux intellectuels.

On peut se rendre compte de ces difficultés rencontrées par la Commission dans les raisons qu'elle présente pour soutenir l'abolition de la peine capitale. Elle ne réitère ici ses principes fondamentaux. En effet, elle se limite à reprendre de vieux arguments en faveur de l'abolition, déjà présents au 19^e siècle (Mereu, dans Pires, 2012) :

[...] However important the debate may be for the moral tone of this nation, the sanction is of minor importance as a solution to problems of crime. Neither can this sanction be compared with others such as imprisonment since it is final and irrevocable, without hope and future and therefore not subject to policy considerations and objectives after imposition (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 3).

La CRDC mentionne que la peine de mort est une mesure finale et irrévocable, sans espoir et sans laisser la possibilité d'un « avenir » juridiquement reconstitué au coupable. Elle dénonce alors le retrait total et ultime de la liberté du condamné. Il est possible de voir que cette sanction ne porte pas en elle-même les valeurs positives du droit criminel. Mais l'argument qui remet en question l'efficacité de cette sanction dévie aussi l'attention du problème principal. Dénoncer l'incapacité de cette peine à régler les problèmes de la criminalité n'est en fait qu'un argument de surface. Il doit peut-être être mentionné, parce que cette illusion est persistante, mais on doit être prudent afin de s'assurer que le débat ne prenne pas cette voie.

Une situation semblable se produit lorsque la Commission discute de la valeur et des problèmes des peines minimales d'emprisonnement :

While there are no available objective measurements on the effectiveness of such sanctions, experience does not show that they have any obvious special deterrent or educative effect. Generally, the reported research does not show that harsh sanctions are more effective than less severe sanctions in preventing crime. Other problems arise in denying judges discretion to select the appropriate sanction or the length of a prison term in individual cases. For one thing circumstances vary so greatly from case to case that an arbitrary minimum may be seen as excessive denunciation or an excessively long period of separation in the light of the risk and all the circumstances. Indeed, not every case falling within a given offence will require imprisonment for the purposes of isolation. Similar criticisms could be made of a sentencing provision that denies judges the power to choose between a custodial and a non-custodial sentence (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 24).

Comme on l'a mentionné précédemment, et comme la CRDC le mentionne ici, le pouvoir

discrétionnaire du juge est primordial lors de la détermination de la peine. Cette nécessité se rapporte en réalité aux deux principes à la base du nouveau cadre de pensée. Le juge, avec la collaboration de la poursuite et de la défense à ce moment, sont ceux qui peuvent travailler sur la décision sentencielle en prenant en ligne de compte la singularité de chaque cas (individualisation de la peine). Soit une sanction qui limitera au maximum la perte de liberté de l'individu, tout en permettant une réparation et une protection physique adéquate des membres de la communauté.

En somme, la CRDC cherche dans ce document à répondre à la question « [h]ow should we treat those who offend against us? » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 1) d'une manière innovatrice, sans avoir à recommander l'abolition intégrale du droit criminel ou de la peine de prison. On peut ainsi dire que la Commission amorce les bases d'une nouvelle théorie de l'intervention du droit criminel concernant surtout, mais non exclusivement, sa manière de punir.

3.1.2 Une perspective autocritique non abolitionniste sur la prison

3.1.2.1 Remarques générales

À l'époque où la Commission rédige son *Working Paper 11*, un débat est en cours dans les sciences sociales sur l'avenir à donner à diverses institutions sociales. Nous sommes dans la période du « *Modernity blues* » (expression de Walter Moser, citée par Pires, 2020a)²³. En effet, les années 1960 et 1970 seront marquées en sciences sociales par une autocritique accrue du savoir et une critique des institutions identifiées au pouvoir de l'État. Critique de l'école, critique de l'hôpital psychiatrique et de la médecine, critique de l'Église et de la théologie traditionnelle, critique du complexe militaro-industriel et critique de la famille (Pires, 2020a). Selon Pires, il est possible de voir l'ouvrage (d'après-guerre) de Horkheimer et Adorno, *Dialectique de l'illuminisme* (1947, dans Pires, 2020a)²⁴, comme étant à la base de ces développements. Dans ce travail, les auteurs posent le diagnostic d'une « alliance » dans les rapports entre le savoir et le pouvoir. Horkheimer et Adorno commencent alors à diagnostiquer les problèmes de la société moderne comme étant localisés dans les « bons savoirs », c'est-à-dire dans les savoirs que les institutions tiennent pour « bons » et « valables », et non dans les mauvais savoirs, ceux qui se trouvent déjà identifiés comme devant être abandonnés ou comme étant erronés. La tâche des intellectuels devient alors celle de « décortiquer l'autodestruction de la raison » (Pires, 2020a).

²³ Pires, A. P. (2020), « Éléments pour reconstruire le travail méthodologique en sciences sociales », Allocution d'ouverture vidéo-enregistrée pour le Colloque de l'Association pour la recherche qualitative (ARQ), le 3 décembre 2020. Le restant de ce paragraphe et le suivant sont tirés de cette allocution.

²⁴ Pires signale dans son allocution que ce livre a reçu en français le titre modifié de « Dialectique de la raison ».

Pires nous rappelle que dans les communications du système social de la religion, c'est à ce moment qu'on voit émerger parallèlement la théologie de l'espérance (J. Moltmann), la théologie de la révolution (K. Barth), la théologie de la libération en Amérique latine (G. Gutiérrez) et la théologie de la libération noire développée par les théologiens et universitaires afro-américains aux États-Unis (Cleage, Cone, Luther King, Jr., etc.) ; dans le champ de l'éducation, nous avons l'émergence du projet d'éducation alternative de Summerhill (A.S. Neil), le projet d'éducation comme pratique pour la liberté (P. Freire) et la proposition de « *Deschooling Society* » (I. Illich), ces deux derniers aussi en Amérique latine ; dans le système médical, nous retrouvons le mouvement d'antipsychiatrie (Basaglia, Cooper, Laing, Szasz, Foucault); dans les sciences sociales, nous aurons l'école de Frankfurt, la deuxième école de Chicago, le néo-marxisme, le féminisme, la sociologie et la criminologie radicales, l'analyse institutionnelle, etc. Dans le système juridique en général, nous aurons le mouvement « *Alternative uses of law* », le « *Critical legal studies* », le « *Radical lawyers* », le mouvement « *Access to law* » et, en France, le « Syndicat de la magistrature ».

C'est dans la foulée de toutes ces critiques que va émerger, dans le champ du sous-système spécifique du droit criminel, le mouvement et les associations pour le « Droit des détenus », les mouvements pour l'abolition des prisons et la perspective qui va proposer l'abolition globale du système de droit criminel et son remplacement par d'autres formes de résolution du conflit, plus humaines et moins stigmatisantes (Pires, 2020). Rappelons, pour compléter le survol rapide de ce contexte, que le débat en criminologie et en droit criminel va s'intensifier encore avec la publication du livre marquant de Michel Foucault, *Surveiller et punir*, au cours des premières années d'activité de la CRDC (1975).

Selon Pires²⁵, et pour des raisons encore insuffisamment éclaircies, on va observer, y compris dans la criminologie qui s'auto-identifie comme étant *critique*, voire *marxiste*, un curieux glissement de sens dans les discours : on va passer de la critique *globale* de la prison et de la *pratique* de l'emprisonnement dans le droit à une critique de la *finalité de réhabilitation en prison*. Les problèmes de l'usage de la prison seront attribués aux problèmes de la théorie de la réhabilitation carcérale et au « positivisme juridique ». On perd de vue le rôle légitimant de la prison qui prend ses appuis dans la finalité de dissuasion, dans la finalité de rétribution proportionnelle à la souffrance et dans la finalité de dénonciation (qui se confond alors avec « répression ») : pour dénoncer avec énergie, il faut réprimer avec énergie. Dans le diagnostic dressé par Pires, la criminologie critique va alors contribuer

²⁵ Nous nous référons ici aux diaporamas *PowerPoint* d'un cours sur la théorie de la rationalité pénale moderne donnée à l'hiver 2017, CRM4701A, Département de Criminologie, Université d'Ottawa, Ottawa.

à un retour en force des théories de la peine de la deuxième moitié du 18^e siècle, soit à un retour en force à la rétribution, à la théorie de la dissuasion générale et à la théorie de la dénonciation (détachée des deux dernières)²⁶. Ces remarques sur le glissement de sens entre critique de la prison et critique de la réhabilitation seront aussi très importantes pour nous dans la section d'analyse suivante où la position de la CRDC par rapport à la réhabilitation sera commentée.

Or, dans le contexte de l'ensemble de ces critiques, souvent allant dans toutes les directions, la CRDC va « creuser » une voie que nous croyons pouvoir qualifier d'originale. D'un côté, la Commission ne va pas proposer l'abolition de la prison comme organisation. La raison est simple : elle ne voit pas comment cela pourrait être réalisé et, force est de reconnaître, que les mouvements abolitionnistes n'ont pas montré de façon entièrement convaincante non plus comment cette proposition pourrait se réaliser par rapport à certains individus adoptant des conduites très violentes susceptibles de répétition. D'un autre côté, comme nous le verrons bientôt, elle va prendre une position clairement *autocritique* par rapport à l'usage que le système politique *et* le système de droit criminel (ses opérateurs) fait de l'usage de la prison. Sa position autocritique semble aller dans la même direction que Pires (2013, p. 290-292) attribue à Michel Foucault et à la juriste et criminologue belge Françoise Tulkens : vers une refondation du « droit de punir » par la construction d'une nouvelle rationalité globale d'intervention et d'usage de la peine de prison. Bref, la Commission confirme le caractère incontournable de la prison, mais aussi le caractère transformable de notre « logique » ou de notre « rationalité » dans le recours et usage de la prison. Cette position a été tellement originale et difficile à soutenir à ce moment, que la propre Commission, lorsque ses membres ne seront plus les mêmes, ne va pas réussir à garder cette route innovatrice et va faire marche arrière (Lalande, 1990).

La Commission va alors retenir le constat selon lequel la prison produit des conséquences négatives importantes pour les condamnés, pour les valeurs positives du SDC et pour la société dans son ensemble. Alors, elle donne une force et une signification inusuelles (dans les autres discours) à l'énoncé suivant : « The major punishment *of last resort* is prison. This is today the ultimate weapon of the criminal law. As such *it must be* used sparingly. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 24; notre souligné). Si cet outil *doit être* utilisé avec la plus stricte parcimonie, c'est parce qu'il *ne l'est pas encore*. Et il continuera à ne pas l'être : il sera même de plus en plus utilisé abusivement dans les cas des crimes graves.

Entre autres choses, la CRDC va proposer de mettre fin à l'usage banalisé et généralisé de la

²⁶ Voir à ce sujet la thèse doctorale de Sébastien Lachambre (2011).

peine de prison dans la législation en abolissant l'autorisation légale pour utiliser cette peine à l'égard d'infractions mineures établies *en dehors du Code criminel*. Seules les infractions qui figurent dans le Code criminel seraient autorisées à recourir à cette peine. Cela permettrait un plus grand contrôle institutionnel dans le recours à cet outil à travers des tribunaux spécialisés et bien informés. Malheureusement, la Commission emploie encore la vieille distinction crimes réels/crimes artificiels (ou « *Mickey Mouse Crimes* ») pour présenter cette proposition. À cet effet, la CRDC écrit ceci : « In addition **we recommend** that the distinction be further signaled by generally restricting the stigma of imprisonment to real crimes. **We therefore recommend** that *the Criminal Code should make it clear that no offence outside the Code may be punished by imprisonment.* » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 36; le souligné de l'auteur).

Cette recommandation s'adresse évidemment au système politique pour qu'il veille à faire les modifications nécessaires dans la législation. À coup sûr, rien n'empêcherait les tribunaux d'éviter eux-mêmes l'usage de cette peine lorsque l'accusation ne fait pas référence au Code criminel, mais cela exigerait une « révolution » dans la mentalité collective des opérateurs du droit. Les opérateurs pourraient ajuster leurs activités de détermination de la peine afin de ne pas imposer de peines d'emprisonnement pour des infractions réglementaires prévues sans contrôle des tribunaux criminels. Cette proposition est donc polycontextuelle : d'une même idée, le politique peut ressortir les aspects politiques pertinents et le système juridique, les éléments juridiques, chaque système appliquant l'idée dans son champ d'action propre. La peine d'emprisonnement ne peut donc pas être imposée pour des infractions réglementaires, sauf si (1) cette offense peut être convertie pour des raisons particulières dans une offense prévue dans le Code criminel ou (2) quand le coupable, par défaut volontaire, refuse toute autre forme de pénalité :

Where a regulatory offence is committed with such deliberate intent as to make the act a "real" crime and warrant imprisonment—wilful non-compliance with certain income tax provisions, for example, could amount to fraud and merit jail—prosecution should be brought for the relevant Code crime. And where a person convicted of a regulatory offence refuses to comply with the sentence or order of the court, this intentional defiance should, as we suggested in Working Paper 6, Fines, constitute a new offence punishable on summary conviction by imprisonment* (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 36; le souligné de l'auteur).

Dans ce passage, la Commission fait référence au critère de *wilful default* (omission volontaire de la part du coupable de se soumettre à sa peine). Comme nous le verrons plus loin, ce critère fera partie des trois raisons valables pour utiliser l'emprisonnement.

3.1.2.2 La distinction raisons pour emprisonner/finalités de la peine

À notre connaissance, c'est la première fois que nous voyons apparaître dans un texte publié officiellement par une commission de réforme du droit la distinction clé entre les finalités de la peine (en général) et les raisons pour recourir à la peine de prison. Le but de cette distinction est évident : comme toutes les finalités de la peine stimulent et donnent un libre accès à la peine de prison, la distinction vise à amener les opérateurs du droit à « voir venir » cette peine et à autocontrôler l'usage facile qu'ils auraient autrement tendance à faire de cet « outil ».

Comme nous le savons, l'emprisonnement se laisse aisément légitimer dans tout le Code criminel justement à l'aide des finalités de la peine. Alors, surtout dans une période de transition d'une rationalité pénale vers une autre, cette distinction s'avère fondamentale du point de vue de l'imagination juridique et de la créativité. Par exemple, elle fait obstruction à une passerelle facile entre la gravité du crime et la souffrance proportionnelle à imposer en amenant les autorités à réfléchir sur la pertinence de la prison comme telle. Elle fait aussi obstruction à la passerelle tout aussi facile, voire illusoire, entre la finalité de dissuasion générale et l'usage exacerbé de la prison (tant en ce qui concerne le nombre de cas que par rapport à la longueur de la peine). Les opérateurs du système cèdent souvent à l'illusion intellectuelle selon laquelle ils seraient capables de « contrôler » le taux de criminalité et les systèmes psychiques complexes des individus en augmentant tout bonnement la sévérité des peines. Avec l'aide d'autres réflexions, cette distinction ferait aussi obstruction au passage facile entre la volonté de dénoncer une conduite criminelle grave et la peine de prison. Pour illustrer ce point très important, prenons simplement comme élément de démonstration l'article 718.01 du Code criminel canadien, lequel fait référence aux infractions à l'égard des personnes âgées de moins de dix-huit ans. Cet article se trouve dans la section du Code consacrée aux objectifs et aux principes de la détermination des peines : « 718.01 Le tribunal qui impose une peine pour une infraction qui constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans accorde une attention particulière aux objectifs de dénonciation et de dissuasion d'un tel comportement. »²⁷

Le lecteur aura sans doute remarqué que ce dispositif ne fait pas référence explicite à l'emprisonnement. Il ne dit pas que la poursuite et le juge doivent « penser à la prison ». C'est que le législateur (et les juristes au service du gouvernement qui ont rédigé ce dispositif et autres du même genre) ne juge pas cela nécessaire. Cela devient superflu : certaines finalités « conduisent » et « orientent » les autorités vers la peine de prison une fois que la « gravité » peut être observée d'une

²⁷ « Art. 718.01. Objectif — infraction perpétrée à l'égard des enfants » Partie XXIII du Code criminel (L.R.C. (1985), ch. C-46) Disponible : <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/page-189.html#h-127534> Consulté le 11 août 2021.

quelconque façon. Tous les opérateurs du système juridique vont bien comprendre ce message. Ils vont comprendre que la finalité qui consiste à favoriser la réinsertion sociale des contrevenants sans recourir à la prison (art. 718, d) n'est pas un bon choix (dans la perspective du système politique) ; que la finalité d'assurer la réparation des torts causés *aux victimes et à la communauté* (art. 718, e) n'est pas non plus également importante et autosuffisante dans ces cas ; que la finalité de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les personnes coupables qui ne sont pas déjà arrivées à le faire (art. 718, f) ne doit pas non plus exclure le recours à la prison.

Quand la CRDC (Law Reform Commission of Canada, 1975b) distingue les finalités de la peine et les raisons pour recourir à la prison, elle offre aux opérateurs du droit une autre façon de comprendre cet article, plus ajustée aux valeurs juridiques positives du SDC et aux droits fondamentaux. Ils peuvent séparer les objectifs de dénonciation et de dissuasion de l'usage de la prison. Comme toute sanction répond aussi à ces finalités, ils peuvent respecter l'article et éviter la peine de prison si celle-ci ne répond pas à une des *trois raisons pour emprisonner*. Bien sûr, le système politique pourrait modifier à nouveau cet article pour rendre explicite la prison. Par exemple : l'opérateur doit « accorder une attention particulière à la prison ». Cependant, cela ne neutralise pas du tout la recommandation de la CRDC, car la Commission demande aussi aux autorités de porter une attention particulière à l'emprisonnement *afin de ne pas l'utiliser de façon à nuire aux valeurs juridiques fondamentales*. Si les trois raisons ne sont pas présentes dans le cas en espèce, la prison n'est pas la solution adéquate. On reconnaît ici le principe de l'autocontention en conjonction avec le principe directeur de maximisation de la protection de la liberté pour tout un chacun.

À cet effet, la CRDC considère que : « Where a prison sentence is imposed, the court should explicitly state and record the [1] purpose of the sentence and [2] *the reasons for the sentence* » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 27; notre souligné). L'objectif de cette distinction entre finalités/raisons vise à aider les tribunaux à autosurveiller le passage entre une sentence carcérale et non-carcérale et à autosurveiller également la durée de la peine de prison, le cas échéant. C'est le système juridique (et non le système politique) qui doit décider de la peine à donner et de sa quantité.

Par cette distinction qu'effectue la Commission, ce ne sont pas les finalités de la peine qui autorisent l'imposition d'une peine de prison, mais bien les conditions remplies par le coupable et visibles dans la situation problème *au moment de déterminer la peine* (par opposition au moment où le crime a été commis).

Qu'arrive-t-il maintenant avec la finalité de réhabilitation? Tout d'abord, insistons sur le fait que la distinction entre finalités de la peine/raisons pour emprisonner s'applique également à la finalité de réhabilitation. Alors, cette distinction fait *aussi* obstruction à la théorie de la réhabilitation de la

première modernité (1800-1950) qui valorisait l'enfermement comme lieu privilégié pour réhabiliter. Mais en faisant cela, la CRDC n'est pas en train de dire que l'emprisonnement doit « oublier » la finalité de réhabilitation. En dépit des ambivalences et des imprécisions de la CRDC à l'égard de la finalité de réhabilitation après la révision de cette finalité qui a été faite par le Comité Ouimet (1969), cette finalité est retenue pour accomplir trois prestations. La première consiste à aider les autorités, prises avec d'anciennes habitudes, à *dissocier* la finalité de réhabiliter de la décision d'envoyer en prison (tout court ou pour réhabiliter). Le meilleur lieu pour réhabiliter – et *aussi* pour ne pas nuire à la réhabilitation – se trouve en évitant une peine de prison. La deuxième tâche de cette finalité consiste à rappeler aux autorités que l'organisation pénitentiaire *sans la finalité de veiller pour la réhabilitation* devient une institution hautement répressive mettant en cause les valeurs juridiques positives. Si les raisons pour emprisonner sont présentes dans le cas concret, cette finalité (renouvelée dans son contenu) doit se trouver dans l'organisation pénitentiaire. Enfin, la troisième prestation est dirigée vers l'autocontention dans la durée de l'emprisonnement. Il s'agit d'aider les autorités à prendre conscience que la mutilation de la vie sociale du coupable par une peine très longue justifiée exclusivement par les finalités globales de la peine (et non par *une* des trois raisons qu'elle va indiquer) sont aussi contraires aux valeurs juridiques positives que le système de droit a la fonction de préserver et de garantir.

Bref, ni la rétribution, ni la dissuasion, ni la réhabilitation carcérale de la première modernité, et ni même la neutralisation dans le sens large donné à cette finalité ne peuvent être des raisons juridiquement valables pour imposer une sentence carcérale pour la CRDC.

Plus loin, nous ferons une remarque spécifique à l'égard de la finalité de dénonciation telle qu'elle a été conçue (et acceptée) par la Commission. Enfin, insistons aussi sur le fait que la finalité de dissuasion ne justifie pas non plus l'imposition de l'emprisonnement pour la CRDC. En plus de la critique fondamentale à cette finalité en raison des entorses qu'elle suscite à l'égard de l'expression non ambiguë des valeurs juridiques positives, la Commission remet aussi fortement en question son efficacité au plan de ses objectifs externes : contrôler les systèmes psychiques et le taux de criminalité, et ce particulièrement à l'égard des crimes les plus graves. Voici un énoncé qui caractérise bien sa position: « Generally, it is difficult to show that prisons rehabilitate offenders or are more effective as a general deterrent than other sanctions. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 11)

La peine de prison est donc construite comme un moyen de dernier recours par la CRDC. Plus encore, elle est présentée comme une sanction qui n'est pas automatiquement « disponible ». Les deux principes à la base du nouveau cadre de pensée sont bien présents : autocontention à l'égard de l'exercice du pouvoir de réprimer et maximisation de la protection de la liberté pour tout un chacun.

C'est dans ce cadre spécifique que l'on doit comprendre l'énoncé qui suit : « The court should resort to imprisonment only if it is certain that a less severe sanction cannot achieve the objective set out by the legislator. » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 26)

Rappelons donc, en terminant que la prison n'est donc pas conçue comme une solution à toute situation-problème, mais bien comme un moyen pour gérer ces trois situations. Examinons maintenant chacune de ces raisons.

3.1.2.2.1 La séparation pour des raisons sécuritaires

Le *Working Paper 11* évite catégoriquement les deux termes courants en langue anglaise, « *incapacitation* » et « *neutralization* ». La CRDC opte pour plutôt pour le terme « *separation* ». Quant à la version française, elle conserve le terme « *neutralisation* », qui est souvent utilisé, et qui soulève plusieurs difficultés sémantiques en criminologie et en droit criminel²⁸. En attente d'un meilleur éclairage sur la sémantique de ces termes et celui qui convient d'employer, nous allons adopter le terme « *séparation* » utilisé dans la version en anglais pour les raisons suivantes. La première est que le terme *neutralisation* a été souvent associé au « modèle médical » en criminologie et aux législations visant à combattre toute forme de récidivisme. Or, ce n'est pas du tout le cas de figure ici. Deuxièmement, on voit qu'au moins dans la version anglaise la Commission a, elle-même, tenté de produire une dissociation sémantique avec les usages précédents. En troisième lieu, le terme *neutralisation* a été aussi employé pour se référer à des sanctions non-carcérales comme celles interdisant l'exercice d'une profession ou d'un métier, celle interdisant l'accès à un territoire ou espace physique quelconque, etc. Or, nous sommes très loin de tous ces sens donnés à ce terme. Enfin, le terme « *séparation* » suggère une forme particulière de restriction de la liberté qui consiste à incarcérer une personne soit dans une organisation étatique ou autorisée par l'État soit dans sa propre résidence.

La première raison valable pour utiliser la prison est alors celle où un individu poserait et continuerait à poser un danger immédiat pour la vie et pour la sécurité personnelle d'autrui : « [T]o protect society by separating offenders who are a serious threat to the lives and personal security of members of the community » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 26). La Commission ne parle pas ici de risque de récidive, mais de *menace très sérieuse* à la sécurité personnelle. On se rend

²⁸ Cette théorie (ou finalité?) de neutralisation est présentement à l'étude dans le Laboratoire de la CRC en traditions juridiques et rationalité pénale dans le cadre de la thèse de doctorat en cours de Coline Moreau, sous la cosupervision d'Alvaro Pires et Dan Kaminski. Voir aussi sur le sujet le texte de Dubé et Ferron Ouellet (2020), « La théorie de la neutralisation de la rationalité pénale moderne : une théorie du désistement? », dans Côté-Lussier, C., Mofette, D. et Piché, J. (dir.) *Enjeux criminologiques contemporains: Au-delà de l'insécurité et de l'exclusion*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, p. 17-39).

compte que même le terme « dangerosité » est évité en raison probablement de l'extension donnée à ce mot par l'école positive italienne à la fin du 19^e siècle et par certains auteurs s'auto-identifiant au courant pénologique de la « défense sociale ».

Que le coupable soit à risque ou non de récidive, sans rapport avec des conduites physiquement violentes, n'est pas présenté comme étant une raison suffisante. Lorsque la Commission parle de danger, elle semble entendre spécifiquement le danger à la vie des autres ou à leur sécurité personnelle. En ce qui concerne le juge du procès, ce danger à l'intégrité physique des individus se réfère à l'état de la situation au moment de la détermination de la peine. Ainsi, si au moment de déterminer la peine, il n'y a plus de raisons fortes pour estimer que la personne puisse constituer une menace pour les autres, ce critère ne s'appliquerait pas. Il peut, bien sûr, avoir encore besoin d'un traitement, y compris d'un traitement psychiatrique en institution, mais ceci ne relève plus ni des finalités de la peine ni même des raisons pour emprisonner en matière strictement criminelle. Pour déterminer le risque de dangerosité, la Commission établit des critères que la personne doit satisfaire :

(a) the court should not impose a sentence of imprisonment in order to separate the offender unless: 1. the offender has committed a serious offence endangering the life or personal security of others; and 2. the likelihood that the offender will commit another crime that will very seriously endanger the life or personal security of others in the near future clearly indicates that imprisonment is the only available sanction that can adequately promote the general feeling of personal security (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 26-27).

La Commission précise toutefois qu'un seuil maximum de limite temporelle à l'emprisonnement pour une question de séparation en matière strictement criminelle est nécessaire. Elle propose alors la limite maximale de 20 ans : « A prison sentence for the purpose of protecting society by separation should not be for more than twenty years; » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 27).

Notons que cette limite de 20 ans est également applicable à tous les cas de peines consécutives d'emprisonnement qui sont attribuées en raison de la menace posée par le coupable à la sécurité d'autrui. Dans ce passage, on peut aussi voir ce que nous avons souligné précédemment : la Commission voit les longues peines, celles qui dépassent 10 ans et plus encore celles qui dépassent 20 ans, comme étant chaque fois plus nuisibles à la réhabilitation au sens de rendre plus difficile pour les personnes le *retour à la vie en dehors de la prison*. On peut voir ici que la finalité de réhabilitation inclut la finalité *de ne pas nuire à la réhabilitation par la longueur des peines d'incarcération*. Encore une fois, cette limite est une indication forte que la Commission met la protection de la maximisation de la liberté pour tous au centre de ses priorités, tout comme l'autocontention du système. Sa réflexion se développe ainsi :

Experience shows that most offenders who are believed to be a danger to others appear to be less of a risk with increasing age. Moreover, the difficulty of predicting with accuracy who may or may not pose a risk is so great that the law should proceed with caution. Considering that nearly all prisoners today are detained for less than fifteen years, that prolonged imprisonment makes the eventual successful return of the offender to society more and more difficult, and that very long periods of parole supervision appear to be unnecessary and burdensome, an upper limit of twenty years in the interests of promoting the general security would seem to be adequate (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 23).

Elle n'écarte toutefois pas l'éventualité de la mise en place de mesures un peu plus restrictives à l'intérieur de la prison si elles se font nécessaires (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 29). Elle autorise également la libération conditionnelle de façon graduelle, car celle-ci réduit les effets pervers des longues peines sur la vie sociale des personnes, tout comme la possibilité pour le tribunal de « terminate a sentence of imprisonment where the offender has lived in the community and met the conditions of his release over a reasonable period of time, and the court is of the opinion that it would be in the public interest to terminate the sentence » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 30-31). On sous-entend donc la réalisation d'évaluations périodiques portant sur le degré de menace qui peut représenter la libération de l'individu.

On voit bien que la Commission cherche à construire un « équilibre » entre la fonction sécuritaire du système de droit criminel dans les cas graves et la fonction de protection de la dignité humaine et de la liberté pour tout un chacun. Il est important de remarquer aussi que les finalités de rétribution, de dissuasion générale et même de dénonciation n'ont aucun rôle à jouer dans la décision de libérer ou non un coupable dans le cas des peines dépassant le seuil de trois ans d'emprisonnement. Notons que dans cette proposition de la Commission pour reconstruire le critère de « séparation en cas de danger sérieux de la part du coupable », l'intention volontaire des autorités visant à produire ou à communiquer une souffrance chez le coupable n'est pas incluse comme un élément nécessaire de la (définition et de la pratique de la) punition. En d'autres termes, l'infliction de la souffrance est un élément qui ne doit pas être intentionnellement valorisé lors de la punition. La protection de la liberté de tout un chacun y est fortement ancrée également. Et contrairement au contenu de la théorie de la réhabilitation en milieu carcéral qui se met en place à partir du début du 19^e siècle, même lorsque le condamné est incarcéré, on veille à protéger au maximum sa liberté. Ceci exprime le nouveau contenu de la théorie de la réhabilitation après la fin des années 1960²⁹.

²⁹ Pour le cas du Canada, voir les recommandations du Comité Ouimet (1969) et la thèse doctorale de Dubé (2008) sur le travail de ce comité.

3.1.2.2.2 Les conditions du recours à l'emprisonnement et la dénonciation

La deuxième raison pour recourir à l'emprisonnement fait appel à la finalité de dénonciation. Rétroactivement, il est possible de dire que la Commission a fait à cet égard un pari périlleux et qu'elle a perdu sa gageure en misant sur la possibilité d'autocontrôle du système une fois que cette finalité générale incontournable de toute condamnation pénale est réintroduite à titre de « raison pour incarcérer ». Ceci sera le talon d'Achille du *Working Paper 11* (1975). Cependant, il faut bien reconnaître qu'au milieu des années 1970, les implications négatives incontrôlables en matière de détermination de la peine de cette finalité attribuée à tort aux peines sévères n'était pas encore très visible (Lachambre, 2011). Même les criminologues critiques valorisaient encore inconsciemment cette finalité et laissaient entendre que la peine de prison pouvait jouer un rôle particulier pour « dénoncer » certains crimes. La philosophie pénale, de façon tout à fait acritique et aveuglée par sa critique de la finalité traditionnelle de réhabilitation, va valoriser fortement cette finalité ainsi nommée « fonction expressive » de la peine par la médiation de la souffrance. Un point de cécité auquel il est difficile d'échapper au milieu des années 1970.

Selon les résultats de la recherche de Lachambre (2011, p.120), un, sinon le premier, juriste à attirer l'attention sur les dangers de la finalité de dissuasion quand celle-ci se trouve strictement associée à la détermination de la peine *pour le système de droit criminel*, a été le théoricien du droit H. L. A. Hart en 1963. Cependant, lors de la rédaction du *Working Paper 11*, la CRDC paraît encore ne pas avoir pris connaissance de son texte. Voici comment Hart aborde et tente de clarifier cette question : « The normal way in which moral condemnation is expressed is by *words*, and it is not clear, if denunciation is really what is required, why a solemn public statement of disapproval would not be the most « appropriate » or « emphatic » means of expressing this. » (Hart, 1963, p.66, cité dans Lachambre, 2011, p.125)

On voit très clairement que Hart considère que la réprobation ne doit, ni se confondre, ni se loger dans la répression *per se*, mais dans le contexte de la condamnation pénale et les « prononcés » de la sentence. Déjà à la fin des années 1950, Hart avait souligné que lorsqu'on justifie la *dénonciation*, on n'a pas encore justifié l'infliction délibérée de la souffrance. Passer de l'affirmation de la nécessité de dénoncer, à l'affirmation de la nécessité d'infliger une souffrance délibérée est alors un point de cécité majeur. Voici encore ce que Hart nous dit : « Mr S.I. Benn rightly observes of Lord Denning's view that denunciation does not imply the deliberate imposition of suffering which is the feature needing justification. » (Hart 1959, 2, cité dans Lachambre, 2011, p.125)³⁰

³⁰ Pour d'autres éléments de ce débat, voir la thèse citée de Lachambre (2011).

Lachambre (2011, p.210 et suiv.) fait aussi une analyse du rapport nord-américain *Struggle for Justice*, publié en 1971 par l'*American Friends Service Committee*. Ce rapport a été lu à l'époque, comme exprimant une « position critique », alors qu'il va adhérer au rétributivisme et à la finalité de dissuasion à court et à long terme. Lachambre montre que la théorie de la dissuasion à long terme n'est rien d'autre que la théorie de la dénonciation en voie de se détacher comme finalité indépendante. Nous ne pouvons alors pas exclure la possibilité que ce rapport, très connu à l'époque, ait pu influencer la Commission sur sa décision prise par rapport à la dénonciation. Par ailleurs, la CRDC a réussi à éviter les autres erreurs plus grossières commises par ce rapport de 1971. Par exemple, ce rapport « a[vait] mis sur le dos de la réhabilitation » (Lachambre, 2011) et du pouvoir discrétionnaire des juges aux États-Unis tous les problèmes posés par l'usage abusif de la prison. Pour régler les problèmes de la prison, la solution était alors assez simple : abandonner la finalité de réhabilitation, réduire au maximum le pouvoir discrétionnaire des juges et abolir le système de libération conditionnelle. Le rapport va placer dans le système politique tous ses espoirs pour une bonne et innovatrice réforme du droit³¹. Ce dernier qualifie la position de ce comité par rapport aux peines de « classique ».

Rappelons, pour conclure cette mise en contexte, que la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) présidée par le juge Archambault va aussi plus tard reconnaître l'importance de l'avertissement et du point de vue de Hart sur la dénonciation. Cette mise en garde de Hart semble toutefois être passée inaperçue pour les rédacteurs de ce *Working Paper 11*. Quant à celle formulée par la Commission Archambault, elle continue à être ignorée par les opérateurs du droit au Canada.

Cela dit, dans tous les documents de la CRDC que nous avons analysés, force est de reconnaître qu'elle va déployer un effort herculéen pour autocontrôler la vocation « expansionniste » de la finalité de dénonciation en matière de recours à la peine de prison et de prédisposition favorable aux longues peines de prison (peines dites et observées comme étant « exemplaires »). Elle va dire que l'emprisonnement peut entre autres être utilisé « to denounce the behaviour that is deemed highly reprehensible because of its violation of fundamental values » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 11-12). En ce faisant, elle omet de rappeler que toute condamnation pénale « dénonce » ou « reprouve » la conduite qu'elle condamne. Mais comment cela aurait pu être autrement? Elle ouvre donc implicitement la porte à l'infliction délibérée de la souffrance et à l'usage de l'emprisonnement lorsque ce dernier n'est pas vraiment nécessaire, comme dans les deux autres raisons où elle accepte

³¹ On peut voir la portée de cette illusion en lisant l'analyse que Lachambre (2011) a fait de ce rapport.

(à notre avis, avec raison) cette peine. Les premiers critères qu'elle donne pour limiter le recours à la prison comme forme de dénonciation sont assez vagues dans le *Working Paper 11* :

The court should not use imprisonment as a means of denouncing unlawful behaviour, except where it is convinced that no other sanction is sufficiently strong to underline the seriousness of the harm done. In determining this the court should consider: 1. the nature, seriousness and circumstances of the offence; 2. the social reprobation associated with the offence (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 27).

Qu'entend-elle par la gravité du crime et le niveau de réprobation sociale? Comment évaluer que les autres sanctions ne sont pas suffisamment fortes? Et que signifie « être forte »? Infliger une souffrance délibérée non-nécessaire pour responsabiliser? Ce qui est clair à ce propos, c'est que les documents que nous avons analysés et qui traitaient de l'emprisonnement dans le but de dénoncer, nous permettent d'observer ce qui suit. Associée à l'emprisonnement, la finalité de dénonciation va ouvrir la porte à la justification de la perte de liberté du condamné *en prison* simplement pour exprimer la « gravité du crime ». La Commission donne, cependant, certaines illustrations d'infractions pouvant se prêter à un emprisonnement pratiqué simplement pour dénoncer : « In some cases, denunciation will be the primary purpose of the sentence of imprisonment, as in cases of flagrant breach of trust, or of serious violent offences against the person where the offender's conduct does not represent a continuing risk to the life and personal security of others. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 23)

En dépit, de cette ouverture inattendue à l'infliction délibérée d'une souffrance sous la forme concrète (et non purement « symbolique ») d'une peine d'emprisonnement pour réprouver une conduite, la Commission, dans le *Working Paper 11*, qui est de nature plus académique (et beaucoup moins politique), va circonscrire et limiter cet usage de la peine de prison de trois manières :

1. La première, et la principale, est que la durée maximale de cette peine ne peut pas dépasser en aucun cas trois ans. Le tribunal peut donner une peine moins longue, mais non une peine plus longue que trois ans. Et les peines consécutives de prison ne semblent pas pouvoir être utilisées avec la finalité de dénonciation. Elles peuvent être utilisées exclusivement dans les cas où l'isolement est nécessaire en raison d'une menace sérieuse à l'égard de la vie ou de la sécurité personnelle d'autrui. Donc le seuil temporel maximal et inamovible du recours à la prison pour dénoncer le ou les crimes est de trois ans.
2. La législation devra prévoir que le *dernier tiers* de cette peine de trois ans (la dernière année si la durée maximale est donnée) sera purgé obligatoirement en liberté, pour favoriser la réinsertion sociale de la personne condamnée. Dit autrement : l'emprisonnement ferme ou intégrale, pour une durée de trois ans, ne doit pas être autorisé si l'objectif est seulement de dénoncer.
3. Durant les deux premiers tiers de la peine, le tribunal – mais seulement le tribunal (et pas les

administrateurs du service pénitentiaire) – peut revoir toute modification importante dans les conditions de détention.

Dans le *Working Paper 11*, la limite maximale de trois ans est formulée comme suit : « In some cases, denunciation will be the primary purpose of the sentence of imprisonment, [...]. In these cases a maximum term of three years may be adequate. This would apply equally to the denunciatory part of a longer sentence given for the purpose of separation. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 23)

C'est exclusivement dans ce document de travail que la finalité de dénonciation ne permet pas une sentence d'emprisonnement supérieure à trois ans *même dans le cas de cumulation des peines*. Cependant, l'année suivante, dans son *Report 2*, qui tient compte des réactions aux documents de travail préalables pertinents, et qui est par définition plus « politique » qu'académique, la Commission a cédé possiblement aux pressions externes et est revenue partiellement en arrière par rapport à la situation de cumulation des peines. Et la brèche est d'autant plus périlleuse pour les deux principes à la base du nouveau cadre de pensée (autocontention et maximisation de la protection de la liberté) qu'elle va concéder que la législation (opération du système politique) puisse encore décider autrement. Elle ouvre donc une brèche beaucoup plus grande à l'infliction délibérée de la souffrance par la médiation de l'emprisonnement. Et elle accepte que le système politique puisse nuire à sa fonction de protection maximale de la liberté pour tout un chacun sans nécessité réelle. Elle défend alors l'idée que « [a] prison sentence for the purpose of denunciation should not be longer than three years *except in cases of combined or cumulative sentences, or where legislation specifies otherwise* » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 27; notre souligné).

Ce retour en arrière est aussi une démonstration des difficultés que les politiciens et les opérateurs du droit eux-mêmes éprouvent, du point de vue des idées, pour favoriser la protection des droits fondamentaux en matière de détermination de la peine. Cependant, encore une fois, même dans ce mouvement de « retour en arrière » du rapport de 1976, la Commission va proposer encore une limite, cette fois de 6 ans pour toute forme de cumulation des peines dans le but de dénoncer (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 28). Certes, nous sommes encore très loin des 25, 50 et 75 ans demandés sans autocontention par certains poursuivants et accordés par les juges du procès, mais on peut voir la difficulté qui existe pour sortir du système d'idées de la RPM. Dans ce rapport de 1976, on continue cependant à donner au tribunal l'autorisation pour libérer le condamné s'il juge cela approprié et on conserve l'idée que le dernier tiers de la peine (qui, dans le cas d'une peine maximale de 6 ans, signifie les deux dernières années) doit être purgé en liberté :

For humanitarian reasons, and upon application, the court may authorize the release of an offender or may terminate such a sentence where it is of the opinion that it would be in the public interest to do so. The court may also consider an application by the offender to be permitted to serve the last third of his sentence in the community (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 31).

Comme on peut au moins entrevoir, la CRDC fournit un effort redoutable pour se dégager du système d'idées de la RPM mise en œuvre par la système politique ou par le système judiciaire lui-même, mais ne réussit pas intégralement à le faire. Son effort, cependant, est tellement significatif que cette proposition reste difficile à évaluer de façon tranchante (innovatrice/reproduction du statut quo). La difficulté vient du fait que la proposition, sans réussir à quitter le système d'idée de la RPM, *chemine néanmoins vers une autotransformation (évolution de palier) du système* si l'on la place dans le contexte des autres propositions du rapport.

3.1.2.2.3 Le recours à l'emprisonnement et le défaut de se soumettre à d'autres mesures

La troisième raison ou critère permettant de recourir à l'emprisonnement est pour pouvoir exercer une coercition à l'égard des individus qui manquent délibérément aux obligations imposées par d'autres peines non privatives de liberté. Le recours à l'emprisonnement ici a une finalité coercitive. En faisant référence aux deux critères précédents, et sans oublier de mentionner le potentiel négatif de la peine d'emprisonnement, la Commission se réfère à ce troisième critère dans ces termes : « Despite the negative influences of imprisonment and its generally damaging effects on individuals, prisons may still be necessary [critère 1] to isolate, [critère 2] to denounce and [critère 3] to make sure the law can cope with wilful default. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 34)

Dans le cadre de la sémantique stimulée par le système d'idées de la RPM, on se réfère aux sanctions non privatives de liberté par l'expression « alternatives à la prison ». Cette expression laisse entendre que la sanction première ou appropriée est l'emprisonnement, mais qu'il est viable de trouver une « alternative » sous certaines conditions. Ce n'est pas la philosophie de la peine de ce *Working Paper 11*. La Commission utilise le terme anglais de *wilful default* pour caractériser ce défaut volontaire de se soumettre à toute sanction première appropriée au cas. En français, l'expression est « mesure de contrainte ». Dans le sens où la CRDC l'entend, c'est plutôt le contraire que dans le cadre de la sémantique stimulée par le système d'idées de la RPM : c'est l'emprisonnement qui est considéré comme une alternative aux sanctions non privatives de la liberté, qui elles, sont les peines les plus appropriées. Et pour quelle raisons les peines non carcérales sont-elles plus appropriées? Justement, parce qu'elles responsabilisent les transgresseurs tout en étant plus compatibles – ou moins dissonantes – avec les valeurs juridiques positives du SDC contemporain (les deux principes à la base du nouveau

cadre de pensée innovateur) sans compromettre sérieusement la sécurité des concitoyens. À cet effet, la Commission précise que :

The court should only impose a prison sentence in cases of wilful default where the offender has wilfully refused to pay a fine or restitution to the victim, or to submit to any other measure that does not deprive him of his freedom, and it has been demonstrated to the satisfaction of the court that the only solution is a short prison sentence (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 27).

Dans ce cas, la Commission conçoit l'emprisonnement comme étant une mesure d'appui exceptionnelle à d'autres mesures auxquelles l'individu ferait obstacle. Mais même dans ces cas d'un non accomplissement initial, l'emprisonnement doit être imposé qu'en dernier recours « to coerce offenders who wilfully refuse to submit to other sanctions » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 26). Ce critère semble être pour la Commission – et pour nous-même – incontournable. En cas contraire, il serait impossible de faire valoir les normes de conduite du droit criminel en présence des individus délibérément réfractaires à toute autre punition.

Ajoutons, cependant, que la Commission n'entend pas que le droit criminel devrait imposer une sanction démesurée si l'individu ne semble pas vouloir respecter sa sentence. Dans le *Working Paper 11*, elle propose un maximum de six mois : « When imprisonment is used to deal with offenders who are wilfully in default of obligations imposed under other sentences such as fines, the imprisonment should not, in general, exceed six months. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 23)

À coup sûr, cette limite serait conditionnée au condamné et à l'acquittement de ses obligations. Dans le *Report 2* adressé au Parlement, la Commission vient toutefois modifier cette limite. En effet, elle ouvre une exception aux six mois en fonction de la combinaison ou de la cumulation des peines. Cette reformulation reste incompréhensible – et semble avoir été stimulée par le système de pensée de la RPM – parce que la fonction de cette raison pour emprisonner est seulement celle d'amener l'individu récalcitrant à respecter les conditions de *toutes les peines non carcérales données*. Et si après ce délai, il persiste dans sa conduite par défaut volontaire, il suffirait de renouveler le terme de six mois. Nous ne voyons aucune raison pragmatique pour cumuler d'avance le seuil maximal de l'emprisonnement par défaut délibéré. En effet, voici comment la commission présente cette limite temporelle dans son *Report 2* au Parlement : « A prison sentence imposed as a last resort in cases of wilful refusal should not exceed six months, except in the case of combined or cumulative sentences. » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 28)

Dans ce dernier cas, la limite maximale est quand même fixée à un an (*Ibid.*). Même lorsque le condamné est emprisonné pour plus de six mois, la CRDC tente de limiter aussi bien qu'elle le peut, sa privation de liberté en lui garantissant des « periodic leaves of absence » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 31) et en garantissant l'arrêt de l'emprisonnement s'il « pays the amount of the fine or restitution or expresses his willingness to comply with the original order » (*Ibid.*).

Il faut garder à l'esprit ici, la possibilité d'une différence éventuelle entre un document de travail et un rapport au Parlement. On doit présumer que le premier, préparé par des experts, ait plus de chances d'avoir été écrit de façon plus réflexive et plus ajustée à la philosophie innovatrice de la Commission (à ce moment) que le rapport au Parlement. Les rapports au Parlement sont rédigés par les commissaires après une période de consultation et de présentation du document de travail. Des considérations davantage d'ordre politique ou des idées plus conventionnelles ont alors plus de chances de faire surface, parfois même de façon inconsciente, à titre de point de cécité. La manière par laquelle la Commission essaie de circonscrire la justification de l'augmentation du seuil maximale de six mois en cas de peines cumulées ou consécutives suggère la possibilité de « pressions subies », sans que cela puisse être démontré ici.

Cependant, on peut comprendre parfaitement l'idée que la Commission veuille éviter que le droit criminel projette l'image d'un droit qui accepterait toute forme de manipulation ou de désobéissance de la part de l'individu qui reçoit une peine non carcérale. Il faut aussi préciser que la Commission ne dit pas que tout défaut délibéré à l'égard d'une peine ou d'une obligation doit donner lieu à un emprisonnement pouvant aller jusqu'à six mois. Il ne s'agit pas ici de punir une désobéissance, mais d'imposer l'obéissance de façon coercitive. La Commission dit donc que le droit doit évaluer chaque situation concrète et décider alors ce qu'il convient de faire en tenant compte de ses valeurs juridiques positives. L'emprisonnement par coercition n'est qu'une des possibilités que le tribunal peut choisir.

3.1.3 La distinction du système politique et du système de droit criminel en matière de détermination de la peine; l'exemple des peines minimales

Précisons que cette partie de l'analyse fait écho à nos observations présentées dans les sections d'analyse précédentes. Nous avons observé que la CRDC mise sur la nécessité d'effectuer une distinction entre le système politique et le SDC quant à l'exercice du choix de la sentence et de sa durée. Il s'agit ici d'une proposition pour faire valoir un nouveau partage de tâches en matière de peines entre ces deux systèmes sociaux. Selon notre compréhension des propos de la CRDC, *l'individualisation de la peine*, en ce qui concerne le choix *qualitatif* du type de peine et le choix *quantitatif* de la peine n'est pas une tâche qui doit être attribuée au système politique. Par exemple, le

système politique ne doit pas déterminer d'avance exclusivement une peine d'emprisonnement pour certains crimes et ne doit pas non plus déterminer d'avance une durée minimale obligatoire d'emprisonnement en prenant la place du système de droit. Ces tâches ne reviennent pas au système politique parce qu'il n'est pas en position pour les réaliser de façon à tenir compte de la complexité de chaque cas concret, ni en conditions favorables pour protéger adéquatement le droit fondamental à la liberté du coupable lorsqu'il est possible de le punir autrement (avec une autre peine et en tenant compte des valeurs positives du droit). Bref, le système politique ne se trouve pas dans une position favorable pour l'exercice de l'autocontention en fonction des possibilités présentes dans chaque situation.

Plus précisément, la Commission apporte l'idée que l'exercice de l'autocontention n'est pas une activité qui doit et peut relever du pouvoir des politiciens, et moins encore de l'opinion publique, mais bien uniquement du système de droit. En ce sens, en distinguant le rôle du politique et du judiciaire en cette matière, la CRDC tente de faire comprendre qu'aucun de ces deux systèmes ne se trouve dans une position entièrement supérieure à celle de l'autre pour pouvoir déterminer les peines. Il faut donc repenser la distribution des tâches en matière de peines afin de ne pas nuire à la fonction et aux tâches qui reviennent à chaque système individuellement. La « démocratie » ne doit pas servir de prétexte politique pour faire une intervention indue dans ce qui serait un « espace » essentiel pour l'exercice de la fonction et des tâches qui reviennent au système de droit dans la société contemporaine. La CRDC conçoit donc ces deux systèmes comme devant trouver une nouvelle forme de coordination et de coopération en matière de sélection de la peine et de son quantum. De ce fait, cette nouvelle division des « tâches » entre les deux systèmes est notamment observable en ce qui concerne la position de la CRDC par rapport (i) aux peines minimales fixées par le législateur, par rapport (ii) à l'abolition de la peine perpétuelle et (iii) par rapport à toute obligation de recourir exclusivement à l'emprisonnement.

Dans cet ordre d'idées, en valorisant l'importance d'une nouvelle séparation des pouvoirs du juridique et du politique en matière de détermination des peines, la CRDC commence par mettre en cause la pratique politique récurrente consistant à créer des peines législatives minimales, invariables et fixes, pratique qui a survécu depuis la fin du 18^e siècle. Il est important de se rendre compte que la notion de « termes minimaux et obligatoires législatifs d'emprisonnement » inclut non seulement les « peines minimales » prévues pour certains crimes dans la loi, mais aussi les durées minimales d'emprisonnement exigées avant qu'un condamné puisse faire une demande de libération conditionnelle. Toute période minimale d'emprisonnement avant la possibilité d'effectuer une

demande de libération conditionnelle est alors aussi considérée comme une forme de « peine minimale ».

Ainsi, toutes ces dispositions législatives nuisent à la tâche des opérateurs du système de droit consistant à punir de façon à pouvoir protéger aussi le droit fondamental à la liberté. En plus, ces dispositions empêchent le SDC d'ajuster concrètement la peine à la situation-problème et à l'individu singulier. La Commission est catégorique sur ce point : les peines *doivent* tenir compte de l'intérêt de l'individu, de l'infraction et de ses circonstances. Il faut porter attention ici au sens inusuel de l'expression « intérêt de l'individu ». La Commission se réfère ici aux intérêts de l'individu *qui relèvent simultanément de l'intérêt de la société*. Il ne s'agit donc pas d'un intérêt de l'individu qui serait opposé à un intérêt de la société. La protection de la liberté et de la dignité humaine de tout un chacun et ne pas endommager la vie sociale des individus sans nécessité, font partie de ces intérêts à la fois individuels et collectifs. Souvenons-nous ici du second principe des bases du nouveau cadre de pensée.

La CRDC se positionne alors contre les peines minimales obligatoires en se préoccupant avant tout de la protection du principe de la maximisation de la liberté pour tout un chacun ainsi que de la protection universelle de la dignité humaine. Même si elle ne mobilise pas explicitement ces raisons, elles sont latentes dans l'ensemble du *Working paper 11*. À coup sûr, comme elle s'adresse à un public varié, elle prend soin de démystifier aussi la pseudo-nécessité de ces peines pour résoudre le problème de la criminalité. À cet effet elle précise ceci :

While there are no available objective measurements on the effectiveness of such sanctions [(minimum terms of imprisonment)], experience does not show that they have any obvious special deterrent or educative effect. Generally, the reported research does not show that harsh sanctions are more effective than less severe sanctions in preventing crime. *Other problems arise in denying judges discretion to select the appropriate sanction or the length of a prison term in individual cases.* For one thing circumstances vary so greatly from case to case that an arbitrary minimum may be seen as excessive denunciation or an excessively long period of separation in the light of the risk and all the circumstances. Indeed, not every case falling within a given offence will require imprisonment for the purposes of isolation. *Similar criticisms could be made of a sentencing provision that denies judges the power to choose between a custodial and a non-custodial sentence* (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 24; notre souligné).

Notons que la Commission ne dit pas qu'il ne faille jamais recourir à l'emprisonnement. Cette peine peut être utilisée dans les conditions qu'elle a précisées et que nous avons traités plus tôt dans ce chapitre.

Dans ce contexte, la Commission attire aussi l'attention sur les restrictions que la loi impose à l'usage de la peine d'amende qu'elle considère comme « a humane and economical form of criminal

sanction » (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 31). L'usage de cette sanction, qui rendrait le juge « enabled to exercise his discretion, directed perhaps by sentencing guidelines, according to the individual offender, his record, and the particular circumstances of the offence » (*Ibid.*), se trouve bloqué par une disposition du Code criminel canadien qui « preclude the judge from imposing a fine for any indictable offence punishable by more than five years imprisonment, except in conjunction with a term of imprisonment or possibly probation » (*Ibid.*). À l'époque de ce rapport, la Commission a estimé que cet interdit toucherait « approximately two-thirds of all Criminal Code offences » (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 31). Le cas de l'amende nous permet finalement de voir que le pouvoir discrétionnaire du juge ainsi que sa possibilité d'imposer une sanction respectant les deux principes des bases du nouveau cadre de pensée se voient considérablement limité en raison de diverses dispositions conduisant les opérateurs du droit vers la peine d'emprisonnement.

Dans notre contexte contemporain, il faut souligner que la Commission serait également opposée à la création de peines minimales *ad hoc* par les tribunaux eux-mêmes, car ces peines se trouveraient en contradiction frontale avec les raisons données pour recourir à la prison et avec la distinction entre les finalités pratiques de la peine (dissuasion générale, rétribution, etc.) et les raisons pour attribuer et conserver une peine de prison. Le principe de l'autocontention vaut également pour le système politique et pour le système de droit.

Ces propositions et recommandations de la Commission nous laissent voir qu'elle se place à cet égard en dehors du système de pensée de la RPM.

3.1.4 Sanctions positives/créatives et implication active du coupable

La Commission innove également en proposant l'idée de sanctions que nous regroupons sous le terme de « sanctions ou peines positives ». Elles sont « positives » parce qu'elles ne sont pas carcérales, mais surtout parce qu'elles sont plus susceptibles d'exprimer – et de laisser voir – les valeurs positives du système dans l'acte de punir. Comme le souligne Pires (2020b, notes de cours), « [l]a manière de laisser voir l'actualisation de ces valeurs est également importante : il s'agit de visualiser ces valeurs dans le choix et dans la quantité même des « *moyens* » sélectionnés et laisser alors voir le souci de ne pas susciter une souffrance non-nécessaire ou outrancière, c'est-à-dire, justifiée de façon abstraite et non strictement attachée aux exigences pragmatiques du cas concret traité ». Pires ajoute que lorsque l'opérateur du droit parle de « peine exemplaire », il/elle montre justement le contraire : que « son point de cécité se trouve dans le fait de négliger les valeurs positives du droit dans son choix de la pénalité, car il cherche ici à augmenter une souffrance qui se trouve seulement justifiée par la dissuasion, la dénonciation ou la rétribution du mal par la souffrance du coupable » (Pires, 2020b, document de travail).

Précisons d'emblée que le principe de la maximisation de la liberté pour tout un chacun oriente cette initiative, tout comme celui de l'autocontention. Ainsi, la Commission construit un discours regroupant des idées qui privilégient les sentences qui produisent un résultat favorable pour tous et qui mobilisent de façon plutôt « constructive » le coupable. Pour parler de ce type de sentence, la Commission utilise différents termes, dont « *positive* », « *creative* », « *imaginative* ». Voici quelques passages qui démontrent que la CRDC utilise des termes variés pour décrire ses idées : « In other cases courts should use more positive kinds of penalty. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 30); « [...] we should restrict the extent to which we make use of traditional punishments in general and of imprisonment in particular, so as to *minimize suffering* and expense and at the same time open the door to more creative and imaginative sentences. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31; notre souligné); « [...] more creative penalties like community service orders compelling the offender to do something positive to make up for the wrong he has done society. Positive penalties like restitution and community service orders should be increasingly substituted for the negative and uncreative warehousing of prison. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 25) Par ce dernier énoncé, nous comprenons qu'une *pénalité coercitive* passe nécessairement par le « retrait » de quelque chose au condamné. La pénalité négative est celle qui se fonde au premier plan, voire exclusivement ou de façon fondamentale, sur la recherche de l'infliction délibérée d'une souffrance au coupable : l'objectif premier est de « faire souffrir » ou de montrer que l'on veut faire souffrir. Une sentence créative ou positive pour la CRDC serait alors, au contraire, une sanction qui n'est ni centrée ni guidée de façon délibérée par la finalité directe d'infliger une souffrance. Elle cherche à produire, au premier plan, quelque chose de positif et ce même lorsqu'elle implique une dimension incontournable de souffrance. Par exemple, la restitution peut retirer du temps et de l'argent au condamné et les travaux communautaires, du temps également, mais l'objectif premier n'est pas l'infliction de la souffrance, mais une sorte de responsabilisation ou une forme de dédommagement en vue de montrer que l'interdiction d'une certaine conduite est soutenue par le système de droit criminel.

Pour la Commission dans ce document, la privation de la liberté par la médiation de l'emprisonnement n'est pas une « monnaie d'échange » acceptable pour tous les crimes sans une raison spécifique (les trois raisons déjà indiquées précédemment). Nous observons que cette forme de *pénalité positive* dont parle la CRDC est construite par contraste avec des sanctions caractérisés par la Commission comme non créatives, non imaginatives et qui visent, comme premier objectif, à faire souffrir les coupables. La façon actuelle de concevoir l'usage de l'emprisonnement est, pour la CRDC, un exemple de sanction négative par opposition aux sanctions positives : « Positive penalties like restitution and community service orders should be increasingly substituted for the negative and

uncreative warehousing of prison. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 25) En fait, même lorsqu'elle autorise la perte d'une partie de liberté du coupable, elle cherche à ce que celle-ci soit la plus limitée ou circonscrite possible : « If surveillance is necessary in some cases, can greater use be made of community residential centres and week-end detention so as to enable the offender to continue his job and maintain constructive links with the community? (Law Reform Commission of Canada, 1975a, p. 12). Elle veille donc à la protection du principe de la maximisation de la liberté pour tout un chacun en tentant de maintenir au maximum le coupable en liberté dans sa communauté pour qu'il puisse participer au dédommagement des victimes, en leur offrant l'argent qu'il obtient en travaillant par exemple. On peut donc voir, que même à l'étape du choix des sanctions, la CRDC veille à ce que les deux principes des bases du nouveau cadre de pensée soient mobilisés.

Ce qu'entend la CRDC par *pénalité* dans le cadre de sanctions positives se présente plutôt sous la forme d'une prestation dirigée au premier plan à la victime ou à la communauté. Quelque chose de positif que le coupable fait pour rendre service ou compenser la victime dans la mesure du possible : « Restitution refers to the contribution made by an offender towards the satisfaction of his victim. It moves from the offender to the victim and is personal. » (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 8)

On doit comprendre cette recommandation comme pouvant être un acte volontaire de la part du coupable, et ce même avant l'imposition d'une sentence par le tribunal de façon coercitive. En ce sens, le dédommagement, comme illustré dans l'énoncé précédent, est une forme de sanction positive pour la CRDC. La majorité des sanctions positives que la CRDC propose, n'engendrent pas la perte de liberté pour le coupable. Nous avons recensé qu'elle intègre sous la bannière de sanctions positives le dédommagement, les travaux communautaires et les excuses. Pour la Commission, le dédommagement « [...] is an undertaking on the part of the offender to pay back, so far as he is able, for the injury suffered by the victim » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 24). Ce « quelque chose de positif » que le coupable est amené à faire par dédommagement pour la victime peut se présenter « in [a] symbolic form, by apologies, for example, or the payment of a sum of money, or work done for the benefit of the victim » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 24). Notons que l'« excuse » prend par définition une forme simplement symbolique, mais que les autres formes de prestation sont à la fois symboliques et « concrètes », puisque la victime reçoit une forme pragmatique additionnelle de réparation. Encore une fois, aucun message de souffrance délibérée figure dans cette idée et le sens premier de la pénalité est celui d'amener le coupable à maintenir ses liens avec sa communauté.

Dans le même ordre d'idées, la Commission cherche à maximiser l'implication du coupable pour réparer le mal commis à sa victime et à la communauté et, pour cela, elle trouve important de stimuler son consentement. On s'attend à ce qu'il ne soit pas placé, dans la mesure du possible, dans une position entièrement passive, mais qu'il soit même, autant que possible, d'accord pour produire ce quelque chose de positif pour la victime et pour la société. Dit autrement, aux yeux de la Commission, la « société » n'a pas besoin de la souffrance du coupable pour trouver une forme de réparation acceptable juridiquement.

On parle donc de retombées positives pour tous et pour le coupable également, puisque la sanction positive cherche à obtenir sa participation active à la sentence. L'utilisation de la prison comme un moyen de contrainte est d'ailleurs conçue aussi, secondairement, pour faire pression sur le coupable dans cette direction. Il est appelé à faire « something positive to make up for the wrong he has done society » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 25). Et cette participation active est la « correction » du coupable et comme cette correction est effectuée par et sur lui-même, elle devient une auto-correction dans la logique de la Commission : « Thus, the offender's restitution payments, for example, or his work done in lieu of such payments would become his correction, for we believe the most valuable form of correction is self-correction. » (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 7).

Voici ce que la commission semble entendre par « self-correction » :

Doubtless *there are offences* in respect of which reconciliation is useless and where the most rational sanction may be prolonged imprisonment. For the *great majority of offences*, however, restitution would appear to be appropriate. Restitution involves acceptance of the offender as a responsible person with the capacity to undertake constructive and socially approved acts. It challenges the offender to see the conflict in values between himself, the victim, and society. In particular, restitution invites the offender to see his conduct in terms of the damage it has done to the victim's rights and expectations. It contemplates that the offender has the capacity to accept his full or partial responsibility for the alleged offence and that he will in many cases be willing to discharge that responsibility by making amends (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 6-7; notre souligné).

Pour bien saisir la force innovatrice de cette manière de voir, il faut prendre acte du fait que la Commission ne fait pas de distinction ici entre *offenses graves/moins graves*, mais entre offenses où la restitution et les sanctions « positives » sont inappropriées/appropriées, comme dans le cas des offenses qui exigent la séparation du coupable pour motifs sérieux de sécurité à l'égard d'autrui, et les offenses où ce critère de sécurité ne se pose pas au premier plan de façon évidente. Rappelons que la Commission ouvre une exception à ce critère dans le cas de la dénonciation, mais ici l'emprisonnement ne doit pas dépasser trois ans, et donc ne peut être très prolongé.

On comprend par l'énoncé précédent que la restitution se base sur l'idée que l'individu devra reconnaître sa responsabilité dans la situation-problème et qu'il s'en acquittera en s'amendant par l'offre de quelque chose de positif à la victime et à la société. Plus encore, la Commission considère que les sanctions non carcérales devraient pouvoir idéalement compter sur le consentement du coupable, ce qui les rendrait plus « effectives » : « Sanctions may be consensual as in restitution, or they may be imposed without the consent of an accused as in the case of imprisonment. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. ix-x)

Toutefois, il est pertinent de se questionner sur l'accent mis à cette époque sur l'importance du consentement. En effet, certains coupables peuvent accepter de se soumettre à une pénalité « positive » simplement pour éviter une sanction carcérale. Dans ce groupe, certains peuvent venir à accepter ces sanctions seulement plus tard dans leur trajectoire de vie. Et on ne peut pas exclure la possibilité d'une répétition de la transgression normative de la part des coupables. Il ne convient donc pas d'observer la valeur des sanctions positives seulement sous l'angle du consentement sincère ou de son effectivité du point de vue de la conduite d'un individu. Il faut, au contraire, voir la valeur de ces sanctions essentiellement par rapport aux valeurs juridiques positives qui sont affirmées et par rapport à une responsabilisation objectivable qui peut être clairement observée.

En effet, même dans le cas d'une acceptation par simple contrainte ou d'une répétition plus tard de même conduite, le système de droit aura réussi à exprimer ses valeurs positives dans la sanction, ce qui n'est pas peu de chose. Et il aura aussi réussi à imposer et à faire voir une sorte de responsabilisation objectivable de la part du coupable. Tout cela, le cas échéant, peut se faire une autre fois.

En résumé, une sanction positive est une manière d'intervenir qui sert à la production de quelque chose de positif de la part du coupable et qui bénéficie à la victime et/ou à la société en général. Ces sanctions positives ne font donc pas partie du système d'idées de la RPM.

3.2 Éléments insuffisamment développés

3.2.1 La théorie de la réhabilitation carcérale : vers un abandon

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, dans le chapitre théorique et le chapitre méthodologique, la Commission s'est mise en marche au moment où le premier modèle de la théorie de la réhabilitation (celui du 19^e siècle) connaissait un fort déclin vers le milieu des années 1970 (Quirion, 2006). En plein dans la tendance de l'époque, la position de la CRDC à propos de cette première théorie de la réhabilitation, née avec le projet pénitentiaire, est très claire. L'emprisonnement ne devrait être instrumentalisé au premier plan ni pour réaliser un programme de réhabilitation des

personnes condamnées, ni même un programme de dissuasion générale :

[T]here is a widespread though declining belief that prison is a good place to rehabilitate a person. Experience and research in the social sciences now make it difficult to accept with easy assurance the usual justifications for imprisonment. Generally, it is difficult to show that prisons rehabilitate offenders or are more effective as a general deterrent than other sanctions (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 11).

Insistons sur le fait que la théorie de la réhabilitation dont il est ici question est celle qui est née avec le projet du pénitencier. Cependant, sensiblement à la même époque, un nouveau modèle de la théorie de la réhabilitation était en train d'émerger. Malgré le fait que le rapport Ouimet (1969) s'inscrivait déjà dans ce nouveau modèle, cet abandon progressif du modèle traditionnel de la théorie de la réhabilitation va passer inaperçu autant par la CRDC que par la criminologie (y compris la « criminologie critique »). En dépit de cela, les idées nouvelles qu'elle propose implicitement au sujet de la réhabilitation vont s'inscrire dans ce nouveau modèle et s'éloigner de la théorie de la réhabilitation du 19^e siècle.

Ainsi, la Commission est catégorique : la réhabilitation ne peut justifier le *recours* à l'emprisonnement : « Rehabilitation does not justify resort to imprisonment. Once sentenced, however, the offender should be given the benefit of social and health services similar to those available to a free citizen. » (Law Reform Commission of Canada, 1976a, p. 26) Elle justifie sa position en argumentant que le milieu carcéral n'est ni un milieu ni un moyen approprié pour effectuer la réhabilitation des coupables : « Prison is not in general an apt means of rehabilitation and half the people in jail should not be there. Jail has a place, however. There are unfortunately cases where rehabilitation is not our prime concern. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 31)

La dernière phrase de cet extrait fait référence aux trois cas de figure (danger envers la sécurité physique des autres ; dénonciation ; refus volontaire de se soumettre à d'autres sanctions) pour lesquels la Commission considère qu'il y a des raisons particulières pour emprisonner. Elle prend donc position contre le recours facile à la finalité de réhabilitation pour justifier l'exclusion sociale (emprisonnement) des condamnés. En formulant cette critique, nous pensons que la Commission avait la volonté de réduire le recours global à la prison. Soulignons, en raison de la façon dont les tribunaux vont agir à partir des années 1990, que la CRDC *n'est pas en train de dire* que la prison doit être réservée aux finalités de dénonciation, de dissuasion générale ou de rétribution du mal, par une durée de prison proportionnelle. Les deux dernières finalités ne sont pas suffisantes, pas plus que la réhabilitation, pour justifier le recours à la prison, et la finalité de dénonciation doit respecter elle aussi certaines conditions (par exemple, pas plus de 3 ans, etc.).

Aux yeux de la nouvelle théorie de la réhabilitation, lorsque qu'une personne est envoyée en prison, l'institution carcérale doit quand même mettre en place tout ce qui est nécessaire pour pouvoir aider cette personne et aussi pour minimiser les effets néfastes de la prison sur sa vie. Or, la nouvelle théorie de la réhabilitation considère que la *longueur* de l'emprisonnement est préjudiciable aux droits des individus et à la qualité de leur vie sociale. Cette durée de l'emprisonnement devrait donc être strictement limitée, par exemple, en fonction du danger physique sérieux qu'un individu peut représenter pour les autres (Cauchie, 2011; Pires, 1987). Bref, dans sa proposition, la CRDC cherche surtout à se débarrasser de la vieille théorie de la réhabilitation carcérale, car elle stimule l'effet contraire de ce qui est proposé par la nouvelle théorie : un recours facile à l'emprisonnement et des durées de peines qui peuvent être très longues, voire indéterminées.

Bien entendu, il faut éviter simultanément d'écarter la finalité de réhabilitation de la prison et de justifier la longueur des peines d'emprisonnement à l'aide de la dénonciation, de la dissuasion et de la rétribution proportionnelle à la souffrance. Ce n'est pas cela que la Commission propose, mais cela va devenir une pratique courante des tribunaux canadiens à partir des années 1990. En ce qui concerne spécifiquement la réhabilitation, ce que la Commission cherche à faire, c'est d'empêcher de faire durer la peine de prison au nom de la réhabilitation. Par exemple, on ne doit pas dire « cet individu ne pose pas de danger, mais il doit demeurer en prison parce qu'il n'est pas encore entièrement réhabilité ». Aux yeux de la Commission, s'il accepte ses responsabilités et si sa conduite ne pose plus ou pas de danger sérieux à la sécurité physique des autres, il doit être libéré pour éviter les effets négatifs de la prison sur sa vie sociale. En effet, elle mentionne qu'il est :

important to remember that rehabilitation cannot be used as a primary reason for imposing imprisonment in the first place. Therefore, it is logical that the timing of release and the transition from complete custody to lesser degrees of restricted freedom should ordinarily not be dependent on the offender's reaction to treatment but on his behaviour and acceptance of responsibilities (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 37-38).

La position critique de la Commission à l'égard de la finalité de réhabilitation dans ces premiers textes a été souvent mal comprise et les travaux ultérieurs de la Commission ont eux-mêmes contribué à la perte de vue de cette première prise de position. Ce que l'on voulait, c'était réduire le recours à la prison et non sortir la réhabilitation de la prison et, par le fait même, augmenter les prononcés des sentences d'emprisonnement et leur durée pour satisfaire d'autres finalités comme la dissuasion, la dénonciation ou la rétribution.

Remarquez que les deux phrases citées ci-dessus – « Jail has a place, however. There are unfortunately cases where rehabilitation is not our prime concern. » (Law Reform Commission of

Canada, 1976b, p. 31) – peuvent conduire aisément à une lecture erronée comme la suivante : « la prison doit être utilisée seulement pour dénoncer, pour dissuader les autres, pour donner une punition proportionnelle à la gravité du crime et pour neutraliser le coupable qui pose un danger pour les autres ».

Une autre idée de la Commission qui va contribuer aux malentendus, c'est le sens restreint qu'elle donne au terme « réhabilitation ». Contrairement à la nouvelle théorie de la réhabilitation qui continuait à donner un sens englobant et large à ce terme, la Commission va en réduire la portée : « As used in the paper, rehabilitation relates less to the common good and more to specific offenders. It refers to those procedures that are used in favor of offenders. In a sense, these procedures are by way of mitigation of sanctions. » (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. x) Qu'entend la CRDC par « specific offenders »³²? Si le « specific offender » était une compagnie, comment faire pour la « réhabiliter »? Il devient donc trop facile de dire que dans plusieurs cas la finalité de « réhabilitation », indépendamment de son contenu, ne s'applique pas. Quand on utilise le mot réhabilitation pour parler d'une situation spécifique, le problème est qu'on ne réussit pas à y donner une portée plus générale capable d'englober toutes les différentes situations prises en charge par le SDC.

La Commission cherche également à éviter que la finalité de réhabilitation soit dévalorisée à l'aide du critère de « récidive ». Elle souligne ainsi que le simple constat de récidive n'est pas une preuve automatique et suffisante d'un échec de la finalité de réhabilitation et que la réduction d'une souffrance non nécessaire doit avoir aussi sa place dans la détermination de la peine. Cependant, la manière dont elle formule cette idée laisse transparaître le même problème du sens trop strict du terme « réhabilitation », car la personne de référence est l'individu qui éprouve des difficultés à faire face à la vie et non tout individu, y compris celui qui a simplement fait preuve d'un mauvais jugement :

Rehabilitation, in the sense of improving the offender's ability to cope with life, may not be an unimportant factor in sentencing. Too frequently, rehabilitation is measured only in terms of reduced recidivism, a measure that has repeatedly demonstrated the limited capacity of treatment or rehabilitation to control crime. Yet, to improve an offender's life skills or to reduce his personal suffering are simple, humane gestures that should have a proper place in sentencing policy. Such rehabilitative efforts, indeed, may even have indirect benefits in reducing recidivism in particular cases (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. 4).

En somme, la CRDC, comme un grand nombre d'autres observateurs, ne semble pas avoir pris conscience de cette nouvelle théorie de la réhabilitation qui se développait à son époque et n'a pas pu

³² Dans la version française du document de travail 3, elle parle « du délinquant » lorsqu'il est question de traduire « specific offenders » (Commission de réforme du droit du Canada, 1974, p. x).

prévenir certains malentendus. En dépit de cela, sa vision de la réhabilitation véhicule déjà des éléments innovateurs qui se trouvent dans cette nouvelle théorie en voie d'élaboration. Aujourd'hui, nous devons relire ces documents en les réactualisant, de façon à pouvoir donner une nouvelle vie aux propositions développées à cette époque et qui sont encore importantes pour une réforme innovatrice du droit criminel.

En effet, la CRDC a vu que la prison posait un problème par elle-même, indépendamment des finalités de la peine, et elle a abandonné les idées de base de la théorie de la réhabilitation « traditionnelle ». Elle a dévalorisé partout l'infliction délibérée de la souffrance en proposant même d'« improve an offender's life skills [and] to reduce his personal suffering » (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. 4). Elle a donc proposé des idées qui se trouvaient à l'extérieur du système d'idées de la RPM et qui ne valorisaient aucunement le recours à l'emprisonnement. Toutefois, nous croyons pouvoir dire, par rapport à sa prise de position à l'égard de la réhabilitation, qu'elle n'a pas assez développé ses idées et qu'elle n'a pas réussi à ce moment à prévenir certains glissements de sens et même la dévalorisation globale de l'idéal de réhabilitation.

3.3 Problème de langage et de définition

Lors de la rédaction de ce chapitre, nous avons pris conscience du fait qu'il y avait un problème sémantique et conceptuel important dans les travaux de la CRDC et qu'un éclaircissement de ces problèmes nécessiterait un travail entièrement consacré à cette tâche. Ce problème se présente autant dans les documents écrits en anglais qu'en français. C'est un problème de fond qui va au-delà de certaines particularités sur le plan des usages linguistiques courants dans chacune de ces deux langues. Il y a aussi des problèmes de correspondance de sens entre les documents en anglais et en français sans que cela puisse être expliqué de façon évidente par une difficulté de traduction. Enfin, ce problème de fond n'est pas exclusif aux documents de la Commission que nous avons analysés. Il s'agit d'un problème répandu dans la littérature juridique, philosophique, criminologique et sociologique. Bref, un problème redoutable qu'il ne faut pas minimiser. Il fait référence aux différents usages sémantiques de termes comme les suivants : punition (*punishment*), peine, sanction (*sanction*), sentence (*sentence* ; *sentencing*), réhabilitation (*rehabilitation*), traitement (*treatment*), rétribution ou châtiment (*retribution* ou *punishment*), prononcé (*decision*), etc.

Concernant les documents analysés, les termes retenus ainsi que les sens actualisés peuvent varier d'un *type* de travail à l'autre (par exemple, d'un *document de travail*, rédigé avec une visée académique, à un *rapport au Parlement*, rédigé en fonction de cet auditoire) ou encore d'un document du même type à l'autre selon les auteurs du texte et/ou le moment où ils ont été écrits. La Commission

ne semble pas avoir constitué pour elle-même un « glossaire » du sens actualisé pour chaque terme afin de préserver une certaine cohérence pour faciliter la compréhension des divers lecteurs. En matière d'innovation, concernant la détermination de la peine, ceci paraît être un obstacle important à la réforme.

Parfois, nous retrouvons aussi deux titres de chapitres significativement différents. Par exemple, dans le *Document de travail 11*, le titre du quatrième chapitre est « La détermination de la sanction » (Commission de réforme du droit du Canada, 1975b, p. 17). Dans la version en anglais, ce titre prend la forme d'une question formulée ainsi : « *Who Decides the Sentence?* » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 15) Dans ce chapitre, la Commission soutient, entre autres choses, l'abolition de toutes les peines minimales, ainsi que l'abolition de la peine d'emprisonnement à perpétuité (obligatoire ou facultative) et, bien entendu, celle de la peine de mort. L'idée centrale du chapitre est celle d'un nouveau partage des tâches entre le Parlement (opérations du système politique) et le pouvoir judiciaire (système de droit). Par la question posée dans le titre en anglais, le lecteur peut anticiper ce qui sera discuté et plus clairement comprendre que la pratique législative de peines uniques de prison et de peines minimales (obligatoires) de prison est obsolète dans le cadre de la société contemporaine qui valorise la protection des droits fondamentaux.

Dans les documents de travail de la Commission que nous avons analysés, il est possible de voir qu'elle est consciente de ce problème sémantique et qu'elle est également consciente du fait que ce problème est fondamentalement d'ordre « idéologique » (*sic*), c'est-à-dire qu'il relève des vieilles idées et finalités concernant les peines. Elle *constate* donc ce problème, mais elle ne l'éclaircit pas suffisamment, ne le résout pas ou encore va mal le résoudre. Voici un exemple de cette prise de conscience qui se trouve dans le *Working Paper 3* :

In drafting this paper, terminology has been an ever present problem. Words such as "punishment" and "treatment", for example, are used by different people in different ways. In addition, "retribution", "rehabilitation", "deterrence" and "incapacitation" have various meanings that may not be clear even to those who use them. They, nevertheless, imply ideological approaches to the question of sentencing (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. ix).

Où se trouve, plus précisément, le problème de définition concernant le terme « *punition* » (ou son équivalent)? À première vue, la Commission n'était pas préparée à ce moment pour clarifier ce problème en profondeur. Un des problèmes se trouve dans le fait qu'il était alors *défini* par les philosophes et par les juristes comme *exigeant* une infliction délibérée de la souffrance de la part des autorités (Pires, 2015). Alors, comment montrer au lecteur qu'il est possible de *punir* sans chercher à infliger de façon délibérée une souffrance à autrui en fonction de la gravité de son crime? La

Commission va-t-elle *redéfinir* le terme « punition » ou va-t-elle proposer un autre terme? Si elle propose un autre terme, est-ce qu'il devient compréhensible que cette idée d'infliger une souffrance délibérée puisse mettre en cause les valeurs positives du droit criminel et de la société?

Un autre problème : parfois le terme punition est employé par opposition aux termes traitement, réhabilitation, ou réadaptation sociale. Qu'est-ce que cela signifie? Qu'une *peine* visant à la réhabilitation donnée par un tribunal criminel après une condamnation pour un crime n'est pas une punition? Imaginez la phrase suivante : « le tribunal doit choisir entre *l'objectif de punition* et *l'objectif de réhabilitation* ». Or, l'objectif de réhabilitation *dans le cadre d'une peine* n'est-il pas en même temps un des objectifs de la *punition*? Alors, comment va-t-on distinguer la punition et la réhabilitation? La punition (ou peine) qui a un objectif de punition (tautologie) favorise la prison et la punition qui a un objectif de réhabilitation favorise une punition non carcérale?

Les documents examinés ne soulèvent pas explicitement ces deux problèmes. Cependant, la Commission réussit à « échapper » en grande partie (d'une autre façon) aux pièges posés par ces termes. Elle le fait probablement pour la cohérence innovatrice de son propre travail, sans toutefois pouvoir faire voir ces pièges sémantiques et définitionnels à ses lecteurs.

Enfin, certaines formulations laissent planer un doute sur le sens traditionnel/innovateur à donner à certains passages. Ceci augmente considérablement la probabilité d'une lecture traditionnelle. Voici un exemple tiré du *Document de travail 11* qui est le texte où les idées innovatrices de la Commission sont, à notre avis, le plus clairement exprimées dans les documents que nous avons analysés. Dans la colonne de gauche, vous trouvez le paragraphe ambigu en question et, dans la colonne de droite, deux manières de le comprendre :

Tableau 2 : Compréhension traditionnelle et innovatrice d'un même énoncé sur les objectifs du droit pénal

CRDC (1975b, p. 9) « Comme nous l'avons mentionné dans notre document de travail sur le « sentencing », l'un des objectifs du droit pénal est de protéger certaines valeurs fondamentales de la société. La détermination de la peine et le prononcé de la sentence doivent jouer un rôle important dans la manifestation de ces valeurs. »	Compréhension traditionnelle « Alors, la peine doit infliger une souffrance au coupable proportionnelle à la gravité de son crime ou pour dénoncer sa conduite et affirmer les valeurs fondamentales de la société. »
	Compréhension innovatrice recherchée « Alors, les valeurs fondamentales <i>positives</i> de la société doivent <i>se manifester</i> et pouvoir <i>être visibles</i> dans la détermination de la peine elle-même, et non <i>seulement</i> ou <i>surtout</i> dans ses justifications ».

Nous espérons qu'il est maintenant plus facile de saisir la profondeur du problème de *lecture*, d'*interprétation* et de *compréhension* que ces documents posent à leurs lecteurs. Avec le « poids culturel » du système d'idées de la RPM, la compréhension innovatrice exige un effort important pour le lecteur qui n'est pas déjà très conscient des problèmes posés par les finalités traditionnelles de la

peine fondées sur l'infliction délibérée de la souffrance comme une « condition normative » pour pouvoir exprimer les valeurs de la société. Mais quelles valeurs? La valeur nonéthique de l'infliction volontaire de la souffrance ou, au contraire, les valeurs éthiques et juridiques positives consistant à préserver le plus possible la liberté, la dignité et la sécurité de tout un chacun (incluant les condamnés) pour les crimes les plus graves?

Dans les quelques paragraphes qui suivent, nous allons surtout nous limiter à attirer l'attention sur le concept de « punition » (ou « *punishment* », « peine », « châtiment »).

3.3.1 Le concept de « punition » (et équivalents)

Il est clair, par le contexte des décisions des tribunaux en matière criminelle, que les sanctions du droit criminel sont des formes variées de punition ou de châtiment et qu'elles ne sont en aucun cas des sanctions de récompense ou une forme de traitement obtenue dans le contexte exclusivement du système médical. La définition dominante du concept de punition est généralement rattachée à un sens particulier : l'infliction volontaire et légitime d'une souffrance au coupable. Plus précisément, Pires (2015), en s'appuyant sur les travaux de certains historiens du droit et de la religion, retrace que cette définition dominante aurait d'abord vu le jour dans les communications religieuses. Le système politique, le SDC et la philosophie l'auraient ensuite adoptée et c'est ainsi qu'à partir du 18^e siècle, elle serait devenue « la définition dominante en matière criminelle » (*Ibid.*, p.244) en étant au centre des communications du SDC. Encore aujourd'hui, elle se place « au cœur des autoportraits identitaires dominants » (*Ibid.*) du SDC, comme nous avons pu le voir dans le chapitre théorique :

Ce système se donne pour fonction *l'infliction intentionnelle d'une souffrance* aux coupables (personnes condamnées) comme moyen unique et obligatoire pour faire justice ou protéger la société du crime. La sanction afflictive – celle qui est porteuse d'un message de souffrance – deviendra alors non seulement très valorisée, mais sera aussi étroitement attachée à l'image que le système construit et projette de lui-même (Pires, 2015, p. 244; le souligné de l'auteur).

Avant l'émergence de la théorie de la réhabilitation du pénitencier au 19^e siècle, la définition de « punition » comme infliction volontaire de la souffrance par les autorités se trouvait strictement attachée aux finalités de dissuasion et de rétribution proportionnelle au mal causé par les crimes. Alors, dans le langage juridique et le langage politique, on va souvent opposer « punition » à « réhabilitation » pour dire que l'infliction volontaire de la souffrance est préférable à la finalité de réhabilitation (au moins) dans le cas de certains crimes plus graves. Or, la CRDC va lutter pour échapper à cette définition de punition qui présuppose la volonté d'infliger délibérément une souffrance au coupable, car elle met en péril la protection de la liberté et de la dignité humaine.

Comment va-t-elle procéder?

3.3.2 La *punition*, un terme à conserver?

Dans le Document de travail 11 en français, le médium « *punition* » en tant que tel n'est pas employé. Cependant, les termes « *peine* » et « *sanction* » se trouvent présents. D'une manière générale, le problème ne se trouve pas dans ces termes eux-mêmes, mais dans la signification que nous allons leur attribuer. Précisons, dès le départ, que la CRDC maintient l'utilisation de ces termes. Certes, elle va se débattre pour leur donner un sens qui n'implique pas toujours le projet d'infliger volontairement une souffrance au coupable. Comment va-t-elle faire cela? En donnant un sens très large à ces termes, de manière à ne pas inclure (exclusivement) la volonté d'infliger visiblement une souffrance au coupable. Voici un exemple :

Restricting our use of imprisonment will allow more scope for other types of penalties. One penalty our system should use more extensively is the restitution order. To compel offenders to make restitution to their victims is one of the most fruitful types of punishment. It brings home to the offender the wrong he has done his victim, it meets the real needs of the victim himself, and it satisfies society's sense of justice and the desire to see that the offender is not profiting at the expense of his victim's suffering. Restitution has a vital place in any decent criminal justice system (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 25).

Comme on peut le voir, dans la *punition* de restitution, la volonté d'infliger délibérément une souffrance est absente ou ne saute pas aux yeux. On peut donc voir sans difficulté et sans paradoxe l'expression des valeurs positives du droit et de la société. Cependant, dans d'autres documents ou d'autres passages, la Commission laisse entendre qu'elle cherche surtout à réduire l'impact et la portée de la définition traditionnelle de la *punition* qui valorise l'infliction de la souffrance. Voici un exemple : « Today, changing values and concerns over the purposes of criminal law and sentencing suggest not an abandonment of the old terms but a decreased emphasis on them. » (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. ix) Le fait de ne pas vouloir abandonner les termes n'est pas en soi le problème. Ce qui peut s'avérer problématique, c'est qu'elle n'envisage pas la possibilité de les *redéfinir*. Dans ce passage précédent, la Commission parle simplement de *réduire l'accent* des termes anciens comme l'infliction de la souffrance. La définition traditionnelle reste alors telle quelle. À coup sûr, *réduire la place de l'infliction de la souffrance dans les punitions* serait déjà une grande et inestimable réalisation. Mais, pour y arriver, il faut écouter et bien comprendre les autres réflexions et propositions de ces documents et surtout valoriser le principe de l'autocontention et se débarrasser des finalités qui valorisent la généralisation de l'emprisonnement à tous les crimes observés en fonction exclusivement de leur gravité (dissuasion générale, rétribution, dénonciation).

En plus, il faut reconnaître que ce que la Commission veut sous-entendre, dans la dernière citation, par « *decreased emphasis* » n'est pas clair. Nous y suggérons deux sens possibles. D'une part, la Commission peut vouloir signifier qu'il faudrait recourir un peu moins au terme ancien, en y trouvant des alternatives. Bref des mots qui pourraient remplacer le terme problématique; changer de mot plutôt que changer le sens du mot problématique. D'autre part, elle peut sembler vouloir dire qu'au lieu de recourir au terme *punition* dans le sens qui lui est traditionnellement rattaché, il faudrait plutôt en changer le sens, tout en continuant d'utiliser le même mot. Nous avons donné précédemment un exemple de cette démarche lorsqu'elle inclut la restitution et toutes les autres peines dans la notion de « *punition* ».

Nous souhaitons également signaler une autre ambiguïté susceptible de nuire au projet d'innovation proposé par la Commission. Cette dernière voulait introduire une distinction tranchante entre la notion de crime et la notion d'infractions réglementaires sur le plan de la déclaration de culpabilité et des sanctions. Pour y parvenir, elle actualise la vieille distinction des « vrais crimes » et des infractions réglementaires, surtout celles avec une responsabilité stricte (sans preuve d'intentionnalité). Alors, elle insiste sur le fait que les crimes *méritent d'être punis*, un élément souvent attribué aux théories de la peine qui valorisent l'infliction de la souffrance. En effet, elle écrit ceci : « Crimes are acts not only punishable by law but also meriting punishment. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 5) De surcroît, la *punition* (voulant infliger une souffrance?) devrait être réservée aux « crimes véritables » selon la CRDC.

De plus, il est possible d'interpréter le passage suivant en disant que la Commission ne veut pas valoriser l'infliction de la souffrance, mais, au contraire, la réduire en diminuant le nombre de situations qui sont traitées comme des crimes : « Remove all regulatory offences from the criminal régime, divert less serious real crimes outside the traditional system and there still remains a hard core of real crimes needing traditional trials and serious punishments. » (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 24)

Comme on peut le voir, dans ce document qui est un *rapport au Parlement*, afin de sortir les infractions réglementaires de la législation criminelle, elle parle de « *real crimes* » et de « *serious punishment* » sans clarifier pour le Parlement ce qu'elle entend par « *serious punishment* ». La *punition* sévère inclue-t-elle un message de souffrance? Qu'entend-elle par *punition* ici?

3.3.3 Le travail conceptuel : entre variété et redondance

À l'aide de nos observations, nous sommes arrivée à comprendre que le médium *punition* apparaissait dans les travaux de la CRDC sous une forme différente de celle qui y est le plus couramment rattachée, telle que décrite par Pires (2015). En dépit des ambiguïtés, la *punition* prend

pour la CRDC la forme d'une coercition plutôt que d'une souffrance délibérée. Elle propose de penser la punition d'une manière telle que la volonté d'infliger une souffrance ne soit pas une finalité première ou très valorisée de la peine. Plus encore, la présence d'une souffrance ne semble plus nécessaire dans un nombre considérable de propositions de réforme de la CRDC.

Rappelons que dans l'énoncé recommandant la restitution et le dédommagement comme un type de punition que nous avons déjà traité dans la section précédente (3.3.2), la Commission quitte le système d'idées de la RPM et présente cette sanction pénale comme étant dénuée d'un message de souffrance. Par cet exemple, souvenons-nous qu'il est possible de voir que la punition non afflictive peut tout à fait rendre justice et qu'il est possible de punir sans avoir l'intention d'infliger une souffrance. Cette forme de responsabilisation permet de réagir à la situation-problème et de rendre justice sans passer par une infliction de la souffrance, même en ayant recours à une pénalité. À aucun moment dans ledit passage, la CRDC ne fait allusion à une infliction de la souffrance, ni même à l'exclusion sociale du coupable.

Dans cet autre énoncé, qui s'avère difficile à comprendre, la Commission se réfère à la punition comme une « pénalité », tout en essayant de libérer cette notion de la finalité de dissuasion et de l'idée de voir le pénitencier comme un lieu favorable à la réhabilitation. En effet, la pénalité peut être une façon de protéger nos valeurs si nous ne créons pas d'illusions sur l'usage du pénitencier (pour dissuader ou réhabiliter) :

Criminal law operates at three different stages. At the law-making stage it denounces and prohibits certain actions. At the trial stage it condemns in solemn ritual those who commit them. *And at the punishment stage it penalizes the offenders.* This, not mere deterrence and rehabilitation, is what we get from criminal law—an indirect protection through bolstering our basic values (Law Reform Commission of Canada, 1976b, p. 27; notre souligné)

Le passage souligné nous amène à comprendre que, pour la CRDC, le coupable ne s'en sort pas sans conséquence. Toutefois, le type de pénalité qui est sous-entendu par la Commission n'implique pas nécessairement une infliction délibérée de la souffrance et, surtout, ne valorise pas cette démarche.

Nous allons voir maintenant un extrait issu du *Working Paper 3* (1974) qui a été écrit avant que la Commission approfondisse sa réflexion sur l'emprisonnement dans son *Working Paper 11* (1975), où elle donne une définition spécifique et explicite du concept de punition qui crée une brèche dans la cohérence de sa pensée sur ce concept et dans ses propositions sur l'usage de l'emprisonnement :

Punishment is used in the narrow sense of a sanction imposed for the purpose of *giving adequate expression to the seriousness of the offence* and concern over damage done to individual rights

and social interests. In reflecting a *need to right the wrong* and to relate the disposition to the seriousness of the offence, punishment may contain elements of a *limited retribution* and emphasize the common good and the *need for public protection* (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. x; notre souligné).

Dans cette définition de la punition, la Commission reste entièrement à l'intérieur du système d'idées de la RPM. La référence à une « rétribution limitée » ou modérée n'est pas suffisante pour parler d'innovation. Le passage qui suit, issu de la citation précédente, véhicule à la fois les éléments de trois théories traditionnelles de la peine (rétribution, dénonciation et dissuasion générale), car l'expression « *giving adequate expression* » est suffisamment vague pour autoriser les « peines exemplaires » : « *Punishment is used in the narrow sense of a sanction imposed for the purpose of giving adequate expression to the seriousness of the offence and concern over damage done to individual rights and social interests.* » (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. x; notre souligné) De même, dans l'extrait suivant, « en reflétant un besoin de redresser le tort et de relier la disposition à la gravité de l'infraction » (*Ibid.*; notre traduction), on voit que la CRDC utilise un principe qui ne sera pas retenu dans le *Working Paper 11*, à savoir que la punition doit s'harmoniser avec la gravité attribuée à la peine. Cette définition laisse la porte grande ouverte au recours à l'emprisonnement. Dans le dernier passage de ce même extrait, la notion de punition est attachée explicitement à la finalité de rétribution, mais elle n'est pas définie comme telle : qu'est-ce que signifie *punir* dans cet extrait? Vouloir infliger volontairement une souffrance? Reprenons ce passage : « [...] punishment may contain elements of a limited retribution and emphasize the common good and the need for public protection. » (Law Reform Commission of Canada, 1974a, p. x)

Comme on sait que « les théories de la peine sont un type de discours dense et sophistiqué sur la ["punition"] » (Raupp, 2015, p. 28) et qu'elles partagent toutes l'impératif de punition, la nécessité d'exclure socialement l'individu et l'idée d'une infliction de la souffrance à ce dernier (Dubé et Cauchie, 2007), il est donc possible d'avancer que la « définition » de la punition qu'offre la Commission à ses lecteurs ici est complètement ancrée dans la RPM. D'ailleurs, elle ne fait aucune allusion dans ce passage à la possibilité de punir et de rendre justice sans viser l'infliction volontaire d'une souffrance. Cette possibilité, qui sera présente dans son *Working Paper 11* (1975), semble toutefois être absente de cette « définition » que nous trouvons dans le *Working Paper 3* (1974).

L'idée générale exprimée dans ce chapitre était celle de montrer certaines difficultés importantes qu'un lecteur qui se trouve à l'intérieur du système d'idées de la RPM pourrait rencontrer pour pouvoir comprendre le message innovateur de ces premiers textes de la Commission et pour pouvoir sortir de ce système d'idées qui fait obstacle à une évolution des structures internes du système de droit criminel. La section d'analyse suivante va indiquer un type de pratique sentencielle qui dépend

entièrement du système d'idées de la RPM : celui du cumul consécutif des peines de prison.

3.4 Éléments du système d'idées de la rationalité pénale moderne : le problème des peines consécutives d'emprisonnement

Le thème portant sur les « peines consécutives » a été surtout traité dans le *Working Paper 11* (Document de travail 11) (1975b) qui est, globalement parlant, le texte le plus innovateur parmi ceux que nous avons analysés dans la perspective de la théorie de la RPM. Or, selon nos observations, seules la question des peines consécutives et celle du principe d'harmonisation des peines qui sera évoqué ici de façon tangentielle n'ont pas réussi à sortir du cadre traditionnel du système d'idées de la rationalité pénale moderne.

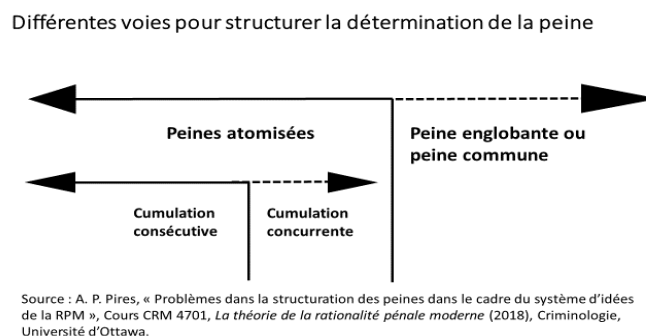
Pour commencer, soulignons que le traitement donné à ce thème, qui est à la fois complexe et délicat parce qu'il se heurte à une pratique structurelle récurrente du système de droit criminel en Europe et dans les Amériques, a été étonnamment court (une page et quatre lignes en anglais). Pires, en s'appuyant sur le travail d'un théologien brésilien (Leandro Karnal, « *Pecar e Perdoar. Deus e o Homin na História* »), rappelle que la pratique de punir chaque crime individuellement remonte à une ancienne pratique du droit canonique qui jugeait important de *nommer* et de *punir* chaque péché séparément, pour montrer qu'aucun de ces « actes en soi » ne resterait impuni. On a même l'impression que cette petite section a été écrite et ajoutée par un autre auteur tellement elle contraste avec les autres sections de ce document. Elle défait même certaines propositions préalablement faites. Nous verrons plus loin aussi qu'au moins un des commissaires à l'époque de la rédaction de ce document, J. W. Mohr (1980), a exprimé, peu de temps après, un point de vue tout à fait opposé à ce qui avait été dit concernant la punition de chaque crime individuellement. Les remarques de Mohr nous laissent voir le point de cécité majeur du système d'idées de la RPM dans le cadre de cette pratique consistant à atomiser la punition : « pour chaque crime, sa peine »³³.

Pour faciliter l'exposé, disons que le problème de départ pourrait être posé de la manière suivante : lorsqu'une personne est condamnée simultanément pour plusieurs infractions à la loi (ou pour une infraction comprenant plusieurs victimes), le tribunal doit-il établir une peine commune ou englobante pour toutes ces infractions individualisées ou, au contraire, doit-il établir une peine séparée pour chaque crime (ou en fonction du nombre de victimes)? Et si le tribunal décide de punir chaque crime séparément, comment doit-il procéder? En d'autres mots, doit-il joindre les peines de manière

³³ Nous devons ces remarques à notre codirecteur de thèse, Alvaro Pires, qui a présenté ce problème et la prise de position de J. W. Mohr dans des conférences non publiées et dans ses cours en 2018.

concurrente ou doit-il les cumuler de façon *consécutive*? La figure ci-dessous résume ces différentes voies pour structurer la détermination des peines :

Figure 1: Différentes voies pour structurer la détermination de la peine



Pires (2018) rappelle qu'en règle générale « les programmes de détermination des sanctions dans le cadre de la justice criminelle pour jeunes ont, contrairement à la justice pour adultes, pris la voie de la structure englobante afin d'éviter, entre autres choses, une pénalisation illusoire, valorisant l'infliction de la souffrance et excessive des jeunes ». Selon lui, « la peine englobante permet une autocontention beaucoup plus efficace de la réaction punitive du système, ce qui valorise et favorise l'expression des valeurs positives du système lui-même et de la société ». Il ajoute également *qu'à l'intérieur du système d'idées de la RPM*, « la structure qui favorise le plus l'autocontention de l'infliction de la souffrance par elle-même est celle de la peine concurrente et ce particulièrement si elle n'aggrave pas la peine qui serait donnée au crime le plus grave s'il était la seule infraction à pénaliser ». Pires souligne que la structure de la peine cumulative consécutive ne devient particulièrement problématique que lorsque nous l'appliquons à la durée des peines d'emprisonnement. Il rappelle que « la cumulation consécutive de peines d'amende, si elle n'est pas convertible en d'autres formes de sanction en tenant compte de la capacité financière du coupable, peut être très dommageable, mais elle n'aboutit pas à des peines de 10, 20, 30, 40 ans de perte de liberté ou davantage ». Comme nous allons voir, cette section du rapport de la CRDC va être pour la peine cumulative consécutive, tout en essayant en vain de s'autocontrôler pour ne pas mettre en cause ses recommandations précédentes. La Commission traite ici exclusivement du cas de la peine de prison.

Dans la version anglaise du Document de travail 11, la Commission ouvre cette section *en tenant pour acquise* la structure de peines consécutives. Elle écrit, à cet égard, ceci :

What provision should be made in a sentencing structure for consecutive sentences in the case

of persons who are sentenced simultaneously on several different convictions? If an offender is currently serving a prison term while convicted of a second offence, should the second term be consecutive to the first or concurrent to it so that the offender serves both at the same time? (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 25)

Dans la version française, l'ouverture de cette section se fait plutôt comme suit : « La structure des peines d'emprisonnement que nous proposons doit aussi tenir compte des auteurs de multiples infractions dont les condamnations ont été prononcées en même temps ou à intervalles rapprochées » (1975c, p. 27). Elle ne tient donc pas, dès le départ, pour acquise cette structure de peines consécutives.

Nous comprenons qu'au moment où la Commission rédige ses travaux, seuls les tribunaux décident, en exerçant leur pouvoir discrétionnaire, si la peine imposée sera concurrente ou consécutive : « At present, the court exercises discretionary powers in this respect and can ordinarily determine whether the offender will serve his prison sentences concurrently or consecutively. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 25) La législation n'a donc pas son mot à dire à ce niveau.

Dans un esprit innovateur, la Commission amorce sa réflexion sur la question, une réflexion qui pourrait être appuyée par les deux principes à la base du nouveau cadre de pensée dont nous avons parlé au premier chapitre d'analyse (autocontention et maximisation de la liberté pour tout un chacun). Elle fait une mise en garde très claire à l'égard des conséquences négatives dans le cas de l'imposition de peines consécutives :

If the law makes provision for consecutive sentences, there is a risk of extremely long sentences cumulating in individual cases. Unless some limits are imposed, such sentences may not meet the objectives of separation or denunciation as already described. In addition long consecutive terms would run counter to the principles of justice, humanity and economy (Law Reform Commission of Canada, 1975, p. 25).

Cependant, dans ce même paragraphe, l'expression « Unless some limits are imposed » laisse déjà anticiper le fait que la Commission va accepter cette structure de peines consécutives en essayant tout simplement d'établir certaines restrictions; elle ouvre la voie à cette structure qu'elle en soit consciente ou non.

En effet, la Commission dévie par la suite immédiatement de sa trajectoire innovante, pour retourner tout droit vers le chemin de la RPM. Par la position qu'elle prend dans l'énoncé qui suit, elle délaisse les deux principes à la base du nouveau cadre de pensée, au profit de la finalité de dénonciation, de dissuasion et de rétribution de la souffrance (dans la forme crime par crime et consécutivement). Elle perd ici de vue l'inclusion sociale du coupable dans le « tout un chacun » du principe de la maximisation de la liberté. En raison de son importance, cet extrait sera analysé plus en détail par la suite : « On the other hand, the complete abolition of consecutive sentences might be

interpreted as allowing certain serious criminal acts to go unpunished and might even encourage some offenders to take further risks. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 25)

Tout d'abord, la Commission accorde ici plus d'importance à la perception qui peut émerger lorsqu'on quitte le système d'idées de la RPM, qu'aux conséquences négatives de la manière concrète d'agir du système de droit. L'*interprétation* d'impunité est effectivement hautement probable pour tout observateur qui, sous l'influence du système d'idées de la RPM, en arrive à voir cela comme étant de l'impunité. En effet, sous quelles conditions pouvons-nous voir une *punition* englobante comme étant une *absence* de punition?

Ensuite, et de façon surprenante et contradictoire, nous voyons la Commission retomber dans les croyances de la théorie de la dissuasion, mais d'une théorie de la dissuasion articulée incorrectement. À moins de réfléchir dans le cadre de la théorie de la dissuasion, comment concevoir en effet qu'une *punition englobante* puisse « encourager à prendre plus de risques » et donc à commettre un crime? La Commission reprend ici de vieux arguments de justification de ce type de structure et met en péril la rationalité de sa nouvelle manière de penser la détermination des peines. Et précisions qu'elle avait, comme nous l'avons vu dans la première section du chapitre d'analyse, insisté sur le fait que cette finalité dissuasive de la peine ne pouvait aucunement justifier l'imposition de la peine d'emprisonnement.

La Commission continue en ajoutant immédiatement ceci à l'extrait précédent : « In exceptional cases, the sentence might even be considered as unfair and too short in comparison with other sentences imposed on others. » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 25) Elle amène ici comme argument, pour justifier cette structure, le principe d'harmonisation des peines, qui neutralise à la fois le principe de l'individualisation des peines et les deux principes clés à la base du nouveau cadre de pensée innovateur. Regardons comment elle introduit cette question de l'harmonisation des peines.

On voit par l'énoncé qui suit qu'elle a une difficulté importante à revaloriser et à justifier ce principe de l'harmonisation de l'infliction de la souffrance (souffrances semblables pour des crimes et des individus semblables). Elle prétend avoir recours à la valeur de l'humanité et construit le principe de « tous égaux devant la loi » exactement dans les mêmes termes que ceux de la théorie rétributiviste. En plus, sans que l'on puisse voir clairement la relation, elle évoque aussi le « *due process of law* » pour justifier l'harmonisation des peines. La justice pour jeunes n'est-elle pas capable de donner des garanties procédurales tout en optant pour une structure de « peine commune » ou « globale »? Voici son idée :

In previous papers we have expressed the belief that a major concern of a just sentencing policy must be reasonably uniform sentences for similar offences and offenders, whether this concern be expressed in legal terms of due process and equality before the law, or by moral criteria of fairness and humanity (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 33).

Ici, elle fait également appel à des arguments relevant de la morale pour justifier le cumul consécutif de l'infliction de la souffrance. Or, cela paraît plutôt aller contre l'esprit de la morale. Et de quelle façon une peine englobante pourrait-elle être « immorale »? Le critère de *fairness* qu'elle présente également dans cet énoncé ne se réfère pas à la capacité d'une peine à être adéquatement adaptée au délit et au coupable, et capable de maximiser la liberté et la sécurité de tout un chacun. Il se construit plutôt à partir d'une préoccupation visant à maximiser l'infliction de la souffrance par un cumul *consécutif* des peines et par un problème encore plus grave qui a été très bien remarqué par un des commissaires, J. W. Mohr (1980).

En effet, Mohr (1980, p. 21) attire notre attention sur un des dilemmes qu'il considère comme « continuellement négligé et même curieusement oublié dans les revendications d'amélioration de l'humanité et dans les contre-demands pour faire prévaloir la certitude de la justice » (notre traduction). Or, quel est ce dilemme? Il le présente ainsi : « [L]es actes ne peuvent pas être punis, seules les personnes. Nous ne condamnons pas les actes, seules les personnes. Les conséquences retombent sur la personne et ne sont, en général, pas liées à l'acte. » (*Ibid.*)

Dans cet ordre d'idées, Pires (2018) souligne que cet *insight* de Mohr touche à un point de cécité majeur du système de punition construit à l'aide du système d'idées de la RPM :

J. H. Mohr (1980) nous amène à voir quelque chose de fondamental. Les autorités ne voient pas que la cumulation des peines consécutives va converger vers un seul et même être humain. Elles observent chaque peine de façon atomisée et en fonction des « actes » ou d'une liste de crimes et agissent comme si elles pouvaient – et devaient même – punir chaque acte ou chaque article de la législation criminelle. Dans cette façon d'observer les choses, si l'on ne punit pas tous les crimes dans une liste, les crimes observés comme n'étant pas punis sont observés comme « impunis » même si son auteur est puni et parfois déjà trop sévèrement en partant. Un peu comme si une peine perpétuelle pour le meurtre de trois personnes dans un même événement ne serait [...] capable de punir qu'un seul de ces meurtres : deux victimes resteraient impunies... Si l'on remplace la peine perpétuelle par la peine capitale, on voit mieux le caractère illusoire de cette représentation. Or, avec cette distinction *punir les actes/punir un être humain*, quiconque décide de se localiser dans la face de la distinction qui observe « la punition des actes » va perdre de vue les conséquences ou implications de sa décision sur la protection des valeurs fondamentales de l'être humain qui sera puni de cette façon. Un tel observateur, comme le dirait von Foerster, a une forte probabilité de ne pas voir l'inhumanité de sa punition et aussi de ne pas voir qu'il ne voit pas : il va rester entièrement aveugle à l'infliction de la souffrance à autrui et à l'expression de ses propres valeurs positives dans l'action de punir (Pires, 2018; le souligné de l'auteur).

Comme on peut le voir, en amenant cet argument, la Commission perd de vue le principe d'autocontention et celui de la maximisation de la liberté pour tout un chacun, les deux principes à la base du nouveau cadre de pensée innovateur. Aussi, on voit mieux que le principe de l'harmonisation des peines est relativement secondaire. L'essentiel, c'est la perte de vue des êtres humains concrets lorsqu'on décide de punir acte par acte (et tous les actes avec une peine de prison) et d'additionner la durée des peines de façon consécutive.

Il est intéressant de noter aussi que dans un document précédent où la Commission traite également des peines consécutives par rapport à la sanction d'amende, elle propose toutefois de valoriser *l'individualisation des sentences* plutôt que l'harmonisation des peines. Sur ce point, elle va concevoir et construire différemment le principe de l'égalité devant la loi. Elle va observer, au moins jusqu'à un certain point, les implications de la punition sur les personnes condamnées. Elle écrit :

But with regard to pecuniary sanctions, equality of punishment is not achieved by uniformity in the dollar amount of fines. Clearly a fine of, say, \$100 would affect a poor man's life far more severely than a rich man's. We feel that the principle of equality would be far better served by a scheme that recognizes the financial circumstances of each individual offender (Law Reform Commission of Canada, 1974b, p. 33).

Elle laisse donc tomber le principe du *quantum* de la peine pour éviter la surpénalisation des personnes pauvres. Mais cette valorisation de l'individualisation de la peine est perdue de vue lorsque la Commission traite de ces deux thèmes : le cumul des peines et la disparité des sentences. Selon Pires,

[L]e thème de la structure des peines favorisant la cumulation consécutive des peines de prison n'est concevable qu'à l'intérieur du système d'idées de la RPM et cette structure est régulièrement reconduite, soutenue et revalorisée dans le cadre d'une opposition entre les idées de « l'école classique » et celles de « l'école positiviste » en droit criminel. Les idées de l'école classique, fondées sur le rétributivisme et la théorie de la dissuasion générale, soutiennent la nécessité de punir chaque crime séparément pour combattre la criminalité et renforcer les valeurs de la société. Quant aux idées de l'école positiviste, elles recommandent de décider en fonction de la « personnalité » du coupable, du progrès ou non de sa réhabilitation dans la prison et de son degré variable de « dangerosité » (au sens large). Aucune de ces deux positions ne prend en compte l'autocontention et les droits fondamentaux, car la distinction *punir l'acte/punir la personnalité* ne suscite pas les mêmes implications que la distinction *punir les actes séparément/punir un être humain (préservant aussi ses droits fondamentaux à la liberté et à la dignité humaine)*. L'*insight* de Mohr (1980) est d'autant plus important qu'il nous permet de voir aussi la différence entre *punir la personnalité/punir une personne* et *punir les actes/punir une personne*. Les deux faces de la première distinction se retrouvent dans le système d'idées de la RPM, ce qui n'est pas du tout le cas de la deuxième. Cette dernière est stimulée par une perspective fondée sur les droits fondamentaux de tout un chacun. Par conséquent, nous ne devons pas plus punir les actes-crimes séparément qu'une personnalité ; au contraire, nous devons être conscients du fait que toute punition va retomber sur un « sujet de droits (fondamentaux) », dans le langage traditionnel du droit. L'observateur peut alors assurer à la fois

une « surveillance épistémologique » (Bachelard) et éthico-juridique sur sa propre manière de réagir (Pires, 2018, notes manuscrites).

Quant au thème de la disparité des sentences, Pires (2018) croit qu'il a contribué, à partir des années 1970, à dévier l'attention des critiques adressées à la prison et des problèmes soulevés par l'usage généralisé et outrancier des peines de prison. À son avis, en tant que tel, ce thème peut être entièrement traité et largement résolu en dehors du système d'idées de la RPM, sans la médiation du principe de l'harmonisation des peines et sans imposer de restrictions à l'individualisation des peines. Il cite à cet égard aussi un autre *insight* du criminologue anglais Michael Tonry (1995) qui fait une courte démonstration selon laquelle la simple réduction de l'usage et de la durée des peines de prison est capable de rendre dérisoire tout problème d'apparence de disparité des peines. « L'égalité devant la loi », dit Pires (2018), « devient alors un accomplissement par une autre voie, une voie innovatrice et plus ajustée aux droits fondamentaux » (*Ibid.*). Cependant, dans la deuxième moitié du 20^e siècle, ce thème aurait été *surtout* traité par les juristes et par les sciences sociales *sans quitter les cadres de la RPM*. Dans ces conditions, le souci d'égalité des peines va produire un énorme effet pervers : un « retour à Kant qui se trouve enfermé dans la RPM » (Pires, 2018, notes manuscrites), une revalorisation et un renforcement de l'usage des peines d'emprisonnement ainsi qu'un « retour en force » aux finalités opposées à la réhabilitation et centrées sur l'infliction de la souffrance aux coupables : rétribution, dénonciation et dissuasion générale. Il était presque impossible, selon Pires (2018), pour la CRDC d'échapper entièrement à ces pressions et ces tendances idéologiques de son époque.

Cependant, il faut signaler l'effort important que la Commission a déployé pour tenter d'innover, malgré cette brèche et cette ouverture au cumul consécutif des peines de prison. Dans l'énoncé qui suivra, elle va restreindre le cumul des peines consécutives à quatre critères importants à l'aide des deux principes juridiques clés : celui de l'autocontention et celui de la maximisation de la protection de la liberté pour tout un chacun.

Tout d'abord, elle va accorder une priorité au principe de la peine *concurrente* (par opposition à la peine cumulative consécutive). En faisant cela, chaque crime peut être « puni séparément », mais de façon englobante, concurrente et sans que cela produise un effet cumulatif pervers sur la perte de liberté.

Deuxièmement, elle va proposer une première limite au cumul consécutif qui existait déjà dans d'autres juridictions. Cette limite consiste à prendre la peine maximale du crime plus grave comme limite pour l'aggravation due aux peines consécutives. Par exemple, si la peine maximale du crime le plus grave est de 5 ans ou de 10 ans, le cumul des peines ne peut pas excéder 5 ou 10 ans selon le cas.

Rappelons que la CRDC a recommandé l’abolition de la peine perpétuelle, une révision en profondeur de toutes les peines maximales dans le Code criminel et qu’elle a aussi réduit les raisons pour sélectionner la peine de prison. De toute évidence, tout cela, pris dans son ensemble, réduirait considérablement la place de l’emprisonnement dans la pratique sentencielle.

Troisièmement, la Commission va proposer que le cumul consécutif ne soit applicable que dans les cas où les crimes individualisés par la mise en accusation aient été pratiqués dans des situations et des contextes différents. Par exemple, trois homicides dans le cas d’un même vol de banque n’autoriseraient pas un cumul *consécutif* des peines, mais donneraient lieu à une peine commune concurrente. Selon Pires (2018, notes manuscrites), cette proposition existait déjà dans la doctrine pénale classique à l’aide de la distinction technique « crime continu/crimes discontinus » pour autocontrôler la sévérité des peines qui sont données à l’intérieur même du système d’idées de la RPM.

Quatrièmement, la Commission réaffirme sa proposition consistant à maintenir le seuil maximal de 20 ans pour la durée de toute peine d’emprisonnement et elle n’écarte pas la possibilité d’une libération conditionnelle si le condamné ne représente pas ou ne représente plus un danger sérieux à la sécurité des autres. On peut toutefois conclure, encore une fois, que malgré la brèche incohérente qu’elle ouvre aux finalités de dissuasion, de rétribution et de dénonciation, elle va réussir à contenir les implications de cette brèche dans des limites « innovatrices » en comparaison de ce qui se fait présentement sur ce plan.

Nous rencontrons non seulement, encore une fois, des différences significatives entre les deux versions du document (version anglaise/française) dans les deux paragraphes qui présentent ces restrictions, mais nous rencontrons aussi, en raison d’un manque de clarté, une difficulté d’interprétation pour chacune des versions présentées. Comme nous le verrons, dans le premier paragraphe présenté ci-après, les deux versions nous paraissent même contradictoires : la version anglaise étant plus restrictive vis-à-vis des peines consécutives et beaucoup plus campée dans le principe d’autocontention que ne l’est la version française. Pour faciliter le travail d’interprétation, nous avons cru utile d’ajouter notre propre traduction française de la version anglaise, afin de marquer les problèmes que pose la traduction officielle que l’on retrouve dans le document. Voici ce premier tableau qui présente un énoncé du *Working Paper 11* et du Document de travail 11 respectivement :

Tableau 3 : Restrictions aux peines consécutives de prison

Premier paragraphe Restrictions aux peines consécutives de prison (1975b, p. 25; notre souligné)	Premier paragraphe Restrictions aux peines consécutives de prison (1975b, p. 27; notre souligné)
« We believe therefore that the courts should retain the power to sanction several offences by a common sentence that can be longer than that for a single offence. However, such power should not apply to offences arising out of the same criminal enterprise, but to wholly separate conduct. Finally, the sentence in such cases should always respect the general objectives of imprisonment and take into consideration the criteria for the imposition of a common sentence formulated in the sentencing guide ». Notre traduction avec un éclaircissement entre crochets : « Nous pensons donc que les tribunaux devraient conserver le pouvoir de sanctionner plusieurs infractions par une peine commune qui peut être plus longue que celle prévue pour une seule infraction. Toutefois, ce pouvoir [<i>d'imposer une telle peine commune</i>] ne devrait pas s'appliquer aux infractions découlant d'une même entreprise criminelle, mais à des comportements totalement distincts. Enfin, la peine prononcée dans ces cas devrait toujours respecter les objectifs généraux de l'emprisonnement et prendre en considération les critères d'imposition d'une peine commune formulés dans le guide des peines ».	« Aussi, croyons-nous que les tribunaux devraient conserver le pouvoir d'imposer une sanction commune à plusieurs infractions, celle-ci étant plus forte que la sanction prononcée à l'égard d'une seule de ces infractions. Ce pouvoir [<i>d'imposer une telle peine commune</i>] ne devrait toutefois pas s'appliquer à des infractions qui, tout en découlant de la même entreprise criminelle, se rapportent à des conduites tout à fait distinctes. Enfin, le prononcé de cette peine devrait toujours respecter les objectifs généraux des peines privatives de liberté, et tenir compte des critères relatifs à l'imposition d'une peine commune, lesquels devront figurer dans le "manuel de sentencing". »

Les implications de cette différence paraissent être les suivantes. D'abord, dans la version anglaise, il est bien dit que la peine commune *pourrait* être plus longue (« *can be longer* ») que la plus longue des peines venant se rattacher à l'un des crimes commis. Dans la version française, on part du principe que cette peine sera d'office plus longue (« celle-ci étant plus forte », y précise-t-on). La version anglaise conçoit la possibilité que cette peine commune ne soit pas plus longue, alors que la version française l'exclut d'entrée de jeu.

De plus, si pour exposer le deuxième problème on prenait comme exemple le cas d'un homicide commis lors d'un vol à main armée (même « entreprise criminelle », mais deux conduites tout à fait distinctes, homicide et vol), la version française exclut alors catégoriquement la possibilité d'un recours à la sentence commune, car celle-ci, rappelons-le, « ne devrait [...] pas s'appliquer à des infractions qui, tout en découlant de la même entreprise criminelle, se rapportent à des conduites tout à fait distinctes » (Commission de réforme du droit du Canada, 1975b, p. 27). Ce que la version française semble alors privilégier, dans la formulation de son exception, c'est un retour au principe des peines consécutives : lorsque les conduites sont différentes, et ce même si elles ont été adoptées dans le cadre d'une même entreprise criminelle, la peine commune, même plus longue, ne peut pas être utilisée : des peines consécutives doivent alors être privilégiées. Le principe d'autocontention est abandonné et la RPM reconduite. Lorsque pour le même cas on traverse du côté de la version *anglaise*, où il est dit que la sentence « commune » « should not apply to offences arising out of the same

criminal enterprise » (Law Reform Commission of Canada, 1975b, p. 25), mais être plutôt réservée aux cas impliquant « wholly separate conducts » (*Ibid.*), le sens du principe semble alors être le suivant : on ne doit pas utiliser la peine commune lorsque des peines *concurrentes*, non consécutives, seraient plus appropriées. En droit criminel, les peines concurrentes se justifient effectivement lorsque les conduites reprochées « aris[e] out of the same criminal enterprise ». Autrement dit, et en appliquant les différences à notre exemple, l'individu reconnu coupable du vol de banque et de l'homicide commis dans cette même entreprise criminelle, devrait, selon la version française, recevoir des peines consécutives et non la peine commune (car il s'agit de différentes conduites, en l'occurrence de vol et d'homicide), tandis que dans la version anglaise, au contraire, puisqu'il s'agit d'une même entreprise criminelle, on devrait privilégier la peine concurrente et non la peine commune, pas même la peine commune plus longue ou aggravée.

La difficulté d'interprétation pourrait ici être en partie reliée au sens du terme « sanction commune », car dans un certain sens, une sanction commune *qui ne serait pas plus longue* pourrait être comprise comme étant synonyme de *sanctions concurrentes*, et la sanction commune *plus longue*, comme étant synonyme de *sanctions consécutives*. Le principe d'une sanction commune qui serait plus longue qu'elle ne l'aurait été sous le principe des peines concurrentes continue en effet de refléter un principe de cumul consécutif, d'addition, d'ajout de quelque chose par-dessus quelque chose d'autre. Ce n'est pas dans ce sens que nous avons pour notre part utilisé l'expression de sanction commune ou englobante dans le travail de distinction conceptuelle que nous avons présenté plus haut dans la *Figure 1*.

Dans le cas du deuxième paragraphe, ci-, la différence que nous relevons est tout aussi subtile et tout aussi lourde de conséquences que cette dernière. Comme dans le tableau précédent, le tableau qui suit nous permet d'attirer l'attention sur ce problème à l'aide des passages qui se trouvent soulignés dans les deux versions. Le texte en anglais offre plus clairement l'idée au lecteur que la limite de 20 ans est *incontournable*, tandis que la version en français laisse planer la possibilité d'aller au-delà de 20 ans. L'interdiction nous semble moins catégorique et claire dans la version française que dans la version anglaise, ce qui pourrait aussi venir appuyer l'idée d'une différence de position entre les deux versions par rapport au principe d'autocontention. Voici ce tableau qui présente un énoncé du *Working Paper 11* et du Document de travail 11 respectivement :

Tableau 4 : Seuil maximal d'une sentence consécutive

Deuxième paragraphe : Seuil maximal d'une sentence consécutive : ne pas dépasser, <u>en aucun cas</u>, 20 ans (1975b, p. 25-26; notre souligné) « In general, we believe the maximum term for each category of offence will be sufficient to reach the objectives the court has in mind and when it is necessary to exceed such maximum terms by imposing consecutive sentences, the court should justify its decision in terms of the doctrine of the least drastic alternative. However, no common sentence should be in excess of double the maximum permitted for the most serious offence and in any event no more than twenty years. »	Deuxième paragraphe : Seuil maximal d'une sentence consécutive : La limite maximale de 20 ans <u>ne devrait pas</u> être dépassée (1975b, p. 27-28; notre souligné) « Règle générale, nous croyons cependant que les maxima qui seront fixés dans chacune des catégories s'avèreront suffisants pour atteindre les objectifs visés par le tribunal. Lorsque celui-ci estimera devoir excéder ces maxima, il devra motiver sa décision et démontrer qu'elle respecte le principe du choix des "moyens les moins draconiens". Toutefois, aucune sanction commune ne devrait dépasser le double du maximum prévu pour l'infraction la plus grave, ou 20 ans. »
---	---

Dans la version anglaise, on considère que si —et à la lumière du paragraphe précédent, on comprendre que ce sera *seulement si*— la peine commune plus longue était nécessaire, elle ne devrait *en aucun cas* (« *in any event* ») aller au-delà de 20 ans, *pas plus que ne le devraient par ailleurs les peines consécutives*. On semble vouloir éviter ici, d'un côté comme de l'autre, les exagérations semblables à celles que connaissaient à l'époque les États-Unis et auxquelles le Canada—certes dans une moindre mesure—s'est depuis lui-même livré. Dans la version française, la formulation est moins catégorique; la sanction commune ne devrait pas dépasser 20 ans. Le principe d'autocontention semble encore une fois s'exercer avec moins de force que dans la version anglaise. Ceci n'est pas qu'un problème linguistique de traduction, c'est un problème qui montre la difficulté que représente la tâche de sortir clairement de la RPM et aller franchement vers un droit criminel plus humain, moins punitif, et sensible au principe d'autocontention.

Précisons que cette partie de notre travail ne se veut pas une « critique » ou un reproche adressé aux travaux de la Commission. Elle vise plutôt à montrer les difficultés que nous devons surmonter pour instituer un principe d'autocontention et sortir de façon claire et nette du système d'idées de la RPM pour penser de façon innovatrice la réforme du droit criminel en matière de détermination des peines. Il faut plutôt y voir des remarques « collaboratrices » avec le travail entrepris par la Commission. Même si les recommandations de ce rapport avaient été suivies à la lettre, incluant ce vestige de la RPM concernant les peines consécutives, le droit criminel canadien aurait connu sans aucun doute une sorte d'évolution qualitative de palier au sens de la théorie de la RPM élaborée conjointement par Pires et ses divers collaborateurs. On ne pouvait pas s'attendre à ce qu'elle propose une reconstruction complète et totale des idées rattachées à ce système d'idées dans les années 1970. Elle en a déjà fait beaucoup dans peu de pages, surtout dans son *Working Paper 11*.

Conclusion

Confrontée au problème de l'immobilisme du SDC moderne, plutôt que de nous intéresser à ses causes nous nous sommes penchée sur la recherche des idées favorisant l'innovation. Nous parlons ici des idées innovatrices capables de susciter une autotransformation des structures normatives et décisionnelles internes du système si elles sont acceptées, intégrées et généralisées par ce dernier. Peu d'écrits accordant une importance centrale à ce sujet sont actuellement disponibles. Nous pensons, par exemple, à quelques articles et à la thèse doctorale de Richard Dubé (2008). Dans notre cas, nous avons cherché à faire ressortir des idées présentes dans les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada. En nous intéressant aux idées développées par la Commission, nous avons pu retenir nos conjectures de départ selon lesquelles (au moins) les premiers documents qu'elle avait produits en matière criminelle avaient proposé une quantité importante d'éléments innovateurs dans la perspective de la théorie de la RPM, et ce indépendamment des énormes défis à relever.

En ce sens, comme nous l'avons mentionné dans la section méthodologique, nous avons observé différents types d'idées qui ont été produits par la CRDC. Nous tenons à rappeler que les catégories que nous avons mises en place ont subi des modifications au cours du travail empirique, ce qui était par ailleurs attendu. Les catégories ne donnent donc pas lieu à une analyse tout à fait étanche. Au départ, quatre catégories ont été mises en place dans une grille pour distinguer et sélectionner les idées dans les documents de la CRDC. Nous avons commencé par créer deux pôles opposés : une catégorie pour les idées à première vue clairement innovatrices et clairement présentées et, à l'autre extrême, une catégorie pour les idées clairement attribuables, du moins aussi à première vue, au système d'idées de la RPM. La situation était évidemment loin d'être aussi tranchée. Il nous a fallu alors concevoir rapidement deux autres catégories intermédiaires. En effet, en lisant les documents, nous nous sommes aperçue qu'il y avait des éléments innovateurs qui n'étaient pas assez développés ou suffisamment explicités pour prévenir une lecture pouvant glisser aisément vers le système d'idées de la RPM. Finalement, certaines idées n'avaient tout simplement pas été assez développées et travaillées dans les documents publiés pour pouvoir les caractériser comme étant des innovations, mais elles semblaient avoir virtuellement le potentiel de le devenir. Nous croyons que ces quatre catégories, prises ensemble, nous ont permis de faire une analyse plus nuancée de notre matériau empirique, ainsi que d'« extraire » un bon nombre d'idées allant dans la direction d'une reconstruction des structures sentencielles.

Dans la première section du chapitre d'analyse, sur les éléments innovateurs, nous avons premièrement montré l'émergence de l'esquisse d'un nouveau cadre de pensée, d'une nouvelle

« rationalité pénale », distincte de la « rationalité pénale moderne ». Évidemment, ce nouveau cadre esquissé par la Commission n'a pas reçu encore une nouvelle appellation, du moins de façon généralisée. Dans les documents, ce cadre est formé par une prise en considération sérieuse du principe de la maximisation de la liberté (et de la sécurité) pour tout un chacun et par celui de l'autocontention. Ces deux principes étaient tout à fait explicites. Cependant, à la fin de ce travail, nous croyons qu'il est également possible d'ajouter une sorte de troisième principe. Ce dernier était implicite, mais il a traversé tous les textes, y compris *Working Paper 11* qui nous est apparu de loin le plus innovateur dans notre corpus empirique. Il s'agit du principe de « sécurité pour tout un chacun ». Ce principe était particulièrement visible dans la principale raison pour recourir à une peine d'emprisonnement, et surtout celles pouvant avoir une plus longue durée, mais *sans hypothéquer* pour cette raison la possibilité d'une libération conditionnelle des personnes condamnées à la prison. Aucun terme minimal législatif pour cette libération ne devrait être prévu. On voit donc que la notion de « sécurité » inclut aussi la protection de la liberté éventuelle du condamné dès que cela est jugé possible. Et « jugé possible » signifie qu'il/elle n'est plus évalué comme posant un danger sérieux et attendu à la sécurité physique des autres.

Ces trois principes de base – ou ces trois piliers éthico-juridiques – ont réussi à suggérer de nouvelles pratiques sanctionnatrices pour contrôler le recours abusif et illusoire à l'emprisonnement, les illusions dans la pratique sentencielle et les décisions incapables d'exprimer dans la sanction donnée les valeurs positives du droit. Tout au long de l'analyse, bon nombre d'énoncés pouvaient faire l'objet de l'application de cette base formée de ces trois piliers : certains énoncés mobilisaient de façon manifeste les trois principes, d'autres le faisaient de façon latente. Nous pensons notamment à la proposition de la Commission visant à abolir non seulement la peine de mort, mais également la référence même à une peine perpétuelle (obligatoire ou facultative). Ces peines sont évidemment paradoxales, puisqu'elles ne laissent pas voir la liberté et la sécurité *pour tout un chacun*. Par ailleurs, ces deux peines ne reflètent pas non plus le principe d'autocontention.

Deuxièmement, la position de la CRDC face à l'emprisonnement est particulièrement originale. Elle essaie de créer une barrière ou un fossé entre les *finalités traditionnelles de la peine* (dissuasion, dénonciation, rétribution et réhabilitation en prison) qui continuent de stimuler et de justifier le recours facile à la peine de prison (et à de longues peines) et les *raisons singulières* autorisant ledit recours. Ceci est, à notre avis, sa proposition la plus originale. C'est dans ce contexte qu'elle réduit au nombre de trois les raisons et conditions pouvant justifier l'attribution d'une peine de prison : (i) lorsque la personne condamnée pose un risque sérieux de sécurité physique aux autres; (ii) lorsque cette personne refuse délibérément de se soumettre à toute autre sanction ou ordonnance; (iii) et lorsque le tribunal,

dans certaines circonstances, juge nécessaire de dénoncer la conduite par la médiation de l'infliction délibérée de la souffrance. Cette dernière raison, nous avons vu, ne se libère pas du système d'idées de la RPM. Cependant, la Commission va circonscrire cette finalité de dénonciation à un maximum de trois ans et elle autorise le condamné à faire une demande de révision de ce terme après en avoir purgé une partie.

Troisièmement, nous avons relevé l'idée de la valorisation de sentences « positives » ou « créatives ». Ces sanctions visent à stimuler, d'un côté, l'implication active du coupable et, de l'autre, la reconnaissance de l'autoresponsabilisation de ce dernier par les tribunaux. La Commission parlait ici de sanctions qui produisent quelque chose de positif allant du coupable vers la victime : de l'argent, des excuses ou des travaux par l'entremise du dédommagement ou de travaux communautaires, par exemple. Cette idée était notamment soutenue pour limiter le recours aux sanctions « négatives » et pour maintenir le condamné dans sa communauté.

Quatrièmement, la Commission va proposer aussi un nouveau partage des tâches dans la détermination des peines, entre le Parlement et les tribunaux. Dans ce nouveau « contrat de collaboration » entre les deux pouvoirs, le Parlement devrait renoncer à l'idée de vouloir amener les tribunaux à imposer nécessairement la peine de prison et, plus encore, une quantité minimale de peine de prison.

Concernant les éléments qui n'ont pas été suffisamment développés, nous retrouvons la position de la CRDC concernant le projet de réhabilitation d'une manière générale. La Commission a développé à cet égard plusieurs éléments innovateurs, mais elle aurait pu aller plus loin si elle avait pris conscience clairement de l'émergence d'une nouvelle théorie de la réadaptation sociale qui se développait à ce moment. Nous avons cependant signalé que le contexte social de l'époque ne favorisait pas cette prise de conscience.

Par rapport aux éléments sous-développés qui n'ont pas permis de se détacher entièrement de la RPM, nous avons porté une attention spéciale à la définition du concept de punition (et ses équivalents). Nous avons signalé qu'un détachement complet de cette définition n'était pas une tâche facile, loin de là, car ni la philosophie, ni la doctrine du droit criminel, ni les sciences sociales n'avaient également pu accomplir ce travail. La Commission a toutefois partiellement réussi à se détacher de la définition classique de la punition en proposant des formes de punitions « positives » ou « constructives ». Elle a montré qu'il était possible de « punir » sans chercher à infliger au coupable une souffrance délibérée qui aurait une valeur par elle-même. La seule exception visible a été par rapport à la finalité de dénonciation et son traitement du thème des « peines consécutives ».

Finalement, par rapport aux idées qui sont demeurées dans la RPM, nous avons la question des

peines cumulatives. Nous avons indiqué que la CRDC a vu le problème que cette pratique posait à l'égard de ces trois principes directeurs, mais qu'elle n'a pas réussi à faire de propositions en dehors du système d'idées de la RPM à cet égard.

À l'issue de ces observations, cette recherche nous a permis de voir que la production d'idées innovatrices n'est ni facilement exécutable, ni une tâche de tout repos. Ce serait peut-être dû au fait qu'il est encore très difficile de sortir du système d'idées de la RPM.

Bien que nous n'ayons pu identifier un nouveau système de pensée à proprement parler dans les idées présentées par la CRDC, nous avons toutefois repéré l'esquisse innovatrice d'un système d'idées alternatif. Nous espérons que les idées présentées ici puissent servir de base à ce travail collectif visant à favoriser l'innovation dans les pratiques sentencielles du système de droit criminel, qu'« autour de l'idée innovatrice », pour le dire comme Dubé, « d'autres idées innovatrices [puissent] venir se rattacher et éventuellement former un nouvel ensemble discursif, un nouveau système de pensée » (Dubé, 2008, p. 300).

À la lumière de tout ce qui précède, nous devons désormais concevoir la réforme du droit d'abord comme une autotransformation du système et, ensuite, comme un message d'appui aux opérateurs du droit et du système politique, car « [l']environnement ne détermine pas le système, c'est le système qui détermine comment l'environnement peut "intervenir" à l'interne » (Labonté, 2019, p. 229).

Bibliographie

- Alter, N. (2005). *L'innovation ordinaire*. Presses Universitaires de France.
- Bateson, G. (1972). *Steps to an ecology of mind*. The University of Chicago Press.
- Beaud, J.-P. (1984). Les techniques d'échantillonnage. Dans B. Gauthier (dir.), *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*. Presses de l'Université du Québec.
- Bell, E. (2010). Anglo-Saxon Sociologies of the Punitive Turn: A Reply. Réponse à Nicolas Carrier. *Champ Pénal/Penal Field*, VII, 1-13.
- Berthelot, J.-M. (2000). Épistémologie et sociologie de la connaissance scientifique. *Cahiers Internationaux de Sociologie*, 109, 221-234.
- Carrier, N. (2010). Sociologies anglo-saxonnes du virage punitif. Timidité critique, perspectives totalisantes et réductrices. *Champ pénal/Penal field*, VII, 1-36.
- Cauchie, J.-F. (2005). Un système pénal entre complexification et innovations : Le cas ambivalent des travaux communautaires belges. *Déviance et Société*, 29(4), 399-422.
- Cauchie, J.-F. (2011). Les travaux communautaires belges au cœur d'une nouvelle théorie de la réhabilitation? Dans « *Justice!* ». *Entre pénalité et socialité vindicatoire* (p. 131-148).
- Cauchie, J.-F. et Kaminski, D. (2007a). Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale. *Champ pénal*, IV, 1-24.
- Cauchie, J.-F. et Kaminski, D. (2007b). L'innovation pénale : oxymore indépassable ou passage théorique obligé? *Champ pénal/Penal field*, 1-6.
- Cellard, A. (1997). L'analyse documentaire. Dans *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 251-271). Gaëtan Morin.

- Cho, J. et Lee, E.-H. (2014). Reducing Confusion about Grounded Theory and Qualitative Content Analysis: Similarities and Differences. *The Qualitative Report*, 19(32), 20. <https://doi.org/10.46743/2160-3715/2014.1028>
- Commission de réforme du droit du Canada. (1974). *Document de travail 3. Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*. Information Canada. <http://archive.org/details/principesdetermin00lawr>
- Commission de réforme du droit du Canada. (1975a). *Document de travail 10. Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité*. Information Canada. <http://archive.org/details/confinsdroitpenal00lawr>
- Commission de réforme du droit du Canada. (1975b). *Document de travail 11 : Emprisonnement, libération*. Ministère de la justice du Canada.
- Commission de réforme du droit du Canada. (1976a). *Rapport 2. Principes directeurs : sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal* (n° 2). Ministère de la justice du Canada.
- Commission de réforme du droit du Canada. (1976b). *Rapport 3. Notre droit pénal* (n° 3). Ministère de la justice du Canada.
- Dubé, R. (2007). *Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale : contributions conceptuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann. Champ pénal*.
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet, 1969* [thèse de doctorat]. Université du Québec à Montréal.
- Dubé, R. (2012). La théorie de la dissuasion remise en question par la rationalité du risque. *La Revue Canadienne Droit et Société*, 27(1), 1-29. <https://doi.org/10.3138/cjls.27.1.001>
- Dubé, R. (2013). Les angles d'observation de la rationalité pénale moderne et la recherche empirique. Dans R. Dubé, M. R. Machado et M. Garcia (dir.), *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques* (Les Presses de l'Université d'Ottawa, p. 15-32).

- Dubé, R. (2017). Niklas Luhmann et l'observation empirique du droit : communication, fonction, code et programme. *Droit et société*, (96), 381-400.
- 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. <https://doi.org/10.3917/ds.314.0465>
- Dubé, R. et Garcia, M. (2017). Le judiciaire, la détermination de la peine et la polycontextualité de l'opinion publique. *Canadian Journal of Law & Society / La Revue Canadienne Droit et Société*, 32(1), 55-74. <https://doi.org/10.1017/cls.2016.41>
- Dubé, R., Garcia, M. et Machado, M. R. (dir.). (2013). *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques* (Les Presses de l'Université d'Ottawa).
- Dubé, R. et Labonté, S. (2016). La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne. *Les Cahiers de droit*, 57(4), 685-713. <https://doi.org/10.7202/1038262ar>
- Dubé, R. et Pires, A. (2009). La refondation de la société moderne. Dans R. Dubé, A. Pires, Pascal Gin et W. Moser (dir.), *Modernité en transit* (p. 111-138). Presses de l'Université d'Ottawa.
- Duchastel, J. (2005). Transformation de l'état : impact sur les politiques et les pratiques pénales.
- Duchastel, J. et Laberge, D. (2014). Beyond the quantitative and qualitative clivage. Confluence of research operations in discourse analysis. *Zeitschrift für Diskursforschung (ZFD)(Heft 2)*, 166-183.
- Fortin, J. (1982). La commission de réforme du droit du Canada : un bilan succinct. *Criminologie*, 15(1), 105-112.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (Gaillimard).
- Garcia, M. (2007). Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel. *Champ pénal/Penal field*, 15. <https://doi.org/10.4000/champpenal.1192>

- 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. (2013). La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel. Dans M. Garcia, R. Dubé et M. Rocha Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques* (Les Presses de l'Université d'Ottawa, p. 37-68).
- Glaser, B. B. et Strauss, A. (1967). *The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research*. Aldine, 1973.
- Gouvernement du Canada, M. de la J. (2021). *Légalisation et réglementation du cannabis*. Ministère de la Justice Gouvernement du Canada. <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/cannabis/>
- Jaccoud, M. (2007). Innovations pénales et justice réparatrice. *Champ pénal*, 1-14.
- Labonté, S. (2013). *La théorie de la dissuasion et sa rationalité coûts/bénéfices : les remises en question d'une rationalité du risque* [thèse de maîtrise, Université d'Ottawa]. <http://ruor.uottawa.ca/handle/10393/24119>
- Labonté, S. (2019). *La construction judiciaire de la victime et de ses attentes dans la sentence du droit pénal : vers un nouveau fondement du droit de punir?* [thèse de doctorat, Université d'Ottawa]. <http://ruor.uottawa.ca/handle/10393/39787>
- Lachambre, S. (2011). *La théorie de la dénonciation: émergence et institutionnalisation en droit criminel* [thèse de doctorat]. Université d'Ottawa.
- Lalande, P. (1990). *L'évolution de la Commission de réforme du droit du Canada à travers la littérature canadienne: ou la modération dans la réforme du droit. Document non publié. Travail présenté à M. Alvaro Pires dans le cadre du séminaire de doctorat CRI 7315. École de criminologie. Université de Montréal. Montréal.*

- Lalande, P. (2006). Punir ou réhabiliter les contrevenants? Du « Nothing Works » au « What Works ». Montée, déclin et retour de l'idéal de réhabilitation. Dans *La sévérité pénale à l'heure du populisme* (p. 31-77). Ministère de la Sécurité publique du Québec. <http://www4.banq.qc.ca/pgq/2006/3183542.pdf>
- Landreville, P. (1986). Évolution théorique en criminologie: l'histoire d'un cheminement. *Criminologie*, 19(1), 11-31. <https://doi.org/10.7202/017224ar>
- Law Reform Commission of Canada. (1974a). *Working Paper 3. The principles of sentencing and dispositions*. Information Canada. <http://archive.org/details/principlesofsent00lawr>
- Law Reform Commission of Canada. (1974b). *Working Paper 5&6. Restitution and compensation. Fines*. Information Canada. <http://archive.org/details/restitutioncompe00lawr>
- Law Reform Commission of Canada. (1975a). *Working Paper 7. Diversion*. Information Canada.
- Law Reform Commission of Canada. (1975b). *Working Paper 11. Imprisonment and release*. Information Canada. <http://archive.org/details/imprisonmentrele00lawr>
- Law Reform Commission of Canada. (1976a). *Report 2. Guidelines: a Report on Dispositions and Sentences in the Criminal Process*. Information Canada. <http://archive.org/details/reportondisposit00lawr>
- Law Reform Commission of Canada. (1976b). *Report 3. Our criminal law*. Information Canada. <http://archive.org/details/ourcriminallawre00lawr>
- Law Reform Commission of Canada. (1976c). *Report to Parliament on mental disorder in the criminal process*. Information Canada.
- Law Reform Commission of Canada. (1978). *Report on Sexual Offences* (n° 10). Law Reform Commission of Canada.
- Law Reform Commission of Canada. (1991). *Report on aboriginal peoples and criminal justice equality, respect and the search for justice as requested by the Minister of Justice under Subsection 12(2) of the « Law Reform Commission Act »*. The Commission.

- Martinson, R. (1974). What Works? Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, 35, 22-54.
- Ministère de la Justice du Canada. (2015). *Les organismes de réforme du droit*. Ministère de la Justice
Gouvernement du Canada. <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rd-lr/page2.html>
- Mohr, J. W. (1980). New Directions in Sentencing. Dans B. A. Grossman (dir.), *New Directions in Sentencing* (Butterworths, p. 19-31).
- Morris, N. et Rothman, D. J. (1995). Introduction. Dans *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in western society* (p. vii-xiv). Oxford University Press.
- Mucchielli, A. (2002). Épistémologie des méthodes qualitatives. Dans *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines et sociales* (p. 56-62). Armand Colin.
- Ost, F. (2007). Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme. Dans Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, S. Van Drooghenbroeck et M. Van de Kerchove (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* (p. 6-15). Presses de l'Université Saint-Louis.
<http://books.openedition.org/pusl/22512>
- Pires, A. P. (1987). La réforme pénale au Canada : l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11-55.
- Pires, A. P. (1990). Le devoir de punir : Le rétributivisme face aux sanctions communautaires. *Canadian Journal of Criminology*, 32, 441-460.
- Pires, A. P. (1997). Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique. Dans *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 113-169). Gaëtan Morin éditeur.
http://classiques.uqac.ca.proxy.bib.uottawa.ca/contemporains/pires_alvaro/echantillonnage_recherche_qualitative/echantillonnage.html

- Pires, A. P. (2001). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et sociétés*, 33(1), 179.
- Pires, A. P. (2002). Codifications et réformes pénales. Dans L. Mucchielli et P. Robert (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs* (Éditions la Découverte, p. 84-92).
- Pires, A. P. (2008a). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. Dans *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (Larcier, vol. 1-3, vol. 2, p. 23-76). Larcier.
- Pires, A. P. (2008b). Kant face à la justice criminelle. Dans *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (Larcier, vol. 1-3, vol. 2, p. 175-240). Larcier.
- Pires, A. P. (2012). Les peines radicales : construction et « invisibilisation » d'un paradoxe. Dans I. Mereu (dir.), *La mort comme peine. Essai sur la violence légale*. Larcier.
- Pires, A. P. (2013). 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* (Les Presses de l'Université d'Ottawa, p. 289-319).
- Pires, A. P. (2015). L'adoption intersystémique des énoncés de sens : le concept de punition en matière criminelle. Dans L. K. Sosoe (dir.), *Le droit - un système social. Law as a Social System : un commentaire coopératif de Niklas Luhmann* (p. 244-333). Georg Olms Verlag.
- Pires, A. P. (2018). *Problèmes dans la structuration des peines dans le cadre du système d'idées de la RPM* [cours de premier cycle crm 4701a; la théorie de la rationalité pénale moderne]. Cours de premier cycle CRM 4701A; La théorie de la rationalité pénale moderne communication présentée au Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2020a). *Éléments pour reconstruire le travail méthodologique en sciences sociales* [allocution d'ouverture. notes manuscrites de l'auteur]. Allocution d'ouverture. Notes

manuscrites de l'auteur communication présentée au Colloque de l'Association pour la recherche qualitative (ARQ).

Pires, A. P. (2020b, Automne). *La pénalisation de l'homicide au Canada (1955-2020). Une étude de cas sur la puissance de certaines idées à stimuler l'infliction de la souffrance à l'autrui condamné. CRM 4701A* [cours de premier cycle crm 4701a]. Cours de premier cycle CRM 4701A communication présentée au Département de Criminologie, Université d'Ottawa.

Pires, A. P. (Sous presses). Fait, norme et valeur : au-delà du traité des Tordesillas. L'apport de Max Weber. Dans P. Corriveau, G. Pelletier, A. P. Pires et L. K. Sosoe (dir.), *Normativité et critique en sciences sociales*. Presses de l'Université Laval.

Pires, A. P., Cellard, A. et Pelletier, G. (2001). L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien. Dans *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*. (Publicacions Universitat de Barcelona., p. 195-217). <http://classiques.uqac.ca/>

Pires, A. P. et Garcia, M. (2007). Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. Dans Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, S. Van Drooghenbroeck et M. Van de Kerchove (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* (p. 193-222). Presses de l'Université Saint-Louis. <http://books.openedition.org/pusl/22512>

Proulx, J. (2019). Recherches qualitatives et validités scientifiques. *Recherches qualitatives*, 38(1), 53-70. <https://doi.org/10.7202/1059647ar>

Quirion, B. (2006). Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie. *Criminologie*, 39(2), 137-164.

Rapport Ouimet. (1969). *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction : un lien à forger*. Imprimeur de la Reine pour le Canada.

- Raupp, M. (2015). *La réforme pénale de 1984 au Brésil: pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération?* [thèse de doctorat]. Université d'Ottawa.
- Rose, A. M. (1962). *Human Behavior and Social Processes. An Interactionist Approach*. Houghton Mifflin Co.
- Rothman, D. J. (1995). The Failure of Reform: United States, 1865-1965. Dans *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in western society* (p. 151-177). Oxford University Press.
- Strimelle, V. (2007). La justice restaurative : une innovation du pénal? *Champ pénal*, 1-15.
- Strimelle, V. et Vanhamme, F. (2010). Introduction. Dans V. Strimelle et F. Vanhamme (dir.), *Droits et voix : La criminologie à l'Université d'Ottawa* (p. 1-13). Les Presses de l'Université d'Ottawa. <http://books.openedition.org/uop/222>
- Teubner, G. (1989). *Le Droit : un système autopoïétique*. Presses universitaires de France.
- Tonry, M. (1995). Sentencing Reform Across National Boundaries. Dans C. Clarkson et R. Morgan (dir.), *The Politics of Sentencing Reform* (p. 267-282). Clarendon Press.
- Turner, J. N. (1971). Law for the Seventies: A manifesto for Law Reform. *McGill Law Journal*, 17(1), 1-10.
- Xavier, J. R. F. (2012). *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel* [thèse de doctorat]. Université d'Ottawa.