

**La fonction du droit criminel selon la doctrine juridique canadienne : Les enjeux de cette
conception pour l'évolution du système de droit criminel moderne**

Alec Pagé

Superviseur : Richard Dubé

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

Département de Criminologie
Faculté des sciences sociales
Université d'Ottawa

Résumé

Cette recherche propose d'étudier la façon dont la doctrine juridique canadienne définit la fonction du système de droit criminel moderne, ainsi que les implications de cette définition sur son évolution identitaire. D'un point de vue théorique, cette thèse mobilise à la fois la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro P. Pires, en lien avec la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann. La première permet de problématiser l'immobilisme du système de droit criminel en ce qui a trait à son évolution identitaire, tandis que la deuxième permet de mieux saisir la façon dont un système social, dans sa manière de concevoir sa fonction, peut également créer des obstacles à cette évolution. Sur le plan méthodologique, cette étude a recours à l'analyse qualitative des textes eux-mêmes analytiques du droit criminel et du droit pénal canadien en guise de porte d'accès à l'auto-description fonctionnelle du système de droit criminel moderne. En outre, cette étude permet de mieux comprendre ce qui, sur le plan identitaire du système, fait obstacle à son évolution et contribue à la reproduction de son système de pensée dominant.

Mots-clefs : Théorie des systèmes sociaux, rationalité pénale moderne, théories modernes de la peine, exclusion sociale, infliction de la souffrance, auto-description fonctionnelle, évolution identitaire, idées innovatrices, doctrine juridique, fonction, programmes.

Abstract

This research aims to examine how Canadian legal doctrine defines the function of the modern criminal law system and the implications of this definition on its identity evolution. From a theoretical perspective, this thesis draws on Alvaro P. Pires' theory of modern penal rationality in conjunction with Niklas Luhmann's social systems theory. The former allows for problematizing the inertia of the criminal law system regarding its identity evolution, while the latter provides insight into the way a social system, in its approach to conceiving its function, can also create obstacles to this evolution. Methodologically, this study utilizes qualitative analysis of texts that are themselves analytical of criminal law and Canadian penal law as a gateway to the functional self-description of the modern criminal law system. Furthermore, this study enhances our understanding of what, at the identity level of the system, hinders its identity evolution and contributes to the reproduction of its dominant thought system.

Keywords: Social systems theory, modern penal rationality, modern theories of punishment, social exclusion, infliction of suffering, functional self-description, identity evolution, innovative ideas, legal doctrine, function, programs.

Remerciements

Je me dois d'abord de remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour le soutien financier par le biais de leur Bourse d'études supérieures du Canada, la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* pour l'aide financière, ainsi que Stéphanie Gaudet, la directrice du Centre interdisciplinaire de recherche sur la citoyenneté et les minorités pour les assistanats de recherche et les expériences inoubliables.

Je voudrais particulièrement remercier mon directeur, Richard Dubé, sans qui cette thèse n'aurait jamais été possible. Depuis maintenant six ans, tu ne cesses de m'inspirer et de me guider dans ce domaine fascinant. Merci Richard pour la générosité dont tu fais preuve dans tes lectures, dans tes commentaires et lors de nos passionnantes discussions.

Je tiens également à remercier Alvaro Pires et Gérald Pelletier, qui ont toujours accepté de partager leur savoir et leur bonheur avec moi, ainsi que mes collègues de la « Chaire » Alexandre, Coline, Frederico et Geneviève. Dans ce milieu propice au rire qu'est le « Labo », vous m'avez permis d'apprendre et de réfléchir en bonne compagnie.

Du fond du cœur, j'aimerais remercier Sarah, ainsi que ses parents, Christine et Glenn, qui m'ont accueilli à bras ouverts à Ottawa. Sarah, tu m'as épaulé pendant les périodes les plus difficiles de cette thèse. Merci de toujours avoir été présente pour moi, que ce soit pour m'encourager, pour me lire, ou simplement pour partager le plaisir de la recherche universitaire.

Un merci très spécial à ma famille, à ma sœur Maxime, à mes grands-parents Cantin et Pagé, mais surtout à mes parents Danielle et Michel. Merci d'avoir cru en moi et de m'avoir appuyé dans chacune des aventures de cette vie formidable que vous m'avez offerte. Vous avez été un modèle de persévérance et m'avez inculqué l'amour du savoir, de l'apprentissage et de la langue. Sans vos heures de lecture et vos leçons de grammaire, je n'aurais jamais pu concevoir la rédaction d'une thèse. Merci pour l'amour inconditionnel que vous m'offrez quotidiennement.

Merci à mes amis d'Astorville Adam, Jules, Jérémie, Mathieu, Mike, René et Zach, qui, pour moi, représentent à la fois des frères et des cousins. Sans même en être conscient, vous m'inspirez tous les jours par votre appréciation de la vie et de ceux qui vous entourent.

Finalement, merci à mon cher ami, Gustave Larochelle, ce brillant esprit qui, par ses paroles, me rappelle que « rien n'est acquis, tout s'imagine et c'est vraiment mieux ainsi ». Cette thèse, je la dédie à ceux qui souffrent en raison d'un système pouvant être réimaginé.

Table des matières

Résumé.....	ii
Abstract.....	iii
Remerciements.....	iv
Liste des tableaux.....	vii
Introduction.....	1
Chapitre I : Théorie.....	4
1.1 Problématique.....	4
1.2. L’outillage conceptuel.....	9
1.2.1 Le concept d’auto-description.....	9
1.2.2 Le concept de fonction.....	11
1.2.3 Le concept de programmes.....	14
1.2.4 Le concept d’évolution.....	19
1.3 La cartographie des normes du système de droit criminel.....	25
1.3.1 Les normes de premier ordre.....	25
1.3.2 Les normes de deuxième ordre.....	26
1.3.3 L’importance des normes de sanction.....	27
1.4 La théorie de l’évolution des systèmes sociaux.....	28
1.5 La rationalité pénale moderne comme cadre théorique pour l’analyse des données.....	33
1.6 Limites de la théorie de la rationalité pénale moderne.....	33
1.7 Conclusion de chapitre et rappel de la question de recherche.....	35
Chapitre II : Méthodologie.....	37
2.1 Introduction.....	37
2.2 La doctrine juridique comme empirie.....	37
2.3 Le choix des textes d’analyse du droit criminel et du droit pénal canadien comme prise empirique.....	40

2.4 Posture épistémologique	41
2.5 Une recherche qualitative	45
2.6 L'analyse de documents comme méthode de recherche	46
2.7 Technique de collecte de données.....	52
2.7.1 Découvrir	52
2.7.2 Sélectionner.....	57
2.8 Stratégie d'analyse	62
2.8.1 Processus d'analyse	64
Chapitre III : Analyse.....	70
3.1 Introduction.....	70
3.2 Catégories d'analyse	71
3.2.1 Convergences.....	71
3.2.2 Divergences.....	111
3.3 Analyse sociologique du virtuel.....	129
3.3.1 La fonction définie dans la sémantique de la protection de la société : la variété de l'empirie.....	133
3.3.2 La fonction définie dans la sémantique de la stabilisation d'expectatives normatives : la variété non actualisée	136
3.3.3 Conclusion de l'analyse sociologique du virtuel	143
Conclusion	144
Bibliographie.....	146

Liste des tableaux

Tableau 1 : Corpus documentaire.....	60
Tableau 2 : Catégories d'analyse, définitions et codes.....	65

Introduction

Dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, les efforts de Beccaria ont permis au système de droit criminel de prendre une nouvelle forme, de vivre un humanisme en comparaison à l'Ancien Régime et d'évoluer afin de se définir lui-même comme étant « moderne ». Cependant, depuis plus de deux siècles d'histoire, nous constatons un immobilisme quant à l'évolution identitaire de ce système—le système de droit criminel moderne définit toujours son autoportrait identitaire par l'entremise des deux mêmes valeurs : celles de l'affliction et de l'exclusion sociale. Ces valeurs se reflètent, entre autres, dans le cadre de la définition de sa propre fonction. Aux prises avec son système de pensée, il ne parvient pas de manière significative et non marginale à intégrer les idées innovatrices qui s'écartent de l'affliction ou de l'exclusion sociale ni à définir sa propre fonction dans des termes moins belliqueux que ceux de la *punition* ou de la *protection de la société*. Notre recherche propose ainsi de saisir les différentes conceptions de la fonction du système de droit criminel, afin de mieux comprendre ce qui, sur le plan identitaire du système, fait obstacle à son évolution et contribue à la reproduction de ces valeurs au sein de son système de pensée et des pratiques qu'il sous-tend.

Pour ce faire, sur le plan théorique, nous nous laisserons guider par la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro P. Pires de même que par la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann. La première nous permettra de problématiser l'immobilisme de l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne en lien avec les théories modernes de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation carcérale). La seconde nous aidera à comprendre comment un système social, dans sa manière de concevoir sa fonction, en arrive à créer des obstacles à sa propre évolution identitaire.

Sur le plan empirique, en tant que porte d'accès à la façon dont le système de droit criminel conçoit lui-même sa fonction, la doctrine juridique nous permettra de saisir le point de vue du système sur sa fonction. L'analyse de la doctrine produite en droit pénal et en droit criminel canadien par rapport à cette question n'a pas encore fait l'objet d'une étude systématique de la part des chercheurs s'étant intéressés à ce problème d'immobilisme observable au sein du système de droit criminel moderne. La question de recherche qui guide notre étude est la suivante : de quelle façon la doctrine juridique canadienne définit-elle la fonction du système de droit criminel moderne et quelles sont les implications de cette ou de ces définition(s) de la fonction pour l'évolution du système de droit criminel moderne?

Cette thèse sera divisée en trois chapitres. Nous consacrerons le premier chapitre à la théorie pour préciser d'abord la problématique de recherche et les apports (et limites) de la théorie de la rationalité pénale moderne à cet égard. Cette problématique servira, par le fait même, de mise en contexte de l'état actuel de la représentation identitaire du système de droit criminel. Celle-ci sera suivie d'un travail d'investissement théorique par rapport aux concepts empruntés à la théorie des systèmes sociaux de Luhmann.

Quant au deuxième chapitre, d'ordre méthodologique, nous discuterons du choix de la doctrine juridique comme ancrage empirique, plus particulièrement de ses textes d'analyse du droit pénal et du droit criminel canadien en tant que source des conceptions de la fonction du système de droit criminel moderne. Nous poursuivrons en exprimant la posture épistémologique que nous adoptons, ainsi que le type de recherche que nous menons : une recherche qualitative qui adopte comme méthode de recherche l'analyse de documents. En terminant ce chapitre, nous mettrons en évidence notre technique de collecte de données, avant de présenter la stratégie que nous avons adoptée pour mener l'analyse de nos données empiriques.

Le troisième chapitre de cette thèse est consacré à l'analyse des données et comprendra à la fois l'interprétation des convergences et des divergences de point de vue sur la question de la fonction. Ce dernier chapitre comprendra en outre une analyse sociologique du virtuel afin d'exprimer ce qui demeure possible en droit criminel canadien—notamment en ce qui a trait à sa fonction—bien que non « actualisé ».

Chapitre I : Théorie

1.1 Problématique

Cette recherche aborde deux problématiques interreliées : une problématique plus spécifique, propre à cette étude et une problématique plus générale à l'intérieur de laquelle ont été menés entre 2001 et 2023 les travaux de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* sur la question de la « non-évolution » du droit criminel moderne (Pires, 2002). Notre propre problématique spécifique s'intéresse aux différentes façons dont la doctrine juridique canadienne conçoit la fonction du système de droit criminel moderne. Saisir empiriquement ces différentes conceptions nous permettra de mieux comprendre ce qui, sur le plan identitaire du système, vient faire obstacle à son évolution et participer à la reproduction de la rationalité pénale moderne comme système de pensée dominant du droit criminel moderne.

La rationalité pénale moderne est composée de différentes théories de la peine qui, d'une part, permettent au système de droit criminel de justifier la punition, tout en lui permettant d'autre part de résister « aux mesures de rechange et aux philosophies d'interventions qui n'exigent pas l'obligation [d'infliger volontairement de la souffrance et/ou d'exclure socialement] » (Pires, 1998, p. 12). Pires, Cellard et Pelletier (2001) qualifient cette rationalité comme étant hostile, abstraite, négative et atomiste.¹ Un bref retour historique sur le système de droit criminel nous permettra de mieux définir ce concept.

¹ À partir du XVIII^e siècle, et comme l'explique Pires, le droit pénal va « s'auto-observer, s'auto-décrire et projeter un auto-portrait complexe de lui-même. Cet auto-portrait est strictement punitif et sera construit essentiellement autour des théories (modernes) de la peine. Les théories dominantes à cet égard seront surtout celles qui conçoivent la 'protection de la société' (ou des normes) de façon hostile, abstraite, négative et atomiste » (Pires et al., 2001, p. 10).

À partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, le système d'idées dominant du système de droit criminel commence à prendre une forme « moderne ». En effet, ce système prendra une distance par rapport à l'Ancien Régime, qui était caractérisé par une « absence de protection pour le gouverné » (Dubé, 2008, p. 31) et par des sanctions qui prenaient la forme de supplices et de châtements corporels, avant de se définir lui-même, dans ses propres auto-descriptions,² comme moderne (Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 26). Dans le cadre de cette transition, « [l]a punition [cesse] peu à peu d'être une scène » (Foucault, 1975, p. 15) voulue par le droit criminel. D'une certaine façon, le corps du condamné ne sera plus la « cible majeure de la répression pénale » (*Ibid.*, p. 14) comme il l'était auparavant dans l'Ancien Régime—pensons notamment au supplice de Damien qui fut écartelé par des chevaux sur la place publique tel que l'illustre Foucault dans *Surveiller et punir* (1975)—mais se retrouvera plutôt en position d'intermédiaire entre l'âme d'un individu et le système de droit criminel. C'est ce que Foucault caractérise comme étant « l'effacement du spectacle punitif » (*Ibid.*, p. 15) et le détachement de la prise sur le corps du condamné.

Si à première vue ces changements semblent humaniser le droit criminel, l'affliction est pourtant maintenue dans le processus pénal. Pour le condamné, la souffrance—même physique—persiste, mais sera dorénavant infligée de façon plus discrète, cachée et subtile. Ainsi, Foucault nous explique que c'est « l'objet même de l'opération punitive » (Foucault, 1975, p. 24) et le rapport que le système de droit criminel entretient avec la punition qui se modifient au cours de cette période de transition.

² Nous définirons le concept d'auto-description à la section *1.2.1 Le concept d'auto-description* de ce chapitre.

La punition continuera d'occuper une place importante dans cette forme « moderne » du droit criminel. Dans l'optique du système de droit criminel, c'est par l'entremise de différents moyens punitifs—par exemple, la prison ou encore la peine de mort ou le fouet—que ce système sera en mesure d'assurer la fonction qu'il s'attribue, en l'occurrence, « la protection de la société » (Garcia, 2013, p. 48). Pour le système de droit criminel, les moyens punitifs permettant de protéger la société impliquent nécessairement l'affliction et/ou l'exclusion sociale de celui qu'il considère représenter une menace pour la collectivité ou encore se mériter la sanction en réponse au crime commis. En d'autres termes, assurer la fonction du droit criminel implique, par voie de conséquence, des valeurs « négatives » telles que celles d'affliger et/ou³ d'exclure socialement.

Ces divers moyens punitifs mis en œuvre afin d'assurer la protection de la société seront justifiés à l'aide de différentes théories de la peine. Parmi ces théories, nous retrouvons la théorie de la dissuasion, la théorie de la rétribution, la théorie de la réhabilitation, ainsi que la théorie de la dénonciation (Garcia, 2013). Dans le cadre du système de droit criminel, ces théories présentent des idées variées quant aux différentes finalités qui permettent, du point de vue du système, de protéger la société. Dans le cadre de ce système, cette diversification de finalités représente une complexité dite interne. À titre d'exemple, les débats internes du système de droit criminel peuvent opposer la théorie de la dissuasion (faire souffrir pour intimider les absents et le coupable) à la théorie de la dénonciation (faire souffrir pour soutenir la dignité des valeurs, des victimes et de la justice), ou encore opposer les théories que nous classifions d'utilitaristes (dissuasion, réhabilitation, neutralisation) à la théorie rétributiviste qui se contente de répondre à l'acte commis,

³ Lorsque nous référons aux moyens punitifs du droit criminel, nous faisons usage du *et/ou* puisque ces moyens sont parfois afflictifs, parfois privatifs de liberté, parfois à la fois afflictifs et privatifs de liberté. Dans tous les cas, les moyens punitifs du droit criminel incluent l'une des deux faces de cette distinction.

sans visée téléologique. Ainsi, les finalités proposées par ces théories diffèrent les unes des autres, mais les moyens qu'elles empruntent pour les réaliser convergent tous autour d'au moins une des deux valeurs négatives, l'affliction ou l'exclusion sociale et très souvent les deux. Garcia explique que « les théories de la peine peuvent uniquement produire de la « divergence convergente » : Elles se présentent dans leur différence (divergence des motifs) pour produire et reproduire de la redondance (convergence des pratiques) » (2013, p. 54). En ce sens, ces théories représentent un « programme d'action » où « les théories sont solidaires les unes [avec les] autres et se renforcent mutuellement » (*Ibid.*, p. 54) au niveau des pratiques à privilégier. Ainsi, bien que ces théories ne privilégient pas l'affliction et l'exclusion sociale pour les mêmes raisons—certaines le font pour dissuader, d'autres pour dénoncer ou traiter—elles partagent néanmoins ce point en commun. Dans cette optique, aucune de ces théories ne se présente en tant qu'alternative au niveau de la pratique. Elles valorisent toutes les mêmes moyens, à savoir celui d'affliger et/ou celui d'exclure socialement. Leurs divergences ne résident que dans leurs vocabulaires de motifs, autrement dit, dans leurs justifications de la mise en application de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale. En effet, même la théorie de la réhabilitation carcérale, théorie qui suggère l'aide ou le traitement avant la punition, exige néanmoins un passage au pénitencier, exclure pour mieux inclure, l'exclusion sociale de l'individu d'abord pour mieux garantir ensuite sa réinclusion.

De nombreuses critiques ont été adressées au système de droit criminel et à son usage de la peine privative de liberté (Foucault, 1975) : on lui a reproché de se donner comme obligation de punir, de valoriser les peines afflictives, de survaloriser la peine carcérale et de dévaloriser les sanctions alternatives, mais surtout, de ne pas être en mesure de freiner le crime et de favoriser la protection de la société. Malgré ces critiques, le système de droit criminel « n'a pas changé qualitativement son système d'idées dominant ni ses formes principales d'intervention » (Garcia,

2013, p. 49). C'est ce qui amène Pires (2002) à défendre la thèse de la « non-évolution » du système de droit criminel moderne, « non-évolution » de ce système qui se complait dans son idéologie carcérale pour mieux ignorer les critiques et la possibilité de faire et de penser autrement.

Pour illustrer ce phénomène, Pires (1998) utilise l'analogie de la bouteille à mouches. La bouteille à mouches consiste en une bouteille où les mouches peuvent facilement pénétrer grâce à une entrée en forme d'entonnoir qui les guide vers le fond de la bouteille, mais d'où il est presque impossible de sortir en raison du corridor étroit difficilement repérable qui mène vers la sortie (l'autre extrémité de l'entonnoir). Vu de l'intérieur, ce passage étroit menant à la sortie semble plus périlleux que le vaste espace où se retrouve la mouche au fond de la bouteille. Cette mouche soit cherche la sortie de la bouteille là où elle ne se trouve pas ou alors voit la sortie mais n'ose pas s'y aventurer. Dans les vraies bouteilles à mouches, les mouches finissent par mourir au fond de la bouteille. Dans notre analogie, ce qui meurt au fond de la bouteille c'est « le penser » ; la capacité de penser et de repenser autrement les idées déjà pré-pensées de la rationalité pénale moderne. Dans cette analogie, la bouteille à mouches représente la rationalité pénale moderne, plus précisément encore, l'ensemble des théories modernes de la peine (dissuasion, rétribution, réhabilitation carcérale, dénonciation).

Outre les théories de la peine et leur attachement au carcéral, nous voulons, pour notre part, dans une perspective complémentaire, problématiser le rôle que peut aussi jouer dans ce phénomène de non-évolution du droit criminel moderne, la manière dont ce système social décrit par et pour lui-même non pas tant les moyens, mais les objectifs du droit, soit ce que nous avons appelé la *fonction* du droit criminel moderne. Le concept de fonction fait partie de notre outillage conceptuel, mais avant d'en traiter, il nous faut d'abord investir le concept d'auto-description,

concept plus large au sein duquel le concept de fonction et par ailleurs celui de programme prennent tout leur sens.

1.2. L'outillage conceptuel

1.2.1 Le concept d'auto-description

Le concept d'auto-description est emprunté à la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et se comprend généralement en position au concept d'auto-observation. Bien que le concept d'auto-observation est, pour l'instant, moins pertinent dans l'optique de notre question de recherche, sa compréhension s'avère nécessaire afin de saisir dans sa forme la plus complète le concept d'auto-description—un concept qui est, de son côté, central à la compréhension de notre objet de recherche.

Tant l'auto-observation que l'auto-description représentent des opérations effectuées par un système social (Luhmann, 2010). Cependant, ce qui nous permet de distinguer au premier plan l'auto-observation d'un système de son auto-description se comprend dans la différence de niveau de complexité de l'opération effectuée. Les opérations de l'auto-observation sont des opérations simples, « rudimentaires » dira Luhmann (2010), des opérations de base (Labonté, 2019) qui « [forment] l'unité du système » lorsque le système se constitue en « faisant référence à lui-même » (Dubé, 2008, p. 79). Quand un juge prend une décision sur un cas donné, et qu'il le fait en se laissant guider par les décisions prises dans le passé dans des cas semblables, et qu'il oriente lui-même, ce faisant, les décisions qui seront prises encore dans le futur, ce que l'on voit alors prendre forme, d'un point de vue sociologique, c'est un phénomène d'auto-observation systémique : des opérations sont menées dans l'observation d'autres opérations du même type. Mais on remarquera qu'à ce niveau, le système s'auto-observe, certes, mais il ne s'auto-décrit pas ; aucune analyse n'est encore faite par le système de son processus d'auto-observation (Ferrarese,

2007), aucune rationalisation, aucune sémantique, aucun discours, en somme aucune auto-description n'apparaît au niveau de ces opérations rudimentaires d'auto-observation. Le système opère, mais il ne se « commente » pas, il ne se prend pas lui-même comme objet d'analyse. Il le fera dans d'autres opérations, beaucoup plus complexes, et dites beaucoup plus complexes parce qu'elles exigent quant à elles une analyse, une certaine réflexion sur soi, quelque chose de plus qu'une simple opérationnalité réflexive sans réflexion. Elles exigent une auto-description.

Dans les opérations d'auto-description, un système utilise « les opérations qui caractérisent l'auto-observation » qui lui « servent [...] de mémoire matérielle de laquelle les formes des auto-descriptions sont créées » (Luhmann, dans Dubé, 2008, p. 80). Si dans les opérations d'auto-observation, un système opère par simple traitement d'information (Ferrarese, 2007), dans les opérations d'auto-descriptions, un système opère par réflexion et avec comme produit la construction d'une sémantique identitaire. L'auto-description implique une forme d'analyse du système à propos de lui-même et renvoie en effet « à une réflexion du système sur son identité » (Labonté, 2019, p. 200).

Deux autres éléments doivent encore être considérés. D'abord, les auto-descriptions ainsi réalisées par un système à propos de lui-même ne sont que des auto-descriptions et non la réalité. Comme le précise Dubé, « toute auto-description est nécessairement simplifiante et peut à ce titre se concevoir théoriquement comme une 'construction sociale de la réalité' » (2008, p. 79). Autre point important à souligner, les auto-descriptions ne sont pas des sémantiques déconnectées des dimensions plus rudimentaires de l'opérationnalité du système ; les auto-descriptions créent des attentes pour l'auto-observation et peuvent ainsi l'orienter et la réorienter. À partir de leurs auto-descriptions, les systèmes peuvent se diriger et même se rediriger sur le plan de leurs auto-observations.

Dans le cadre de cette recherche, nous concevrons les discours du système de droit criminel sur sa fonction comme représentant des auto-descriptions, desquelles on peut saisir la manière dont le système conçoit son identité et sa place ou son rôle dans la société, et par ailleurs, saisir aussi comment ces auto-descriptions peuvent influencer le système dans les orientations décisionnelles qui constituent l'auto-observation.

1.2.2 Le concept de fonction

Il convient, à cet instant, de préciser ce que l'on entend par fonction dans le cadre de notre recherche. Pour ce faire, nous présenterons une série de dimensions permettant de distinguer le concept de fonction ainsi que le sens que nous lui attribuons dans le cadre de cette recherche, de tout ce qui ne correspond pas conceptuellement à une fonction. Nous procéderons en identifiant certains indicateurs empiriques qui permettent de reconnaître nos dimensions dans l'analyse. Afin d'éviter de confondre le concept de fonction avec tout ce qui ne constitue pas une fonction et de tracer, conceptuellement, une ligne précise entre les deux, nous terminerons en expliquant ce à quoi ce concept ne réfère pas, c'est-à-dire ce qui s'écarte des dimensions conceptuelles que nous avons établies. Nous allons d'abord procéder en considérant une pluralité de points de vue qui ultimement pourront dépendre de « qui est l'observateur » (Dubé, 2017, p. 386) qui observe le concept de fonction. Dans cette pluralité, nous comptons deux niveaux d'observation de ce concept, l'observation interne d'une fonction, ainsi que l'observation externe de celle-ci. Notre première dimension nous permettra d'identifier ce que nous entendons par observation interne. Par la suite, celle-ci sera placée en opposition à l'observation externe.

Notre première dimension conceptuelle établit qu'une fonction est définie au niveau de l'observation interne d'un système, c'est-à-dire définie par le système lui-même de façon à établir « ce qui *de son propre point de vue* correspond à sa fonction » (Dubé, 2017, p. 386).

Empiriquement, une fonction prendra la forme de sémantiques qui apparaissent dans le cadre de l'auto-description ou de discours identitaires établis par et pour le système. La sémantique de la *protection de la société* peut servir d'exemple : elle correspond à un discours identitaire à partir duquel le droit criminel moderne s'auto-décrit par rapport à sa raison d'être, par rapport à sa contribution au sein de la société et aux objectifs spécifiques qu'il poursuit. Empiriquement, pour qu'un ordre sémantique puisse constituer une fonction, il doit provenir du système lui-même, de l'interne. Dans le cas du système de droit criminel, cet ordre sémantique pourrait concrètement provenir de toute communication juridique, de la loi, de la jurisprudence ou encore de la doctrine juridique. Ce qui importe dans ce cas, c'est que cette communication soit établie ou produite par et pour le système, reflétant non pas la réalité, rappelons-le, mais son propre point de vue.

Notre deuxième dimension établit que la fonction exerce une pression sur l'auto-observation et ultimement sur le développement des structures, sans pour autant le déterminer complètement. Il faut donc considérer que la fonction n'est pas déterminée par les structures d'un système. On parle, en ce sens, d'un fonctionalo-structuralisme, la fonction ayant préséance sur les structures, ce que Luhmann définirait comme étant des « decision premises » (2018, p. 274). Empiriquement, c'est au nom de la fonction qu'un système aura tendance à mobiliser ou à ne pas mobiliser certaines structures. Au niveau du système de droit criminel par exemple, une fonction belliqueuse, définie dans les termes de la *protection* de la société—protection des uns *contre* les autres (Dubé, 2012)—stimule sur le plan structurel la reproduction de programmes de justice eux-mêmes belliqueux, comme le sont actuellement ceux élaborés sous l'influence de cette sémantique fonctionnelle qui s'arrime avec celles tout aussi belliqueuses de la rationalité pénale moderne et des théories modernes de la peine.

Les dimensions conceptuelles du concept de *fonction* sont donc 1) une sémantique produite à l'interne et reflétant le point de vue d'un système quant à sa raison d'être et son identité et 2) une sémantique qui du fait d'avoir été produite de l'intérieur, par le système, est plus susceptible que ne le serait un point de vue externe de guider le système dans ses opérations. Il nous faut insister sur ce dernier élément : la fonction d'un système n'est pas celle « établie à partir d'un point de vue externe, d'un observateur de deuxième ordre (par exemple un sociologue) qui cherche à saisir la cohérence interne ou l'orientation générale qui se dégage de *l'ensemble* des opérations menées par un système social particulier » (Dubé, 2017, p. 385), la fonction est un produit du système lui-même. En d'autres termes, il ne faut surtout pas concevoir la fonction comme quelque chose qui précède le système social ou qui lui est confiée de l'extérieur. Par exemple, si d'un point de vue *externe*, Luhmann a pu dire que la fonction d'un système social représente « une forme de spécialisation qu'un système développe dans le traitement d'un problème spécifique lui-même créé par le système » (Dubé, 2017, p. 386), cette conception de la fonction n'est pas telle que la conçoivent les différents systèmes sociaux de la société moderne, mais bien telle que la conçoit dans ce cas-ci la sociologie de Luhmann. Dans le cadre de cette perspective sociologique, la « fonction crée le problème qu'elle aide à résoudre » (Ferrarese, 2007, p. 174). Un tel point de vue est externe et ne répond pas aux critères de la première dimension que nous avons établie, c'est-à-dire, de provenir du point de vue interne, en d'autres termes, du système lui-même.

Quant à la deuxième dimension, on notera en outre que comme point de vue externe, cette fonction ne permet pas non plus de guider le système dans ses opérations. Par exemple, si un sociologue, à partir de la théorie des systèmes, observe empiriquement que la fonction du système juridique est comme chez Luhmann la *stabilisation d'expectatives normatives* (Luhmann, 1989), ce point de vue de la fonction n'aura pas d'impact sur les structures du système juridique, puisque

ce système conçoit lui-même sa fonction en d'autres termes tels : « l'application de la loi, de règlement des conflits, de régulation des comportements, de maintien ou de rétablissement de la paix sociale, etc. » (Dubé. 2017, p. 386). Bien évidemment, dans l'éventualité où le système juridique entreprendrait lui-même, dans le cadre de sa propre auto-description (point de vue interne), de mobiliser la fonction définie dans les termes de la *stabilisation des expectatives normatives*, cette fonction pourrait alors guider le système dans ses opérations, mais elle ne serait plus externe, elle serait devenue interne et proprement juridique pour le système juridique (Dubé, 2012).

1.2.3 Le concept de programmes

Chez Luhmann, afin de saisir dans sa forme la plus complète le concept de fonction, il est utile de le comprendre en lien avec le concept de programme. Il s'agit d'un concept qui a été peu investi dans la littérature scientifique luhmanienne, du moins dans les traductions francophones et anglophones de l'œuvre et n'a pas non plus été suffisamment travaillé par les recherches qui mobilisent la théorie de la rationalité pénale moderne. Il fait donc partie de nos objectifs de recherche que de partir d'un travail d'analyse empirique pour élaborer, dans le contexte spécifique du système de droit criminel et de sa rationalité pénale moderne, une définition plus claire du concept de programme. Pour l'instant, en attendant l'empirie, nous allons procéder théoriquement, de manière plus abstraite.

De manière générale, les programmes chez Luhmann correspondent à des « prémisses décisionnelles qui définissent les conditions pour une prise de décision correcte » (Dubé, 2017, p. 395). Ces prémisses établissent sous forme de structures d'attentes les conditions qui permettent de prédéterminer ce qui, du point de vue du système, sera susceptible d'être considéré acceptable comme prise de décision et ce qui ne le sera pas. Par exemple, pour le système de droit criminel,

les théories de la peine que nous avons évoquées plus haut, chacune à leur manière, forment des programmes décisionnels qui préétablisent les conditions d'une prise de décision juridiquement considérée « correcte » eut égard à un certain idéal de justice qui, selon le cas, pourra refléter les conditions de la dissuasion, de la rétribution, de la dénonciation, etc. ou encore refléter directement la sémantique fonctionnelle. Dit autrement, sous forme de programmes, ce sont ces théories de la peine qui agissent à titre de prémisses décisionnelles pour établir les conditions permettant au système de juger qu'une décision est acceptable et de le faire en tenant compte du point de vue du système quant à sa propre fonction.

Empiriquement, les programmes d'un système représentent dans ses structures le lieu où ce système constitue sa « propre réalité », une « réalité proprement systémique » (Dubé, 2017, p. 395). Ce sont, par ailleurs, les « éléments sémantiques dont [les systèmes] sont constitués [qui leur] permettent de convertir en réalité proprement systémique [...] les perturbations sélectionnées à partir de l'environnement » (*Ibid.*, p. 395). Nous reprendrons ici l'exemple qu'avait utilisé Dubé (2017) pour illustrer concrètement cette dimension, l'exemple du coup de poing. Dans cet exemple, le coup de poing n'est converti en « voies de fait » et n'est « passible d'une peine d'emprisonnement » que lorsque des programmes internes du droit criminel moderne convertissent l'événement en ce sens, soit en « voies de fait » et donc « en réalité proprement juridique » (*Ibid.*, p. 395).

On distingue chez Luhmann deux types de programmes : les programmes *conditionnels* et les programmes *téléologiques*. Les développements qui suivent permettront de préciser la distinction.

1.2.3.1 Le concept de programmes conditionnels. Dans le cadre des programmes *conditionnels*, les processus décisionnels qui constituent un programme « doivent être observés en

présence de certaines conditions spécifiques » (Dubé, 2017, p. 396) sur lesquelles le système se concentre primordialement pour justifier ses opérations. Luhmann parle de ces programmes comme étant « primarily input-oriented » (Luhmann, 2018, p. 213). C'est l'input, et non l'output, l'événement survenu dans le passé et non le résultat à produire dans le futur qui justifie dans le présent la prise de décision. Empiriquement, on les reconnaît dans la forme typique de « si...alors... » : « *si* les conditions du programme peuvent être remplies, *alors* la réalité 'crime' peut être construite » (Dubé, 2017, p. 396). Si les circonstances entourant un coup de poing remplissent les conditions matérielles et mentales propres au crime de voies de faits, alors le coup de poing peut être considéré comme constituant des voies de faits et être traité comme tel juridiquement. En ce sens, par l'entremise de ces programmes, le système construit la légitimité de sa prise de décision actuelle, mais à partir d'un « input » qui réfère à « ce qui a été établi dans le passé » (*Ibid.*, p. 396). Dans l'exemple du coup de poing, le programme concerne une norme de comportement : voies de fait. Mais des programmes conditionnels concernent aussi les normes de sanction. *Si* voies de fait, *alors* rétribution ou dénonciation. Le programme de la rétribution et celui de la dénonciation sont dits conditionnels parce qu'ils sont plus « input oriented » que « output oriented » : à travers eux, le système se concentre primordialement et parfois même exclusivement sur l'événement passé (le crime) pour justifier la prise de décision à prendre dans le présent, sans se soucier d'autres effets possibles dans le futur (dissuasion ou réhabilitation, par exemple). Avec la rétribution, le crime exige la punition et dès qu'on a puni, on a rétribué le mal par le mal, comme le recommandait Kant ; ce que ceci pourra encore impliquer ultérieurement demain, dans le futur, au-delà de la décision prise aujourd'hui, n'est pas la préoccupation première du système : sa préoccupation première, primordiale, est toujours l'input, le crime commis, le mal illégitime qui exige aujourd'hui et que pour aujourd'hui la rétribution d'un mal légitime. La même chose vaut

pour le programme de la dénonciation ; l'input que représente l'acte ayant offensé les valeurs fortes de la conscience collective exige aujourd'hui la réaction forte de la peine et cette réaction, dans l'immédiat, remplit son objectif : l'attachement aux valeurs fortes de la conscience collective est aussitôt réaffirmé, et ce, sans considération pour ce qui pourrait encore survenir demain comme effets secondaires comme autres conséquences ou *output*.

En somme, pour les théories de la rétribution et de la dénonciation et contrairement aux autres théories de la peine, ce qui motive au premier plan (« primarily ») la punition c'est le crime comme condition d'exécution de l'obligation. Dit autrement, contrairement aux autres théories de la peine qui utilisent la peine pour produire un effet futur éventuel (la dissuasion ou la réhabilitation), le « focus » des théories de la rétribution et de la dénonciation est le crime commis dans le passé, en soi, sans visées téléologiques que l'on pourrait éventuellement encore espérer produire plus tard. Il n'y a pas au premier plan pour la rétribution ni même pour la dénonciation, du moins pas « primarily », de visée téléologique exigeant le passage du temps.

C'est tout le contraire des théories de la dissuasion ou de la réhabilitation ; punir si crime il y a, certes, mais surtout punir dans le but de produire quelque chose que le système considère encore plus central que la punition elle-même, en l'occurrence l'éventuel effet de la dissuasion ou de la réhabilitation, selon le cas. Ces programmes ne sont pas conditionnels, ils sont « primarily » téléologiques dans leur orientation.

1.2.3.2 Le concept de programmes téléologiques. Tout comme les programmes conditionnels, les programmes *téléologiques* « permettent également à un système de déterminer des processus décisionnels » (Dubé, 2017, p. 396). Cependant, contrairement aux programmes conditionnels, les programmes téléologiques déterminent primordialement ces processus décisionnels sur la base d'un « output » à produire, c'est-à-dire d'un but, d'un résultat futur à

réaliser pour le système ou pour la société. D'ailleurs, c'est dans cette mesure que le préfixe *télé*, du grec *téle*, qui veut dire « au loin, à distance », qui « ajoute une valeur d'éloignement » nous dit l'Office québécois de la langue française (n.d.), trouve son sens dans le terme téléologique. Dans cette perspective, les programmes téléologiques fondent leur légitimité décisionnelle sur base « d'objectifs spécifiques à atteindre » (Dubé, 2017, p. 396). Comparativement aux programmes conditionnels qui distinguent les conditions et les conséquences, les programmes téléologiques distinguent « means and ends » (Luhmann, 2018), les moyens et les fins. Afin qu'un programme puisse être considéré téléologique, il doit tout d'abord être « primarily output-oriented » (*Ibid.*, p. 213). La forme typique n'est plus « si...alors... », mais bien, « si...alors...avec comme espoir de produire... ». Ainsi, ces programmes et les théories de la peine qui y correspondent se caractérisent comme téléologiques par leur « focus », un « focus » orienté vers le futur. Pour les théories et programmes téléologiques, la réaction *peine* représente un *moyen* à privilégier pour la réalisation *éventuelle* d'une *fin*, en l'occurrence réhabiliter ou encore dissuader. Les fins des programmes *téléologiques* sont conçues comme parfaitement alignées avec la sémantique fonctionnelle de la protection de la société. Comparativement aux programmes *conditionnels*, où il est possible de rétribuer ou de dénoncer, de façon immédiate, par le fait même de punir, nous ne pourrions juger, dans le cas des programmes *téléologiques*, des fins—dissuader ou réhabiliter—que dans le futur. Ainsi, dans l'optique de ces théories, le « focus » est placé sur les fins de la réhabilitation et de la dissuasion et sur les moyens qui permettent d'atteindre ces fins (l'incarcération, l'amende, le sursis, etc.). Dit autrement, dans le cadre de ces théories téléologiques, le programme du système de droit criminel punit avec « *purpose* ». C'est dans cette mesure que les théories de la réhabilitation et de la dissuasion se distinguent de la théorie rétributiviste et de la théorie de la

dénonciation ; elles sont en effet non pas « primarily input-oriented », mais bien « primarily output-oriented », et représentent ainsi des programmes téléologiques.

Ayant dorénavant défini ce que l'on entend par l'auto-description, la fonction et les programmes, il nous reste à définir un autre concept qui occupe une place importante au sein de notre question de recherche. Il s'agit du concept d'évolution. La manière dont un système conçoit sa fonction dans ses propres auto-descriptions peut avoir un effet sur l'élaboration des programmes tant conditionnels que téléologiques. On l'a vu, un système peut modifier ses programmes et peut par ailleurs modifier la sémantique qu'il privilégie pour définir sa fonction. Comprendre sociologiquement comment le système de droit criminel définit sa fonction et comment cette auto-description oriente ou peut ré-orienter l'auto-observation et la constitution des programmes devient ainsi une question importante dans la problématique générale de la non-évolution du droit criminel moderne. Mais encore faut-il être en mesure de comprendre ce qu'implique ici le concept d'évolution et comment le distinguer du changement ou du non-changement, car la thèse de la non-évolution, telle que la défend Pires (2002), reconnaît que les changements au sein du système de droit criminel moderne sont monnaie courante, c'est l'évolution qui malgré tout se fait encore attendre. De quel type d'évolution s'agit-il? Et comment distinguer l'évolution du changement? C'est l'objet du prochain point.

1.2.4 Le concept d'évolution

Tel que le souligne Dubé, « l'observation empirique de l'évolution est très complexe [...] ». D'un point de vue strictement phénoménologique, les systèmes sociaux sont des entités qui changent constamment. Les structures au temps t ne sont jamais exactement les mêmes au temps $t+1$. Pour parler d'évolution, il ne suffirait donc pas d'observer à un moment donné que l'état d'un système n'est plus le même que ce qu'il a été antérieurement » (2008, p. 15). Ainsi, « si l'évolution

implique nécessairement le changement, l'inverse ne vaut pas; le changement n'implique pas en soi l'évolution » (*Ibid.*, p. 17). Il est donc primordial pour les fins de nos observations empiriques de distinguer le *changement* de l'*évolution*. Sans distinction, l'évolution ne serait pas empiriquement observable et son concept serait dès lors inutile pour cette recherche—tout changement du système de droit criminel risquerait d'être interprété comme une évolution. C'est donc ce lien entre le changement et l'évolution qui doit être problématisé dans le cadre d'une étude sociologique, puisque dans le cas contraire et d'un point de vue conceptuel, « concevoir le *changement* et l'*évolution* comme des équivalents sémantiques risque d'entraîner un appauvrissement de la description sociologique » (*Ibid.*, p. 16).

Afin de distinguer ainsi le changement de l'évolution et de rendre du même coup l'évolution empiriquement observable, nous devons nous doter d'un « état théorique de référence » (Forsé dans Dubé, 2008, p. 17). Pires (2002) nous offre une théorie sociologique de l'évolution qui nous permettra d'observer l'évolution identitaire du système de droit criminel et de nous servir ainsi de ce cadre théorique de référence. Dubé (2008), dans le cadre de sa thèse doctorale, contribue à cette théorie en conceptualisant de façon plus soutenue le *changement* et l'*évolution*. Nous nous inspirerons de ces deux auteurs pour produire notre propre définition de l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne.

1.2.4.1 La distinction entre le changement et l'évolution. Pour un système social, le changement représente une variation par rapport à son état actuel—un système ayant vécu un changement n'est plus exactement le même qu'il était auparavant. Ainsi, tel que nous l'avons précisé plus tôt, le changement est nécessaire à l'évolution d'un système social, mais non suffisant. Sans changement, le système persiste avec le même fonctionnement qu'auparavant et élimine ainsi la possibilité d'opérer autrement et d'évoluer. Cependant, on l'a dit, le simple changement ne

représente pas en soi une évolution. Dans cette optique, nous voulons éviter que notre définition de l'évolution sous-entende « une sorte de causalité naturelle ou historique » (Pires, 2002, p. 12). Plusieurs changements sont possibles pour un système d'un point de vue théorico-empirique : des changements *innovateurs*, des changements *régressifs*, ainsi que des changements *redondants*. Dans l'optique de la théorie sociologique de l'évolution et afin de rendre l'évolution empiriquement observable, Dubé (2008) distingue deux types de changements : les changements *innovateurs* ou encore *significatifs* et les changements *non-significatifs*.

1.2.4.2 Les changements non-significatifs. Les changements *non-significatifs*, comme leur nom l'indique, sont des types de changements qui ne sont pas significatifs sur le plan de l'évolution identitaire d'un système. Dans l'optique de la théorie sociologique de l'évolution (Pires, 2002), ces changements sont représentatifs des idées dominantes du système social. Concrètement, dans le cas du système de droit criminel, les changements non-significatifs reproduisent les idées de la rationalité pénale moderne. En effet, pour le système de droit criminel, ces changements sont représentatifs des valeurs auxquelles il s'associe déjà, à savoir valeurs d'affliction—du latin ecclésiastique *afflictio*, qui veut dire accabler (Larousse, n.d.)—et d'exclusion sociale—exclure un individu de la vie en collectivité.

Afin d'illustrer ce propos, prenons pour exemple l'adoption d'une loi prévoyant une peine minimale obligatoire de la part du système de droit criminel :

Depuis 2005, le nombre d'infractions au *Code criminel* et à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui sont passibles de [peine minimale obligatoire] a augmenté considérablement par suite de l'adoption de nouvelles lois prescrivant de nouvelles [peines minimales obligatoires] ou des [peines minimales obligatoires] accrues. (Statistique Canada, 2017, para. 1)

Pensons notamment à une récente loi adoptée en 2015 qui exige une peine minimale obligatoire d'un an à la suite de l'infraction de la *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*. Pour le système de droit criminel, l'adoption de cette loi représente un *changement* par rapport à son état actuel—avant d'adopter cette loi, le système ne prévoyait pas de peine minimale obligatoire pour un tel délit, il en prévoit dorénavant une. Bien que l'adoption de cette loi représente un *changement* pour le système, ce type de *changement* ne pourrait en aucun cas représenter une *évolution* puisque le système persiste à punir de façon afflictive ou en privilégiant la privation de liberté tout en continuant de se définir dans son rapport à lui-même par ces deux valeurs. Dit autrement, ce changement maintient le système de droit criminel dans la bouteille à mouches dont nous parlait plus haut Pires (1998), puisqu'il continue de valoriser, l'affliction d'un individu, tout en rendant son exclusion sociale obligatoire. Nous parlons donc ici de changements *non-significatifs*.

Ainsi, plutôt que de soutenir des idées qui se situent en périphérie du système de pensée d'un système social, les changements non-significatifs cherchent à reproduire les idées dominantes de ce système. Dans cette perspective, les changements non-significatifs introduisent une variété au système de droit criminel—c'est la raison pour laquelle ils peuvent être caractérisés de changement—mais ils ne lui permettent pas de se représenter autrement qu'auparavant, par exemple, par des valeurs de réconciliation, de construction de liens sociaux, de réaffirmation positive ou encore de pacification des rapports sociaux. Ce système, après avoir introduit un changement non-significatif, continue de se représenter dans son rapport à lui-même par l'affliction et l'exclusion sociale. C'est dans cette optique que les changements non-significatifs maintiennent le statut de *changement* et ne permettent pas au système de droit criminel d'évoluer.

1.2.4.3 Les changements innovateurs ou significatifs. Les changements *innovateurs* correspondent « à une forme particulière du changement » (Labonté, 2019, p. 75) qui, contrairement aux changements non-significatifs, sont significatifs sur le plan de l'évolution identitaire du système de droit criminel. Nous définissons ce que nous entendons par changements *innovateurs* ou *significatifs* à l'aide de trois dimensions conceptuelles que nous empruntons de la thèse de Dubé (2008).

Notre première dimension conceptuelle précise que pour un système social, notamment le système de droit criminel, un changement *innovateur* se présente comme étant « incompatible » (Dubé, 2008) avec le système de pensée actuel qu'adopte le système. En d'autres termes, l'introduction d'un changement innovateur représenterait pour un système l'introduction d'une idée qui semble inconciliable avec son système de pensée dominant. C'est ce qui permet aux changements *innovateurs* de se distinguer d'autres types de changements. Contrairement aux changements non-significatifs, les changements innovateurs invitent le système à sortir du cadre cognitif avec lequel il est aux prises, c'est-à-dire à observer autrement, à oser réimaginer la façon qu'il peut opérer et se représenter lui-même sur le plan fonctionnel et identitaire. Dans le cas du système de droit criminel, un changement dit innovateur serait un changement qui inciterait ce système à se définir autrement que par les valeurs d'affliction et d'exclusion sociale pour se rapprocher de valeurs plus positives de réconciliation et de pacification des rapports sociaux.

Dans le cadre de notre deuxième dimension conceptuelle, nous pouvons rejoindre Dubé en affirmant que « les idées innovatrices forment bel et bien des alternatives » (2008, p. 66). Ces idées existent en matière de droit criminel, mais tel que le souligne Dubé, « [e]lles n'occupent pas le même espace sémantique que les idées dominantes de la rationalité pénale, elles se logent généralement dans la périphérie et non au centre ; on ne leur accorde pas non plus la même

importance dans les opérations de reproduction du système » (*Ibid.*, p. 66). Cela dit, même en périphérie, ces idées innovatrices se présentent comme des « possibilités actualisables », c'est-à-dire comme « un champ d'options » possibles. C'est pour cette raison qu'au sein du système on peut sociologiquement se les représenter comme des changements significatifs pour l'évolution identitaire du système.

Enfin, notre troisième dimension conceptuelle précise que les changements innovateurs « se caractérisent comme les *points d'ancrage d'une systématisation* » (Dubé, 2008, p. 66). Dubé explique que ces types de changements ont un effet incitatif pour un système. Dans cette optique « [u]ne idée innovatrice en attire une autre et progressivement se tisse autour de leurs interactions une nouvelle série d'énoncés, un nouveau *système* de pensée » (*Ibid.*, p. 66). Pour le système de droit criminel, un changement qui privilégierait, par exemple, la réconciliation au-delà de l'affliction, pourrait engendrer l'adoption d'un changement favorable à l'inclusion sociale du justiciable plutôt qu'à son exclusion. L'interaction de ces changements à titre de points d'ancrage d'une systématisation peut amener ce système à instituer progressivement un nouveau système de pensée, voire une nouvelle identité.

Jusqu'à présent, nous avons distingué les changements significatifs des changements qui ne le sont pas, tout en définissant chacun de ces concepts. Nous avons insisté sur le fait que les changements *innovateurs* sont *significatifs* parce qu'ils créent la possibilité d'une évolution identitaire du système. Enfin, nous avons établi que dans l'optique de la théorie de la rationalité pénale moderne, ce sont, entre autres, des changements innovateurs effectués au niveau des normes de sanction qui sont susceptibles de permettre au système d'évoluer. Cependant, nous avons négligé de définir ces normes et de préciser la raison pour laquelle leur transformation s'avère primordiale sur le plan de l'évolution identitaire. Avant de définir ce que sont les normes

de sanction, il faut d'abord distinguer deux ordres de normes dans la cartographie normative du système de droit criminel. Cette distinction nous permettra, du même coup, de distinguer les normes de sanction des normes de comportement et des normes de procédure, deux autres types de normes présents dans le système de droit criminel.

1.3 La cartographie des normes du système de droit criminel

Dans le cadre de la cartographie des normes du système de droit criminel, la théorie de la rationalité pénale moderne distingue les normes de premier ordre des normes de deuxième ordre « par la position qu'elles occupent à l'intérieur du système normatif » (Garcia, 2002, p. 8). Nous éviterons de faire référence à ces normes en tant que normes « primaires » ou « secondaires » (Hart, 1961), soit une pratique auparavant adoptée par cette théorie, mais qui trop souvent laissait entendre une forme de hiérarchisation normative. Soyons clairs à cet égard, dans la perspective de la théorie de la rationalité pénale moderne, il n'y a pas de hiérarchie entre les différents champs normatifs. La distinction de ces champs normatifs n'est centrale que par rapport au problème d'évolution du système. Pour le fonctionnement du système, tous les champs normatifs sont nécessaires et donc égaux. Ce n'est que dans le cadre d'une problématique d'évolution que certains changements dans certains champs normatifs peuvent être sociologiquement considérés comme étant plus névralgiques que d'autres. Débutons en définissant les normes de premier ordre.

1.3.1 Les normes de premier ordre

Les normes de premier ordre sont des normes intelligibles et compréhensibles par elles-mêmes (Garcia, 2002). Ces normes sont donc indépendantes dans le cadre de la cartographie de la structure de normes du système de droit criminel dans la mesure où leur existence n'est pas dépendante d'autres normes. La théorie de la rationalité pénale moderne classe les normes de comportement en tant que normes de premier ordre (Pires, 2022). D'ailleurs, dans le cadre de cette

cartographie, ces normes sont les seules et uniques normes de premier ordre. À titre d'exemple, « il est interdit de tuer » est une norme de comportement de premier ordre. Précisons que les normes de comportement ne font pas uniquement référence à des actions. Effectivement, l'omission—par exemple, ne pas intervenir ou agir lorsque nécessaire—peut également être représentative d'une norme de comportement.

1.3.2 Les normes de deuxième ordre

Les normes de deuxième ordre, quant à elles, sont des normes qui permettent de rendre effectives les normes substantielles (normes de comportement) (Garcia, 2002). En ce sens, celles-ci constituent des normes dites « *parasitaires par rapport aux premières* » (Hart, 1961, dans Garcia, 2002, p. 8). En effet, ces normes nécessitent le repère des normes de premier ordre, en l'occurrence, dans le cadre de cette cartographie, les normes de comportement. Contrairement aux normes de comportement, ces normes ne sont pas intelligibles et compréhensibles par elles-mêmes, « elles ne peuvent exister que dans le cadre d'un système de normes qui comprend des normes [de premier ordre] ou qui renvoie à ces normes » (Pires, 2001, dans Garcia, 2002, p. 9). Dans le cadre du système de droit criminel, ces normes « disent *quoi, quand et comment* faire, si les [normes] de premier [ordre] ne sont pas respectées ou si elles sont contestées » (Garcia, 2002, p. 9). La théorie de la rationalité pénale moderne classe les normes de sanction, ainsi que les normes de procédure dans ce champ.

Cette théorie désigne les normes de procédure comme étant les normes qui permettent « la prise en charge pénale des conflits et la possibilité d'arriver à des décisions dans les cas qui peuvent faire l'objet du droit pénal » (Garcia, 2002, p. 11). Une norme de procédure pourrait ressembler, par exemple, à la norme suivante : « un jury doit être composé de douze personnes ».

Les normes de sanction, quant à elles, sont des normes qui établissent la façon dont une autorité doit punir lorsque le système de droit criminel observe une transgression à une norme de comportement (normes de premier ordre) (Pires, 2022). Par exemple, une norme de sanction peut s'apparenter à l'obligation pour un dispositif juridique d'imposer une peine perpétuelle, ou encore une peine minimale en réponse à une quelconque transgression. La théorie de la rationalité pénale moderne explique que la transformation des normes de sanction a permis, aux XVIII^e et XIX^e siècles, le passage de l'Ancien Régime au droit criminel moderne (Garcia, 2013). Selon cette théorie, des transformations au niveau de ces normes permettraient à nouveau au système de droit criminel moderne d'évoluer. La théorie de la rationalité pénale moderne problématise, dans ce cadre, l'ensemble des normes de sanction.

1.3.3 L'importance des normes de sanction

Les paragraphes qui précèdent nous ont permis de définir et de différencier les normes de sanction des normes de procédure et de comportement. Nous poursuivrons en expliquant pourquoi des transformations innovatrices des normes de sanction rendent possibles l'évolution du système de droit criminel et pourquoi des changements innovateurs apportés aux normes de procédure et de comportement ne le permettent pas.

Bien que la théorie de la rationalité pénale moderne reconnaisse la pertinence de certains changements innovateurs dans l'ordre des normes de procédure et des normes de comportement en ce qu'ils peuvent permettre certaines améliorations dans le fonctionnement du système de droit criminel, elle considère que sur le plan identitaire ces normes ne touchent pas à la structure interne nucléaire du système et les changements qu'on peut y apporter sont donc insuffisants pour permettre à ce système d'évoluer (Pires, 2022). Dit autrement, dans l'optique de la théorie de la rationalité pénale moderne et sur le plan de l'évolution identitaire du système de droit criminel,

seules les normes de sanction représentent le « noyau-maître » (Wynn et al., 1997, dans Pires, 2022) du système de droit criminel. Nous empruntons le terme « noyau-maître » des sciences de la nature. Les biologistes mobilisent ce terme afin de représenter l'endroit chargé de la reproduction d'un système, dans notre cas non pas un système biologique tel qu'une cellule, mais plutôt un système social.

Ainsi, les changements innovateurs effectués au niveau de ces deux types de normes (normes de comportement et normes de procédure)—par exemple, la décriminalisation de l'avortement ou de l'homosexualité—peuvent être fondamentaux pour les individus concernés par ces normes, mais en soi ils ne le sont pas du point de vue de l'évolution identitaire du système qui continue de maintenir pour les autres normes de comportement et à travers ses procédures les mêmes valeurs d'affliction ou d'exclusion sociale. En effet, la criminalisation ou encore la décriminalisation d'un comportement dans l'ordre des normes de comportement n'a aucun impact sur les normes de sanction ni d'ailleurs sur les auto-descriptions identitaires de ce système. Les comportements criminalisés continueront d'être visés par des sanctions afflictives et/ou privatives de liberté et les auto-descriptions identitaires continueront elles aussi de s'identifier à ces deux valeurs.

Ce sont pour ces raisons que, dans l'optique de la théorie de la rationalité pénale moderne et du point de vue de l'évolution identitaire du système de droit criminel, les normes de procédure et les normes de comportement représentent des zones non-névralgiques dans la structure du système de droit criminel moderne. Pour pouvoir repérer les changements innovateurs et significatifs à cet égard, il est nécessaire de distinguer, dans les structures de ce système social, les zones névralgiques des zones qui ne le sont pas (zones non-névralgiques).

1.4 La théorie de l'évolution des systèmes sociaux

Comme nous l'avons précisé plus tôt, un changement apporté aux normes de sanction du système de droit criminel, même s'il devait être innovateur, ne nous permet pas encore d'observer l'évolution du système. Afin de parler d'évolution, ces changements doivent retenir l'attention des acteurs qui œuvrent dans le système et être accueillis par une structure permettant une diffusion généralisée et stabilisée de la variété au sein du système. Dit autrement, l'évolution d'un système nécessite, d'une part, la disponibilité d'une variété innovatrice qui permet de susciter un changement interne, ainsi que la création d'une structure—encore à l'interne—permettant de sélectionner cette variété : « [A]vec cette structure, ou en s'y référant dans leurs décisions, les acteurs participent à la rétention et à la diffusion de la variété ; dans le cas contraire, (en l'absence de structure ou de sélection), la variété peut réapparaître, mais elle n'a pas la force suffisante pour susciter une évolution ou une régression » (Dubé, 2008, p. 20). L'évolution nécessite encore comme condition une « institutionnalisation forte » de la variété innovatrice par la « re-stabilisation d'une sélection et sa généralisation » (*Ibid.*, p. 20).

Chez Luhmann (2010), le processus d'évolution des systèmes sociaux implique trois moments distincts : la « variation », la « sélection » et la « stabilisation »⁴

La théorie de Luhmann (2010) précise qu'un système a la possibilité d'effectuer certaines opérations de variation et de sortir de la redondance opérationnelle qui le caractérise de façon traditionnelle. C'est pour cette raison que nous nous intéressons à la doctrine juridique

⁴ Du point de vue de la théorie de la rationalité pénale moderne, dont le souci, rappelons-le, est l'évolution *identitaire* du système de droit criminel moderne, la généralisation de ce qui aura pu être stabilisé sera en effet considéré nécessaire. La justice restauratrice est bel et bien stabilisée dans le système de droit criminel moderne, elle connaît en effet une institutionnalisation forte, mais on ne pourra pas dire pour autant qu'elle est généralisée au point de pouvoir rivaliser avec la généralisation des peines afflictives ou privatives de libertés, auxquelles s'associent encore le droit criminel moderne dans la conception de sa propre identité. La généralisation de l'innovation, au-delà de sa stabilisation, est donc considérée une condition nécessaire à l'évolution identitaire du système.

canadienne : elle est en mesure de produire une variété interne susceptible de favoriser son éventuelle sélection et stabilisation par les tribunaux et ainsi participer à l'évolution du droit. Elle est en mesure de sortir de la bouteille à mouches de la rationalité pénale moderne et d'introduire de la variété innovatrice dans les normes de sanction et les récits fonctionnels identitaires. C'est la thèse que nous formulons et qui justifie la recherche proposée.

En ce qui concerne la sélection, elle ne relève pas d'un processus arbitraire au sein du système, mais dépend plutôt des structures internes (Labonté, 2019). Pour Luhmann (2010), lorsqu'un système fait face à une variété, il peut soit sélectionner cette variété—la sélection de la variété représente alors une sélection positive puisqu'elle engendre la mise en place de structures au sein du système qui permettent d'accueillir la variété et qui prédisposent le système pour de futures sélections (Labonté, 2019)—soit sélectionner l'état antérieur du système—la sélection de l'état antérieur représente une sélection négative puisqu'elle implique que des structures antérieures continueront d'exister sans considération pour la variété. Ainsi, pour Luhmann (2010), les concepts de sélection positive et de sélection négative ne font pas référence à des jugements de valeur. Il faut plutôt concevoir ces concepts en termes de jugement empirique, autrement dit, de jugement sur les faits : pour un système, la sélection de la variété représente une sélection positive puisque la variété a été *effectivement* valorisée comme fondement décisionnel, tandis que la non-sélection de cette même variété représente plutôt la revalorisation de l'état antérieur du système.

Afin de ramener ce propos à notre propre objet de recherche, imaginons que la doctrine juridique formule la fonction du système de droit criminel en d'autres termes que ceux qui sont présentement mobilisés par ce système, en termes par exemple de « pacification des rapports sociaux ». La formulation de cette conception fonctionnelle doctrinale alternative engendre une obligation décisionnelle pour le système. Face à cette variété innovatrice, il peut opter pour le *statu*

quo, c'est-à-dire maintenir la formulation belliqueuse de la fonction sans considération pour la variété—dans l'optique de la théorie de Luhmann (2010), cela représenterait une sélection négative contribuant à la revalorisation des structures dominantes. Cependant, le système de droit criminel pourrait aussi positivement sélectionner cette variété innovatrice et s'y référer de plus en plus comme fondement décisionnel pour éventuellement la stabiliser comme nouvelle norme. Dans cette éventualité, une telle sélection engendrerait la mise en place de structures au sein du système qui permettraient d'accueillir la variété que représente cette conception fonctionnelle alternative. Cette sélection et la mise en place de structures prédisposent alors le système à revaloriser la nouvelle sémantique dans de nouvelles décisions, incluant les décisions qui concernent les normes de sanction et qui participent actuellement à la dévalorisation de tout ce qui ne reflète pas les valeurs négatives d'une fonction belliqueuse

La sélection d'une variété par le système se différencie de la stabilisation de celle-ci. Une sélection ne représente, au sein du système, qu'une institutionnalisation faible de la variété (Dubé, 2008). Dit autrement, au moment où un système sélectionne une variété, celle-ci maintient un statut marginal et s'apparente à une simple « anomalie » « par rapport aux opérations dominantes du système » (*Ibid.*, p. 19). Imaginons, par exemple, que le système de droit criminel sélectionne une conception fonctionnelle variée proposée par la doctrine juridique. Concrètement, cette sélection peut s'effectuer au sein d'« organisations politiques (Parlement, Cabinet) et juridiques (tribunaux, doctrine) » (Dubé, 2008, p. 84). Au moment de la sélection de cette conception fonctionnelle, celle-ci représentera une anomalie face à l'ensemble des structures du système. Ainsi, ce n'est pas au moment même de la sélection de cette conception fonctionnelle que l'on peut s'attendre à des changements immédiats au niveau des normes de sanction, par exemple. La variété s'écarte de ce statut d'« anomalie » qu'au moment où elle est sélectionnée et stabilisée dans

le système. Afin que la variété sélectionnée par le système soit stabilisée, elle doit être généralisée dans les opérations du système (*Ibid.*). Pour ce faire, le système doit créer une structure à partir de laquelle la variété peut être diffusée et par la suite généralisée afin « qu'elle devienne la 'tendance forte' du système et non plus une 'anomalie' » (Labonté, 2019, p. 84). Dans le cas du système de droit criminel, nous pourrions considérer qu'une nouvelle conception fonctionnelle deviendrait une tendance forte au moment où les programmes de ce système seraient alignés avec cette nouvelle fonction. Par exemple, en considérant que la fonction du système de droit criminel pourrait être formulée dans les termes de « pacification des liens sociaux », nous pourrions considérer que cette fonction serait stabilisée et généralisée au moment où les programmes de ce système cesseraient d'agir de façon à affliger et d'exclure socialement pour opérer plutôt dans la même optique que la fonction, soit de manière positive et susceptible d'effectivement pacifier les rapports sociaux. C'est à cet instant que nous pourrions considérer que cette variété a été stabilisée et généralisée dans les opérations du système. C'est à cet instant que nous pourrions sociologiquement observer l'évolution.

Ce retour sur la façon dont Luhmann (2010) et Pires (2002) conçoivent l'évolution des systèmes nous a permis de mieux comprendre pourquoi l'évolution d'un système n'implique pas qu'un simple changement, mais plutôt un changement spécifique substantiel dans une zone normative névralgique et en mesure de s'institutionnaliser de manière forte comme prémisses décisionnelles.

En somme, si on croise la perspective de Luhmann avec celle de Pires, nous pouvons dire que l'observation sociologique de l'évolution du système de droit criminel dépendra ultimement de deux conditions : 1) un changement significatif doit être observable par rapport aux valeurs négatives que la rationalité pénale moderne entretient dans la zone névralgique des normes de

sanction et 2) ce changement doit pouvoir se généraliser structurellement comme nouvelle norme, voire comme nouvelle identité dans les auto-descriptions identitaires du système.

1.5 La rationalité pénale moderne comme cadre théorique pour l'analyse des données

Jusqu'ici, la théorie de la rationalité pénale moderne nous a surtout permis d'établir les bases d'une théorie sociologique sur les conditions d'évolution du système de droit criminel moderne. Mais dans cette thèse, cette même théorie nous servira aussi de cadre théorique pour l'analyse des données : elle nous permettra alors de guider notre observation empirique vers les discours identitaires et fonctionnels de la doctrine qui entretiennent un lien avec le problème de l'évolution. La façon dont la doctrine juridique canadienne définit la fonction du droit criminel moderne est un phénomène pouvant être observé empiriquement dans le cadre des communications juridiques, et problématisé théoriquement dans le cadre de la théorie de la rationalité pénale moderne. Mais la théorie de la rationalité pénale moderne, comme toute théorie, comprend ses propres limites. Il nous faut les préciser.

1.6 Limites de la théorie de la rationalité pénale moderne

Une des limites de la théorie de la rationalité pénale moderne est, d'une certaine façon, son champ d'application restreint, c'est-à-dire un champ propre au système de droit criminel et à certains enjeux spécifiques de ce système. En effet, la théorie de la rationalité pénale moderne répond à un problème de connaissance très précis, un problème propre au système de droit criminel. Cette théorie ne pourrait pas, par exemple, être appliquée à un système sociologique autre que le système juridique pénal, puisqu'elle n'a pas été conçue pour faire face à un problème autre que celui qu'elle décrit. En d'autres termes, ce que la théorie décrit dans la dimension descriptive, doit être intimement lié avec ce qu'elle observe en tant que problème dans sa dimension explicative. En effet, la dimension explicative de la théorie de la rationalité pénale moderne exige

que l'explication et l'objet soient en accord. Garcia (2013) souligne que ceux qui travaillent avec cette théorie ont parfois trop d'attentes envers elle. Cauchie et Kaminski nous avisent de faire attention de ne pas l'« utilis[er] comme réponse à tout » (2007, p. 6). Il faut considérer que dans le cadre d'une recherche qui mobilise la théorie de la rationalité pénale moderne, la portée des réponses que nous espérons trouver en lien avec notre question de recherche, sera limitée à un champ d'études précis, soit le droit criminel et l'évolution identitaire de ce système social à partir de la transformation significative de ses normes de sanction. Les conclusions que nous tirerons ne pourront en aucun cas être généralisées à d'autres systèmes sociaux. D'ailleurs, même par rapport au droit criminel, la portée de cette théorie est limitée. Par exemple, cette théorie ne nous permet pas d'expliquer comment la subjectivité du juge, son parcours ou ses expériences personnelles, influencent sa prise de décision dans la détermination de la peine.

De plus, il faut noter que la théorie de la rationalité pénale moderne, comme toute théorie sociologique, est limitée dans ce qu'elle peut concrètement réaliser. Bien que cette théorie ait une motivation pratique, soit celle de contribuer à l'évolution du système de droit criminel, elle ne peut pas forcer ce système à abandonner le projet d'infliction de la souffrance et de privation de liberté. En effet, les recherches empiriques par rapport à cette théorie peuvent persister dans le but de formuler, développer et tester son hypothèse centrale sur les obstacles épistémologiques à l'évolution du système de droit criminel, mais elles ne peuvent en aucun cas forcer ce système à évoluer. Les recherches empiriques portant sur la théorie de la rationalité pénale moderne peuvent avoir un impact sur l'évolution du système de droit criminel et même la stimuler, mais elles restent situées dans l'environnement de ce système. Ultimement, dans le cadre de cette théorie qui adopte un modèle d'observation de l'autonomie en opposition à un modèle hétéronome, l'évolution du système de droit criminel dépend de sa propre volonté de s'auto-transformer.

Dans cette deuxième partie, nous nous attarderons à ce que la théorie nous permet de voir grâce à ses frontières. Sous cette optique, nous considérons que le champ d'application restreint de la théorie de la rationalité pénale moderne est un ajustement précis à un problème spécifique. Cette théorie, en renonçant à l'explication des problèmes présents dans des systèmes sociaux autres que le droit criminel, permet au chercheur de trouver des réponses précises face au problème spécifique de la « non-évolution » du système de droit criminel moderne. Les frontières de cette théorie sont donc des limites qui lui permettent une certaine précision, elles permettent à la théorie d'être circonscrite et ciblée.

Les limites de cette théorie ne sont jamais clairement déterminées puisque le problème auquel elle fait référence n'est pas statique, il bouge, se modifie, ou bien prend de nouvelles formes. Cela dit, la théorie, ainsi que ses limites, se modifient elles aussi au rythme du mouvement du problème, ainsi qu'au rythme des nouvelles connaissances obtenues, grâce à la recherche, par rapport à son problème.

1.7 Conclusion de chapitre et rappel de la question de recherche

Comme on a pu le voir dans les développements introduits jusqu'ici, notre recherche juxtapose deux théories, chacune trouvant son utilité spécifique face à différents enjeux problématisés dans le cadre de cette étude. La théorie de la rationalité pénale moderne nous a été utile au moment de définir la problématique de la non-évolution du système de droit criminel et l'effet bouteilles à mouches des théories de la peine. La théorie des systèmes, de son côté, nous a permis de complexifier davantage le problème de l'observation de l'évolution en distinguant les conditions d'émergence de la variété de ses conditions de sélection et stabilisation. Cette théorie trouve par ailleurs son utilité en mettant directement en lien les auto-descriptions que le système produit à l'égard de sa fonction et les programmes qu'il met en place pour guider la prise de

décisions. Avant de poursuivre au prochain chapitre avec les considérations méthodologiques, rappelons la question qui nous oriente dans cette recherche : de quelle façon la doctrine juridique canadienne définit-elle la fonction du système de droit criminel moderne et qu'elles sont les implications de cette ou de ces définition(s) de la fonction pour l'évolution du système de droit criminel moderne? Dans le chapitre qui suit, nous précisons la démarche méthodologique que nous avons suivie pour répondre à cette question.

Chapitre II : Méthodologie

2.1 Introduction

Le chapitre précédent nous a permis d'établir les bases théoriques de cette recherche. Dans le cadre de ce deuxième chapitre, nous laisserons de côté la théorie afin de nous attarder à des aspects d'ordre méthodologique, notamment à l'établissement de notre prise empirique et de notre posture épistémologique, à l'exposition de notre méthode de recherche, de notre technique de collecte de données, ainsi qu'à notre stratégie d'analyse. Notre objectif général de recherche étant, rappelons-le, de comprendre comment le système de droit criminel comprend lui-même sa fonction et de problématiser les enjeux de ce point de vue ou de cette auto-description pour l'évolution de ce système social. Nous poursuivons cet objectif à partir de la doctrine juridique canadienne.

2.2 La doctrine juridique comme empirie

Nous entendons par doctrine juridique « l'ensemble des travaux juridiques destinés à exposer ou à interpréter le droit », telle que définie par le Centre de ressources en français juridique (2006). Au Canada, la doctrine juridique fait partie d'une des trois principales sources de droit, avec la loi et la jurisprudence. Cette doctrine est le fruit d'une recherche sur le droit, par le droit et pour le droit, qui fait la synthèse de l'état du droit sur une question de droit spécifique, avant de pouvoir servir de fondement aux décisions de la cour.

Découvrir la façon dont la doctrine juridique conçoit la fonction du système de droit criminel moderne nous permettra de mieux comprendre ce qui, sur le plan de l'auto-description fonctionnelle du système, vient faire obstacle à l'évolution des normes de sanction, à la stabilisation des sanctions alternatives non afflictives et non privatives de liberté et ultimement à l'évolution du système de droit criminel moderne.

Évidemment, la doctrine juridique n'est pas la seule source de droit qui définit la fonction du système de droit criminel canadien. D'ailleurs, elle n'est pas la seule source qui nous permettrait de comprendre les obstacles à l'évolution des normes de sanction sur le plan de l'auto-description fonctionnelle de ce système. En effet, ces données pourraient être obtenues sur d'autres terrains de recherche, et d'ailleurs toujours du point de vue interne de ce système. Parmi les possibilités qui s'offrent à nous, nous comptons : les deux autres principales sources de droit, la loi et la jurisprudence. Nous aurions pu aussi considérer les travaux réalisés dans le contexte de commissions de réformes ou encore aborder la question directement auprès des juges, dans le contexte d'entretiens qualitatifs. Pourquoi avoir opté pour la doctrine juridique?

Premièrement, la doctrine juridique est un terrain de recherche qui demeure très peu exploré par les recherches qui abordent la problématique de la non-évolution du système de droit criminel moderne, incluant celles effectuées au sein de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale*. La plupart des travaux réalisés en son sein ont surtout mobilisé la jurisprudence, les projets de loi, les débats parlementaires ou les rapports de commissions de réforme. Mais l'étude de la doctrine restait à faire. Notre recherche permet ainsi de contribuer à combler cette lacune et à élargir les connaissances à partir d'un terrain de recherche sous-exploité.

Deuxièmement, la doctrine juridique est aussi intéressante comme corpus empirique parce qu'elle représente une source de droit possédant un potentiel de diversification d'idées internes (variété) susceptibles de contribuer à l'évolution du droit criminel moderne. En effet, contrairement aux tribunaux par exemple, souvent pressés par l'obligation de rendre des décisions et de traiter des dossiers dans des délais raisonnables, la doctrine a quant à elle la possibilité de prendre plus de temps, de réfléchir, de prendre du recul et d'analyser plus rigoureusement les

prémises décisionnelles (programmes) à partir desquelles les décisions sont prises. Ce sont là les conditions d'émergence de l'innovation et de la variété, telles que les avait identifiées Dubé (2008) dans sa thèse doctorale—la doctrine juridique regroupe les caractéristiques organisationnelles reconnues comme étant « des ressources favorables à l'émergence des idées innovatrices et à l'élaboration des systèmes de pensée alternatifs » (Dubé, 2008, dans Richardson, 2021, p. 49). Dubé (2008), dans sa thèse, fait référence aux ressources du temps, à la liberté cognitive, ainsi qu'à l'expertise, trois ressources avantageuses que possèdent les commissions de réformes et qu'elles partagent avec la doctrine juridique. Examinons comment les ressources favorables que Dubé (2008) attribue aux commissions de réformes—le temps, la liberté cognitive, ainsi que l'expertise—sont également des ressources que possède la doctrine juridique.

Afin d'illustrer comment la doctrine juridique bénéficie du temps, prenons pour exemple le juriste qui rédige un livre d'introduction au droit criminel. Ce juriste a généralement à sa « disposition beaucoup plus de temps pour explorer une question ou faire le tour d'un problème [qu'il en aurait à titre de juge dans une salle d'audience où il est pressé] par l'obligation de prendre une décision » (Dubé, 2008, p. 77). Comme le précise Dubé, « [la] temporalité plus longue des commissions de réforme [et dans notre cas, de la doctrine juridique] permet d'élaborer les problèmes de façon plus complexe et de concevoir les solutions de façon plus rigoureuse » (*Ibid.*, p. 77).

Le juriste, dans la rédaction d'un livre d'introduction au droit criminel, peut par ailleurs faire preuve d'une plus grande liberté cognitive que le juge contraint par la loi ou les précédents jurisprudentiels. Ce même juriste pourrait par exemple inclure une réflexion critique sur certains aspects du système de droit criminel, notamment en ce qui a trait à sa fonction ; une liberté cognitive qui encore une fois est difficilement accessible dans une salle d'audience où un juge est

requis, compte tenu de son rôle, d'appliquer la loi et de respecter la cohérence interne du droit. Ainsi, de façon comparable aux commissions de réforme, la doctrine juridique « se [retrouve] [...] plus [libre] de contester l'état des choses et mieux habilité[e] à explorer, le cas échéant, des idées nouvelles ou innovatrices » (Dubé, 2008, p. 77).

Finalement, tout comme les commissions de réformes, la doctrine juridique « [peut] bénéficier de certaines ressources pour s'étendre dans l'empirie, pour consulter les experts et prendre contact avec des savoirs 'sérieux' ou plus spécialisés » (Dubé, 2008, p. 77). C'est dans cette perspective que Dubé, en les comparant au Parlement ou à l'Exécutif, considère que les commissions de réforme—et dans notre cas la doctrine juridique—sont mieux alimentées cognitivement « [sur] certaines questions plus délicates ou plus complexes » (*Ibid.*, p. 77–78).

En outre, ce sont pour ces raisons que nous nous intéressons aux auto-descriptions fonctionnelles définies spécifiquement par la doctrine juridique dans le cadre de la problématique générale de la non-évolution du système de droit criminel moderne. Si cette précision nous a permis d'établir que la doctrine juridique représente un terrain d'étude fertile aux fins de cette recherche, une question demeure ouverte : où allons-nous concrètement retrouver au sein de la doctrine juridique ce qui nous intéresse ultimement, c'est-à-dire les sémantiques fonctionnelles du système de droit criminel canadien?

2.3 Le choix des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien comme prise empirique

Pour saisir empiriquement les auto-descriptions fonctionnelles du système de droit criminel canadien dans la doctrine juridique, nous avons effectué une analyse documentaire sur base de textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien au sein desquels des juristes ont élaboré la question de la fonction de ce système. Parmi ces textes, nous avons inclus des traités,

des manuels, ou bien des livres qui portent sur divers sujets de droit criminel et de droit pénal. Ces textes peuvent, par exemple, être utilisés dans certains contextes académiques—notamment dans les facultés de droit et les cours d'introduction au droit pénal—de même que dans le contexte judiciaire et servir alors de fondements ou de sources de droit aux décisions de la cour.

Dans ces textes d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien, nous avons retrouvé une certaine représentation de différents juristes, situés à différents endroits au Canada, notamment dans différentes provinces. Nous avons aussi inclus dans notre corpus empirique des textes francophones et anglophones—le français et l'anglais étant les deux langues officielles du Canada. Cet éventail de textes nous a permis de représenter différents auteurs, provenant de différentes provinces, qui eux-mêmes représentent potentiellement différents points de vue par rapport à la fonction du système de droit criminel canadien, et ce même si le droit criminel est constitutionnellement reconnu comme relevant des compétences fédérales.

Ayant défini ce qui empiriquement est recherché dans le cadre de cette étude, il importe maintenant de définir notre posture épistémologique. Cette posture nous a guidé jusqu'aux dernières étapes de cette recherche, puisqu'elle a déterminé la façon par laquelle nous avons approché et entrepris l'ensemble des travaux.

2.4 Posture épistémologique

Dans l'optique de la théorie de la connaissance et pour les fins de la définition de notre posture épistémologique, nous concevons, dans une logique paradigmatique classique, deux postures différentes : le réalisme et le constructivisme. Précisons que nous nous positionnons à l'écart des débats de la théorie de la connaissance, à savoir si la division entre ces paradigmes est légitime, nécessaire, voire utile d'un point de vue scientifique. Nous concevons plutôt ces paradigmes comme représentant chacun un « basic belief system or worldview that guides the

investigator » (Guba et Lincoln, 2004, p. 17), plus spécifiquement, « a worldview that defines, for its holder, the nature of the 'world', the individual's place in it, and the range of possible relationships to that world and its parts » (*Ibid.*, p. 21). Dans le domaine de la recherche, et concernant plus spécifiquement un chercheur dans sa relation au monde de ses objets de recherche, nous nous rapportons alors à une relation épistémologique entre le chercheur et ce qui peut être connu. Il n'est donc pas question ici de savoir lequel de ces paradigmes est le meilleur ; cette question n'est pas pertinente pour notre recherche et les réponses auxquelles nous pourrions par ailleurs aboutir seraient toutes des « inventions of the human mind » (*Ibid.*, p. 22) soumises à la possibilité de l'erreur humaine. Il est plutôt question pour nous de reconnaître les impacts ou les enjeux de la posture choisie pour notre observation.

Dans le cadre d'une posture réaliste, on conçoit la « réalité » à partir de ce qui nous paraît la caractériser dans ses propriétés objectives, c'est-à-dire dans des propriétés présumées exister en tant que telles, indépendamment de l'observation. Dans cette optique, le rôle du chercheur est de décrire cette réalité indépendante par la découverte et l'exposition des caractéristiques objectives qui lui sont propres. Le chercheur, dans le cadre de la posture réaliste, cherche les faits et se dotent de données. Ces données et ces faits ouvrent l'accès à la réalité objective et sont présumées lui correspondre. En ce sens et dans cette relation de correspondance, le savoir créé à partir des données et des faits est considéré refléter objectivement la réalité.

La posture constructiviste aborde la question de la « réalité » d'une tout autre façon. Nous pourrions même dire que face à cette question, elle représente un univers différent de référence. D'un point de vue épistémologique, la posture constructiviste est plus prudente que la posture réaliste dans sa relation à ce qui est présumé correspondre au « réel ». Plutôt que de se concentrer sur la recherche de propriétés objectives, l'approche s'attarde plutôt à la description et

problématisation des « filtres » à travers lesquels un observateur observe et, ce faisant, construit la réalité de telle façon plutôt que telle autre. Dans cette analogie, ces « filtres » sont constitués d'idées, de croyances, de théories, de dogmes, d'idéologies ou de perspectives sur le monde. Pour les constructivistes, on ne peut pas avoir directement accès à la « réalité » dans ses propriétés objectives sans faire intervenir consciemment ou non dans le processus même d'observation tout ce dont ces filtres peuvent être constitués. Ainsi, nous retrouvons dans le cadre de cette perspective une certaine relation d'influence entre le « filtre » qu'adopte l'observateur—par exemple, la théorie qu'il mobilise, ou encore ses croyances—et la façon dont un objet est décrit et/ou construit. La « réalité » a en ce sens un caractère contingent ; elle varie en fonction des observations et dépend finalement plus du filtre de l'observation que des propriétés objectives de l'objet. Ce qui est considéré « réel » relève d'une activité cognitive et possède différentes significations en fonction des idées, croyances, théories, etc., placées « entre » l'objet et l'observateur.

Les constructivistes s'intéressent ainsi moins aux faits qu'à l'observation, moins à la « réalité » qu'à la manière de l'observer et de l'instituer en « faits ». Ce qui les intéresse, en d'autres termes, c'est le « filtre », toutes ces idées qui interviennent dans le processus d'observation et à partir de quoi une « réalité » prend forme. Les constructivistes vont par le fait même abandonner complètement la prétention des réalistes selon laquelle la description de la réalité correspond à la réalité. Celui qui adopte cette posture gagne l'accès aux diverses perspectives, mais jamais au monde objectif. Ainsi, dans l'optique de cette perspective, il faut en tout temps être conscient que toute observation sera nécessairement « teintée »—teintée par les filtres cognitifs au sein desquels l'observation se manifeste.

Nous ne sommes donc pas, dans le cadre de la posture constructiviste, dans une relation de correspondance entre le savoir et la « réalité »—comme ce serait le cas dans une posture réaliste—

mais plutôt dans une relation de convenance entre d'une part le phénomène pensé ou perçu par l'entremise des facultés cognitives et des sens et d'autre part le phénomène décrit ou représenté dans le langage. Dans cette optique, le développement du savoir n'arrive jamais à terme, il ne fait qu'incorporer plus de savoirs afin de complexifier l'analyse, sans jamais pouvoir saisir la complexité dans sa totalité, puisque l'observation requiert nécessairement une sélection et une réduction de celle-ci. Ce dont il est question dans une démarche constructiviste de recherche sera donc d'observer la façon dont d'autres observateurs observent, leurs manières de définir et construire leur propre « réalité » et de la vivre ou d'en faire l'expérience comme étant réelle. Il ne s'agit donc pas d'observer un phénomène en tant que tel, mais plutôt d'observer des observations qui postulent l'existence réelle d'un phénomène.

Dans le cadre de notre recherche qui, rappelons-le, porte sur la façon dont la doctrine juridique définit la fonction du système de droit criminel canadien et, parallèlement, les enjeux de cette ou de ces conception(s) de la fonction pour l'évolution de ce système, nous adoptons une posture constructiviste. Il est de notre avis que cette posture semble appropriée afin d'approcher notre objet de recherche, dans la mesure où nous tentons nous-même d'observer les observations du monde, en l'occurrence, d'observer les observations de la doctrine juridique par rapport à la fonction du système de droit criminel canadien.

Ainsi, à partir de l'observation d'un observateur de premier ordre—la doctrine—nous avons effectué des observations de deuxième ordre. Dit autrement, nous avons observé l'observateur qui observe et qui en observant construit sa propre réalité quant à la fonction du droit criminel moderne. Notre question de recherche, en soi, s'inscrit dans une posture constructiviste et nous permet de nous intéresser aux idées, aux croyances, aux théories, aux « world views », etc. présents entre l'observateur—la doctrine—et son objet, en l'occurrence la fonction du système de

droit criminel canadien. En adoptant cette posture, nous avons pu problématiser la manière dont ces croyances influencent la façon dont la doctrine juridique, comme observateur de premier ordre, observe et ce faisant construit la fonction du système de droit criminel, et problématiser en outre les possibilités d'observation et de construction qu'elle ne voit pas dans les angles morts de ses observations, par exemple, la possibilité non actualisée mais pourtant virtuellement possible de concevoir cette fonction dans des termes moins belliqueux que ceux que privilégie depuis plus de deux cent ans la rationalité pénale moderne. La posture constructiviste, pour le dire comme Luhmann, permet dans notre cas de problématiser le fait que l'observateur « does not see, that he does not see, what he does not see » (Luhmann, 1993 dans Dubé, sous presse, p.9). Notre observation de deuxième ordre de l'observation de premier ordre permet ainsi de rendre visible la contingence de la « réalité » actualisée et par le fait même les autres possibilités ayant été exclues mais demeurant virtuellement possibles (Dubé, 2022).

C'est ainsi que nous définissons notre posture épistémologique dans le cadre de cette recherche. Poursuivons en situant notre recherche sur le spectre méthodologique conventionnel qui différencie les recherches quantitatives de celles qualitatives. Cette précision nous semble nécessaire, puisque ce positionnement nous a partout guidé dans la façon dont nous avons sélectionné et analysé nos données.

2.5 Une recherche qualitative

Dans le cadre de cette recherche, nous avons adopté une approche qualitative afin d'analyser la façon dont les textes d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien définissent la fonction de ce système. Bien qu'une approche quantitative à cette question pourrait également mener cette recherche vers des résultats intéressants, nous croyons que, compte tenu la nature des données que nous cherchons à analyser, l'approche qualitative est mieux adaptée. Selon

Guba et Lincoln, l'approche quantitative, contrairement à l'approche qualitative, tend à être « context stripping » (2004, p. 19). L'approche qualitative, quant à elle, « [provides] contextual information » (*Ibid.*, p. 19). C'est cette information contextuelle qui s'est avérée pertinente pour nous dans le cadre de l'analyse de nos données, c'est-à-dire l'information qui entoure la définition que la doctrine juridique attribue à la fonction du système de droit criminel canadien. Par exemple, dans le but de tirer un certain sens de nos données et de faire une synthèse de la façon dont la doctrine juridique définit la fonction de ce système, il s'est avéré plus pertinent d'analyser les théories, les postulats, voire les idéologies mobilisées par cette source de droit, que de quantifier le nombre de fois qu'apparaît le mot « fonction » ou qu'apparaît le mot « protection » sans considération pour le contexte d'énonciation. C'est dans cette optique que ces auteurs considèrent que l'approche qualitative est à privilégier pour rejoindre la vision provenant de l'intérieur—dans notre cas, par exemple, celle de l'auteur du texte à l'étude.

Ainsi, sur base de ce que nous indiquent Guba et Lincoln (2004), l'approche qualitative nous permet, au moment de l'analyse de nos données, une meilleure compréhension du sens attribué aux passages qui nous intéressent, ceux qui offrent une auto-description fonctionnelle du système de droit criminel canadien. Poursuivons en établissant notre méthode de recherche qui découle directement de ce choix méthodologique.

2.6 L'analyse de documents comme méthode de recherche

Dans le cadre de cette étude, compte tenu du type de données empiriques que nous cherchons à analyser—les textes d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien—ainsi que notre choix d'effectuer une recherche qualitative de ces données, nous avons mobilisé comme méthode de recherche l'analyse documentaire. Comme le précise Bowen, « [as] a research method, document analysis is particularly applicable to qualitative case studies » (2009, p. 29). Cet auteur

définit l'analyse de documents comme « a systemic procedure for reviewing or evaluating documents » (*Ibid.*, p. 27).

Dans l'optique de cette méthode d'analyse, les documents représentent bien plus que de simples bouts de papier sur lesquels sont inscrits des mots. Ces documents peuvent, d'une part, bien évidemment contenir de l'information intéressante, de l'information qui est d'ailleurs très pertinente pour les fins de cette recherche, mais nous considérons d'autre part qu'ils sont actifs dans nos sociétés, qu'ils jouent un rôle tout aussi important que les acteurs, qu'ils sont eux-mêmes actants. Comme le stipule Prior, les documents « do things as well as contain things » (2008, p. 822). Dans cette optique, il précise que les documents sont à la fois des « receptacles of content » et des « active agents in networks of action » (*Ibid.*, p. 822). Prior invite le chercheur à se questionner par rapport à la façon que les « documents function in the everyday world » (*Ibid.*, p. 824). Il précise que « when we focus on function it becomes apparent that documents serve not merely as containers of content, but as active agents in episodes of interaction and schemes of social organization » (*Ibid.*, p. 824).

Pour accepter la proposition de Prior (2008) face au rôle des documents au sein de nos sociétés, il faut concevoir ces derniers en tant qu'acteurs à part entière. Ainsi, les documents ne sont pas des ressources passives (*Ibid.*) et représentent bien plus qu'un puit de connaissances. Ils jouent un rôle au niveau de la configuration sociale. Ils sont à la fois dirigés et dirigeant ; ils dirigent aussi (*Ibid.*). Examinons deux exemples qui nous permettent d'illustrer la façon dont Prior conçoit les documents.

Dans ce premier exemple, penchons-nous sur les textes en examinant la façon par laquelle ils sont en mesure de « do things » (Prior, 2008). Comme nous l'avons précisé plus tôt, les textes de la doctrine sont en mesure de « do things » (Prior, 2008) lorsqu'ils sont mobilisés par un juge

pour justifier ou orienter la prise de décision de la cour. Ces documents ainsi mobilisés, voire convoqués dans une problématisation, peuvent alors avoir un impact sur la prise de décisions et être théoriquement considérés comme actants. En outre, la décision de la cour deviendra à son tour un document constitutif de la jurisprudence et faisant intégralement parti d'un corpus de décisions en « réseau », et exerçant une influence sur de futures décisions tout comme sur celui ou celle qui se présente en tant qu'accusé.

En deuxième lieu, prenons pour exemple notre propre recherche qui elle aussi prend la forme d'un document—dans ce cas-ci la forme d'une thèse. Ce document, dans le « réseau » de la science, a le potentiel d'avoir un impact, ou comme le dirait Prior (2008), il a le potentiel de « do things ». Mais ce même document, mobilisé ailleurs, par une commission de réforme du droit, par exemple, et dès lors mobilisé ou lui-même convoqué comme actant par la problématisation de cette réforme, peut aussi avoir des effets dans le domaine juridique et contribuer à la création d'une réalité autre en matière de droit criminel. Il pourrait ainsi, du moins en partie, contribuer à ce « doing » qui est la réforme de ce système.

Ainsi, notre analyse de documents prend la forme d'une procédure qui vise à les interpréter dans le but de « elicit meaning, gain understanding, and develop empirical knowledge » (Bowen, 2009, p. 27). Par l'entremise de son texte, Bowen nous permet de comprendre que l'analyse de documents « is a process of evaluating documents in such a way that empirical knowledge is produced and understanding is developed » (*Ibid.*, p. 34). Il précise que les documents « provide a means of tracking change and development » (*Ibid.*, p. 30).

Dans certains cas, l'analyse de documents est utilisée avec d'autres méthodes qualitatives à des fins de triangulation (Bowen, 2009). Bowen (*Ibid.*) explique que, typiquement, les recherches qualitatives manipulent plusieurs sources de « preuves »—différentes sources de données

analysées avec différentes méthodes, par exemple—afin de réduire les biais, tout en visant la convergence des données. Cependant, ce même auteur précise que l'analyse de documents peut être utilisée seule (*Ibid.*), ce qui a été le cas dans le cadre de notre recherche qui cherche à analyser uniquement des textes d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien pour saisir différentes conceptions de la fonction et réfléchir à leurs enjeux, et non pour établir les preuves d'une vérité ; notre but est de saisir différentes autodescriptions fonctionnelles, et non d'établir laquelle est la « bonne », la « vraie » ou la plus acceptée. Nous nous sommes intéressé aux tendances dominantes et aux perspectives plus marginales, mais l'objectif est demeuré celui de décrire une diversité, une variété, une complexité, et non de déterminer une seule vérité.

Cela dit, il aurait pu être intéressant, pour d'autres raisons que la détermination d'une vérité, d'élargir la recherche afin de pouvoir, par exemple, obtenir le point de vue des acteurs sur les tendances observées et de conduire ainsi des entretiens qualitatifs auprès des juges et voir s'ils se reconnaissent dans les autodescriptions de la doctrine. Mais nous avons exclu cette possibilité, faute de temps. La mobilisation d'autres sources de données s'avèrerait chronophage et difficile à effectuer face à certaines contraintes institutionnelles—nous faisons référence à la nécessité d'effectuer une demande à un comité d'éthique et aux délais qui sont imposés pour la réalisation d'une thèse de maîtrise. Dans la conclusion de son texte, Bowen insiste d'ailleurs sur le fait que le chercheur doit toujours identifier ce qui est plus « appropriate to the research problem and the study's conceptual framework » (2009, p. 38). Ainsi, pour nous, les documents indiqués ici nous ont paru suffire comme base de données pour les fins de notre recherche. Cela dit, toute recherche comprend des limites et la nôtre ne fait pas exception.

Bowen (2009) nous permet de réfléchir à quelques-unes des limites possibles dans le cadre d'une analyse documentaire. Premièrement, Bowen (2009) rappelle que les documents mobilisés

pour la recherche ne sont pas nécessairement produits ou rédigés pour la recherche. L'auteur d'un document ne prend généralement pas en considération que ses propos pourraient faire l'objet d'une analyse scientifique. Les documents produits ne nous fournissent pas toujours suffisamment de détails pour l'analyse de la question que soulève la science à leur propos. Par exemple, l'auteur d'un texte de doctrine pourrait proposer une fonction alternative à ce système sans élaborer en profondeur sa réflexion et introduire les développements nécessaires à la réalisation des objectifs que poursuit quant à elle la recherche. L'auteur pourrait peut-être penser qu'une telle élaboration s'avère inutile, sans considérer que cette piste de réflexion pourrait être d'un grand intérêt pour un chercheur.

Deuxièmement, dans la composante plutôt pratique de la recherche, Bowen (2009) met en évidence le fait que les documents ne sont pas toujours disponibles ou accessibles au chercheur. Cette limite peut s'appliquer notamment au niveau d'une incompatibilité entre les langues que le chercheur maîtrise et celle dans laquelle un document est rédigé, à l'inaccessibilité d'un livre dans une bibliothèque, ou encore à l'accès restreint à des bases de données.

Troisièmement, il faut considérer qu'il est, dans plusieurs cas, pratiquement impossible d'analyser tous les documents qui portent sur un sujet. Cela oblige le chercheur à renoncer à certains documents par l'entremise d'un processus de sélection. Cette limite nous semble particulièrement importante dans notre recherche qui ne pourra pas analyser chacun des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien.

Finalement, Cellard (1997) expose une quatrième limite que nous jugeons importante : les documents sont « sourds », en ce sens qu'il est impossible de questionner un document, du moins, impossible de le faire et d'obtenir une réponse. Le chercheur peut, à tout moment, se questionner par rapport à la lecture qu'il fait d'un document, mais il ne peut jamais connaître le sens exact (si

ce sens existe) que l'auteur d'un document tente d'exprimer par l'entremise d'une série de mots. Ainsi, nous tenons à mettre en garde notre lecteur quant au sens que nous avons attribué à la façon dont la doctrine juridique définit la fonction du système de droit criminel canadien. Nous sommes conscient que cette lecture sera « teintée par notre objet d'étude, par l'éclairage donné par la théorie de la [rationalité pénale moderne et la théorie des systèmes, ainsi que] par notre bagage culturel à ce moment de notre parcours personnel » (Richardson, 2021, p. 47). Une lecture de ces mêmes passages, effectuée sous l'optique d'une théorie autre que la nôtre, ou même par un autre chercheur, mènerait sûrement à des résultats différents. Comme le dit si bien De Certeau : « the text has a meaning only through its readers » (1984, dans Prior, 2008).

Heureusement, l'analyse de documents implique également certains avantages. Au premier plan, nous notons celui de l'efficacité de cette méthode (Bowen, 2009). Le chercheur, dans le cadre de sa recherche, ne fait que sélectionner ses données, en opposition à devoir les produire—comme ce serait le cas, par exemple, lorsqu'il s'avère nécessaire d'effectuer des entretiens. Ainsi, au niveau de ce que Bowen définit être « cost-effectiveness », les données dans les documents « [have] already been gathered; what remains is for the content and quality of the documents to be evaluated » (*Ibid.*, p. 31). D'ailleurs, plusieurs documents sont disponibles publiquement, cela est notamment le cas pour les textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien. De plus, ces documents « cover a long span of time, many events, and many settings » (*Ibid.*, p. 31), un avantage qui est particulièrement utile lorsqu'il est question, comme ici, de l'évolution d'un système. Finalement, lorsqu'il est question de documents, la présence du chercheur ne modifie pas les données à l'étude. Autrement dit, les données sont « unaffected by the research process » (*Ibid.*, p. 31).

Ce qui précède nous a permis d'établir la façon par laquelle nous avons conçu les documents dans le cadre de cette recherche, tout en exposant les limites et avantages de notre méthode. À ce stade, le chercheur est suffisamment équipé pour se diriger sur le terrain et débiter le processus de collecte des données, mais devrait d'abord prendre en considération la mise en garde de Bowen : « qualitative research requires robust data collection techniques and the documentation of the research procedure » (2009, p. 29). La section qui suit nous permettra de mettre en évidence la façon dont nous avons mené la collecte de nos données.

2.7 Technique de collecte de données

Dans le cadre de cette collecte de données, nous nous inspirons de certaines étapes que Bowen (2009) propose aux chercheurs qui mobilisent des documents, notamment celles de « finding » et « selecting ». Débutons avec la première étape de cette procédure, « finding », que nous traduisons par le terme *découvrir*. Dans notre cas, cette découverte implique les sources pertinentes aux fins de la collecte de nos données, les sections de ces sources utiles pour notre étude, ainsi que les textes qui présentent un potentiel de faire partie de notre corpus empirique.

2.7.1 Découvrir

Notre démarche de collecte de données a débuté par la rencontre d'une bibliothécaire de droit de l'Université d'Ottawa. Il nous semblait nécessaire de débiter la collecte de nos données par une rencontre de ce type, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, la recherche en droit est un domaine qui nous était jusqu'à présent inconnu. En effet, notre parcours en criminologie nous a plus fréquemment mené vers la recherche d'articles scientifiques d'ordres sociologiques, retrouvés au sein de revues sociologiques, que vers la recherche de textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien. Ainsi, une rencontre avec une bibliothécaire en droit nous permettait d'identifier les sections de la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa pertinentes

aux fins de cette recherche, ainsi que les bases de données à mobiliser afin de trouver ces textes. De plus, cette rencontre nous permettait de confirmer, auprès d'une experte dans le domaine, que certains de ces textes abordent bel et bien la question de la fonction du système de droit criminel canadien. Une réponse négative à cette question aurait engendré une reconfiguration de notre prise empirique. À l'inverse, une réponse positive à cette question nous permettait de plonger directement dans la collecte de données comme point de départ pour la constitution de notre corpus empirique. En somme, rencontrer une experte en recherche dans le domaine du droit nous permettait d'acquérir des connaissances face à ce monde qui nous était inconnu et de le faire de façon rapide et efficace, tout en confirmant la pertinence des textes à inclure dans notre corpus empirique.

Lors de cette rencontre, la bibliothécaire a pu confirmer la présence de ces définitions de la fonction du système de droit criminel au sein des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien et nous indiquer les principales bases de données juridiques et la façon de les naviguer afin de sélectionner les sections.

Les principales bases de données juridiques au Canada sont *Westlaw* et *Lexis Advance Quicklaw*, deux bases de données accessibles par l'entremise des abonnements de l'Université d'Ottawa. Au niveau des grands éditeurs en droit criminel canadien, nous comptons : l'éditeur *Thomson Reuters* (disponible dans la base de données *Westlaw* et la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa) ; l'éditeur *Lexis Nexis* (disponible dans la base de données *Lexis Advance Quicklaw* et la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa) ; ainsi que l'éditeur *Irwin Law* (disponible à la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa). Nous avons conçu ainsi la sélection des textes constitutifs de notre corpus empirique par l'entremise de trois différentes

sources, la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa, la base de données *Lexis Advance Quicklaw* et la base de données *Westlaw*.

2.7.1.1 Trois sources de données. L'identification de ces trois sources de données représentait un bon point de départ dans la constitution de notre corpus empirique. Suivant la deuxième étape de la procédure que propose Bowen (2009), il nous a fallu ensuite trouver une manière d'identifier dans les ouvrages consultés les sections des sources où apparaissent les propos pertinents pour notre étude. Toutes les sections et tous les propos dans un ouvrage de droit ne sont pas pertinents pour travailler la question de la fonction. Ainsi, à l'aide de la bibliothécaire en droit, nous avons pu identifier le matériel pertinent. Ce processus a dû être modifié en fonction de la source mobilisée, car chacune implique un système de classement différent. Dans ce qui suit, nous élaborons plus précisément chacun de ces processus, en commençant par celui adapté à la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa. Nous poursuivrons par la suite avec le processus adapté aux deux bases de données virtuelles : *Westlaw* et *Lexis Advance Quicklaw*.

2.7.1.1.1 Bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa. Le système de classification de *The Library of Congress*—un système de classification utilisé par l'ensemble des bibliothèques universitaires au Canada—nous a permis d'identifier la catégorie KE comme la catégorie générale de la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa pertinente pour notre étude. Au sein de ce catalogue, le K représente la catégorie de droit, tandis que le E représente la sous-catégorie de droit canadien. Plus précisément encore, ce système de classification nous a permis, dans un premier temps, d'identifier la section KE 8920 à KE 9112, section qui regroupe les ouvrages de droit criminel et de droit pénal.

Si, au départ, nous avons l'impression que l'identification de cette section nous permettrait de repérer de façon efficace les textes pertinents, nous avons vite constaté qu'elle contenait plus

de textes que nous étions en mesure de traiter ; tout ne pouvait pas être sélectionné et faire partie de notre corpus empirique. Par ailleurs, la majorité des textes qui y étaient inclus portaient sur des sujets de droit spécifique et non pertinents. Prenons pour exemple certains des textes retrouvés dans cette section : *The Law of Search and Seizure in Canada* (Fontana et Keeshan, 2021) ou encore *Cross-Examination : The Pinpoint Method* (Lee, 2021). À la lecture du titre de certains de ces textes et en consultant rapidement la table des matières, il était évident que la question de la fonction du système de droit criminel canadien n’y serait pas abordée. À titre d’exemple, les cinq premiers chapitres du livre *The Law of Search and Seizure in Canada* (Fontana et Keeshan, 2021) étaient intitulés : « An Overview of Search and Seizure Law », « Search Warrants », « Requirements Common to Both Search Warrants and the Supporting Information », « Search Warrant Information » et « Duties of the Issuing Judge or Justice ». Ainsi, au sein de ces livres qui portent sur des sujets de droit spécifiques, il était évidemment peu probable qu’un auteur aborde la question de la fonction du système de droit criminel canadien. Un premier principe d’exclusion pouvait ainsi être opérationnalisé.

Notre curiosité nous a amené à découvrir certains textes aux titres intéressants qui ne faisaient pourtant pas partie de la section dédiée aux ouvrages qui portent sur le droit criminel et le droit pénal canadien (KE 8920 à KE 9112). En effet, à notre grand étonnement, la section KE 9260 à KE 9443, qui porte sur la procédure criminelle, contenait des textes très pertinents aux fins de notre recherche. Plus particulièrement encore, nous avons retrouvé ces textes dans les sous-sections KE 9260 intitulée « Criminal Procedure », KE 9312 intitulée « Evidence. Burden of proof. » et KE 9355 intitulée « Judgment. Sentence. Judicial discretion ».

C’est dans ce contexte que nous constatons la nécessité de repenser les sections de la bibliothèque au sein desquelles nous allions sélectionner les textes d’analyse du droit criminel ou

du droit pénal. Ainsi, un retour au catalogue offert par *The Library of Congress* s'avérait nécessaire. Grâce à une meilleure compréhension du catalogue, nous avons sélectionné trois sous-sections à partir desquelles nous avons été en mesure d'identifier des textes pertinents. Deux d'entre elles se situaient dans la section générale de droit criminel (KE 8920 à KE 9112) : soit les sous-sections KE 8809.A7–Z intitulée « General Work. Treatises » et KE 8813 intitulée « Administration of criminal justice. Reform of criminal law, enforcement and procedure ». La troisième sous-section sélectionnée, KE 9355, intitulée « Judgment. Sentence. Judicial discretion », se situait dans la section générale de procédure criminelle (KE 9260 à KE 9443).

Ces opérations de sélection nous ont permis de circonscrire notre corpus empirique. Les sous-sections sélectionnées sont celles qui contiennent la grande majorité des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien disponibles au sein de la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa. Nos opérations de sélection nous ont aussi permis d'exclure les sous-sections KE 9260 intitulée « Criminal Procedure » et KE 9312 intitulée « Evidence. Burden of proof. ».

2.7.1.1.2 Bases de données virtuelles. Établissons maintenant la façon dont nous sommes parvenus à identifier au sein des bases de données *Westlaw* et *Lexis Advance Quicklaw* les sections contenant les textes pertinents pour notre étude.

Dans la base de données *Lexis Advance Quicklaw*, sous l'onglet « Domaines de pratique », nous avons sélectionné l'option « Droit criminel », rubrique sous laquelle on pouvait trouver des feuilles mobiles, des encyclopédies juridiques, des articles juridiques, des bulletins, un index, une revue de droit, ainsi que des traités. La section dédiée aux traités s'est avérée être la seule pertinente pour les fins de notre recherche. Très peu d'ouvrages y étaient cependant inclus.

Dans le cas de la base de données *Westlaw*, nous avons sélectionné la section « Textes et annotations » sous l'onglet « Doctrine ». Par la suite, nous avons raffiné notre recherche à l'aide d'un sujet et des ouvrages disponibles à l'abonnement de l'Université d'Ottawa. Dans notre cas, le sujet était intitulé « Criminal », ce qui inclut « Criminal Evidence », « Criminal Procedure », ainsi que « Evidence ». Ce raffinement de la recherche a réduit les textes disponibles à 22, ce qui représente 547 textes de moins que les 569 textes originellement proposés par la base de données.

Cette identification des sections jugées pertinentes pour notre étude au sein de la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa et des bases de données *Westlaw* et *Lexis Advance Quicklaw* n'impliquait pas que chacun des textes qui s'y retrouvaient aborde nécessairement la question de la fonction du système de droit criminel canadien. En effet, plusieurs de ces textes étaient à cet égard non-pertinents. Passons à la deuxième étape de la procédure proposée par Bowen (2009), celle du « selecting » que nous traduisons par « sélectionner ».

2.7.2 Sélectionner

Il nous semblait judicieux de débiter l'étape de sélection à la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa. Après un bref survol des bases de données *Westlaw* et *Lexis Advance Quicklaw*, nous constatons que celles-ci contenaient très peu de textes utiles aux fins de notre recherche. Ces bases de données ne suffisaient pas à elles seules à constituer un corpus empirique adéquat. Les textes d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien retrouvés au sein de ces deux bases de données allaient plutôt nous permettre de compléter ceux recueillis à la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa. Ils nous ont permis de recueillir, par exemple, des éditions plus récentes de certains livres retrouvés en bibliothèque, ou d'avoir accès à certains livres qui n'étaient pas disponibles en bibliothèque. Rappelons finalement que l'abonnement de l'Université d'Ottawa à ces deux bases de données ne permet pas l'accès à l'entièreté des textes qui y sont inclus.

Dans ce qui suit, nous élaborerons les trois étapes de la méthode adoptée pour la sélection de nos textes.

2.7.2.1 Méthode de sélection. Tout d'abord, il est important de préciser que, dans le cadre de ce processus de sélection des textes, nous avons en tout temps privilégié la plus récente édition disponible. Cette décision part du postulat que la doctrine juridique, qui, rappelons-le, consiste en un commentaire théorique sur l'état du droit, change—notamment au niveau de ses définitions de la fonction du système de droit criminel canadien—au rythme des changements de ce droit.

La première étape de cette méthode de sélection des textes a consisté en la lecture de l'avant-propos et à l'analyse de la table des matières, ou de la table des matières détaillée lorsque disponible, de chacun des textes qui se retrouvent au sein des sections déterminées plus tôt. Cette étape vise à identifier de façon rapide et efficace la pertinence d'un texte pour notre étude. Par exemple, la lecture de l'avant-propos nous permettait de rejeter automatiquement certains ouvrages sur base du critère qu'ils ne représentaient pas un texte d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien provenant de la doctrine juridique—pensons particulièrement aux rapports gouvernementaux et aux rapports de conférence. D'ailleurs, la lecture de la table des matières ou de la table des matières détaillée nous permettait d'identifier si un ouvrage abordait la question de la fonction du système de droit criminel canadien. L'analyse de la table des matières détaillée d'un ouvrage était toujours à privilégier, puisque comparativement à la table des matières conventionnelle, celle-ci incluait les parties principales, les chapitres, en plus des sous-sections de chacun d'entre eux. Ces sous-sections étaient révélatrices des sujets spécifiques abordés au sein d'un chapitre et s'avéraient être par ailleurs un excellent indicateur de la pertinence d'un chapitre. Ainsi, cette analyse de l'avant-propos et de la table des matières ou de la table des matières

détaillée nous permettait d'effectuer la première étape de sélection de nos données, ce que nous considérons comme étant le triage initial.

Si dans la table des matières d'un ouvrage, une section, de par son titre, semblait pertinente pour l'analyse de la question de la fonction du système de droit criminel canadien, l'ouvrage était retenu pour être soumis à une deuxième étape de sélection qui elle allait consister en la lecture de la section dans son intégralité. Par exemple, si en consultant la table des matières d'un ouvrage en particulier apparaissait une section ayant pour titre « Les fondements juridiques de la peine (fonctions et principes fondamentaux) » ou encore « Sentencing », l'ouvrage était retenu et la ou les sections qui nous ont paru pertinentes étaient lues et analysées dans leur intégralité. Dans le cas contraire, les sections voire l'ouvrage étaient exclus.

Au cours de la deuxième étape, soit celle de la lecture des textes dans leur intégralité, il s'agissait alors pour nous d'entrer dans le détail pour sélectionner les passages pertinents. C'est à cette étape que Bowen (2009) prétend que cette méthode d'analyse inclut des éléments de l'analyse de contenu. Il fait référence au processus de « first-pass document review, in which meaningful and relevant passages of text or other data are identified » (*Ibid.*, p. 32).

Dans certains cas, l'ouvrage ne contenait pas de table des matières suffisamment détaillée pour opérer les étapes que nous venons de présenter. Il nous a alors fallu adapter la méthode. Nous avons dans ces cas entrepris d'entrer directement dans les différentes sections ou différents chapitres pour lire les sous-titres utilisés pour diviser les différentes parties du texte. La simple lecture de ces sous-titres (qui n'étaient pas disponibles dans la table des matières conventionnelle) s'est révélée être un excellent indicateur de la pertinence des textes.

La troisième étape de cette méthode consistait en la numérisation ou le téléchargement des passages pertinents identifiés lors de la deuxième étape. Dans le cas des textes retrouvés au sein

de la bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa, la numérisation était nécessaire pour des raisons pratiques. En effet, il nous était défendu de retirer de la bibliothèque certains des textes, notamment les ouvrages de référence les plus récents situés au quatrième étage de la bibliothèque. Ainsi, dans le cadre du téléchargement ou de la numérisation de certaines parties de ces textes, nous avons sauvegardé : la page couverture, la table de matières (ou bien la table des matières détaillée lorsqu'elle était incluse), ainsi que toutes les pages comprenant les passages pertinents identifiés lors de l'étape précédente.

C'est ainsi que nous sommes parvenu à constituer notre corpus empirique. Le tableau suivant présente notre corpus documentaire, en précisant le titre des textes, le ou les auteur(s) et l'année de publication.

Tableau 1

Corpus documentaire

Titre	Auteur(s)	Année
A Guide to Conducting Sentence Hearings in Canada	Gregory Koturbash	2023
An Introduction to Criminal Law (2 nd ed.)	Graham Parker	1983
Canadian Criminal Law: A Treatise (8 th ed.)	Don Stuart	2020
Canadian Sentencing Digest	Robert Paul Nadin-Davis; Clarey B. Sproule	2023
Code pénal général : textes, jurisprudence	Jacques Fortin; Louise Viau	1978
Criminal Law	Karl Deibert	1978
Criminal Law (5 th ed.)	Manning; Mewett; Sankoff	2015
Criminal Law (8 th ed.)	Kent Roach	2022
Criminal Law and Procedure: Cases and Materials (11 th ed.)	Kent Roach; Benjamin L. Berger; Emma Cunliffe; and James Stribopoulos	2015
Criminal Law for Legal Professionals (2 nd ed.)	Michael Gulycz; Mary Ann Kelly	2018

De la détermination de la peine : principes et applications	François Dadour	2007
Droit pénal général : jurisprudence, notes et commentaires	Nicholas Léger-Riopel	2020
From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System (4th ed.)	Joel E. Pink; David C. Perrier	1999
Fundamentals of the Criminal Justice System (2nd ed.)	Donald A. MacIntosh	1995
Getting Away with Murder: The Canadian Criminal Justice System	David M. Paciocco	1999
Le droit pénal canadien tome I : le droit pénal substantif.	Nóra Széles	2013
Making Sense of Sentencing	Julian V. Roberts; David P. Cole	1999
Mewett & Manning on Criminal Law (3rd ed.)	Alan W. Mewett; Morris Manning	1994
Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences	Hélène Dumont	1993
Précis de droit pénal général (2^e éd.)	Nabil Kamel-Toueg	1994
Sentencing (10th ed.)	Clayton C. Ruby	2020
Sentencing and Penal Policy in Canada: Cases, Materials, and Commentary (3rd ed.)	Allan Manson; Patrick Healy; Gary Trotter; Julian Roberts; Dale Ives	2016
Sentencing in Canada	Robert Paul Nadin-Davis	1982
Sentencing: Practical Approaches	Thomas W. Ferris	2005
The Law of Sentencing	Allan Manson	2001
The Sentencing Code of Canada	Gilles Renaud	2009
Traité de droit criminel tome III : la peine (3^e éd.)	Hugues Parent; Julie Desrosiers	2020
Traité de droit pénal canadien (4^e éd.)	Gisèle Côté-Harper; Pierre Rainville; Jean Turgeon	1998

Bien sûr, il n'est pas impossible que le sujet de la fonction du système de droit criminel canadien ait été abordé dans des sections, voire dans des ouvrages que nous avons décidé d'exclure à la première étape de notre méthode. Nous ne pouvons affirmer avec certitude qu'aucun énoncé pertinent pour le traitement de la question de la fonction du système de droit criminel canadien ne nous ait échappé dans le cadre de ce processus. Ce risque existe, il est le propre de tout processus de sélection, car la sélection présuppose toujours une forme d'exclusion, mais nous croyons cependant que ce risque ne compromet en rien la poursuite de nos objectifs, soit l'identification des tendances dans la manière dont le droit criminel conçoit sa fonction au sein de la société. La quantité de données recueillies à travers notre méthode est largement suffisante pour déterminer à cet égard autant les tendances fortes que les tendances plus marginales.

Notre corpus empirique ayant été constitué, nous pouvions initier le processus d'analyse. La section qui suit traite de la stratégie d'analyse que nous avons privilégiée.

2.8 Stratégie d'analyse

L'analyse des données a suivi les règles de l'analyse de discours. Cette stratégie d'analyse s'intéresse aux « discursive rules through which knowledge comes to be produced, encoded and displayed » (Prior, 2004, p. 319). Ainsi, cette méthode sert à analyser les origines, la nature et la structure de thèmes discursifs à partir desquelles un texte est produit (*Ibid.*). Carabine exemplifie dans son texte que le discours entourant certains sujets varie « at different historical moments and in different social and cultural contexts » (2001, p. 273). Dans ce contexte, le discours représente des façons historiquement variables de parler d'un quelconque sujet. Dans le cadre de cette stratégie d'analyse, il ne faut donc pas concevoir le texte en tant que reflet précis d'une réalité appartenant à un monde extérieur, mais plutôt en tant qu'endroit où se mobilisent des thèmes discursifs prédominants, qui appartiennent à un contexte socio-historique particulier. Dans cette

optique, il y aurait une certaine fluidité entre les discours, puisque le discours à l'étude puise lui-même dans des discours dominants déjà existants, afin de créer un nouveau discours face à un sujet donné. C'est ce que nous caractériserons, pour des fins de compréhension globale de cette stratégie d'analyse, comme étant le premier postulat de l'analyse de discours, soit la description des « procedures, practices, apparatus and institutions involved in the production of discourses and knowledges » (*Ibid.*, p. 276).

Sur base de ce premier postulat, l'on constate que le rôle du chercheur est alors de découvrir la façon par laquelle un texte prend forme. Cependant, comme l'explique Carabine (2001), cette stratégie d'analyse implique bien plus que la simple exposition du processus par lequel des discours sont produits. Elle cherche également à établir « the ways that those discourses are practised, operationalized and supported institutionally, professionally, socially, legally and economically » (*Ibid.*, p. 276). En d'autres termes, le chercheur tente d'attirer l'attention sur la façon qu'un discours « stabilizes the order of things as they appear within a wider realm of discourse » (Prior, 2004, p. 320). Ce deuxième postulat reconnaît que les discours sont performatifs, qu'ils « produce the objects which they speak » (Carabine, 2001, p. 268). En ce sens, en associant des discours qui adhèrent les uns aux autres, un texte crée et projette une image d'une « réalité ». Ces représentations ont des effets, ils sont performatifs puisqu'ils « define and establish what is 'truth' at particular moments » (*Ibid.*, p. 268). La performativité du discours est, en l'occurrence, propre à la façon qu'il « influence the way that people understand or think about an issue » (*Ibid.*, p. 273). Cette performativité implique notamment, des « messages about [...] 'good' and 'bad' [...], morality and immorality [...], and acceptable and inappropriate behaviors » (*Ibid.*, p. 269). Cela dit, selon ces auteurs, la normativité qui s'imbrique dans le discours a des impacts concrets dans le monde dans lequel il se situe. Les auto-descriptions fonctionnelles de la doctrine

juridique relèvent d'un discours performatif en ce qu'il crée et projette une image d'une « réalité », celle de la fonction du système de droit criminel qui elle-même exerce une influence sur l'orientation de la prise de décision, sur l'auto-observation du système.

Il nous faut encore aborder ici la question du processus que nous avons emprunté pour analyser nos données. Nous élaborerons les trois étapes de ce processus dans la section qui suit.

2.8.1 Processus d'analyse

Dans le cadre de l'analyse de nos données, nous avons mis en œuvre le processus d'analyse établi par Huberman et Miles (2003). Ce processus comprend les trois étapes suivantes : la condensation du matériel ; la ré-organisation et présentation du matériel ; ainsi que l'interprétation du matériel. La section qui suit nous servira à établir chacune de ces étapes tout en expliquant la façon dont elles s'appliqueront à notre analyse. Débutons avec la première étape, la condensation du matériel.

2.8.2.1 Condensation du matériel. Huberman et Miles (2003) expliquent que la condensation du matériel représente le premier mouvement intellectuel de l'analyse que le chercheur réalise pour pouvoir codifier son matériel. Le processus de réduction *du sens* du matériel à l'étude sert alors à pouvoir déterminer de quoi traite de manière générale l'énoncé, pour pouvoir ainsi déterminer ultimement à quelle catégorie d'analyse il se réfère et le coder en conséquence. Cette réduction du sens du matériel et la codification qu'elle permet d'opérer favorise l'organisation du matériel empirique et le sort de son chaos original. Huberman et Miles (2003) précisent que cette condensation de sens s'effectue par questionnement du chercheur vis-à-vis le matériel, questionnement simple du type : de quoi est-il question dans cet énoncé?

Cette réduction de sens implique la mobilisation de catégories d'analyse afin d'indiquer la pertinence des énoncés dans le cadre de notre problématique. Ces catégories peuvent venir de la

théorie—dans notre cas la théorie de la rationalité pénale moderne et la théorie des systèmes—ou encore émerger du matériel suivant un processus interprétatif plus inductif. Ces opérations permettent de lier les énoncés que nous croisons dans notre matériel à une catégorie d’analyse pertinente.

Afin de lier les énoncés présents dans notre matériel aux catégories d’analyse, le chercheur doit se doter de codes. Ces codes sont des termes descriptifs renvoyant aux propos de nos catégories d’analyse. Chaque catégorie d’analyse possède un code. Ils agissent en tant qu’étiquette pouvant être attribuée aux énoncés de façon que ceux-ci soient regroupés, avec d’autres énoncés du même genre, sous une même catégorie d’analyse. Dans cette optique, chaque énoncé qui se rapporte à une même catégorie d’analyse sera étiqueté du même code.

Le tableau suivant présente chacune de nos catégories d’analyse, leur définition, ainsi que leur code.

Tableau 2

Catégories d’analyse, définitions et codes

Catégories d’analyse	Définitions	Codes
Fonction(s) du système de droit criminel	La ou les fonction(s) que s’attribue le système de droit criminel. Par exemple, le but ultime, l’objectif premier, la mission première, etc.	<i>fonction</i>
Sémantique(s) de protection	La protection visée ou offerte par le système de droit criminel. Par exemple, la protection de la société contre le crime, la défense sociale, la protection du justiciable contre les abus d’état ou les peines excessives, etc.	<i>protection</i>
Peine	La ou les façon(s) de concevoir la peine. Par exemple, la prison, la probation, le sursis, etc.	<i>peine</i>

Objectif(s) de la peine	Le ou les objectif(s) de la peine que le système de droit criminel conçoit. Par exemple, la protection de la société, la dissuasion générale, la dénonciation, etc.	<i>objectif</i>
Programme(s) du système de droit criminel	La conversion des sémantiques fonctionnelles du système de droit criminel en réalité juridique. Par exemple, la répression pénale, l'interdiction de comportements, etc.	<i>programme</i>
Théorie de la dissuasion	La prévention d'infractions (dissuasion générale) ou de leurs récidives (dissuasion spécifique) par la crainte de la peine.	<i>dissuasion</i>
Théorie de la dénonciation	La désapprobation collective et la réaffirmation des valeurs sociales fondamentales de la société.	<i>dénonciation</i>
Théorie de la rétribution	L'infliction d'une souffrance proportionnelle au tort commis.	<i>rétribution</i>
Théorie de la réhabilitation	Le traitement ou la réadaptation de l'individu dans le but de favoriser sa réinsertion sociale.	<i>réhabilitation</i>
Théorie de la neutralisation	La neutralisation d'une capacité d'agir par l'exclusion sociale de l'individu, par des ordonnances d'interdiction (saisie du permis de conduire, interdiction de contacts, etc.), par la peine de mort, voire par la castration chimique.	<i>neutralisation</i>
Justice restauratrice	La reconnaissance et réparation des torts causés, la médiation des conflits, la tenue de cercles de guérison. etc.	<i>réparation</i>
Autres	Tout ce qui entretient une pertinence avec notre propos et qui pourrait émerger de	<i>autres</i>

	façon inductive en avançant dans l'analyse.	
--	---	--

Huberman et Miles (2003) précisent que cette étape de la procédure d'analyse doit respecter certains principes. Au niveau de ces principes, nous notons notamment la transparence et la documentation des règles utilisées dans le cadre du processus de condensation du matériel à l'étude. D'ailleurs, il est primordial pour le chercheur d'agir de façon consistante et cohérente au niveau de l'application des règles de condensation préalablement établies. Par exemple, dans le cas de cette étude, nous notons l'application des codes à notre matériel avec consistance. De plus, l'application de ces règles ne doit pas nuire au maintien des caractéristiques des données initiales. Ainsi, le processus de condensation ne doit pas trahir le message traduit par le locuteur—par exemple, en mettant de côté le contexte qui permet de donner sens à une phrase.

2.8.2.2 Ré-organisation du matériel. L'étape précédente ne servait qu'à la condensation du matériel brut en fonction des thèmes qui émergent de nos théories. Lors de la deuxième étape de la procédure que nous propose Huberman et Miles (2003), qui peut être caractérisée comme étant le deuxième mouvement intellectuel de l'analyse, il n'est plus question de repérer ces thèmes dans le matériel grâce à des catégories d'analyse et de les coder grâce aux codes établis à cette fin, mais plutôt d'organiser le matériel en regroupant les énoncés codés sous un même code.

C'est dans cette optique que Huberman et Miles (2003) définissent cette étape comme étant celle de ré-organisation des données. À cette étape, grâce à ses codes, le chercheur ré-organise le matériel en fonction des thèmes à l'étude. Nous parlons de *ré-organisation* puisque le matériel n'est plus organisé en fonction d'un ouvrage et de sa structure, mais plutôt en fonction de thèmes. À l'origine, ce matériel est présenté par le locuteur—dans notre cas l'auteur du texte d'analyse du droit criminel ou du droit pénal canadien—selon une certaine logique, une logique propre à son

propos. Cependant, l'analyse et la mise en relation de ces données entre elles requiert une deuxième organisation, une nouvelle structure de sens qui répond désormais non plus de la logique de l'auteur, mais de celle du chercheur, logique donnée par ses propres intérêts de recherche, ses propres objectifs, notamment celui de pouvoir apporter, sur la base des textes, une réponse à sa question de recherche. Ainsi, la ré-organisation du discours, en vue de l'analyse, se fait en lien avec les objectifs que poursuit la recherche.

Dans cette perspective, suivant cette logique, le chercheur rassemble tous les passages regroupés sous un même et unique code. Par exemple, un passage qui porte sur la « protection de la société » et un autre portant sur la « défense sociale », tous deux codés sous le code « protection », seront physiquement rassemblés dans un même ensemble et analytiquement mis en relation.

L'analyse du matériel ainsi ré-organisé constitue la dernière étape du processus de recherche. C'est lors de cette étape de construction de sens qu'entrent en jeu de façon absolument déterminante le « bagage » théorique du chercheur, les savoirs qu'il a accumulés dans son champ d'expertise, les connaissances que lui apporte la littérature, voire la sensibilité que lui procure la préoccupation qu'il a placé au cœur de sa problématique. Dit autrement, c'est à cette étape que tout ce que nous avons pu couvrir dans le chapitre théorique de cette thèse intervient pour enrichir l'analyse du matériel et favoriser la production de connaissances autour de la question de recherche soulevée. Nous consacrons ce qui suit à cette dernière étape, qui est l'étape de l'interprétation du matériel empirique, interprétation qui comprend d'un point de vue critique sa problématisation, l'identification de ses enjeux.

2.8.2.3 Interprétation du matériel. Finalement, la troisième et dernière étape de la procédure d'analyse que nous propose Huberman et Miles (2003) consiste en l'interprétation du

matériel. Cette interprétation représente la création d'un dialogue entre les résultats de l'organisation du matériel (thèmes, codes, rubriques, etc.), et la théorie qui guide l'étude en question. En d'autres termes, il s'agit de générer une compréhension du matériel sous forme de texte interprétatif. Cette compréhension est nourrie par la théorie mobilisée.

Dans le cadre de cette interprétation, nous analyserons comparativement et de façon systématique les divers thèmes dans l'optique des théories que nous mobilisons. Cette procédure peut être caractérisée en tant qu'analyse horizontale, ou transversale. Dans notre cas, elle a comme but d'identifier les convergences et les divergences dans la conception de la fonction par la doctrine juridique et d'en problématiser les enjeux sur le plan du problème de la non-évolution du système de droit criminel moderne, problème traité dans notre chapitre théorique.

Dans cette optique, au cœur de l'interprétation se retrouve l'écriture en tant qu'opération centrale. Par l'entremise de l'écriture, nous serons en mesure de faire part, de communiquer notre analyse, de communiquer ce que nous avons pu observer dans nos données et de problématiser ces observations en lien avec notre problématique de recherche. Ce texte sera le résultat de cette analyse et d'ailleurs le troisième chapitre de cette thèse, le chapitre analytique. Dans le cadre de ce chapitre, nous analyserons tant les divergences que les convergences des auto-descriptions fonctionnelles retrouvées au sein des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien.

Chapitre III : Analyse

3.1 Introduction

Dans ce chapitre, nous produirons une analyse de nos données empiriques qui, nous le rappelons, porte sur des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien. Cette analyse sera effectuée en lien avec notre problématique de recherche—c'est-à-dire celle des auto-descriptions fonctionnelles du système de droit criminel—et dans l'optique de répondre à notre question de recherche : de quelle façon la doctrine juridique canadienne définit la fonction du système de droit criminel moderne et avec quelles implications pour l'évolution de ce système.

Ce dont il va s'agir dans ce chapitre est de saisir les auto-descriptions du système, et non de remettre en question d'un point de vue réaliste la question de savoir si ces auto-descriptions correspondent à la réalité ou pas, si elles reflètent ou non l'état des savoirs notamment scientifiques à propos de telle ou telle « prétentions à la validité » (Habermas, 1987, p.91). Ainsi, notre lecteur ne doit pas s'attendre à ce que nous critiquions nous-même dans ce chapitre les auto-descriptions dans leurs fondements, en mobilisant par exemple les savoirs critiques de la criminologie. Notre approche est certes critique, mais par rapport *aux enjeux* plutôt que par rapport aux fondements ; il s'agit de problématiser les enjeux associés au fait d'entretenir et de maintenir telle ou telle représentation de la réalité. Par rapport aux individus, le théorème de Thomas (1928) stipulait que : « Quand les hommes définissent les situations comme réelles, [réelles ou non, ces définitions] sont réelles *dans leurs conséquences* ». La même chose vaut ici pour les systèmes sociaux : quand les systèmes sociaux s'auto-décrivent de telle manière plutôt que telle autre, ces auto-descriptions sont réelles dans leurs conséquences. C'est donc d'une visibilisation des conséquences dont il va s'agir dans notre analyse de ces auto-descriptions plutôt que d'une remise en question de la validité des

auto-descriptions en tant que telles. Et c'est aussi pour cette raison que notre recherche, tel qu'annoncé au chapitre précédent, peut être considérée plus constructiviste que réaliste.

Ce chapitre sera organisé en fonction de certaines catégories d'analyses : fonction(s) du système de droit criminel ; objectif(s) de la peine ; sanction ; sémantique(s) de protection ; programme(s) du système de droit criminel ; théorie de la dissuasion ; théorie de la dénonciation ; théorie de la rétribution ; théorie de la réhabilitation ; théorie de la neutralisation et autres. Dans le cadre de l'analyse de ces données, nous avons pour objectifs, pour chacune de ces catégories d'analyse, de mettre en évidence : les points de convergence ou tendances fortes et les points de divergence ou anomalies et de discuter en outre de ce qui n'est pas dans l'empirie, mais demeure possible comme possibilités virtuelles (Dubé, 2022).

3.2 Catégories d'analyse

3.2.1 Convergences

3.2.1.1 Fonction. La question de la fonction du système de droit criminel nous amène à observer la façon dont la doctrine juridique conçoit l'objectif premier de ce système dans son ensemble, en d'autres mots, ce qu'il identifie être sa raison d'être ou raison d'exister et de faire partie de notre monde social. Dans le cadre de notre analyse et dans la perspective de notre théorie, c'est par cette voie que nous prétendons avoir accès à l'auto-description fonctionnelle du système de droit criminel.

Dans notre matériel empirique, sur la question de la fonction du système de droit criminel, nous avons pu faire ressortir deux idées centrales. La première définit la fonction du système de droit criminel comme étant celle de *réprimer*, plus particulièrement *les comportements répréhensibles*. Nous avons décidé de faire usage de ce terme afin de caractériser cette première idée, parce qu'il représente celui le plus fréquemment mobilisé au sein du matériel à l'étude en

lien avec la *coercition*, la *réglementation*, ou encore la *punition*. Examinons la façon par laquelle la doctrine juridique conçoit cette fonction.

Pour la doctrine juridique, à la base, « le droit pénal concerne des actions qui présentent un caractère très répréhensible et qui violent les normes communes de décence et d'humanité » (*doctrine*⁵—Fortin et al., 1978, p. 1). Dans la même perspective, le crime sera généralement conçu comme « a wrong against the entire community. [...] The prevention of it and the sanction of it cannot be left to the persons wronged, but is the responsibility of the community as a whole » (*doctrine*—MacIntosh, 1995, p. 21). De façon très similaire, Dumont confirme que « le droit pénal définit les comportements considérés comme répréhensibles et nuisibles à la société et il identifie les sanctions auxquelles sont exposés ceux qui les commettent » (*doctrine*—1993, p. 1).

Dans cette perspective, le droit criminel « constitue une réaction » (*doctrine*—Fortin et al., 1978, p. 29) au crime, en d'autres mots, « une réponse nécessaire à des comportements répréhensibles » (*Ibid.*, p. 32). Effectivement, « [i]l exprime la réaction de la société à un comportement répréhensible, à une atteinte aux valeurs fondamentales : l'infraction ; celle-ci est toujours assortie d'une peine » (*doctrine*—Kamel-Toueg, 1994, p. 1). En ce sens, Paciocco prétend que « [convicting] and punishing the guilty is our way of expressing solidarity with those who have fallen prey to the pervasive violence » (*doctrine*—1999, p. 37) puisque « [members] of society, both victims and potential victims alike, expect something to be done » (*Ibid.*, p. 37). Pour la doctrine juridique, c'est dans cette mesure que le droit criminel représente une façon de « maintain social control, and hence order, in our society » (*doctrine*—Perrier et Pink, 1999, p. 1).

⁵ Dans le chapitre analytique de cette thèse, les citations issues de notre matériel empirique—la doctrine juridique—seront systématiquement précédées de la mention *doctrine* entre parenthèses. Cette indication a pour objectif de différencier explicitement les sources doctrinales des autres types de références.

Sous cette optique, pour Côté-Harper et al., lorsqu'il s'agit du système de droit criminel, il s'agit alors d'un droit « à vocation répressive ou coercitive » (*doctrine*—1998, p. 19). Cette « répression pénale » représente « le fonctionnement général et régulier du système », nous dit Dumont (*doctrine*—1993, p. 110). Pour Kamel-Toueg, ce caractère *répressif* est synonyme d'un caractère *punitif* :

Ce caractère répressif (punitif) de la justice pénale demeure entier même si la sentence peut s'accompagner d'une ordonnance d'indemnisation ou de restitution, et malgré la tendance actuelle à atténuer les objectifs de coercition et d'intimidation du délinquant en faveur de mesures visant plutôt sa réforme et sa réhabilitation. (*doctrine*—1994, p. 2–3)

D'ailleurs, c'est à ce niveau que le droit criminel cherche à se distinguer du droit civil, c'est-à-dire au niveau de la « sanction recherchée par le poursuivant, [...] la nature de la condamnation demandée. L'action pénale vise l'imposition d'une peine, d'un châtiment contre l'accusé, alors que l'action civile vise l'obtention d'une réparation » (*doctrine*—Kamel-Toueg, 1994, p. 2). Pour ce système, cette distinction lui permet d'affirmer son identité et d'assurer sa « raison d'être ». En d'autres mots, son auto-description prend forme par l'entremise de la distinction de tout ce qui se situe dans son environnement.

Résumons cette idée à l'aide d'un extrait tiré du texte de Léger-Riopel : « On pourrait dire du droit pénal qu'il s'agit de la partie du droit public dont le but est de réglementer et de réprimer, par l'imposition de sanctions pénales, tout comportement des membres de la société contraire à l'ordre public » (*doctrine*—2020, p. 3).

La question qui se posera ultimement, d'un point de vue sociologique, est de savoir si punir est l'objectif ou le moyen, la fonction à partir de laquelle le système définit sa raison d'être ou si punir n'est pas plutôt un programme parmi tant d'autres possibles et destinés à réaliser un tout

autre objectif, ce qui nous permettra de passer à la seconde idée, celle où la fonction n'est pas conçue dans les termes de la punition, mais plutôt dans les termes de la protection de la société. Mais avant d'y arriver, il importe ici d'attirer l'attention de notre lecteur sur l'enjeu fondamental du point de vue des possibilités d'évolution du système de droit criminel moderne : Si la fonction est de punir, tous les programmes que le droit pourrait mettre en œuvre devront s'aligner avec cette fonction et être punitifs, mais si punir n'est qu'un programme aligné à une tout autre fonction, par exemple, protéger la société, punir n'est alors qu'un simple moyen parmi d'autres ; on peut l'abandonner comme programme et en instituer d'autres, incluant d'autres non punitifs, plus « citoyens » et plus respectueux des droits fondamentaux et des exigences de reconstitution du lien social. Nous pourrions y revenir. Passons à la seconde idée.

La seconde idée centrale quant à la façon dont la doctrine juridique définit la fonction du système de droit criminel se différencie de la première au niveau de la terminologie. Au sein de cette deuxième idée, il est question de la *protection de la société* en tant que fonction du système de droit criminel. Cependant, pour la doctrine juridique, cette sémantique est d'ailleurs partagée avec *l'objectif général de la peine* tel que cité au début de l'article 718 du Code criminel : « Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société » (Code criminel, 2024, art. 718). Analysons maintenant la façon dont la doctrine juridique conçoit cette fonction et la raison pour laquelle elle est également associée à l'objectif général de la peine. Pour Széles :

L'objet du droit pénal est clairement de protéger la société, la paix, l'ordre, la santé publique et tout autre objectif légitime public en définissant les comportements non acceptés par la société—donc, ceux qui sont interdits—et en déclarant les peines reliées à ces comportements indésirables. (*doctrine*—2013, p. 20)

Ainsi, la protection de la société représente non seulement « la raison d'être du processus de justice criminelle » (*doctrine*—Fortin et al., 1978, p. 20), mais également « pour la société un moyen de légitime défense contre le criminel » (*Ibid.*, p. 10), c'est-à-dire une forme d'« auto-protection » (*Ibid.*). Dans un sens général, la doctrine juridique indique qu'« éviter la répétition des comportements interdits » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 20), ou encore « prévenir la commission d'autres infractions » (*Ibid.*, p. 20), permet de protéger la société. Dans cette perspective, « [le] recours à la loi pour réprimer ces actes et en punir les auteurs constitue une façon d'assurer cette protection » (*doctrine*—Fortin et al., 1978, p. 10). En fait, « la protection de la société est non seulement le but fondamental, mais aussi le seul but justifiable des mesures appliquées en matière criminelle dans un Canada moderne » (*Ibid.*, p. 14). C'est dans cette optique que ces auteurs nous avisent que « le droit pénal n'est pas une voie à sens unique. Il protège le citoyen, mais, du même coup, il impose des limites à sa liberté en prohibant des comportements et en punissant les transgresseurs » (*Ibid.*, p. 1).

À l'aide de ces extraits, nous pouvons observer le lien étroit que la doctrine juridique établit entre la *protection de la société* et la *peine*. Ce lien est d'autant plus frappant en considérant que pour Ferris, « 'the protection of society' » est « the principal purpose of criminal law, and, thus, of sentencing » (*doctrine*—2005, p. 31). Dans cet extrait, Ferris nous donne l'impression que l'objectif premier du droit criminel et l'objectif premier de la peine sont synonymes. Examinons pourquoi cela serait peut-être le cas pour cet auteur.

Ces extraits nous permettent d'identifier la façon par laquelle la doctrine juridique conçoit ces deux différentes formulations de la fonction du système de droit criminel et par le fait même, comment ce système s'auto-décrit au niveau identitaire. Nous observons, dans un cas comme dans l'autre, que la peine se dissimule derrière des sémantiques : *réprimer les comportements*

répréhensibles, ou encore *protéger la société*. En effet, ce n'est qu'au moment d'analyser la façon dont la doctrine juridique conçoit ces sémantiques que nous retrouvons la *peine* au sein de ces définitions de la fonction du système de droit criminel. Ces deux définitions de la fonction de ce système ne se distinguent que par leur terminologie. Ultimement, celles-ci peuvent être résumées par leur point de convergence : « the punishing function of the criminal justice system » (*doctrine*—Roberts et Cole, 1999, p. 11).

Pour le système de droit criminel, la peine ne représente alors pas simplement le moyen de mettre en œuvre la fonction qu'il s'attribue, ou en d'autres termes son programme—par exemple, *punir* comme moyen de réaliser la fonction de *réprimer les comportements répréhensibles* ou encore comme moyen de *protéger la société*—mais bien la fonction elle-même, la raison d'être du système.

Or, d'un point de vue sociologique, un système social qui s'attribue la fonction de *réprimer les comportements répréhensibles* ou de *protéger la société* pourrait virtuellement mobiliser une panoplie de programmes destinés à la réalisation de celle-ci, tout en assurant une cohérence dans ses structures internes—*exiler* comme moyen de réaliser la fonction de *réprimer les comportements répréhensibles* pouvant servir d'exemple. Cependant, au sein de ces définitions, nous faisons face à ce que Dubé qualifierait d'un « excès d'identification à son programme » (Dubé, sous presse, p. 6), dans ce cas-ci, le programme répressif qui consiste à *punir*. Élaborons ce propos à l'aide de la théorie des systèmes sociaux dysfonctionnels développée par Dubé (sous presse).

À la lumière de cette théorie, nous observons dans le cas du système de droit criminel, une perte de vue de sa fonction et une prise en otage de celle-ci par ses programmes (Dubé, sous presse). En d'autres termes, ce système adopte « des auto-descriptions *dysfonctionnelles*, c'est-à-

dire des auto-descriptions qui dans un excès de simplification en viennent à confondre leurs programmes avec leur fonction » (*Ibid.*, p. 9). Dans cette perspective, nous retrouvons un « aboutness » (*Ibid.*, p. 6) du système de droit criminel qui se limite à la *peine*, en d'autres termes, un système qui s'auto-décrit au niveau fonctionnel par son programme. En voici quelques exemples : « Le droit criminel, traditionnellement et peut-être intrinsèquement, comporte l'imposition d'une sanction » (*doctrine*—Fortin et al., 1978, p. 16). Pour ces auteurs, cet aspect semble « inhérent au processus de la justice criminelle » (*Ibid.*, p. 20). De son côté, Dadour affirme que « [l]'imposition de la sanction est le but ultime poursuivi par le droit pénal » (*doctrine*—2007, p. 1). Dans des termes presque identiques, Kamel-Toueg précise que « [l]'action pénale vise l'imposition d'une peine, d'un châtement contre l'accusé » (*doctrine*—1994, p. 2). Ainsi, tel que le manifeste très clairement Paciocco, au sein du système de droit criminel « [we] punish. We do not cure, nor do we reduce crime » (*doctrine*—1999, p. 40), « our criminal courts are punitive rather than healing institutions » (*Ibid.*, p. 46). Certes, mais est-ce là une description de ce qui se fait dans le cadre d'un programme ou est-ce ce que la fonction du système incite à faire, punir et rien d'autre ? Toute la question est là, et là se trouve également l'enjeu pour les possibilités d'évolution du droit criminel moderne.

Quoi qu'il en soit, dans notre empirie, la doctrine reconnaît elle-même que dans ces termes le « criminal law is a blunt and costly instrument—blunt because it cannot have the human sensitivity of institutions like the family, the school, the church or the community, and costly since it imposes suffering, loss of liberty and great expense » (*doctrine*—Stuart, 2020, p. 58–59). Perrier et Pink iront même jusqu'à dire de ce système qu'il est « society's most destructive and intrusive form of intervention » (*doctrine*—1999, p. 13) et devrait être « an instrument of last resort » (*doctrine*—Stuart, 2020, p. 59).

En somme, à l'aide de la théorie des systèmes de Luhmann (2010) et de la théorie des systèmes sociaux dysfonctionnels de Dubé (sous presse), nous sommes en mesure d'analyser que dans le cadre des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien, le système de droit criminel s'auto-décrit d'un point de vue identitaire par la peine ou encore par la protection de la société, mais en continuant de valoriser la peine comme le moyen à privilégier pour l'assurer. Examinons maintenant, au sein de nos données, et toujours dans le cadre d'une problématique de « non-évolution » du droit criminel moderne (Pires, 2002), les implications d'une telle auto-description fonctionnelle sur la détermination des programmes systémiques.

3.2.1.2 Programmes. Sur la question des programmes, nous étions dans notre empirie à la recherche des énoncés qui évoquaient la « réalité proprement systémique » (Dubé, 2017, p. 395) du système de droit criminel, c'est-à-dire « la réalisation ou à la mise en œuvre » (Dubé, sous presse, p. 4) de la fonction que ce système s'attribue. Parker, dans son texte, parvient à bien définir les programmes généraux du système de droit criminel :

Criminal law operates at three different stages. At the law-making stage it denounces and prohibits certain actions. At the trial stage it condemns in solemn ritual those who commit them. And at the punishment stage it penalizes the offenders. This, not mere deterrence and rehabilitation, is what we get from criminal law—an indirect protection through bolstering our basic values. (*doctrine*—1983, p. 2)

La question ici est de savoir pourquoi ces trois niveaux sont nécessaires au renforcement des valeurs fondamentales dès lors que déjà au premier stage de la création de loi, le législateur a dénoncé le comportement et renforcé les valeurs fondamentales de la société et qu'ensuite le judiciaire fera de même en entamant des poursuites et de nouveau en déclarant l'individu coupable (Dubé et Labonté, 2016). Si telle est la fonction, « bolstering our basic values », cette fonction n'a-

t-elle pas déjà été remplie par différents programmes, avant même que celui de la mise en œuvre d'une peine n'intervienne ? C'est du moins la critique que Dubé et Labonté (2016) avaient adressée à la théorie de la dénonciation de Durkheim, du moins à celle qui précède sa refonte dans *L'éducation morale* où là, Durkheim lui-même, admettait que si la dénonciation demeurait fondamentale, elle n'avait pas à être réalisée par la peine ; la peine « peut même faire totalement défaut » (Durkheim, 1902–1903, dans Dubé et Labonté, 2016, p. 693).

Qui plus est, dans la perspective de la théorie de la rationalité pénale moderne, les trois étapes que nous propose Parker (*doctrine*—1983) au sein de cet extrait sont représentatives respectivement des normes de comportement—« law-making stage »—des normes de procédure—« trial stage »—et des normes de sanction—« punishment stage ». Pour des raisons que nous avons élucidées dans notre chapitre théorique et en lien avec la perspective de l'évolution identitaire du système de droit criminel, ce sont les normes de sanction qui s'avèrent pertinentes pour nous dans le cadre de cette étude, soit celles qui établissent la façon dont une autorité doit punir lorsque le système de droit criminel observe la transgression d'une norme de comportement. Dans ce cadre, et tel que le définit Parker (*doctrine*—1983), le système de droit criminel, sous l'influence de l'auto-description fonctionnelle identifiée plus tôt, mobilise comme programme de *punir les transgresseurs*, ce que cet auteur caractérise de « penalizes the offenders » (*Ibid.*, p. 2). Examinons comment se définit ce programme punitif dans le matériel à l'étude.

3.2.1.3 Peine. La peine, au sein de notre matériel empirique, est caractérisée et définie de diverses façons. Tant en anglais qu'en français, le terme *peine* (en anglais « *punishment* ») est parfois présenté en tant que synonyme de *sanction*, parfois en tant que résultat de la sanction—« [la] peine est [...] la sanction infligée au condamné en conséquence de l'infraction qu'il a commise » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 15)—et parfois comme étant à l'origine de la

sanction. En anglais, il peut également être interprété en tant que synonyme du terme « *sentence* ». En français, il est fréquemment mobilisé en tant que synonyme de *châtiment*. Si le matériel à l'étude n'indique aucun consensus quant au terme à utiliser pour définir la *peine* en droit criminel canadien, il converge pourtant au niveau de sa description.

Dans sa forme la plus générale, la peine en droit criminel canadien peut être définie comme représentant « the infliction of some penalty upon a person as a consequence of his or her having been found to have committed a prohibited act (or omission) » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.145). De leur côté, Manson et al. la définissent dans les termes de « visiting a deprivation (hard treatment) on [a person], because he supposedly has committed a wrong, in a manner that expresses disapprobation of the person for his conduct » (*doctrine*—2016, p. 29). Le terme « deprivation » est également utilisé par Ferris qui précise qu'elle est « enforced » (*doctrine*—2005, p. 30). C'est dans cette perspective que pour Manson et al., elle possède un « coercive character » puisqu'elle est « imposed on people against their express will » (*doctrine*—2016, p. 2) et représente ainsi une « action répressive de l'État » (*doctrine*—Dumont, 1993, p. 2).

Ces définitions, bien qu'elles divergent dans leurs façons de caractériser la peine—*pénalité, souffrance, privation*—nous permettent d'identifier l'essence de ce programme punitif au sein du système de droit criminel. Dans la perspective de notre approche, il s'agit d'une *réaction punitive* de ce système à la transgression d'une norme de comportement. Cette *réaction* est définie par le système de droit criminel dans des termes qui découlent de la rationalité pénale moderne. De façon explicite, nous constatons que l'*affliction* est un caractère essentiel à la peine lorsqu'elle est définie en tant que « intentional infliction of pain or burden, [which] involves some form of suffering and is inherently coercive and intrusive » (*doctrine*—Manson, 2001, p. 4). En effet, tel que le précisent Manson et al. (*doctrine*—2016) :

[I]t is only in the case of punishment that the unpleasantness is essential to what is to be done. As Wasserstrom puts it ‘the point of the imposition of a deprivation when it is unmistakably a punishment is that it is being imposed because it is a deprivation, because the person upon whom it is being imposed should thereby be made to suffer and in that respect be worse off than before’. (p. 10)

Examinons concrètement la forme que prend la peine au sein du système de droit criminel lorsqu’elle est définie comme nécessitant l’affliction du contrevenant en tant que réaction à l’infraction d’une norme de comportement.

D’un côté, nous retrouvons au sein du matériel à l’étude un ensemble de peines privatives de libertés. On parle d’une « deprivation of liberty » (*doctrine*—Manson et al., 2016, p. 32), d’un « long-term imprisonment » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 28), ou encore d’un « preventive confinement » (*doctrine*—Nadin-Davis et Sproule, 2023, p. 1). Cependant, tel que le précise la doctrine juridique, les peines prévues peuvent aussi consister en une « deprivation of property » (*doctrine*—Manson et al., 2016, p. 32) ou en la « saisie » (*forfeiture*) (*doctrine*—Roach, 2022, p. 570). En outre, Côté-Harper et al. nous rappellent que des « ordonnances de dédommagement et de restitution peuvent [...] être imposées... (*doctrine*—1998, p. 20). En effet, « in rare instances an offender may be ordered to pay ‘punitive damages’ to an aggrieved person » (*doctrine*—Manning et al., 2016, par. 1.158). Notons également la mention d’autres mesures alternatives : « absolute discharge [...] ; suspended sentence » (*doctrine*—Roberts et Cole, 1999, p. 41) ; « conditional sentence » (*Ibid.*, p. 40) ; « sursis » (*doctrine*—Dumont, 1993, p. 1) ; ou encore « supervised activities in the community » telles que « community service and/or education for the offender » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 565).

Comme l'explique Roach, ces peines représentent des « less restrictive sanctions » (*doctrine*—2022, p. 538) en matière de droit criminel. Cet auteur fait l'usage du terme « less » puisqu'elles n'échappent pas entièrement à l'aspect contraignant de la peine. Par exemple, la peine de probation et l'absolution conditionnelle comprennent toutes deux un ensemble de conditions devant être respectées par l'accusé—« ne consomme pas de drogues ou d'alcool », « ne pas se rendre dans des lieux ou immeubles particuliers » (Gouvernement du Canada, 2021), etc. Le bris d'une de ces règles peut engendrer l'incarcération du contrevenant. Dans cette perspective, expliquent Roberts et Cole, l'absolution conditionnelle « is a change in the conditions or venue of the service of the sentence and not in the sentence itself » (*doctrine*—1999, p. 42). Il faut tenir compte du fait que la peine, même purgée en milieu ouvert, n'est pas nécessairement moins afflictive que la peine purgée en milieu fermé. Tel que nous l'avons identifié plus tôt, pour la doctrine juridique, sous l'influence de la rationalité pénale moderne, la peine requiert un caractère *souffrant* et *désagréable* en réaction à une infraction, et ce, même si elle est purgée en milieu ouvert.

À ce titre, Manson explique que « [treatment] of the offender is distinct from punishment, as is compensation for a victim » (*doctrine*—2001, p. 4). En d'autres termes, ni le traitement ni la compensation ne peuvent en soi être constitutifs d'une peine ordonnée. Il ajoute : « While a transition from punishment to reconciliation may seem attractive, the punitive sanction remains the principal tool of sentencing » (*Ibid.*, p. 4). Voilà ce qui est effectivement actualisé comme possibilité, et en même temps exclut comme autre possibilité virtuellement possible, celle où « the principal tool » pourrait tout aussi bien être conçu à partir de « *non punitive sanctions* ». La question qui se pose, et qui fait émerger la portée critique de cette confrontation entre l'actualisé

et le virtualisé, est de savoir sur quelle base repose ce « choix », celui qui consiste à associer le « principal tool » à la seule possibilité de la punition ?

C'est dans la contingence de ce « choix » ou de cette structure que les sanctions non-carcérales et non afflictives demeurent situées en périphérie dans les auto-descriptions identitaires du système, pas parce qu'il ne pourrait pas en être autrement, mais parce que la tradition, en toute contingence, en a « décidé » ainsi. Par exemple, quand Roach affirme que « [absolute] or conditional discharges [...] should not routinely be applied to any particular offence » (*doctrine—2022*, p. 566), on peut se demander pourquoi, si les circonstances particulières le justifiaient? L'explication qu'en donne Paciocco en ce qui concerne les infractions violentes est faible, philosophiquement non fondée ou alors fondée sur une conception philosophique de l'être humain qui est hautement plus négative que d'autres avec lesquelles on pourrait la contraster—celle de Lévinas notamment :

We are simply not ready as a society [...], and I doubt we will ever be, for a system that hugs its criminals, particularly its violent offenders, and asks them to be nicer and to fix what is most often unfixable. While the moral high ground in the debate certainly belongs to those who would forgive and build bridges, any effort to build a criminal justice system around 'reconciliation' for serious crime is a rose-coloured fantasy that expects more than mere humans can give. While the urge to be constructive and reconciliatory has an important place in sentencing, it will never form the blueprint for a criminal justice system. (*doctrine—1999*, p. 38–39)

L'alternative est noble, mais utopique, car l'être humain, en moyenne, n'est pas noble et parce qu'il n'est pas noble et qu'il est comme il est, le système ne pourra jamais être autre chose que ce qu'il est, punitif ; voilà essentiellement le fondement de l'argument. À l'appliquer ailleurs, Rosa

Parks serait restée debout dans son autobus en Alabama, Martin Luther King n'aurait jamais osé prendre la parole pour les droits civiques, l'apartheid en Afrique du Sud serait encore en vigueur, le mur de Berlin ne serait jamais tombé, les femmes à bien des endroits n'auraient toujours pas le droit de vote, etc. Certes, les alternatives paraissent *a priori* utopiques, parce qu'on les juge à partir de la tradition, mais historiquement elles ont toujours été le moteur du changement, et lorsque le changement se produit, on ne dit plus d'elles qu'elles étaient utopiques ou a « rose-coloured fantasy », on dit qu'elles étaient avant-gardistes et qu'elles se sont réalisées parce qu'elles étaient nobles, justes et bonnes. Les réformateurs de justice du XVIII^e, Beccaria, Kant, et tous ceux et celles qui ont souhaité l'abolition de l'Ancien Régime au profit d'un droit criminel proprement moderne et que l'on voulait plus humain dans ses sanctions que les supplices, n'ont-ils pas dû eux-mêmes s'inspirer du virtuellement possible avant que ce possible ne s'actualise effectivement? Mais en attendant, si on met de côté cette « rose coloured fantasy » et qu'on revient à ce qui est, on constate factuellement que les peines non-carcérales peuvent certes faire partie des programmes punitifs du système de droit criminel, mais demeurent sans pertinence dans les autodescriptions identitaires du système ; plus centrales, plus déterminantes sur le plan identitaire sont les peines afflictives et privatives de liberté. Seules ces peines sont considérées être les moyens permettant de réaliser les objectifs poursuivis, lesquels, précise Koturbash, « reflect the purposes of the criminal justice system generally and of sentencing specifically » (*doctrine—2023*, p. 124). Considérons ces objectifs à la lumière de notre empirie.

3.2.1.4 Objectif(s) de la peine. Les objectifs de la peine, au sein du matériel à l'étude, peuvent être regroupés en deux catégories : les objectifs généraux et les objectifs spécifiques. Associés à ceux-ci se retrouvent également une série de principes qui, bien qu'ils ne soient pas toujours représentés en tant qu'objectifs dans la perspective de la doctrine juridique, adoptent tout de

même ce rôle dans le cadre de notre perspective. Ajoutons que le terme *objectif* (« *objective* » en anglais) est d'ailleurs parfois synonyme de « *purpose* » ou *justification*.

Dans sa forme la plus courante, l'objectif *général* de la peine—aussi connue sous le nom de « *fundamental purpose for sentencing* » (*doctrine*—Roberts et Cole, 1999)—est défini par la doctrine juridique à partir de l'article 718 du Code criminel :

Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes. (Code criminel, 2024, art. 718).

Cet article « définit [...] les objectifs qui surplombent la détermination de la peine » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 18). Pour Roberts et Cole, s'y trouve là, codifiée, « *the raison d'être of the whole process* » (*doctrine*—1999, p. 51), la raison d'être du prononcé des peines.

Pour certains, « la 'protection de la société' et la contribution au 'respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre' recouvrent la même réalité pénologique. En effet, dans les deux cas, la sanction se modèle de manière à prévenir la commission d'autres infractions » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 20). Dans cette perspective, la protection de la société aurait un lien intime avec cet aspect préventif, comme l'indique Nadin-Davis : « '[P]rotection of the public' is not a phrase picked out of the air, but that it is in our constitutional circumstances, an immediate corollary of the obvious primary purpose of criminal sanctions, i.e., the prevention of crime » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 29).

Cependant, cette définition ne satisfera pas la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) qui précise que la préservation d'« une société juste, pacifique et sûre » représente le « but général du droit pénal », tandis que le « but essentiel de la sentence consiste à

préservé l'autorité de la loi et à en promouvoir le respect par l'imposition de sanctions justes » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 23). Dans le Code criminel, ces deux éléments relèvent tous deux de l'objectif de la peine. D'ailleurs, elle ne sera pas suffisante pour le *Comité Daubney* (1988) qui ajoutera que l'objectif de la peine est « the maintenance of a just, peaceful and safe society by holding offenders accountable for their criminal conduct » (*doctrine*—Roberts et Cole, 1999, p. 51). Comme nous pouvons le constater, leur définition renvoie à la *responsabilisation du justiciable*.

Dans le cadre de notre perspective et par rapport à la question qui nous préoccupe au sein de cette étude, nous pourrions caractériser ces différences de divergences convergentes puisque dans tous les cas, la peine demeure définie par l'affliction et/ou l'exclusion sociale.

À ces objectifs généraux de la peine, la doctrine juridique ajoutera des objectifs spécifiques. Ce sont ces objectifs qui permettent la mise en œuvre de l'objectif général de la peine. Les objectifs d'ordre spécifique sont typiquement divisés en deux catégories.

D'un côté, nous retrouvons les objectifs utilitaristes qui découlent de l'objectif général du « maintien d'une société juste, paisible et sûre » où l'on retrouve des « concerns about the future » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 548). Dans cette perspective, la peine a comme objectif « to reduce crime rates by preventing crimes that might otherwise have been committed » (*doctrine*—Roberts et Cole, 1999, p. 5) ou encore, dans les termes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, « control the incidence of crime » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 29). Dans la perspective de la doctrine juridique, ces objectifs utilitaristes « seek to provide a benefit to society which outweighs its disadvantage » (*doctrine*—Stuart, 2020, p. 63), et c'est alors en ce sens que « the infliction of pain by the state is justified only insofar as it promotes favourable consequences » (*doctrine*—Manson et al., 2016, p. 1).

De l'autre côté, nous retrouvons la catégorie rétributiviste qui vise « le 'juste dû' » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 22), ce que certains dénoncent comme une forme de « vengeance » ou de « punishment for punishment's sake » (*doctrine*—Roberts et Cole, 1999, p. 5) ou encore de « 'requit' en ce sens que l'on juge que 'the wrongdoer should suffer a harm equal to or similar to what he has inflicted' » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 35). Dans l'esprit de cet objectif, « punishing offenders is necessary, even if there is no discernible effect on the crime rate » (*Ibid.*, p. 5). Cette catégorie inclut le principe fondamental de la peine tel qu'il apparaît à l'article 718.1 du Code criminel : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (Code criminel, 2024, art. 718.1). Pour Roach, ce principe constitue un « legitimate [purpose] in sentencing » (*doctrine*—2022, p. 536) qui possède d'ailleurs, comme il l'explique, « [a] dual nature » (*Ibid.*, p. 546) en citant l'arrêt *R. c. Ipeelee* (2012) de la Cour suprême du Canada :

On the one hand, it 'reflects the gravity of the offence' [...], [on] the other hand, it 'ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender' and, in this sense, serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender. (*Ibid.*, p. 546)

Selon le *Rapport de la Commission canadienne sur la réforme de la détermination de la peine* (1987), la présence de ces deux catégories d'objectifs de la peine « permet l'élaboration d'une théorie plus cohérente de l'application des peines » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 22). Dans cette perspective, « l'application de principes utilitaristes uniquement peut commander des peines individualisées qui dépassent injustement la culpabilité du contrevenant » nécessitant ainsi des objectifs rétributivistes « comme principe de modération » (*Ibid.*, p. 23).

Manning et al. présentent une troisième catégorie d'objectifs spécifiques de la peine, les objectifs reliés à la « restorative justice » (*doctrine*—2015, par. 1.148), qui s'écartent tant de l'utilitarisme que de la rétribution. La perspective de la justice restauratrice est relativement nouvelle dans l'histoire du système de droit criminel canadien. En effet, elle fait sa première apparition en 1996 (*doctrine*—Roach, 2022) et contrairement aux objectifs utilitaristes et rétributivistes elle est encore très peu mentionnée au sein des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien.

Bref, nous retrouvons ici représenté l'ensemble de ces objectifs spécifiques de la peine à l'article 718 du Code criminel :

- a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité ;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société ;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants ;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité ;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes ou à la collectivité. (Code criminel, 2024, art. 718)

Dans le cadre de notre perspective et d'un point de vue sociologique, ces objectifs représentent des programmes mobilisés par le système de droit criminel et « destinés à la réalisation ou à la mise en œuvre » (Dubé, sous presse, p. 4) de la fonction que le système s'attribue—c'est-à-dire *réprimer les comportements répréhensibles* ou encore *protéger la société*. Suivant Luhmann et comme on a pu le voir au chapitre théorique, ces programmes peuvent alors être divisés en deux types : les programmes conditionnels—qui incluent la dénonciation et la rétribution—et les programmes téléologiques—qui incluent la dissuasion, la neutralisation, la réhabilitation et la réparation.

Analysons maintenant ces programmes en débutant avec les programmes conditionnels et qui se distinguent, rappelons-le, par le fait d'être « primarily input oriented » (Luhmann, 2018, p. 213).

3.2.1.4.1 Théorie de la dénonciation. Dans sa forme la plus générale, la dénonciation, au sein de notre matériel empirique, est définie en tant qu'*expression collective de désapprobation qui réaffirme les valeurs sociales fondamentales*. Prenons pour exemple deux extraits tirés du texte de Parent et Desrosiers qui citent ici l'arrêt *R. c. Proulx* (2000) de la Cour suprême du Canada :

Dans l'usage commun du langage, le verbe dénoncer provient du latin *denuntio, denuntiare*, qui signifie « annoncer », « déclarer », « porter à la connaissance de », de sorte que dénoncer un comportement criminel, c'est exprimer son aversion à l'égard de celui-ci, c'est signifier sa répulsion à l'endroit de la conduite reprochée. En droit, « la dénonciation est l'expression de la condamnation par la société du comportement du délinquant ».
(*doctrine*—2020, p. 25)

Plus loin, ces mêmes auteurs expliquent plus concrètement qu'« [é]troitement associée aux valeurs fondamentales qui encadrent la vie en société, la dénonciation est généralement abordée sous l'angle d'une déclaration de principes, d'une affirmation des valeurs qui ont été répudiées par l'action du délinquant » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 26). Dans cette perspective, elle a comme objectif d'exprimer « society's abhorrence and absolute repudiation of certain crimes » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 125). Par le fait de dénoncer les comportements interdits dans une société, elle « prevent the creation of potential offenders by reinforcing the values of the law-abiding » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 37). Dans cette perspective, la peine, prononcée au nom de la dénonciation, « inculcates moral values and binds the community together » (*Ibid.*, p. 37).

Ainsi, dans la perspective de la doctrine juridique, la dénonciation devrait proportionnellement refléter 'the gravity of the offence' ; ce souci de proportionnalité est selon

Roach « related to denunciation » (*doctrine*—2022, p. 546). Dans cette perspective, « the degree of denunciation relates to society's values » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 125) et est le reflet « [of] the revulsion felt by the majority of citizens » (*doctrine*—MacIntosh, 1995, p. 24). Pour Koturbash, c'est dans cette mesure que « [denunciation] relates to societal demands for punishment that fits the crime committed » (*doctrine*—2023, p. 126). Afin d'illustrer cette idée, prenons pour exemple un extrait tiré du texte de Dadour :

[L]'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective ayant valeur de symbole que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. Comme l'a dit le juge Lawton dans R. c. Sargeant [...] : « la société doit, par l'entremise des tribunaux, communiquer sa répulsion à l'égard de certains crimes, et les peines qu'ils infligent sont le seul moyen qu'ont les tribunaux de transmettre ce message. La pertinence du châtement et de la réprobation en tant qu'objectifs de la détermination de la peine fait bien ressortir que notre système de justice pénale n'est pas simplement un vaste régime de sanctions négatives visant à empêcher les conduites objectivement préjudiciables en haussant le coût que doit supporter le contrevenant qui commet une infraction énumérée. Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées. (*doctrine*—2007, p. 6)

Cette conception a complètement perdu de vue les enseignements de Durkheim mentionnés plus haut et qui permettent de distinguer et de dissocier au besoin ce qui doit être signifié du *signe* à partir duquel cette signification peut être signifiée. Ce qui doit être signifié dans la perspective

de dénonciation est le fait que le comportement froisse les valeurs fondamentales de société et ne peut être toléré. Quant à la manière de le faire, quant au signe, quant au medium de communication à privilégier, les possibilités sont multiples et il est faux de dire—on l’a vu plus haut—que la peine est l’unique signe possible. Durkheim l’a bien vu, la peine, comme signe, est même totalement non nécessaire à la dénonciation du crime. Mais il en va évidemment tout autrement dans les auto-descriptions identitaires du système.

Pour le système de droit criminel qui se conçoit comme un système de valeurs, pour reprendre l’expression citée plus haut du juge Lawton, la peine a de la valeur et même beaucoup de valeur, mais uniquement parce qu’on la considère être—à tort—« le seul moyen qu’ont les tribunaux » de transmettre le message de la dénonciation. Et c’est aussi uniquement parce qu’on se représente les choses de la sorte qu’on peut dire, comme Paciocco, que « [when] we punish, we reaffirm those values that the bulk of society holds sacred, and it is the dissemination of those values which truly serves as the wall against crime » (*doctrine*—1999, p. 38).

Non seulement Paciocco ici, en parlant de la dénonciation comme d’un « wall against crime », semble confondre la dénonciation avec la réhabilitation—qui implique en effet que l’individu ait développé les valeurs qui l’empêchent d’avoir même envie de commettre le crime—mais il semble faire abstraction des taux de récidive associés aux peines afflictives et privatives de libertés, les signes par excellence de la dénonciation. Si on en tenait compte, force serait de reconnaître que le mur est bien bas, à peine un muret et encore...

Et quand par ailleurs on tient compte de tous les savoirs accumulés sur l’institutionnalisation de l’individu dans le contexte de leur détention au sein d’institutions totales, au sens de Goffman (1963), et qu’on tient compte en outre, dans le cas spécifique de l’institution carcérale, qu’elle est dès sa naissance associée à une véritable école du crime (Foucault, 1975), on

ne parlera ni de mur ni de muret, on parlera plus franchement d'un « tremplin », d'une expérience qui propulse vers le crime, qui en augmente les risques plutôt que de les réduire.

De croire encore au XXI^e siècle que la peine puisse être ce « wall against crime », c'est d'être soi-même plus proche d'une « rose coloured fantasy » que de la réalité empirique des faits établis par la science. De croire en outre, dans le contexte d'une société anémique, pour revenir à Durkheim—contexte où les institutions traditionnelles responsables de la transmission de nos valeurs fondamentales ont été radicalement transformées pour devenir presque méconnaissables dans leur perte de pouvoir normalisateur (la Famille, l'École, la Religion)—que l'institution pénale, par l'entremise de sa peine afflictive ou privative de liberté, saura sauver la mise et venir *in extremis* normaliser les conduites et inculquer les bonnes valeurs, c'est de se montrer trop superstitieux pour quelconque considération scientifique.

On pourrait bien sûr contre-argumenter avec l'idée que la situation serait encore bien pire si ce n'était de la contribution pénale justement. Mais on ne ferait alors que spéculer et de manière encore plus spéculative que ne le ferait l'idée selon laquelle, au contraire, la situation serait en fait bien meilleure si les alternatives étaient considérées sérieusement et si d'autres signes que la peine étaient explorés ; au moins en faveur des alternatives, les données empiriques semblent indiquer que les taux de récidive sont moins élevés que pour le carcéral ; pour l'autre argument, aucune donnée empirique ne vient l'appuyer. On n'en sait rien. On est laissé à notre opinion personnelle. Mais qu'à cela ne tienne, la science c'est la science et le droit, c'est le droit ; ce qui joue sur l'élaboration des programmes et la poursuite de la fonction n'est pas le point de vue de la science, mais bien celui de l'auto-description identitaire du droit, tenu par le droit, pour le droit, tout en étant traversé de part en part—on le voit bien—d'opinions toutes faites que portent les juristes eux-mêmes professionnellement socialisés dans le contexte même de ces auto-descriptions. Ni le

droit ni le juriste n'ont envers la réalité le même engagement que la science et le sociologue, de sorte que comme le rappelle Nadin-Davis, en droit, ce qui vaut n'est pas la science, mais le droit, et du point de vue du droit on considère que « [a] mention by the Court of denunciation leads, inevitably, to the imposition of a tariff sentence in disregard of the needs of the particular offender » (*doctrine*—1982, p. 37).

Si ces auteurs nous confirment que la peine est obligatoire afin d'atteindre l'objectif de la dénonciation—*exprimer une désapprobation collective vis-à-vis un acte tout en réaffirmant les valeurs sociales fondamentales*—Parent et Desrosiers, de leur côté, citant l'arrêt *R. c. Proulx* (2000) de la Cour suprême du Canada, précisent le type de peine à privilégier :

L'incarcération ayant un 'effet dénonciateur plus grand que l'emprisonnement avec sursis', la détention sera généralement préconisée lorsque 'la nécessité de dénoncer le comportement illégal est si pressante que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant.' (*doctrine*—2020, p. 27–28)

Dans cette même optique, et comme le rappelle Koturbash, on doit en outre en déduire que « [since] probation is primarily a rehabilitative tool, denunciation will rarely be achieved by the imposition of probation alone » (*doctrine*—2023, p. 126–127). La lecture de ces extraits permet d'exprimer la deuxième idée qui a émergé de notre matériel empirique sur la question de la dénonciation, c'est-à-dire le fait qu'elle représente, pour la doctrine juridique, une *expression collective de désapprobation* et ce, grâce à l'imposition d'une peine carcérale. C'est ainsi que se définit le programme de la dénonciation sous l'influence de l'auto-description identitaire punitive du système de droit criminel.

Mais comme le rappelle la doctrine juridique, ce programme d'exclusion sociale mis en œuvre au nom de la dénonciation connaît certaines limites. Comme première limite, Dadour souligne que dans le cadre de la détermination de la peine, « la notion de réprobation ou de dénonciation est difficilement quantifiable. En effet, quelle norme doit guider l'instance judiciaire dans le dosage de cet élément de la peine? Comment identifier la quantité de dénonciation requise pour une infraction en particulier? » (*doctrine*—2007, p. 6). Dans cette même perspective, en nous basant sur le propos de Kortubash souligné plus tôt—« [denunciation] relates to societal demands for punishment that fits the crime committed » (*doctrine*—2023, p. 126)—nous nous questionnons à savoir quel degré de punition saura satisfaire les attentes de l'opinion publique, opinion que l'on sait par ailleurs être mal informée en matière de crime et de châtiments (*doctrine*—Roberts, 2018). Dans cette optique, le programme dénonciateur du système de droit criminel met en péril les limites du droit de punir et les principes de proportionnalité vis-à-vis la gravité de l'acte qui guident notre droit pénal canadien. En d'autres termes, une peine représentative des « societal demands for punishment » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 126) est d'ailleurs une peine qui risque, dans le contexte actuel de la rationalité pénale moderne, d'exiger un degré sans fin d'exclusion sociale et d'affliction, puisqu'elle est guidée ni par les limites du droit de punir, ni par les principes de proportionnalité, mais bien par une *exigence répressive*.

De plus, Paciocco reconnaît que :

The whole idea of punishing to inculcate values is abhorrent to some. It is particularly abhorrent to civil libertarians because it proclaims 'that the state has a moral mission—that the state must know right from wrong and impose its view of the right.' This kind of thinking, it is feared, has enabled societies to punish 'immorality,' even when the only harm it does is to the sensibilities of others, such as the consumption of mild drugs,

homosexuality, suicide, obscenity, gambling, blasphemous libel, and prostitution.
(*doctrine*—1999, p. 38)

C'est dans cette perspective que Paciocco précise qu'en lien avec le programme dénonciateur du système de droit criminel, ce dernier devrait agir avec modération :

[A]long with the right to inculcate appropriate values in a system that respects both individual autonomy and group rights comes the responsibility to use the criminal law with restraint. Recognizing that we strike back at crime because it offends us does not require us to claim the right to use it to strike back at everything that offends us. The appropriate reach of criminal law should not be confused with the reason for punishing criminal offenders. (*Ibid.*, p. 38)

Le problème est que la modération est un principe reconnu comme important par le législateur, mais quand vient le temps de le considérer sérieusement là où il peut faire une réelle différence, c'est-à-dire dans la détermination de la peine, ce que l'on constate alors, pour le judiciaire, c'est que le principe n'a pas de poids décisionnel. On n'en parle pas. C'est ce qu'a pu constater Desrosiers après avoir passé en revue des « centaines de décisions de la Cour suprême et des tribunaux du Québec (Cour du Québec, Cour supérieure et Cour d'appel) [...] et [interrogé] les banques de données jurisprudentielles afin de vérifier le traitement du principe de modération par la Cour suprême du Canada, les cours d'appel du Québec, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario, de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique » (*doctrine*—2017, p. 315). Ce qu'elle constate, c'est en effet le silence :

Lorsqu'ils rendent leur sentence, les juges n'abordent généralement pas la nécessité de réduire le recours à l'incarcération. Le principe de la modération, qui était pourtant au cœur de la réforme de la détermination de la peine en 1996, demeure dans l'angle mort et ne fait

à toutes fins utiles l'objet d'aucune discussion devant les tribunaux. (*doctrine*—Desrosiers, 2017, p. 315)

Ainsi, nous constatons que le programme de dénonciation du système de droit criminel, sous l'influence de son auto-description punitive, peut facilement mener ce système à ce que la doctrine juridique définit en termes d'*excès* : l'excès en ce qui a trait à la sévérité de la peine et l'excès dans la quantité d'actes punis au nom de la dénonciation.

3.2.1.4.2 Théorie de la rétribution. Sur la question de la rétribution, nous avons trouvé dans notre matériel empirique deux différentes définitions de ce programme.

Dans un premier temps, la doctrine juridique définit la rétribution comme étant une peine méritée en tant que réponse au crime, ce que Roach définit par la « 'just deserts' philosophy of sentencing, which seeks to ensure that offenders are held responsible for their actions and that the sentence properly reflects and condemns their role in the offence » (*doctrine*—2022, p. 546). Manning et al. (*doctrine*—2015) affirment que cette théorie provient de la philosophie morale et légale de Hegel et Kant. Cette philosophie est la suivante :

[B]y committing a crime the offender has made a claim of absolute liberty and denied the equal rights of other members of the community. By making this claim the criminal has implicitly consented to the restriction of his or her own liberty and the state is justified in restricting their liberty to counter these claims. (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.150)

Ainsi, citant l'arrêt *R. c. C.A.M* (1996) de la Cour suprême du Canada, Parent et Desrosiers expliquent que « [dans] une perspective de rétribution, la peine est un châtement mérité qui représente 'le principe sacré' selon lequel les sanctions pénales 'doivent également être infligées afin de sanctionner la culpabilité morale du contrevenant' » (*doctrine*—2020, p. 21). Dans cette

optique, la peine ou le « châtement » se présente en tant que « nécessité morale » (*doctrine*—Dadour, 2007, p. 14). D’ailleurs, c’est pour cette raison que « [punishment] can be considered as an end in itself — that is to say, as an unpleasant thing that is done to a convicted person merely because he or she has been found to have done something wrong » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.149). En ce sens, cette théorie « justifies punishment irrespective of it benefits solely by relating the punishment to the crime » (*doctrine*—Stuart, 2020, p. 63). Sur ce point, Paciocco considère que :

We cannot justify punishing most violent offenders on the basis that doing so will reduce crimes and make society safer. Does this make me a weak-kneed, mealy-mouthed liberal who would simply let killers go? Not a chance. With rare exception, we should hit those who kill intentionally and hit them hard. In most cases, a harsh sentence will even be appropriate for those who have committed manslaughter or driving offences causing death. Jail the offenders, and make it for a long time. Why? Not because it will make society safer, but because it is the right thing to do. (*doctrine*—1999, p. 35)

Il est intéressant de noter ici que les juges sondés dans le cadre des travaux de la Commission Ouimet (1964–1969) sur la question de savoir s’il fallait ou non abolir le fouet comme peine au Canada s’étaient en très grande majorité prononcés contre l’abolition et pour le maintien de cette sanction (Dubé, 2024 ; Fonds ANC, RG 36, Série 24) et l’avaient fait en évoquant le principe selon lequel fouetter quelqu’un était dans certaines circonstances « the right thing to do », comme on le croyait aussi des supplices de l’Ancien Régime.

Il est par ailleurs déconcertant d’être mis en présence d’un tel propos chez Paciocco, surtout lorsqu’ils sont tenus dans un contexte institutionnel formel où l’on doit normalement, en principe, représenter l’institution plutôt que sa propre opinion personnelle... à moins qu’il ne s’agisse

justement du point de vue de l'institution. Mais alors il y aurait un problème fondamental à résoudre, car du point de vue de toute la tradition établie par la philosophie du droit, réduire « the right thing to do » à ce que prescrit le droit, a toujours été « the wrong thing to do ». La justice ne découle pas du droit, le droit découle de la justice et la justice n'a rien de juridique *a priori*, la justice devient juridique *a posteriori*, lorsqu'on a une idée claire et philosophiquement bien fondée du juste et du bon, c'est-à-dire une conception sérieusement réfléchie et mûrie à l'aide de toute une série de penseurs qui se sont inspirés non pas du droit mais de la vérité pour déterminer le juste et bon, et distinguer ainsi le « right » du « wrong ». Jamais la philosophie du droit partirait du droit pour établir ces distinctions ; au contraire, elle doit toujours faire l'effort de s'en éloigner pour revenir au sensible, à l'humain, à ce que peut encore vouloir dire et exiger que d'être en présence d'un autre être humain. Et normalement, lorsqu'on revient au sensible, comme a pu le faire la philosophie de Lévinas, « hit them hard » n'est pas ce qui s'impose comme éthique ni est-ce ce qui paraît *a priori* « the right thing to do ». Mais revenons à la rétribution comme programme.

Dans le cadre de cette première idée sur la question de la rétribution, nous faisons face à un programme orienté vers le passé, sans préoccupation pour un but ultérieur—comme ce serait le cas s'il était question de la dissuasion ou de la réhabilitation par exemple. En effet, tel que le précisent Parent et Desrosiers, « [le] fondement éthique du rétributivisme réside dans le principe suivant : il est immoral de traiter une personne comme s'il s'agissait d'une ressource pour autrui. Il s'ensuit que seule la conduite répréhensible d'une personne peut légitimer sa punition » (*doctrine*—2020, p. 23). Cet extrait est évocateur de la deuxième perspective distinguée au sein de notre matériel empirique sur la question de la rétribution, c'est-à-dire en tant que concept de proportionnalité.

Tel que nous le rappelle Roach, « [proportionality] is a retributive concept that focuses on the offender's moral blameworthiness and seriousness of the crime » (*doctrine*—2022, p. 547). Dans cette optique, « the most the law can demand of an offender is an eye for an eye. We never take more because we believe that our moral right to use an offender as the instrument for sending messages is limited by the degree of his moral blame » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 40). C'est dans cette mesure que Walker, comme le précise Nadin-Davis, qualifie ce programme de « limiting retribution », ou encore « a more sophisticated form [of] retribution » (*doctrine*—1982, p. 30). À cet égard, la rétribution a comme « main function [...] to determine the maximum sentence that may be justly imposed upon [a] particular offender » (*Ibid.*, p. 31). Elle « 'ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender' and, in this sense, 'serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender' » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 546). Cette approche se distingue ainsi de l'excès de punition : « Punishment should never exceed that which is required to recognize the blameworthiness of the offender's crime and their conduct » (*Ibid.*, p. 546).

À la lumière de ces deux perspectives de la rétribution qui cohabitent dans le droit criminel canadien, la doctrine conclut que « le châtement se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la culpabilité morale du délinquant » (*doctrine*—Dadour, 2007, p. 15). C'est entre autres choses cette objectivité raisonnée et mesurée qui lui permet de distinguer ce concept de la *vengeance*. En effet, contrairement à la rétribution, « vengeance represents uncalibrated act of harm upon another person. Vengeance is self-help, and it is motivated by anger and emotion » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 40). Tel que l'affirme Dadour, la vengeance est « une notion empreinte de passion qui doit être écartée de tout processus de détermination de la peine fondée sur des principes rationnels » (*doctrine*—2007, p. 15).

Bref, sous l'influence de l'auto-descripton punitive du système de droit criminel, nous pouvons résumer le programme de rétribution en deux points : 1) en tant que châtiment nécessaire comme réponse au crime (« le juste dû ») et 2) en tant que concept qui vise à imposer une peine proportionnelle au crime de façon à limiter les excès de punition. Attardons-nous maintenant aux programmes téléologiques du système de droit criminel en débutant avec la dissuasion.

3.2.1.4.3 Théorie de la dissuasion. De façon générale, le programme de dissuasion est défini par la doctrine juridique par la *crainte de la peine*. Citons un extrait du texte de Parent et Desrosiers qui résume bien ce programme :

Du latin *dissuadere* qui signifie 'détourner quelqu'un de quelque chose', la dissuasion est une fonction punitive dont le but est d'éviter la récidive et de décourager les individus qui seraient tentés. Dans cette logique, l'effet affligeant de la peine charge le crime 'd'un coût extrinsèque' suffisamment élevé pour annuler 'l'avantage que le délinquant s'est octroyé', de telle sorte que l'on puisse 'espérer que la plupart des gens joueront selon les règles du jeu et que les tricheurs ne pourront pas s'en tirer à bon compte.' (*doctrine*—2020, p. 29)

Cet extrait nous permet de constater que « the infliction of the punishment is not an end in itself but is justified because of its deterrent effect » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.149).

Les auteurs préciseront en outre que « deterrence depends upon two things, namely, that the unpleasantness of the penalty outweighs any advantage obtained by the commission of the act and that the commission of the act either will or at least will likely result in the infliction of the penalty » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.154). Sous cet angle, une peine doit être appliquée sans exception si nous souhaitons instaurer au sein de la société la crainte des répercussions pénales associées au crime. Toute exemption à la peine nuirait à son effet dissuasif—

il ne serait plus garanti, dans la conscience des membres de la société, qu'une peine leur serait imposée à la suite du passage à l'acte.

À ces éléments— « la certitude de la punition [...], la régularité avec laquelle on a recours aux sanctions pénales » (*doctrine*—Dumont, 1993, p. 110) et la sévérité de celles-ci—Roach (*doctrine*—2022) en ajoute un quatrième, « speed », c'est-à-dire la nécessité d'imposer la peine rapidement après la commission de l'acte. Pour Roach (*doctrine*—2022), entre autres, c'est cette rapidité dans l'imposition de la peine qui permettra l'association de la peine au crime dans la conscience des individus et qui permettra à cette dernière d'avoir un effet dissuasif. C'est ainsi que ces auteurs établissent un lien entre la peine et la dissuasion qui, dans leur perspective, en résulte. Tel que le précisent Parent et Desrosiers :

Sans appréhension, sans la crainte du châtement, la dissuasion n'a plus de véritable sens. Elle perd sa fonction d'intimidation au profit de l'émergence d'une conscience naturelle ou artificielle du crime, d'une répulsion innée ou acquise de l'illégalité de l'acte. La dissuasion est donc inextricablement liée à l'idée de la peine, mais à l'idée de la peine dans son sens le plus près de sa racine étymologique (du latin *poena* : 'ce qui affecte péniblement l'esprit', 'affliction', 'douleur morale'), de sorte que dissuader quelqu'un de commettre un crime, c'est l'empêcher d'imiter le comportement du délinquant par l'exemple de la peine ou de la douleur qu'il procure. (*doctrine*—2020, p. 30–31)

Ces extraits nous permettent de constater l'importance attribuée à la peine afflictive dans le cadre du programme dissuasif du système de droit criminel.

Finalement, pour Dumont, la dissuasion « devrait être moins une fin à poursuivre avec une sentence particulière qu'avec l'exercice régulier de la répression pénale, par le fonctionnement général et régulier du système » (*doctrine*—1993, p. 110). Par conséquent, au-delà de la peine,

c'est le caractère répressif du système de droit criminel qui permet de dissuader l'ensemble de la société. Sous cet angle, le maintien de ce caractère répressif s'avère nécessaire, voire obligatoire, afin d'assurer une dissuasion efficace de ces membres qui songent à enfreindre une norme de comportement. Plus simplement, la crainte d'être la victime de ce système répressif représenterait, pour Dumont (*doctrine*—1993), une barrière à l'infraction de cette norme.

Les effets dissuasifs de cette peine peuvent être compris sous deux angles différents. Citons de nouveau Parent et Desrosiers à ce sujet :

Envisagée du point de vue de la société, de la collectivité dont l'individu fait partie, 'une peine a un effet dissuasif si elle suscite l'abstention chez les délinquants en puissance', alors que considérée du point de vue de l'offenseur, de la personne du condamné, cette fonction sera remplie si la peine inspire chez lui une crainte assez forte pour qu'il ne puisse avoir l'envie de recommencer. Comme l'indique cette définition empruntée, en partie, à la professeure Dumont, la dissuasion peut s'adresser aussi bien à l'ensemble des citoyens qu'à la personne même du condamné. Dans le premier cas, on parlera de dissuasion générale ou collective et dans le second de dissuasion individuelle, spécifique ou particulière. (*doctrine*—2020, p. 29)

Cet extrait nous permet de distinguer l'effet dissuasif spécifique de la peine, de l'effet dissuasif général de celle-ci. La dissuasion spécifique « is concerned with the effect of punishment in deterring the particular offender from committing subsequent crimes » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 550). En effet, « punishment imposed may operate as a threat against the offender that if he or she commits another crime, a similar or more severe penalty will be imposed, thus providing an inducement to refrain from such activities » (*doctrine*—Manning et al. 2015, par. 1.154). Comme le précise Koturbash « [in] theory, specific deterrence means that the next time the offender

chooses to commit a crime, they will be reminded of the punishment and decide not to » (*doctrine*—2023, p. 131). C'est ce que Nadin-Davis définit comme étant une « individualized measure based on the idea that the offender himself will benefit, by the operation of fear of future sanctions, from a punitive sanction imposed » (*doctrine*—1982, p. 32).

La dissuasion générale se préoccupe quant à elle de « the effect of punishment in deterring others from committing similar offences » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 550)—dans les termes de Roach (*doctrine*—2022), « others » distingue le condamné du reste des membres de la société. En d'autres termes, nous explique Paciocco, le système de droit criminel chercherait ainsi à créer des « conditions through the punishment of offenders that will make others decide not to offend » (*doctrine*—1999, p. 31). Paciocco adhère donc à cette croyance selon laquelle « punishing offenders will discourage other like-minded people from committing offences » (*Ibid.*, p. 28). Rien ne l'appuie empiriquement, bien au contraire, des recherches qualitatives sur le processus décisionnel du passage à l'acte montrent qu'avant d'avoir commis un crime, l'individu qui y songe et qui finit par passer à l'acte ne pense très souvent pas à la peine, ou lorsqu'il y pense considère le risque de se faire prendre comme étant faible (Dubé, 2012b ; Labonté, 2013).

Mais du point de vue du système de droit criminel, la peine vise, entre autres, les individus susceptibles de passer à l'acte. Elle est crue capable d'instaurer la crainte que des conséquences semblables à celles subies par l'individu ayant osé commettre le crime soient aussi les leurs s'ils devaient s'adonner au même comportement. D'ailleurs, c'est pour cette raison, nous dit Koturbash que, « [when] general deterrence is a factor, the offender is punished more severely because the court deliberately seeks to send a message to others who might be inclined to engage in a similar criminal activity » (*doctrine*—2023, p. 127). De plus, « [in] cases where particularly great emphasis is laid on general deterrence, the tariff sentence may disregard mitigating factors in order

to have the maximum impact, and is known as an ‘exemplary’ sentence » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 35). Comme le précise Dadour, « la dissuasion générale a un effet unilatéral sur la peine. En effet, lorsqu’elle est appliquée dans ce contexte, la dissuasion générale entraîne toujours l’augmentation de la peine ou de sa sévérité ; elle n’a jamais pour effet de les atténuer » (*doctrine*—2007, p. 8). Nous pouvons donc constater l’effet du principe de dissuasion générale sur la peine. Ce dernier peut être mobilisé aux fins de justification d’une peine plus sévère et même mener à l’oubli des facteurs atténuants.

Pour le système de droit criminel, c’est dans cette mesure que se définit son programme dissuasif sous l’influence de son auto-description identitaire punitive. En effet, pour ce système, ce programme représente un moyen d’assurer la fonction qu’il s’attribue, notamment celle de *protéger la société* : « The protection of the public may [...] be sought by the deterrent effect of the sanctions provided by law » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 2–3). Cependant, défini par l’entremise de la punition, ce programme est contraint à certaines limites.

En effet, au sein du système de droit criminel canadien, le programme de dissuasion fait face à certains obstacles qui ne lui permettent pas de répondre aux critères préalablement établis pour s’assurer qu’une peine ait un effet dissuasif—ceux de promptitude, de certitude et de sévérité. Par exemple, tel que le souligne Paciocco, « punishment in our system is neither certain nor swift » (*doctrine*—1999, p. 31). D’ailleurs, Koturbash précise que « [although] a judge can impose a harsher sentence in the pursuit of general deterrence, it must still be proportionate, and the offender must deserve the sentence » (*doctrine*—2023, p. 128) en raison des principes du droit criminel canadien. Ainsi, « [a] person cannot be made to suffer a disproportionate sentence to send a message merely to discourage others from offending » (*Ibid.*, p. 128).

De plus, MacIntosh (*doctrine*—1995) précise qu’il est difficile de déterminer comment nous pourrions mesurer la gravité de la peine nécessaire à des fins de dissuasion. Pour cet auteur, il est « impossible to measure the deterrent effect of sentences on potential offenders » (*Ibid.*, p. 25). D’ailleurs, Koturbash souligne que « [specific] deterrence is largely premised on the extent to which an offender possesses, at the relevant time, the capacity for rational cost-benefit analysis of future actions » (*doctrine*—2023, p. 131). Il ajoute : « Related to this is whether the life options for the offender are such that the desire to avoid imprisonment would stop the offending » (*Ibid.*, p. 131). En effet, afin d’obtenir cet effet dissuasif spécifique désiré de la peine, il faut d’abord accepter, de façon normative, qu’un individu préfère être libre qu’incarcéré et d’ailleurs qu’il soit en mesure d’effectuer cette analyse coûts/bénéfices lorsque l’opportunité de passer à l’acte se présentera dans le futur. Dans cette même optique, Dadour ajoute : « Une peine plus sévère dissuadera-t-elle un contrevenant pour qui la commission répétée de la même infraction relève d’une pathologie n’affectant pourtant pas sa responsabilité criminelle » (*doctrine*—2007, p. 10).

C’est dans cette perspective que Paciocco rappelle que la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) a elle-même stipulé que « there is no reason [...] to believe that making an example out of a particular offender will have any effect on other potential offenders. It therefore concluded its discussion of general deterrence by saying that ‘deterrence is a general and limited consequence of sentencing’ » (*doctrine*—1999, p. 29). Pour cet auteur, « [the] most dangerous criminals [...] are not people renowned for their good judgment and considered action » et ne prendraient donc pas l’habitude de « weigh to a nicety the pros and cons of their acts before acting » (*Ibid.*, p. 29). En d’autres termes, les « criminels les plus dangereux », pour reprendre les termes de Paciocco, ne seraient pas capables de « rational decision making » (*Ibid.*, p. 29). À cette limite, Manning et al. ajouteront : « One supposes that most offenders think they will not be caught,

or if caught will not be convicted, and in many cases this assumption would appear to be statistically justified » (*doctrine*—2015, par. 1.154). Comme le précise Koturbash, « the Supreme Court in R. v. Proulx even referred to the deterrence value of sentencing as ‘speculative’ » (*doctrine*—2023, p. 128). Ainsi, « [our] continued reliance on it as a reason for the punitive sentencing of such people is therefore misleading and distorting. It creates a public expectation that cannot be satisfied » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 31). Plutôt, « [deterrence] ought not to be seen as one of the pillars of a rational sentencing policy » (*doctrine*—Dadour, 2007, p. 9).

Dans le contexte de la rationalité pénale moderne, nous constatons que les effets du programme dissuasif du système de droit criminel sont contestés par certains auteurs. Cependant, au sein d’un système qui s’auto-décrit au niveau identitaire par la peine afflictive et privative de libertés, il peut être difficile d’oser réimaginer ce programme. En effet, les autodescriptions dominantes du système de droit criminel limite l’univers des possibles en matière de détermination de programmes à ceux susceptibles de refléter le caractère punitif que ces mêmes autodescriptions attribuent à la fonction du système. Il devient donc difficile pour ce système d’imaginer un programme dissuasif pouvant passer par d’autres moyens que l’affliction ou l’exclusion sociale, difficile, par exemple, de reconnaître la portée dissuasive de la déclaration de la victime dans le cadre d’une justice restauratrice ou la portée dissuasive de ce que Dubé avait appelé les « sanctions de la réalité » (2001) : la déception d’une mère, la souffrance des enfants, la perte d’emploi, la désapprobation des pairs ou encore pour certains, la crainte de Dieu. Toutes ces sanctions de la réalité, comme le montrait Dubé (2001 et 2012b), sont pourtant de celles dont parlent d’abord et avant tout les justiciables lorsqu’ils se remémorent le processus décisionnel ayant mené à leur passage à l’acte ; la peine, si elle apparaît, le fait de manière secondaire et non significative.

Procédons maintenant à l'analyse d'un deuxième programme téléologique de ce système, la neutralisation.

3.2.1.4.4 Théorie de la neutralisation. La question de la neutralisation, au sein de notre matériel empirique, est fréquemment associée à l'« incapacitation » (*doctrine*—Paciocco, 1999), à l'« isolement » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020), au « retrait » (*doctrine*—Dadour, 2007) ou encore à la « segregation » (*doctrine*—Koturbash, 2023). Nous retrouvons comme tendance forte au sein du matériel à l'étude une conception de cet *empêchement* par l'entremise de l'incarcération. En fait, comme nous l'indique Nadin-Davis, la neutralisation est même « found, frequently, as a justifying factor in the awarding of prison sentences » (*doctrine*—1982, p. 37–38). Dans cette optique, il est vrai que « [si] l'emprisonnement a une fonction dont l'efficacité ne peut être contestée, c'est bien celle de la neutralisation. En effet, aucun détenu 'ne peut récidiver pendant sa période d'incarcération' » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 38). Roach semble être du même avis que ces auteurs en précisant : « [I]ncapacitation of the offender by imprisonment might be considered the only way to prevent the commission of an offence during that time » (*doctrine*—2022, p. 551). En ce sens, il est question de « [incapacitate] the criminal through incarceration so that for the duration of the imprisonment, while the inmate may harm themselves or other prisoners, at least they cannot harm members of the community outside » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.152).

Ainsi, dans la perspective de la doctrine juridique, la neutralisation par l'emprisonnement permet de « [reduce] the level of crime while the person is incarcerated » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 132). En fait, le programme de la neutralisation est fréquemment justifié par l'une des fonctions que le système de droit criminel s'attribue, c'est-à-dire celle de *protéger de la société*.

Pour la doctrine juridique, cela représente « [one] way in which the general public can be protected from a criminal » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.152).

Cependant, pensée sous cette influence de l'auto-description punitive du système de droit criminel, pouvons-nous réellement considérer que le programme de neutralisation parvient à assurer la fonction que s'attribue ce système, c'est-à-dire celle de protéger la société? Comme le précise la doctrine juridique, la neutralisation par incarcération protège peut-être ceux qui se retrouvent à l'extérieur des murs, mais « it does not necessarily protect fellow prisoners or guards from violence in prison » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 551). À ce titre, « [incarcerating] violent offenders does not put them where they cannot prey on anyone anymore. It puts them where they cannot prey on those of us on the outside » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 32). Dans cette optique, « the reduction in crime that can be achieved by incapacitation is probably not as great as we would hope » (*Ibid.*, p. 32).

Pour Dubé et Ferron-Ouellet (2020), le programme punitif de neutralisation du système de droit criminel ne permet pas de protéger la société à d'autres égards. En effet, dans leur perspective, la théorie de la neutralisation, pensée dans les termes du carcéral, est plutôt constitutive d'un désistement : l'état se désiste « du justiciable, [...] de ses garanties juridiques, [...] [et] ultimement de la protection de la société » (*Ibid.*, p. 36). Dans cette perspective, ces auteurs considèrent que « la théorie de la neutralisation nous a amenés à [nous] désister de tout espoir de voir se produire chez l'individu le changement susceptible de prévenir sa récidive plutôt que de renoncer au carcéral » (*Ibid.*, p. 36). « [Par] rapport à l'individu détenu » (*Ibid.*, p. 24), dans les termes de Mathiesen, cette théorie de la peine est « *stripped of humanitarian ideals emphasizing help to the incarcerated* » (1990, dans Dubé et Ferron-Ouellet 2020, p. 25)—comparativement « aux idéaux de la réhabilitation ou même à ceux de la dissuasion » (*Ibid.*, p. 25).

Ainsi, « [quoique] la théorie de la neutralisation prévienne la récidive à court terme, elle en augmente les chances à long terme sous l'effet de l'acculturation, et vient de la sorte compromettre la protection durable de la société » (Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 36). Dans cette perspective, Parent et Desrosiers remarquent sur la question de la neutralisation que « son impact [est] limité dans le temps » (*doctrine*—2020, p. 38). En effet, comme nous l'expliquent Manning et al. :

[J]udges [are] bound by the maximum period of imprisonment prescribed in the statute, but they are also required to give some consideration to the community's feeling for what is the tolerable upper limit of punishment for a particular offence. Thus in many cases, protection of the public by isolating the offender from the community is only a temporary form of protection. Sooner or later the offender will be released back into the community. (*doctrine*—2015, par. 1.153)

Ayant un effet temporel limité dans la perspective de la protection de la société, ce programme du système de droit criminel représente « an expensive strategy » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 551). Pour Roach et Manning et al., elle est coûteuse d'un point de vue économique pour nos sociétés puisqu'elle « [forces] any dependants to become a burden on the taxpayer, or requiring the taxpayer to pay the costs of imprisonment » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.152). Cependant, pour nous, son coût va bien au-delà de ce qui peut se limiter à l'économie.

Premièrement, nous rejoignons Dubé et Ferron-Ouellet en considérant que cette approche est coûteuse en ce qui concerne le non-respect « des principes juridiques fondamentaux » (2020, p. 24), particulièrement pour ce qui est de ce que Mathiesen (1990 ; 1998) considère être la « selective incapacitation »—c'est-à-dire « the [...] prediction of high-risk individuals within given groups, and the use of imprisonment, or extended imprisonment, selectively for them » (1970, dans Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 23). Dans cette perspective, Barton considère le risque suivant

associé à cette approche : « [I]ndividuals can be punished for hypothetical crimes. In other words, they can be incarcerated, not for crimes they have actually committed but for crimes it is anticipated or assumed they will commit » (2005, dans Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 24). Pourtant, tel que le remarquent Dubé et Ferron-Ouellet, « le comportement passé n'est pas toujours garant de l'avenir, d'une part, et d'autre part, le comportement futur dépend largement des circonstances qui sont celles de l'individu à un moment donné ou des situations particulières auxquelles il pourrait ou non être confronté » (2020, p. 23–24). Ainsi, pour ces auteurs, la rupture avec les principes juridiques fondamentaux se fait « à partir du moment où la neutralisation fonde sa légitimité non pas sur des actes commis dans le passé, mais bien sur des actes qui, selon certaines évaluations ou certains calculs actuariels de risque, pourraient vraisemblablement être commis à l'avenir » (*Ibid.*, p. 24). Pensons à ce que Mathiesen considère les « basic rules of the penal system » (1990, dans Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 24) : « [N]o one is to be sentenced for an act not yet committed, and that it is the act and not circumstances exterior to the act which the person is to be sentenced for » (Mathiesen, 1990, Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 24). Dans la perspective de Dubé et Ferron-Ouellet, c'est ce qui représente la deuxième forme du désistement de la théorie de la neutralisation du système de droit criminel :

Elle [se] désiste non seulement du justiciable et de ses chances de réhabilitation, mais elle [se] désiste aussi de principes fondamentaux de *sentencing*, notamment de ceux relatifs au fait qu'on ne peut pas punir un individu pour des crimes qu'on le présume à risque de commettre dans le futur. (2020, p. 36)

Finalement, sous l'angle de la théorie de la rationalité pénale moderne, nous retrouvons un coût associé au fait que « cette théorie de la peine permet [...] à la rationalité pénale moderne de

reconduire sans risque d'invalidation l'idéal du 'carcéral' et de l'exclusion sociale » (Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 35). En effet,

on ne pourra pas reprocher à la théorie de ne pas remplir la promesse en vertu de laquelle l'incarcération neutralise l'individu et protège la société contre les crimes qu'il pourrait autrement commettre. La durée de la neutralisation carcérale correspond de fait à la durée de la protection sociétale. C'est tout ce que la théorie de la neutralisation entretient comme ambition. (*Ibid.*, p. 33)

Dans cette optique, « la théorie de la neutralisation peut reconduire l'idéal carcéral en dépit des critiques » (Dubé et Ferron-Ouellet, 2020, p. 32–33). « Elle permet de reconduire la légitimation de l'affliction et de l'exclusion sociale, de continuer malgré tout de défendre le carcéral et de le faire dans une perspective bel et bien rationnelle, utilitariste, téléologique et proprement moderne » (*Ibid.*, p. 35).

L'impact de la théorie de la neutralisation, dans le cadre de l'évolution identitaire du système de droit criminel, a suscité peu d'intérêt jusqu'à présent parmi les tenants de la théorie de la rationalité pénale moderne. Cependant, comme nous venons de le constater, sa capacité à reconduire l'idéal carcéral ne doit pas être négligée. La thèse de doctorat de notre collègue, Coline Moreau, au sein de la *Chaire de recherche en traditions juridiques et rationalité pénale*, permettra d'inclure de façon plus soutenue les enjeux liés à cette théorie sous l'optique de l'évolution identitaire du système de droit criminel.

Examinons maintenant s'il est possible pour le système de droit criminel de définir autrement sa fonction et ses programmes et de concevoir des « équivalents fonctionnels » dans le cadre d'une auto-description non-punitive.

3.2.2 Divergences

Dans cette section, il sera question d'analyser les idées qui, dans le matériel à l'étude, se présentent comme divergentes du reste des données retrouvées au sein des textes d'analyse du droit criminel et du droit pénal canadien. Ces idées se situent donc à l'écart de celles qui sont présentement mobilisées par le système de droit criminel dans le contexte de la rationalité pénale moderne. Débutons avec l'analyse des divergences relatives à la définition de la fonction du système de droit criminel, avant de poursuivre avec l'analyse des divergences.

3.2.2.1 Fonction. Au sein du matériel à l'étude, la fonction du système de droit criminel est parfois définie de façon très large dans les termes d'un *droit public*. Pour certains, le droit criminel représente un droit public (*doctrine*—Széles, 2013 ; *doctrine*—Gulycz et Kelly, 2018) en ce qu'il est « le reflet de la société actuelle en ce qui a trait à ses problèmes et préoccupations » (*doctrine*—Côté-Harper et al., 1998, p. 27). Dans cette optique, « criminal law reflects constantly changing public opinions and moral values » (*doctrine*—Perrier et Pink, 1999, p. 5), il « [express] what a community chooses to protect » (*doctrine*—Manson, 2001, p. 3). Pour d'autres, il représente un droit public en ce qu'il « régit des rapports où l'État, incarné dans la Couronne et personnifié par la Reine, se trouve concerné » (*doctrine*—Kamel-Toueg, 1994, p. 2).

Dans cette optique, Kamel-Toueg parvient à différencier le droit criminel du droit civil. Analysons quelques extraits à ce sujet :

En droit civil, l'action en justice ne peut être prise que par la personne qui a un intérêt juridique à le faire, c'est-à-dire la partie lésée qui, à cause d'une faute civile par exemple, réclame un dédommagement à l'auteur du préjudice. (*doctrine*—1994, p. 2).

Sur cette question, cet auteur distingue également ce droit par la rigueur des règles de preuves :

À la gravité du procès pénal se rattachent, enfin, des règles de preuve plus rigoureuses que celles qui prévalent dans un procès civil ; on exige, par exemple, une preuve 'hors de tout

doute raisonnable' pour condamner un accusé alors que, dans un procès civil, devant les intérêts privés invoqués par les deux antagonistes, on se contente d'appliquer la règle dite de la 'prépondérance des preuves' (la plus forte des deux preuves l'emporte) (*doctrine—Kamel-Toueg, 1994, p. 3*).

Ces extraits présentent pour le système de droit criminel différentes façons de concevoir sa propre fonction et sa propre différence identitaire. Plutôt que de se différencier du droit civil dans le cadre de son auto-description identitaire par ses normes de sanction—la peine afflictive et privative de libertés versus le dédommagement—ce système parvient à se différencier par ses normes de procédures—un droit public ayant des règles de preuves plus exigeantes (hors de tout doute raisonnable) qu'en droit privé (prépondérance de preuves).

Nous observons en outre au sein du matériel à l'étude une auto-différenciation du système de droit criminel par rapport aux autres systèmes juridiques sur base de la spécificité des normes de comportement qui le concernent. Citons un extrait de Fortin et al. à ce propos :

[I]l existe un groupe beaucoup plus important d'infractions mineures telles que le stationnement illégal, la publicité trompeuse, la vente d'aliments impropres à la consommation, infractions de création plus récente. Le common law n'a jamais connu ces infractions qui n'ont d'ailleurs jamais fait partie du Code criminel. Il faut plutôt les chercher dans la Loi sur les poids et mesures, la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, la Loi des aliments et drogues et dans la pléthore de lois et règlements que secrète notre complexe société industrielle. (*doctrine—1978, p. 4*)

On voit par ces extraits que le système de droit criminel, s'il doit se différencier de son environnement et établir sa propre identité, n'est pas contraint de le faire à partir de ses normes de sanction : il est différent aussi dans ses normes de procédures de même que dans ses normes de

comportement. S'il persiste à croire que son identité ne repose que sur les normes de sanction, sur leur « essence » afflictive ou privative de liberté, il s'auto-limite lui-même dans ses possibilités d'être autrement. Il s'auto-contraint à maintenir ses formes de punition, car de les assouplir au profit d'alternatives est perçu comme une menace à son identité, comme comportant un risque de dédifférenciation. Mais quand le système arrive à concevoir sa différence identitaire en dehors des normes de sanction et à partir des normes de procédure ou de comportement, il gagne en souplesse, il devient plus ouvert à l'apprentissage, et surtout s'autorise lui-même à sortir de la rationalité pénale moderne et de ses injonctions en matière d'affliction et d'exclusion sociale.

Analysons dans la même perspective de cet « autrement » la façon par laquelle le système peut redéfinir autrement aussi, dans cette souplesse et cette ouverture, ses propres programmes, conditionnels et téléologiques

3.2.2.2 Programmes.

3.2.2.2.1 Théorie de la dénonciation. Dans leur texte, Parent et Desrosiers ouvrent les horizons de ce qui s'avère possible dans la conception de la dénonciation au sein du système de droit criminel. Citons un extrait à ce propos :

Loin d'être limitée à l'incarcération ou à l'emprisonnement avec sursis, la dénonciation peut être utilisée dans l'élaboration des autres types de sanctions reconnus par le Code criminel. Qu'il s'agisse d'absolution ou d'emprisonnement, d'amende ou de sentence suspendue, la dénonciation peut concourir avec d'autres objectifs pénologiques à l'imposition d'une peine 'juste et appropriée'. (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 28)

Cette proposition de Parent et Desrosiers varie de ce qui fut examiné plus tôt en matière de dénonciation dans la mesure où la peine dénonciatrice ne s'agence plus ici avec la peine carcérale.

Ces auteurs affirment que même l'absolution, qui implique qu'« aucune condamnation ne sera enregistrée » (Gouvernement du Canada, 2021), peut poursuivre un objectif dénonciateur. Cependant, pour l'instant, face à l'auto-description punitive du système de droit criminel, cette peine est « accordée seulement pour les infractions moins graves » (*Ibid.*). Dans cette même optique, et comme nous en avons fait l'argument plus haut, Koturbash précise pour la doctrine elle-même que :

In some cases, especially for first offenders, denunciation and specific deterrence will be achieved before the sentence is imposed. For instance, in some cases, the public humiliation of a criminal charge achieves both objectives. (*doctrine—2023*, p. 127)

Dans le cadre de cet extrait, nous ne retrouvons aucune volonté au premier plan d'affliger et/ou d'exclure socialement. Pour Koturbash (*doctrine—2023*), il est possible de concevoir ce programme en évitant de reproduire nécessairement ces deux valeurs négatives de la rationalité pénale moderne. Ces exemples permettent d'imaginer que la peine afflictive et/ou privative de libertés ne se présente pas en tant que nécessité aux fins de la dénonciation.

Examinons maintenant les extraits divergents du deuxième programme conditionnel du système de droit criminel, la rétribution.

3.2.2.2 Théorie de la rétribution. Un seul extrait retrouvé au sein de notre matériel empirique sur la question de la rétribution nous semble diverger des principes répressifs sans toutefois y parvenir entièrement. Il s'agit d'un extrait tiré du texte de Nadin-Davis :

[R]etribution still has an effective role to play in sentencing. It is the light in which the public and prisoners alike look at the sanction in determining whether it is just or not. It is, indeed, bound up with notions of doing justice and making recompense and restitution, but

it goes beyond recompense and restitution for actual damages in that the public seek satisfaction over and above these for the wrong done. (*doctrine*—1982, p. 31)

Cet extrait marque la seule mention de « recompense » et de « restitution »—que nous pourrions traduire par *compensation*, *restitution*, *réparation*, ou encore *dédommagement*—dans le cadre de la définition du concept de rétribution. Il est alors plus proche du sens général du mot rétribution, qui en dehors du contexte pénal, renvoie à l'idée de paiement. Dédommagement, restitution sont alors tout à fait concevables, et en ce sens, le droit civil peut-être dit fondamentalement rétributiviste, bien que non punitif. Mais la même notion inscrite dans le contexte pénal va se vêtir d'une autre couche de sens. Dans le pénal, la monnaie courante avec laquelle s'effectue le paiement en est venue historiquement à privilégier le mal. Dans cette conception kantienne, le mal du crime se paie par le mal de la peine. La rétribution devient alors répressive, et le dédommagement comme la restitution sont exclues, et le droit civil n'a plus rien à voir avec ce rétributivisme. Ainsi, dans le cadre de l'auto-description punitive du système de droit criminel, Nadin-Davis (*doctrine*—1982) en arrivera dans la deuxième partie de l'extrait à se laisser rattraper par l'histoire pour dire que la rétribution ne peut se contenter de la *réparation*. Mais c'est là un effet de culture institutionnelle et non une impossibilité structurelle ou sémantique.

Analysons maintenant les programmes téléologiques.

3.2.2.2.3 Théorie de la dissuasion. À l'origine, nous rappelle Nadin-Davis, « [the] concept of deterrence encompasses two distinct ideas: that of discouraging others from committing similar crimes, and that of discouraging the offender himself » (*doctrine*—1982, p. 32). Nous constatons, dans cet extrait, une définition de base du concept de dissuasion qui sort du cadre de la rationalité pénale moderne. En effet, dans le cadre de cette définition, il n'est ni question d'affliction ni d'exclusion sociale au premier plan, mais simplement de *décourager la transgression d'une norme*

de comportement. D'ailleurs, plus loin, en parlant de la dissuasion générale et de la dissuasion spécifique, cet auteur précise : « In neither case does it necessarily follow that a long sentence is required to achieve the purpose » (*Ibid.*, p. 32). Dadour partage également ce même avis : « [L]'objectif de dissuasion générale et même spécifique n'est pas exclusivement en lien avec la sévérité d'une peine considérée de manière abstraite » (*doctrine—2007*, p. 8). Mais ce qui est ici en cause est le quantum de la peine et non sa nature ; la nature de la peine semble devoir demeurer carcérale, bien qu'elle n'ait pas dans son quantum à être nécessairement longue et sévère. Serait-il possible, par la doctrine, d'imaginer une « décarcéralisation » plus radicale de la théorie de la dissuasion et de le faire évidemment sans devoir revenir aux supplices?

Roach considère que si le système doit *décourager la transgression d'une norme de comportement*, alors il peut être dit que « the very existence of a criminal justice system acts as a deterrent which prevents many people from engaging in criminal conduct » (*doctrine—2022*, p. 550). En effet, il semble que « in some cases the prosecution itself and the effects [...] will meet the need for general deterrence » (*doctrine—Nadin-Davis*, 1982, p. 35). Dans cette même perspective, « [a] jail sentence is not always required to achieve general deterrence [...] ; sometimes, it is achieved by the simple fact that the accused must 'wear the responsibility for the offence' every day in a small community » (*doctrine—Koturbash*, 2023, p. 129). Cela semble d'ailleurs être le cas au niveau de la dissuasion spécifique : « In some cases, especially for first offenders, denunciation and specific deterrence will be achieved before the sentence is imposed. For instance, in some cases, the public humiliation of a criminal charge achieves both objectives » (*Ibid.*, p. 127). Dans cette même optique, Fortin et al. remarquent que :

Certains disent qu'il n'est pas plus puissant élément de dissuasion que la crainte d'être découvert, arrêté et déclaré coupable et que la nature de la sentence imposée à la suite de

la condamnation est de moindre importance. Pour quiconque a une situation bien assise dans la collectivité, le risque d'un procès public constitue aussi, sans aucun doute, un élément de dissuasion. (*doctrine*—1978, p. 17)

Dans cette perspective, c'est le caractère public de même que la lourdeur de la procédure criminelle qui contribueraient à la dissuasion spécifique et générale et non le caractère afflictif et/ou excluant socialement de ses normes de sanction.

Roach viendra en outre rapprocher cette conception de la dissuasion de la démarche privilégiée en matière de réhabilitation. En ce sens, « [concerns] about specific deterrence can blur into concerns about rehabilitation when the best way to ensure that an offender does not reoffend is to help get that person's life back on track » (*doctrine*—2022, p. 551). L'individu n'a alors non seulement plus envie de transgresser la loi (réhabilitation), mais devant la lourdeur de la procédure et l'exposition publique, il n'en aurait pas non plus l'audace (dissuasion).

3.2.2.2.4 Théorie de la neutralisation. Tel que le précise Koturbash, « [separation] of the offender does not always require imprisonment. A conditional sentence can sometimes also achieve this objective » (*doctrine*—2023, p. 132). D'autres exemples consistent en « the suspension of driving privileges, firearms prohibitions and curfew provisions » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 37). Tel que le précisent Parent et Desrosiers :

Des conditions comme la détention à domicile ou des couvre-feux stricts assurent, en effet, une certaine forme de neutralisation tout en poursuivant des objectifs de réinsertion sociale. D'une procédure d'exclusion, axée sur le refoulement de l'individu et sa marginalisation sociale, nous passons à une technique mixte d'exclusion/inclusion, fondée sur la surveillance du criminel et son confinement à domicile. (*doctrine*—2020, p. 39–40).

Ces exemples, bien qu'ils ne représentent pas la tendance forte au sein de notre matériel empirique sur la question des moyens de mise en œuvre de la neutralisation, nous permettent d'imaginer la neutralisation sans l'incarcération. Cependant, sous l'influence de la rationalité pénale moderne et au sein d'un système qui s'auto-décrit au niveau identitaire par l'affliction et l'exclusion sociale, nous devons reconnaître toute la difficulté que représente pour ce système d'oser imaginer une forme de neutralisation qui va au-delà de cette *technique mixte d'exclusion/inclusion*. La présence d'une technique d'*inclusion* au sein de ce système nécessite la présence de son antonyme, c'est-à-dire l'*exclusion*.

3.2.2.2.5 Théorie de la réhabilitation. Au sein du matériel à l'étude, le programme de réhabilitation se définit comme suit : « The theory of rehabilitation is that the offender can be taught not to offend, or be offered treatment that will remove or reduce the tendency to do so » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 22). Tel que nous l'explique cet auteur :

It is a positive, non-cynical idea [...]. It expresses the archetypal spirit of redemption. It proclaims not only that people can change and be resocialized but that we can develop systems that will help or even make them do so, even after they have grown to become criminals. (*Ibid.*, p. 23)

En effet, Parent et Desrosiers nous expliquent :

Connus sous différents noms, mais qui recouvrent sensiblement le même domaine, 'réhabilitation', 'réadaptation', 'reclassification', 'resocialisation', 'traitement' et 'correction', la réinsertion sociale du délinquant est une fonction de la peine dont le but est d'assurer la transformation positive du comportement criminel. (*doctrine*—2020, p. 41)

Bref, elle peut être résumée par la volonté de « [change] the predisposition of the offender to commit crimes » (*doctrine*—Paciocco, 1999, p. 27).

Ce programme du système de droit criminel se présente comme étant « the best way of protecting the public » (*doctrine*—Manning et al., 2015, p. 3)—en d’autres termes, le meilleur programme destiné à assurer la fonction qu’il s’attribue. En effet, pour Fortin et al., le « redressement du délinquant offre la meilleure protection sociale à long terme, étant donné que ce résultat supprime le risque de le voir continuer sa carrière criminelle » (*doctrine*—1978, p. 17). Dans cette perspective, il s’agit de « [reform] offenders so that they do not offend again because they do not wish to offend again » (*doctrine*—Manning et al., 2015, p. 3).

Lorsqu’il est question du programme de réhabilitation, les exemples de sa mise en forme par d’autres moyens que l’incarcération sont nombreux. Effectivement, au sein de notre matériel empirique, la majorité est en accord et affirme que « la prison ne réhabilite pas ou très peu » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 42). Paciocco exprime même cette idée « with absolute certainty: locking people up does not rehabilitate them, regardless of the kind of crime they have committed » (*doctrine*—1999, p. 23). De son côté, Koturbash explique que « a community environment is often more favourable to rehabilitation than prison » (*doctrine*—2023, p. 133) puisque « [jail] sentences can hinder rehabilitation by removing the offender from family support, causing them to lose their employment and home, and introducing them to poor influences » (*Ibid.*, p. 135).

Ainsi, Dadour affirme que « [cet] objectif pénologique dénote indubitablement une conception thérapeutique de la lutte contre la criminalité », ou encore qu’il est « premised on the medical model of punishment » (*doctrine*—2007, p. 12). Dans cette perspective, contrairement au concept de rétribution qui « demands punishment to fit the offence, rehabilitation mandates punishment to fit the offender » (*Ibid.*, p. 12). Par conséquent, « [la] fonction de réinsertion sociale

explique donc la disparité des peines relatives à une infraction donnée, puisque celles-ci varient selon la capacité du contrevenant à recevoir l'aide requise à sa réinsertion sociale » (*Ibid.*, p. 12).

Sous l'optique de la réhabilitation, plusieurs moyens qui divergent de l'incarcération sont proposés : « retraining » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 39) ; « [...] education, [...] medical treatment, [...] or desirable alternatives » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.155) ; « suspended sentences, community work and periods of probation » (*doctrine*—MacIntosh, 1995, p. 25) ; « [conditional] sentences [...], non-custodial sentence » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 134). La réhabilitation peut donc être « invoquée pour justifier le maintien dans la société d'individus qui y jouent un rôle actif » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 45). C'est dans cette optique que Manning et al. affirment que « rehabilitation is probably the most economical in the long run and the most humanitarian objective of punishment » (*doctrine*—2015, par. 1.155). En effet, non seulement est-ce que ces alternatives « cut down the costs of imprisonment, [mais elles] enable the convict to become a productive member of society, and take or keep him from the corrupting influences of prison life » (*doctrine*—Nadin-Davis, 1982, p. 39).

Finalement, pour le système de droit criminel, la réhabilitation est également possible par voie d'incarcération. En voici un exemple :

Bien que l'incarcération ne soit pas de nature à favoriser la réinsertion sociale des condamnés, il est acquis qu'une peine d'emprisonnement qui intègre des programmes de traitement engendre des perspectives plus positives que l'inverse. En effet, 'de nombreuses études ont démontré qu'il existe une relation entre le traitement correctionnel et la réduction de la récidive'. Ainsi, même si l'incarcération n'est pas le véhicule approprié pour permettre aux délinquants de corriger leur comportement, les autorités carcérales et la société tout

entière ont avantage à aménager la sanction en ce sens. (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 43)

Koturbash est du même avis : « [I]f an offender poses a high risk of reoffending or other circumstances point to a lengthy custodial sentence being appropriate, ‘efforts at rehabilitation must begin with such treatment or programming as is available within prison’ » (*doctrine*—2023, p. 133).

Cependant, certains sont sceptiques des résultats espérés par le système de droit criminel du programme réhabilitatif. Prenons pour exemple un extrait tiré du texte de Paciocco :

Those who change do so because they are highly motivated to, not because we have ordered them to shape up. All we can really do is provide those who have the desire and ability to change with the facilities to do so. For this reason, we cannot expect significant gains in reducing crime, particularly violent crimes by rehabilitation through sentencing, no matter how many rehabilitative programs we have or how much money we throw at them. (*doctrine*—1999, p. 28)

À la lecture de cet extrait, nous pouvons observer qu’il est considéré impossible pour le système de droit criminel de forcer un individu à se réhabiliter. En ce sens, Manning et al. affirment que la réhabilitation n’est pas un « attainable goal for many offenders, given our present knowledge and methods » (*doctrine*—2015, par. 1.155). Ainsi, « it is not, nor is it likely to be, the sole consideration until it can be shown that it affords the best method of securing the interests of society » (*doctrine*—MacIntosh, 1995, p. 25).

D’ailleurs, Fortin et al. nous mettent en garde contre les risques d’abus de pouvoir que comprend la poursuite par ailleurs de ces nobles objectifs que l’on retrouve humainement associés

à la réhabilitation en se référant au rapport du *Comité canadien sur la réforme pénale et correctionnelle* (1969) :

[I]l faut protéger le délinquant contre des mesures de réadaptation, qui vont au-delà des limites du concept de la justice. Certaines méthodes correctionnelles modernes, comme la probation, le sursis de sentence et le traitement médical, font partie de l'arsenal des sanctions, mais ne sont pas conçues comme des peines. Elles visent à réadapter le délinquant. Quel que soit leur objet, toutefois, on ne peut présumer que ces méthodes de traitement sont nécessairement plus humanitaires et plus efficaces en pratique que des peines modérées. Le traitement n'est pas plus humain que la punition s'il est plus pénible, s'il prolonge la restriction de liberté ou s'il ne produit aucun résultat que l'intéressé juge souhaitable. (*doctrine*—1978, p. 17)

3.2.2.2.6 Justice restauratrice. Comme nous l'avons mentionné plus tôt, parfois retrouvé en lien avec le programme de réhabilitation du système de droit criminel se retrouve celui de réparation sous l'optique du programme de justice restauratrice. Au sein du matériel à l'étude, nous observons que le programme de justice restauratrice vise deux objectifs, « la réparation et la prise de conscience de l'accusé de sa propre responsabilité » (*doctrine*—Széles, 2013, p. 297). L'aspect *réparateur*—parfois appelé « restitution » (*doctrine*—Perrier et Pink, 1999)—est visé au « harm done to victims and the community » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 537), tandis que celui de *prise de conscience* vise la responsabilisation du contrevenant. Ainsi, « [a] restorative justice approach seeks to remedy the adverse effects of crime in a manner that addresses the needs of all parties involved » (*doctrine*—Manning et al., 2015, par. 1.156). Comme le précise la doctrine juridique, ce type d'approche du droit criminel devrait être « considered for all offenders, but

especially for Indigenous offenders because of their overincarceration and the primary emphasis upon the ideals of restorative justice in Indigenous traditions » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 554).

Tel que le souligne Roach, citant ici l'arrêt *R. c. Gladue* (1999) de la Cour suprême du Canada, « 'Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction,' but generally involve 'some form of restitution and re-integration into the community' » (*doctrine*—2022, p. 554). En ce sens, et comme le précisent Parent et Desrosiers :

Le regard sur la peine change ici de perspective. Il ne s'agit plus de pondérer la sévérité de la sanction en s'appuyant sur la gravité de l'infraction commise, mais de s'intéresser à la façon dont elle pourrait pallier les effets négatifs du geste criminel, tant pour la victime que pour la communauté. (*doctrine*—2020, p. 46)

Concrètement, ce type de peine peut prendre la forme de « l'amende, le versement d'un don, le remboursement de la victime et les travaux communautaires » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 47–48). Ou encore, « [pour] certains la mise en accusation et le déroulement des procédures judiciaires suffiront pour éveiller le sens des responsabilités et la prise de conscience » (*Ibid.*, p. 49). Notons également la mention de « participating in victim-offender reconciliation, restorative justice programs or healing circles » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 136).

Cependant, comme c'est d'ailleurs le cas pour les autres programmes du système de droit criminel, ce dernier est confronté à certaines limites. Premièrement, parmi les critères nécessaires à ce que ce programme du système de droit criminel s'applique dans le cadre d'une détermination d'une peine, nous notons le besoin « for a prior plea of guilt or at least an equivalent formal acknowledgement of responsibility », ainsi qu'un « full and informed consent by the victim to any alternative process with full recognition that there may be no formal and public process of holding the accused to account » (*doctrine*—Stuart, 2020, p. 77). Dans cette perspective, la mesure dans

laquelle ce programme peut être appliqué au sein du système de droit criminel dépend de facteurs externes, dans ce cas-ci, certains facteurs en lien avec la victime et l'accusé.

En tant que deuxième limite, notons avec Roach que « there are limited means by which judges can require offenders to make reparation to victims » (*doctrine*—Roach, 2022, p. 553). Ainsi, comme l'explique cet auteur : « Judges may stress the idea of reparation to the community more than reparation to the victim, and this may be used to support retributive and denunciatory sanctions » (*Ibid.*, p. 553). Cela est également le cas lorsqu'il est question de « promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgement of the harm done to victims and to the community » (*Ibid.*, p. 553). Tel que le précise ce même auteur, « [this] provision could also be used to support punitive measures » (*Ibid.*, p. 553). C'est dans cette optique que Stuart considère que « the new fad of 'restorative justice' » peut justifier un moyen pour le système de droit criminel d'imposer « tougher sentences » (*doctrine*—2020, p. 76). Par exemple, Parent et Desrosiers affirment que « l'amende s'apparente davantage à la justice punitive », mais « reconnaît le tort causé à la société et l'importance de rétablir l'équilibre rompu entre l'offenseur et la collectivité dont il fait partie » (*doctrine*—2020, p. 48).

Dans la doctrine étudiée, on fait très peu référence à ce programme. Cela s'explique peut-être par le fait qu'il représente un programme relativement nouveau en droit criminel canadien, ou peut-être parce qu'il demeure situé dans les marges de ce système. Mais cela pourrait aussi s'expliquer par le fait que sur le plan identitaire, ce n'est pas le programme qui nous vient spontanément en tête lorsqu'on pense aux châtiments en relation aux crimes. Il y aurait ici l'effet d'un biais culturel, attribuable à l'auto-description identitaire la plus établie : Culturellement, quand on pense crime, on pense peine, et quand on pense peine on pense affliction et exclusion sociale ; tout autre perspective, non afflictive ou non privative de liberté paraît en quelque sorte

inauthentique, comme non-identitaire, de l'ordre de l'essai, du projet pilote, mais d'aucune manière comme faisant partie de l'essence pénale.

3.2.2.3 Potentialité de la divergence. Ainsi, dans l'optique de la rationalité pénale moderne, nous observons que la doctrine juridique parvient à certains moments, lorsqu'elle diverge de son approche typique, à définir tant la fonction que les programmes du système de droit criminel autrement que par l'affliction et/ou l'exclusion sociale. D'ailleurs, dans la perspective de l'évolution des systèmes, c'est de cette façon que nous pouvons caractériser ces divergences d'idées innovatrices pour ce système—elles ne sont pas représentatives des valeurs auxquelles s'associe déjà le système, c'est-à-dire celles d'affliction et/ou d'exclusion sociale. Plutôt que reproduire les idées dominantes du système de pensée du droit criminel, celles-ci soutiennent des idées qui se présentent comme étant « incompatibles » ou encore « inconciliables » (Dubé, 2008) avec le système de pensée actuel qu'il adopte. Prenons pour exemple les conceptions de la rétribution dans les termes de la *restitution* au sein d'un système qui s'auto-décrit au niveau identitaire par la peine *afflictive* et/ou *privative de liberté*.

De plus, tel que le souligne Dubé, ces idées innovatrices « n'occupent pas le même espace sémantique que les idées dominantes de la rationalité pénale, elles se logent généralement dans la périphérie et non au centre » (2008, p. 66). Dans cette perspective, « les idées innovatrices forment bel et bien des alternatives » (*Ibid.*, p. 66) pour le système de droit criminel, mais demeurent néanmoins « un champ d'options » possibles. Par exemple, les programmes de réhabilitation ou de réparation ne sont pas représentés au sein de la doctrine juridique en tant que principaux programmes de ce système. Ces programmes se présentent plutôt en tant qu'alternatives à ceux de la dénonciation, de la rétribution, de la dissuasion ou encore de la neutralisation, mais demeurent

des « possibilités actualisables ». Pour l'instant, « on ne leur accorde pas [...] la même importance dans les opérations de reproduction du système » (*Ibid.*, p. 66).

Finalement, notons que ces idées innovatrices « se caractérisent comme les *points d'ancrage d'une systématisation* » (Dubé, 2008, p. 66). Dans cette perspective, elles peuvent attirer d'autres idées de ce type de façon à « [tisser] autour de leurs interactions une nouvelle série d'énoncés, un nouveau *système* de pensée » (*Ibid.*, p. 66). Par exemple, le programme de réhabilitation, visant non pas à punir un individu, mais bien à le réintégrer en société, privilégie des moyens qui s'écartent de la peine privative de liberté.

Dans cette perspective, nous pouvons considérer que ces idées innovatrices sont significatives sur le plan de l'évolution identitaire du système de droit criminel. D'ailleurs, celles-ci sont effectuées au niveau d'une zone névralgique de la structure de ce système, c'est-à-dire au niveau de ses normes de sanction (Pires, 2022). Rappelons-le, ce sont ces normes qui sont « sollicitées ou évoquées par [le système de droit criminel] pour construire son récit identitaire » (Labonté, 2019, p. 76). En effet, pour le système de droit criminel, la stabilisation de normes de sanctions implique, par cette même opération, la reproduction d'une vision identitaire de lui-même. Dans cette perspective, ces idées innovatrices touchent la structure interne nucléaire du système, autrement dit le « moteur de l'évolution » (Pires, 2022) et lui permettent donc, comme « possibilité actualisable », une vision identitaire *autre*, c'est-à-dire de se représenter autrement que par la peine afflictive et/ou privative de liberté.

Dans cette optique, pour le système de droit criminel, la stabilisation des normes de sanction divergentes que propose la doctrine juridique—par exemple, celles de *réhabilitation* ou encore de *réparation*—représente comme « possibilité actualisable » la reproduction, sur le plan identitaire, d'auto-descriptions qui reflètent ces valeurs. Ainsi, dans la perspective de l'évolution

identitaire du système de droit criminel, ces normes de sanction représentent comme potentiel pour ce système, la reproduction d'un récit identitaire qui s'éloigne de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale.

Malgré la « possibilité actualisable » des idées innovatrices que nous propose la doctrine juridique, nous ne sommes pas encore en mesure d'affirmer l'évolution identitaire du système de droit criminel. Rappelons que dans la perspective de l'évolution des systèmes sociaux de Luhmann (2010), bien que la variété innovatrice permette de susciter des changements internes, elle doit d'abord être sélectionnée par le système en fonction de ses structures internes et ensuite accueillie par une structure qui permet sa diffusion au sein du système de façon à être généralisée et stabilisée à long terme.

Une fois sélectionnée par le système de droit criminel, cette variété innovatrice ne représente qu'une institutionnalisation faible (Dubé, 2008) au sein de ce système. En d'autres termes, elle demeure marginale dans le cadre du système de droit criminel et s'apparente à une « anomalie » (*Ibid.*, p. 19) face à l'ensemble des structures du système. Afin de s'écarter de ce statut, cette variété doit, en plus d'être sélectionnée, être stabilisée dans le système, c'est-à-dire généralisée dans les opérations du système (*Ibid.*). Par l'entremise de cette stabilisation, la variété innovatrice parviendra à devenir la « tendance forte » (Labonté, 2019, p. 84).

Dans le cadre de l'évolution identitaire du système de droit criminel, c'est dans cette mesure que la variété innovatrice que propose la doctrine juridique représente une « possibilité actualisable ». Nous observons, grâce à l'analyse de nos données, la disponibilité de la variété innovatrice. D'ailleurs, nous concevons la sélection de la part du système de droit criminel de certaines de ces idées. En effet, nous retrouvons à l'article 718 du Code criminel les objectifs de réhabilitation et de justice restauratrice. Sous cette optique, nous observons une structure au sein

du système permettant à cette variété d'y être incluse. Cependant, pour l'instant, nous ne pouvons pas parler d'« institutionnalisation forte » (Dubé, 2008, p. 20). Dit autrement, nous n'observons pas la stabilisation et/ou la généralisation de cette variété dans les opérations du système de droit criminel. Pour ce système, elle demeure qu'une simple idée. Elle se situe toujours en marge par rapports aux idées dominantes de la rationalité pénale moderne.

Par exemple, les programmes du système de droit criminel définis par la doctrine juridique autrement que par l'affliction et/ou l'exclusion sociale sont fréquemment présentés en tant que possibilités applicables à certains cas très rares et exceptionnels ou alors comme ne pouvant pas être utilisés de façon autonome. Ils sont accompagnés de programmes définis dans des termes belliqueux aux fins de ce que Dadour caractérise de « posologie appropriée » (*doctrine*—2007, p. 4), c'est-à-dire un « idéal à atteindre dans l'imposition d'une peine [en dosant] sagement les objectifs » (*doctrine*—Dumont, 1993, p. 103). Sur ce point, Roach souligne comme exemple :

[I]n some cases imprisonment might be thought necessary to achieve retribution for a past wrong and perhaps to deter others from committing a crime in the future. At the same time, such a sentence may not be necessary and may even be counterproductive in achieving the purposes of rehabilitation or deterring the particular offender or allowing the offender to provide reparation to the victim. (*doctrine*—2022, p. 545)

Ainsi, tel que le souligne Stuart, « [the] difficulty with espousing all these aims is that they might well contradict each other and suggest different sentences in a particular case » (*doctrine*—2020, p. 64). Dans le cadre d'un système s'auto-décrivant d'un point de vue identitaire par l'affliction et/ou l'exclusion sociale, les conceptions divergentes que propose la doctrine juridique parviennent difficilement à se centraliser dans les opérations du système.

3.3 Analyse sociologique du virtuel

Nous considérons, à la suite de l'analyse de la façon par laquelle la doctrine juridique définit l'ensemble des programmes du système de droit criminel (à l'exception de ceux propres à la réhabilitation et à la justice restauratrice), que sous l'influence de l'auto-description punitive de ce système, ces programmes s'inscrivent dans la rationalité pénale moderne. En effet, pour l'essentiel, la peine afflictive et/ou excluante socialement demeure, pour le système de droit criminel, la peine de référence.

Dans la perspective de la théorie de la rationalité pénale moderne, c'est ce qui représente le point de convergence de la plupart des programmes du système de droit criminel. Bien que ces programmes représentent tous des idées variées quant aux différentes finalités qui permettent, du point de vue du système, d'assurer la fonction qu'il s'attribue, les moyens qu'ils empruntent convergent pour l'essentiel autour des deux mêmes valeurs négatives de l'affliction et de l'exclusion sociale. C'est ce qu'au chapitre théorique de cette thèse Garcia caractérisait de « 'divergence convergente' : divergence des motifs, convergence des pratiques » (2013, p. 54).

Cependant, qu'en serait-il si ce système s'auto-décrivait différemment d'un point de vue identitaire? Des programmes définis autrement que par l'affliction et/ou l'exclusion sociale pourraient-ils occuper une place centrale au sein d'un tel système? Dans la section qui suit, nous analyserons ce qui demeure possible dans l'imagination sociologique à l'aide de la sociologie du « virtuel » (Dubé, 2022).

Si, la sociologie en général s'attribue comme tâche initiale d'observer le « réel social » et de le décrire en le distinguant du « réel non social (naturel, psychologique, etc.) » (Dubé, 2022, p. 238), la sociologie du virtuel « distingue [en plus,] les mondes possibles et *les décrit comme possibles* » (*Ibid.*, p. 249). En d'autres termes, la sociologie du virtuel se donne pour tâche « [d'observer] [...] *ce qui pourrait être*, [c'est-à-dire d'observer] [...] tous ces mondes possibles

qui se dissimulent derrière les mondes actualisés » (*Ibid.*, p. 239). Dans cette perspective, Dubé, citant Wittgenstein, affirme que « [t]out ce que nous voyons pourrait [...] être autre. Tout ce que, d'une manière générale, nous pouvons décrire, pourrait aussi être autre. Il n'y a aucun ordre a priori des choses » (1922, dans Dubé, 2022, p. 237). Adhérer à cette perspective nécessite d'abord d'adhérer à l'épistémologie constructiviste selon laquelle « tout savoir dépend *de la structure du connaissant* » (Maturana et Varela, 1987, dans Dubé, 2022, p. 240) et ainsi, que « toutes les cognitions (idées) sont des constructions du système cognitif respectif et ne reflètent en aucun cas une quelconque réalité externe » (Seidl, 2005, dans Dubé, 2022, p. 240).

Comme l'exprime Dubé, « [c]haque observation est [...] toujours en même temps une 'non-observation'. Chaque observation implique toujours des points de cécité, des choses qu'on ne voit pas et qu'on ne voit pas qu'on ne voit pas » (Dubé, 2022, p. 242). En effet, pour un observateur de premier ordre, la distinction entre ce qu'il observe et ce qu'il n'observe pas est elle-même invisible. Tel que nous le rappelle Luhmann, cité par Dubé : « [*D*]ans le courant de son observation, [un observateur] ne peut distinguer [sa] distinction » (2002, dans Dubé, 2022, p. 243), il « ne voit pas qu'il ne voit pas ce qu'il ne voit pas » (*Ibid.*, p. 246). Ainsi, pour un observateur de premier ordre, rendre « visible » implique également rendre « invisible ».

C'est à ce niveau que le sociologue, à l'aide de la perspective de la sociologie du virtuel, trouve son utilité. En adoptant une posture d'observateur de deuxième ordre—c'est-à-dire une posture d'observateur qui observe un observateur observer—le sociologue est en mesure de « (re)visibiliser » ce qui, initialement, fut « invisibilisé » par l'observateur de premier ordre dans le processus de « visibilisation » de l'actuel. Dès lors, « [l]'observateur de deuxième ordre voit à la fois son objet, en l'occurrence l'observation de l'observateur de premier ordre, ce qu'il voit, mais aussi ce qu'il ne voit pas » (Dubé, 2022, p. 245).

Ainsi, en acceptant « que toute réalité sociale procède d'une distinction, on doit dès lors accepter que toute réalité sociale comprenne à la fois une face réelle correspondant à l'ensemble des possibilités actualisées dans la face positive de la distinction, ainsi qu'une face virtuelle renvoyant quant à elle à l'ensemble des possibilités qui n'ont pas été actualisées, mais qui pourraient l'être » (Dubé, 2022, p. 248). Ces possibilités non-actualisées représentent, dans le cadre de cette perspective, des « mondes possibles » (*Ibid.*), c'est-à-dire « ce qui demeure possible au-delà de ce qui est » (*Ibid.*, p. 252). Les « mondes possibles » ne sont « rien d'autre qu'un agencement différent de notre monde, avec les mêmes créatures, les mêmes substances, voire les mêmes propriétés, mais agencées différemment » (Schmutz, 2006, dans Dubé, 2022, p. 251).

C'est à ce niveau que nous pouvons caractériser cette sociologie du virtuel et par ailleurs notre propre thèse comme étant critiques. En décrivant autant ce qui est actualisé que ce qui ne l'est pas, nous faisons « émerger une question d'une portée critique profonde : comment justifier le réel quand le virtuel est révélé, 'revisibilisé' comme étant tout aussi possible? » (Dubé, 2022, p. 248). Dans ce contexte, il faut entendre « critique » dans les termes de Miaille, que cite Dubé : « [L]a pensée [...] qui *ne se satisfait pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir, mais qui postule que la Réalité est plus que l'expérience immédiate que nous pouvons en avoir* » (1992, dans Dubé, 2022, p. 248). Ainsi, la sociologie du virtuel « se fait critique *dans les implications* de ses propres distinctions ; elle se fait critique *dans la potentialité de ses effets* » (*Ibid.*, p. 249).

C'est dans cette optique que nous allons pouvoir mener cette dernière partie de l'analyse, en tâchant de décrire non seulement ce qui est, mais ce qui n'est pas et pourrait être, ce qui donc se cache derrière le « visibilisé » ou ce qui sans être nécessairement caché est nié comme possibilité par l'actualisé.

Au premier plan, nous considérons qu'un système qui s'auto-décrit fonctionnellement au niveau identitaire par la protection de la société plutôt que par la punition devient structurellement plus ouvert à la possibilité que ses programmes soient déterminés par autre chose que les valeurs d'affliction et/ou d'exclusion sociale. En second plan, nous considérons également—et nous en expliquerons les raisons plus loin en nous appuyant sur un texte de Dubé (2012), qu'une plus grande souplesse et une plus grande ouverture serait encore possible si l'auto-description abandonnait la sémantique encore trop belliqueuse de la protection—car on se protège toujours *contre* quelque chose, jamais *pour* ; nous pourrions alors explorer, comme le fait Dubé, la possibilité que nous offre la perspective de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann qui quant à elle définit la fonction du droit dans les termes de la stabilisation d'expectatives normatives.

Considérons d'abord, en guise de résumé, ce que notre empirie a permis de faire émerger comme variété et nous pourrions revenir ensuite à la stabilisation des expectatives normatives comme variété non actualisée en droit, mais virtuellement possible.

3.3.1 La fonction définie dans la sémantique de la protection de la société : la variété de l'empirie

Comme nous l'avons observé, lorsque le système mobilise une auto-description non explicitement punitive, comme celle de la *protection de la société*, les programmes s'assouplissent. Celui de la dénonciation peut revenir à son essence même, c'est-à-dire à l'*expression de désapprobation collective vis-à-vis un acte et à la réaffirmation des valeurs sociales fondamentales*. De plus, dans l'optique de ce programme—définit dans des termes plus neutres, sans visée afflictive ou privative de liberté—deviennent possible les peines que nous proposent Parent et Desrosiers (*doctrine*—2020) à des fins de dénonciation : l'absolution, l'amende, ou

encore la sentence suspendue. En effet, l'auto-description de la protection de la société ne requiert pas, du moins de façon explicite, que les normes de sanction qu'adopte le système de droit criminel à des fins de dénonciation, affligent le condamné, ou l'excluent socialement. Il peut donc placer au premier plan une peine pour laquelle « aucune condamnation ne sera enregistrée » (Gouvernement du Canada, 2021), comme cela est d'ailleurs le cas lorsqu'il est question de l'absolution. Plus encore, ce système pourrait considérer, comme le fait Koturbash (*doctrine*—2023), que la dénonciation a lieu au moment de déclarer la culpabilité d'un individu. Ce juriste nous offre comme exemple de dénonciation « the public humiliation of a criminal charge » (*Ibid.*, p. 127), c'est-à-dire le résultat d'une peine criminelle qui n'a aucune visée afflictive et/ou privative de liberté. Pour ce qui concerne l'essence même de la dénonciation, par le fait même de déclarer un individu coupable d'un acte, le juge exprime son aversion vis-à-vis ce comportement, tout en réaffirmant nos valeurs sociales fondamentales.

Dans l'optique de l'auto-description de la protection de la société, devient d'ailleurs possible le programme de rétribution défini dans son sens général, celui du *paiement proportionnel au tort commis*, comme en fait d'ailleurs mention Nadin-Davis dans les termes de « recompense » et de « restitution » (*doctrine*—1982, p. 31). À cet égard, le système pourrait tout à fait agir de façon similaire au droit civil en privilégiant le dédommagement, tout en s'auto-différenciant au niveau de ses normes de procédures—des règles de preuves plus exigeantes (hors de tout doute raisonnable)—et de ses normes de comportement—un droit public qui concerne les comportements qui violent gravement les valeurs sociales fondamentales. Dans cette perspective et en opposition à la conception kantienne qui veut que le mal du crime soit payé par le mal de la peine, ce mal pourrait être payé par d'autres moyens que la peine afflictive et privative de liberté, notamment par la monnaie courante. Ainsi, le système de droit criminel pourrait placer au premier

plan des objectifs de *réparation des torts, de restitution, de dédommagement* en tant que moyens de *protéger la société* et en maintenant ses principes de proportionnalité.

Quant au programme de dissuasion, sous l'influence de l'auto-description de la protection de la société, le système de droit criminel pourrait adopter la définition qu'en fait Nadin-Davis : « discouraging others from committing similar crimes, and [...] discouraging the offender himself » (*doctrine*—1982, p. 32). Dans son ensemble, nous pourrions résumer cette définition par le *découragement de la transgression d'une norme de comportement*, un découragement qui s'écarte—sous l'influence d'une auto-description non explicitement punitive—de l'obligation d'affliger et d'exclure socialement. Deviendraient donc admissibles les moyens que propose la doctrine juridique, par exemple, pour Roach, « the very existence of a criminal justice system » (*doctrine*—2022, p. 550), un système social qui prend en charge les transgressions aux normes de comportement, agit de façon à décourager leur transgression. Dans une perspective similaire, pour Nadin-Davis, c'est « the prosecution itself » (*doctrine*—1982, p. 35) qui permet un tel découragement ou encore pour Koturbash, par le fait qu'un individu doit « 'wear the responsibility for the offence' every day in a small community » (*doctrine*—2023, p. 129).

Même le programme de neutralisation peut s'assouplir. En effet, sans l'obligation d'affliger ou d'exclure socialement, le système de droit criminel peut concevoir ce programme à son essence même, c'est-à-dire *neutraliser une capacité d'agir*. Serait donc admissible en droit criminel canadien, les moyens non-carcéraux, qui s'écartent également de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale que propose la doctrine juridique : pour Koturbash « a conditional sentence » (*doctrine*—2023, p. 132) ; pour Nadin-Davis « the suspension of driving privileges, firearms prohibitions and curfew provisions » (*doctrine*—1982, p. 37) ; et finalement pour Parent et Desrosiers « la détention à domicile ou des couvre-feux stricts » (*doctrine*—2020, p. 39).

Enfin, les programmes de réhabilitation et de réparation ainsi que leurs approches pourraient prendre une place centrale au sein d'un système. En effet, le statut de ces programmes ne serait plus limité à celui d'alternative au sein des opérations du système. Sous l'effet d'une telle auto-description, des moyens de réinsertion sociale tels que l'éducation (*doctrine*—Manning et al., 2015), le « community work » (*doctrine*—MacIntosh, 1995, p. 25), ou le « non-custodial sentence » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 134) pourraient s'afficher au premier plan. Il en va de même pour les moyens de réparation tels que « l'amende, le versement d'un don, le remboursement de la victime » (*doctrine*—Parent et Desrosiers, 2020, p. 47–48), ou encore la « [participation] in victim-offender reconciliation, restorative justice programs or healing circles » (*doctrine*—Koturbash, 2023, p. 136).

Ce détour sur ce qui s'avère possible au sein d'un système qui s'auto-décrit fonctionnellement au niveau identitaire par la protection de la société nous permet de considérer l'impact limitant de l'auto-description fonctionnelle punitive du système de droit criminel. En effet, au sein d'un système qui, dans son rapport à lui-même, se définit de façon moins explicitement punitive, il est possible d'actualiser les idées innovatrices que propose la doctrine juridique. Examinons maintenant ce qui demeure encore virtuellement possible, bien que non actualisé en droit quant à l'auto-description du système de droit criminel en considérant, comme le fait Dubé, la fonction de ce système dans les termes de Luhmann, c'est-à-dire ceux de la *stabilisation d'expectatives normatives*.

3.3.2 La fonction définie dans la sémantique de la stabilisation d'expectatives normatives : la variété non actualisée

De façon générale, telle que le constate Dubé, « la sémantique de la protection de la société peut certainement être associée à ces actes de discours *autour* desquels et *à travers* lesquels nous

communiquons beaucoup, mais *à propos* desquels nous communiquons très peu » (2012, p. 663). Dans ce qui suit, nous souhaitons communiquer *à propos* de cette sémantique et le faire à l'aide de l'analyse qu'en fait Dubé, afin de problématiser cette auto-description qui, en tant que fonction du droit criminel, comme le propose cet auteur :

assure, dans les réseaux de communication du système, la pérennité des théories de la peine les plus belliqueuses et la préservation (non-évolution), du coup, d'une auto-description dominante à travers laquelle le droit criminel, dans la société, ne peut concevoir son rôle que de manière 'hostile, abstraite, négative et atomiste'. (*Ibid.*, p. 664–665)

Tel que le remarque Dubé dans le cadre de cette réflexion, le concept de « protection » « n'a de sens que lorsqu'il présuppose l'existence d'une menace contre laquelle quelque chose doit réagir ou se défendre » (2012, p. 676). Dans cette optique, il peut être « difficile d'en concevoir le sens dans des formes neutres ou positives ; les formes pouvant être extraites de ce médium auront généralement tendance, en droit criminel comme ailleurs, à refléter le spectre de l'adversité » (*Ibid.*, p. 677). En effet, le mot protection « détermine sa vectorialité d'action à partir d'une distinction d'opposition entre deux entités : pour les uns, la protection agit nécessairement contre les autres. Sa sémantique implique et même requiert qu'une des deux faces de la distinction soit marquée négativement » (*Ibid.*, p. 677). Dans ce cadre, il est difficile de concevoir la sémantique de la *protection de la société* de façon « médiatrice », ou encore dans l'optique de la « protection simultanée des deux faces » (*Ibid.*, p. 677). Plutôt, « [ce] qu'elle stimule plus activement, c'est l'uni-directivité', [...] protéger c'est d'abord et avant tout prendre parti » (*Ibid.*, p. 677) nous dit Dubé.

Ainsi, si nous pouvons relayer « aux effets de cristallisation que produisent les théories modernes de la peine » (Dubé, 2012, p. 679) une certaine part du blâme quant à l'attachement du

système aux normes de sanction qui reflètent les valeurs d'affliction et d'exclusion sociale, nous pouvons également considérer que cet attachement peut être relié « à l'hostilité que reconduit la fonction du droit criminel lorsque définie dans les termes de la protection de la société » (*Ibid.*, p. 679). En effet, rappelons que dans la perspective de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, « la fonction oriente [...] les opérations du système et *se conçoit par rapport à l'ensemble de ces opérations opérées au sein du système*. À travers elle, le système s'autorégule et, ce faisant, s'individualise, se distingue d'autres systèmes présents dans son environnement » (*Ibid.*, p. 676). D'un point de vue juridique, c'est au niveau de cette fonction définie de façon hostile que s'opère cette « différenciation du système de droit criminel, c'est-à-dire ce qui lui permet de *se distinguer* des autres systèmes sociaux environnants, notamment du système de droit civil » (*Ibid.*, p. 679). Comme le précise Dubé,

il en va alors moins de la protection réelle ou concrète de la société que de la préservation de ce qui est perçu par le système comme les frontières lui permettant de se distinguer de son environnement et d'exister comme unité différenciée ; 'le maintien des frontières [...] est le maintien du système'. D'un point de vue sociologique, il s'agit d'un autre obstacle cognitif à l'évolution du droit criminel moderne. (*Ibid.*, p. 680)

Cependant, dans la perspective de la théorie des systèmes sociaux, « cette conception de la fonction [...] n'est pas, contrairement à ce que peut 'penser' le droit, une nécessité sans alternatives. Il est en effet possible de concevoir autrement la fonction du droit criminel sans compromettre la préservation de ses frontières » (Dubé, 2012, p. 680). Dubé explique :

le système de droit criminel, *sans risque de dé-différenciation*, peut abandonner la sémantique d'hostilité qui caractérise présentement sa fonction ; il peut instituer une

conception plus neutre de son rôle dans la société et contribuer de façon plus libre à la complexification et à la diversification positive de ses normes de sanction. (*Ibid.*, p. 680).

Afin de comprendre ce qu'entend Dubé à ce propos, il faut d'abord comprendre la façon dont il schématise la mise en forme de la loi pénale, c'est-à-dire « quiconque fait 'X' est passible de 'Y' » (2012, p. 677).

Dans cette mise en forme particulière, X renvoie évidemment à un comportement (par exemple, 'quiconque commet un meurtre...'), tandis que Y renvoie plutôt à une *sanction* ou à une *décision* qui pourrait ou devrait être ordonnée (par les tribunaux) dans le cas où ledit comportement devait malgré tout être adopté. Le rapport entre X et Y fait ainsi émerger une expectative normative au plan des comportements individuels : lorsque le droit stipule que quiconque commet un meurtre (X) est passible d'une peine d'incarcération à perpétuité (Y), l'expectative normative du droit est à l'effet que toute personne doit éviter d'adopter un tel comportement, éviter de commettre un meurtre. (*Ibid.*, p. 677)

Dans cette perspective, Dubé « [représente] théoriquement autant X que Y comme des 'enveloppes au contenu flexible', c'est-à-dire comme des univers de sens » (*Ibid.*, p. 678). Par exemple, plutôt qu'avoir un contenu donné par « la nature », ou encore par « une moralité transcendantale », le contenu de ces enveloppes est donné par « une décision contingente pouvant à tout moment être renversée au moyen d'une autre décision » (*Ibid.*, p. 678). Pour Luhmann, c'est ce qui représente « le caractère distinctif du droit positif moderne » (*Ibid.*, p. 678) : « [L]es normes juridiques qui sont instituées comme étant valides au moyen d'une décision et qui, par conséquent, peuvent être invalidées également au moyen d'une décision » (Luhmann, 2001, dans Dubé, 2012, p. 678).

Cependant, si

le contenu des enveloppes X et Y peut changer ou se complexifier, la structure de la mise en forme, elle, se conserve : elle continue de se maintenir sous la forme de ‘quiconque fait X est passible de Y’ ; les comportements peuvent être en effet décriminalisés ou criminalisés (X), les sanctions peuvent être diversifiées (Y), mais à partir du moment où des expectatives normatives sont maintenues, le système est en opération et se donne lui-même la condition de sa propre auto-reproduction. (*Ibid.*, p. 678).

Ainsi, d’un point de vue sociologique, ce qui permet au système de droit criminel de se différencier de son environnement « dépend de la reproduction et du maintien de la mise en forme et non, comme tend à le présupposer trop souvent un certain *point de vue juridique*, de la reproduction ou du maintien des contenus stabilisés dans les enveloppes X et/ou Y » (Dubé, 2012, p. 679). D’ailleurs, dans la perspective de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, c’est cette mise en forme ou autrement dit la *stabilisation des expectatives normatives* résultant du rapport entre X et Y qui correspond à la fonction du système juridique « à l’intérieur duquel se sont différenciés différents sous-systèmes, notamment les sous-systèmes de droit criminel et civil » (*Ibid.*, p. 680). Plus précisément, la différenciation du droit criminel et du droit civil « au sein du système juridique [...] relève [...] des programmes différenciés qu’ont respectivement institués les sous-systèmes juridiques afin de pouvoir orienter leurs propres opérations selon l’orientation générale donnée par la fonction maîtresse » (*Ibid.*, p. 680–681), c’est-à-dire, la *stabilisation des expectatives normatives*.

Contrairement à la sémantique de la protection de la société, cette fonction « ne se définit donc pas par rapport à Y, mais bien par rapport à la mise en forme de ‘quiconque fait X est passible de Y’, *quel que soit Y* » (Dubé, 2012, p. 681). En fait, comme le précise Dubé :

Là où la fonction première du système n'est pas celle d'assurer la préservation de la forme 'quiconque commet 'X' est passible de 'Y'', mais bien d'assurer la protection de la société par la préservation des contenus qui se rattachent aux normes de sanction (Y), on peut difficilement concevoir l'institutionnalisation et la valorisation de sanctions alternatives non hostiles. (*Ibid.*, p. 679)

En effet,

[si], comme le suggère le droit criminel moderne, le schème régulateur de sens est celui de la protection de la société et de l'hostilité qui en découle, les sanctions afflictives et les sanctions non afflictives ne peuvent dès lors plus être considérées comme des solutions fonctionnellement équivalentes ; les premières, de par l'hostilité qu'elles symbolisent, seront considérées mieux convenir aux caractéristiques d'un système dont l'identité différentielle est elle-même porteuse et reproductrice d'hostilité. Si le schème régulateur de sens était plutôt défini autour du maintien de la forme 'quiconque fait X est passible de Y', c'est-à-dire autour de la fonction de la stabilisation des attentes normatives, autant la sanction afflictive que la sanction non afflictive, en tant que solutions fonctionnellement équivalentes, peuvent convenir aux caractéristiques de cette autre conception de l'identité systémique. (*Ibid.*, p. 682–683).

Ainsi, en « faisant le deuil de la fonction classique du droit criminel au profit d'une conception plus neutre définie dans les termes de la stabilisation des attentes normatives » (Dubé, 2012, p. 685), « [au] plan des sanctions, le système peut sélectionner les unes et abandonner ou circonscrire plus strictement les autres sans compromettre son identité, sans compromettre sa fonction distinctive » (*Ibid.*, p. 683). S'ouvre alors au système de droit criminel « un champ de solutions fonctionnellement équivalentes qu'il est [...] possible de comparer quant à leurs

avantages respectifs et parmi lesquelles on pourra choisir celle qui ‘convient le mieux’ aux caractéristiques du système » (Friedberg, 1978, dans Dubé, 2012, p. 682). En d’autres termes, ce changement au niveau de la fonction du système de droit criminel permet

de créer en son sein une ouverture cognitive favorable à un réinvestissement de l’enveloppe Y. Dans l’ordre de la sémantique de la stabilisation des attentes normatives, le réinvestissement de l’enveloppe Y peut alors se libérer de l’obligation de reconduire les hostilités par l’entremise de sanctions afflictives et/ou génératrices d’exclusion sociale et prendre au sérieux la possibilité d’instituer et de valoriser dans ses opérations des sanctions alternatives plus positives » (*Ibid.*, p. 685).

D’ailleurs, dans le cadre d’un tel changement fonctionnel, « le système peut continuer de thématiser certaines transgressions normatives comme ‘crimes’ et non comme ‘fautes’ » (*Ibid.*, p. 685) et par le fait même, opérer « une forme de différenciation systémique » (*Ibid.*, p. 685).

Finalement, notons qu’il ne soit pas nécessaire d’« exclure la sémantique de la protection de la société de tout réseau de communication du droit criminel moderne » (Dubé, 2012, p. 685). En effet, si « la sémantique de la protection de la société doit cesser de créer des obstacles cognitifs *au niveau de la fonction*, [...] cela n’empêche d’aucune manière la sémantique de produire certains effets plus ciblés dans l’ordre des *prestations* du système » (*Ibid.*, p. 685). Dubé offre comme exemple la « neutralisation par l’enfermement de l’individu perçu comme dangereux ou à haut risque de récidive [qui] protège, pour un temps, la ‘société’ » (*Ibid.*, p. 686) sans pour autant « caractériser l’ensemble des opérations du système » (*Ibid.*, p. 685). Ainsi, cette « prestation doit donc être conçue pour ce qu’elle est et rien de plus, c’est-à-dire comme un type particulier de performance que réalise le droit criminel au profit de la société » (*Ibid.*, p. 686).

En tant que schème régulateur de sens, la sémantique de la protection de la société représente « un espoir illusoire toujours contrarié par la réalité des faits » (Dubé, 2012, p. 681–682)—« lorsque l’on considère, d’un point de vue phénoménologique, l’ensemble des opérations reconduites par le système de droit criminel, la protection de la société contre le crime n’est pas une réalité qui s’observe empiriquement » (*Ibid.*, p. 681–682). Cependant,

parler de la stabilisation des attentes normatives, indépendamment des transgressions possibles et probables, c’est en d’autres termes parler du ‘maintien d’attentes contrefactuelles, en dépit des déceptions’. Ce qui dans la société caractérise le droit et ses sous-systèmes n’est donc pas, de ce point de vue, la protection de la société, mais le maintien obstiné des attentes stabilisées sous la forme de ‘quiconque fait X est passible de Y’, et ce, en dépit des transgressions normatives. (*Ibid.*, p. 682).

En considérant cette proposition de Dubé, nous concevons que la sémantique de la stabilisation des attentes normatives

[correspond] davantage à ce qui assure, de fait, *d’un point de vue descriptif*, la différenciation identitaire de ce système social au sein de la société, mais qui par ailleurs, *d’un point de vue plus normatif*, évitent de reconduire certaines des hostilités que nourrit présentement, dans le rapport société/délinquant, la sémantique fonctionnelle de la protection de la société. (2012, p. 686–687).

3.3.3 Conclusion de l’analyse sociologique du virtuel

Ainsi, dans le cadre de la problématique qui nous préoccupe, la fonction du système de droit criminel définie dans les termes de la *stabilisation d’attentes normatives* représente l’un des moyens par lequel ce système pourrait sortir de la bouteille à mouches (Pires, 1998) et, dans son rapport à lui-même, s’auto-décrire par d’autres valeurs que celles qui découlent directement

de l'affliction et de l'exclusion sociale. Cependant, il nous semble important de préciser que cela ne représente pas le seul et unique moyen par lequel ce système peut vivre une évolution identitaire. Tel n'était pas l'objectif d'exposer l'une des possibilités qui demeure « virtuelle » pour le système de droit criminel.

En ce sens, nous voulons reconnaître que l'observateur de deuxième ordre aussi « does not see, that he does not see, what he does not see » (Luhmann, 1993 dans Dubé, sous presse, p.9). En d'autres termes, l'observation même que représente cette thèse, comme toute autre observation d'ailleurs, inclus « des points de cécité, des choses qu'on ne voit pas et qu'on ne voit pas qu'on ne voit pas » (Dubé, 2022, p. 242). Tout comme le savoir de la doctrine juridique, le savoir que nous tentons de créer « dépend *de la structure du connaissant* » (Maturana et Varela, 1987, dans Dubé, 2022, p. 240). Il existe, dans les « mondes possibles », d'autres « visibilisation » encore possibles et pouvant elles aussi être « actualisées » dans l'optique de l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne.

Conclusion

Cette thèse nous aura permis de mieux comprendre ce qui, sur le plan identitaire du système de droit criminel, vient faire obstacle à son évolution et participer à la reproduction de son système de pensée dominant. Comme nous avons pu le constater, lorsque la doctrine juridique définit la fonction du système de droit criminel de façon explicitement *punitive*, ou même dans les termes de la *protection de la société*, elle favorise l'immobilisme du système de droit criminel quant à son évolution identitaire et par le fait même, reproduit son système de pensée dominant, celui de la rationalité pénale moderne—l'auto-description identitaire du système de droit criminel demeure ancrée dans les valeurs d'*affliction* et d'*exclusion sociale*. Aux prises avec cette rationalité, ce système parvient avec difficulté à intégrer la variété innovatrice que propose la doctrine juridique.

Dans cette perspective, nous avons tenté de mettre en évidence ce qui se dissimule derrière *ce qui est*, mais demeure néanmoins actualisable en tant que possibilité « virtuelle », c'est-à-dire concevoir la fonction du système de droit criminel dans les termes de la *stabilisation d'expectatives normatives*. Nous considérons que cette définition de la fonction du système de droit criminel lui permettrait, entre autres, de centraliser dans ses opérations les idées innovatrices dont fait preuve la doctrine juridique. Finalement, définie dans les termes de la stabilisation d'expectatives normatives, cette fonction permettrait également au système de droit criminel de sortir de la bouteille à mouches dont nous parle Pires (1998)—c'est-à-dire ne plus se représenter, au niveau identitaire, par les valeurs d'affliction et d'exclusion sociale.

C'est à ce niveau que nous caractérisons cette thèse de « critique » : « comment justifier le réel quand le virtuel est révélé, « revisibilisé » comme étant tout aussi possible » (Dubé, 2022, p.248)? Comme nous l'avons exprimé dans le chapitre théorique, l'observation de deuxième ordre de la fonction du système de droit criminel n'a aucun impact sur ses opérations. Cette thèse ne peut en aucune façon obliger l'évolution identitaire de ce système. Ses propos demeurent, pour le droit criminel, sociologiques et non proprement juridiques. Cependant, nos espoirs résident dans le fait qu'un jour, les propos de cette thèse et des autres recherches effectuées au sein de la *Chaire de recherche en traditions juridiques et en rationalité pénale*, auront le potentiel de devenir proprement juridiques, si défini comme tel par le système de droit criminel, et par le fait même d'inspirer une évolution identitaire pour ce système.

Bibliographie

- Bowen, G. A. (2009). Document analysis as a qualitative research method. *Qualitative Research Journal*, 9(2), 27-40. <https://doi.org/10.3316/QRJ0902027>
- Carabine, J. (2001). Unmarried motherhood 1830-1990: A genealogical analysis. In M. Wetherell, S. Taylor, & S. Yates (Eds.), *Discourse as data: A guide for analysis* (pp. 267-310). SAGE.
- Cauchie, J.-F., & Kaminski, D. (2007). Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale. *Champ pénal*, 4, 1-24. <https://doi.org/10.4000/champpenal.613>
- Cellard, A. (1997). L'analyse documentaire. Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, & A. P. Pires (dir.), *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 251-271). Gaëtan Morin.
- Centre de ressources en français juridique. (2006). *Doctrine*. <https://www.jurisource.ca/ressource/legislation-jurisprudence-doctrine-sources-du-droit/>
- Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718.
- Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718.1.
- Côté-Harper, G., Rainville, P., & Turgeon, J. (1998). *Traité de droit pénal canadien*. Éditions Yvon Blais.
- Dadour, F. (2007). *De la détermination de la peine : principes et applications*. LexisNexis.

- Desrosiers, J. (2017). Replacer le principe de modération au cœur de la justice pénale, ou cent fois sur le métier remettez votre ouvrage. Dans J. Desrosiers, M.-È. Sylvestre et M. Garcia (dir.), *Réformer le droit criminel : défis et possibilités* (vol. 33, pp. xx-xx). Éditions Yvon Blais.
- Dubé, R. (2001). *Une enquête exploratoire sur la rationalité coûts/bénéfices de la théorie de la dissuasion* [thèse de maîtrise]. Université d'Ottawa. <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-7773>
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet, 1969* [thèse de doctorat]. Université du Québec à Montréal.
- Dubé, R. (2012). La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives. *Droit et société*, 3(82), 659-688. <https://doi.org/10.3917/drs.082.0659>
- Dubé, R. (2012b). La théorie de la dissuasion remise en question par la rationalité du risque. *La revue canadienne droit et société*, 27(1), 1-29. <https://doi.org/10.3138/cjls.27.1.001>
- Dubé, R. (2017). Niklas Luhmann et l'observation empirique du droit : communication, fonction, code et programme. *Droit et société*, (96), 381-400. <https://doi.org/10.3917/drs.096.0381>
- Dubé, R. (2022). Pour une sociologie du virtuel : l'observation et la portée critique des mondes possibles. Dans P. Corriveau, G. Pelletier, A. P. Pires et L. K. Sosoe (dir.), *Normativité et critique en sciences sociales* (pp. 237-255). Presses de l'Université Laval.

Dubé, R. (sous presse). Les spirales de croissance pathologiques de la société moderne : pour une théorie des systèmes sociaux dysfonctionnels. Dans L. K. Sosoe (dir.), *Le constitutionnalisme sociétal* (titre provisoire). Georg Olms Verlag.

Dubé, R., & Ferron-Ouellet, S. (2020). La théorie de la neutralisation de la rationalité pénale moderne : une théorie du désistement? Dans C. Côté-Lussier, D. Moffette et J. Piché (dir.), *Enjeux criminologiques contemporains* (pp. 17-39). Les Presses de l'Université d'Ottawa.

Dubé, R., & Labonté, S. (2016). La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne. *Les cahiers de droit*, 57(4), 685-713.
<https://doi.org/10.7202/1038262ar>

Dubé, Richard (2024), Document de travail non publié sur le Fonds d'archives des Archives nationales du Canada (ANC, RG 36, Série 24).

Dumont, H. (1993). *Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*. Éditions Thémis.

Ferrarese, E. (2007). *Niklas Luhmann, une introduction*. Éditions La Découverte.

Ferris, T. W. (2005). *Sentencing: Practical approaches*. LexisNexis.

Fontana, J. A., & Keeshan, D. (2021). *The law of search and seizure in Canada* (12th ed.). LexisNexis.

- Fortin, J., Viau, L., & Labrèche, D. (1978). *Code pénal général : textes, jurisprudence*. Éditions Thémis.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir : naissance de la prison*. Gallimard.
- Garcia, M. (2002). *Le Code à la carte : étude des demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien, entre 1892 et 1927* [thèse de maîtrise]. Université d'Ottawa. <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-11268>
- Garcia, M. (2013). La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel. In R. Dubé, M. Garcia et M. R. Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 37-68). Les Presses de l'Université d'Ottawa. <https://doi.org/10.1515/9782760320710-004>
- Goffman, E. (1963). *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. Prentice-Hall.
- Guba, E. G., & Lincoln, Y. S. (2004). Competing paradigms in qualitative research: Theories and issues. In S. Hesse-Biber & P. Leary (Eds.), *Approaches to qualitative research: A reader on theory and practice* (pp. 17-38). Oxford University Press.
- Gulycz, M., & Kelly, M. A. (2018). *Criminal law for legal professionals* (2nd ed.). Emond.
- Habermas, J. (1987). *Théorie de l'agir communicationnel : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société* (Tome 1), Éditions Fayard.
- Hart, H. L. A. (1961). *Le concept de droit*. Publications des facultés universitaires Saint-Louis.

- Justice Canada. (2021). *Peines imposées*. <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/peine-sentencing/imposees-imposed.html>
- Kamel-Toueg, N. (1994). *Précis de droit pénal général* (2e éd.). Modulo.
- Koturbash, G. (2023). *A guide to conducting sentencing hearings in Canada*. LexisNexis.
- Labonté, S. (2013). *La théorie de la dissuasion et sa rationalité coûts/bénéfices : les remises en question d'une rationalité du risque* [Thèse de maîtrise, Université d'Ottawa].
<http://ruor.uottawa.ca/handle/10393/24119>
- Labonté, S. (2019). *La construction judiciaire de la victime et de ses attentes dans la sentence du droit pénal : vers un nouveau fondement du droit de punir?* [Thèse de doctorat, Université d'Ottawa]. <http://ruor.uottawa.ca/handle/10393/39787>
- Larousse. (n.d.). *Affliction*. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/affliction/1494>
- Lee, K. (2021). *Cross-examination : The pinpoint method*. LexisNexis Canada.
- Léger-Riopel, N., & Lahiton, D. (2020). *Droit pénal général : jurisprudence, notes et commentaires*. Wilson & Lafleur.
- Luhmann, N. (1989). Le droit comme système social. *Droit et société*, 11(12), 53-67.
- Luhmann, N. (2010). *Systèmes sociaux : esquisse d'une théorie générale*. Presses de l'Université Laval.
- Luhmann, N. (2018). *Organization and decision*. Cambridge University Press.

MacIntosh, D. A. (1995). *Fundamentals of the criminal justice system* (2nd ed.). Carswell.

Manning, M., Sankoff, P. J., & Mewett, A. W. (2015). *Manning, Mewett and Sankoff: Criminal law* (5th ed.). LexisNexis.

Manson, A. (2001). *The law of sentencing*. Irwin Law.

Manson, A., Healy, P., Roberts, J. V., Trotter, G. T., & Ives, D. (2016). *Sentencing and penal policy in Canada: Cases, materials, and commentary* (3rd ed.). Emond Publishing.

Nadin-Davis, R. P. (1982). *Sentencing in Canada*. Carswell.

Nadin-Davis, R. P., & Sproule, C. B. (2023). *Canadian sentencing digest*. Thomson Reuters.

Office québécois de la langue française. (n.d.). *Soudure avec l'élément « télé »*.

<https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/23133/lorthographe/emploi-du-trait-dunion/mots-composes/mots-composes-avec-prefixe-ou-element-grec-ou-latin/soudure-avec-lelement-tele>

Paciocco, D. M. (1999). *Getting away with murder: The Canadian criminal justice system*. Irwin Law.

Parent, H., & Desrosiers, J. (2020). *Traité de droit criminel tome III : la peine* (3e éd.). Éditions Thémis.

Parker, G. (1983). *An introduction to criminal law* (2nd ed.). Methuen.

- Perrier, D. C., & Pink, J. E. (1999). *From crime to punishment: An introduction to the criminal law system* (4th ed.). Carswell.
- Pires, A. P. (1993). La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme. *Déviance et société*, 17(2), 129-161.
- Pires, A. P. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. Dans C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie et A. P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine tome II : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (pp. 3-51). De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2002). Codifications et réformes pénales. In L. Mucchielli et P. Robert (dir.), *Crime et sécurité : l'état des savoirs* (pp. 84-92). Les Éditions La Découverte.
- Pires, A. P. (2022). *CRM4701 : Étude approfondie de théories criminologiques : la théorie de la rationalité pénale moderne*. Recueil, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P., & Acosta, F. (1994). Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale. *Carrefour*, 16(2), 8-39.
- Pires, A. P., Cellard, A., & Pelletier, G. (2001). L'énigme des demandes de modifications législatives au code criminel canadien. Dans P. Fraile (dir.), *Régulation et gouvernance : le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique* (pp. 195-217). Publicacions Universitat de Barcelona.

- Prior, L. (2004). Following in Foucault's footsteps: Text and context in qualitative research. In S. Hesse-Biber & P. Leary (Eds.), *Approaches to qualitative research: A reader on theory and practice* (pp. 317-333). Oxford University Press.
- Prior, L. (2008). Repositioning documents in social research. *Sociology*, 42(5), 821-836.
<https://doi.org/10.1177/0038038508094564>
- Richardson, G. (2021). *Innovation cognitive en matière de peines et de leurs justifications : le cas de la Commission de réforme du droit du Canada (1974-1976)* [thèse de maîtrise]. Université d'Ottawa. <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-27289>
- Roach, K. (2022). *Criminal law* (8th ed.). Irwin Law.
- Roberts, J. (2018). *Public opinion, crime, and criminal justice* (1st ed.). Routledge.
<https://doi.org/10.4324/9780429497971>
- Roberts, J. V., & Cole, D. P. (Eds.). (1999). *Making sense of sentencing* (1st ed.). University of Toronto Press. <https://doi.org/10.3138/9781442676923>
- Statistique Canada. (2017, 29 août). *Peines minimales obligatoires : analyse des résultats du système de justice pénale pour certaines infractions*.
<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2017001/article/54844-fra.htm>
- Stuart, D. (2020). *Canadian criminal law: A treatise* (8th ed.). Thomson Reuters.
- Széles, N. (2013). *Le droit pénal canadien tome I : le droit pénal substantif*. Free World Publishing.

Thomas, W. I., & Thomas, D. S. (1928). *The child in America: Behavior problems and programs*. Alfred A. Knopf.