

La réforme du droit entre action sociale et choix systémiques : réflexion à partir d'une étude de cas sur les demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien

Margarida Garcia

Volume 43, numéro 2, 2013

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN 0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

Dans cette étude, nous nous sommes intéressée à l'action sociale qui précède le processus formel de création du droit pénal, plus spécifiquement aux traces qu'elle laisse dans les élans de réforme des normes de procédure criminelle. Notre étude porte sur les demandes de réforme au Code criminel acheminées par des groupes sociaux au ministère de la Justice du Canada pendant les premières 35 années de vie du Code. L'analyse tient évidemment compte de qui a demandé quoi et pourquoi, mais ultimement, elle cherche à problématiser, face à ces demandes de réforme, la rationalité qui amène le système politique à choisir telle demande plutôt que telle autre, à exclure celle-ci pour mieux retenir celle-là, à distinguer celles qui « méritent » une consécration législative et celles qui ne la méritent pas. Notre but est de décrire le processus de réforme du droit criminel en thématissant le rapport entre la production sociale d'attentes normatives et la sélection formelle de quelques-unes d'entre elles par le système politique.

Citer cet article

Margarida Garcia "La réforme du droit entre action sociale et choix systémiques : réflexion à partir d'une étude de cas sur les demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien." *Revue générale de droit* 432 (2013): 333–379.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2013

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne. [<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>]

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. www.erudit.org

La réforme du droit entre action sociale et choix systémiques : réflexion à partir d'une étude de cas sur les demandes de modification des règles de procédure du *Code criminel* canadien

MARGARIDA GARCIA*

RÉSUMÉ

Dans cette étude, nous nous sommes intéressée à l'action sociale qui précède le processus formel de création du droit pénal, plus spécifiquement aux traces qu'elle laisse dans les élans de réforme des normes de procédure criminelle. Notre étude porte sur les demandes de réforme au Code criminel acheminées par des groupes sociaux au ministère de la Justice du Canada pendant les premières 35 années de vie du Code. L'analyse tient évidemment compte de qui a demandé quoi et pourquoi, mais ultimement, elle cherche à problématiser, face à ces demandes de réforme, la rationalité qui amène le système politique à choisir

ABSTRACT

In this case study we examine the social action, which precedes the formal process of creating criminal law, and more specifically the traces it leaves on the heels criminal procedural reform. Our study focuses on the requests to reform the Criminal Code, submitted by social groups to the Canadian Minister of Justice, during the first 35 years of the Criminal Code's existence. The analysis clearly takes into account who asked what and why, yet in the face of demands to reform, it ultimately seeks to problematize the rationality generated by the political system to choose one argument over another, to exclude one in favour of

* Professeure adjointe aux facultés de droit et de sciences sociales de l'Université d'Ottawa.

telle demande plutôt que telle autre, à exclure celle-ci pour mieux retenir celle-là, à distinguer celles qui « méritent » une consécration législative et celles qui ne la méritent pas. Notre but est de décrire le processus de réforme du droit criminel en thématisant le rapport entre la production sociale d'attentes normatives et la sélection formelle de quelques-unes d'entre elles par le système politique.

another, to distinguish which one “merits” statutory recognition and which does not. Our goal is to describe the process of criminal law reform by creating a framework for the relationship between the social production of normative expectations and the formal selection of some of these by the political system.

Mots-clés : *Réforme du droit, procédure criminelle, création sociale d'expectatives normatives, évolution du droit.*

Key-words: *Reform law, criminal procedure, social creation of normative expectations, evolution of law.*

SOMMAIRE

Introduction.....	335
I. Présentation de la recherche : objet et distinction directrice, objectifs théoriques, objectifs empiriques et questions de départ, méthodologie, échantillonnage et modèle d'analyse.....	337
II. Une vue d'ensemble de l'activité de réforme des normes de procédure du <i>Code criminel</i> pour la période étudiée (1892-1927)....	346
A. Le type d'acteurs demandeurs de réforme et les champs qu'ils ont privilégiés.....	349
B. Les principaux motifs invoqués	353
1. Les demandes d'harmonisation, de clarification de la juridiction, de la compétence ou des pouvoirs des acteurs	356
2. Les demandes de réduction des garanties juridiques, de renforcement des pouvoirs de contrainte et d'augmentation du risque de sévérité.....	359
3. Les demandes visant la célérité et la réduction des coûts.....	362

C.	L'orientation sociojuridique globale des demandes et l'impact des demandes sur le système : réception et rejet ...	364
1.	L'orientation globale des demandes	366
2.	Les réussites	368
3.	Les échecs	369
D.	Rationalité des acteurs et rationalité du système.....	370
Conclusion		372

INTRODUCTION

Au Canada, si c'est au Parlement fédéral, et seulement au Parlement fédéral, à qui revient la tâche de modifier le *Code criminel*, il n'a évidemment pas pour autant le monopole de la production sociale d'expectatives normatives. Parallèlement à l'activité législative formelle de réforme du droit, une activité sociale est mise en scène par des acteurs qui mettent en œuvre diverses stratégies visant à influencer le législateur dans la réforme de la loi criminelle. L'objectif de cet article sera ainsi de mieux comprendre le rapport entre l'activité sociale visant la réforme du droit et l'activité législative formelle dont dépend cette réforme¹. Pour ce faire, nous nous

1. Cette analyse s'est inscrite dans un projet plus large qui visait à faire l'histoire sociale du *Code criminel* canadien et qui a été subventionné par le programme du CRSHC *La construction de l'ordre pénal : analyse sociohistorique des réformes du Code criminel canadien (1892-1954)*, dirigé par les professeurs Alvaro Pires, André Cellard et Fernando Acosta (Université d'Ottawa). Plusieurs recherches empiriques ont été réalisées par l'équipe qui a travaillé dans le cadre de ce projet. Voir, à ce sujet : Fernando Acosta, « Récit de voyage à l'intérieur du *Code criminel* de 1892 où entre autres mention est faite des peines auxquelles ses transgresseurs s'exposent » (1995) 28 :1 *Criminol* 81; Gérald Pelletier, « Le *Code criminel* canadien, 1892-1939 : le contrôle des armes à feu » (2002) 6 :2 *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies* 51; André Cellard et Gérald Pelletier, « Le *Code criminel* canadien 1892-1927 : étude des acteurs sociaux » (1998) 79 :2 *Canadian Historical Review* 261; André Cellard et Gérald Pelletier, « La construction de l'ordre pénal au Canada, 1892-1927 : approches méthodologiques et acteurs sociaux » (1999) 23 :4 *Déviance et Société* 367 [Cellard et Pelletier, « La construction »]; Alvaro Pires, André Cellard et Gérald Pelletier, « L'énigme des demandes de modifications législatives au *Code criminel* canadien » dans Pedro Fraile, dir, *Modelar para gobernas. El Control de la población y el territorio en Europa y Canadá. Una perspectiva histórica/Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, Barcelone, Publicacions Universitat de Barcelona, 2001, 195 et suiv. Une fois ce programme achevé, l'analyse du *Code criminel* et du droit

appuierons sur quelques-uns des résultats ressortis d'une étude de cas qui couvre les 35 premières années de vie du *Code criminel* canadien et qui s'est intéressée, tout au long de cette période, aux demandes de changement que le public a formellement soumises au législateur canadien en ce qui a trait à la révision, la transformation ou la réforme des normes de procédure.

Notre propos sera divisé en deux parties. Dans la première partie, nous allons présenter les contours théoriques, empiriques et méthodologiques de la recherche sociohistorique des demandes de réforme relatives aux normes de procédure du *Code criminel* canadien² pour la période allant de 1892 à 1927. Dans la deuxième partie, nous ferons un compte rendu de l'analyse quantitative et qualitative des demandes de changement aux règles de procédure faites aux pouvoirs publics par les acteurs sociaux. Nous verrons *qui* a demandé *quoi* et *pourquoi*, quelle était l'orientation sociojuridique de ces demandes (progressiste ou conservatrice)³ et quels étaient les fondements décisionnels du système politique pour la consécration formelle de certaines demandes dans le *Code*.

criminel canadien a continué de faire l'objet de recherches menées par la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale (dont le titulaire est le professeur Alvaro Pires). À l'intérieur de ce vaste programme de recherche, nous avons choisi comme axe d'analyse l'étude des demandes faites par les acteurs sociaux en matière de normes de procédure. Ce texte est la première publication qui se centre exclusivement sur les résultats relatifs à cet axe de recherche. Nous tenons à remercier vivement les évaluateurs externes de cet article, ainsi que Richard Dubé, Gérald Pelletier et Alvaro Pires pour leur lecture attentive de ce travail et leurs commentaires fort pertinents.

2. *Code criminel*, (1892) 55-56 Vict, c 29, désormais *Code criminel* ou tout simplement *Code*.

3. Nous expliciterons les contours de cette distinction directrice dans la première partie de ce texte.

**I. PRÉSENTATION DE LA RECHERCHE : OBJET
ET DISTINCTION DIRECTRICE, OBJECTIFS THÉORIQUES,
OBJECTIFS EMPIRIQUES ET QUESTIONS DE DÉPART,
MÉTHODOLOGIE, ÉCHANTILLONNAGE
ET MODÈLE D'ANALYSE**

La recherche à la base de ce travail porte sur les demandes⁴ de changement⁵ aux normes de procédure dans le *Code criminel* canadien, pour la période allant de 1892 (date de sa naissance) à 1927 (révision des Statuts du Canada)⁶. Comme mentionné, outre le portrait global de cette activité sociale tournée vers la réforme du droit criminel (*qui* demande *quoi* et *pourquoi*), notre objet d'étude s'intéressait spécifiquement à évaluer l'orientation sociojuridique des demandes de changement en les observant au moyen de la distinction entre orientation progressiste et orientation conservatrice. Cette distinction directrice qui a guidé notre observation a été construite à partir d'observations empiriques (de notre matériel) et d'observations théoriques (puisées dans la sociologie du droit et la doctrine). Nous avons qualifié de progressistes les demandes qui, *grosso modo*, contribuent à la valorisation et à l'évolution des garanties juridiques. Il peut s'agir de promouvoir les droits des accusés,

4. Dans le cadre de cette recherche, nous avons conceptualisé et opérationnalisé le concept de « demande » de la façon suivante : il s'agit d'une démarche intentionnelle et proactive entreprise par un acteur social occupant le rôle de *public* pour demander au pouvoir législatif, par l'intermédiaire d'un canal direct de communication (lettre, pétition, etc.), la modification du *Code*. Ainsi, si dans une lettre, un acteur demande des modifications à *cinq articles* du *Code*, nous comptabiliserons dans ce cas *cinq demandes* autonomes.

5. Par *changement*, précisons-le, nous voulons signifier les modifications (au sens large) qui ont été apportées à ces règles : changements, abrogations et création de nouveaux articles.

6. Dans le *Code criminel* de 1892, le législateur a prévu quatre « titres » qui concernent directement la procédure pénale. Cependant, les dispositions contenues dans ces titres n'épuisent nullement la masse de règles de procédure, car celles-ci se trouvent dispersées dans tous les titres du *Code*. Pour des raisons d'ordre pratique liées à la faisabilité plutôt que d'ordre théorique, nous avons traité seulement des Titres VII (*Procédure*), VIII (*Procédures après conviction*), IX (*Actions concernant les personnes administrant la loi criminelle*) et X (*Abrogation*, etc.). Ce n'est pas donc sur toutes les règles de procédure du *Code* ayant fait l'objet de demandes que portent les résultats de cette étude, mais seulement sur les demandes de modification faites par les acteurs sociaux (qu'elles aient ou non provoqué un changement effectif de la législation) à l'égard des 450 articles qui composent les titres mentionnés.

de protéger les libertés individuelles, de solidifier ou de concevoir les droits de défense, d'élargir le droit d'appel, etc. Quant aux demandes d'orientation conservatrice, nous avons classé dans cette catégorie les demandes de changement visant à affaiblir les garanties juridiques, à promouvoir la sévérité du système, à permettre la confiscation des droits acquis de l'accusé, à augmenter l'asymétrie de pouvoirs déjà existante entre la Couronne et l'accusé, etc. Contrairement aux premières, ces demandes visent à restreindre les libertés individuelles, à éliminer ou limiter les options offertes à l'accusé dans le cadre de la poursuite ou à renforcer les pouvoirs de contrainte et de contrôle du système sur l'individu.

D'un point de vue théorique, nous voulions thématiser et (re)penser l'articulation entre la rationalité qui inspire les actions sociales des acteurs demandeurs de réformes du *Code* et la rationalité présidant aux choix réalisés par le système auquel ces demandeurs s'adressent en vue de modifier le droit criminel. Ce questionnement général suppose que nous observions à la fois le système politique (législateur) et l'activité de réforme des acteurs sociaux qui s'adressent à ce système pour proposer des amendements au droit criminel (système juridique). Pour penser le rapport entre le système politique, le système juridique et les acteurs sociaux, nous avons, de façon circonscrite, fait appel à des contributions théoriques d'auteurs comme Niklas Luhmann, Alvaro Pires, Pierre Bourdieu, Michel Crozier et Erhard Friedberg. Bien qu'entre eux, ces auteurs puissent avoir une représentation différente du droit ou du rapport entre l'acteur et le système dans l'explication des phénomènes sociaux, certaines de leurs observations se sont avérées utiles et pertinentes pour guider nos observations empiriques. Par exemple, en considérant, comme Rabault, que le droit est « soumis à la nécessité d'une adaptation à l'environnement social mouvant, s'inscrivant dans le contexte d'attentes sociales, et en interaction avec la société »⁷, certains outils de la théorie des systèmes nous ont aidée à mieux comprendre les mécanismes par lesquels le système politique, en tant que système social autonome,

7. Hugues Rabault, « L'apport épistémologique de la pensée de Niklas Luhmann : un crépuscule pour l'*Aufklärung*? » (1999) 42/43 Dr et Soc 449.

établit ses rapports avec son environnement⁸ et adapte (ou non) les règles de droit en fonction des élans de réforme et des invitations au changement qui lui proviennent des acteurs sociaux. Pour ce qui est de la prise en compte de la rationalité du système politique et du système juridique par rapport au droit criminel, la « théorie de la rationalité pénale moderne »⁹ s'est imposée dans la présente recherche, car elle a été spécifiquement formulée pour répondre aux énigmes reliées à la réforme pratique et institutionnelle du droit criminel moderne et à son évolution. Cette théorie décrit le système de pensée du droit criminel moderne et la rationalité qui semble servir de toile de fond aux acteurs qui pensent et qui modulent le droit criminel, que l'on se place du côté du système politique ou du côté du système juridique. Ce système de pensée dominant du droit criminel moderne est décrit par la théorie comme étant composé par les théories de la peine de la première modernité (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation carcérale) et caractérisé par leurs idées fédératrices : une valorisation de la sévérité, de la souffrance et de l'exclusion sociale des contrevenants, une conception du droit de punir sous forme d'obligation (plutôt que d'autorisation), une

8. Nous utilisons ici la distinction centrale entre système et environnement, tirée de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann. Comme l'explique ce juriste et sociologue du droit dans *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale*, traduit par Lukas K Sosoe, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010 à la p 233 : « Chaque système se délimite par rapport à son environnement. [...] L'environnement c'est tout simplement "tout le reste" ». Une fois cette distinction tracée par un observateur, on peut alors penser les relations entre système et environnement. Comme le mentionne Luhmann, « [l']environnement contient une multitude de systèmes plus ou moins complexes qui peuvent être mis en contact avec le système pour lequel ils constituent un environnement », *ibid.*

9. Sur cette théorie, voir entre autres : Alvaro Pires et Fernando Acosta, « Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale » (1994) 16:2 Carrefour 8; Alvaro Pires, « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne » dans Christian Debuyss et al, dir, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol 2 : *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, 2^e éd, Bruxelles, De Boeck Université et Larcier, 2008, 23; Alvaro Pires, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique » (2001) 33:1 Sociologie et sociétés 179 [Pires, « La rationalité »]; Margarida Garcia, « 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 Richard Dubé, Margarida Garcia et Maira Rocha Machado, dir, *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 37.

vision négative des garanties juridiques et des formes alternatives ou positives (non carcérales ou non afflictives) de résolution de conflits. En cours de route, la contribution de Pierre Bourdieu nous est apparue utile et pertinente pour mieux comprendre certains enjeux reliés à la façon dont différents groupes sociaux luttent pour le pouvoir de déterminer l'adoption de normes dans le champ de la procédure. Nous nous sommes aussi inspirée, en l'adaptant à nos propos, de la démarche stratégique que Michel Crozier et Erhard Friedberg ont conçue pour l'analyse sociologique des organisations :

découvrir les caractéristiques, la nature et les règles des jeux qui structurent les relations entre les acteurs concernés et, partant, conditionnent leurs stratégies, et [...] remonter ensuite aux modes de régulation par lesquels ces jeux s'articulent les uns aux autres et sont maintenus en opération [*sic*] dans un système d'action¹⁰.

Cette démarche stratégique peut être appliquée dans les deux directions (ou sous la forme d'un va-et-vient) : soit en remontant vers le système soit en descendant vers les instigateurs de changement, pourvu que les deux plans analytiques soient respectés et présents dans l'observation.

Dans ce contexte, le volet empirique de cette recherche visait à répondre à un certain nombre de questions de départ intimement liées à la problématique dans laquelle s'insère notre objet. Quels acteurs ont demandé des modifications aux règles de procédure? Quelles règles de procédure ont été les plus visées par les demandes de réforme? Quelles ont été les « motivations » de ces acteurs et les orientations des réformes qu'ils demandaient? Comment le législateur a-t-il réagi à ces demandes de réforme provenant des acteurs sociaux? Est-ce qu'elles ont eu un impact dans la réforme effective du *Code criminel*? Parmi les demandes reçues, peut-on

10. Michel Crozier et Erhard Friedberg, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977 à la p 452. Le point de départ de la recherche de ces auteurs fut l'analyse sociologique des organisations administratives et industrielles. Cet ouvrage expose ce que les auteurs appellent un *mode de raisonnement* particulier qui leur semblait se dégager de leur analyse qui fut « progressivement enrichie et étendue à des champs et à des problèmes plus complexes ».

distinguer des profils types pour les demandes acceptées et celles rejetées? Quelle est la place du discours axé sur les garanties juridiques? À la lumière de ces questions de départ, nous avons voulu comprendre l'orientation sociojuridique des demandes faites par les acteurs sociaux et établir les liens avec le système spécifique auquel elles s'adressent, en l'occurrence, le système pénal.

L'assise empirique de notre recherche a été constituée à partir de données provenant de différentes sources. S'agissant d'une recherche sociohistorique, le document¹¹ s'est imposé. Comme l'affirme Cellard, celui-ci « est bien sûr irremplaçable dans toute reconstitution faisant référence à un passé relativement éloigné, car il n'est pas rare qu'il représente la quasi-totalité des traces de l'activité humaine à certaines époques »¹². D'un point de vue méthodologique, notre corpus empirique est constitué fondamentalement des trois types de documents suivants : le *Code criminel* et les projets de loi; les débats parlementaires; et la documentation recueillie dans le fonds du Registraire central du ministère de la Justice du Canada, conservé aux Archives nationales du Canada (identifiable sous RG 13, A2, *Central Registry Files*). C'est dans ce fonds que l'on a pu trouver la masse de documents nous permettant d'étudier les demandes de réforme du *Code criminel* canadien faites par les acteurs sociaux. Il est composé essentiellement de la correspondance acheminée au ministère de la Justice, d'avis légaux, de pétitions, de notes de service, etc.

D'un point de vue méthodologique, pour entreprendre l'analyse des données, nous avons eu recours à la technique de l'analyse documentaire en combinaison avec le commentaire de document. Une fois les données regroupées et organisées après un laborieux travail de dépouille aux Archives

11. Il est important de bien cerner la notion de document que nous allons utiliser, ainsi que le principal type de documents qui constitue notre assise empirique. Suivant les remarques d'André Cellard, nous adoptons une « approche globalisante », en considérant comme document « tout ce qui est trace du passé, tout ce qui sert de témoignage [...] ou "source" ». Voir André Cellard, « L'analyse documentaire » dans Jean Poupart et al, dir, *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Boucherville (Qc), Gaëtan Morin, 1997, 251 à la p 253.

12. *Ibid* à la p 251.

nationales du Canada¹³, nos deux objectifs empiriques ont exigé une démarche méthodologique propre et une conception différenciée d'outils d'organisation des données. Plusieurs outils de collecte, de systématisation et d'analyse de données¹⁴ ont été conçus par l'équipe de recherche pour nous permettre (i) de répertorier tous les articles relatifs à la procédure pénale et ayant subi des modifications entre 1892 et 1927; (ii) de connaître le nombre total de modifications apportées aux articles du *Code* de 1892; et (iii) de retracer, dans les fonds d'archives, dans l'ensemble des articles modifiés, les demandes de changement à l'origine desquelles nous pouvions identifier des acteurs sociaux¹⁵. L'ensemble des outils

13. La plupart des documents que nous avons analysés a été recueilli par l'équipe de recherche constituée dans le cadre du programme mentionné *supra* note 1. Un long travail de dépouillement et d'analyse du *Code* a été réalisé par deux membres de l'équipe, le professeur André Cellard et le chercheur Gérald Pelletier. Ils ont coordonné l'ensemble des travaux relatifs à la collecte des données aux Archives nationales du Canada. Nous avons par après complété et organisé ce matériel en fonction de notre objet d'étude.

14. Nous avons constitué un répertoire des dispositifs législatifs qui ont modifié le *Code criminel*, ce qui a demandé un retour aux sources primaires du processus de réforme de ce texte de loi. Notre point de départ a été plus précisément les Titres VII, VIII, IX et X du *Code criminel* canadien de 1892, ainsi que les lois et parties de lois (« d'actes ») qui n'ont pas été touchées par son entrée en vigueur et qui portent sur des questions de procédure criminelle. Le Titre VII (*Procédure*) est constitué de 20 parties et regroupe 398 articles au total. Le Titre VIII (*Procédures après conviction*) est composé de 8 parties et regroupe 44 articles. Le Titre IX (*Actions contre les personnes administrant la loi criminelle*) regroupe seulement six articles, alors que le Titre X (*Abrogation*, etc.) n'est constitué que de trois articles. Pour ce qui est des statuts qui n'ont pas été formellement incorporés au *Code* en 1892, ils sont au nombre de six. Dans un premier temps, il s'agissait de décrire les changements législatifs qu'ont subis ces 450 articles, chiffre auquel il faudrait encore ajouter les articles qui ont été créés par la suite. Nous avons utilisé un instrument de collecte des données, les « cartables bleus », comme on les appelait au sein de notre équipe de recherche, lequel instrument rassemblait, pour chaque article, les renseignements suivants : localisation dans le *Code*, nombre de demandes trouvées, nombre de demandes réussies, nombre de demandes refusées, modifications apportées, l'acte ou les actes qui ont été modifié(s) et, finalement, les renseignements disponibles sur l'instigateur de la demande. Voir à ce sujet Cellard et Pelletier, « La construction », *supra* note 1 à la p 371.

15. De cet ensemble de demandes, 156 ont été retracées à partir des lettres individuelles que les acteurs sociaux ont acheminées au gouvernement et qui étaient précieusement conservées dans le fonds d'archives du ministère de la Justice. Cinquante-trois autres demandes ont été retracées à partir des mémorandums — normalement adressés au ministre de la Justice — préparés par des fonctionnaires du ministère qui établissaient régulièrement des listes des demandes de modifications acheminées à leurs services. Il s'agit ici d'une source indirecte de repérage de

conçus nous a permis de cartographier toutes les transformations aux normes de procédure pour la période étudiée et de décrire de façon qualitative et quantitative la nature de ces demandes ainsi que les acteurs sociaux impliqués.

Notre univers empirique est ainsi constitué de toutes les demandes (N=257) trouvées dans les fonds d'archives à l'égard des articles qui ont été effectivement modifiés entre 1892 et 1927, qu'elles aient abouti à un changement effectif du *Code* dans le sens proposé par la demande (demandes réussies) ou non (demandes rejetées), et qui sont suffisamment claires et complètes pour permettre l'analyse à laquelle nous avons voulu les soumettre¹⁶.

Nous avons par après conçu un modèle d'analyse susceptible de nous amener à répondre aux questions empiriques posées au début de la recherche¹⁷. Ce travail a constitué en réalité, et à lui seul, un objectif *méthodologique* de notre recherche qui devrait, à toutes fins utiles, être ajouté aux deux autres objectifs déjà énoncés : *la construction d'un modèle permettant l'analyse qualitative et quantitative des demandes sociales à l'égard des règles de procédure*. Ce

demandes, très complète et détaillée. L'instigateur y est indiqué, le contenu de la demande aussi, souvent le motif, la date, enfin, tous les renseignements dont nous avons besoin. Par l'analyse de ces mémorandums, nous nous sommes rendu compte du rôle extrêmement important joué par le fonctionnaire en charge du tri des demandes acheminées par les acteurs sociaux. Pour la période couverte par notre objet d'étude, ce rôle revenait à M. Francis H Gisborne, conseiller parlementaire à la Chambre des communes. M. Gisborne s'occupait des questions relatives aux modifications du *Code criminel*. C'est lui qui lisait toute la correspondance acheminée au ministère de la Justice concernant les demandes de réforme du *Code*.

16. Nous avons ainsi exclu de notre étude les demandes de changement faites à des articles du *Code* qui n'ont pas subi de transformation au cours de la période étudiée, ainsi que les demandes indéterminées à l'égard de tous les articles de procédure, modifiés ou non; nous avons considéré qu'une demande était indéterminée lorsque son auteur demandait un changement vague et imprécis ou ne faisait pas référence à un article particulier du *Code criminel*. Pour ce qui est du premier critère d'exclusion mentionné, outre les questions de faisabilité qui entrent en ligne de compte dans ce type de démarche, il se justifie du fait que nous étions d'abord et avant tout intéressée à décrire l'évolution des normes de procédure et l'interaction entre les demandes de changement et la réforme *formelle* du *Code*. Les articles modifiés ont de ce fait été le premier filtre ou critère de sélection permettant de sélectionner les demandes à analyser.

17. Le modèle d'analyse utilisé a été conçu par l'équipe de recherche mentionnée *supra* note 1, et a été ajusté au fur et à mesure de l'évolution des axes de recherche.

modèle devrait permettre de qualifier le type de règle, le type de demande, le type de motif avancé par l'acteur, l'orientation de la demande, son impact sur le système, le type de réception dont elle a fait objet, etc.

Pour décrire, mais aussi pour pouvoir mettre en lumière certaines questions qui nous intéressent plus particulièrement (notamment l'orientation progressiste ou conservatrice des demandes), nous avons eu recours à la méthode de construction des catégories. Ces catégories sont ressorties d'une préanalyse de l'univers documentaire à partir de laquelle nous avons étudié, par une lecture en diagonale, chacune des demandes qui composaient l'échantillon. Ce survol nous a permis de circonscrire le type d'information sur lequel notre documentation pourrait nous renseigner et à quel genre de questionnement il pourrait être soumis¹⁸. Notre but était celui de mobiliser ou de construire des catégories d'analyse qui pourraient être appliquées à toutes les demandes de changement, de façon à pouvoir décrire, comparer, répertorier et distinguer les demandes les unes des autres. Les catégories d'analyse que nous avons retenues et qui composent la fiche de collecte de données informatisée sont les suivantes : article visé, date de la demande, langue de rédaction de la demande¹⁹, champ de la procédure (appel, juridiction, etc.), type de demande (modification, création, abrogation et remplacement), profession de l'instigateur²⁰, catégorie d'acteur social (public, gouvernement, commission de réforme ou d'enquête

18. Cet exercice a donné lieu à la conception d'une fiche informatisée de collecte de données. Comme nous voulions que l'analyse soit relationnelle et comparative, et qu'elle permette de mettre en relation chaque demande par rapport aux autres, nous avons édifié une base de données à l'aide du logiciel FileMaker Pro. Nous avons ainsi pu classifier chaque demande selon les catégories retenues et procéder ainsi à une analyse assistée par ordinateur de tout le matériel.

19. L'analyse des résultats permet de constater que 252 des 257 demandes (soit 98 % du total) ont été rédigées dans la langue anglaise, alors que seules 5 demandes l'ont été en français. Ceci ne permet pas d'identifier l'instigateur comme étant de langue maternelle anglaise ou française, malgré le fait que les demandes rédigées en anglais sont normalement signées par des instigateurs qui ont des noms d'origine anglaise.

20. Il s'agit ici d'une catégorie de nature descriptive. Ce champ est alors rempli à l'aide des renseignements trouvés dans le document de la demande. La plupart de nos instigateurs cumulaient différentes professions, par exemple, député, procureur de la Couronne et avocat. Lorsque la demande faite par l'instigateur mentionnait tous ses titres, nous les prenions en compte.

ou acteur international), résultat²¹ (échec, mort au feuilleton²², réussite totale, réussite partielle, réussite totale à long terme et réussite partielle à long terme), motif²³ et appréciation²⁴ (plus de garanties, moins de garanties²⁵, renforcement des pouvoirs de contrainte²⁶, allègement ou alourdissement des formalités, confiscation/rétrécissement de la juridiction/pouvoirs, éclaircissement du contenu de l'article, plus de risque de sévérité, moins de risque de sévérité et double face²⁷). Les principales sous-catégories qui composent la catégorie « appréciation » ont ensuite été regroupées et ont servi d'indicateurs pour qualifier l'orientation sociojuridique de la demande selon qu'elle est (plus) progressiste ou (plus) conservatrice. Lorsque cette distinction ne pouvait être faite, nous en avons privilégié une autre, soit, par rapport à l'objet d'étude, la distinction entre orientation à « effet non pertinent » et orientation à « effet non déterminé »²⁸. Parce que nous avons conçu cette grille après une analyse préliminaire de notre matériel, nous pouvons dire que certaines des

21. Il est ici question du sort de la demande. Pour chaque demande, nous avons vérifié si elle avait ou non provoqué un changement de la loi.

22. Les demandes mortes au feuilleton sont celles qui ont été abandonnées à l'étape des débats parlementaires. C'est également un cas d'échec.

23. Il s'agit ici d'une catégorie purement descriptive. Nous n'avons retenu que les motivations clairement exprimées par les acteurs sociaux eux-mêmes et qui étaient en rapport plus au moins direct avec notre objet d'étude.

24. Avec cette catégorie, sur le plan empirique, nous sommes sortie des champs du « purement descriptif » et du « purement inductif ». Il s'agit ici d'une appréciation que nous avons faite du contenu de chaque demande en fonction des domaines pertinents de la procédure pénale que nous avons considérés comme étant importants en vue de répondre à nos questions initiales. Cela dit, certains des indicateurs qui composent cette catégorie nous ont été suggérés par notre matériel empirique, car ils n'avaient pas été préalablement définis. D'autres indicateurs ont été créés avant l'analyse.

25. Étant donné l'importance de ces deux catégories, nous y reviendrons plus en détail à la section C.

26. On demande par exemple que soit augmenté, dans le cadre de la poursuite, le pouvoir discrétionnaire de la Couronne.

27. Requête pouvant favoriser autant l'accusation que la défense.

28. Ces deux indicateurs ont été créés pour rendre compte des demandes dont le contenu n'était pas qualifiable de façon pertinente en termes d'orientation progressiste ou conservatrice (telles que les demandes de simplification des formulaires du *Code* ou d'amélioration des installations où se déroulent les audiences) et les demandes dont nous n'avons pas pu déterminer avec certitude l'impact sur le système.

catégories sont inductives, d'autres purement descriptives, d'autres essentiellement analytiques.

II. UNE VUE D'ENSEMBLE DE L'ACTIVITÉ DE RÉFORME DES NORMES DE PROCÉDURE DU *CODE CRIMINEL* POUR LA PÉRIODE ÉTUDIÉE (1892-1927)

Après l'adoption du *Code criminel* canadien, un article paru dans le quotidien *La Presse* s'y référait dans les termes suivants : « quant à sa perfection, il aura le sort de tous les *Codes*. À la session législative qui suivra sa promulgation commencera de suite à l'amender [*sic*]. Et cette envie d'amender deviendra plus tard une manie, une rage [...]. »²⁹.

Ces propos peuvent sembler exagérés, mais ils expriment avec justesse les premières 35 années de vie du *Code criminel* canadien : 26 lois ont apporté 217 modifications à 131 des 450 articles que cible notre étude. Ceci revient à dire qu'à peu près 25 % des articles qui constituent notre corpus empirique (N=450 articles) ont été modifiés à une ou plusieurs reprises durant cette période³⁰.

Une fois adoptées, les règles de droit — surtout sur un terrain aussi technique que celui de la procédure — apparaissent éloignées du monde de la vie et se décrivent comme étant neutres, d'application générale et abstraite, dépouillées des fibres sociales qui ont justifié leur mise en forme; cependant, notre étude indique que conjuguée à l'activité législative formelle menant au changement des règles de procédure, une activité sociale soutenue a été réalisée par des acteurs sociaux qui ont essayé d'exercer une influence directe sur les décideurs politiques en vue d'apporter des changements au droit criminel. Nous avons retracé et analysé des demandes

29. Article cité par Desmond H Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, University of Toronto Press for the Osgoode Society, 1989 à la p 145.

30. Les modifications effectivement apportées au *Code* ne reflètent pas avec justesse l'ensemble de l'activité législative en matière de droit criminel pendant ces premières 35 années. Pendant la période allant de 1892 à 1927, toutes règles confondues, 158 projets de loi visant à modifier le *Code criminel* ont été présentés au Parlement et 45 d'entre eux sont devenus lois. Le nombre de lois approuvées n'est donc pas représentatif de ce qu'a été l'activité législative en matière de droit pénal pendant cet intervalle de temps.

d'acteurs sociaux à l'égard de 77 des 131 articles modifiés au sein des 450 articles constitutifs de notre univers empirique, ce qui veut dire que le total des demandes analysées (N=257) couvre 59 % de l'ensemble des articles qui ont été modifiés³¹.

Le tableau I (ci-dessous) présente un bilan général résultant de l'application de notre modèle d'analyse aux 257 demandes qui composent notre corpus empirique (autant celles de nature descriptive que celles de nature qualitative). Ce tableau nous offre une analyse quantitative des principales catégories qualitatives que nous avons retenues comme étant les plus importantes et permet d'apporter une réponse satisfaisante à nos questionnements de départ tout en définissant les principaux enjeux entourant l'évolution et les transformations de la procédure criminelle.

**Tableau I : distribution de l'ensemble des demandes (257)
selon les principales catégories retenues**

Catégories d'acteurs	% (N ^b re)	Champ	% (N ^b re)	Motif	% (N ^b re)	Appréciation	% (N ^b re)
personnel de la justice	80 (205)	procès	5 (13)	harmonisation/ uniformisation	10 (26)	attribution/ élargissement de la compétence	17 (43)
public profane	4 (10)	juridiction	18 (46)	favoriser l'accusation	9 (22)	moins de garanties	15 (39)
public politique	4 (10)	procès sommaire	15 (38)	punir plus	6 (15)	éclaircissement du contenu de l'article	12 (32)
gouvernement	4 (10)	appels	14 (36)	clarification compétence/ pouvoirs/ juridiction	5 (14)	plus de garanties	12 (30)

31. En fait, il ne faut pas oublier que notre base de données n'est constituée que des demandes de changement faites par rapport à des articles qui ont été effectivement modifiés durant la période à l'étude. En outre, nous n'avons trouvé des demandes de changement que pour une partie de l'ensemble des articles amendés.

**Tableau I : distribution de l'ensemble des demandes (257)
selon les principales catégories retenues (*suite*)**

public de l'administration publique	2 (6)	preuve	8 (21)	motif indéterminé ³²	5 (13)	Renforcement des pouvoirs de contrainte	6 (15)
commission de réforme ou d'enquête	0,5 (1)	organisation judiciaire	5 (14)	célérité et réduction des coûts	5 (13)	plus de risque de sévérité	4 (11)
<i>néant</i>	5 (14)	honoraires	5 (13)	faciliter la preuve	4 (11)	double face	4 (10)
<i>problème</i>	0,5 (1)	témoignage	5 (13)	favoriser la défense	4 (11)	allègement des formalités	4 (10)
		punitions/peines	5 (12)	incohérence	4 (10)	Confiscation/rétrécissement de la juridiction/compétence	3 (8)
***		amendes	3 (8)	célérité	3 (8)	Transmission interne d'information	2 (6)

C'est l'analyse de cette documentation qui retiendra notre attention dans les sous-sections suivantes. Comme il nous était ici impossible de mener à terme une analyse exhaustive des résultats produits, nous avons, pour cet exercice, sélectionné les catégories les plus pertinentes en fonction de leur importance quantitative ou encore en raison des réponses qu'elles apportent à nos questions de départ. Nous verrons, dans l'ordre, les types d'acteurs qui ont été les plus actifs dans ce processus et les champs de procédure qu'ils ont davantage ciblés (section A); nous verrons aussi les motivations derrière

32. Nous avons créé l'indicateur « motif indéterminé » pour les situations où l'acteur mentionne un motif que nous n'avons pas réussi à interpréter clairement, parce qu'il était obscur ou insuffisant. Pour les motivations non pertinentes pour notre recherche, nous avons créé l'indicateur « autre ». Pour les cas où l'acteur ne dévoilait pas la motivation qui l'animait, nous utilisons l'indicateur « néant ».

les changements que proposaient ces acteurs (section B, laquelle section comprendra les sous-sections 1, 2 et 3 pour une appréciation qualitative et quantitative de ces motivations); nous verrons ensuite la direction qu'a prise la transformation à laquelle le *Code* a été assujetti et la réception du législateur à ces invitations au changement (section C).

A. LE TYPE D'ACTEURS DEMANDEURS DE RÉFORME ET LES CHAMPS QU'ILS ONT PRIVILÉGIÉS

De l'analyse de la première colonne du tableau I, une constatation s'impose d'entrée de jeu : 80 % (soit 205 sur 257) des demandes ont été faites par le « public professionnel de la justice »³³ : ces acteurs — juges, avocats, policiers, etc. — ont fait des demandes au législateur en tant que membres du public, en tant que porteurs de revendications (*claim makers*), la plupart du temps en privilégiant comme moyen de communication la lettre personnelle envoyée aux autorités publiques. Ce résultat diffère considérablement de celui qui avait été obtenu par les recherches qui se sont penchées, pour la même période analysée (1892-1927), sur le profil des

33. Pour opérationnaliser le concept de public, nous nous sommes servi de la définition qu'en donne Pires dans « La rationalité », *supra* note 9, qui s'est inspiré des travaux de Luhmann. À la page 195 l'auteur définit « public » comme « un rôle social que l'on prend ou que l'on construit » : « [i]l s'agit d'un rôle que l'on prend dans certaines circonstances et chaque acteur peut assumer à différents moments des rôles différents (père de famille, juge, public, etc.) »; ainsi, « un juge qui écrit une lettre au journal sur une question particulière fait partie du *public* ». Les professionnels de la justice — juges, avocats, etc. — sont alors considérés comme faisant partie du « public » quand ils *agissent* comme membres du public, « particulièrement en raison [du fait qu'ils ont] accès seulement à des *questions spécifiques* et à des *canaux de communication spécifiques* » (Luhmann, cité par Pires, *ibid*). À partir de cette définition de public, c'est-à-dire le public comme un « rôle social », nous avons créé les sous-catégories suivantes : *public profane* (par exemple, groupes de la société civile, entrepreneurs moraux, porte-parole, associations de citoyens, etc.); *public professionnel de la justice* (juge, police, gardien de prison, fonctionnaire d'un tribunal, avocat, notaire, etc.); *public expert* (par exemple, psychiatre); *public de l'administration publique* (maire, acteur qui appartient à un ministère autre que le ministère de la Justice, président d'un organe public, etc.); et *public politique* (députés, membre d'une commission parlementaire, etc.). Nous pouvons remarquer dans le tableau de résultats l'absence totale d'une des catégories présentes dans notre modèle d'analyse, le « public expert ». Ce résultat nous laisse entrevoir le peu de place faite au savoir expert au cours de cette période. Des recherches sur l'évolution postérieure du *Code* changeraient fort probablement ce résultat.

demandes de réforme aux règles substantives ou de fond³⁴. La différence s'explique en partie par le type de règles qui fait l'objet de notre analyse (règles de procédures plutôt que règles substantives ou de fond). En effet, une des caractéristiques des règles de procédure est d'être des règles dont les destinataires sont en bonne partie les acteurs du système eux-mêmes. Par ailleurs, on peut aussi considérer le fait que les règles de procédure sont généralement des règles extrêmement techniques, ce qui les rend difficiles d'accès pour ceux et celles qui n'ont pas à les appliquer³⁵.

L'analyse qualitative des demandes nous a en outre permis de voir qu'au-delà de l'homogénéité qui caractérise ces

34. André Cellard et Gérald Pelletier, dans leurs travaux sur les demandes de réforme aux règles *substantives* du *Code*, *supra* note 1 ont montré en effet que pour la partie substantive, 79 % des demandes de changement émanent de ce que nous avons appelé le public profane (citoyens, associations, etc.). Dans Cellard et Pelletier, « La construction », *supra* note 1 à la p 373, ces auteurs avaient déjà indiqué qu'

en comparant les demandes sur la partie substantive avec celles qui s'adressent à la partie procédurale [...], il apparaît clairement que durant les 35 premières années de l'histoire du *Code criminel* canadien, les demandes des juristes apparaissent en quelque sorte noyées par celles émanant du reste de la société en général qui s'intéresse plus particulièrement aux incriminations et aux peines; par contre, on ne s'étonne guère que la présence des hommes de loi soit prépondérante en ce qui regarde la partie procédurale du *Code*.

35. Les catégories « public profane », « public politique » et « gouvernement » affichent le même taux de participation dans le processus de demande de réforme, chacune d'entre elles comptant pour un total de 10 demandes, ce qui ne représente que 4 % du total des demandes analysées. Pour ce qui est des « commissions de réforme ou d'enquête », notre fonds d'archives ne contenait qu'une demande acheminée au pouvoir public par les *Commissioners for the Revision of the Ontario Statutes*. Nous soupçonnons que ce résultat obtenu à partir de nos données n'est pas tout à fait représentatif de l'activité des commissions de réforme, dont un des buts est justement la production de rapports et de propositions de modifications à l'intention du législateur. En fait, il ne faut pas oublier que notre base de données n'est constituée que des demandes de changement faites à l'égard des articles qui ont été effectivement modifiés durant la période à l'étude. Nous pouvons aussi avancer l'hypothèse complémentaire selon laquelle, pendant cette première période de vie du *Code*, l'activité de ces commissions a été moins intense. À l'appui de cette hypothèse, Brown, *supra* note 29 à la p 157, nous rappelle que l'Association canadienne du Barreau a proposé en 1943 la mise sur pied d'une section de la *Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation* en mettant de l'avant l'argument qu'« il n'existait [encore] au Canada aucun corps qualifié pour étudier et préparer des recommandations de modifications au *Code criminel* » [notre traduction]. Étant donné que tout cela se passe presque 20 ans après la fin de la période que nous étudions, on peut en déduire que ces commissions n'avaient alors pas encore toute l'importance qu'elles ont pu avoir par la suite en tant que mécanismes au service de la réforme législative.

demandeurs sur le plan de leur appartenance à une profession ou une fonction spécifique reliée à l'administration de la justice criminelle, la catégorie générale de « public professionnel de la justice » pouvait comprendre toute une diversité de statuts. Au sein de cette grande catégorie, on peut *grosso modo* distinguer quatre groupes principaux : (i) les fonctionnaires des bureaux du procureur général³⁶, tant au fédéral que dans les provinces; (ii) les avocats, solliciteurs et notaires (les trois rôles se juxtaposant souvent); (iii) les magistrats (au sens large du terme) et les fonctionnaires qui les assistent dans l'exercice de leurs fonctions; et, enfin, (iv) le groupe essentiellement constitué de policiers et de gardiens de prison. Les trois premiers groupes peuvent être considérés comme les principaux instigateurs de cette activité sociale de réforme des normes de procédure; ils ont en effet été les plus actifs dans l'énonciation de demandes auprès du gouvernement. En regardant du côté des magistrats, nous avons été surpris de constater la diversité des rôles que cette catégorie englobait à l'époque. Pour ne mentionner que les principaux, en plus des juges, étaient ainsi nommés les magistrats de police, les magistrats stipendiaires et les juges de paix. En outre, certains fonctionnaires de la cour, le greffier ou le sous-greffier pouvaient dans certaines circonstances exercer les fonctions de magistrat.

La deuxième colonne du tableau I indique les champs³⁷ qui, à l'intérieur de la procédure, ont été les plus ciblés par les demandes de réforme des acteurs sociaux. La première constatation qui s'impose ici est celle de la diversité des

36. Au Canada, le procureur général a pris un rôle beaucoup plus actif que celui qu'il avait en Angleterre. Pour François Lacasse, « L'historique du rôle du procureur général et du solliciteur général du Canada en droit pénal » (1994) 2 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 287 à la p 288, « quelle que soit l'explication [...] ce précédent marquera profondément la procédure pénale au Canada ».

37. Nous avons voulu que ces champs soient les plus descriptifs possible et les plus proches aussi des contenus des demandes, ce qui aurait permis que plusieurs de ces champs puissent être mis ensemble pour des fins d'analyse des matières qui sont proches ou de même nature. Plutôt que de les amalgamer, nous avons cependant préféré, comme méthode de départ, les séparer pour que l'on puisse soit les analyser séparément, soit les jumeler en fonction de leur proximité.

champs couverts par les demandes³⁸. Le trait sans doute le plus marquant dans les résultats obtenus est que la plupart des demandes portent sur des questions de compétence. Ici aussi, ceci pourrait sans doute en partie s'expliquer par le fait que la grande majorité de nos instigateurs appartiennent au « public professionnel de la justice », mais la question qui reste en suspens pour l'instant est celle de savoir pourquoi tant de requêtes sur cette matière ont été faites au pouvoir public. Nous y reviendrons.

Les « appels » (avec 14 % du total des demandes) et le « procès sommaire » (avec 15 %) constituent deux autres grandes cibles privilégiées par les élans réformistes des acteurs sociaux. Des analyses complémentaires nous ont permis de constater que le droit d'appel a été très élaboré par les demandeurs favorables à « plus de garanties juridiques ». Ce droit d'appel leur paraît être une arme de choix pour humaniser le droit criminel. Il constitue en effet une des principales garanties des accusés dans la mesure où il offre un moyen de révision d'une condamnation injuste ou jugée trop sévère. Cependant, une analyse croisée de nos catégories nous a permis de constater que le droit d'appel était aussi une arme pouvant être efficacement maniée pour augmenter le degré de sévérité du système pénal et ainsi diminuer les garanties juridiques des personnes accusées. Nous avons confirmé cette nature binaire du « droit d'appel » par l'analyse de toutes les demandes qui l'ont eu pour objet. Ainsi, sur 257 demandes examinées, 36 portent sur les appels. De ces 36 demandes, 22 % sont des demandes visant à accorder « moins de garanties », 19 % des demandes sont à « double face » (pouvant donc théoriquement favoriser autant la poursuite que la défense) et seulement 17 % cherchent à proposer « plus de garanties ». La plupart des demandes visant la réforme des appels dans le *Code* ont comme motif le souci de « favoriser l'accusation », le besoin de « favoriser la défense »

38. Outre ceux qui sont indiqués, et qui sont les plus significatifs sur les plans quantitatif et qualitatif, nous avons trouvé des demandes ciblant les champs ou matières suivants : mandat/somation (3 %), caution (2 %), restitution de la propriété (2 %), formulaires (2 %), nouveau procès (1 %), corrections, erreurs et omissions (1 %), perquisitions (1 %), redistribution des pouvoirs des fonctionnaires (1 %), dépositions (1 %), corporations (1 %), choix du procès (0,5 %), dédommagement (0,5 %), dénonciation (0,5 %) et, finalement, confiscation/saisie (0,5 %).

n'étant que la deuxième raison la plus invoquée. Nous pouvons donc conclure que, s'il est vrai que les réformes visant le droit d'appel constituent la cible privilégiée des demandeurs qui aspirent à un renforcement des garanties juridiques contenues dans le *Code*, il est aussi vrai de dire que la réforme du droit d'appel inspire aussi et même surtout les demandeurs qui aspirent à un recul de ce droit et à la diminution des garanties juridiques des accusés.

Mentionnons finalement la présence de demandes concernant les peines, une donnée qui, à elle seule, peut soit remettre en question la séparation traditionnelle entre droit substantif et droit procédural, soit mettre en doute la compétence du législateur canadien dans l'organisation rationnelle des matières du *Code*. Nous essayerons d'examiner de plus près ces demandes dans la section 2 qui suit, et nous pourrions alors peut-être mieux comprendre les liens qui ont pu être établis par les acteurs entre « procédure et peine », selon un raisonnement qui met vraisemblablement entre parenthèses la relation plus familière entre « crime et châtiment ».

B. LES PRINCIPAUX MOTIFS INVOQUÉS

La troisième colonne de notre tableau fait état des principales motivations avancées par les acteurs pour justifier le bien-fondé de leur démarche. Mentionnons d'entrée de jeu que dans 29 % des demandes analysées (74 demandes), les acteurs se sont tus au sujet des motifs de leurs demandes. Il nous a donc été impossible, dans presque un tiers des cas, d'évaluer les intentions cachées derrière la demande³⁹.

Si on se tourne vers les demandes pour lesquelles nous avons trouvé des motifs pertinents pour notre recherche, force est de constater que le motif le plus invoqué par les acteurs dans la justification de leur démarche a été la nécessité de l'« harmonisation/uniformisation » de la législation criminelle. Cette préoccupation est placée au centre de 10 % des demandes, soit 26 au total. Le chiffre est petit, mais le résultat reste intéressant, car, comme l'ont souligné des

39. Ajoutons à cela le fait que dans 11 % des cas, nous avons qualifié le motif d'« autre », car il s'agissait de questions qui n'avaient aucun rapport, ni direct ni indirect, avec ce qui a été délimité comme étant les frontières de notre objet d'étude.

historiens du droit criminel, Brown notamment, harmoniser la loi criminelle a justement été la raison la plus souvent invoquée pour justifier l'adoption d'un *Code criminel* au Canada⁴⁰. La lecture des débats parlementaires nous fournit aussi de précieux renseignements là-dessus. Nous sommes en 1909 et les députés en Chambre s'attardent sur le projet de loi n° 31 (ayant pour objet d'empêcher le paiement ou l'acceptation de commissions illicites ou secrètes et autres pratiques commerciales de ce genre). Le législateur voulait alors criminaliser ces activités, mais au lieu de le faire en modifiant le *Code*, il a opté pour la création d'une loi spéciale⁴¹, ce qui n'a pas manqué de surprendre certains députés de la Chambre. L'un d'entre eux a alors adressé au ministre de la Justice le commentaire suivant :

40. Brown, *supra* note 29. Avec l'avènement de la Confédération en 1867, le premier Parlement a tout de suite amorcé un mouvement d'uniformisation des lois criminelles des provinces. En effet, le Parlement du dominion a été investi de l'autorité législative sur le droit criminel et la procédure criminelle (l'organisation judiciaire des cours criminelles a été laissée aux provinces). Une des priorités du premier ministre, Sir John A Macdonald, a été d'affirmer cette prérogative législative du nouveau gouvernement en donnant aux Canadiens une loi criminelle commune.

41. La solution proposée était celle d'insérer un article dans le projet, indiquant qu'il *devrait être lu* comme faisant partie du *Code criminel* et que toutes les dispositions du *Code* sur l'instruction s'y appliqueraient. Mais pourquoi alors ne pas l'introduire dans le *Code*? Le ministre dévoilera finalement les raisons de son choix obstiné :

Il n'y aurait certainement pas eu de mal, et le même objectif légal aurait été atteint, sans doute, si j'avais proposé le bill sous forme d'un amendement au *Code criminel* [...]. Mais, dans mon for intérieur, je croyais que le mode que j'ai suivi était le meilleur. C'est qu'une loi fut adoptée quelques années passées, en Angleterre, après un débat animé [...]. On lui donna tant d'importance que non seulement on en fit une loi séparée, mais on lui donna encore une longue mention dans le discours du trône. J'ai cru qu'il n'y aurait certainement pas de mal à suivre cet exemple au Canada [...]. (*Débats de la Chambre des Communes*, 11^e lég (23 février 1909) aux pp 1568-69).

Cet extrait de débats parlementaires dans lequel le ministre de la Justice justifie son choix de créer cette infraction par la voie d'une loi spéciale montre que le désir de produire un dispositif législatif rationnel, « codifiable » et uniforme à la base de l'adoption d'un *Code criminel* au Canada a vite cédé sa place à la vieille fascination qu'exerçait l'Angleterre sur le législateur canadien. Et le mot n'est pas trop fort, lorsqu'on prend en considération le fait incontournable que, en procédant par loi spéciale, l'Angleterre ne faisait que suivre la voie législative d'un pays qui avait choisi de ne pas se doter d'un *Code criminel*... De toute évidence, le processus d'émancipation vis-à-vis de la métropole n'était pas encore arrivé à terme!

J'approuve l'objet du projet dans tous ses détails. Mais je rappellerai à l'honorable ministre que la loi criminelle a été en 1892 refondue et codifiée. En 1906, sous l'administration actuelle, tous les amendements à la loi criminelle furent révisés, corrigés et mis à jour. C'est le moins qu'on devrait faire, afin de pouvoir trouver toutes les lois criminelles du pays dans un même volume. [...]. Ainsi le *Code criminel* formerait un ensemble complet de toute la procédure pour l'administration de la loi, et ne créerait pas d'incertitude, ce qui est mieux que de disperser les articles çà et là dans le *Code*, où les magistrats et les juges de paix chargés de l'application de la présente loi éprouveraient de la difficulté à les trouver [notre souligné]⁴².

Il semble en effet que l'adoption de ce *Code* n'a pas réglé de façon définitive ou, tout au moins, suffisante, le problème de l'incertitude et du manque de cohérence du droit criminel.

L'autre motif de réforme le plus invoqué, après l'harmonisation/uniformisation, est celui de « favoriser l'accusation ou la poursuite » (22 demandes vont en ce sens), suivi de près par une autre motivation, celle de « punir plus » (laquelle concerne 15 demandes). Une fois encore, procédure et peine semblent pouvoir aller de pair. Suivent ensuite les motifs de « clarification de la juridiction/pouvoir/compétence » (14 demandes), « célérité et réduction des coûts » (13 demandes), « faciliter la preuve » (11 demandes), « favoriser la défense » (11 demandes), « incohérence » dans la législation (10 demandes) et « célérité » (8 demandes)⁴³. Si nous excluons les demandes (i) pour lesquelles nous n'avons trouvé aucune indication de motif, (ii) celles qui n'étaient pas pertinentes à cet égard et (iii) celles dont le motif a été considéré comme étant indéterminé, nous

42. *Débats de la Chambre des Communes*, 11^e lég (23 février 1909) aux pp 1568-69.

43. Au bas de l'échelle, nous avons trouvé comme motif le « manque de qualification » ou l'« abus de pouvoir » de la part de certains fonctionnaires administrant la loi criminelle et la simple « réduction des coûts » du système. Lors de la conception de notre modèle d'analyse, nous avons déduit un autre indicateur à partir de ceux qui avaient été trouvés au moment de l'analyse préliminaire de notre documentation empirique, mais il ne se retrouve pas parmi nos résultats. En effet, aucun instigateur n'a fait de demande motivée par le désir de « punir moins ». On remarquera aussi que les demandes motivées par la nécessité de « favoriser l'accusation » sont deux fois plus fréquentes que les demandes qui ont invoqué le besoin de « favoriser la défense ».

arrivons aux résultats suivants : les demandes d'harmonisation correspondent à 18 % du total des demandes; les demandes visant à « favoriser l'accusation », à 15 %; les demandes de punir plus, à 11 %; et les demandes de clarification de la compétence/pouvoir/juridiction, à 10 %. Si, à l'intérieur de cet ensemble, nous regroupons les motifs qui partagent une même rationalité et qui sont proches, nous arrivons aux résultats suivants : 35 % des demandes des acteurs sociaux visent des questions d'harmonisation et de clarification de la juridiction, de la compétence ou des pouvoirs des acteurs; 34 % des demandes des acteurs essaient d'influencer les décideurs dans le sens de favoriser l'accusation, de faciliter la preuve ou de punir davantage les accusés; et, finalement, 17 % des motifs exprimés ont trait à la célérité et à la réduction des coûts. Comment interpréter ces résultats? Nous en proposerons des hypothèses dans les sous-sections suivantes, en nous servant des catégories présentées dans la quatrième colonne de notre tableau.

1. Les demandes d'harmonisation, de clarification de la juridiction, de la compétence ou des pouvoirs des acteurs

Le premier résultat intégré, c'est-à-dire le fait que le plus grand nombre des demandes concernait des questions d'harmonisation et de clarification de la juridiction, des pouvoirs et de la compétence des acteurs, suggère que l'adoption du *Code* semble, dans ses premières années d'existence au moins, avoir laissé planer certaines incertitudes à l'égard de l'administration de la loi criminelle. Comme nous l'avons déjà souligné, le « public professionnel de la justice » n'est pas une catégorie monolithique et est marquée par la diversité des positions et des fonctions des acteurs qui la composent. Qui plus est, la culture juridique de ces acteurs pouvait varier de manière considérable. Non seulement y avait-il des magistrats qui n'avaient pas de formation juridique, mais encore, parmi ceux qui en avaient une, cette formation variait considérablement⁴⁴. De ce fait, dès l'adoption de ce *Code*, les

44. Voir sur cette question Brown, *supra* note 29 à la p 146.

acteurs du système ont commencé à formuler autant de demandes de réforme qui exposaient au grand jour les doutes ressentis à plusieurs égards, notamment en ce qui a trait à leur propre compétence, à l'interprétation du *Code*, à l'application de la loi, etc. L'analyse qualitative de ces demandes le démontre amplement. En 1901, l'adjoint du magistrat de police de Toronto, RE Kingsford, écrit au ministre de la Justice pour lui demander d'ajouter aux articles 541, 782, 809 et 839 du *Code* — qui établissent la juridiction, les pouvoirs ou compétences des acteurs du système — un segment mentionnant « l'adjoint du magistrat de police », immédiatement après la mention des magistrats de police. Car, M. Kingsford « being the only deputy police magistrate in Canada »⁴⁵ et n'étant pas sûr des limites de sa propre compétence, il demande au législateur de modifier le *Code* en vue de dissiper les doutes qui subsistaient à ce sujet.

Dans les échelons supérieurs de la hiérarchie judiciaire, l'incertitude se faisait aussi sentir sur ce point. En 1916, c'est le *Deputy Attorney General* de l'Alberta qui écrit au ministre de la Justice pour solliciter, sous le prétexte suivant, la modification de l'article 766 du *Code* :

The object of this amendment is to settle doubts and save expense. In this Province there are only two goals, and the question has arisen as to whether the judge of the district where the goal is situated and the accused confined has jurisdiction to take election and try the accused where the offence occurred in a different district [...] ⁴⁶.

Nous pourrions multiplier les exemples de demandes dont la principale préoccupation est celle d'amener le législateur à trancher, par voie de modification, les doutes et incertitudes des acteurs du système par rapport aux limites de leurs pouvoirs, compétence et juridiction. L'analyse détaillée

45. Lettre de RE Kingsford au ministre de la Justice David Mills, (14 mars 1901), Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2288, dossier 311/1897).

46. Lettre du substitut du procureur général de l'Alberta au ministre de la Justice, (6 décembre 1916), Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2164, dossier 751/1920).

de l'activité réformiste des acteurs sociaux que nous avons associés au « public professionnel de la justice » a révélé qu'à l'époque, l'un des enjeux importants de la procédure pénale était l'affrontement de deux conceptions opposées de l'évolution souhaitable de l'administration de la justice criminelle : une souhaitait l'augmentation des pouvoirs des cours inférieures, alors que l'autre résistait à cette « tendance ». Ce différend nous semble intrinsèquement lié aux *positions occupées dans le système* par les membres de ce groupe d'instigateurs de la réforme : les plus haut placés dans la hiérarchie du pouvoir judiciaire se méfiaient de ceux qui se trouvaient plus bas, le contraire du reste étant tout aussi vrai. Notre matériel empirique témoigne de la logique de champ décrite par Bourdieu, laquelle met en évidence une

lutte symbolique entre des professionnels dotés de compétences techniques et sociales inégales, donc inégalement capables de mobiliser les ressources juridiques disponibles, par l'exploration et l'exploitation des « règles possibles », et de les utiliser efficacement, c'est-à-dire comme des armes symboliques, pour faire triompher leur cause⁴⁷.

L'évolution du mouvement de réforme de la procédure pénale pour la période étudiée nous est apparue traversée par des enjeux corporatistes, une espèce de négociation collective de la distribution du pouvoir de dire la règle⁴⁸.

L'interprétation du *Code* sur d'autres questions soulevait aussi beaucoup de problèmes. En témoignent les propos désespérés de M. K.C. Power, qui soumet aux pouvoirs publics rien de moins que la liste des revendications suivantes : « that what is a criminal proceeding be defined; that sections 1013-1025 inclusive, be repealed and the provisions of Imperial Statute be enacted in lieu thereof; [...] and that the whole

47. Pierre Bourdieu, « La force du droit » (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 3 à la p 8.

48. La logique qui inspire ce commentaire de Bourdieu est la suivante : « La signification pratique de la loi ne se détermine réellement que dans la confrontation entre différents corps animés d'intérêts spécifiques divergents (magistrats, avocats, notaires, etc.) et eux-mêmes divisés en groupes différents, animés par des intérêts divergents, voire opposés, en fonction notamment de leur position dans la hiérarchie du corps », *ibid* à la p 6.

Code be revised »⁴⁹. Ce témoignage que l'histoire nous a laissé montre bien à quel point le *Code* n'a pas eu, dans ses premières années d'existence, l'effet simplificateur tant désiré par le législateur. La double exigence d'harmonisation du *Code* — externe, d'une part, avec les lois des provinces, interne, de l'autre, dans la recherche de l'équilibre entre ses différentes parties — était aussi source de problèmes.

Dans ce contexte, les praticiens du droit et les juges semblaient avoir beaucoup de difficultés à s'adapter au changement. Cette résistance semble expliquer le fait que dans un certain nombre de requêtes, les acteurs ne demandaient rien de moins que la remise en vigueur des statuts impériaux, antérieurs au *Code*!

2. Les demandes de réduction des garanties juridiques, de renforcement des pouvoirs de contrainte et d'augmentation du risque de sévérité

Le deuxième résultat intégré (qui indique que 34 % des demandes des acteurs essaient d'influencer les décideurs dans le sens de favoriser l'accusation, de faciliter la preuve ou de punir davantage les accusés) nous laisse croire qu'une grande partie des intentions dévoilées dans les demandes faites par ces acteurs — dans la majorité des cas des professionnels de la justice, rappelons-le — a davantage penché du côté du renforcement du pouvoir de contrainte que de celui de la défense des droits des accusés. Ainsi, une des motivations dévoilées dans une partie de ces demandes était celle de favoriser la poursuite. Plusieurs stratégies étaient proposées : augmenter les cas où la Couronne pouvait exercer le droit d'appel à la suite d'un acquittement, faire dépendre du procureur général l'attribution de caution ou diminuer les exigences concernant la preuve à la charge des pouvoirs accusatoires. En 1906, c'est l'esprit qui anime la requête au sujet de l'article 986 du *Code*, formulée par RL Maitland, *City Prosecutor* et secrétaire de l'Association conservatrice de Vancouver. Cet article régissait la preuve concernant les

49. Memorandum for the Minister of Justice, (6 mai 1922), Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2160, dossier 776/1919).

maisons de désordre. Il prescrivait, entre autres, qu'« il y a preuve *prima facie* qu'une maison, une chambre ou un local est une maison de désordre si [...] quelque maison, chambre ou local est trouvé muni ou pourvu de moyens ou appareils pour permettre de jouer ou gager illégalement ». Certains juges avaient comme pratique d'exiger la preuve que le jeu en question était bel et bien illégal, preuve que la Couronne n'était pas toujours en mesure de produire. Cet état de fait a amené plusieurs instigateurs à faire pression sur le législateur pour changer la règle de procédure en question de façon à provoquer un élargissement *de facto* de l'incrimination, facilitant ainsi l'accusation. Le ministre Doherty, en réponse à RL Maitland, expose ce point de vue en disant :

la difficulté provient de ce que beaucoup d'instruments sont susceptibles de servir à des jeux parfaitement permis, de même qu'à des jeux illicites. La poursuite, pour établir sa cause, est obligée de prouver que l'instrument est particulier à un jeu illicite. [...]. Le but de l'article est de faciliter la preuve⁵⁰.

Si la règle de procédure fait obstacle au but recherché par l'incrimination d'un acte, le remède est simple, on change la règle.

Au-delà du discours officiel, il n'est pas simple d'établir avec exactitude le véritable but poursuivi par ce changement. Quoi qu'il en soit, d'une manière générale, l'analyse de ces demandes suggère fortement l'existence de liens d'interdépendance entre les règles de procédure et les règles substantives et, d'un angle plus précis, elle accrédite l'hypothèse voulant que derrière le jargon technique et souvent rébarbatif de la procédure pénale, se cachent des mécanismes qui assurent une meilleure et plus large application des normes d'incrimination. Ces constatations de notre recherche empirique corroborent l'hypothèse suivante, soulevée par Acosta :

[...] à la limite, il est plausible que l'on produise des effets tout aussi importants, sinon plus, en matière de criminalisation et de décriminalisation en apportant des modifications aux règles de procédure et, particulièrement, de preuve. On parle

50. Memorandum – *Criminal Code Bill*, (avril 1918), Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2160, dossier 776/1919).

ici, bien entendu, d'un effet de l'action conjugée du législateur (sur le texte de la loi) et du juge (sur le plan de l'interprétation jurisprudentielle)⁵¹.

La contrepartie évidente de cette stratégie qui, de prime abord, ne cherche qu'à faciliter la tâche de la poursuite est l'affaiblissement des droits de défense des accusés et des garanties juridiques. Appartiennent aussi à ce groupe les demandes qui font état d'une volonté de punir davantage ou plus sévèrement. Certains des instigateurs, par la voie de modifications suggérées aux règles de procédure, ont demandé au législateur d'accroître le pouvoir de sanction des juges, ce qui nous invite, comme suggéré plus haut, à constater des liens entre procédure et peine. C'est ce qui s'est passé en 1892 avec l'article 872 du *Code* qui permettait alors au juge, lorsque l'accusé était condamné à payer une amende ou toute autre somme d'argent, de prescrire dans la sentence la forme et le délai de paiement de même que les actes à suivre ou peines à imposer en cas de non-paiement. Ceci amène H Pelton à demander au législateur de faire en sorte, lorsque le juge peut imposer la peine d'emprisonnement, que « such imprisonment, in default of distress or of payment, may be with hard labor »⁵². Le législateur a modifié cet article de la procédure dans le sens de la demande. De ce qui précède, deux constats s'imposent. On se rend bien compte du fait, d'une part, qu'un certain nombre d'instigateurs des réformes du *Code* envisageaient la procédure comme un moyen de durcir les peines qui y sont prévues et, de l'autre, que le législateur n'y voyait pas toujours d'inconvénient. Soit dit en passant, parmi toutes les demandes qui constituent notre corpus empirique (257), aucune n'exprime le désir d'adoucir les punitions ou de punir moins. Deuxième constat, le fait qu'il y ait des acteurs, professionnels du système, qui expriment des attentes de peines par la voie des règles de procédure nous amène à avancer l'hypothèse que les règles en matière de peine appartiennent à une *zone grise* d'un statut particulier et que l'on peut théoriquement concevoir comme

51. Acosta, *supra* note 1 aux pp 95-96.

52. Lettre de H Pelton au sous-ministre de la Justice, [aucune date], Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2288, dossier 311/1897).

se trouvant à mi-chemin entre le droit de fond et la procédure. Elles sont en effet des règles sur des règles qui ne s'expriment qu'une fois que les règles appartenant aux deux autres types ont laissé leur marque et produit leurs effets.

3. Les demandes visant la célérité et la réduction des coûts

Le troisième résultat pointe vers une préoccupation des acteurs sociaux à rendre la justice criminelle plus expéditive (17 % des demandes visaient la célérité et la réduction des coûts, en augmentant notamment le nombre d'infractions qui pouvaient être jugées de façon sommaire). Traditionnellement, les juristes et tous ceux qui s'intéressent à l'étude des phénomènes juridiques voient cette demande comme représentant une menace pour les garanties juridiques et les droits de l'accusé en général. L'analyse qualitative de ces demandes nous a permis de voir cette question sous un angle différent. L'argument central des instigateurs se formulait dans les termes élémentaires suivants : le temps joue toujours en faveur des inculpés. Rendre la justice plus expéditive n'était ici qu'un raccourci devant mener tout droit à une augmentation du taux des condamnations. Cette question est, c'est le moins qu'on puisse dire, d'une complexité redoutable, car l'idée — en principe louable — d'une administration rapide et efficace de la justice criminelle peut être au service des meilleurs comme des pires desseins, tout dépendant bien sûr du but visé par la politique criminelle qui la met en place et de l'usage qu'en font ceux qui ont la charge d'appliquer la loi. Son mérite dépend de la perspective adoptée par ceux et celles qui la désirent et de la conception positive (sans affaiblissement des garanties procédurales de l'accusé) ou négative (où la célérité se fait aux dépens des droits de la défense) de ceux qui prévoient les moyens de l'atteindre. Les moyens proposés par les acteurs dont il est ici question sont en contradiction directe avec un certain nombre de principes élémentaires que la justice criminelle se doit de protéger. La conception que WJ Dovitt, chef de police de Burnaby, se fait de la célérité illustre bien le problème relevé. En vue de rétablir la rapidité qui caractérisait auparavant la justice

criminelle au Canada, il ira jusqu'à proposer au gouvernement rien de moins que l'élimination pure et simple du droit d'appel conféré en 1906 par l'article 1013 du *Code*. Cette négation du droit d'appel avait pour but d'éviter que la justice criminelle canadienne se retrouve dans la même situation que celle des États-Unis, qui autorisaient les « re-trial *ad infinitum* ». Selon lui, en instituant le droit d'appel, « the Canadian Senate made a retrograde movement that should be hastily retraced ». À l'appui de ses propos, il rappelle le meurtre d'un « clean Canadian » par un « Oriental » à Burnaby⁵³. Voilà, en des termes on ne peut plus percutants, ce que nous entendons par une conception négative de la procédure criminelle expéditive.

D'autres demandes de célérité ne portaient aucunement atteinte aux droits de l'accusé. Dans certains cas, leur but était même de donner une portée plus large à ces droits. Ainsi, en 1914, le substitut du procureur général à Winnipeg demande au législateur que les articles 778 et 830 du *Code* soient modifiés dans le but de permettre « more speedy trial to prisoner »⁵⁴, l'objectif étant d'augmenter le nombre de cas où une condamnation par voie sommaire ou instruction expéditive des actes criminels serait possible. On cherche à nouveau la célérité, mais cette fois-ci, la demande est inspirée d'une conception positive de la procédure criminelle expéditive : la célérité reste un *choix*, elle correspond ici à l'exercice d'un espace de liberté qu'on veut donner à ceux et celles qui ont maille à partir avec la justice criminelle. On ne l'*impose* pas en affaiblissant les droits de l'accusé. Au contraire, on la *propose* en protégeant la marge d'autonomie et de liberté des accusés. C'est ce que nous pouvons appeler une conception positive de la justice criminelle expéditive. Elle n'a rien à voir avec la logique de l'« efficientisme pénal »⁵⁵. Au contraire, nous pouvons facilement comprendre que celui qui se voit accuser par

53. Report from the Chief Constable of Burnaby, (9 avril 1924), Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2181, dossier 1261).

54. Proposed amendments to *Criminal Code*, (novembre 1914), Ottawa, Archives nationales du Canada, (RG 13, vol 2140, dossier 305/1914).

55. Alessandro Baratta, « Droits de l'homme et politique criminelle » (1999) 23:3 *Déviance et société* 239.

le pouvoir étatique ait tout intérêt à bénéficier d'une justice expéditive qui tranche le plus vite possible le doute qui pèse sur lui, et ce, sans diminuer ses garanties juridiques. Cette demande acheminée par le substitut du procureur général à Winnipeg n'a toutefois pas reçu l'aval du législateur.

Pour ce qui est des sous-catégories attachées au champ « appréciation », nous sélectionnerons les plus importantes, celles qui ont servi d'indicateurs à la distinction directrice entre orientation sociojuridique plus progressiste ou plus conservatrice. De ce fait, ces sous-catégories seront traitées ci-dessous en lien avec l'orientation sociojuridique des demandes.

C. L'ORIENTATION SOCIOJURIDIQUE GLOBALE DES DEMANDES ET L'IMPACT DES DEMANDES SUR LE SYSTÈME : RÉCEPTION ET REJET

Notre modèle d'analyse comprend aussi l'information concernant l'orientation sociojuridique des demandes et l'impact de ces demandes sur la législation en répertoriant et caractérisant aussi bien les réussites que les échecs. Ces deux résultats seront présentés à l'aide du tableau II :

**Tableau II : orientation sociojuridique
des demandes et résultat**

Orientation sociojuridique	% (N^{bre})	Résultat	% (N^{bre})
effet non pertinent	31 (79)	échec	54 (139)
plus conservatrice	28 (71)	réussite totale	32 (82)
effet non déterminé	25 (64)	réussite partielle à long terme	5 (12)
progressiste	16 (42)	réussite totale à long terme	4 (9)
<i>problème</i>	0,5 (1)	réussite partielle	4 (9)
***		mort au feuilleton	2 (5)

Nous présenterons, dans l'ordre, la catégorie « orientation globale des demandes » (sous-section 1), puis les catégories « réussites » (sous-section 2) et « échecs » (sous-section 3). Nous examinerons aussi le choix du système politique à l'égard des demandes d'orientation progressiste (en détaillant les principaux indicateurs : « plus de garanties »⁵⁶ et « moins de risque de sévérité ») et des demandes d'orientation conservatrice (en détaillant les principaux indicateurs : « moins de garanties »⁵⁷,

56. Précisons que cette catégorie a été préalablement conçue et ajustée au fur et à mesure, en fonction de notre documentation empirique. Nous voulions pouvoir déterminer combien de demandes de réforme faites par les acteurs sociaux allaient dans le sens d'augmenter ou de renforcer les garanties juridiques des accusés, comprises dans un premier temps selon la vision traditionnelle des garanties juridiques élaborée par la doctrine juridique : présomption d'innocence, droit au silence, droit de présenter une défense pleine et entière, attribution au ministère public du fardeau de la preuve, principe du dernier ressort, etc. Il s'agit d'une conception négative des garanties juridiques : elles sont envisagées comme simple protection négative de l'individu face à des ingérences intrusives du pouvoir public. Au fur et à mesure que notre recherche empirique avançait et que nous faisions l'analyse qualitative des demandes faites par les acteurs sociaux, nous avons été confrontée à certaines situations qui nous ont amenée à revoir et à ajuster cette catégorie. Nous avons alors adopté une conception plus large des garanties juridiques en y incluant les situations qui confèrent une protection positive à la liberté de l'accusé face à la poursuite pénale, même si ces situations ne sont pas nécessairement traditionnellement envisagées comme un problème de garanties juridiques. En voici des exemples : *les demandes de protection accrue des individus face au pouvoir coercitif de l'État* (l'acteur social demande que soit augmentée la liste d'infractions qui ne permettent pas un verdict de culpabilité basé sur les déclarations d'un seul témoin); *les demandes d'extension des droits de l'accusé* (l'acteur fait une requête pour que soit augmenté le nombre de situations où un droit d'appel est conféré à l'accusé); *les demandes d'extension des moyens de défense*; *les demandes de renforcement de l'espace d'autonomie et de liberté de choix conférées à l'accusé* (l'acteur demande que soit augmenté le nombre de cas où l'accusé peut, s'il donne son consentement, être jugé sommairement); *les demandes de changement qui allègent certains devoirs imposés à l'accusé* (la demande qui exempte l'accusé, lorsqu'il est appelant, de déposer un cautionnement entre les mains du juge de paix); *les demandes visant à limiter le pouvoir de la Couronne d'imposer des contraintes excessives à l'accusé* (l'acteur qui demande que soit limitée la prérogative de la Couronne de conditionner le droit d'appel de l'accusé à son consentement), etc.

57. Nous avons inclus dans cette catégorie *les demandes d'affaiblissement de la protection des individus contre l'ingérence des pouvoirs publics* (l'acteur qui demande, par exemple, que soit réduite la liste d'infractions qui ne permettent pas un verdict de culpabilité basé sur les déclarations d'un seul témoin); *les demandes d'affaiblissement des droits de l'accusé* (l'acteur fait la requête que soit éliminé le droit d'appel conféré à l'accusé par le Code, dans certaines situations); *les demandes de diminution des moyens de défense*, *les demandes de diminution de l'espace d'autonomie et de liberté de choix conférées à l'accusé* (l'acteur qui demande que soit modifié le Code de façon à permettre à un magistrat stipendaire de juger

« renforcement des pouvoirs de contrainte » et « plus de risque de sévérité »). Le but de cet exercice est de dégager la logique garantiste ou davantage répressive — si logique il y a — qui préside à la sélection effectuée par le législateur quant aux requêtes de réforme en matière de procédure.

1. L'orientation globale des demandes

La première colonne du tableau II regroupe les données relatives à l'orientation sociojuridique des demandes, c'est-à-dire leur impact sur le système, indépendamment des buts et objectifs recherchés par leurs auteurs.

En termes d'orientation sociojuridique, d'après les catégories du modèle d'analyse, 31 % des demandes ont été considérées comme ayant un « effet non pertinent »⁵⁸. En ce qui a trait aux deux catégories qui nous intéressaient (demandes plus progressistes et demandes plus conservatrices), des analyses croisées et plus détaillées montrent les profils suivants.

Les demandes progressistes sont au nombre de 42 (sur 257), et ne correspondent donc qu'à 16 % du nombre total de demandes. La majorité d'entre elles proviennent du « public

certaines infractions sans qu'il doive préalablement obtenir le consentement de l'accusé); *les demandes de changement qui augmentent certains devoirs imposés à l'accusé, les demandes visant à accroître le pouvoir de la Couronne dans l'imposition de contraintes excessives à l'accusé* (l'acteur qui demande que l'on réduise les exigences de preuve nécessaires pour que la Couronne réussisse à obtenir un verdict de culpabilité), etc.

58. Rappelons que cette qualification avait été conçue pour rendre compte des demandes dont le contenu n'était pas qualifiable de façon pertinente en termes d'orientation progressiste ou conservatrice (telles que les demandes présentes dans notre corpus où les acteurs demandaient tout simplement l'éclaircissement d'un article, la simplification des formulaires du *Code*, la révision des mécanismes internes de transmission de l'information, la clarification des pouvoirs des acteurs ou même l'amélioration des installations où se déroulent les audiences). Malgré le fait que nous ayons qualifié de nombreuses demandes comme ayant un « effet non pertinent » (du point de vue de notre objet d'étude), nous avons voulu explorer la signification de ce résultat. Une des hypothèses que nous avons formulées alors c'est que le taux de succès qui caractérise ces demandes — 38 % plus précisément — est lié à ce que semblaient être les principaux enjeux entourant les règles de procédure dans le *Code* de 1892 : l'incertitude créée après son adoption et le besoin d'adapter le procès pénal à une société qui devenait de plus en plus complexe. Il fallait trancher les doutes concernant surtout la juridiction des acteurs du système et rendre la justice plus expéditive en allégeant certaines formalités, entre autres.

professionnel de la justice »⁵⁹ (76 %) et portent, en ordre d'importance, sur des règles de procédure en matière d'appels, de preuve et de juridiction. Les motifs les plus souvent exprimés par ces demandeurs sont de « favoriser la défense » et la « célérité » des procédures, avec comme souci, pour la plupart de ces demandes, de reconnaître « plus de garanties » à la défense. En fait, 30 demandes (12 %) ont pu être classées à l'aide de l'indicateur « plus de garanties » juridiques.

Les demandes d'orientation conservatrice sont au nombre de 71, soit 28 % du total. Trente-neuf demandes (15 % du total) ont été classées sous la catégorie « moins de garanties » juridiques et 15 autres (6 %) sous « renforcement des pouvoirs de contrainte ». Le désir d'accroître la sévérité de la loi pénale est le motif clairement exprimé pour 11 des demandes. La majorité de ces demandes provient du « public professionnel de la justice »⁶⁰. Plus spécifiquement, l'initiative de ces demandes leur revient dans 90 % des cas. Ce groupe est, en termes de pourcentage, considérablement plus représenté ici qu'il ne l'est dans le tableau général (tableau I) qui fait état de l'initiative de ce groupe de demandeurs, tous types de demandes confondus, dans 80 % des cas. Les champs les plus visés par ces demandes sont, par ordre d'importance, les « appels », la « juridiction » et la « preuve ». Comme nous l'avions mentionné, les appels constituent en effet le terrain d'affrontement par excellence entre ceux qui veulent instituer une orientation plus progressiste dans le *Code* et ceux qui cherchent le contraire. Les motifs les plus présents dans ces demandes sont la volonté de « favoriser l'accusation », de « punir plus » et avec plus de « célérité » dans le déroulement des procédures. En ce sens, la plupart de ces demandes visent en effet à limiter les garanties juridiques, à renforcer les pouvoirs de contrainte et à créer les conditions nécessaires à l'augmentation de la sévérité.

59. Sont surtout représentés ici les avocats et les substituts du procureur général, de même que des juges de la Cour du Banc du roi, des juges des sessions de la paix ou encore des membres de la *Canadian Bar Association* (créée en 1914).

60. Elles sont surtout l'œuvre du Bureau du procureur général, des avocats et des juges des cours inférieures.

D'un côté comme de l'autre, autant pour ce qui est des demandes progressistes que des demandes conservatrices, les procureurs de la Couronne et les avocats arrivent en tête de liste. Nous avons voulu voir s'il y avait une différence marquante entre le profil des professionnels de la justice qui font des demandes motivées par l'intention de favoriser l'accusation et celui des demandeurs ayant l'intention de favoriser la défense. Les deux motifs sont invoqués par les divers professionnels, mais dans le cas des demandes visant à favoriser la défense, il y a tout de même une prédominance des avocats, alors que dans l'autre catégorie, ce sont les fonctionnaires du Bureau du procureur général qui se manifestent en plus grand nombre. Même si ce résultat n'étonne pas lorsqu'on prend en considération le rôle dévolu à ces acteurs à l'intérieur du procès pénal, nous avons trouvé dans notre matériel des avocats de la défense qui font des demandes visant à favoriser le travail de la partie adverse et vice versa pour les procureurs de la Couronne.

Pour ce qui est de la réceptivité du législateur, seulement 36 % (15 sur 42) des demandes d'orientation sociojuridique plus progressiste ont reçu un traitement positif de la part du législateur. La grande majorité (62 %) est restée lettre morte. Pour ce qui est des demandes d'orientation plus conservatrice, au nombre de 71, la réceptivité du législateur est nettement plus positive : seulement 51 % de ces demandes resteront sans suite. Allons voir de plus près le profil des demandes qui ont réussi et de celles qui ont échoué.

2. Les réussites

Parmi les 257 demandes examinées, 112 ont réussi à apporter un changement au *Code* dans le sens désiré par les instigateurs (44 %). Des analyses croisées et détaillées de ce groupe de demandes nous ont permis de constater, comme on pouvait s'y attendre, que 87 des 112 demandes qui ont convaincu le législateur proviennent du « public professionnel de la justice ». Pour ce qui est des champs de la procédure visés par les demandeurs, le pourcentage des réussites favorise surtout les règles concernant la juridiction (17 %), les appels

(12 %), la preuve (11 %) et les honoraires (10 %)⁶¹. Quant aux motifs avancés par les instigateurs pour justifier la réforme souhaitée, ce sont les raisons suivantes qui récoltent les plus hauts taux de réussite : « favoriser l'accusation » (12 %), « célérité/réduction des coûts » (10 %)⁶² et « harmonisation/uniformisation » (8 %). Finalement, seulement 13 % des demandes réussies entrent dans la catégorie de celles pouvant donner une orientation plus progressiste au système. La majorité des demandes ayant obtenu l'aval du législateur ne représente aucun effet significatif (38 %) ou exprime un mouvement conservateur global dans le système (32 %).

3. Les échecs

Parmi les 257 qui ont été examinées, on compte 139 demandes s'étant soldées par un échec, soit la non-institutionnalisation, dans le *Code criminel*, du changement désiré. Le « public professionnel de la justice » est à l'origine de 112 des demandes rejetées. Pour ce qui est des champs de la procédure visés par les demandeurs, les plus hauts taux d'échec s'observent à l'égard des demandes concernant des règles sur le procès sommaire (22 %), la juridiction (20 %), les appels (17 %) et la preuve (6 %). En ce qui concerne les motifs avancés par les instigateurs pour justifier le besoin de réforme,

61. Bien que la question des « honoraires » ne soit pas pertinente pour notre objet d'étude, l'analyse nous a quand même renseignée sur certains des enjeux vécus par nos acteurs à ce sujet. Nous avons constaté, tout au long de cette période, que les juges de paix et les policiers ont exercé une pression continue sur le législateur pour que le tarif de leurs honoraires augmente (tarif concernant, entre autres, les frais de déplacement et les actes de procédure de leur ressort : émissions de mandats, arrestations, etc.). En 1921, un certain KC Griffin écrit au député JH Sinclair en déclarant que la rémunération attribuée aux officiers de la justice était ridicule. Il trouve en effet « [...] difficult to get a magistrate to bother with a case and as far as constables, they simply will not act unless they are guaranteed reasonable remuneration » (Lettre de M. Griffin au député JH Sinclair (22 mars 1921), Ottawa, Archives nationales du Canada (RG 13, vol 2160, dossier 2117/1921)). Les acteurs sociaux que nous avons regroupés sous la catégorie « public professionnel de la Justice » ne partageaient pas nécessairement la même vision par rapport à cette question. Ainsi, tout au long de cette période, les échelons supérieurs de la hiérarchie judiciaire se sont opposés, ici aussi, à l'octroi des honoraires demandés par les juges de paix et par les policiers.

62. Nous avons comptabilisé ensemble les indicateurs « célérité » et « célérité/réduction des coûts ».

le pourcentage d'échec se rapporte surtout aux raisons suivantes : harmonisation et uniformisation des règles (13 %), clarification de la compétence, des pouvoirs et de la juridiction (8 %), accroissement de la punition (7 %) et, enfin, moyens qui favorisent la défense (4 %). Finalement, pour la plupart des demandes qui se sont traduites par un échec, dans plusieurs cas, nous n'avons pas réussi à qualifier l'effet qu'elles auraient eu sur le système (30 %), alors que dans d'autres, elles n'auraient vraisemblablement pas eu d'effet significatif (27 %). Pour ce qui est des autres demandes, 25 % des demandes qui n'ont pas reçu l'aval du législateur allaient dans un sens conservateur et 18 % auraient laissé une empreinte plus progressiste sur le système.

D. RATIONALITÉ DES ACTEURS ET RATIONALITÉ DU SYSTÈME

Comme nous l'avons souligné au début du présent article, un de nos objectifs dans ce travail était d'essayer de cerner l'influence des demandeurs porteurs d'expectatives juridiques sur la réforme effective des procédures établies par le *Code criminel*.

Les résultats présentés jusqu'ici dans cette section auto-risent quelques conclusions, forcément fragmentaires, et permettent de formuler quelques hypothèses. Des 257 demandes que nous avons analysées, 112 (44 %) ont conduit à un changement des règles de procédure du *Code criminel*. Il s'agit d'un pourcentage très significatif de demandes où le législateur a consacré, dans un texte de loi, l'institutionnalisation des attentes sociales exprimées par les acteurs. Les résultats indiquent que parmi les demandes qui ont réussi à apporter un changement effectif dans le *Code*, seulement 13 % épousaient une orientation sociojuridique progressiste. Plus du tiers de ces demandes — 38 % plus précisément — ont été considérées comme n'ayant pas d'effet significatif quant à leur impact sur le système⁶³.

63. La plupart sont des demandes d'« éclaircissement du contenu d'un article » ou des demandes concernant la « transmission interne de l'information » ou encore des demandes d'« allègement des formalités ».

Cela signifie que la plupart des demandes étaient d'orientation sociojuridique conservatrice et que la plupart des expectatives sélectionnées l'étaient aussi. Il ressort de cette analyse que le législateur a eu une nette préférence pour les demandes plus conservatrices, auxquelles il a donné une portée effective dans 49 % des cas; par rapport aux demandes plus progressistes, il ne l'a fait que dans 36 % des cas.

L'analyse plus détaillée de certaines catégories nous a aussi fourni d'importantes indications sur les préférences du législateur pour certains sujets. Nous aimerions mettre en relief surtout la question des garanties juridiques. Le législateur a intégré au *Code* 51 % des demandes recherchant « moins de garanties », contre seulement 38 % des demandes proposant « plus de garanties ». L'analyse de certains extraits des débats parlementaires nous a permis de voir que certains députés tenaient en Chambre un discours progressiste, soulevant des questions pertinentes par rapport à la nécessité perçue de protéger certains droits des accusés, de réformer certains principes de justice fondamentale et de repenser les limites et les fonctions du droit criminel en tant que mécanisme du contrôle social. Nos résultats et les réactions en Chambre à ces questions nous laissent croire qu'il s'agissait là d'un discours à contre-courant, auquel la plupart des décideurs n'étaient pas très sensibles. C'était surtout la *raison pragmatique* qui régnait à l'époque : le législateur réagissait sur demande et adoptait des solutions sur mesure.

Cette interprétation est encore plus fortement accréditée par l'analyse des demandes qui cherchaient à renforcer les pouvoirs de contrainte, car elles ont conduit à une modification effective du *Code* dans 71 % des occurrences. Le choix du système, on le voit bien, est pour l'essentiel un choix conservateur.

Cependant, ces résultats, aussi significatifs soient-ils, n'expliquent pas pourquoi 51 % des demandes conservatrices ont été rejetées ni pourquoi 36 % des demandes progressistes ont réussi à convaincre le législateur du bien-fondé de leurs revendications. Ce qui nous laisse penser que la rationalité présidant aux choix effectués par le système est plus difficile à saisir que la rationalité des demandeurs à laquelle nous avons pu avoir accès par le biais de l'analyse des demandes et des intentions exprimées. L'explication de la juste articulation

entre ces deux rationalités suppose le recours à des schèmes qui ne sont pas linéaires. En effet, pour ce groupe de demandes (conservatrices rejetées et progressistes accueillies), l'ouverture du législateur aux demandes de changement des acteurs sociaux ne varie pas de façon significative : (i) ni en fonction du type de demandeur (80 % des échecs proviennent du « public professionnel de la justice », ainsi que 78 % des réussites); (ii) ni en fonction du champ de la procédure visé (exception faite des demandes portant sur les « honoraires », qu'on ne trouve que du côté des réussites; les demandes rejetées ainsi que celles réussies concernent principalement les mêmes trois champs, celui de la « juridiction », celui des « appels » et celui « du procès »); (iii) ni, enfin, en fonction du type de demande (comme nous l'avons vu, à titre d'exemple, 53 % des demandes qui, en général, bénéficient à la poursuite engendrent une révision du *Code*, tandis que 47 % restent lettre morte). Comme notre modèle d'analyse est surtout centré sur les choix des acteurs, il ne nous permet pas d'expliquer en profondeur le choix du système par rapport au rejet des demandes conservatrices (51 %) et l'accueil des demandes progressistes (36 %). Nous pouvons cependant formuler l'hypothèse que certains acteurs, indépendamment du groupe spécifique auquel ils appartiennent ou du type particulier de demande qu'ils expriment, réussissent mieux que d'autres à entreprendre des stratégies de changement gagnantes et à « captiver le système ». L'hypothèse est alors que la rationalité *en action*, mise de l'avant par certains individus ou groupes, pourrait aider à expliquer les « choix dissonants » du système. Cette limite étant définie, nous nous permettrons, dans ce qui suit, quelques remarques conclusives mettant en relief, à partir de notre étude, quelques réflexions et interprétations plus globales.

CONCLUSION

Selon Lascoumes⁶⁴, en intégrant une « architecture réputée rationnelle » dans le droit, le mouvement de codification du

64. Pierre Lascoumes, « Pluralité d'acteurs, pluralité d'actions dans la création contemporaine des lois » dans *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyt*, Liège (Bel), Mardaga, 1990, 145.

début du XIX^e siècle a fait en sorte que « le système juridique demeura perçu pendant plusieurs décennies comme un ensemble de commandements détaché de toute causalité autre que celle d'une volonté étatique abstraite »⁶⁵. Cette étude a voulu se détacher de cette vision unidirectionnelle et « du haut vers le bas » du droit, en ciblant l'action sociale des demandeurs de réforme qui a précédé le processus formel de changement du droit pénal codifié à la fin du XIX^e siècle au Canada. Nous espérons avoir jeté un peu de lumière sur l'émergence sociale du droit dans la face cachée des forces qui ont été à l'origine de la réforme juridique des normes de procédure en particulier et de l'évolution du droit criminel canadien en général.

Notre recherche, en se penchant à la fois dans le champ de l'émergence sociale du droit et dans celui de la réforme formelle, montre qu'il n'y a pas de dissonance majeure entre les articles qui ont fait l'objet de *demandes de modification* par les acteurs sociaux et ceux qui ont effectivement *été modifiés* par le législateur. Nous pouvons donc dire que l'activité *législative* formelle de changement du *Code* et l'activité *sociale* entreprise par les acteurs sociaux demandeurs de réformes ont ciblé essentiellement les mêmes questions de procédure. Avec un peu de recul, nous aimerions conclure en soulignant trois contributions de notre recherche pour la compréhension des phénomènes relatifs à la réforme des normes de procédure au Canada.

La première grande conclusion ressortie de cette recherche est que, tout au long de la période étudiée, les professionnels de la justice ont tenu à rappeler, à qui voulait l'entendre, à quel point ils étaient attachés à leur droit de regard en matière de création et de modification des règles de procédure. Ils n'ont jamais cessé, en effet, de faire des demandes de réforme et ont continuellement exercé une influence importante dans les transformations de ces règles, ce qui nous invite à observer l'adoption formelle du droit avec un nouveau regard. Ce constat met aussi en relief le rôle dominant de ce type d'acteurs dans l'évolution de la procédure criminelle, champ névralgique dans le processus de transformation et d'évolution du droit pénal.

65. *Ibid* à la p 146.

L'évolution du droit est décrite par le sociologue allemand Niklas Luhmann comme le produit d'un processus de variation, de sélection et de stabilisation normative⁶⁶. De façon générale, nous pouvons dire que la variation attire l'attention sur les possibilités présentes dans l'environnement auxquelles le système peut décider de s'ouvrir; la sélection indique les choix opérés par le système selon ses propres codes, besoins et critères définis; la stabilisation, quant à elle, indique l'institutionnalisation des éléments sélectionnés, leur utilisation récursive dans les opérations du système.

Pour ce qui est du rôle du système politique dans l'évolution du droit, comme le soulignent Pires et al en référence à la sociologie de Luhmann,

la législation est moins la *création* de la norme tout court qu'un processus complexe de *sélection*, d'attribution de dignité symbolique aux « normes en tant que droit ayant force d'engagement » (*norm as binding law*) et de distribution des normes dans des programmes juridiques divers⁶⁷.

Décrivant le processus législatif à l'aide de catégories sociojuridiques, Lascoumes⁶⁸ relève les étapes suivantes : « émergence sociale, prise en compte politique, mise en forme juridique, officialisation-adoption, diffusion-application ». Pour rendre compte de la spécificité de nos résultats et du fait que le public demandeur de réforme est aussi composé de *participants* au système de droit, nous pouvons détacher, lors de la première étape (que nous appellerons « émergence sociale du problème et de l'expectative normative »), le scénario où l'on trouve une préconstruction de l'expectative normative selon un programme juridique spécifique. En tant que demandeurs et membres du système qu'ils veulent réformer, les acteurs sociaux rédigeaient souvent leur demande en ayant soin d'y inclure une formulation juridique précise de

66. Voir à ce sujet, entre autres, Niklas Luhmann, *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*, traduit par Jacob Schmutz, Paris, Le Cerf, 1999; Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

67. *Supra* note 1 aux pp 195-96.

68. *Supra* note 64 à la p 150.

l'article à réviser. Nous pouvons alors dire que le cheminement de la norme (expectative normative) vers le système à modifier (le système juridique) adopte tout de suite en partant le langage, les valeurs et la culture de ce système. Pires et al ont analysé la dimension culturelle faisant en sorte que certaines demandes sont déjà préconstruites en fonction du système auquel elles s'adressent, et cela même avant que les instances administratives et gouvernementales aient été saisies de la demande. En effet, comme le soulignent ces auteurs,

Comme le système juridique comprend divers programmes ayant des styles différents (droit civil, droit pénal, etc.), la structure interne de chaque programme contribue alors à *modeler* ou à *mettre dans une forme légale spécifique* l'expectative sélectionnée.

Le processus de « mise en forme » spécifique d'une expectative peut commencer à s'actualiser à différents moments. Il peut débiter chez l'acteur social [instigateur] lui-même. C'est le cas lorsqu'un individu demande de créer un « nouveau crime » en adoptant lui-même la sémantique juridique employée par le programme du *Code criminel*. Mais cette mise en forme peut aussi se réaliser en partie ou en totalité à une étape plus avancée du processus⁶⁹.

Notre corpus empirique a amplement démontré l'influence de ces acteurs dans la phase de l'émergence sociale de l'expectative normative et aussi dans la prémise en forme juridico-pénale de cette expectative. Mais leur influence ne s'arrête pas là. En effet, au niveau de la « sélection », notre étude montre qu'ils exerçaient une influence indirecte, soit par l'exercice de moyens de pression auprès des autorités, soit en raison du fait que certains de ces acteurs étaient en mesure d'actionner quelques-uns des plus importants leviers de l'appareillage institutionnel de la réforme : en plus d'être juges ou avocats, ils avaient parfois un siège au Parlement en tant que députés. Cette recherche met en lumière les conclusions de Luhmann et de Pires et al sur le rôle du système

69. Pires et al, *supra* note 1 à la p 196.

politique et du législateur : leur véritable fonction est celle de *sélectionner* plutôt que de créer au sens propre certaines attentes normatives produites dans l'environnement⁷⁰. Même si cette phase ne faisait pas l'objet de notre recherche, nous savons que ces professionnels sont aussi les personnages principaux dans la phase de « l'application-diffusion » des normes de procédure; ce sont eux qui contribuent donc à la stabilisation de ces normes dans le système, qui rendent possible leur récursivité. Le processus de création de la loi de procédure criminelle est ainsi marqué par une logique circulaire (certains diront incestueuse) où ceux qui proposent la réforme du droit sont souvent ceux qui vont l'appliquer en fin de compte. Cette participation forte d'acteurs sociaux dans la réforme des règles de procédure criminelle ne saurait à notre avis être interprétée comme le signe réconfortant d'une quelconque démocratisation de ce processus. L'activité de réforme est restée entre les mains d'une élite de demandeurs dont les motivations obéissaient à une logique, au mieux, pragmatique, au pire, utilitaire (comme lorsque, par exemple, il était question d'obtenir des réponses à des questions spécifiques, intrinsèquement liées à l'exercice de leurs fonctions quotidiennes). Ce dernier aspect nous permet d'introduire une autre grande conclusion ressortie de cette recherche.

Le portrait général des demandes de réforme en matière de procédure criminelle est un portrait en pointillé. Comme l'artiste sur la toile, le demandeur de réformes procédait par petites touches pour faire modifier la législation criminelle, et tout porte à croire que le législateur utilisait cette même technique de réforme au compte-gouttes pour « repenser » le droit. C'est d'ailleurs le point de vue de Mewett qui, caractérisant l'évolution de la loi criminelle au cours d'un siècle, parle du « present hit-or-miss method of reform which is sparked by a newspaper story, by a private member's interest, by an

70. Voir à ce sujet Pires et al, *ibid* et Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, traduit par Martin Albrow, Londres (R-U), Taylor & Francis Group, 2013. C'est aussi, par ailleurs, le point de vue d'autres sociologues du droit qui distinguent entre la création des lois au sens formel et strict de *loi du parlement* et *l'émergence du droit* proprement dite. Voir, par exemple, Guy Rocher, « Réflexion théorique et études empiriques aux frontières de l'internormativité » dans Philippe Robert, Francine Soubinan-Paillet et Michel van de Kerchove, dir, *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t 1, Paris, L'Harmattan, 1997, 195.

influential agitator »⁷¹. Il ira jusqu'à accorder à cette façon de mener la réforme la cause du « most outstanding problem of Canadian criminal law »⁷². Dans ce cadre, il est en effet difficile de concevoir la cohérence ou l'effort d'harmonie qui pourrait éventuellement se dégager de la réforme du *Code*. Au cours des premières 35 années de vie du *Code*, c'est plutôt l'image d'une réforme discontinue et casuistique qui ressort, car les impulsions à la variation provenant de l'environnement étaient profondément circonscrites, événementielles et sans aucune vision innovatrice du processus de réforme.

Finalement, en ce qui a trait à la juste articulation entre le plan des actions des acteurs sociaux demandeurs de réforme, le système auquel ils s'adressent (système politique) et l'ordre systémique pertinent et plus large qui leur sert de toile de fond (système de droit criminel), ce qui ressort de notre analyse, c'est essentiellement le fait que la rationalité sous-jacente à la grande majorité des demandes de changement était exactement la même rationalité qui, en matière de droit criminel, caractérise autant le système politique que le système juridique, rationalité décrite par Pires et al dans les termes de « rationalité pénale moderne ».

Du côté des acteurs, nous avons pu observer un effet de « microculture », concept avec lequel Crozier et Friedberg avaient travaillé pour étudier le problème posé par le fait que ces acteurs/décideurs sont « limités par la nature et par les règles du système de décision dont ils font partie »⁷³. Ces limitations influent grandement sur la manière dont ces acteurs/décideurs choisissent les problèmes qu'ils vont traiter, la manière dont ils conçoivent les solutions la plupart du temps, « à l'aide de programmes préétablis ». Cette analyse nous semble utile pour établir le lien entre la rationalité d'un système social et la rationalité *en action* sélectionnée et mise de l'avant par les individus et les groupes (acteurs). En effet, la rationalité du système existe « uniquement dans la mesure

71. Alan W Mewett, « The Criminal Law 1867-1967 » (1967) 45 R du B can 726 à la p 737.

72. *Ibid.*

73. Crozier et Friedberg, *supra* note 10 aux pp 360-61.

où elle est capable de façonner les stratégies des acteurs-membres du système »⁷⁴.

Du côté du système, nous pouvons dire avec Pires et al que « la rationalité pénale moderne » en tant que système de pensée enseigne aux acteurs à demander et fonctionne comme une espèce de « bras pédagogique invisible », participant à la formulation même de l'expectative normative et, ultérieurement, à la sélection réalisée par le système⁷⁵. Tout se présente comme si à travers l'activité des acteurs-participants, c'est le système plus que les acteurs qui pense, ou pour le formuler comme Rabault, « à travers le juriste, c'est le droit comme système qui se pose »⁷⁶.

Nous pouvons ici parler d'*interpénétration* des deux rationalités, interpénétration entre la rationalité individuelle et la rationalité du système, la première cédant à l'influence de la seconde avant de la reproduire. Dans les faits, si l'hypothèse se tient, la rationalité des acteurs cesserait d'être une rationalité absolue ou volontariste pour « devenir rationalité de système »⁷⁷. Ainsi, dans cette « causalité systémique ou circulaire »⁷⁸, comme dans l'ordre d'un « couplage structurel »⁷⁹, la rationalité des acteurs et celle du système coévoluent. Peu importe la position occupée par l'acteur demandeur de réformes de procédure criminelle, peu importe le type de proposition qu'il fait au système auquel il s'adresse, la rationalité qui préside à sa démarche est déjà une rationalité systémique : on le perçoit dans la formulation même de l'expectative, tout adaptée qu'elle est aux règles de la « rationalité pénale moderne » ; on le perçoit aussi dans la conception des *possibles* qui apparaissent déjà limités par les solutions disponibles dans la « microculture » procédurale du droit criminel (nous n'avons en effet trouvé aucune trace d'innovation pratique ou théorique dans notre corpus de demandes). Bref,

74. *Ibid* à la p 361.

75. Pires et al, *supra* note 1 à la p 214.

76. *Supra* note 7 à la p 453.

77. *Ibid* à la p 464.

78. Pires et al, *supra* note 1 à la p 211.

79. Luhmann fait appel à ce concept pour décrire « l'idée de liaisons hautement sélectives entre les systèmes et leurs environnements » dans « Clôture et couplage », André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif, dir, *Niklas Luhmann observateur du droit*, coll « Droit & Société », n° 5, Paris, LGDJ, 1993, 73 à la p 86.

d'un point de vue *cognitif*, bien qu'elle provienne de l'environnement du système politique (auquel elle s'adresse) et du système juridique (qu'elle vise), la rationalité qui préside à l'activité des demandeurs de réforme de procédures pénales *n'est pas une rationalité étrangère (externe) au système auquel elle s'adresse ni à celui qu'elle se propose de transformer*. Peut-être peut-on trouver là quelques éléments susceptibles d'éclairer les fondements du problème qu'observait Bourgeault, car il semble que « l'une des raisons pour lesquelles les réformes ne donnent pas, ou guère, les résultats escomptés tient à ce que l'on pourrait appeler "l'enfermement dans le pareil au même" »⁸⁰. Dans l'ordre de ces rationalités « incestueuses », on ne s'étonnera donc pas, comme le disait si bien Luhmann, que « le droit, malgré un rythme de changement fort accéléré, demeure en gros et d'une façon générale ce qu'il est »⁸¹.

80. Guy Bourgeault, « L'innovation sociale et ses implications. Considérations éthiques » dans *Le développement social au rythme de l'innovation. Actes de colloque*, Sherbrooke, Presse de l'Université du Québec, 2004, 7.

81. Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » (1989) 11/12 Dr et Soc 53 aux pp 65-66.