

De la neutralisation au "seuil du désastre"

Les longues peines privatives de liberté au prisme des droits fondamentaux

Coline MOREAU

Une thèse soumise à l'Université d'Ottawa dans le cadre des exigences du programme de
Doctorat en Criminologie

Département de Criminologie

Faculté des Sciences Sociales

Université d'Ottawa

Table des matières

Table des matières	II
Liste des tableaux.....	XII
Résumé	XIII
Abstract.....	XIV
Remerciements	XV
Introduction générale	1
La contextualisation de la recherche	7
Une précision sur les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel	10
La présentation de la recherche	12
Chapitre I : Punir pour protéger : fondements, paradoxes, critiques et innovation	18
Section I. La neutralisation en droit criminel	19
A. L'idée de neutralisation	19
B. Une contextualisation historique de la neutralisation	23
1. L'émergence de la neutralisation dans les systèmes de droit criminel moderne en Occident... ..	23
2. Les formes de neutralisation dans l'histoire	29
C. La théorisation de l'idée de neutralisation	31
D. La neutralisation comme routeur vers la privation de liberté de longue durée.....	35

E. Les critiques de la neutralisation	38
1. Les critiques utilitaristes sur la finalité de neutralisation.....	39
a. Les critiques relatives à l'exactitude des prédictions.....	40
b. Les critiques relatives à l'efficacité de la neutralisation	45
c. La critique relative à l'efficacité du système mobilisant la théorie de la neutralisation	47
d. La critique des idées au fondement de la théorie de la neutralisation.....	47
2. Les enjeux juridiques, axiologiques et concernant l'universalité de la protection des droits fondamentaux soulevés par la neutralisation	49
a. Les implications juridiques de la neutralisation : l'absence de contrôle de la sévérité des peines.....	51
b. L'implication sur l'universalité de la protection des droits humains	53
3. Un commentaire sur les critiques de la neutralisation	56
Section II. Le discours sur la "protection de la société"	58
Section III. La fonction du système de droit criminel	61
Section IV. La notion d'innovation	67
A. La redondance dans le champ de la détermination des peines en droit criminel	67
B. La notion d'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel.....	70
Section V. La qualité d'intervention du système de droit criminel.....	73
Chapitre II : La rationalité pénale moderne dans le système de droit criminel : redondance et possibilité d'innovation.....	79
Introduction	79

Section I. La théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann.....	80
Section II. La théorie de la rationalité pénale moderne (RPM).....	83
Introduction.....	83
A. Présentation générale de la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM).....	84
1. <i>Les caractéristiques de la théorie de la rationalité pénale moderne</i>	84
2. <i>Le noyau dur du système d'idées de la RPM</i>	88
3. <i>La métaphore de la bouteille à mouches pour décrire l'absence d'innovation dans le système d'idées de la RPM</i>	91
B. Les théories conventionnelles de la peine	96
1. <i>Le système d'idées de la RPM</i>	96
2. <i>La convergence des théories de la peine en un système d'idées cohérent</i>	98
3. <i>La structure des énoncés propres à chaque théorie de la peine</i>	100
a. La théorie moderne de la dissuasion	101
b. La théorie de la rétribution	102
c. La théorie de la dénonciation	103
d. La théorie de la réhabilitation carcérale	105
e. La théorie de la neutralisation	106
C. La neutralisation dans le système d'idées de la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM)	109
Conclusion	114

Chapitre III : Fondements épistémologiques et méthodologiques de l'observation : à la recherche de la redondance et de l'innovation en droit criminel	117
Section I. La posture épistémologique.....	117
A. Une recherche qualitative	117
B. Une recherche théorico-inductive	118
C. Une perspective de criminologie œuvrant avec le droit	120
D. Une épistémologie de l'observation.....	122
E. L'observation des systèmes sociaux	125
Section II. La méthodologie relative à la récolte des données empiriques	128
A. La construction de la recherche empirique.....	128
1. Un premier modèle d'observation	130
2. Les bénéfices du premier modèle d'observation	132
3. L'abandon du premier modèle d'observation.....	133
4. L'élaboration d'un second modèle d'observation, plus performant.....	135
B. La délimitation du champ d'analyse.....	137
1. La délimitation spatiale	137
2. La délimitation temporelle.....	140
C. Les types de données empiriques.....	142
1. Les sources principales de données	143
a. Les trois arrêts de l'affaire Bissonnette (source documentaire).....	143
b. Les entrevues avec les opérateurs du droit	144

2. Les "slices of data"	145
D. L'échantillonnage	147
1. Un modèle d'échantillon ouvert : une recherche à deux étages	149
2. Le choix de l'affaire Bissonnette	150
3. Le choix des entrevues	155
4. L'articulation des échantillons	158
E. La méthode de récolte des données	159
1. L'utilité des entretiens réflexifs	159
2. La démarche des entretiens réflexifs	162
3. Le rapport entre interviewer et interviewé dans l'entretien réflexif	165
4. L'aspect déontologique	169
Section III. La méthodologie relative à l'analyse des données empiriques	170
A. Le processus général d'analyse	171
B. La méthode spécifique de la théorie de l'observation	176
Conclusion	179
Chapitre IV : L'emprise de la rationalité pénale moderne sur les normes de sanction	181
Introduction	181
Section I. La réception du questionnement par les opérateurs du droit	185
Section II. Les manières d'observer qui enferment dans la RPM	189
A. Les idées relatives à la justification des peines	190

1.	La dévalorisation contemporaine de la réhabilitation au profit du noyau dur de la RPM	190
2.	L'invisibilité de la sévérité des peines	205
3.	La logique de la proportionnalité rétributive	212
a.	La proportionnalité et la dignité humaine	212
b.	La proportionnalité et la durée obligatoire de détention à purger	214
B.	La manière de recourir à l'emprisonnement	221
1.	La gravité observée comme raison suffisante pour recourir à l'emprisonnement	221
2.	La durée de la détention avant d'être admissible à la libération conditionnelle	229
3.	La notion de protection de la société	233
4.	L'emprisonnement neutralisant	236
a.	L'expérience politico-juridique de l'affaire Bissonnette au Canada	237
b.	L'observation de l'emprisonnement neutralisant	243
c.	Conclusion sur l'emprisonnement neutralisant	269
C.	Les lieux d'(in)observation et de protection des droits fondamentaux	271
1.	La non-observation des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction	274
2.	L'invisibilité des droits fondamentaux découlant de la proportionnalité afflictive dans la détermination des peines.....	281
3.	L'observation polarisée des droits fondamentaux	284
D.	Les opérateurs du droit et la redondance du système d'idées de la RPM	289

1. Le manque d'autonomie du système de droit criminel dans le champ des normes de sanction.....	289
2. Le renvoi de la responsabilité des dysfonctionnements du système vers d'autres maillons de la chaîne judiciaire	294
Conclusion de l'analyse	296
Chapitre V : L'élaboration d'une forme d'intervention du système de droit criminel fondée sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux.....	302
Introduction	302
Section I. Une illustration de la tension entre les idées innovatrices et le système d'idées de la RPM	305
Section II. Les ressources pour l'innovation présentes dans les communications judiciaires.....	317
A. Une autre conception de la notion de peine	317
1. La valorisation de l'aspect correctif de la peine	318
2. Une autre perspective sur le symbolisme de la norme pénale.....	320
B. Le recours à l'emprisonnement dans une rationalité pénale non afflictive	320
1. Des points de bifurcation dans l'observation du recours à l'emprisonnement.....	321
2. Les prises de conscience à l'égard de contraintes relatives à la manière afflictive de recourir à l'emprisonnement	325
a. La prise de conscience relative à la nécessité du recours à l'emprisonnement	326
b. Les prises de conscience relatives à l'importance accordée à l'aspect symbolique de la peine perpétuelle.....	332
3. L'introduction de nouvelles distinctions pour l'observation du recours à l'emprisonnement	335

a.	La distinction entre réhabilitation comme finalité de la peine et comme valeur fondamentale du système de droit criminel	335
b.	La distinction entre l'emprisonnement neutralisant et l'emprisonnement non afflictif	341
C.	La valorisation de l'observation des droits fondamentaux au moment de la peine	344
1.	L'observation des droits fondamentaux dans la manière de déterminer et justifier les peines	345
2.	La protection globale des droits fondamentaux	348
D.	Le rôle et le pouvoir des opérateurs du droit dans le processus d'innovation du système de droit criminel	352
1.	La responsabilité des opérateurs du droit dans l'évolution du système de droit criminel	353
a.	Le rejet de la responsabilité	353
b.	La responsabilité face aux contraintes légales	354
2.	La liberté des opérateurs du droit trouvée dans les contraintes de la loi	357
3.	Le principe de l'individualisation des peines comme idéal à poursuivre pour l'innovation	361
Section III. La structuration théorique des ressources pour l'innovation puisées dans les données empiriques.....		366
A.	L'élaboration théorique du dispositif du seuil du désastre	367
1.	La conceptualisation du dispositif	367
2.	L'utilité du dispositif	370
3.	Les caractéristiques du dispositif	372

B. L'application du dispositif à l'objet de recherche	374
1. Un dispositif pour penser la protection des droits fondamentaux.....	375
2. Un dispositif pour penser le recours à l'emprisonnement.....	378
a. La nécessité du recours à l'emprisonnement et de son maintien	378
b. La détermination du problème de sécurité	380
3. Un dispositif pour cibler la responsabilité des opérateurs judiciaires	381
a. La responsabilité décisionnelle des opérateurs judiciaires	382
b. La pression externe relative à l'acceptation des décisions judiciaires	387
4. Un dispositif pour l'autonomie du système de droit criminel et de ses opérateurs.....	390
a. L'autonomie suppose un choix	390
b. Une autonomie sans moyens	391
c. Une autonomie favorable à l'ajustement et à l'innovation	394
Conclusion	396
Conclusion générale	400
Les contributions de la recherche	400
Les conséquences de la recherche pour l'avenir	411
Annexes.....	417
Annexe 1 : Certificat éthique	417
Annexe 2 : Guide d'entretien	419
Bibliographie	421

Jurisprudence.....	438
Textes légaux	439

Liste des tableaux

Tableau 1 : Premier modèle d'observation de la neutralisation	131
Tableau 2 : Les rationalités du recours à l'emprisonnement	135
Tableau 3 : Le corpus de données empiriques	142
Tableau 4 : La représentation des finalités de la peine dans l'affaire Bissonnette	192
Tableau 5 : Formulation de la distinction entre l'emprisonnement neutralisant et l'emprisonnement non neutralisant	244
Tableau 6 : La distinction entre emprisonnement neutralisant et emprisonnement non neutralisant	245
Tableau 7 : Les indicateurs empiriques pour l'observation de l'emprisonnement neutralisant	251
Tableau 8 : Récapitulatif sur les obstacles cognitifs, leurs origines et les possibilités de les dépasser	300
Tableau 9 : Les manières de concevoir le recours à l'emprisonnement	342
Tableau 10 : Typologie de la peine	343

Résumé

Cette recherche interroge la manière dont le système de droit criminel, en Belgique et au Canada, protège les valeurs positives fondamentales qu'il garantit (la liberté et la sécurité) lorsqu'il recourt à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves. Elle part du constat d'un paradoxe : plus une valeur est affirmée comme essentielle dans le discours judiciaire, plus la peine infligée au nom de sa protection est sévère, jusqu'à parfois en nier l'expression concrète.

Pour analyser ce paradoxe, la recherche adopte une approche à l'intersection de la criminologie et du droit. Elle mobilise comme cadre théorique la théorie de la rationalité pénale moderne (Pires) et la théorie des systèmes sociaux (Luhmann). La méthodologie combine l'analyse des trois décisions rendues au Canada dans l'affaire Bissonnette et des entretiens réflexifs menés avec juges et procureurs en Belgique et au Canada. Ces entretiens ne visaient pas seulement à recueillir des témoignages d'expérience mais bien à provoquer une réflexivité sur la manière dont les opérateurs conçoivent et justifient la détermination des peines.

Les résultats mettent en évidence plusieurs points de cécité tels que la confusion entre les finalités traditionnelles de la peine et les raisons concrètes de recourir à l'emprisonnement, l'inobservation des droits fondamentaux au moment de la détermination des peines et la dévalorisation de la réhabilitation au profit de la proportionnalité afflictive. Toutefois, des ouvertures émergent telles qu'une reconceptualisation de la notion de peine détachée de l'affliction, l'idée d'un emprisonnement non afflictif et limité aux seuls cas posant un problème de sécurité concret ainsi que la valorisation de l'autonomie des opérateurs du droit pour ajuster leurs décisions à la protection universelle des droits fondamentaux.

Ce travail s'intéresse à la qualité de l'intervention du droit criminel. Il commence par l'étude de la finalité de la peine de neutralisation et se termine par l'élaboration d'un dispositif innovateur pour penser la détermination des peines dans une rationalité pénale non afflictive : le dispositif du "seuil du désastre". Le fil rouge menant d'un point à l'autre est l'observation de la peine au prisme des droits fondamentaux et la recherche de l'innovation permettant au système de protéger positivement les valeurs fondamentales qu'il garantit.

Abstract

This research examines how the criminal law system, in Belgium and Canada, protects the fundamental positive values it claims to guarantee (freedom and security) when it resorts to imprisonment as a sanction in cases of serious crimes. It begins with the observation of a paradox: the more a value is asserted as essential within judicial discourse, the harsher the punishment imposed in the name of its protection becomes, sometimes to the point of denying the very expression of that value.

To analyze this paradox, the research adopts an approach combining criminology and law. It draws on the theoretical frameworks of the theory of modern penal rationality (Pires) and the theory of social systems (Luhmann). The methodology combines the analysis of the three Canadian decisions rendered in the Bissonnette case with reflective interviews conducted with judges and prosecutors in Belgium and Canada. These interviews were not merely intended to collect experiential accounts but rather to provoke reflexivity on how legal actors conceive and justify sentencing decisions.

The findings highlight several blind spots, such as the confusion between the traditional objectives of sentencing and the concrete reasons for resorting to imprisonment, the failure to observe fundamental rights at the stage of sentencing, and the devaluation of rehabilitation in favor of afflictive proportionality. However, certain openings are emerging, including a reconceptualization of the notion of punishment detached from affliction, the idea of a non afflictive form of imprisonment limited to cases posing a concrete security concern, and the enhancement of legal actors' autonomy to align their decisions with the universal protection of fundamental rights.

This research focuses on the quality of criminal law intervention. It begins with an examination of the objective of sentencing of neutralization and concludes with the development of an innovative framework for rethinking sentencing within a non afflictive penal rationality: the "disaster threshold". The guiding thread linking these two points is the observation of punishment through the prism of fundamental rights and the search for innovation enabling the system to positively protect the core values it purports to guarantee.

Remerciements

Je remercie la *Fondation Pierre Elliott Trudeau* et la *Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale* pour l'appui financier qui a permis la réalisation de ce doctorat. Au-delà du soutien matériel, je souhaite également témoigner ma gratitude à ces deux institutions pour les communautés et les réseaux auxquels elles m'ont donné accès. En tant qu'étudiante internationale au Canada, ces opportunités furent précieuses.

Je remercie chaleureusement mes deux superviseurs de thèse, Alvaro Pires et Dan Kaminski. Ce fut tout simplement un privilège de faire de la recherche à vos côtés. Vos différences font votre complémentarité et celle-ci est géniale, au sens propre du terme. Je vous remercie du fond du cœur pour tout ce que vous m'avez appris et transmis sur les plans humain et intellectuel. Merci pour votre temps, votre énergie, votre vision, votre présence et votre soutien.

Je n'aurais pas pu réaliser cette recherche sans la participation des juges et procureurs qui ont accepté de m'accorder un entretien. Je les remercie de s'être intéressés à la réflexion proposée, de m'avoir accordé du temps et de m'avoir généreusement partagé des idées et des expériences. Ils et elles sont de véritables co-constructeurs de ce travail et j'espère qu'ils et elles pourront en retirer des inspirations pour leur cheminement professionnel.

Je souhaite remercier mes ami.e.s de la Chaire. Tout d'abord, Gérald Pelletier, qui m'a accueillie, m'a fait rire et a pris soin de moi du premier au dernier jour de ce parcours doctoral. Ensuite, Richard, Margarida, Geneviève, Alexandre, Frédéric, Inès, Sophie, Marcos, Duda et Alec avec qui j'ai partagé cette aventure. Merci pour ces séminaires sur Luhmann ou le leadership, ces éclats de rire, ces voyages, cette présence dans les moments difficiles et, surtout, pour cette solidarité qui a brisé la solitude du doctorat. Dans le même ordre d'idée, je remercie la cohorte 2022 de la Fondation Pierre Elliott Trudeau. Merci aux mentor.e.s et *fellows* pour leur engagement et leur soutien à toutes épreuves. Merci à mes co-boursiers et co-boursières pour les liens d'amitié que nous avons créés à travers toutes les expériences partagées. Je remercie également Aline pour la complicité académique et amicale que nous avons développée à travers des collaborations et aventures vécues en Belgique et au Canada, ainsi que mes autres compatriotes belges doctorantes Nadège, Coline et Camille avec qui j'ai cheminé d'un côté et de l'autre de l'océan.

Merci à celles et ceux qui m'ont permis de me sentir "à la maison" au Canada et de faire de ces années de doctorat des années de vie extraordinaires. Merci Colette et Alvaro, Agnès et Patrice, Marta et Fernando, Geneviève, Dalie et Jer, Jade et Mat, Camille et JD, Romane et Briya. Merci à ma sœur, Manoé, d'avoir pris soin de la prune de mes yeux pour que je puisse partir l'esprit tranquille, merci pour les moments vécus ensemble au Canada et pour notre complicité. Merci à celles qui sont venues me voir et qui m'ont soutenue à distance : Hélène, Maude et Lauriane. Notre amitié est la preuve empirique que "loin des yeux, loin du cœur" est un proverbe bien menteur.

Je remercie très sincèrement mes parents, Pascale et Thierry, de m'avoir transmis leurs valeurs. Vous m'avez donné le goût de me poser des questions et fourni toutes sortes de moyens pour chercher des réponses. Merci pour les opportunités, pour le soutien, pour la liberté et pour votre amour inconditionnel.

Merci à Thibault, que j'ai rencontré sur le campus de l'université d'Ottawa et qui est devenu mon mari et le partenaire officiel de l'aboutissement de ce travail. Être le conjoint d'un.e doctorant.e n'est pas toujours facile. On en parle peu. Merci infiniment d'avoir été présent pour célébrer chaque étape, d'avoir fait des discours d'encouragement, d'avoir posé des questions simples sur ma recherche qui m'ont obligée à déconstruire des évidences, de m'avoir aidée à me concentrer sur l'essentiel et d'avoir toujours veillé à ce que je sois dans les meilleures conditions possibles pour rédiger ce travail. Tu as joué un rôle fondamental dans ce projet.

Enfin, merci à mon frère, Antoine, et à mon père, Thierry, de s'être intéressés à ma recherche, d'en avoir parlé autour d'eux, d'avoir intégré mes réflexions dans leur pratique d'avocats pénalistes et de leur avoir donné vie devant les cours et tribunaux. Vous avez ainsi donné du sens aux longues heures passées seule derrière mon bureau et, surtout, vous avez mis des visages derrière les idées explorées. En pensant à ceux-ci, je me disais, dans les moments les plus décourageants de la recherche, que ce projet valait la peine d'être mené à son terme. Cette thèse, je la dédie à celles et ceux, victimes comme auteurs, qui souffrent à cause d'un système pénal qui doit être repensé.

"We cannot solve our problems with the same thinking we used when we created them"

Albert Einstein

Introduction générale

Le 29 janvier 2017, Alexandre Bissonnette, alors âgé de 27 ans, est entré dans la Grande Mosquée de Québec. Il y a tué six personnes et en a blessé de nombreuses autres. Il a été reconnu coupable et condamné, en première instance, par la Cour Supérieure du Québec le 8 février 2019 (*R. c. Bissonnette*, 2019 QCCS 354). Il a écopé d'une peine d'emprisonnement à perpétuité avec une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 40 ans. La poursuite avait requis une période minimale d'incarcération consécutive au prorata du nombre de victimes, soit une période minimale de 150 ans, avant que le condamné puisse demander la libération conditionnelle. Quant à la défense, elle demandait une période minimale concurrente, soit une durée minimale de 25 ans, tel que prévu avant la modification législative engendrée par le projet de loi C-48¹.

Tant la poursuite que la défense ont interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec. En 2020, celle-ci a jugé que l'article 745.51 du Code criminel canadien, permettant de cumuler les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour les meurtres multiples, violait la *Charte canadienne des droits et libertés* en imposant des peines à ce point longues qu'elles supprimaient toute réelle possibilité de réinsertion. Elle a donc déclaré la disposition inconstitutionnelle et a ramené la peine à une période unique de 25 ans avant admissibilité à la libération conditionnelle. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada en 2022 (*R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23), qui a jugé que priver une personne condamnée de toute perspective de libération revenait à nier sa dignité humaine et sa capacité de réhabilitation². La Cour suprême a ainsi invalidé définitivement l'article 745.51 du Code criminel, affirmant qu'aucune peine ne peut exclure la possibilité, même lointaine, d'un retour dans la société.

¹ Comme l'explique la Cour d'appel (*R. c. Bissonnette*, 2020 QCCA 1585) : "[1] (...) En effet, en 1976, le Canada abolit la peine de mort. Pour le meurtre au premier degré, il la remplace par l'emprisonnement à perpétuité assorti d'une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans, quel que soit le nombre de victimes. Les choses changent toutefois en 2011. Dorénavant, en cas de meurtres multiples, les juges pourront ordonner, en plus de l'emprisonnement à perpétuité, des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans purgées consécutivement pour chaque meurtre, pour des périodes totalisant 50, 75, 100 ans, et même plus. Il s'agit de peines d'une sévérité sans précédent. C'est dans ce contexte que se situe le présent arrêt".

² La Cour suprême comparera même de telles peines à de potentielles peines de "mort par incarcération". *R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23, par. 97 et par. 82. Voyez sur ce point Audesse, A., Cauchie, J.-F. & Sauvageau, J. (2024).

Dans le cadre de cette affaire, l'arrêt rendu en première instance par la Cour supérieure du Québec le 8 février 2019 (ci-après "arrêt Bissonnette"), met en évidence un problème d'une grande complexité dans le système de droit criminel³ concernant la manière de déterminer et de justifier les peines.

Présidée par l'honorable juge François Huot, la Cour adopte, dans cet arrêt, un discours plutôt modéré indiquant une certaine conscience du fait que la protection des droits fondamentaux doit être pensée au moment de la détermination de la peine.

"[346] (...) le Tribunal devra constamment garder à l'esprit les valeurs incontournables de la Charte canadienne des droits et libertés. À cet égard, la Cour suprême rappelle, sous la plume de l'honorable juge LeBel :

"[...] le régime de détermination de la peine applicable en droit canadien doit être mis en œuvre dans le respect du cadre établi par la Charte, et non indépendamment de celui-ci. Les peines prononcées par les tribunaux sont toujours susceptibles de contrôle au regard de la Constitution. Une peine ne saurait être « juste » si elle ne respecte pas les valeurs fondamentales consacrées par la Charte. [...]

[...]

*En résumé, en plus d'attacher des conséquences négatives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d'une manière propre à enseigner de manière **positive** la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes et qui sont exprimées par le Code criminel" (R. c. Nasogaluak, [2010] 1 R.C.S 206, par. 48-49)." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354) (Nous soulignons).*

L'extrait renvoie aux valeurs sociales et morales que le droit criminel est censé refléter et promouvoir, notamment celles exprimées aux articles 718 à 718.3 du Code criminel canadien en ce qui concerne la détermination des peines. Cela comprend le respect de la dignité humaine, la justice, la modération et la retenue, la proportionnalité, la responsabilité individuelle et la réinsertion sociale, le respect de la

³ La notion de "système de droit criminel" est ici utilisée dans un sens sociologique qui renvoie à la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et à la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro Pires que nous développerons ultérieurement. Pour faciliter la compréhension à ce stade, l'expression "système de droit criminel" peut être lue comme l'équivalent de "système pénal".

primauté du droit et de l'égalité, la discrétion judiciaire. Cela renvoie également aux valeurs fondamentales qui sous-tendent le droit criminel canadien et qui trouvent leur expression dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* relatif au respect de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne ainsi que dans les garanties juridiques prévues aux articles 8 à 14 de la Charte, dont la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (art. 12).

L'arrêt ajoute encore que :

*"[759] Le tribunal qui administre des sentences consécutives doit s'assurer que la peine cumulative reflète la culpabilité morale globale de l'accusé et demeure juste et appropriée, à défaut de quoi il lui faudra l'ajuster à la baisse. Les juges doivent, en tout temps, **recourir à leur sens commun pour protéger les justiciables contre les sanctions démesurées**".*

Quelques paragraphes plus loin, la même Cour développe la position suivante, qui est bien différente.

"[765] Le Tribunal ne peut entériner la suggestion de la Défense qui propose l'octroi d'une période totale de 25 années d'inadmissibilité. Cette recommandation occulte complètement le nombre de personnes décédées, l'inqualifiable violence exercée, les motivations profondes de l'accusé et les répercussions dramatiques des gestes posés sur les membres des familles endeuillées, la communauté musulmane de Québec et la société en général.

[766] Les besoins de dénonciation, d'exemplarité et de neutralisation sont si pressants en l'espèce que l'imposition de six périodes concurrentes d'inéligibilité déconsidérerait l'administration de la justice.

*[767] Tout comme celle du Ministère public, la position maintenue par l'accusé est **déraisonnable**.*

*[770] Alexandre Bissonnette doit donc, de l'avis du Tribunal, être condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle **pour une période excédant 25 ans**".*

(Nous soulignons).

La lecture des extraits ci-dessus fait ainsi émerger une première question : où se trouve l'expression positive des valeurs juridiques fondamentales que le système de droit criminel garantit lorsque le juge

qualifie de "déraisonnable", parce qu'elle serait trop courte, une période minimale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle d'une durée de 25 ans, et cela au nom, notamment, de finalités abstraites telles que la dénonciation et l'exemplarité ?

Un peu plus loin dans l'arrêt, un enchaînement de trois paragraphes témoigne de l'oscillation du juge, sans transition, entre une posture modérée et une conception afflictive de la peine justifiée par des finalités de la peine négatives et abstraites (rétribution, dénonciation, dissuasion générale, neutralisation).

*"[837] Certes, les principes de **dénonciation, de rétribution, de dissuasion générale et de neutralisation** doivent, en l'espèce, jouer un rôle de **première nécessité**. Cela ne signifie pas que les autres principes de détermination de la peine doivent être complètement occultés.*

[838] Il serait à la fois disproportionné, cruel et contraire aux valeurs de justice et de compassion de la société canadienne de priver un individu ayant éprouvé des problèmes de santé mentale depuis son adolescence de tout espoir de recouvrer un jour sa liberté, ne serait-ce que pour quelques années, et ce, quelque abominables qu'aient pu être ses crimes. Le Canada n'est pas une terre où l'on enferme, dans un cachot, les éléments les plus indésirables de la collectivité pour en oublier ensuite jusqu'à leur existence même, après avoir jeté les clés de leur liberté dans le fleuve d'une vaste indifférence collective.

*[839] En l'espèce, le Tribunal estime essentiel de **préserver les caractères normatifs et utilitaristes de la peine**. Cette dernière ne doit pas excéder ce qui est juste et approprié compte tenu de l'insigne gravité des infractions commises et du degré de responsabilité morale de l'accusé. La sanction doit également **servir d'exemple pour la collectivité**, et ajouter une pierre au rempart qu'il nous faut quotidiennement ériger pour protéger notre communauté des assauts répétés du racisme et de l'intolérance. La peine doit aussi **assurer la neutralisation du délinquant** et favoriser sa réhabilitation à long terme. Elle doit au surplus traduire les circonstances aggravantes et atténuantes liées à la perpétration des crimes." (Nous soulignons)*

Dans le sens de la modération, la Cour ajoute encore que :

"[909] Les examens réguliers conduits par la Commission auprès des délinquants dangereux représentent un facteur important dans la reconnaissance de la validité constitutionnelle de l'article 753 C.cr. Aucun criminel, si dangereux soit-il, ne doit tomber dans l'oubli.

(...)

[977] Il est facile et agréable, pour les tribunaux, de mettre en œuvre des droits constitutionnels pour les éléments les plus positifs de la société. On mesure cependant le véritable attachement de cette dernière au respect des droits fondamentaux de la personne à sa capacité d'en faire bénéficier ses composantes les plus indésirables.

(...)

[997] L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés stipule que :

7. Vie, liberté et sécurité – Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale." (Nous soulignons).

À la suite de ces considérations, comme nous l'avons relevé, la Cour Supérieure du Québec a prononcé une peine d'emprisonnement à perpétuité avec une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 40 ans.

L'enchaînement des paragraphes repris ci-dessus suscite de nouvelles questions : où se trouve l'expression positive des valeurs fondamentales protégées par le système de droit criminel dans cette décision ? Quelle est la conception de la peine véhiculée dans cet arrêt ? Comment expliquer la cohabitation de discours modérés et de discours répressifs dans un même raisonnement et, souvent, sans aucune transition ? Un élément interpellant transparaît clairement dans cette décision.

La manière dont le juge a considéré la situation qu'il a été amené à juger, ainsi que la manière dont il l'a jugée, s'appuient sur une conception afflictive de la peine (il faut infliger une souffrance à la personne condamnée). Celle-ci valorise l'exclusion sociale (il faut écarter le condamné pour protéger la société, pour le réhabiliter, etc.). Cette conception repose sur des finalités traditionnellement attribuées à la peine

par le droit criminel : rétribuer, dissuader, dénoncer, réhabiliter par l'intermédiaire de la prison et neutraliser.

Toutefois, le juge semble avoir une certaine conscience de la nécessité, en termes de protection des droits fondamentaux, de modérer la sévérité des peines et il la met en avant à plusieurs reprises. Il est ainsi traversé par une tension entre une volonté de garantir les droits fondamentaux et une conception traditionnelle de la peine qui le dépasse et qu'il véhicule dans la motivation de l'arrêt.

Nous observons que, finalement, la logique de modération est absorbée par la conception de la peine véhiculée dans le système de droit criminel (reposant sur l'affliction et l'exclusion sociale) par l'intermédiaire des finalités traditionnelles de la peine. La volonté de protéger les droits fondamentaux ne semble pas suffire pour contenir la sévérité des peines.

*

* *

Nous avons découvert l'affaire Bissonnette lors de notre arrivée au Canada, pour réaliser un stage de recherche dans le cadre du programme *Étudiants-chercheurs invités* à l'Université d'Ottawa au sein de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. Ce cas d'espèce nous a fortement interpellée. Il a résonné avec des interrogations que nous nourrissions déjà et il s'est, dès lors, rapidement présenté comme un point d'ancrage central, au croisement de nos réflexions sur les finalités de la peine et sur la protection des droits fondamentaux. L'idée est ainsi née de réaliser une recherche doctorale consacrée à l'analyse du paradoxe que révèle l'arrêt Bissonnette : celui d'un système pénal qui, tout en affirmant son attachement à la protection des droits fondamentaux, maintient des pratiques susceptibles d'en restreindre la portée. Dans les développements qui suivent, nous contextualisons cette thématique afin de situer plus précisément la problématique de recherche.

Toutefois, avant d'aller plus loin, nous souhaitons brièvement caractériser la manière d'écrire et de construire le propos dans ce travail. Nous la qualifions d'*écriture en spirale*. Cette manière de rédiger

est liée à la difficulté de rendre compte de la complexité du problème étudié. En effet, celle-ci ne peut être livrée en un seul bloc.

Comme le lecteur s'en rendra compte, nous reviendrons à plusieurs reprises sur certaines thématiques. Tout ne sera pas dit en une fois. Certaines nuances se dévoileront progressivement, à mesure que le propos se déploiera et que les concepts seront approfondis. Cette méthode consiste à revenir plusieurs fois sur les mêmes notions, mais chaque fois à un niveau de profondeur différent, ajoutant ainsi des couches de sens et de complexité qui permettent d'en affiner la compréhension. Chaque nouveau pas dans la thèse contient les pas précédents. Si le mouvement semble circulaire, il est en réalité progressif : à chaque retour, la réflexion avance, se densifie et s'éclaire. Afin de saisir pleinement le raisonnement proposé, il importe donc de se laisser conduire jusqu'au bout de la spirale, de suivre ce mouvement de retour et d'approfondissement qui constitue la trame même de notre démarche. À travers cette progression patiente, se dessine peu à peu la cohérence de la pensée développée dans la recherche.

Cette manière de réfléchir et d'écrire de l'auteure suppose donc, dans le chef du lecteur ou de la lectrice, d'accepter, d'une part, de rester sur sa faim au terme de certains développements et, d'autre part, de lâcher prise et de faire confiance en se disant qu'on y reviendra ultérieurement. Nous le et la remercions de faire confiance en acceptant de rentrer dans cette démarche.

La contextualisation de la recherche

Le problème que nous avons mis en avant dans la première partie de l'introduction ne concerne pas uniquement l'arrêt Bissonnette. Ce problème est généralisé dans les systèmes de droit criminel en Europe et dans les Amériques (Pires, 1991a ; Garcia, 2010). Comme l'explique d'ailleurs Kaminski en parlant de l'acte de "condamner", *"les connotations qui émergent de l'étymologie évoquent évidemment la punition, mais lui ajoutent une dimension sacrificielle, sévère (les peines de l'enfer), définitive (condamné pour la médecine) et excluante. Il est probable que l'histoire du droit pénal qui n'a connu longtemps que la peine de mort et le bannissement (Robert, 1997) ait contribué à soutenir, par les peines qu'il a ensuite privilégiées, de telles connotations. Aujourd'hui que la peine de mort est abolie (là où elle est abolie) et que le bannissement a disparu (sauf comme mesure administrative appliquée aux étrangers sous d'autres noms) et que la prison reste la peine de référence de la rationalité pénale, c'est*

à cette dernière qu'est réservé l'ensemble de connotations évoquées plus haut" (Kaminski, 2015, p.211).

Cette conception de la peine est ancrée dans le système de droit criminel depuis au moins trois siècles (Pires, 1990 ; 2013). Par conséquent, elle dépasse et précède de loin la conscience individuelle des opérateurs du système de droit criminel amenés à se prononcer sur une peine. Chacun d'eux (juges, procureurs, avocats) est influencé par cette conception de la peine qui s'impose depuis le XVIII^e siècle (Pires, 2013). Cela n'empêche évidemment pas les opérateurs d'avoir leur propre conscience individuelle. Mais au niveau des opérations du système pénal et de sa rationalité, la conception de la peine afflictive, justifiée par les finalités de rétribution, dénonciation, dissuasion, réhabilitation carcérale et neutralisation, domine et absorbe toute démarche de modération. Elle produit un discours du type suivant : pour protéger les valeurs que le système de droit criminel est censé garantir, il faut prononcer des peines sévères à l'égard de ceux qui les ont bafouées (Pires, 2013). Cette approche conduit ainsi à une protection par la négative des valeurs positives fondamentales que doit garantir le système de droit criminel, à savoir la liberté, la sécurité, la dignité humaine et la vie (LRCC, 1975 ; Garcia, 2010 ; Richardson, 2021).

Notons que, d'un point de vue sociologique, le terme "valeur" renvoie à ce qui compte pour un système. Par exemple, l'infliction de la souffrance peut être une valeur négative garantie par le système de droit criminel, tandis que la protection de la liberté et la protection de la sécurité peuvent être des valeurs positives garanties par le système de droit criminel. Les valeurs positives fondamentales que doit garantir le système de droit criminel renvoient ici à l'intériorisation par celui-ci de la nécessité de protéger les droits fondamentaux. Autrement dit, ces valeurs reflètent l'intégration par ce système, dans ses propres discours, de la protection des droits fondamentaux à la sécurité, à la liberté, à la vie et à la dignité humaine⁴.

La conception de la manière de déterminer les peines qui vient d'être relevée a été désignée par Alvaro Pires comme étant la rationalité pénale moderne (RPM)⁵. Il s'agit d'une manière de penser la peine dont le fondement est l'infliction de la souffrance et l'exclusion sociale de la personne condamnée. La RPM

⁴ Nous expliquons ce point plus en détails *infra*.

⁵ Nous expliquons en détails ce qu'est la rationalité pénale moderne dans le chapitre II.

est une rationalité spécifique qui émane des théories traditionnelles de la peine. Elle émerge au moment du passage du droit criminel prémoderne au droit criminel moderne. Ce dernier retenant "*la pratique de l'emprisonnement punitif*" comme "*moyen essentiel*" (Foucault, 2013, p.248) et généralisé pour infliger la souffrance.

Il est important, à ce stade, d'observer que le système de droit criminel moderne, sous l'emprise de la RPM soutient, d'un côté, que la peine privative de liberté est un moyen de punir à utiliser en dernier recours et, de l'autre, que la privation de liberté constitue la peine de référence.

Par ailleurs, au cours de l'évolution des sociétés occidentales, tant les discours sur les droits fondamentaux⁶ que leur protection se sont renforcés. Cependant, surtout dans des cas de crimes portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, les principaux systèmes de droit criminel occidentaux valorisent toujours les peines privatives de liberté de longue durée. Celles-ci ne semblent pas toujours tenir compte de la vie (sociale) des individus condamnés ni même, de façon explicite et concrète, des valeurs positives fondamentales que doit garantir le système de droit criminel (liberté, sécurité, vie, dignité humaine). Certaines peines privatives de liberté de longue durée sacrifient l'expression positive des valeurs du système pour les protéger négativement en leur portant atteinte. Cette problématique est particulièrement prégnante dans des situations qui soulèvent des questions relatives à la sécurité.

Le problème pour le système de droit criminel est qu'il ne voit pas qu'il est pris dans cette conception de la peine qui constitue une manière négative de protéger les valeurs positives fondamentales (Pires, 2013). Ces points de cécité engendrent alors une impossibilité pour le système de créer de l'innovation dans la manière de déterminer et justifier les peines, c'est-à-dire d'envisager et de stabiliser des modes d'intervention qui ne reposent pas sur l'affliction et l'exclusion sociale et qui permettent une protection positive et universelle des droits fondamentaux.

Depuis le XIX^e siècle, la RPM s'articule ainsi autour d'un paradoxe structurel selon lequel plus le système manifeste tenir à une valeur (vie, liberté, sécurité, dignité), plus la peine préconisée portera sévèrement atteinte à cette valeur dans le chef du condamné pour indiquer que cette valeur est

⁶ Nous faisons référence aux droits fondamentaux de l'individu qui ont fait l'objet des textes internationaux, régionaux et nationaux à partir de la fin du XVIII^e siècle en Europe et dans les Amériques.

importante (Pires, 2013). Celui-ci a pour effet que la reconnaissance d'une valeur n'implique pas nécessairement une protection cohérente ou absolue de celle-ci. Dans le cadre de l'observation du système de droit criminel, il est donc important de distinguer l'intériorisation de la valeur de la manière concrète de la protéger et de mettre en lumière ce qui crée la dissonance entre l'appropriation discursive de la protection des droits fondamentaux et les pratiques concrètes de sa mise en œuvre (Garcia, 2015).

L'arrêt Bissonnette nous a permis d'illustrer concrètement ce paradoxe. Nous avons montré avec les extraits sélectionnés que le juge, en tant que conscience individuelle, témoigne d'une pensée modérée et d'un souci d'universalité de la protection des droits fondamentaux. Cependant, au moment de déterminer la peine, il perd de vue cette volonté et la logique de défense positive des valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel qu'il met pourtant explicitement en avant. On peut y voir un signe de la puissance de pénétration de la RPM dans les communications⁷ du système de droit criminel et dans les consciences des individus. Malgré sa volonté et son discours, le juge reste dans la conception de la peine véhiculée depuis des siècles par les théories traditionnelles de la peine (rétribution, dénonciation, dissuasion, réhabilitation carcérale et neutralisation) et il agit dans la RPM, perpétuant ainsi le paradoxe se trouvant au cœur même de notre objet d'étude.

Une précision sur les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel

Dans le cadre de cette recherche, dont la portée géographique est canadienne et belge, l'attention est portée aux droits fondamentaux, surtout à la sécurité et à la liberté, car ces deux droits font l'objet d'une tension particulièrement intéressante. Ils sont énoncés dans des textes de référence au niveau international, régional et national tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU (1948), les Pactes internationaux relatifs aux droits humains de l'ONU (1966), la Convention européenne des droits de l'homme (1950), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000), la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969), la Constitution belge⁸ et la Charte canadienne des droits et

⁷ Le terme "communication" est ici utilisé dans un sens théorique particulier issu de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann que nous développerons plus tard (chapitre II). Au sens sociologique, ce concept comprend toute activité de diffusion d'un message, de quelque nature que ce soit (jurisprudence, doctrine, entrevues, etc.), produit par les opérateurs du système de droit criminel.

⁸ La Constitution belge ne contient pas tous les droits humains reconnus par les normes internationales. Par exemple, le droit à la vie n'est pas explicitement mentionné comme tel. Cependant, en Belgique, les traités internationaux ayant un effet direct (comme la CEDH) ont force supérieure à la loi, ce qui renforce la protection des droits humains au niveau national.

libertés. Un consensus international, en tout cas dans le monde occidental, reconnaît ces droits comme essentiels. Ils ne sont pas simplement des objets de discours juridiques théoriques, mais des principes reconnus et ancrés dans le droit positif.

Ce que nous entendons par les "valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel" désigne l'intériorisation par ce système de la nécessité de protéger ces droits fondamentaux. Autrement dit, ces valeurs reflètent la manière dont le système a intégré, dans ses propres discours et communications (doctrine, jurisprudence, etc.), les droits fondamentaux à la sécurité, à la liberté, à la vie et à la dignité humaine. Si ces derniers, au départ, dépassent le système de droit criminel en tant que tel et se trouvent dans son environnement, une fois qu'ils sont intériorisés par celui-ci, ils deviennent des valeurs garanties par le système lui-même, et non plus seulement des éléments de son environnement. Ces valeurs se retrouvent alors dans la jurisprudence⁹ et dans les travaux doctrinaux en droit criminel (tels que ceux de Moreau et Vandermeersch, 2024 en Belgique et de Parent et Desrosiers, 2024 au Canada).

À un premier niveau, les droits fondamentaux peuvent donc être observés comme un fait externe au système de droit criminel, c'est-à-dire comme des principes faisant partie de son environnement (système de droit international, système de droit constitutionnel, système politique). À un second niveau, ils sont intériorisés comme des valeurs positives à garantir lorsque le système de droit criminel les reconnaît et les exprime dans ses propres communications. En effet, quand le système communique sur lui-même, il le fait également sur les valeurs qu'il intériorise. Cela implique que le système de droit criminel tienne un discours dans lequel il affirme l'importance de protéger la sécurité, la vie, la liberté et la dignité humaine. Notons que ce discours se distingue des modalités concrètes de protection des valeurs qui relèvent, quant à elle, d'une question d'efficience. Comme nous avons pu déjà l'observer, une fois intériorisées par le système de droit criminel, les mêmes valeurs peuvent faire l'objet d'une protection tantôt positive, tantôt négative. Dans sa manière concrète d'agir, le système de droit criminel peut créer des paradoxes par rapport aux valeurs positives intériorisées dans le sens où la valeur reconnue au départ est positive (la sécurité), mais la manière de la protéger est négative (affliction).

⁹ On les retrouve notamment dans l'affaire Bissonnette où les juges invoquent la notion de "normes fonctionnelles" pour exprimer la vocation du droit criminel à protéger la sécurité et la liberté (*cfr. infra*).

Pour résumer, les valeurs positives garanties par le système de droit criminel sont l'expression, par le système lui-même, de son adhésion à la protection des droits fondamentaux et de l'intégration de ceux-ci dans le système. Si ces valeurs peuvent être protégées de manière variable (positive ou négative), leur reconnaissance explicite témoigne d'un projet normatif de fond. Ce projet est sans doute entravé dans sa réalisation concrète par la RPM, mais il n'en demeure pas moins constitutif de la manière dont le système de droit criminel se décrit dans ses diverses formes de communication (doctrine, jurisprudence, documents des commissions de réforme, etc.).

La présentation de la recherche

L'objet d'observation de cette recherche est le rapport paradoxal entre, d'une part, l'universalité de la protection des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité et, d'autre part, les pratiques de détermination des peines. Nous limiterons notre questionnement à la peine d'emprisonnement¹⁰, qui est la peine de référence en Occident, et qui, de ce fait, constitue un lieu d'observation privilégié des dynamiques qui nous interpellent. Plus limitativement encore, nous nous concentrerons sur les cas qui constituent les crimes considérés comme étant les plus graves dans la loi pénale, que ce soit en Belgique ou au Canada, c'est-à-dire des comportements causant une atteinte à l'intégrité et/ou à la vie d'autrui, car ce sont des situations dans lesquelles la question de la sécurité est susceptible de se poser.

La question que nous posons à propos de notre objet de recherche est dès lors la suivante : comment la protection des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité est-elle observée dans la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves ?

Nous aborderons cette question de recherche en deux temps. Le premier est celui de la description de l'articulation entre la protection des droits fondamentaux et le recours à l'emprisonnement comme peine sous l'emprise de la RPM.

¹⁰ Notons que par le terme "emprisonnement" nous visons, dans une perspective criminologique, le recours à la prison comme peine privative de liberté. Cette notion englobe autant les peines d'emprisonnement que de réclusion.

Pour ce faire, nous débuterons par l'étude de la notion de "neutralisation" dans la littérature juridique et criminologique. En effet, dans des situations problématiques où la question de la sécurité se pose, l'idée de neutralisation a la propension de mener vers le recours à l'emprisonnement de longue durée au moment de penser la peine. Dans le contexte de notre recherche, nous avons donc besoin de saisir le rôle que la neutralisation joue, d'une part, dans la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine et, d'autre part, dans la relation paradoxale qui existe entre la manière de justifier les peines et celle de protéger les valeurs positives fondamentales que le système de droit criminel garantit. La revue de littérature contribue à ce premier volet. Nous chercherons également cette description dans les données empiriques (communications du système de droit criminel)¹¹. Nous viserons la mise en lumière d'idées ou de manières de penser qui empêchent de sortir de la RPM ou qui y ramènent toujours quand il s'agit de penser le rapport entre la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine et la logique de protection universelle des droits fondamentaux, particulièrement concernant la liberté et la sécurité, quand le système est confronté à des crimes considérés graves.

Le second temps de la recherche est consacré à l'ouverture vers l'innovation du système de droit criminel. Il vise à mettre en lumière des manières d'observer et des idées qui existent dans ce système ou dans son environnement. Leur caractéristique est qu'elles se trouvent hors de la RPM. Elles peuvent ainsi être à la base d'une rationalité pénale alternative permettant de penser autrement l'intervention du système de droit criminel et le recours à l'emprisonnement.

Bien qu'elles soient présentées de façon successive, ces deux phases sont interreliées. La construction de cette structure a été alimentée et éclairée tant par la littérature que par les données empiriques. En effet, l'opération de construction de la recherche n'est pas un processus linéaire. Il est plutôt composé de va-et-vient entre la littérature, la théorie et les données. Les idées véhiculées dans ces différents temps (description du problème, description de l'état du système, élaboration de voies vers l'innovation) nous ont accompagnée tout au long de la recherche. Elles nous ont guidée dans toutes les étapes du travail. Elles constituent aussi la structure de notre propos et de l'organisation du matériel.

¹¹ Nous présentons les données empiriques dans le chapitre III.

À travers cette structure, notre démarche contribue à un nettoyage du regard (Heinich, 2014) sur le recours à l'emprisonnement comme peine dans les cas de crimes considérés comme graves. L'objectif n'est cependant pas d'indiquer au système de droit criminel et à ses opérateurs ce qu'ils *doivent* faire. Le "*nettoyage du regard*", concept issu de la sociologie de l'art (Heinich, 2014, p.30), vise plutôt à "*apprendre à jeter 'le linge irrécupérable' et à récupérer certains concepts ou finalités 'à condition de subir une ou plusieurs lessives [redéfinitions] selon l'ancienneté des tâches et la vulgarisation de l'idée'*" (Heinich, 2014, p.29)" (Pires, 2021, p.41). Un tel nettoyage du regard permet d'augmenter la "*probabilité d'innovations cognitives susceptibles de créer un nouveau palier axiologique à l'intérieur d'une pratique sociale bien circonscrite*" (Pires, 2021, p.41).

L'objectif de cette recherche est en effet d'innover dans la manière de concevoir la peine en droit criminel afin de sortir du rapport paradoxal entre la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système et ses pratiques punitives. Notons, à cet égard, que nous concevons le concept de "peine" comme désignant une norme constitutive du système de droit criminel auquel ce dernier donne une définition constituée intellectuellement. Autrement dit, la peine n'est pas considérée comme ayant une nature propre. Le lien entre "peine" et "affliction" est observé comme tributaire du système d'idées de la RPM. Ce point sera extensivement développé dans la recherche.

Nous proposons une recherche empirique et interdisciplinaire (droit et criminologie) qui s'attaque à une problématique qu'il est extrêmement difficile de rendre visible. L'objectif principal de ce travail est de mettre en lumière des points de cécité et de valoriser des possibilités présentes, mais encore non actualisées, dans le champ de la détermination des peines en droit criminel. Rendre ces difficultés et ces idées visibles pour les opérateurs du système de droit criminel est une contribution tant scientifique que juridique.

Nous envisageons notre contribution comme un support aux opérateurs du droit (juges, procureurs, avocats) qui souhaitent faire du droit criminel autrement. Notre rôle est de travailler pour soutenir, sur le plan des idées, ceux et celles qui veulent innover en droit criminel, ainsi que de leur fournir des moyens épistémologiques pour y parvenir. Dans cette perspective, la recherche peut se concevoir comme une source non officielle du droit, surtout par rapport à des aspects que le système ne voit pas. Valoriser les possibles marginalisés dans le système de droit criminel est la voie que nous avons choisie d'emprunter pour contribuer à son innovation.

Afin de répondre à ces objectifs, nous adopterons une posture épistémologique nous orientant vers l'étude de *comment* nous connaissons (*comment* nous observons) (Luhmann, 2000). Ce questionnement consiste à découvrir *comment l'observateur opère pour observer* et ainsi construire sa réalité. Nous observerons comment le système de droit criminel observe (pense, construit et mobilise) le rapport entre l'universalité de la protection des droits fondamentaux et la détermination des peines dans les cas de crimes considérés graves. Nous nous intéressons autant à ce que le système voit à propos de ce rapport qu'à ce que le système ne voit pas.

Cette posture descriptive sera combinée à la théorie explicative qu'est la théorie de la RPM afin de nous aider à comprendre et à expliquer les choix réalisés par le système et les opérateurs judiciaires dans leur manière d'observer et de construire leur réalité.

Nous mobiliserons donc la grille de lecture proposée par la théorie de la RPM comme cadre théorique principal. Celle-ci offre, d'une part, un appareillage conceptuel pour décrire la rationalité du droit criminel en ce qui concerne la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que la définition du concept de peine (Pires, 1998a). Elle permet, d'autre part, d'observer le "*problème d'évolution*" en matière de *droit criminel*" (Dubé, Pires, 2009, p.115) car la théorie porte sur les idées qui font obstacle à l'évolution et à l'innovation du droit criminel (Raupp, 2015).

Afin de capter la rationalité pénale, nous observerons notre objet d'étude dans les communications, au sens sociologique du terme, provenant directement des opérateurs judiciaires. Nous mobilisons deux sources principales de données : les trois décisions judiciaires rendues dans l'affaire Bissonnette et des entrevues réalisées avec des juges et des procureurs en Belgique et au Canada. Pour analyser les données récoltées dans ces communications judiciaires, nous avons commencé par utiliser la méthode de la théorisation ancrée de Glaser et Strauss (1967), explicitée par Paillé (1994 ; 2017) et nous avons complété celle-ci avec la théorie de l'observation issue des travaux du sociologue Niklas Luhmann.

Nous avons choisi l'affaire Bissonnette car elle incarne notre problématique de recherche. Elle concerne un cas relatif à une atteinte à l'intégrité physique et à la vie, une tuerie de masse, qui permet de montrer

la complexité du problème du rapport entre l'universalité de la protection des droits fondamentaux et la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine. Ce problème est en effet exacerbé quand l'atteinte de départ aux valeurs fondamentales garanties par le système est forte. Face aux cas les plus graves, des questions peuvent se poser de manière intéressante : quelles sont les finalités de la peine à l'œuvre dans cette décision ? Comment les valeurs de protection des droits fondamentaux entrent-elles en relation avec ces finalités ? Comment les valeurs positives garanties par le droit criminel sont-elles communiquées à travers la conception de la peine véhiculée dans les décisions ? Faut-il sacrifier ces valeurs pour pouvoir les communiquer, les réaffirmer et les protéger ? Est-il possible d'envisager une autre rationalité pour l'intervention du système de droit criminel dans ce type de cas ? Ces questionnements se situent à l'origine de notre recherche.

Les communications (orales et écrites) des opérateurs judiciaires sont le moyen à travers lequel capter la rationalité du système de droit criminel. En réalisant des entrevues, nous avons ainsi cherché à saisir *quelque chose de plus* que ce qui se trouve dans les manuels de droit, dans les lois ou dans la jurisprudence. Nous travaillons, dans les entrevues, avec un matériel qui est l'intériorisation de la rationalité pénale par les opérateurs judiciaires. En choisissant de faire des entretiens de type réflexif, nous avons recherché l'implication des opérateurs judiciaires dans le processus d'observation, de réflexion et d'innovation relativement à notre objet d'étude. L'innovation exige la créativité de l'intervenant individuel dans les communications judiciaires, et pour cela il faut qu'il puisse d'abord voir la rationalité pénale dominante avant d'intégrer les idées innovatrices dans la communication judiciaire officielle. Il nous a donc paru essentiel de faire de ces opérateurs des co-constructeurs de la réflexion par l'entremise d'entretiens réflexifs.

À l'issue de la démarche que nous venons de brièvement présenter, nous envisageons comme résultats pour la recherche une contribution pour la science, pour le système de droit criminel et pour les opérateurs judiciaires. Pour la science, parce qu'un chercheur qui lit cette recherche pourrait trouver des méthodes et des idées intéressantes pour résoudre certaines énigmes et observer certains problèmes de manière originale. Pour le système de droit criminel, parce qu'il est notre objet d'étude au premier plan et que nous réfléchissons à une manière de protéger positivement les valeurs fondamentales qu'il garantit. Pour la pratique des opérateurs judiciaires qui ont contribué à élaborer la

réflexion car notre perspective s'inscrit dans une démarche de sciences sociales appliquées (Gouldner, 1957). Cela signifie que les développements que nous proposons visent à avoir des implications sur la manière de concevoir la transformation de la société contemporaine dans le champ de la peine en droit criminel, et cela peut contribuer à émanciper concrètement les opérateurs du droit de certaines idées et manières de faire qui envahissent ce domaine afin qu'ils puissent transformer leur pratique professionnelle.

Ce travail se structure en cinq chapitres. Le premier est consacré à une revue de la littérature sur des notions clés de la problématique de recherche : l'idée de neutralisation, le discours sur la "protection de la société" lorsqu'un problème de sécurité se pose, la fonction du système de droit criminel au regard de ses valeurs fondamentales et la notion d'innovation dans le cadre précis de cette recherche. Le deuxième chapitre est théorique et conceptuel. Nous y présentons le cadre théorique de la recherche composé de la théorie de la rationalité pénale moderne de Pires et de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann. Nous présentons les raisons pour lesquelles nous avons privilégié la mobilisation de certains concepts à l'intérieur de ce cadre théorique. Dans le troisième chapitre, nous développons la posture épistémologique et la méthodologie de recherche. Nous y expliquons et justifions nos choix en matière de sources de données empiriques et de méthodes de récolte de données. Nous y développons également la technique d'analyse de ces données. Dans le quatrième chapitre, nous présentons les résultats d'analyse relatifs à l'emprise de la rationalité pénale moderne sur les pratiques punitives et la manière de recourir à l'emprisonnement, ainsi qu'aux idées qui empêchent de sortir de cette manière de concevoir l'intervention du système de droit criminel. Le cinquième chapitre, quant à lui, est consacré à la présentation des résultats d'analyse relatifs à la possibilité d'innovation et à l'élaboration d'une forme d'intervention du système de droit criminel fondée sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Enfin, nous proposons une conclusion reprenant les contributions les plus significatives de la recherche et suggérant certaines ouvertures pour des réflexions futures.

Chapitre I : Punir pour protéger : fondements, paradoxes, critiques et innovation

La revue de littérature a contribué à l'identification de la problématique et de la question de recherche. Nous avons opté pour un type de revue de littérature permettant une "*curiosité focalisée*" (Lynd, 1939, p.182) sur le sens du problème de recherche afin de le développer et le rendre visible et compréhensible. Nous avons sélectionné une littérature qui nous semble nécessaire pour réfléchir sérieusement sur celui-ci. L'objectif n'est pas celui de répondre à une "*curiosité pure*" (Lynd, 1939, p.183) sans établir une relation stricte avec notre objet de recherche ou de réaliser une actualité bibliographique aisément détachable et compréhensible par elle-même. Notre démarche consiste plutôt à proposer une revue de littérature offrant une compréhension bien ajustée de l'objet de connaissance en sélectionnant des études qui permettent de focaliser sur le problème que nous traitons. La priorité a donc été de choisir une littérature criminologique qui problématise les rapports entre neutralisation, longues peines privatives de liberté et protection des droits fondamentaux ainsi que l'impact de ces rapports sur la possibilité d'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel.

Au-delà de nous permettre de présenter des efforts scientifiques déjà menés relativement à notre objet d'étude, elle nous permet aussi de localiser notre propre travail dans le champ de la criminologie en lien avec notre thème particulier.

Ce premier chapitre est donc consacré à une revue de littérature structurée en fonction de la problématique de recherche : l'idée de neutralisation (section I), le discours sur la "protection de la société" lorsqu'un problème de sécurité se pose (section II), la fonction du système de droit criminel au regard de la protection des valeurs fondamentales (section III) et la notion d'innovation dans le cadre précis de cette recherche (section IV). La dernière section (section V) vise à montrer comment notre étude de la qualité d'intervention du système de droit criminel s'insère dans le champ de la criminologie.

Section I. La neutralisation en droit criminel

Nous commençons par l'étude de la notion de "neutralisation" car, dans des situations problématiques où la question de la sécurité se pose, l'idée de neutralisation a la propension d'orienter l'intervention du système de droit criminel vers le recours à l'emprisonnement de longue durée au moment de penser la peine. Dans le contexte de notre recherche, nous avons besoin de saisir le rôle que la neutralisation joue dans la relation paradoxale qui existe entre les pratiques punitives et la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel (liberté et sécurité). Elle joue un rôle central mais confus. Étudier la neutralisation en profondeur, et la rendre observable, est une des contributions majeures de ce travail.

Nous dédions dès lors une partie considérable de la revue de littérature à la neutralisation car elle est, ainsi que les enjeux juridiques et éthiques qu'elle engendre, le point de départ du raisonnement de la recherche empirique dont les résultats sont présentés dans les chapitres IV et V. Nous nous intéressons, dans le présent chapitre, à la neutralisation en tant que finalité et théorie de la peine. Notre objectif consiste tout d'abord à la comprendre, à la caractériser, à la décrire et à la critiquer dans le cadre de la rationalité pénale moderne. Cette étape est fondamentale pour bien saisir la démarche intellectuelle de notre travail.

Cette première section est consacrée à la présentation de la neutralisation. Nous commençons par préciser ce que nous entendons par le terme "neutralisation" dans le champ de la peine en droit criminel (A). Nous développons ensuite le contexte historique entourant l'émergence de la neutralisation dans les systèmes de droit criminel modernes en Occident (B). Nous présentons également la neutralisation en tant que théorie de la peine (C). Le point (D) est consacré à l'étude de la finalité de neutralisation comme routeur qui conduit à la peine privative de liberté de longue durée. Enfin, nous consacrons le dernier point (E) à l'analyse des critiques de la neutralisation.

A. L'idée de neutralisation

Dans une rationalité pénale où la peine est conçue comme un moyen d'infliger la souffrance et d'exclure socialement, particulièrement dans les cas de crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie,

l'idée de neutralisation est difficile à observer de manière spécifique. Même si "*l'argument de la neutralisation en tant que politique criminelle nous paraît évident de nos jours (évident par son omniprésence, non pas par son bon sens ou sa logique)*" (Xavier, 2012, p.162), il n'en reste pas moins confus. L'idée de neutralisation est en effet souvent absorbée par les autres finalités de la peine : la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation carcérale. Elle est souvent mobilisée de manière non explicite ou détournée dans le système de droit criminel. Dans ce contexte, notre objectif est de mieux cerner et comprendre la notion de neutralisation en droit criminel.

En nous appuyant sur une revue de la littérature, nous décrivons l'idée de neutralisation par l'obstacle qu'elle constitue au passage à l'acte criminel en retirant la possibilité des individus dits dangereux ou d'habitude de le commettre. Elle consiste à retirer le pouvoir des individus de (re)passer à l'acte et ainsi à les empêcher de commettre toute (nouvelle) infraction dans un territoire ou un espace déterminé.

Sous l'influence de la traduction anglaise du concept de neutralisation, *incapacitation*, nous avons pensé, dans un premier temps, parler du "retrait de la capacité" des individus de passer à l'acte. Dans un second temps, la formule "retrait de la possibilité" de passer à l'acte nous a paru plus précise. En effet, selon le dictionnaire Le Robert, la "capacité" vise *l'aptitude* à faire quelque chose, la *compétence*. Tandis que la "possibilité" est le *pouvoir*, la *faculté* de faire quelque chose, le *moyen*. La neutralisation n'enlève pas l'aptitude de passer à l'acte, elle prive du pouvoir, de la faculté, de passer à l'acte, même si l'individu conserve, en soi, la compétence de passer à l'acte.

Comme l'indiquent Zimring et Hawkins, l'idée de base de la neutralisation est assez simple : "*it involves punishing particular individuals to prevent them from committing further crimes*" (Zimring, Hawkins, 1995, p.15). Dès lors, "*on ne punit pas dans un but de prévention générale, pour dissuader d'éventuels criminels ; on ne punit pas non plus parce qu'on est imbu d'un sens moral de faire justice. On punit pour neutraliser ce qui est la cible de la [peine]. Punir, pour la théorie de la neutralisation, c'est mettre une contrainte dans la vie de l'infracteur qui va l'empêcher de récidiver*" (Xavier, 2012, p.159).

Dans les termes plus radicaux de Paciocco, nous pouvons lire que l'idée de neutralisation est simple : *"Kill the criminals, send them to Australia or Devil's Island, or put them in the dungeons. Put them where they cannot hurt anyone"* (Paciocco, 1999, p.32).

Sans en avoir le monopole, la neutralisation vise à retirer la possibilité du passage à l'acte d'une façon spécifique. La réhabilitation carcérale peut également réaliser cette finalité sans, toutefois, fonctionner de la même manière. La spécificité de la neutralisation est de reposer sur la contrainte physique vis-à-vis d'un individu. Elle consiste à *"separating offenders from society"* (Doob et al., 1998, p.32) et, ainsi, *"keeping them away from criminal opportunities"* (Braithwaite, Pettit, 2002, p.4). La peine neutralisante est conçue comme un moyen de protéger la société en garantissant l'écartement du danger par rapport au corps social sur la base de l'idée de l'éloignement et du contrôle pour protéger le tout (corps social) contre la partie (l'infracteur).

Manning, Mewett et Sankoff développent cette idée lorsqu'ils expliquent que *"utilitarian principles that seek to maximize the well-being of the majority play a much larger role in sentencing practice. To this end, protection of the public from crime is the paramount concern. But it is only by analyzing the ways in which the public can be protected that this theory offers practical assistance. One way in which the general public can be protected from a criminal is merely by incapacitating 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"* (Manning, Mewett et Sankoff, 2015, p.2).

La réhabilitation carcérale, quant à elle, ne se résume pas à cela car elle pense à la libération des individus dès leur "réhabilitation". La neutralisation vise à agir directement et uniquement sur la possibilité de commettre un acte criminel avant tout autre chose (pouvant être : traiter, dissuader, rétribuer, etc.). Cette idée de neutralisation est susceptible d'être mobilisée chaque fois qu'une peine est prononcée, mais elle est plus particulièrement présente dans les cas de dangerosité et/ou de récidive.

La neutralisation est en effet étroitement attachée à la figure du délinquant dit "dangereux" ou "d'habitude", considéré comme incapable d'assumer la responsabilité de ses actes (Dubé, Ferron Ouellet, 2020). Dans la manière de percevoir ce type de délinquant *"tout se présente comme si la commission répétée d'infractions venait révéler chez lui un trait de personnalité qui le rendait insensible aux interventions visant les objectifs pénaux utilitaristes de la réhabilitation ou de la dissuasion"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.34).

Notons également que l'idée de neutralisation s'observe à différents niveaux. Au XIX^e siècle, la neutralisation a parfois été pensée uniquement en vue de l'élimination des individus (peine de mort, déportation, oubliettes, emprisonnement à vie, etc.) (Zimring, Hawkins, 1995). Elle a aussi pu être pensée en association avec une longue durée d'emprisonnement. Parfois, elle a même été pensée comme condition commune à la réhabilitation, la dissuasion générale, la réprobation du crime et la rétribution. Aujourd'hui, dans certaines manières de concevoir le pénitencier, notamment dans les cas d'emprisonnement de haute sécurité, la neutralisation est conçue et mise en pratique institutionnellement de manière isolée, c'est-à-dire sans égard à la réhabilitation. En d'autres mots, le souci de réhabilitation est absent ou extrêmement marginal.

À partir de l'idée de base du retrait de la possibilité des (futurs) comportements criminels, une association a été effectuée entre "protection de la société" et "neutralisation". Celle-ci consiste à garantir la protection des autres individus en empêchant un individu en particulier de réaliser un type de passage à l'acte criminalisé (Moreau, 2021). La neutralisation devient ainsi un routeur de certaines formes de peine telle que la privation de liberté, la mort, le retrait de certains droits, l'intervention médicale, les mesures de surveillance, etc. L'idée de neutralisation n'oriente, en effet, jamais vers l'amende, les travaux communautaires, la réparation, la réconciliation, la probation, etc. Depuis l'abandon de la peine de mort et des déportations, la neutralisation valorise particulièrement les longues peines privatives de liberté.

Bien qu'il en existe d'autres, la peine de prison se présente comme la manière de neutraliser emblématique en Occident (Braithwaite, Pettit, 2002 ; Barton, 2005). L'exclusion sociale (via l'incarcération) est souvent pensée comme un mécanisme de protection de la société (protection

physique des individus). Il émerge ainsi une association sémantique entre les deux qui présente l'exclusion sociale comme un moyen de défense (Mead, 1918). Nous approfondissons ce point dans la section II sur les discours relatifs à la protection de la société.

B. Une contextualisation historique de la neutralisation

1. L'émergence de la neutralisation dans les systèmes de droit criminel moderne en Occident

L'idée de neutralisation des individus existe depuis bien avant l'émergence du système de droit criminel moderne. Des peines telles que la peine de mort, la déportation ou le bannissement, qui indiquent une propension à neutraliser l'individu en l'excluant de la vie sociale, sont en effet très anciennes (Xavier, 2012 ; Kaminski, 2015). Notre objectif est de retracer l'émergence de l'idée de neutralisation de manière systématisée, raisonnablement organisée et cohérente en tant que justification de pratiques de détermination des peines à l'intérieur des systèmes de droit criminel modernes en Occident.

Il apparaît que la neutralisation (*incapacitation*) est la finalité de la peine la moins étudiée en tant que telle dans la littérature, surtout d'un point de vue qualitatif (Zimring, Hawkins, 1995). Elle est également la plus confuse et représente un grand défi pour l'observation. Elle a, tantôt, été associée à une idéologie liée au déterminisme dans la science du XIX^e siècle et en criminologie (par exemple avec Ferri et Garofalo dans l'école positive italienne (Digneffe, 2008)) et, tantôt, été associée de façon centrale à l'exclusion, à la prison, à la peine capitale, à la déportation (Mathiesen, 1990 ; Zimring et Hawkins, 1995 ; Barton, 2005).

Selon Zimring et Hawkins, la neutralisation a été ignorée longtemps comme justification générale de l'emprisonnement et elle reste encore relativement inaperçue aujourd'hui. Les auteurs notent en effet que *"in both England and America, the great debates about penal policy in both the nineteenth and twentieth century were principally about whether retribution and deterrence or reform should be the major principles under which the treatment of prisoners should be regulated. (...) As late as 1972, it was generally assumed "that the primary conflict in prison is between reformation and deterrence" (...). For almost two centuries after its mechanisms and limits had been identified, incapacitation played no role in the debates about justification for imprisonment"* (Zimring, Hawkins, 1995, pp.21-22).

Le point le plus intrigant concernant la littérature sur la neutralisation est sa grande pauvreté, durant plus de cent cinquante ans, alors que la peine de prison était devenue la peine de référence dans le monde occidental. Il n'existe que peu de littérature à ce sujet, alors pourtant qu'aucune difficulté intellectuelle ou technique ne peut vraiment expliquer cette inattention (Zimring, Hawkins, 1995). La littérature sur la neutralisation a finalement émergé dans les années 1970. Elle peut être qualifiée d'épisodique dans le sens où *"it consists of clusters of analyses concerned with discrete methods and claims during relatively brief periods"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.39). Ce caractère épisodique découle de la manière dialectique par laquelle la question de la neutralisation a été traitée. En effet, *"most of the individual publications can be sorted into those making claims for a particular approach and those criticizing or suggesting modifications to the original claims"*. Par conséquent, la littérature publiée prend la forme *"thesis, antithesis, and then silence"* autour d'une revendication spécifique. Cette manière de procéder a inévitablement engendré une littérature non cumulative sur le sujet où chaque nouvel épisode dialectique part de zéro plutôt que d'apprendre et de s'appuyer sur des discours antérieurs (Zimring, Hawkins, 1995).

Selon nos observations, l'idée de neutralisation (*incapacitation*) commence à devenir visible et importante dans l'histoire du système de droit criminel moderne à partir de la fin du XIX^e siècle, c'est-à-dire à partir de l'école positive italienne. Cette visibilité s'explique, nous semble-t-il, par l'émergence de deux facteurs : l'idée d'un droit pénal scientifique et l'idée d'un droit pénal fondé sur le déterminisme.

Toutefois, au début du XIX^e siècle, Bentham avait déjà traité de la neutralisation comme faisant partie de ce que la prison accomplissait, c'est-à-dire comme un effet de la prison. Selon Zimring et Hawkins, *"at the beginning of the nineteenth century, Jeremy Bentham said all that was to be said on incapacitation for a hundred years in his analysis of the competition between the penitentiary and transportation"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.19). Toutefois, en ce qui concerne sa pensée sur la neutralisation, il en dit relativement peu de choses.

Pour Bentham, la finalité première de la peine d'emprisonnement est en effet la dissuasion générale, mais elle a notamment un effet de neutralisation de l'individu *"by rendering a man incapable of*

committing offences" (Bentham, 1802 [1818], p.183). La neutralisation apparaît "*comme une possibilité subsidiaire (surtout dans les cas de peine de bannissement, qu'il commente longuement et où l'effet de neutralisation par exclusion est évident)*" (Xavier, 2012, p.160). Il considère qu'elle est un effet de la prison qui se présente comme un accessoire de la finalité de dissuasion. Bentham a donc attaché de façon stricte la neutralisation aux effets de la prison en tant qu'institution carcérale, laissant de côté la peine de mort et les autres sanctions, dans une volonté de réduire ou de contrôler la criminalité comme phénomène social.

Comme nous l'avons indiqué, la neutralisation (*incapacitation*), en tant que finalité de la peine, apparaît plus clairement dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, plus particulièrement dans les dernières décennies. Elle est liée, au début, avec l'approche médicale et le déterminisme biologique (Gould, 1981). Il nous semble que la neutralisation, entendue comme finalité de la peine, est vraiment entrée dans l'histoire à ce moment. Elle a émergé moins sous la forme pensée par Bentham que sous celle qui lui est donnée par l'école positive italienne. Pour en saisir la portée, il faut la mettre en relation avec la finalité de la réhabilitation carcérale. Le courant de l'école positive italienne utilise une distinction pour classer les individus entre ceux qui sont "réhabilitables" et ceux qui sont "non réhabilitables" ou "irrécupérables". La neutralisation s'applique à l'égard de ces deux catégories, mais de manières différentes.

D'un côté, la neutralisation permet de mettre en prison pour réhabiliter¹², de l'autre, elle permet de mettre en prison pour oublier (ou tuer). La première forme de neutralisation (pour les individus "réhabilitables") se présente comme une condition de réalisation de la réhabilitation lorsque cette dernière est pensée à l'aide d'une durée dont le terme final est indéterminé et non réexaminé par le système judiciaire. La seconde forme de neutralisation dévalorise la réhabilitation (pour les individus "irrécupérables"). Dans ce dernier cas, elle vise à mettre l'individu en prison essentiellement pour l'écarter et l'oublier. La neutralisation est alors une finalité centrée sur l'exclusion sociale. On se contente de contenir et de contrôler l'individu pour en protéger la société.

¹² Dans la théorie de la réhabilitation carcérale l'exclusion sociale est mobilisée pour permettre la transformation de l'individu. L'idée est que la transformation, pour qu'elle ait lieu, dépend de ce moment premier d'exclusion de l'individu (Xavier, 2012).

Dans le courant de pensée de l'école positive italienne, qui cherche à traiter scientifiquement le criminel, Ferri et Garofalo considèrent que certains individus sont irrécupérables. Pour ces derniers, la seule solution pénale est le retrait définitif de la société (Xavier, 2012). Comme l'explique Digneffe, selon ces deux auteurs, *"si l'on a affaire à des individus qui ne sont pas adaptables (au sens de Garofalo), ou anti-sociaux (au sens de Ferri), une séparation complète du milieu social s'avère indispensable pour les besoins de la défense sociale. Elle peut se réaliser par la relégation "dans une île ou dans une colonie" (...) ou dans des établissements pénitentiaires, mais toujours à une durée indéterminée. La libération conditionnelle ne peut jamais être accordée pour des individus qualifiés de criminels-nés ou de criminels fous"* (Digneffe, 1998, p.274 (dans Xavier, 2012, p.160)).

Ferri et Garofalo critiquent d'ailleurs la pertinence du principe de la proportionnalité attaché à la finalité de rétribution et à celle de dissuasion. Ils indiquent que ce principe pose un problème lorsqu'on s'intéresse à l'individu et à sa dangerosité dans une perspective de protection de la société car il ne tient pas compte du fait que certains individus dangereux doivent être mis à l'écart indéfiniment (Xavier, 2012). Pour eux, le principe classique de proportionnalité, qui crée un rapport de corrélation entre le crime commis et la peine à déterminer, *"aboutit à punir de la même manière deux individus qui ont commis un même acte, sans tenir compte du fait que cet acte peut manifester des anomalies du sens moral bien différentes et dès lors une dangerosité plus grande. La répression n'a pas pour but premier d'être juste, elle vise à préserver l'état social, à prévenir de nouveaux délits de la part du même individu"* (Digneffe, 1998, p.243)¹³. Ils considèrent que le principe de proportionnalité doit céder le pas à une rationalité d'intervention orientée vers l'individu et sa réhabilitation ou sa neutralisation, selon qu'il est ou non irrécupérable¹⁴.

Autour des années 1960 et 1970, une critique de ces théories étiologiques du passage à l'acte émerge en criminologie. La théorie de la réhabilitation, qui avait connu un essor dans les années 1950, fait l'objet de critiques qui favorisent un intérêt pour la neutralisation. Tant la neutralisation que la réhabilitation

¹³ Cette même critique peut être formulée dans le cadre de la réhabilitation : le principe de la proportionnalité ne tient pas compte du fait que chaque individu n'a pas besoin du même traitement. Dans le cadre de la réhabilitation, *"la mesure de la peine est la mesure de la nécessité de la société de se protéger de cet individu jusqu'à ce qu'il puisse être adapté à la vie sociale. La mesure de la peine est donc la mesure du traitement (quand le traitement est possible) : l'échelle des peines liée au crime est tout à fait non pertinente quand la peine a un projet de réhabilitation"* (Xavier, 2012, p.154).

¹⁴ La différence ici entre la neutralisation et la réhabilitation est que la neutralisation va abandonner le projet de transformation de l'individu alors que la transformation de l'individu reste la finalité centrale dans la réhabilitation carcérale (la privation de liberté étant un moyen d'engendrer cette transformation).

carcérale contribuent à la finalité englobante de protection de la société. Cependant, la neutralisation abandonne le projet de transformation de l'individu alors que celui-ci reste la finalité centrale dans la réhabilitation carcérale, la privation de liberté étant un moyen d'engendrer cette transformation. L'intérêt pour la neutralisation prend de l'ampleur dans les années 1970, alors que la réhabilitation et la dissuasion sont en perte de vitesse (Barton, 2005). En effet, *"recidivism undermines our faith in rehabilitation, casts doubt on special deterrence and mocks any feelings of compassion and mercy that might emerge when we look at the growing prison population"* (Leipold, 2006, p.554). La neutralisation se présente ainsi plus clairement comme une justification de la peine (Xavier, 2012). Selon Zimring et Hawkins, la neutralisation devient à ce moment *"a strategy associated not with the rehabilitative justification for imprisonment but rather with the systems of criminal justice that rose to dominance by a process of elimination after the decline of the rehabilitative ideal"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.61).

Dans le même sens, Ghatak indique que *"the traditional rehabilitative goals of penal sanctions are increasingly being supplanted by identification of likely threats or recidivists through actuarial methods and selective incapacitation through mandatory sentences"* (Ghatak, 2011, p.4). D'autres voix s'élèvent pour défendre l'idée que *"la meilleure manière d'empêcher les individus de commettre de nouveaux crimes et de récidiver n'était pas la réhabilitation, ni la dissuasion, mais bien l'enfermement des justiciables pour des périodes prolongées. Le temps de leur incarcération, ils ne peuvent commettre d'autres crimes dans la société libre"* (Wilson, 1975 cité dans Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.8). La neutralisation tend à inspirer plus confiance car elle vise à contrôler le comportement des récidivistes potentiels tandis que la réhabilitation et la dissuasion visent seulement à les influencer (Zimring, Hawkins, 1995).

À partir des années 1990, une fusion s'opère entre les finalités de la peine de dissuasion, de rétribution et de dénonciation ayant comme moteur caché la neutralisation dans son aspect "anti-réhabilitation". La finalité de neutralisation joue alors un rôle important dans l'élaboration et le prononcé des longues peines privatives de liberté, malgré les discours politiques et juridiques apparents valorisant plutôt la dénonciation, la dissuasion et la rétribution.

Parallèlement, l'apparition d'une nouvelle pénologie autour de la gestion du risque ainsi que le développement de la justice actuarielle sont des contextes propices à l'émergence de la finalité de neutralisation dans les systèmes de droit criminel modernes (Xavier, 2012). Comme le souligne Xavier, l'omniprésence, surtout à partir des années 1970, d'une préoccupation pénale de gestion du risque fait en sorte que *"la peine criminelle commence à être perçue très fortement comme un élément de prévention du crime à partir de la tenue à l'écart de la société d'individus jugés dangereux. L'émergence même de concepts tels que celui de "justice actuarielle" dénote l'importance de l'idée de neutralisation"* (Xavier, 2012, p.159).

À la suite de la déception occasionnée par la réhabilitation en prison, l'incarcération devient plutôt un instrument de neutralisation (Xavier, 2012). L'argument mis en avant est *"qu'on a besoin de la peine criminelle avec un but de neutralisation en prison compte tenu de l'existence de "certains types de personnes" face auxquels la société doit se protéger"* (Xavier, 2012, p.220). Le discours sur la neutralisation s'autonomise alors de plus en plus par rapport aux autres finalités de la peine. En effet, *"on est loin ici aussi de penser par exemple à la dissuasion : l'attention n'est pas sur les criminels potentiels, mais sur cette personne, ou sur cette catégorie d'individus qui posent problème. Lorsqu'on pense au cas concret, c'est la neutralisation qui devient la justification. La rétribution nous paraît distante aussi : on ne punit pas ces individus pour faire justice, pour leur donner ce qui est mérité, mais pour nous protéger d'eux. C'est une logique très populaire depuis les dernières années, essentielle pour l'émergence d'une justice de gestion du risque, qui semble enlever l'accent mis sur la responsabilité individuelle pour se concentrer sur une [peine] axée sur la "protection de la société"*" (Xavier, 2012, p.220).

Il importe d'observer, à travers ce bref rappel historique, qu'en tant que finalité de la peine, la neutralisation, tantôt se retrouve entremêlée dans les autres finalités de la peine (condition de réalisation des autres finalités ou toile de fond des autres finalités) tantôt fait l'objet d'un discours autonome, surtout à partir des années 1970.

2. Les formes de neutralisation dans l'histoire

Si sa prépondérance varie, la finalité de neutralisation s'est aussi modalisée de différentes manières au cours de l'histoire. Durant les XVIII^e et XIX^e siècles, les condamnés étaient transportés depuis l'Europe vers l'Australie ou les Amériques (Barton, 2005). Au XX^e et XXI^e siècles, l'éloignement physique des personnes condamnées par rapport aux autres membres de la population est resté la principale méthode de neutralisation dans la plupart des systèmes pénaux contemporains. Cet éloignement a pris généralement la forme de l'emprisonnement, mais d'autres méthodes ont existé et existent encore dans certains États occidentaux. Bien entendu, la forme de neutralisation la plus radicale est la peine capitale. Bien que cette dernière ait souvent été justifiée par d'autres finalités que la neutralisation, telles que la dissuasion générale, la proportionnalité entre la gravité du crime et la souffrance à infliger ainsi que par la nécessité d'une réprobation "énergique" du crime par la souffrance, il est incontestable qu'une fois mis à mort, un individu est neutralisé car il est dans l'impossibilité de commettre de nouvelles infractions (Xavier, 2012). La peine capitale est donc indéniablement efficace au regard d'une finalité permanente et irrévocable de neutralisation (Barton, 2005). D'autres types de neutralisation existent encore dans les sociétés occidentales contemporaines. Certains moyens sont très sévères et intrusifs comme la castration physique ou chimique des délinquants sexuels (utilisée notamment en Amérique du Nord). D'autres, tels que le retrait du permis de conduire, le couvre-feu, l'inéligibilité, etc., le sont beaucoup moins et peuvent être conçus dans le cadre d'une rationalité pénale plus respectueuse d'une protection universelle des droits fondamentaux.

L'emprisonnement reste toutefois le moyen de neutralisation par excellence en Occident (Barton, 2005) et la forme la plus intuitivement attachée à cette finalité. Comme le résume Nadin-Davis, *"in its more extreme forms, incapacitation has largely disappeared from the scope of the penal system. No longer do we decapitate, castrate, or cut off hands to remove or decrease the possibility of further offending. In less severe measures, however, incapacitation is still involved in several forms of sanctions. Leaving aside all questions of efficacy, the suspension of driving privileges, firearms prohibitions and curfew provisions in probation orders are all at times used to remove the offender from situations in which re-offending may occur. Incapacitation is also found, frequently, as a justifying factor in the awarding of prison sentences, as the discussion below of dangerous offenders demonstrates. The simple notion of*

protecting the public, at least for a while, from a repeated offender by incarceration also is frequently to be found" (Nadin-Davis, 1982, pp.37-38).

Un aspect important de l'histoire de la finalité de neutralisation est encore à relever. Au début du XX^e siècle, celle-ci *"was a significant feature of policy directed toward one group called habitual or career offenders, distinct from the general run of offenders"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.22). Elle servait à justifier la détention préventive d'une certaine catégorie restreinte de criminels, à savoir ceux dits dangereux ou d'habitude. Cette détention était perçue comme une mesure de sécurité publique plutôt que comme une peine traditionnelle (Zimring, Hawkins, 1995). L'objectif de cette détention était d'éviter la survenance d'infractions causées par cette catégorie de criminels récidivistes car, comme le disait Bentham, *"for a body to act in a place, it must be there"* (Bentham, 1843, p.174)¹⁵. La neutralisation par l'enfermement privait alors ces criminels de la possibilité d'agir de manière contraire à la loi en dehors des murs de la prison, mais pas nécessairement à l'intérieur. La neutralisation était ainsi mobilisée en dernier recours à l'égard de ceux pour qui les mesures pénales de réhabilitation et les menaces destinées à dissuader avaient échoué à plusieurs reprises (Zimring, Hawkins, 1995). La neutralisation conçue comme étant "réservée" à une catégorie précise de criminels était donc incompatible avec l'idée selon laquelle la neutralisation devait être la finalité de la peine de prison pour les autres types de criminels (Zimring, Hawkins, 1995) car elle était une finalité sécuritaire mobilisée en dernier recours et dans certains cas précis (risque élevé de récidive, danger réel et concret).

Cependant, *"no existing system has succeeded in differentiating between ordinary prison routine and the regime applicable to preventive detention"* (Grünhut, 1948, p.399)¹⁶. Ce qui différenciait les catégories de criminels enfermés était simplement la rationalité qui justifiait la privation de liberté (Zimring, Hawkins, 1995) : une rationalité sécuritaire ou une rationalité afflictive. En 1972, Thomas défendait d'ailleurs l'idée que la finalité principale de la peine de prison, à l'égard de *tous* les criminels, n'était pas la dissuasion ou la réhabilitation mais bien la neutralisation et le contrôle (Thomas, 1972, p.5)¹⁷.

¹⁵ Notons qu'à l'heure du virtuel et des nouvelles technologies (par exemple, les drones), cette affirmation peut sérieusement être remise en question.

¹⁶ Cité dans Zimring et Hawkins, 1995, p.24.

¹⁷ Cité dans Zimring et Hawkins, 1995, p.25.

C. La théorisation de l'idée de neutralisation

Au cours de son histoire, le recours à l'emprisonnement en vue d'enlever la possibilité du passage à l'acte est passé de manière inaperçue d'un principe de dernier recours appliqué à une catégorie restreinte de criminels dits "d'habitude" ou "dangereux" à une manière de justifier les peines de prison mobilisée de façon beaucoup plus généralisée.

La littérature nous indique en effet que la neutralisation peut s'envisager de différentes manières. Certaines recherches ont porté sur la neutralisation dite collective (*collective incapacitation*) tandis que d'autres se sont plutôt penchées sur la neutralisation dite sélective (*selective incapacitation*).

L'idée sur laquelle se fonde la neutralisation collective est que les peines d'emprisonnement sont prononcées à l'égard d'une large catégorie de personnes, sans aucune tentative de prédire quels sont les individus qui représentent réellement un risque (Mathiesen, 1990). Ainsi, *"by removing everyone in the category from circulation for stated periods of time, perhaps for particularly long periods of time, an incapacitative effect will presumably occur"* (Mathiesen, 1998, p.456). Cette manière d'envisager la neutralisation repose sur une prédiction collective de la récidive. Elle est partiellement combinée à la théorie de la dissuasion générale, ce qui a suscité une série de glissements de sens entre les notions de "sécurité", de "neutralisation", de "protection de la société" et de "prévention générale" que ce soit par la peine de mort, la peine de prison et/ou l'instrumentalisation de la souffrance. D'ailleurs, aux États-Unis, au début des années 1990, une stratégie particulière de neutralisation collective, connue sous le nom de *"Three strikes and you're out"* a été développée. Celle-ci repose en partie sur la théorie de la dissuasion, mais elle se fonde principalement sur l'idée de neutralisation (Barton, 2005). Selon Mathiesen, *"the 'three strikes and you're out' model is the crude American version of the collective variant"* (Mathiesen, 1998, p.464). Cette stratégie vise à éliminer *"the most prolific or habitual offenders from society"* (Barton, 2005, p.465). Elle procède de manière à ce que *"such offenders are given long sentences of up to life imprisonment for a third offense, regardless of the nature or gravity of that crime, if one or both of their previous offenses was a 'serious' felony. In practice, this means that offenders can be given sentences that are disproportionately harsh for the offense committed"* (Barton, 2005, p.465).

Il existe une autre manière d'envisager la neutralisation dite "neutralisation sélective". Dans ce cas, plutôt que de procéder à une neutralisation généralisée, le recours à la peine d'emprisonnement est prévu pour les criminels identifiés comme à haut risque au sein de groupes donnés. Selon Mathiesen, *"one of the historical roots of prediction and selective incapacitation is the disheartening result and dismal state of collective incapacitation"* (Mathiesen, 1998, p.458). Avec cette manière d'envisager la neutralisation, *"the idea is that the high-rate offenders can be identified individually, given sufficient information about past behaviour and other characteristics"* (Mathiesen, 1990, p.89). La neutralisation sélective se penche sur le risque de récidive de crimes violents et tente d'identifier les délinquants qui pourraient commettre d'autres crimes de ce type à l'avenir (Barton, 2005). Comme le résume Mathiesen, *"the basic point is to "select," with the aid of prediction instruments, those particularly prone to such violence, dangerousness, and risk, and to incapacitate them"* (Mathiesen, 1998, p.455). L'objectif est bien que *"seuls les plus virtuellement délinquants soient incarcérés"* (Houchon, 1994, p.467). Ces derniers sont appelés, dans la littérature sur la neutralisation, *"high-rate offenders"* ou *"violent predators"* (Mathiesen, 1990).

Cependant, comme le souligne Petersilia, *"little is known about the extent and types of crime committed at different stages of criminal careers. Few reliable estimates have been made of the probabilities of arrest, conviction, and incarceration. How these probabilities vary over the career, among offenders, or among offense types is not known. (...) Little is known about how and when the criminal career begins, or how long it is likely to last, why criminal careers persist, and why some persons abandon criminal careers early, others continue into adult crime, and still others begin crime careers late in life"* (Petersilia, 1980, p.325)¹⁸. Toutes ces inconnues créent donc un doute autour de la question de savoir s'il est vraiment possible d'identifier les *"high-rate offenders"* en vue d'une neutralisation sélective. Dans l'hypothèse où une telle opération serait envisageable, le nombre de crimes évités grâce à la neutralisation sélective devrait augmenter à la suite de l'extension de la période passée en prison par un nombre relativement faible de délinquants dits dangereux, tandis que la durée de l'enfermement de la majorité des autres, dits *"low-rate offenders"*, serait réduite (Zimring, Hawkins, 1995 ; Mathiesen, 1990). Selon la littérature, le recours à la neutralisation sélective permettrait donc, d'une part, l'abaissement du taux de criminalité grâce à l'incarcération longue des délinquants causant la majorité

¹⁸ Cité dans Zimring et Hawkins, 1995, p.32.

de la criminalité totale et, d'autre part, la diminution de la population pénitentiaire grâce au recours aux alternatives ou peines moins longues pour les délinquants considérés comme peu dangereux et à basse fréquence (Houchon, 1994).

Ces manières d'envisager la neutralisation (neutralisation collective et neutralisation sélective) sont présentées par Houchon comme deux théories scientifiques de l'incapacitation, c'est-à-dire des théories élaborées par les sciences sociales (Houchon, 1994). Ces théories sont celle de l'incapacitation carcérale générale et celle de l'incapacitation carcérale sélective. Houchon explique que l'objectif de ces deux théories est de *réduire le taux de criminalité* comme fait statistique. Elles peuvent dès lors être qualifiées de technologies de politique criminelle visant à lutter contre la criminalité par le choix de l'emprisonnement comme peine.

Sans vraiment l'étudier, Houchon fait également référence à une troisième théorie de l'incapacitation, à savoir la théorie de l'incapacitation catégorielle qui, elle, est présentée comme une théorie politico-juridique. Cette troisième version, élaborée par des philosophes du droit et des juristes œuvrant à partir du rétributivisme, met l'accent sur le principe de *l'égalité de la peine pour un crime égal*. Dans cette perspective, la peine présélectionnée en fonction de certaines catégories légales de crime correspond à un type de peine et à un taux de peine.

Dans le cas des deux versions scientifiques de la théorie examinées par Houchon, la variable dépendante est le taux de criminalité. Ce n'est même pas, au premier plan, la haute dangerosité virtuelle attachée à un individu en particulier dans des conditions particulières. La variable indépendante est "la *durée de l'emprisonnement*" (Houchon, 1994, p. 458). Dans le cas de la version non scientifique de la théorie, la finalité directrice est le principe de la *peine-type égale* pour un *crime-type égal*. La peine présélectionnée ou prédécidée en fonction de certaines catégories légales de crime est le taux de la peine d'emprisonnement. Cette perspective est inspirée de la théorie néo-rétributiviste du *just desert*¹⁹ (Braithwaite, Pettit, 2002).

¹⁹ Selon la théorie du *just desert*, la peine doit correspondre à la gravité du crime et refléter la culpabilité morale de l'individu. Elle cherche à garantir l'égalité, en imposant des peines semblables pour des crimes similaires. L'expression "*just desert*" signifie "ce qui est justement mérité". Dans cette perspective, punir est vu comme une réponse moralement nécessaire, non simplement utile.

Les trois versions de la théorie de la neutralisation présentées par Houchon sont étroitement liées à l'emprisonnement et elles se situent toutes les trois dans la rationalité pénale moderne. Les deux théories scientifiques (l'incapacitation carcérale générale et l'incapacitation carcérale sélective) se trouvent structurellement couplées avec les théories conventionnelles de la peine ayant une finalité politique, à savoir les théories de la dissuasion et de la dénonciation. La théorie de l'incapacitation catégorielle dresse un pont avec la théorie de la rétribution qui a une finalité juridique en ce que les mêmes catégories de crimes doivent être sanctionnés par la même peine. Dans les trois théories présentées par Houchon, le recours à l'emprisonnement est présenté comme nécessaire pour neutraliser, ce qui fait apparaître un couplage structurel avec la théorie de la réhabilitation carcérale qui prône un recours nécessaire à l'emprisonnement pour réhabiliter.

Depuis les années 1980, la troisième version (politico-juridique) semble plus attrayante pour les opérateurs du droit parce qu'elle se trouve plus adaptée aux idées conventionnelles du droit criminel. Ces idées sont des idées pré-constitutionnelles qui ont survécu aux chartes et conventions sur les droits fondamentaux, apparues à partir de la fin du XVIII^e siècle, en raison du fait que ces textes n'ont pas rejeté la peine de mort, la peine perpétuelle, les termes incompressibles d'enfermement et les très longues peines d'emprisonnement.

Pour résumer le propos, au cours de l'histoire, la criminologie a d'abord proposé une théorie pratique de la neutralisation (générale et spécifique (Mathiesen, 1990)) qui devait répondre à des critères d'évaluation scientifique. Elle se présentait comme une sorte de produit de la version étiologique centrée sur l'individu qui n'observe pas la réaction sociale et les droits fondamentaux et qui essaie simplement de résoudre le problème de la criminalité grave par la réduction du taux de ce type de criminalité (Houchon, 1994). Mais au moment où le rétributivisme, la dissuasion générale et la dénonciation par la souffrance ont fait un retour en force, un discours émerge dans ce contexte en faveur de l'égalité des peines afflictives et, par voie de conséquence, contre la disparité des sentences. Dans ce mouvement, il s'est développé, notamment dans le champ du droit, une autre conception de la neutralisation qu'est la neutralisation catégorielle (Houchon, 1994). La distinction entre les trois formes que peut prendre la neutralisation (spécifique, générale, catégorielle) n'est, cependant, pas fort visible pour les opérateurs du droit.

Nous observons donc que la neutralisation se présente sous la forme d'un discours dépassant la simple injonction : "il faut emprisonner pour neutraliser". Elle ne se réduit donc pas à être une finalité de la peine. Dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le programme que se donne une partie de la criminologie, visant à réduire le taux de la criminalité grave, fait naître une théorisation de la neutralisation. Soulignons qu'une théorie, par opposition à une simple finalité, requiert un travail intellectuel, au-delà d'un travail d'application. Il s'agit, en l'espèce, plutôt d'un travail théorique issu des sciences sociales (Mathiesen, 1990 ; Houchon 1994), que d'une réflexion philosophique comme pour les autres théories de la peine. La théorisation de la neutralisation apparaît aussi plus tardivement que les autres théories traditionnelles (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation carcérale). Elle présente en plus la particularité qu'il ne s'agit pas d'une théorisation "générale" comme les autres puisqu'elle se limite à justifier les peines prononcées à l'égard de certains individus (ceux dits criminels dangereux ou d'habitude) et elle ne vise pas à justifier toutes les peines (Xavier, 2012). Nous pouvons ainsi constater que la finalité de neutralisation a réussi à prendre la forme de théories dans la deuxième moitié du XX^e siècle. Celles-ci sont distinctes de celles de la rétribution, de la dissuasion, de la dénonciation et de la réhabilitation.

D. La neutralisation comme routeur vers la privation de liberté de longue durée

Plus encore que les quatre théories conventionnelles de la peine, la neutralisation est attachée à l'emprisonnement (Zimring, Hawkins, 1995). Comme nous l'avons déjà mentionné, *"incarceration is the most common method of incapacitating offenders; however, other, more severe, forms such as capital punishment are also used"* (Barton, 2005, p.464). Bien que la neutralisation soit étroitement liée au recours à la peine d'emprisonnement (privation de liberté totale), le chevauchement de la neutralisation, comme finalité de la peine, et le recours à l'enfermement, comme pratique, n'est toutefois pas absolu. En effet, les individus peuvent être condamnés à des peines de prison pour d'autres raisons que la neutralisation (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation carcérale) et il existe d'autres méthodes de neutralisation que la peine de prison, notamment si on estime qu'un délinquant potentiel ne doit être neutralisé que dans certains domaines spécifiques pour que la société soit protégée

(privations de liberté partielles : surveillance électronique, inéligibilité, retrait du permis de conduire, couvre-feu, etc.) (Zimring, Hawkins, 1995).

Houchon (1994) explique que la finalité de neutralisation privilégie toutefois la privation de liberté totale (emprisonnement) car elle repose sur deux idées principales. L'une est pénologique et l'autre est criminologique. D'une part, l'idée pénologique est qu'un détenu ne délinque pas pendant sa détention. Il est considéré que *"the offender's capacity to commit new crimes is to be concretely obstructed or reduced through a prison sentence"* (Mathiesen, 1990, p.79). Ainsi, *"l'incarcération de l'individu l'empêche (provisoirement) de commettre d'autres crimes"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.39). Suivant cette idée, la finalité de neutralisation oriente vers des peines de longue durée car *"en augmentant la durée des peines et donc le temps de mise à l'écart des délinquants, on augmente proportionnellement la durée de la protection sociale"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.39). Le fondement de ce raisonnement est que *"the offender is to be incapacitated by being taken out of social circulation"* (Mathiesen, 1998, p.455). L'emprisonnement est alors mobilisé pour réduire, voire supprimer, la possibilité qu'un individu commette des infractions dans la société en le mettant physiquement à l'écart de celle-ci (Mathiesen, 1990). D'autre part, l'idée criminologique qui sous-tend la neutralisation est que *"les détenus ciblés dans la stratégie auraient commis de nombreux actes criminels s'ils n'avaient pas été détenus"* (Houchon, 1994, p.459). Selon cette idée, le contrôle physique des individus contribue à faire descendre le taux de criminalité dans la société.

Quand il est justifié par la finalité de neutralisation, l'emprisonnement est donc mobilisé dans le but principal de restreindre les futurs comportements criminels (Barton, 2005). La finalité de la peine est ainsi d'empêcher la survenance d'actes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie en supprimant la possibilité des criminels dits dangereux ou d'habitude de les commettre. Autrement dit, la finalité de la peine est moins de punir l'individu que de protéger la société (Cappi, 2011). La neutralisation est conçue comme un moyen de prévention (au sens d'empêchement) fondé sur des constatations spéciales de dangerosité pour certains délinquants (Zimring, Hawkins, 1995).

Comme l'indiquent Zimring et Hawkins, *"prevention through incapacitation need involve no technique designed to persuade offenders or to change their characters but can operate simply by restricting the*

capacity of individuals to express their own preferences" (Zimring, Hawkins, 1995, p.42). La finalité de neutralisation, envisagée de manière isolée par rapport aux autres finalités conventionnelles de la peine, est ainsi dépouillée de tout idéal humanitaire pouvant mettre l'accent sur l'aide aux incarcérés. La privation de liberté n'a aucun objectif de traitement, de réformation, de réhabilitation, etc. (Mathiesen, 1990). Comme le souligne Blumstein, *"the fundamental notion of incapacitation is taking a slice out of an individual criminal career"* (Blumstein, 1983, p.874). Elle se résume même à cette propriété.

En effet, l'émergence de la finalité de neutralisation comme finalité indépendante de la peine repose sur la conception qu'un système de peines restrictives qui fonctionne donne l'assurance que les délinquants potentiels n'ont pas la possibilité de commettre de crimes, même s'ils le voulaient. Par conséquent, *"the capacity to control rather than influence is the most important reason for the great and persistent popularity of incapacitation as a penal method"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.157). Il est assez logique qu'un système qui ne dépend pas de la coopération des contrevenants paraît plus sûr aux yeux du public (Zimring, Hawkins, 1995).

Cette illusion de protection de la société (pas toujours certaine²⁰) se limite pourtant à la durée de l'enfermement. La contrainte n'a qu'un temps. La protection de la société n'est donc que périodique et ne perdurera qu'à court ou moyen terme. Comme le font observer Zimring et Hawkins, *"incapacitation is the most transitory of punishment objectives"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.158). En effet, *"punishments designed to convey stigma or alter attitudes may continue to influence behavior long after the physical duration of the punishment, but crime prevention that requires physical control of its subjects lasts no longer than the doors and gates remain locked"*. Par conséquent, *"reliance on incapacitation carries the tendency not only to expand the proportion of cases punished with imprisonment but to extend the duration of prison terms"*. La finalité de neutralisation oriente donc vers un certain type de peine, l'emprisonnement, et un certain taux de peine, *une longue durée*.

À cet égard, Zimring et Hawkins indiquent que, bien que la neutralisation comme finalité justificatrice de la peine ait été peu étudiée, *"in most cases involving serious criminal sanctions, and in the great majority of situations that lead to imprisonment, the prospect of incapacitation is of potential impact in the choice*

²⁰ Encore faut-il se demander si, pour certains types de criminalité, le contrôle physique de l'individu l'empêche réellement de continuer à commettre des infractions à distance.

of penal sanctions" (Zimring, Hawkins, 1995, p.72). La neutralisation oriente ainsi vers des peines privatives de liberté de longue durée. La volonté d'empêcher la survenance de crimes futurs par la suppression de la possibilité des individus de passer à l'acte a été acceptée, insidieusement, en tant que politique générale de traitement des individus délinquants. Comme le résumant Wood, Williams et James, *"incapacitation is the most obvious and least contentious purpose of imprisonment"* (Wood *et al.*, 2010, p.603). Pourtant, la simplicité de la finalité de neutralisation est illusoire tant au niveau individuel que communautaire. Bien que le mécanisme en lui-même puisse paraître simple, mesurer ses effets dans la communauté est loin de l'être (Zimring, Hawkins, 1995).

Pour résumer, l'idée selon laquelle la peine est un moyen de priver l'individu de la possibilité de commettre des crimes futurs a un impact tant sur le type de peine prononcée (privation de liberté) que sur la durée ou le degré de sévérité de la peine (longue durée). En effet, *"the greater the emphasis on incapacitation, the more pronounced will be the tendency to select criminal sanctions that are designed to achieve restraint"* et *"the more pronounced the emphasis on incapacitation, the more cogent also will be the argument in favor of the imposition of longer terms of imprisonment"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.72). Par conséquent, le fait de mettre cette finalité de la peine en lumière permet de mieux comprendre certains enjeux relatifs à la protection des droits fondamentaux dans la manière de recourir à l'emprisonnement.

E. Les critiques de la neutralisation

Nous avons montré que la neutralisation offre un socle solide à l'idéal de la peine privative de liberté de longue durée en constituant, d'une part, une sorte de toile de fond des autres finalités de la peine (absorption de la neutralisation) et en se présentant, d'autre part, sous la forme d'un discours autonome. Bien que la neutralisation donne parfois l'impression d'être à l'abri de l'invalidation par la critique utilitariste (Leipold, 2006), elle fait pourtant l'objet d'une critique de ce type à laquelle nous allons nous intéresser afin de mieux la cerner (1). Ensuite, nous aborderons certains enjeux prépondérants en termes juridiques, axiologiques et de droits fondamentaux liés à la neutralisation (2). Nous terminerons par un commentaire significatif pour notre problématique sur la manière dont la finalité de neutralisation a été usuellement critiquée dans la littérature (3).

1. Les critiques utilitaristes sur la finalité de neutralisation

La finalité de neutralisation semble difficilement critiquable en ce qui concerne la réalisation de sa promesse (Leipold, 2006). Il est en effet difficile de lui reprocher de ne pas neutraliser. Comme nous l'avons expliqué, la neutralisation est empiriquement observable dès l'instant où elle est appliquée. Par conséquent, il est beaucoup plus difficile de contester l'efficacité de la finalité de neutralisation que certaines autres finalités de la peine car *"si on peut reprocher aux pratiques fondées sur la théorie de la dissuasion de ne pas dissuader et que l'on peut de même reprocher à celles fondées sur la théorie de la réhabilitation de ne pas réhabiliter, comment pourrait-on reprocher à celles s'appuyant sur la théorie de la neutralisation de ne pas neutraliser ? Comment nier le fait que l'incarcération permette pour un temps de neutraliser l'individu ?"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.28). Comme le souligne Barton, *"incapacitation in the form of imprisonment is considered to be a strategy that "works" because, for the duration of their prison sentence, offenders are restricted from committing crimes within the community"* (Barton, 2005, p.464). Il en découle que *"incapacitation does not suffer from this affliction of unfulfilled social expectations"* (Wood et al., 2010, p.603).

Étant donné que l'ambition de cette finalité de la peine est d'enlever la possibilité des potentiels criminels de commettre de nouveaux crimes, elle *"peut reconduire l'idéal carcéral en dépit des critiques que suscitent aujourd'hui d'autres théories de la peine comme celles de la dissuasion et de la réhabilitation"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.28). Pour cette raison, le recours à l'emprisonnement comme peine semble difficile à remettre en question lorsqu'il est justifié par la finalité de neutralisation.

Notons que la théorie de la rétribution est une théorie qui, dans le même ordre d'idées que la théorie de la neutralisation, est difficilement critiquable. Dans cette théorie, la finalité de la peine repose sur le principe selon lequel il faut faire payer le mal par le mal afin de rétablir la Justice ou la Moralité. La finalité de la peine est l'affliction elle-même. En ce sens, il est difficilement contestable que la théorie de la rétribution réalise ce qu'elle promet de faire, c'est-à-dire faire souffrir. Cependant, d'un point de vue utilitariste, la théorie de la neutralisation semble encore plus infaillible face à la critique que la théorie de la rétribution. En effet, la légitimité de cette dernière est souvent remise en question car elle présente un défaut d'utilitarisme étant donné que la justification de la peine relève d'une nécessité morale (Dubé,

Ferron Ouellet, 2020). Au contraire, la théorie de la neutralisation bénéficie d'une légitimité utilitariste car la peine se justifie par la nécessité de protéger la société.

D'ailleurs, lorsque des critiques contre la prison sont formulées, l'argument ultime pour défendre l'institution carcérale est que, même si on peut douter des effets au niveau de la dissuasion, de la réhabilitation et de la dénonciation, il est apparemment incontestable que la prison remplit un effet de neutralisation. Celle-ci joue alors un rôle de zone de repli par rapport aux autres finalités de la peine. En tant qu'effet de l'incarcération, elle agit indépendamment de la finalité affirmée par chaque théorie conventionnelle de la peine. Cet effet est observable à l'analyse. Dans l'argumentation défensive de la prison, quand les autres théories de la peine ne sont plus défendables face aux critiques, l'effet de neutralisation des peines justifiées par ces théories est transformé en finalité de la peine de prison afin de botter la critique en touche.

Comme nous avons pu le montrer, on retrouve la neutralisation à deux niveaux. D'une part, elle agit dans toutes les théories conventionnelles de la peine, indépendamment des finalités respectives de celles-ci, comme condition de réalisation des autres finalités de la peine ou comme effet de la prison. D'autre part, elle existe comme théorie de la peine à part entière affichant une finalité de la peine spécifique. Dans cette dernière forme, elle constitue l'argument ultime de défense de la peine de prison, sans doute celui qui apparaît comme le plus difficilement contestable.

Cela étant, bien que la théorie de la neutralisation paraisse difficilement critiquable de prime abord, la littérature nous apprend qu'un certain nombre de critiques peut quand même être formulé à son égard. Nous recensons les plus importantes.

a. Les critiques relatives à l'exactitude des prédictions

La question de l'exactitude des prédictions consiste à se demander dans quelle mesure il est possible de prédire avec précision qui commettra des crimes à l'avenir (Mathiesen, 1990). Comme l'explique clairement Mathiesen, "*the greater the accuracy, the better will incarceration in prison function as a method of incapacitation. The smaller the accuracy, the more poorly it will function*" (Mathiesen, 1990, p.80). Selon lui, d'un point de vue technique, si les prédictions quant à la commission de crimes futurs

sont faites avec une grande précision, la neutralisation peut contribuer efficacement à réduire le crime dans la société. Mais, dans l'hypothèse où les prédictions sont peu précises, deux types de problèmes peuvent survenir (Mathiesen, 1990).

Le premier problème est celui des "faux négatifs" (*problem of the false negatives*). Dans ce cas, la prédiction est négative dans le sens où elle déclare que l'individu ne récidivera pas. Elle est fausse dans la mesure où une récidive se produit. Il résulte de cette prédiction peu précise que des personnes présentant effectivement un risque de récidive ne vont pas être neutralisées ou vont être neutralisées durant une période trop courte.

Le second problème est celui des "faux positifs" (*problem of the false positives*). La prédiction est ici positive dans le sens où elle déclare que l'individu va récidiver. Elle est fausse dans la mesure où la récidive ne se produit pas. À la suite de ce type de prédiction, des personnes ne présentant pas ou un faible risque de commettre de nouveaux crimes vont être neutralisées ou neutralisées trop longtemps par rapport au risque qu'elles représentent réellement.

La relation entre ces deux problèmes est compliquée. En effet, la tentative d'en résoudre un aggrave l'ampleur de l'autre. Mathiesen présente cette complexité comme suit : *"Attempts at reducing the problems of the false negatives increased the problem of the false positives, and vice versa : The problem of the false negatives could be reduced by making the definition of probable repeaters, the 'bad risks', broader. This way, the certainty of having the actual 'bad risks' included would be higher. But this increased dramatically the already high proportions of false positives. Conversely, the problem of the false positives could be reduced by making the definition of 'bad risks' more restrictive. But this increased the number of false negatives"* (Mathiesen, 1990, pp.90-91). La solution à ces deux problèmes semble se situer dans l'augmentation de la précision des prédictions par rapport à la commission de crimes futurs.

En attendant que cette amélioration voie le jour, le système (comprenant les opérateurs judiciaires, les experts psychiatriques, les intervenants sociaux, etc.) continuera de produire plutôt des "*false positives*" que des "*false negatives*" car, en termes de risque et donc de responsabilité, "*the consequences are*

much less severe for a false positive diagnosis" (Ghatak, 2011, p.64). Comme l'explique Houchon, *"la prédiction en criminologie est généralement entachée d'une surprédiction de la délinquance et d'une sous-prédiction de la non-délinquance (excès de faux positifs sur les faux négatifs)"* (Houchon, 1994, p.469). Il y a en effet moins de conséquences négatives (risque, responsabilité, blâme, etc.) pour le système si un individu qui ne va que peu probablement récidiver reste enfermé, plutôt que si un probable récidiviste est laissé ou remis en liberté. De plus, il est presque impossible de certifier qu'un positif est faux étant donné que l'individu est neutralisé. La récidive étant de toute façon empêchée, il n'est pas possible de savoir si elle serait survenue ou non. Par conséquent, *"no matter that a significant percentage will not re-offend, but will rather be unfairly incapacitated because of recidivism fears. We know for certain that we can prevent this particular inmate from committing a new crime as long as he is behind bars, and for many, this is reason enough to keep the inmate population high"* (Leipold, 2006, p.554).

Le problème des "faux positifs" dû aux mauvaises identifications est substantiel (Mathiesen, 1990). Plusieurs études ont démontré que les personnes condamnées à des peines de prison ne sont pas représentatives des individus commettant des crimes dans la société (Mathiesen, 1998). Il convient donc de rester prudent vis-à-vis des instruments de prédiction car *"even if the background factors did show a high ability to 'postdict', it would certainly not necessarily follow that a practicable prediction instrument had been developed"* (Mathiesen, 1990, p.94). En effet, *"le comportement passé n'est pas toujours garant de l'avenir"* et *"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. Or, ces circonstances et ces situations relèvent évidemment des aléas de la vie et ne sont donc jamais complètement prévisibles"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.26).

Soulignons encore que, selon Zimring et Hawkins, les prédictions de dangerosité et de récidive qui sous-tendent la neutralisation collective peuvent être soumises aux mêmes critiques que celles formulées à l'égard de la neutralisation sélective. La neutralisation collective consiste, en effet, à effectuer une prédiction globale de dangerosité pour toute une classe de délinquants, ce qui produit des "faux positifs" de la même manière que la prédiction individualisée puisque certains des individus condamnés à une peine d'emprisonnement n'auraient pas récidivé s'ils étaient restés dans la

communauté. Comme ces auteurs le précisent, *"the generality of a prediction does not remove its problematic quality"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.68).

Au-delà d'une question technique, la problématique de l'exactitude des prédictions et, plus particulièrement, les problèmes posés par les "faux positifs" soulèvent une question sur le plan éthique. Plusieurs auteurs *"pointed to the uncertainty that surrounds predictions of future criminality and emphasized the injustice of confining individuals in the erroneous belief that they will commit criminal acts in the future"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.62). Zimring et Hawkins, par exemple, envisagent cette question éthique par rapport à l'état actuel de la connaissance en termes de prédiction : *"Where there is confidence in the capacity to predict future dangerousness and a tendency to believe that offenders predicted as dangerous will commit further crimes if not restrained, however, there is also a tendency to regard them as blameworthy (and in effect to convict them of offenses they have not yet committed) and to impose predictive sentences of imprisonment with the kind of moralistic self-confidence usually associated with excessive penal severity"* (Zimring, Hawkins, 1986, p.492-493). Ces auteurs suggèrent un principe de méfiance par rapport à l'usage d'outils de prédiction non fiables. Ils soulignent également l'effet sur la sévérité des peines que ces problèmes de principes engendrent s'ils restent des points de cécité.

Dans le même sens, Morris montre les limites des possibilités de prédiction de la récidive (Morris, 1994). Elle explique que distinguer les "individus dangereux" découle de processus souvent incertains, imprécis, fondés sur des biais, des diagnostics pathologisants ou des outils peu fiables. Elle souligne ainsi le problème pratique et éthique d'enfermer des individus sur la base d'une prédiction de leur dangerosité et du risque de récidive.

Barton va plus loin dans la critique de la neutralisation en séparant, d'une part, la problématique de la précision des prédictions et, d'autre part, celle de condamner un individu sur la base de ce qu'il pourrait faire dans le futur. Selon l'auteur, *"even if the methods of prediction were accurate, there are naturally moral and ethical questions about incarcerating individuals for what they may do rather than what they have actually done"* (Barton, 2005, p.465). Dans le même sens, Mathiesen pose les questions de principes en des termes absolus : *"What is the justification for locking up many who are actually not*

dangerous in order to secure ourselves from a few who are ?". "What is the basis, in terms of principles, for the sentencing to prison for acts which otherwise, without the sentence, may or will occur in the future? The prevention of future acts is here not just a more or less vaguely formulated goal, but the explicit grounds or reason for the particular sentence. What is the basis for grounding a sentence in future acts ?" (Mathiesen, 1990, p.81).

Il est également intéressant d'observer les coûts éthiques engendrés par la production de ces "faux positifs". Comme le fait remarquer Leipold, *"the non-economic costs of incapacitation run high. Removing someone from his or her family and community based not only on what the person has done but also on the risk of what he or she will do after release is fraught with ethical peril. Indeed, if the risk of recidivism was not so high, it would be easy to condemn the rationale entirely. But as long as incapacitation helps explain and shape sentencing policy, there is a great value to studying and debating its effects directly. Our large and growing prison population is reason enough to focus on this important area"* (Leipold, 2006, p.558). Dans un article rédigé en 1998, Mathiesen cite la recherche effectuée par Jan et Marcia Chaiken en 1982 dans laquelle ils concluent que la marge d'erreur dans les prédictions *"allows for considerable false identification of some offenders as high-rate robbers which is more than just a research problem if the criminal justice system acts upon such identifications" (Chaiken, Chaiken, 1982, p. 23)".* Le problème de précision des prédictions devient, en réalité, un problème éthique si le système de droit criminel fonde son action sur celles-ci. Dans leur conclusion, ces auteurs portent un coup presque fatal à la prise en compte de ces prédictions comme éléments pour la détermination des peines : *"we cannot now recommend basing sentencing policy on these conclusions... [U]sing the models to identify violent predators – even if limited to those convicted of serious crimes – can potentially result in real injustice. In our opinion, the models would make too many false identifications"* (Chaiken, Chaiken, 1982, p. 27 cité dans Mathiesen, 1998, p.459).

De plus, la justification de la neutralisation implique une évaluation large du passé de l'individu afin d'évaluer le risque de commission des actes criminels. Comme le souligne Barton (2005), l'identification du risque est intrinsèquement problématique et de nombreuses critiques ont été formulées quant à la subjectivité des méthodes et des critères utilisés pour prédire la dangerosité future. Selon Mathiesen, l'implication morale d'une telle évaluation du passé peut être rendue visible en abordant la question à

l'envers : *"Prior criminal record, and persistent criminal behaviour, could well be viewed as a mitigating rather than an aggravating circumstance. (...) One could argue that since the persistent criminals have suffered so much already, their sentences should be made more lenient (Christie, 1981). This argument, however, is never heard"*. Il va plus loin dans la question morale que pose la neutralisation en ajoutant que *"add to this that the individuals thus sentenced to a large extent are poor, socially handicapped, and stigmatized, and the moral issue becomes acute"* (Mathiesen, 1990, p.89). Le résultat est que *"we place the poorest segment of society behind bars. This relationship in itself constitutes a serious ethical problem as far as the use of prison goes"* (Mathiesen, 1990, p.97). Comme l'évoque Leipold, dans ces circonstances, *"it is hard to look at these figures and be at peace about how the system is working"* (Leipold, 2006, p.537). Mathiesen pose alors une question fondamentale : *"What is the moral basis for relying on factors like this to determine a sentence ?"* (Mathiesen, 1990, p.96). Il ajoute que *"though future crime prevention obviously is a legitimate activity on the part of the state, the sentencing of individuals primarily on that basis is considered dubious at best"* (Mathiesen, 1998, p.457).

b. Les critiques relatives à l'efficacité de la neutralisation

Comme l'indique Paciocco, bien que l'idée de neutralisation soit simple à comprendre et qu'elle consiste globalement à mettre les individus dits dangereux là où ils ne peuvent blesser personne, *"unfortunately, achieving effective incapacitation is more difficult than it sounds. First of all, let us be honest. 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. They are still able to beat, rape, and abuse one another. Some may say, better them than us. But let us not think we are preventing dangerous people from being dangerous. We are only altering the cast of potential victims. Now that we have cried that tear, we can return to the basic"* (Paciocco, 1999, p.32). Quant à l'efficacité de la neutralisation, Paciocco ajoute que, de manière générale, *"the reduction in crime that can be achieved by incapacitation is probably not as great as we would hope"* (Paciocco, 1999, p.32).

Plusieurs études indiquent que la neutralisation collective ne parvient pas à faire baisser de manière durable les taux de criminalité (Dubé, Ferron Ouellet, 2020). Tout d'abord, la neutralisation de certaines catégories d'individus n'offre pas la garantie que de nouvelles générations ou de nouvelles catégories de délinquants n'apparaissent pas au sein de la société. Houchon observe que *"dans la théorie de*

l'incapacitation, tout se passe comme si les délinquants ciblés et emprisonnés étaient les seuls acteurs possibles du marché de l'emploi illégitime" (Houchon, 1994, p.461). Or, comme le dit Mathiesen, malgré la neutralisation de certains, *"new generations of offenders will appear in the streets"* (Mathiesen, 1990, p.89). Il ajoute, dans son article de 1998 que *"the collective incapacitation experiment is followed, as by a shadow, by the continual birth of new generations which cancels out the gain. While the old generations would have to be kept behind bars for long periods of time, the new generations would also have to be incarcerated, the consequence being a dramatically increased prison population with negligible gains in the community"* (Mathiesen, 1998, p.457). Il n'est donc pas exclu que la catégorie de délinquants se renouvelle, même si une partie de celle-ci est écartée. Un phénomène de substitution peut se produire *"when others commit the offenses a prisoner would have engaged in had he or she been at liberty"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.55). Ces autres peuvent être des individus déjà impliqués dans la délinquance qui reprennent à leur compte la criminalité de la personne écartée ou des individus "nouvellement délinquants".

De plus, le constat d'inefficacité de la neutralisation collective est étroitement lié à la critique relative à l'exactitude des prédictions. Dans ce modèle, il est plutôt fait usage d'une sorte de prédiction collective de la récidive pour la catégorie d'individus (Mathiesen, 1990). Cependant, *"the proponents of incapacitation have been unable to demonstrate empirically the individual offending frequency"*. Par conséquent, *"this fact, which makes effect extremely uncertain, implies also that accuracy is at best just as uncertain, and that there is no guarantee against either many 'false positives' or 'false negatives'". Add to this the major studies in Sweden (Ahlberg, 1985) and the United States (Conrad, 1985), which show that even very sizeable differences in duration of imprisonment suggest only marginal long-term effects on the crime rate and the safety of the citizens, following from the extremely dramatic rise in the prison population"* (Mathiesen, 1990, p.88). Comme le confirment Zimring et Hawkins, même si les effets individuels pouvaient être estimés avec précision, le niveau de réduction de la criminalité dans la communauté résultant de l'emprisonnement n'a pas pu être déterminé à l'aide des taux d'incapacité individuelle. La neutralisation collective consisterait donc à enfermer un grand nombre d'individus sur la base d'une prédiction peu précise de la récidive reposant sur les caractéristiques sociales et qui entraîne un résultat marginal et extrêmement incertain au niveau de la réduction des taux de la criminalité dans la société. Par conséquent, *"even if we know that incapacitation prevents some future crime, it is hard*

to justify longer sentences without knowing something about the likelihood of released inmates re-offending" (Leipold, 2006, p.543).

c. La critique relative à l'efficacité du système mobilisant la théorie de la neutralisation

Au-delà des problèmes d'efficacité et d'exactitude des prédictions, la théorie de la neutralisation souffre d'inefficacité (Houchon, 1994). Comme déjà évoqué, cette théorie engendre une tendance à prononcer des peines carcérales et à étendre la durée de celles-ci. Cette tendance trouve toutefois une limite dans le coût du système pénitentiaire pour une société. Cette limite est l'indicateur d'un problème d'efficacité.

Braithwaite et Pettit résument le problème comme suit : *"while there is a minority of criminologists who think that if we can lock up enough of the right offenders for long enough we can have a substantial impact on the crime rate (...), most evidence suggests that with the best techniques available we are wrong about twice as often as we are right in predicting serious reoffending (...). The evidence is that we can never catch enough criminals to reduce crime substantially through incapacitation, or at least that the costs of locking up enough criminals to make a real difference to crime is beyond the fiscal capacities of even the wealthiest countries in the world (...)"* (Braithwaite, Pettit, 2002, pp.2-3).

Ainsi, comme l'expliquent Zimring et Hawkins, *"limits to the open-ended justification of secure confinement are likely to be imposed by one of two different external restraints on its use: Concern about the cost of additional confinement is one likely limit to incapacitation policy (...)"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.75). Le coût engendré par une incarcération supplémentaire est trop élevé par rapport à la réduction (marginale) du taux de criminalité que celle-ci engendre. En d'autres termes, les moyens mis en œuvre nécessitent trop d'investissement par rapport aux résultats obtenus. Cette critique de l'inefficacité cible particulièrement la neutralisation collective (Houchon, 1994).

d. La critique des idées au fondement de la théorie de la neutralisation

Les deux idées qui, selon Houchon (1994), constituent le socle de la théorie de la neutralisation (idées pénologique et criminologique) peuvent au moins partiellement être remises en question. D'une part, pour considérer l'idée pénologique comme incontestable, il faut admettre que les individus sont tout à fait privés de la possibilité de "délinquer" depuis la prison. Or, cette idée revient à ne pas tenir compte

de la criminalité au sein même de la prison (criminalité *intra muros*). De plus, pour certains types de criminalité, il n'est pas garanti que l'enfermement supprime la possibilité de délinquer à l'extérieur de la prison (comme pour toute forme de criminalité nécessitant une complicité). Par exemple, "*prison gang research in the U.S.A. suggests that gang activity stretches from prison to the community (...)*" (Wood et al., 2010, p.604).

Braithwaite et Pettit soulignent également que "*there is no doubt that we can prevent bank robbers from robbing banks by incarcerating or executing them. However, we cannot rely on incarceration to prevent assaulters or rapists from committing their type of offence; nor by such measures can we stop drug dealers from selling drugs or organized crime figures from running criminal empires*" (Braithwaite, Pettit, 2002, p.2). Par conséquent, si les personnes détenues continuent d'être impliquées dans des crimes au sein de la communauté, alors l'hypothèse selon laquelle la neutralisation par l'emprisonnement protège la société doit être réévaluée.

D'autre part, l'idée criminologique peut être remise en cause par le phénomène de substitution que nous avons évoqué plus tôt. Le fait d'extraire une personne de son contexte infractionnel n'empêche pas son remplacement par quelqu'un d'autre. L'impact de la neutralisation sur le taux de criminalité peut, dans ce cas, être nul. Wood, Williams et James soutiennent que "*research in the USA shows that an increase in rates of imprisonment during the 1980s and 1990s did not lead to a simultaneous reduction in crime levels (Wilson & Ashton, 2001)*" (Wood et al., 2010, p.603).

Outre le problème de la substitution, pour que l'hypothèse criminologique se vérifie, il faudrait que "*la ventilation de la criminalité inconnue ou impunie suive des proportions identiques à celle qui aboutit à l'emprisonnement de ses auteurs*" et que "*la délinquance des condamnés ciblés soit relativement régulière dans le temps, que la durée de leur carrière supposée soit égale et superposable à la durée de la détention qui l'empêche de se dérouler*" (Houchon, 1994, p.460). En ce sens, les peines neutralisantes "*take no account of the fact that most individuals "grow out" of their criminal activity*" (Barton, 2005, p.465). Or, Barton indique que "*many "criminal careers" do not last beyond the late teen years*". Par conséquent, "*long sentences without the possibility of parole make no allowance for the transitory nature of much law breaking*" (Barton, 2005, p.465).

2. Les enjeux juridiques, axiologiques et concernant l'universalité de la protection des droits fondamentaux soulevés par la neutralisation

Il est important de prendre connaissance des critiques utilitaristes à l'égard de la neutralisation car elles déjouent un premier niveau d'argumentation en faveur de la peine privative de liberté de longue durée dans les cas de crimes graves. Cependant, force est de constater que ces critiques n'ont pas été très fructueuses. En effet, elles n'ont pas réussi à faire cesser les pratiques qu'elles dénoncent, ni à faire changer le regard sur le recours à l'emprisonnement comme peine. Elles n'ont pas provoqué une innovation sur le plan des idées dans la manière de déterminer et de justifier les peines.

La littérature criminologique propose des critiques claires quant à la finalité politique et juridique de lutter contre la criminalité par l'infliction de la souffrance et par le choix de l'emprisonnement comme peine. Nous avons observé une nette remise en question du recours au moyen "emprisonnement" justifié par l'idée de neutralisation ainsi que de l'expectative que ce moyen soit efficace. Il nous semble toutefois que la critique utilitariste peut encore être complétée par une autre forme de critique.

Houchon, dans son article intitulé *L'effet d'incapacitation par l'emprisonnement est faible, coûteux et contraire à l'éthique* (1994), formule une critique qui nous semble ouvrir la porte à un autre type de contribution. Tout d'abord, il indique que l'effet d'incapacitation est "faible" et "coûteux". Ces deux aspects ont le statut de faits empiriques. Il indique ici que la neutralisation, qui a toujours été, dans une de ses faces, la zone de repli de toutes les justifications de la peine, ne fonctionne pas, même en tant que zone de repli. Houchon rend cette zone de repli inconfortable en montrant comment elle devient une *panic room* sans la moindre efficacité, et trop coûteuse. Il propose ainsi une remise en question de cette zone de repli bâtie sur une valorisation *in extremis* de la neutralisation.

Cependant, la contribution d'Houchon qui nous intéresse le plus ici se trouve dans la partie du titre "contraire à l'éthique". Nous comprenons ces termes dans le sens de "contraire à l'axiologie du système de droit criminel". L'enjeu signalé par Houchon de manière latente dans son texte concerne l'acceptation non questionnée de l'usage de l'emprisonnement comme peine. Il est intéressant de noter qu'Houchon soulève cet enjeu dans les communications de la science (empirique) plutôt que chez les opérateurs du

droit (bien que le problème existe là aussi). Il souligne que les scientifiques sociaux acceptent aisément la finalité de réduction du taux de criminalité par l'infliction de la souffrance (finalités de dissuasion et de neutralisation), laissant de côté toutes les autres dimensions sociales (dont certaines ont été indiquées par Houchon). Mais, engagés dans cette démarche, ils ne tiennent pas compte du fait que leur relation à l'Autre fait partie d'un même système de valeurs. Ils pensent pouvoir "exclure" et rester indifférents à l'Autre sans voir les conséquences qui retombent sur eux et sur les valeurs du système de droit criminel auquel ils appartiennent également.

Peu d'attention a en effet été accordée à la *qualité* de la protection juridique des droits fondamentaux et des valeurs positives de liberté et de sécurité de tous les individus. La théorie de la neutralisation vise une finalité externe au système de droit, celle de réduire, ou au moins contrôler, le taux de criminalité. Le point de cécité majeur est que la théorie de la neutralisation, dans ses différentes formes, a été construite, d'une part, par des scientifiques sociaux pour répondre à des attentes politiques et, d'autre part, par des juristes, mais à l'aide des théories de la rétribution et de la dissuasion et non à partir de la logique de protection universelle des droits fondamentaux.

Cette dernière critique émerge de notre observation de la théorie de la neutralisation, mais elle ne se limite pas seulement à celle-ci. Elle peut s'étendre aux autres théories traditionnelles de la peine. En effet, le système de droit criminel s'est construit sur deux grands objectifs justifiés par ces théories de la peine. Le premier est politique : réduire et contrôler le taux de criminalité. Il repose sur les théories de la peine dites préventionnistes (dissuasion, dénonciation, réhabilitation, neutralisation). Le second est philosophico-juridique : le droit criminel doit punir de manière égale pour un crime égal (perspective rétributiviste, d'où provient le principe de la proportionnalité entre le crime et la peine). Le problème est qu'il existe des points de cécité qui portent sur les *moyens adoptés* pour réaliser ces finalités, la *définition du concept de peine* qui est véhiculée par ces finalités, l'axiologie du système et la *protection des valeurs positives fondamentales* du système de droit criminel. Ces points de cécité sont précisément ceux qui nous intéressent et que nous tentons de révéler théoriquement et empiriquement.

Dans la littérature, nous avons exploré les implications juridiques de la théorie de la neutralisation et la manière dont elle contribue à l'absence de contrôle de la sévérité des peines privatives de liberté de la

part des autorités compétentes pour les prononcer (a). Nous avons également observé les enjeux axiologiques soulevés par rapport aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel ainsi que les implications de ces enjeux en termes de protection des droits fondamentaux de manière universelle (b).

a. Les implications juridiques de la neutralisation : l'absence de contrôle de la sévérité des peines

La neutralisation entre dans une certaine friction par rapport aux principes juridiques fondant le droit pénal (Dubé, Ferron Ouellet, 2020). Le problème juridique principal est qu'elle insiste "*on sentencing to prison for acts which, without the sentence, may or will be committed in the future, and that it insists on doing so on the basis of an examination of the individual, and the individual's situation, in more or less a broad sense*" (Mathiesen, 1990, p.82). Zimring et Hawkins considèrent ce point de référence pour la détermination de la peine comme étant "*the central vice of predictive sentencing*" (Zimring, Hawkins, 1995, p.62).

Sur le plan juridique, il est considéré que "*incapacitation theory breaks fundamentally with the basic principles of penal law*" (Mathiesen, 1990, p.82). En effet, l'objet du droit pénal est généralement entendu comme l'incrimination de comportements et l'application de peines (Moreau et Vandermeersch, 2024). Cet objet se réalise selon deux principes de base (Mathiesen, 1990) : d'une part, le système de droit criminel est orienté vers le passé, c'est-à-dire que les sanctions sont prévues pour les actes qui ont eu lieu et, d'autre part, l'acte commis est à la base de la peine, c'est-à-dire que la condamnation repose sur l'acte au sens strict.

Dans cette perspective, la finalité de neutralisation fait entorse à des principes tels que "*no 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, p.83). La neutralisation transforme, en outre, le statut des considérations concernant l'individu et sa situation au sens large. Celles-ci passent de considérations dont il est tenu compte dans une minorité de cas particuliers à des considérations envisagées comme fondamentales permettant de justifier le choix d'une peine privative de liberté de manière générale.

La détermination des peines sur la base du risque de commission de crimes futurs a également des implications considérables sur les taux de la peine. Elle engendre une sévérité excessive des peines prononcées. Zimring et Hawkins (1995) expliquent que les prédictions individuelles sur la dangerosité, au sens de risque de commettre des crimes à l'avenir, peuvent conduire à des sanctions excessives pour deux raisons. D'abord, parce que le condamné se retrouve blâmé non seulement pour le crime qui était à l'origine de la condamnation, mais aussi pour les futurs actes criminels prédits. Ensuite, le risque de sanctions déraisonnablement sévères par rapport aux prédictions de dangerosité peut également être exacerbé par les conséquences négatives relativement modestes des sanctions excessives pour le système (responsabilité, blâme, etc.). Pourtant, *"because incapacitation is a consequentialist rationale, all of the consequences of greater prison time should be accounted for"* (Leipold, 2006, p.556).

La finalité de neutralisation contribue en effet à promouvoir des peines sans moyen de contrôle sur leur sévérité et radicalement indifférentes aux droits fondamentaux de la personne condamnée (Pires, 2012). Comme le soulignent Zimring et Hawkins, *"incapacitation as a justification for punishing with imprisonment is an open-ended claim. Those who wish to use prison to incapacitate, like those who hope to use it to deter, come to no natural stopping point in their claim on penal resources as long as there are criminals to punish"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.74). Dans le même sens, Leipold relève que *"the threshold problem is that incapacitation requires a limiting principle. If stopping crime were the only goal, we could incarcerate all felons for life, an unpalatable and surely unconstitutional solution. A related difficulty is that unless inmates are imprisoned forever, longer incapacitation may just delay crimes, not prevent them"* (Leipold, 2006, p.542).

Les principes modérateurs du droit criminel et les droits fondamentaux ne semblent pas suffire à contenir la sévérité des peines dans un système axé sur la neutralisation, *"such limits might signal when the desire to incapacitate threatens to overwhelm the other processes of criminal justice but will not of themselves effectively stem the tide"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.74). Il revient cependant à l'autorité de se responsabiliser pour la radicalité de sa réaction (Pires, 2012) et de sortir de l'escalade de la sévérité car *"aucune quantité de faute de la part d'un malfaiteur ne nous décharge de notre responsabilité pour les conséquences sur lui ou sur les autres de notre façon de le traiter"* (Dewey, 1930, p.18).

b. L'implication sur l'universalité de la protection des droits humains

Comme nous l'avons mentionné, la finalité de neutralisation, envisagée de manière autonome par rapport aux autres finalités conventionnelles de la peine, est dépouillée de tout idéal humaniste pouvant mettre l'accent sur l'aide aux incarcérés (aucun objectif de traitement, de réformation, de réhabilitation ...) (Mathiesen, 1990).

La finalité de neutralisation, valorise l'exclusion sociale au nom de la protection de la société. L'individu condamné est perçu comme un ennemi dont la société doit se protéger (en l'écartant). Celui-ci semble être considéré comme ne faisant pas partie de la société au point qu'il ne vaille pas la peine de travailler à rétablir un lien entre les deux. La conception du droit criminel ainsi promue ne permet pas de garantir et d'exprimer positivement la dignité humaine et les droits fondamentaux de tous et chacun, en ce compris ceux de l'auteur de l'infraction, ainsi que les valeurs qui sous-tendent les droits humains. Autrement dit, dans cette conception de la peine, les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel – c'est-à-dire, dans le cadre de notre étude, la protection de la liberté et de la sécurité – ne sont pas positivement protégées à l'égard de tous et chacun.

Cette manière de concevoir l'intervention du système de droit criminel, au-delà de son manque d'idéal humaniste et de son refus de considérer les condamnés comme des membres de la société, engendre une déshumanisation de ces derniers car elle *"peut fonctionner en négligeant non seulement les subjectivités impliquées, mais également la condition humaine de ces êtres, pour les considérer de manière réifiée, comme des "choses" qu'il convient dès lors d'éliminer, lorsqu'elles ne sont plus "faciles à gérer"* (Cappi, 2011, p.291). Une question fondamentale, qui reste un point de cécité du système de droit criminel actuel, est dès lors de savoir comment ce système peut s'auto-décrire comme un système social qui contribue à la protection de la vie, de la liberté et de la sécurité de tous les êtres humains (Garcia, 2010) tout en reposant sur une rationalité profondément déshumanisante qui, en plus, donne l'illusion que sa peine de référence (l'emprisonnement) est robuste à la critique.

Ajoutons encore que le besoin croissant de protection éprouvé par la société occidentale actuelle influence les politiques pénales. Ce phénomène a des effets pervers en ce qui concerne les droits fondamentaux des citoyens (Mary, 2001). Mary pointe un changement d'objet dans la conception et

dans le rôle de la pénalité en soulignant que *"la sécurité, réduite à la portion congrue, serait devenue une fin en soi, davantage politique que sociale, et la pénalité un instrument de régulation étatique dans une politique de réduction des risques à l'égard de populations désormais socialement et économiquement inutiles"* (Mary, 2001, p.37). Il en découle que des pratiques émergent qui sont de moins en moins compatibles avec les droits défendus par les chartes et conventions sur les droits fondamentaux (Mary, 2001).

Dans ce contexte, la finalité de neutralisation s'inscrit clairement dans une perspective de *"droit pénal de l'ennemi"* (voir Baratta, 1991 ; Pires, 2001 ; Jakobs, 2009 ; Cappi, 2011 ; Salas 2010). Ce *"désistement"* vis-à-vis du justiciable fait en sorte qu'il ne soit plus considéré comme faisant partie de la société, mais bien comme constituant une menace dont il faut la protéger. La neutralisation *"désiste non pas de la protection de la société dont elle continue de défendre le principe, mais elle désiste du justiciable, de ses capacités d'apprentissage, de changement et d'amendement. Le seul objectif qui l'anime, c'est l'élimination provisoire mais certaine du risque que représente le délinquant pour la société"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.35). L'État sécuritaire (Mary, 2005) se développe et renforce un discours sur la protection de la société dans la perspective d'un *"droit pénal de l'ennemi"* où celui qui est passé à l'acte est tenu pour l'adversaire menaçant de la société.

Nous amplifions la critique en rappelant que le rapport ambivalent, voire contradictoire, entre le système de droit criminel et les droits fondamentaux constitue un des obstacles de connaissance présentés par Pires (1995) qui nous empêchent d'innover en droit criminel. Le problème se présente comme suit : si nous devenons plus répressifs afin de réagir contre les atteintes aux droits fondamentaux, la défense de ces droits contribue alors à renforcer le cadre de la rationalité pénale moderne plutôt que de permettre d'envisager une innovation fondée sur les valeurs positives garanties par le système de droit criminel. En effet, si *"les droits de l'homme ont pu contribuer à une profonde humanisation du droit pénal"*, ils ont aussi contribué *"à un renforcement du droit pénal par la bonne conscience qu'ils lui donnent d'assurer la protection de ces droits"* (van de Kerchove, 2007, p.356).

Comme ce qui précède le démontre, il importe, lorsqu'on réfléchit sur les rapports entre la peine et la protection des droits fondamentaux, de s'attarder à comprendre la finalité de neutralisation car elle

contribue à la régression du système de droit criminel au niveau des garanties de liberté et d'égalité offertes aux citoyens au nom du besoin de protection de la société (Dubé, Ferron Ouellet, 2020). La mise en lumière des points de cécité du système de droit criminel à propos de la neutralisation nous semble une condition *sine qua non* pour faire cesser un recours à l'emprisonnement allant à l'encontre des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

À juste titre, Kerner (cité dans Houchon, 1994, p.451) suggère qu'il existe "*des doutes graves, éthiques, politiques et pratiques contre la neutralisation comme [finalité] de la sanction pénale*". Et pourtant, selon Mathiesen, "*penal researchers seem increasingly to submit to – and even take for granted – the common sense of incapacitation*" (Mathiesen, 1998, p.467). Ajoutons à cela le constat fait par Zimring et Hawkins selon lequel "*in the great majority of situations that lead to imprisonment, the prospect of incapacitation is of potential impact in the choice of penal sanctions*" (Zimring, Hawkins, 1995, p.72) et "*incapacitation has always been an important function of incarceration even when the concept was ignored in the criminological literature*" (Zimring, Hawkins, 1995, p.171). Cependant, "*incapacitation sometimes escapes notice*" (Zimring, Hawkins, 1995, p.21) alors que le recours à l'emprisonnement est la peine de référence dans le monde occidental actuel.

Il est donc primordial de s'intéresser davantage à la neutralisation afin que celle-ci devienne "*a more visibly important function of prisons and jails than has been the case during most of the twentieth century*" (Zimring, Hawkins, 1995, p.171). Il est également essentiel de se concentrer sur le fait que "*an understanding of why we punish (...) would be materially advanced by a more explicit recognition and pointed discussion of the value we place on incapacitating inmates from committing new crimes*" (Leipold, 2006, p.555-557).

Les diverses considérations abordées dans les sections précédentes soulignent le fait que rendre visibles, saisir et comprendre les implications de la théorie de la neutralisation dans le fonctionnement du système de droit criminel actuel est une contribution scientifique et sociale utile pour sortir de la redondance des idées et des moyens qui nous enferment dans la rationalité pénale moderne. Le problème est énorme et la philosophie pénale, la doctrine juridique, la théorie du droit et les sciences sociales en sont "complices" ou se trouvent "alliées" dans la construction de celui-ci.

Comme nous l'avons mentionné, tout ce dont nous avons discuté à propos de la neutralisation renvoie de manière plus large et plus fondamentale à la *définition du concept de peine*, à la valorisation de *la fonction du système de droit criminel* au regard des valeurs positives fondamentales, au *rôle et à la responsabilité des opérateurs du système* dans la manière de déterminer et de justifier les peines, aux raisons pour isoler un individu, etc. Dans la mesure de nos moyens, nous abordons ces différents thèmes dans notre recherche afin d'élucider certaines énigmes concernant le paradoxe du rapport entre la protection des droits fondamentaux et les pratiques punitives en droit criminel en nous concentrant sur l'observation du recours à l'emprisonnement dans des cas de crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie.

3. *Un commentaire sur les critiques de la neutralisation*

Comme nous l'avons exposé, la littérature criminologique formule des critiques sur la neutralisation. Nous relevons cependant que, dans la manière de formuler ces critiques, un des problèmes majeurs concernant la question du recours à l'emprisonnement reste non examiné : celui des individus représentant un problème réel et concret de sécurité à l'égard de l'intégrité ou de la vie d'autrui (LRCC, 1975). L'expression "poser un problème de sécurité" doit être ici bien comprise et entendue comme signifiant "*présenter un péril de répétition d'issue fatale et de dommages [importants] contre la personne d'autrui*" (Houchon, 1994, p.469). Ce dont il est question ici concerne donc des individus représentant une *menace très sérieuse et imminente* pour la sécurité d'autrui (LRCC, 1975).

La critique négative de la finalité de neutralisation (et des autres finalités de la peine) ne semble pas suffire pour sortir de la redondance des idées et des moyens qui nous enferment dans la rationalité pénale moderne. Il ne paraît pas suffisant de relever que la finalité de neutralisation pose un problème juridique, éthique et moral, qu'un questionnement existe relativement à l'exactitude des prédictions de dangerosité des individus, qu'il est critiquable que la neutralisation soit associée au déterminisme de l'école positive italienne, qu'il existe un doute quant à son efficacité, que les idées pénologique et criminologique qui fondent la neutralisation sont discutables, etc. (Mathiesen, 1990 ; Houchon, 1994 ; Zimring, Hawkins, 1995 ; Mathiesen, 1998 ; Barton, 2005 ; Leipold, 2006 ; Wood, Williams, James, 2010 ; Gathak, 2011 ; Xavier, 2012 ; Dubé, Ferron Ouellet, 2020). En d'autres termes, il semble

insuffisant de s'en tenir à formuler une critique négative de la finalité de neutralisation sans tenir compte du fait que, dans certains cas de figure, le recours à l'emprisonnement est un moyen qui peut être considéré comme nécessaire pour répondre à la situation problématique, au moins pour un temps.

Dans certaines situations, l'emprisonnement peut représenter une nécessité sécuritaire temporaire. L'emprisonnement s'explique, dans ce cas, par un souci de sécurité. Si la nécessité de cette dernière est à la source du recours à la détention, sa disparition doit entraîner le retrait de l'incarcération au profit d'une mesure à caractère moins coercitif (Parent, Desrosiers, 2024). Par conséquent, s'il est important et utile de formuler une analyse critique de la finalité de neutralisation, nous pensons que cette critique doit se faire en pensant parallèlement à une manière alternative de recourir à l'emprisonnement lorsqu'il se présente comme incontournable pour un certain temps dans certaines situations concrètes et individualisées, ce recours se justifiant par la sécurité et non par la volonté d'infliger la souffrance.

Notons cependant que, comme le souligne Morris, l'argument "des quelques dangereux" ne peut pas servir à maintenir une vision de la justice pénale qui repose sur l'enfermement systématique et général (Morris, 1994). Bien que nous tenions compte du fait que certains individus représentent un problème de sécurité, nous nous inscrivons dans la démarche de déconstruire la mobilisation de cette reconnaissance comme justification de l'enfermement massif et comme stratégie par défaut (Morris, 1994).

Nous proposons une réflexion sur la manière de mobiliser l'emprisonnement quand celui-ci se présente comme une nécessité liée aux circonstances concrètes du cas d'espèce, et non comme une nécessité liée à une quelconque idéologie de philosophie politique de la législation criminelle (dissuasion, rétribution, dénonciation), scientifique (déterminisme), médicale (incurables) ou comme un moyen de lutte contre la criminalité, etc. Face aux situations impliquant un problème de sécurité, la question est alors celle de savoir comment penser le recours à l'emprisonnement de la façon juridique la moins intrusive et la moins prolongée possible. À cet égard, nous devons maintenant dénouer un nœud cognitif en abordant un aspect important pour notre problématique : le discours sur la "protection de la société".

Section II. Le discours sur la "protection de la société"

Nous avons vu dans la section I que la finalité de neutralisation et le discours sur la "protection de la société" sont intrinsèquement liés. L'objectif de cette section est d'éclaircir, grâce à la littérature, le sens et l'impact de ce discours sur le maintien de la redondance des idées et des moyens qui enferment le système de droit criminel et ses opérateurs dans la rationalité pénale moderne.

Dans les systèmes de droit criminel en Occident, *"since the 18th century the justice system has been mainly concerned with the protection of society and the social exclusion of the offender (Mead, 1918 ; Mack, 1909)"* (Piñero, 2013, p.198). Il est reconnu que *"society has a right to protection from illegal behaviour"* (Piñero, 2013, p.211). En ce sens, le droit criminel repose sur *"a criminal law philosophy that stresses the value of "punishment" and puts an emphasis on the "exclusion of the offender" as a medium for "protecting society" (Piñero, 2013, p.198).*

L'idée de "protection de la société" englobe les notions de détection, appréhension, prévention, dissuasion, réhabilitation, contrôle et neutralisation (Mead, 1918 ; Tulkens, 1985 ; Danet, 2010 ; van de Kerchove, 2010 ; Dubé, 2012 ; Piñero, 2013). Cette idée est tellement vague et englobante qu'elle provoque de la confusion et des glissements de sens. Le statut de la "protection de la société" relève surtout de la confusion quant à ce qui est visé exactement par ces termes. L'objectif de cette section n'est pas de faire un développement complet et historique sur la notion de protection de la société, mais plutôt de montrer comment cette notion engendre la confusion. Nous cherchons à rendre visible que, dans la littérature criminologique et juridique, il apparaît différents discours sur la protection de la société et qu'il est difficile de cerner leur sens exact ainsi que l'ampleur qui leur est donnée dans différents contextes.

Dans le champ de la détermination des peines, le discours sur la protection de la société intervient, nous semble-t-il, à deux niveaux. Le premier est plus global : l'idée de protection de la société englobe ici les finalités préventionnistes de la peine (dissuasion, dénonciation et réhabilitation carcérale)²¹. La "protection de la société" est, pour ainsi dire, la finalité de ces finalités. Le mouvement de la défense

²¹ Le rétributivisme semble en effet s'inscrire hors de cette idée. La protection de la société est orientée vers l'avenir tandis que la rétribution est orientée vers le passé. La protection de la société est utilitariste tandis que la rétribution est déontologique.

sociale a notamment contribué à l'élaboration de ce discours (Tulkens, 1985 ; Danet, 2010 ; van de Kerchove, 2010). Les idées de détection, appréhension, prévention, dissuasion, réhabilitation, éducation, etc. sont ici privilégiées.

Au second niveau, la "protection de la société" se confond avec l'idée même de neutralisation des individus dits dangereux dans le recours à l'emprisonnement comme peine. Nous avons extensivement élaboré cet aspect dans la section I. À ce niveau, la protection de la société repose sur les idées de contrôle, d'élimination et d'exclusion de l'individu condamné. La protection de la société se conçoit alors dans une perspective de lutte contre la criminalité (Mead, 1918). L'extrait suivant de l'arrêt rendu en 2019 par la Cour Supérieure du Québec dans l'affaire Bissonnette permet d'illustrer cet aspect de l'idée de protection de la société :

"[635] L'importance d'une peine visant prioritairement à protéger le public concorde avec l'objectif fondamental du droit criminel. L'application du principe de la neutralisation s'avère essentielle en l'espèce. Les crimes perpétrés révèlent chez leur auteur une telle hargne et une telle agressivité qu'il importe d'isoler ce dernier pendant une période de temps appréciable. Logiquement, l'infliction d'une période d'inadmissibilité consécutive favoriserait l'atteinte de cet objectif." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354) (Nous soulignons).

Nous attarder sur l'étude de la finalité de neutralisation dans la littérature a permis de rendre visible cette confusion avec l'idée de protection de la société. Comme nous l'avons expliqué, la neutralisation est la finalité de la peine par excellence pour garantir la protection de la société dans le sens où elle mobilise les moyens les plus bruts pour réaliser cet objectif : le contrôle et l'exclusion sociale. La neutralisation est l'idée qui oriente vers le recours à l'emprisonnement pour répondre au souci de protection de la société. Elle est la finalité qui sous-tend le plus le recours à la prison dans un objectif de protection de la société, ce qui entraîne une confusion entre l'idée de neutraliser et celle de protéger la société.

L'observation de la littérature permet de découvrir que l'objectif de protection de la société est parfois élevé au rang de fonction du système de droit criminel. Moreau et Vandermeersch constatent que le

système se donnerait pour fonction de protéger la société (Moreau et Vandermeersch, 2024), c'est-à-dire de garantir que certains malheurs qui sont strictement attachés aux expectatives comportementales incriminées n'arriveront pas ou n'arriveront plus à se produire. En vue de remplir cette fonction, le système peut mobiliser la dissuasion (de manière spécifique et générale), la dénonciation, la réhabilitation carcérale et, si l'individu ne semble pas pouvoir être réhabilité, s'il est "irrécupérable" ou s'il présente un risque de récidive, il sera neutralisé. La protection de la société est ainsi conçue, dans la rationalité pénale moderne, comme le fait de dissuader l'individu condamné ou les criminels potentiels, comme la réaffirmation des valeurs sociales, comme la réhabilitation des individus en "les excluant avant de les réinclure", et, si besoin, comme la neutralisation de ceux-ci.

La rationalité pénale moderne a ainsi réussi à créer et à maintenir l'illusion que la protection de la société découle nécessairement des finalités traditionnelles de la peine (Pires, 2013). Cette rationalité enferme dans la croyance que, pour offrir à la société une protection dans les cas de crimes considérés comme graves, il est nécessaire de mobiliser l'infliction de la souffrance et l'exclusion sociale. Cette illusion a pour conséquence de créer une confusion entre la fonction du droit criminel et les finalités de la peine : la réalisation des finalités de la peine est considérée comme la réalisation de la fonction du droit criminel. Cette illusion empêche de voir la fonction que le système de droit criminel exerce à l'égard de l'universalité de la protection des droits fondamentaux (*cfr. infra*).

Ce qui ressort principalement ici est que l'étude de la neutralisation comme finalité de la peine nous a amenée à nous intéresser au discours sur la protection de la société. Cet examen nous a amenée à penser le paradoxe du rapport entre la protection des droits fondamentaux et le recours à l'emprisonnement comme peine en nous décentrant de la neutralisation car nous avons constaté que toutes les finalités de la peine sont largement impliquées, même lorsqu'il est question de problème de sécurité, et qu'il n'est pas possible d'étudier ce paradoxe en faisant une observation "en silo" de la neutralisation.

Nous n'aurions cependant pas été en mesure de construire la recherche que nous avons réalisée sans avoir construit la revue de littérature de cette manière. Elle a été un point de départ indispensable. Nous développons en détails dans le chapitre III (méthodologie) le processus de décentration de la

neutralisation car celui-ci a été également fortement influencé par la confrontation aux données empiriques.

Section III. La fonction du système de droit criminel

La discussion sur la protection de la société nous amène à nous intéresser à ce que la littérature dit de la fonction du système de droit criminel.

Le sociologue Niklas Luhmann propose une description intéressante dans laquelle il attribue au système de droit (en général) la fonction d'affirmer les expectatives normatives d'un comportement (Luhmann, 2004). Cette fonction est présente dans toutes les opérations du système de droit, c'est-à-dire tant en droit civil qu'en droit pénal, administratif, etc. En ce sens, *"le système de droit criminel, tout comme les systèmes de droit civil et de droit administratif, sont conçus comme des sous-systèmes du système juridique, chacun participant à sa manière à la fonction juridique de la stabilisation des expectatives normatives au sein de la société"* (Dubé, 2012, p.12).

Lors de son processus d'autonomisation comme sous-système différencié du système de droit (au cours du XIX^e siècle), le droit criminel établit par et pour lui-même sa propre représentation de sa fonction et de son identité (Dubé, 2013). Il va ainsi *"s'auto-observer et s'auto-décrire (par la communication) comme un système radicalement différent des autres systèmes de résolution de conflits (juridiques et non juridiques). Il postule une différence de nature entre l'illicite pénal (public) et l'illicite civil (privé) (Pires, 1998a, 2004). Il va considérer que la loi pénale est le seul mécanisme de contrôle pouvant encore, en dernière instance, protéger efficacement les valeurs fondamentales de la société. Il va par ailleurs [continuer de] s'attribuer une [finalité] sociale précise, la protection de la société, et affirmer, à une époque de désenchantement général, qu'il est la seule entité institutionnelle suffisamment stable et solide pour pouvoir le faire. Pour Pires, Cellard et Pelletier (2001, p. 198), vu l'emprise des théories de la peine et de la rationalité pénale moderne, la manière principale d'assurer cette [finalité] de protection sera conçue de façon hostile, abstraite, négative et atomiste"* (Garcia, 2013, p.48).

Le système de droit criminel s'attribue donc la finalité de protéger la société et la conçoit comme étant sa "fonction". Celle-ci est pensée sous l'influence de la RPM dans un contexte sociohistorique de

"société du risque" en Occident (Beck, 2008). Il en découle que *"si le système de droit criminel moderne considère que la protection de la société est l'une de ses principales "fonctions" ou "prestations" (...), la RPM, dans ce cadre, aura tendance à saisir l'occasion que lui offrent certains contextes politiques et sociaux pour faire peser plus lourdement dans la balance de la justice la protection des "objectifs de sécurité" (protection contre les incivilités) au détriment, très souvent, de la protection qu'exigent simultanément les "objectifs de liberté" (protection des individus contre les abus potentiels du pouvoir étatique)"* (Dubé, 2013, p.21).

Le système de droit criminel se trouve alors face au défi de la protection simultanée des valeurs de sécurité et de liberté. Dans les systèmes de droit criminel étatiques en Occident, cette fonction du droit criminel a été pensée sous l'influence du système d'idées de la RPM dans un rapport de lutte contre la criminalité. La fonction de protection de la société qui est présente dans l'autoportrait du système de droit criminel envisage cette protection comme étant prioritairement la lutte contre l'individu déviant. La protection de la liberté est alors envisagée seulement au second plan.

La rationalité pénale moderne soutient un discours selon lequel *"les crimes menacent l'ordre public, et la société doit chercher protection contre tous les délits"*. Il en découle que cette auto-description favorise les *"théories de la "protection" telles que la théorie de la dissuasion, qui insiste sur la nécessité de punir pour empêcher toute récidive et dissuader les autres de commettre le même crime"* (Garcia, 2013, p.65). Bien entendu, cette auto-description de la fonction du droit pénal est également un soutien considérable à la théorie de la neutralisation, pensée comme le moyen de protection de la société par excellence.

Tout se passe comme si le droit criminel *"ne "voyait" pas que [les théories de la peine] ne sont que des auto-descriptions fondatrices et contingentes et qu'elles peuvent se modifier ou à la limite être abandonnées et remplacées par d'autres, et ce, sans que le système perde son identité"* (Garcia, 2013, p.67). Le système ne voit pas que les *finalités de la peine* ne correspondent pas à sa *"fonction"*. Elles forment seulement ensemble un système d'idées qui a permis d'interpréter la fonction et qui a, surtout, été confondu avec la fonction de protection du droit criminel.

Pour le dire autrement, la RPM est seulement "une paire de lunettes" à travers laquelle regarder le système de droit criminel. Les lunettes ne sont pas l'objet qu'elles permettent d'observer. Il est tout à fait possible de changer de lunettes pour observer la fonction du système de droit criminel sans que celui-ci perde pour autant son identité. La fonction peut être observée autrement, c'est-à-dire à partir d'un autre prisme de description (avec une autre paire de lunettes).

Cette confusion au niveau de la fonction du droit criminel peut être mise en lien avec une énigme soulevée dans le cadre du développement de la théorie de la RPM (Pires, 2013). Cette énigme est centrale dans la construction de notre recherche. Elle concerne la difficulté d'innovation lors des réformes du droit pénal. Elle se présente comme suit : dans un contexte de réforme du droit criminel, *"les réformateurs vont parfois très loin dans leurs propositions. Ils accomplissent une grande partie des intentions déclarées. Parfois, on trouve même un abandon de l'idée (croyance) que les peines, pour être de "vraies peines", doivent absolument chercher à infliger une souffrance visible au coupable. Ceci montre clairement qu'il est possible de sortir de la "rationalité pénale moderne" et de faire des propositions relevant d'une nouvelle forme de rationalité pénale. On peut trouver un exemple de définition non substantialisée de la [peine] dans le rapport d'un comité parlementaire au Canada. Le voici : "Punishment means any form of official control exercised over the freedom of a wrongdoer, whether it be incarceration [...] or [...] subjection to supervision, control, mandatory restitution, restrictions on movement or activities or other forms of sentence, appropriate to the individual circumstances of each case, that ought to be made available to courts under the Criminal Code." (MacGuigan Report, Report to Parliament by the Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada, 1977, p. 37)"* (Pires, 2013, pp.310-311).

La Commission Ouimet valorisait également des sanctions positives telles que la restitution, la réparation ou le dédommagement, types de sanctions non privilégiés par le droit criminel à l'intérieur du système d'idées de la RPM (Dubé, 2007).

Un autre exemple apparaît dans les réflexions menées par la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987), présidée par le juge Archambault. Dans son rapport, la Commission promouvait un renouvellement de l'échelle légale des peines maximales considérées inutilement trop

élevées et contraire aux valeurs positives actuelles de la société canadienne, la modération des peines d'emprisonnement, l'abolition de tous les termes législatifs contraignants ou incompressibles d'emprisonnement et l'utilisation autonome et suffisante de sanctions communautaires (non-carcérales et non-domiciliaires). Rien de cela n'a été sérieusement réalisé. Elle cherchait alors à *"envisager différemment le but des sanctions en droit pénal et à concevoir autrement le rôle du juge au niveau sentenciel"* (Pires, 1987, p.21). Elle semblait ainsi viser à se débarrasser au moins de certaines implications des théories de la peine (particulièrement de la dissuasion générale et de la dénonciation ou réprobation sociale) affectant la fréquence, la longueur et l'obligatorité de l'usage de la prison, ainsi que de la mainmise de ces théories sur la pratique législative et sur la pratique sentencielle, en proposant une nouvelle vision de la détermination des peines²². Nous observons également qu'il n'y a pas un seul passage dans ce rapport où la Commission aurait exprimé son accord avec les peines perpétuelles. Ce type de peine se trouve en contradiction frontale avec la philosophie pénale *juridique* de la Commission.

L'énigme consiste à se demander pourquoi ces idées innovatrices, alors qu'elles existent dans l'environnement du système de droit criminel, ont été perdues et ont tant de mal à être intégrées et stabilisées par celui-ci. Le problème ne semble pas résider au niveau du manque d'imagination d'autres possibilités de critères décisionnels en ce qui concerne la détermination des peines en droit criminel mais bien au niveau de la sélection, de l'intégration et de l'actualisation de ces idées par et pour le système lui-même.

Face à cette énigme, une hypothèse de réponse est formulée : *"les réformateurs ne trouvent pas de théories de la peine (ni institutionnalisées ni dans les livres de philosophie) pour soutenir leurs propositions innovatrices. Ils gardent alors les vieilles théories, ce qui a pour effet de rendre vulnérables toutes les recommandations innovatrices. À défaut de théorie, ils sont alors poussés à faire une critique de la prison. La légitimation des propositions prend donc une forme négative qui est peu convaincante : c'est parce que la prison ne fonctionne pas que les autres sanctions non carcérales sont meilleures. Bref, il y a un déficit d'idées institutionnalisées pour appuyer les réformateurs-innovateurs et les aider à*

²² Les travaux de la Commission Archambault ont notamment donné lieu à l'article 718.2(d) du C.crim. canadien lors de la réforme de 1996 qui prévoit l'examen de sanctions substitutives à l'emprisonnement comme principe de détermination de la peine. Cependant, au vu des taux d'incarcération encore élevés au Canada (<https://www.statcan.gc.ca>), ce principe ne semble pas avoir été stabilisé de manière effective dans les processus décisionnels sur les peines.

harmoniser les peines avec les droits de la personne. Certains réformateurs rappellent que la liberté est aussi une valeur digne d'être protégée par une limitation du droit de punir et invoquent le principe (hélas, ambigu) de l'ultima ratio ou de la modération des peines. Mais tout ceci reste très faible comme légitimation, et les théories de la peine réussissent à réduire la portée des propositions innovatrices. Les objections ne viennent pas seulement des politiciens ; elles viennent "de l'intérieur" du système de droit, parfois de la Commission de réforme elle-même" (Pires, 2013, p. 311).

Les commissions de réforme du droit au Canada antérieures aux années 1990 n'ont pas réussi à trouver une "théorie de la peine" susceptible de soutenir à sa juste valeur juridique les sanctions indépendantes de la réclusion et un recours à l'emprisonnement non centré sur l'infliction de la souffrance lorsque celui-ci se présente comme effectivement et concrètement nécessaire. Ceci est très visible, par exemple, lorsque la Commission Ouimet insiste sur la nécessité de disqualifier la rétribution et la dissuasion car, trop souvent, ces finalités de la peine n'ont pas participé à la construction d'un avenir meilleur pour la société canadienne (Dubé, 2007). Ces finalités continuent pourtant d'être mobilisées au premier plan dans la justification des peines aujourd'hui, comme en témoigne, entre autres, l'arrêt Bissonnette. Dans son discours, le Comité Ouimet valorise également des sanctions positives (restitution, réparation, dédommagement) (Dubé, 2007), prenant ainsi distance du système d'idées de la RPM. Bien que le Comité ait réussi à rendre visible ces idées et l'intérêt d'une réhabilitation en dehors de la prison dans son rapport final (Dubé, 2007, Lachambre, 2011), l'impact de ses réflexions demeure toujours marginal dans le discours dominant en ce qui a trait aux peines (Dubé, 2007).

Bien que notre recherche ne porte pas sur une analyse des propositions des commissions de réforme au Canada (ou ailleurs) dans les années 1960-1980, ni sur une comparaison de la réforme législative de la détermination de la peine de 1996 avec les propositions les plus originales des commissions canadiennes qui ont précédé cette réforme²³, force cependant est de reconnaître que les idées les plus

²³ Ce travail nous paraît très important et doit être fait, mais cela exigerait une autre recherche. Il serait, par exemple, instructif de comparer soigneusement la *Déclaration du but et des principes de la sentence* proposée par la Commission de réforme du droit du Canada en 1984 (projet C-19 mort au feuillet) et par la Commission Archambault (1987) avec celle effectivement retenue dans la réforme de 1996. Cette dernière valorise davantage les finalités de dissuasion et de réprobation sociale afflictive. Concernant ces deux finalités, la Commission Canadienne de détermination de la peine avait cependant écrit (1987, p. 142) : "Si on justifie les sanctions par leur effet dissuasif, on peut être porté à croire que plus elles sont sévères et plus on emprisonne en conséquence de gens, plus on réduit les taux de criminalité. Autre exemple, si on justifie la sentence par l'attribution d'un blâme, on peut encore supposer que les sanctions les plus sévères impliquent une dénonciation plus grande". Et plus loin, le Commission (1987, p. 151) ajoute par rapport à la dissuasion générale : "En résumé, on peut avancer l'idée que l'effet de dissuasion générale des sanctions résulte du simple fait qu'on sait qu'un éventail de sanctions sont imposées avec une certaine régularité. [...] En d'autres mots, la dissuasion est une conséquence

innovatrices ont rarement pris la forme d'un projet de loi. Cette observation concerne notamment la proposition visant à abolir toutes les peines perpétuelles et les peines minimales de prison dans la législation, ainsi que celle visant à réduire le plafond dans la longueur des peines de prison²⁴.

Les commissions de réforme des années 1960-1980, indépendamment de leur philosophie pénale de base, valorisaient effectivement le principe d'auto-contention répressive. Notons que, quoiqu'il en soit des différences remarquables du point de vue d'une réforme en profondeur des normes de sanction, la réforme de 1996 a quand même introduit un potentiel d'innovation à travers l'insertion dans le Code pénal du principe de la retenue quant au recours à l'incarcération. Celui-ci est cependant resté (et reste encore) sous-utilisé par les opérateurs juridiques pour favoriser le principe d'auto-contention de la sévérité de la peine de prison. Des études montrent même que, de manière paradoxale, le recours à l'incarcération a augmenté après la réforme, particulièrement dans le cas des crimes de violence (Roberts, 2001).

À l'énigme identifiée plus tôt s'ajoute également le constat de *"l'impuissance encore récurrente des droits de la personne à infléchir notre système d'idées sur la peine, la rationalité pénale moderne"* (Pires, 2013, 316). Garcia explique que les droits fondamentaux deviennent, à la fin du XIX^e siècle, des *"expectatives institutionnalisées sous-jacentes au système juridique et au système de droit criminel"* (Garcia, 2008, p.3) avec l'avancement de la modernité en Occident. Ils sont alors considérés comme *"le progrès, la raison, l'humanisme, la démocratie, la justice, la lutte contre la discrimination, l'utopie de construire un monde meilleur [...]"* (Garcia, 2008, p. 2). Elle montre aussi que les droits fondamentaux deviennent un obstacle épistémologique à l'évolution du système de droit criminel dans le champ des normes de sanction quand ils sont observés au prisme des théories conventionnelles de la peine (Garcia, 2010). Cette rationalité dominante engendre la logique selon laquelle *"on veut des peines sévères pour construire un monde meilleur"* (Pires, 2013, p.316) et garantir la protection de la société. Elle empêche la valorisation et l'actualisation d'autres connaissances dans le système de droit criminel.

générale et limitée de la sentence. Ce n'est pas un objectif que l'on peut atteindre avec précision, dans le cadre de circonstances particulières".

²⁴ À l'époque des commissions, les plafonds de 5 ans, 7 ans ou 12 ans avaient été proposés (CCDP, 1987, p.135, n.13 et annexe E).

Les droits fondamentaux ne sont pas un obstacle en tant que tels. Mais, quand ils sont observés à travers les lunettes de la rationalité pénale moderne, ils forment un obstacle à l'innovation. L'obstacle épistémologique se trouve au niveau de l'emprise qu'exerce la RPM sur la manière de concevoir l'intervention du système de droit criminel. L'émergence de la protection de la liberté et de la sécurité dans la fonction du droit criminel à la fin du XIX^e siècle n'a pas eu de conséquences majeures dans le champ de la détermination des peines à cause de l'emprise du système d'idées de la RPM (Garcia, 2010). Cela n'a pas permis de transformer la manière dont le système conçoit sa fonction car celle-ci a été colonisée par la RPM.

Section IV. La notion d'innovation

Nous avons mentionné que la rationalité pénale moderne empêche de penser l'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel. Étant donné que la notion d'"innovation" peut avoir des significations différentes en fonction des contextes, il est important d'en préciser les contours dans le cadre spécifique de cette recherche.

Pour ce faire, nous mobilisons la littérature pour exposer, tout d'abord, la difficulté d'innovation en droit criminel, c'est-à-dire la question de la redondance dans le champ de la peine (A). Nous précisons ensuite le sens donné au terme "innovation" dans le cadre précis de cette recherche (B).

A. La redondance dans le champ de la détermination des peines en droit criminel

Comme nous l'avons expliqué, depuis plusieurs siècles, la conception de la peine dans les systèmes de droit criminel modernes en Occident repose sur les théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation carcérale et neutralisation) qui forment ensemble la rationalité pénale moderne. Celle-ci sert de socle à la reproduction des structures fondamentales du système de droit criminel (Pires, 1998a) et empêche de penser l'intervention du droit criminel autrement que par le biais d'une graduation, souvent quantitative, de la sévérité des peines (taux de la peine).

Les scientifiques sociaux et les juristes adhèrent aisément aux finalités de la peine et au recours à l'emprisonnement comme moyen qu'elles ont légitimé pour les réaliser, après la fin du XVIII^e siècle. Cette situation crée une tendance à perdre de vue l'intérêt de revoir la validité de certaines finalités en relation avec les moyens qui ont été qualifiés, par illusion, comme "nécessaires", avec toutes leurs implications éthiques, axiologiques et juridiques, comme nous l'avons développé à propos de la finalité de neutralisation.

L'existence d'un caractère cyclique dans la prépondérance des théories de la peine à travers l'histoire montre qu'il n'y a jamais vraiment eu d'innovation au niveau de la rationalité du droit criminel depuis le XVIII^e siècle. Il y a seulement eu des changements d'intensité entre les discours qui s'y trouvent inclus. En effet, *"les années 1960 seront marquées par le discours de la réhabilitation, les années 1970 par celui de la neutralisation, les années 1980 par ceux de la dissuasion et de la dénonciation, les années 1990 par le retour du rétributivisme, etc. Mais cinquante ans plus tard, sur les plans culturel, politique et juridique, l'histoire de la modernité pénale tardive demeure ainsi marquée par un même idéal : l'idéal carcéral"*. En ce sens, les observateurs de la rationalité pénale moderne parlent *"d'immobilisme, de stagnation et même de "non-évolution" du droit criminel moderne (Pires, 2002)"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.28).

La RPM est présentée comme agissant sur les modes de pensée se rapportant, d'une part, aux pratiques punitives et, d'autre part, à l'identité du système pénal *"en préétablissant les "règles cognitives" à partir desquelles des questions comme le crime, la peine, la protection de la société ou le droit de punir doivent être pensées et traitées. Face au crime, les discours identitaires de la RPM nous enjoignent à présupposer la nécessité d'une peine afflictive qui se traduit généralement par des modes de privation de liberté plus ou moins stricts selon le cas"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.23). Nous pouvons ainsi observer qu'il existe une certaine redondance dans la manière de concevoir tant la réponse pénale que doit engendrer le passage à l'acte criminel que les moyens qui doivent être mobilisés pour mettre en œuvre cette réponse (Dubé, Ferron Ouellet, 2020), surtout à l'égard des crimes les plus graves. De cette forte tendance à la redondance dans le système de droit criminel occidental moderne découle une difficulté particulière à considérer une possibilité d'innovation pour ce système dans le champ de la peine.

La neutralisation contribue fortement à cet immobilisme ou à cette stagnation. Elle permet, en effet, *"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. Elle représente en ce sens un redoutable obstacle cognitif à l'évolution du droit criminel"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.21). Notons que la notion d'obstacle cognitif renvoie, dans ce contexte, *"à des systèmes de pensée qui ont pour effet de reconduire ce qui pose problème dans le modèle de justice conçu à l'époque moderne"* (Pires, 1995, p.135).

Ce point est important à souligner car, dans un texte traitant spécifiquement des obstacles à la mutation du droit pénal, Pires pose les bases du problème de l'échec constant en termes d'innovation. Il explique que *"notre manière de concevoir l'intervention juridique, particulièrement en matière pénale, est excessivement répressive, obsolète, ancrée sur des présupposés philosophiques, sociologiques et psychologiques qui réclament une révision de fond"* car *"il serait arrivé le moment d'opérer une mutation importante dans la manière de concevoir le "droit criminel" (Pires, 1995, p.134). Certains acquis et certaines conceptions de la modernité sont, actuellement, des obstacles de connaissance à la mutation du droit. Ils nous empêchent de penser le droit criminel autrement et ainsi de substituer "quelque chose de meilleur" aux réponses données par celui-ci. Pires se place dès lors en "désaccord sur ce que nous persistons à vouloir retenir du passé en matière pénale, compte tenu de notre situation et de nos connaissances actuelles"* (Pires, 1995, p.134). Selon lui, pour qu'il puisse y avoir une réforme innovatrice, il est nécessaire de proposer autre chose que la simple reproduction de la manière de penser dominante aux XVIII^e et XIX^e siècles.

Cependant, l'échec récurrent de l'innovation démontre qu'il est difficile de s'écarter de cette manière de penser. Mais si nous connaissons et comprenons les obstacles cognitifs qui pèsent sur le système et ses opérateurs, il est plus facile de les dépasser. La possibilité d'innovation passe donc préalablement par l'identification des obstacles à la transformation des manières de penser. Morin écrit à ce propos que, pour parvenir à adopter un nouveau paradigme, *"il faut au préalable prendre conscience de la nature et des conséquences des paradigmes qui mutilent la connaissance et défigurent le réel"* (Morin, 2005, p.18). Pires suggère ainsi de *"questionner certains principes ou manières de penser qui sont*

tenus pour acquis et qui suscitent un certain malaise, mais que nous n'osons pas discuter ouvertement" (Pires, 1995, p.136). Notre travail, tant sur le plan intellectuel qu'empirique, s'inscrit dans cette démarche.

B. La notion d'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel

La notion d'innovation est définie, dans le sens commun, comme *"le fait d'introduire de la nouveauté dans un domaine"*²⁵. Cependant, l'innovation peut prendre des sens différents selon les contextes. Lors de chaque utilisation de ce terme, il est nécessaire d'en préciser le sens en se concentrant sur un système ou un problème particulier. En l'espèce, nous investissons la notion d'innovation dans le contexte particulier de la manière de déterminer et de justifier les peines en droit criminel, particulièrement dans des cas de crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie, au regard de la protection des droits fondamentaux.

De plus, la question de l'innovation se pense par rapport à un point de référence. Elle requiert d'avoir une pensée usuelle précédente (qui engendre une pratique) qui serve de point de référence pour penser l'innovation (Dubé, 2008). Comme le précise Cappi, *"le concept d'innovation se construit donc à partir du constat de l'existence d'un système de pensée dominant auquel le système de droit pénal s'est progressivement identifié"* (Cappi, 2011, p.270). En l'espèce, notre démarche spécifique consiste à définir l'innovation par rapport à la RPM, qui est la rationalité usuelle dominante qui engendre la pratique en matière de peine et à laquelle le système de droit criminel s'identifie.

Dans ce contexte particulier, nous mobilisons le sens que Cauchie et Kaminski (2007) proposent pour définir le terme "innovation". Ils donnent en effet une consistance conceptuelle à la notion d'innovation en droit criminel en l'envisageant directement en lien avec les théories conventionnelles de la peine de la rationalité pénale moderne. Ils définissent les innovations *"au regard de leurs potentialités transformatrices de la rationalité pénale moderne"* (Cauchie et Kaminski, 2007, p.2). À cet égard, ils relèvent deux conditions pour qu'il puisse y avoir innovation dans le système de droit criminel, par

²⁵ Définition proposée par le logiciel *Antidote*.

opposition à la simple nouveauté qui ne transforme pas la rationalité pénale moderne (nous reviendrons sur ce point).

La première condition concerne la perspective véhiculée par la rationalité pénale moderne. Pires décrit que cette dernière promeut *"une vision de la protection de la société et de l'affirmation des normes présentant (...) quatre traits significatifs : cette vision est hostile, abstraite, négative et atomiste"*²⁶. Selon Cauchie et Kaminski (2007), pour qu'il y ait innovation, il faut nécessairement une rationalité qui repose sur des caractéristiques et traits distinctifs différents de ceux énumérés pour décrire la RPM. Cela donnerait logiquement lieu à un système de droit criminel qui ne pourrait plus valoriser les deux valeurs fondamentales de la RPM, à savoir l'affliction et l'exclusion sociale. Dans cette perspective, la justice restauratrice est un exemple d'innovation par rapport au système d'idées de la RPM : elle n'est ni hostile, ni abstraite, ni négative, ni atomiste et elle ne valorise ni l'affliction ni l'exclusion sociale. La réhabilitation non carcérale (en communauté) est un autre exemple d'innovation (Rapport Ouimet, 1969 ; Lachambre, 2011 ; Raupp, 2015).

La seconde condition nécessaire pour engendrer l'innovation est *"l'émergence d'un élément inattendu et imprédictible eu égard à l'état de la rationalité pénale dominante"* (Cauchie et Kaminski, 2007, p.2). L'innovation est ce qui n'est pas prédictible dans le cadre de cette rationalité, c'est-à-dire ce qui ne se produira pas sans une provocation dans le système.

Il s'agit donc pour l'observateur d'analyser si la réforme du droit criminel apporte simplement du changement à l'intérieur du cadre de la rationalité pénale moderne (pas d'innovation) ou si la réforme engendre une transformation du cadre de cette rationalité (innovation). En effet, par référence à ce cadre, l'innovation n'est pas toute forme de changement. Les changements à l'intérieur de la RPM sont observés comme des changements d'état à l'intérieur du cadre (nouveauté). Notons que la manière dont le système est défini/se définit permet d'identifier si la réforme provoque ou non l'innovation, car l'innovation modifie le cadre fondamental de la rationalité du système. À cet égard, précisons que ce qui nous intéresse sous le terme "innovation" sont les innovations cognitives et non les innovations matérielles ou technologiques qui peuvent apparaître dans le système de droit criminel. En effet, le

²⁶ Pires A.P. *et al.*, 2001, p.198. Cauchie et Kaminski citent cet article concernant la vision de la protection de la société promue par la rationalité pénale moderne.

cadre de référence à partir duquel émerge l'innovation, en l'espèce, est un cadre de référence cognitif : la rationalité pénale moderne, qui est un système d'idées.

La notion d'innovation dont nous faisons état se distingue, comme nous l'avons mentionné plus haut, de la notion de nouveauté. Le terme "innovation" sert précisément à désigner les transformations qui contribuent à une évolution de palier du système. L'expression "*évolution de palier*" désigne un type spécifique d'évolution, emprunté à Simondon (1969, p.27), qui se situe entre une évolution absolument continue et une évolution complètement discontinue. Transposée au système de droit criminel par Pires, cette expression indique que les idées et les normes de sanction évoluent par étapes successives, appelées "paliers", où chaque palier représente une phase de réorganisation structurale.

Cela signifie que l'évolution des idées et des normes de sanction ne se fait ni de manière totalement linéaire ni de manière totalement abrupte. Au lieu de cela, l'évolution progresse par "paliers", chaque palier représentant une phase significative de développement ou de changement. Chaque palier est caractérisé par une réorganisation structurale des systèmes dominants de pratiques institutionnalisées. Ainsi, à chaque nouveau palier, il y a une restructuration importante des pratiques et des normes en place. Entre ces paliers, il peut y avoir une évolution continue due à des perfectionnements internes et à des modifications dans l'environnement du système, ce qui suggère qu'il y a une certaine continuité entre les paliers, bien que chaque palier représente une étape distincte de réorganisation. Un exemple historique d'évolution de palier est le remplacement des peines corporelles par des peines d'incarcération, à la fin du XVIII^e siècle.

Notons encore qu'au regard de la problématique qui nous occupe, l'innovation sera particulièrement pensée au niveau des idées relatives aux normes de sanction. Ce sont principalement ces normes qui permettent au système de droit criminel de se distinguer des autres systèmes de droit. En effet, "*si on s'en tient à la manière dont le système s'auto-décrit dans ses discours identitaires, (...) c'est alors généralement aux normes de sanction que le système fait référence et beaucoup moins aux normes de procédure*". Il en découle que "*les normes de sanction comme structures identitaires représenteraient des zones névralgiques sur le plan de l'évolution systémique*". Par conséquent, "*un nouveau "changement de palier" (Pires, 2002) en matière de droit criminel, le passage d'une forme juridique à*

une autre, différente de la forme moderne, exigerait aujourd'hui, comme à l'époque, des changements fondamentaux dans l'ordre des normes de sanction" (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.29). Pour cette raison, les normes de sanction sont la cible de l'innovation dans le système de droit criminel.

Précisons que les normes de sanction indiquent ce qui est considéré comme une "peine" ou une forme de responsabilisation en matière criminelle. Ces normes *"sélectionnent les peines, sanctions ou mesures concrètes que pourrait subir l'individu reconnu coupable. Elles présentent aussi (explicitement ou implicitement) les finalités et les justifications juridiquement admissibles pour imposer ces peines ou ces mesures. Nous faisons ici référence, pour ce dernier aspect, aux justifications et finalités intermédiaires basées sur les théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation [et neutralisation]²⁷) pour responsabiliser le coupable, protéger la société ou faire justice"* (Richardson, 2021, p.15). Le champ des normes de sanction, sur lequel nous travaillons, comprend donc la sanction et l'ensemble des justifications qui les accompagne (nous approfondissons ce point dans le chapitre II).

Notons que l'innovation au niveau des idées nécessite de dépasser les obstacles épistémologiques (Bachelard, 1934)²⁸. Pour ce faire, il est nécessaire de rendre visible ce que le système *"pense pensé"* (Garcia, 2013) mais qu'il ne voit pas et qui pose problème (Dubé, 2017). La découverte de la manière d'être et d'agir nécessaire pour engendrer l'innovation requiert donc de commencer par mettre en lumière les contraintes inconscientes que le passé impose et qui empêchent d'apercevoir les possibilités innovantes qui existent pour le système de droit criminel.

Section V. La qualité d'intervention du système de droit criminel

La revue de littérature réalisée sur le thème de la neutralisation nous informe que celle-ci se trouve déjà formulée chez Bentham mais qu'elle prend de plus en plus d'ampleur après les années 1970, notamment en raison d'une perte de vitesse de la finalité de dissuasion (générale et spécifique) et de la finalité de réhabilitation carcérale. Nous retenons que la neutralisation est effectivement une des finalités de la peine en matière criminelle.

²⁷ Nous ajoutons.

²⁸ Un obstacle épistémologique est un obstacle cognitif qui relève plus précisément du champ de la science, un obstacle qui concerne des présupposés scientifiques, tandis qu'un obstacle cognitif peut relever du champ du droit, des savoirs professionnels ou du sens commun.

Notre étude s'est concentrée sur le phénomène du recours à l'emprisonnement neutralisant qui se réalise par la médiation d'une condamnation criminelle. Cependant, il y a au moins deux autres formes globales de réalisation du phénomène de la neutralisation en matière criminelle qui ne peuvent pas être entièrement écartées : l'homicide par la loi et l'expulsion permanente d'un territoire. Ces deux dernières formes se trouvent cependant dans la périphérie de notre objet. Le choix de focaliser notre observation sur l'emprisonnement a, entre autres choses, le double avantage, d'une part, de faciliter l'intégration de notre objet dans la théorie de la RPM et, d'autre part, de pouvoir penser à une *reconstruction* de l'intervention pénale au-delà de la simple opération d'abolition d'un type de sanction tel que la peine de mort, la peine perpétuelle, la peine d'expulsion permanente d'un territoire là où elle se réalise directement par la médiation d'un tribunal criminel.

L'étude de la littérature nous a permis d'observer que la finalité de neutralisation devient, à la fin du XX^e siècle, une théorie de la peine ayant une forme d'existence analogue à celle des autres théories conventionnelles de la peine. Cette théorie de la neutralisation a deux versions : une version de politique criminelle et une version philosophico-juridique.

Nous avons également constaté que, la finalité de neutralisation et les deux versions de la théorie de la neutralisation se trouvent intégrées dans le système d'idées de la RPM. La théorie de la RPM n'avait pas encore focalisé son attention sur ce thème, mais notre recherche tend à combler cette lacune en s'intéressant à cette zone obscure et en contribuant ainsi à développer la théorie systémique et sociojuridique de la RPM.

La revue de littérature a également servi à recenser les critiques formulées à l'égard de la neutralisation telle qu'intégrée dans le système d'idées de la RPM.

Nous avons montré que cette finalité joue un rôle majeur dans la manière de répondre aux crimes considérés comme graves. De plus, dans le cadre de la philosophie d'intervention de la neutralisation, il existe une difficulté exacerbée de penser une manière de déterminer les peines qui protège universellement les droits fondamentaux, surtout dans des situations problématiques où le passage à

l'acte a lui-même bafoué ou risque de bafouer sévèrement ces droits (Dubé, Ferron Ouellet, 2020). La neutralisation est, en effet, une manière de concevoir la protection de la société attachée à la lutte contre la criminalité. En cela, elle se présente comme une expression du système d'idées de la RPM qui se pense comme la protection de la société en termes de guerre à l'autre, dans une perspective de droit pénal de l'ennemi (Baratta, 1991 ; Pires, 2001 ; Cappi, 2011 ; Moreau, 2021). Cette vision est antérieure au développement de la logique des droits fondamentaux (vision prémoderne). Pourtant, quand les droits fondamentaux sont apparus dans les chartes et conventions, la vision n'a pas été fondamentalement repensée.

Ce chapitre a permis de montrer comment la neutralisation et la protection de la société structurent la rationalité pénale moderne et en quoi cette rationalité entre en tension avec les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel, tout en préparant la réflexion sur des possibilités d'innovation.

Nous avons également souligné le caractère insuffisant de s'en tenir à formuler une critique négative de la finalité de neutralisation sans tenir compte du fait que, dans certains cas de figure, l'emprisonnement est un moyen à considérer pour répondre à la situation qui cause un problème de sécurité. Il nous semble que la problématique se situe moins dans le recours à l'emprisonnement en tant que tel que dans la rationalité justificatrice du recours à ce moyen, à savoir la rationalité pénale moderne, qui donne lieu à des dérives au regard de la protection des droits fondamentaux. À cet égard, la posture critique qui soutient cette recherche s'ancre dans la conception foucauldienne de la critique, transposée par Pires au champ pénal.

Foucault présente la critique comme l'art de l'insoumission réfléchie, le refus de ce qui est, en tant que cela est, et la recherche de ce qui pourrait être autrement (Foucault, 1978). Il relie directement la critique à ce qu'il appelle la gouvernementalité, c'est-à-dire l'ensemble des techniques, rationalités et formes de pouvoir par lesquelles on cherche à déterminer la conduite des individus. Dans ce cadre, la critique devient alors, selon Foucault, une réponse à la question : *comment ne pas être gouverné de cette manière ?* Elle est un mouvement d'insoumission réfléchie. Celle-ci n'est pas un refus absolu d'être gouverné, mais bien une interrogation sur les formes légitimes de gouvernance. Autrement dit, il s'agit

d'un refus ciblé qui peut être résumé comme suit : ne pas être gouverné de cette manière-là, au nom de tels principes, en vue de tels objectifs et par tels moyens.

Transposée au champ pénal, cette perspective devient le refus ciblé de punir ou d'être puni de cette façon, au nom de ces principes, en vue de ces objectifs et selon ces procédures (Pires, 2011). Pour faire le parallèle avec la question posée par Foucault, le cœur de l'interrogation est *comment ne pas punir ou être puni de cette manière ?* Il ne réside donc pas dans la négation de la peine en tant que tel. La critique porte bien sur la façon dont le système de droit criminel conçoit, pense et construit la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que celle de recourir à l'emprisonnement.

Cette approche se distingue des critiques pénales dominantes. En effet, cinq lignes critiques ont généralement préséance dans le débat : (1) la dénonciation de la dégradation carcérale, (2) la dénonciation de l'usage excessif du droit criminel, (3) la dénonciation de son instrumentalisation par les élites, (4) l'abolitionnisme pénal et (5) la revendication d'un "usage alternatif" du droit pour rétablir l'égalité.

La première ligne critique, axée sur la dénonciation des effets dégradants de l'enfermement, met en lumière la violence symbolique et sociale que constitue l'expérience carcérale. Des travaux comme ceux de Foucault (1975), de Chantraine (2004) ou encore de Combessie (2009) soulignent combien la prison transforme les individus en objets de surveillance et les expose à une forme de disqualification sociale. La deuxième critique insiste sur l'usage excessif du droit criminel, c'est-à-dire sur la surcriminalisation contemporaine, qui tend à élargir sans fin les marges d'intervention du pénal sur la société. Elle souligne le glissement progressif d'un droit pénal de l'ultime recours vers un droit de gestion ordinaire des problèmes sociaux (van de Kerchove, Tulkens, 1996 ; Garland, 2001). La troisième orientation critique dénonce l'instrumentalisation du droit pénal par les élites comme outil de gestion des classes sociales subalternes. On retrouve ici les analyses classiques de Rusche et Kirchheimer (1939), reprises et actualisées par Wacquant (2004), qui insistent sur la fonction politique et économique de la peine dans les sociétés inégalitaires. La quatrième critique, d'inspiration abolitionniste, remet en cause la légitimité même du système pénal dans son ensemble, en défendant des alternatives non répressives à la gestion des conflits sociaux. Elle ne vise pas seulement à réformer le système, mais à en penser le

dépassement, en considérant que punir ne répare rien et perpétue des rapports de domination (Hulsman, 1981 ; Morris, 1983 ; Christie, 2005). Enfin, la cinquième ligne critique s'intéresse à l'usage différencié ou stratégique du droit pénal (*alternative use of law*), notamment à travers la dénonciation d'une application inégalitaire ou tactique du principe d'égalité (Quinney, 1974 ; Spitzer, 1983). Cette critique vise l'usage opportuniste et inégal du droit pénal, qui, sous couvert d'universalité, est souvent appliqué de manière stratégique selon les intérêts dominants ou les rapports de pouvoir. Elle souligne l'écart entre l'idéal juridique (égalité, justice) et la réalité des pratiques (sélectivité, inégalités).

Toutes ces approches apportent des contributions essentielles à la compréhension des dérives du droit criminel, mais elles ne traitent pas une forme spécifique de critique : celle qui, sans rejeter le droit de punir en tant que tel, questionne la manière dont celui-ci est conçu, structuré et appliqué, en vue de proposer sa reconstruction à partir des valeurs positives déclarées du système de droit criminel. La présente recherche s'inscrit dans cette brèche et vise à observer et reconstruire, de l'intérieur, la manière de déterminer et de justifier les peines à partir des valeurs positives fondamentales proclamées par le système de droit criminel lui-même.

Cette perspective n'implique aucune disqualification des critiques pénales existantes. Au contraire, elle s'y ajoute, dans une démarche complémentaire, en suggérant que la reconstruction de certains aspects du droit criminel, comme la manière d'envisager la peine, offre une voie d'évolution pour le système. Notre démarche propose donc une réarticulation de la manière de déterminer et justifier les peines qui soit orientée vers des formes d'intervention libérées de l'affliction.

La recherche vise à observer le système d'idées du système de droit criminel afin d'identifier les obstacles épistémologiques qui enferment dans une conception afflictive de la peine. L'alternative examinée n'est pas la suppression de la peine, mais bien la reconstruction d'un droit de punir étatique qui ne repose pas sur l'affliction. À cet égard, deux voies s'ouvrent alors au système de droit criminel. La première est de se satisfaire de son système d'idées actuel reposant sur la RPM, avec ses paradoxes. La seconde est de faire évoluer la manière de déterminer et de justifier les peines à partir des valeurs positives fondamentales garanties par le système. Le pari critique de cette recherche repose

sur la seconde voie car nous postulons que le système de droit criminel a un réel intérêt à protéger positivement les valeurs fondamentales qu'il proclame.

La démarche générale de cette recherche consiste, dans un premier temps, à réaliser une description de la manière dont le système de droit criminel observe les situations problématiques auxquelles il est amené à répondre, et qui soulèvent la question de la sécurité (chapitre IV). Cette description vise à mettre en lumière certaines implications des pratiques punitives suggérées par le système d'idées de la RPM et, notamment, par la finalité de neutralisation.

Dans un second temps, nous cherchons à rendre visible l'existence *d'autres possibilités* d'observation de notre objet de connaissance (chapitre V). Cette approche permet de rendre visible que la RPM n'est qu'une possibilité parmi d'autres. Il est donc possible d'actualiser une conception différente de l'intervention pénale qui peut permettre au système et à ses opérateurs de concrètement adopter une nouvelle façon d'être et d'agir en ce qui concerne la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement.

Nous proposons ainsi une démarche qui ne repose pas uniquement sur la déconstruction des injonctions de chaque théorie de la peine et la démonstration de leur inefficacité, mais qui intègre la mise en valeur de la fonction du système de droit criminel de protéger et de promouvoir les valeurs positives fondamentales qu'il garantit. Nous voulons contribuer à libérer la pensée de certains obstacles épistémologiques et à ouvrir des voies vers une rationalité pénale alternative. Nous cherchons à stimuler la créativité à travers un travail théorique, épistémologique, méthodologique et empirique afin de produire une réflexion qui soit en mesure d'être utile à l'auto-transformation du système de droit criminel.

Chapitre II : La rationalité pénale moderne dans le système de droit criminel : redondance et possibilité d'innovation

Introduction

Nous nous appuyons théoriquement sur la description de la société réalisée par le sociologue Niklas Luhmann dans sa théorie des systèmes sociaux (Luhmann, 1995). Parmi les différents systèmes sociaux, nous nous intéressons particulièrement au système de droit, et plus précisément au sous-système de droit criminel. Dans l'observation de ce dernier, nous travaillons principalement avec la grille de lecture proposée par la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM) développée par Alvaro Pires et ses collaborateurs. Cette théorie a elle-même été influencée notamment par la théorie des systèmes sociaux. Cette grille de lecture théorique permet d'observer le système d'idées du droit criminel dans le champ des normes de sanction et elle offre des outils conceptuels pour décrire la rationalité du système de droit criminel. Ces outils sont utiles pour montrer ce qui a déjà été découvert sur la rationalité pénale moderne et ils sont également précieux pour soutenir la recherche théorique et empirique et faire de nouvelles découvertes, notamment concernant la neutralisation qui est restée encore peu explorée.

Ces deux théories nous offrent un cadre et un support pour l'observation du système social de droit criminel ainsi que pour l'observation des possibilités pour l'innovation de ce système social et de ce qui fait obstacle à l'innovation. Nous commençons par présenter la théorie se situant à un niveau d'observation plus général en visant la description de la société. Pour ce faire, dans une première section, nous développons donc les éléments de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann nécessaires à la bonne compréhension de l'exposé (section I). Dans un second temps, nous abordons la théorie qui se trouve à un niveau d'observation plus spécifique, à savoir la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM) qui constitue notre cadre théorique principal (section II).

Section I. La théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann

Cette théorie sociologique est très élaborée et complexe. Il n'est cependant pas nécessaire, pour les besoins de la recherche, de développer un propos en profondeur couvrant tous les aspects de la théorie. Nous nous concentrons plutôt sur ceux qui servent à l'observation et à la compréhension de notre objet d'étude. Nous focaliserons ainsi notre attention sur la conception non hiérarchisée des systèmes sociaux (modèle acentrique) qui sont décrits comme des systèmes autonomes et interdépendants, sur le caractère autopoïétique des systèmes sociaux, ainsi que sur les notions de communication et d'auto-description qui ont une importance centrale dans cette recherche, particulièrement en lien avec la méthodologie adoptée (Luhmann, 1989 ; 2013).

De manière générale, la théorie des systèmes sociaux de Luhmann est une théorie macrosociologique selon laquelle *"la société est représentée comme un système social englobant toutes les communications [entre les individus] et au sein duquel, autour d'une fonction spécifique, des sous-systèmes sociaux auraient opéré et délimité, à partir de leurs propres opérations, une frontière opérationnelle séparant le sous-système d'un environnement, de son environnement"* (Dubé, Pires, 2009, p.113). La société est ainsi présentée comme étant composée de plusieurs systèmes sociaux qui cohabitent (le droit, le politique, l'économique, la science, l'art, le religieux, etc.). Chaque système est déterminé par une fonction qui lui est propre. Par exemple, le système juridique se différencie du système politique, par sa fonction propre. Ce processus de différenciation fonctionnelle des systèmes juridique et politique signifie que *"le système juridique, spécialisé dans l'élimination de la contingence des expectatives normatives, se serait fonctionnellement différencié du système politique qui assurerait quant à lui sa propre différenciation autour d'une autre fonction que serait celle de permettre la prise de décisions collectivement engageantes."* (Dubé, Pires, 2009, p.113).

Un point important de la théorie des systèmes sociaux est qu'elle soutient que la fonction d'un système social n'est pas *"hiérarchiquement supérieure à celle d'un autre ni qu'elle pourrait par ailleurs la déterminer de l'extérieur"* (p.114). En ce sens, cette théorie propose un modèle acentrique pour l'observation de la société car il ne considère pas qu'il y ait un système central dans la société. Il n'y a donc pas de hiérarchie entre les systèmes sociaux, seulement des systèmes autonomes qui cohabitent.

Ce modèle d'observation de la société repose sur ce que la théorie des systèmes sociaux appelle l'autonomie relationnelle des systèmes sociaux (Dubé, Pires, 2009) qui renvoie à l'idée que ceux-ci sont autonomes mais en relation entre eux : *"l'existence d'un système différencié repose sur le fait de rendre compatible son indépendance dans la régulation de sa propre fonction (autonomie), avec sa dépendance de la manière dont les autres systèmes réalisent leurs fonctions propres"* (Garcia Amado, 1989, p.25).

Notons que l'autonomie s'oppose ici à l'hétéronomie et non à la dépendance (Luhmann, 1989). Un système peut donc être autonome et dépendant à la fois (autonomie avec dépendance) dans le sens où les systèmes sociaux demeurent dépendants de leur environnement, mais décident ce qu'ils intègrent de ce qui provient de celui-ci. L'hétéronomie, quant à elle, renvoie à ce *"qui reçoit de l'extérieur les règles qui régissent son comportement"*²⁹. La théorie des systèmes de Luhmann présente plutôt les systèmes sociaux comme régis de l'intérieur, c'est-à-dire comme autonomes. Ils sont autopoïétiques car ils se reproduisent eux-mêmes, pour eux-mêmes et par eux-mêmes (Luhmann, 1989).

Relativement à l'idée d'autonomie relationnelle, notons qu'il peut arriver qu'une même rationalité, à l'instar de la rationalité pénale moderne, soit employée de façon autonome mais relationnelle par plusieurs systèmes sociaux. Ce cas se présente, par exemple, en ce qui concerne les idées de la RPM relatives aux normes de sanction qui se retrouvent tant dans le système politique que dans le système de droit criminel. Le système politique établit les normes législatives sur la peine et le système de droit criminel a la compétence pour décider de la validité des sanctions, de leur pertinence ou de l'applicabilité à l'égard des cas concrets en prenant des décisions jurisprudentielles sur la peine (qui informent le système politique sur leur recevabilité/non-recevabilité). À cet égard, soulignons que, bien que les idées de la RPM se retrouvent dans les deux systèmes sociaux, selon le modèle d'observation proposé par la théorie des systèmes sociaux, il est possible de problématiser l'ordre des discours juridiques de manière autonome par rapport aux discours politiques³⁰.

²⁹ Définition proposée par le logiciel Antidote.

³⁰ Ce type de problématisation a notamment été réalisée dans l'article suivant : Audesse A. et Moreau C. (2023), Des victimes et des peines : Réflexions sur les nouvelles tendances victimaires de la pénalité canadienne, *Champ Pénal / Penal Field* [En ligne], 30-2023, <https://doi.org/10.4000/champpenal.14599>.

Notons encore un aspect important de la théorie des systèmes sociaux qui est approfondi dans le chapitre méthodologique : les systèmes dont traite Luhmann sont des systèmes de communications et des systèmes de fonctions, mais non des systèmes d'acteurs. Les individus et leur conscience, appelés *systèmes psychiques*, jouent toutefois le rôle fondamental d'être les conditions extérieures de la communication. Les systèmes sociaux sont ainsi composés de l'ensemble de ces communications. Dans cette théorie, les communications sont nécessairement sociales, c'est-à-dire qu'elles comprennent plus qu'un individu (Raupp, 2015). Les consciences individuelles sont donc les supports de la communication qui, elle, est nécessaire à la reproduction des systèmes sociaux (Dubé, 2017). Luhmann explique qu'au sein de chaque système social, des communications forment un circuit propre au système social en question qui va l'amener à se distinguer des autres systèmes de fonction ainsi que de son environnement. Ce circuit de communications permet au système de produire des auto-descriptions et de construire des discours à propos de lui-même (Luhmann, 2013).

L'auto-description par le système est une opération avec une intention précise, à savoir celle de décrire le système en le thématissant. Une auto-description est la production d'un discours que le système effectue lui-même pour lui-même en se référant à lui-même (Luhmann, 2013). Dans le cadre du système de droit, qui correspond à notre objet d'étude, ces auto-descriptions se trouvent dans les communications juridiques telles que la doctrine, la jurisprudence et le discours des juges et procureurs. Cette description, dès lors qu'elle est faite par le système lui-même, à propos de lui-même et après qu'il se soit observé lui-même (auto-observation), peut être qualifiée d'interne. L'auto-description, provenant de l'intérieur du système, est donc produite dans le contexte du système en question (Luhmann, 2013). Elle se distingue ainsi des descriptions externes au système, c'est-à-dire des descriptions faites à propos d'un système par d'autres systèmes de fonction (tel que le système politique par rapport au système de droit, ou le système scientifique par rapport au système de droit).

Notons à cet égard que la loi a un statut particulier. Elle fait partie du système de droit, mais elle n'est pas produite par celui-ci. Elle opère plutôt un couplage entre deux systèmes (Luhmann, 1995). Elle est une communication émise par le système politique et réceptionnée par le système juridique : le système politique la crée et le système juridique l'applique et l'interprète. Elle n'est donc pas une communication proprement interne au système juridique. En revanche, lorsque le système juridique communique sur

la loi, celle-ci devient l'objet de communications juridiques (doctrine, jurisprudence, plaidoyer, réquisitoire, etc.).

L'auto-description des systèmes sociaux est nécessaire à leur différenciation avec leur environnement, qui comprend les autres systèmes sociaux (Luhmann 1989 ; 2013). Comprendre comment les systèmes sociaux observent, s'auto-observent et s'autodécrivent nous permet de mener nos propres observations, en tant que système observateur, sur les observations menées par le système de droit criminel. Ce point se trouve au cœur de notre méthodologie et nous y reviendrons dans le chapitre III. En tant qu'observateur, il s'agit donc pour nous de saisir la méthode d'observation du système de droit criminel et la manière dont il s'auto-décrit ainsi que de considérer ces aspects lors de nos propres observations empiriques sur ce système social.

Section II. La théorie de la rationalité pénale moderne (RPM)

Introduction

La théorie de la rationalité pénale moderne (RPM) pourrait faire l'objet d'un livre complet afin d'être présentée dans les moindres détails. Cependant, tout comme pour la théorie des systèmes sociaux, l'objectif de ce chapitre n'est pas d'en faire état dans toute sa complexité. Nous présentons plutôt les aspects de la théorie utiles au soutien de notre objet d'étude.

La théorie de la RPM formule un problème et une hypothèse centrale au départ d'une observation empirique : l'énigme de l'échec des réformes du droit visant à réduire l'usage de la prison dans les systèmes de droit criminel majoritaires en Europe et dans les Amériques (Pires, 2013). L'hypothèse de la théorie est qu'il existe des obstacles épistémologiques (Bachelard, 1934) empêchant, depuis le XVIII^e siècle, de penser l'usage de la prison de manière innovante (Pires, 2013). Comme le précise Pires, *"on dira que nous sommes en présence d'un obstacle épistémologique (ou cognitif) quand des habitudes professionnelles ou des idées qu'un système social juge (encore) appropriées, bonnes ou intéressantes empêchent l'adoption, la généralisation et la stabilisation à long terme de nouvelles habitudes et de meilleures idées, structures et pratiques dans le système lui-même"* (2013, p. 317).

La théorie de la RPM se présente donc comme une théorie sociojuridique systémique et macrosociale ayant pour objet un système d'idées³¹, composé des théories traditionnelles de la peine, qui fait obstruction à une évolution de palier qualitative du système de droit criminel (innovation) depuis la fin du XVIII^e siècle en Europe et dans les Amériques. Ce système d'idées est baptisé la "rationalité pénale moderne" (RPM). Il s'agit d'un concept *ad hoc*³² (Kaminski, 2019) qui se trouve strictement attaché à l'objet d'investigation de la théorie, à savoir le champ des normes de sanction.

Dans ce chapitre, nous développons le propos sur la théorie de la RPM afin de permettre une bonne compréhension du système d'idées que nous décrivons ainsi que de la manière dont la théorie nous outille pour prendre distance de ce système d'idées et envisager d'autres possibles dans le champ des normes de sanction. Pour ce faire, nous commençons par présenter la théorie de la RPM de manière générale en parlant de ses contours, ses hypothèses, son utilité, ses objectifs, etc (A). Nous élaborons ensuite sur les théories traditionnelles de la peine (B). À cet égard, nous présentons d'abord ce qui fait converger ces théories de la peine en un seul système d'idées, celui de la rationalité pénale moderne. Nous développons, ensuite, les structures des énoncés propres à chaque théorie : la dénonciation, la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation carcérale et la neutralisation. Nous étudions enfin la neutralisation plus particulièrement dans le cadre du système d'idées de la rationalité pénale moderne (C).

A. Présentation générale de la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM)

1. Les caractéristiques de la théorie de la rationalité pénale moderne

La théorie de la rationalité pénale moderne permet de décrire le système d'idées du droit criminel dans le champ des normes de sanction (Pires, 1998a). Elle existe depuis les années 1990 (Pires, 2013). Elle a bénéficié de contributions conceptuelles et empiriques venant de Foucault et Bachelard et, à partir du

³¹ La notion de système d'idées réfère ici à une manière de penser (concepts, théories, etc.) à partir de laquelle différents programmes législatifs et jurisprudentiels sont construits. Le système d'idées de la rationalité pénale est composé des théories traditionnelles de la peine.

³² Les concepts *ad hoc* se distinguent des concepts organisationnels (ex : interaction, système, structure, processus, etc.) qui sont des concepts interdisciplinaires avec une certaine historicité dans le savoir et qui permettent de faire des descriptions plus générales. Les concepts *ad hoc*, en revanche, ont une visée spéciale en fonction d'un objet spécifique (ex : rationalité pénale moderne, criminalité en col blanc, etc.). Cette distinction permet de montrer deux appareillages avec lesquels tous les chercheurs travaillent : les concepts organisationnels et les concepts *ad hoc*. Voyez Kaminski, D. (2019), *La fonction du cadre théorique dans la recherche en droit*, Troisième École d'automne sur la méthodologie de la recherche en droit, 4-6 novembre 2029, Section de Droit Civil, Faculté de Droit, Université d'Ottawa.

début du XXI^e siècle, elle bénéficie aussi de contributions de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann (Garcia, 2013 ; Pires, 2013).

Cette théorie constitue un appareillage conceptuel permettant d'outiller l'observation empirique des systèmes de droit criminel étatiques en Europe et dans les Amériques (Pires, 2013). Elle est "*une théorie sociologique systémique portant sur un système d'idées formé par des théories de la peine et faisant référence à un "problème d'évolution" en matière de droit criminel*" (Dubé, Pires, 2009, p.115). Le terme "rationalité pénale moderne" renvoie au système d'idées et aux visions ou auto-descriptions du système de droit criminel développés à partir des théories traditionnelles de la peine.

De façon strictement condensée, l'hypothèse directrice de la théorie de la rationalité pénale moderne, dans son langage conceptuel actuel, est la suivante : le système de droit criminel n'a pas réussi à innover (au moins) depuis la fin du XVIII^e siècle et le XIX^e siècle après l'implantation de la prison comme peine de base généralisée. L'obstacle épistémologique de cette non-évolution dans les structures internes sanctionnatrices du système de droit criminel réside dans un *système d'idées* appelé (par la théorie) la "rationalité pénale moderne" (RPM). Ce système d'idées a été engendré par une certaine définition du concept de peine fondé sur l'ensemble des théories traditionnelles de la peine qui valorisent l'infliction *délibérée* d'une souffrance à la personne condamnée (rétributivisme, dissuasion, dénonciation, réhabilitation par la médiation de l'emprisonnement et neutralisation³³).

La théorie de la RPM est une théorie systémique, sociojuridique et macrosociale. Elle est systémique car elle porte sur le système d'idées d'un système social. Elle présente ce système d'idées (la RPM) comme étant le principal obstacle cognitif et plus spécifiquement, épistémologique (Bachelard, 1934), à une évolution profondément transformatrice du système de droit criminel moderne (Pires, 1995, p.135) entre la fin du XVIII^e siècle et aujourd'hui. La notion d'"obstacle épistémologique" se comprend ici comme un "obstacle de connaissance". L'idée exprimée est que des connaissances sont valorisées, consciemment ou non, par le système de droit criminel et qu'elles bloquent l'émergence d'autres connaissances (innovation).

³³ Cette dernière théorie n'a pas été examinée en profondeur par la théorie de la RPM jusqu'à présent. Un des objectifs de cette thèse est de contribuer au développement de la théorie par l'examen de cette facette du système d'idées de la RPM.

La théorie de la RPM est sociojuridique car elle articule des connaissances produites par la sociologie avec des connaissances produites par le système de droit. Elle thématise le droit comme un système social ayant une fonction propre et elle décrit le droit criminel comme constituant un sous-système autonome du système de droit à partir de la fin du XVIII^e siècle.

Cette théorie est macrosociale car elle vise l'observation d'un système social et elle permet ainsi "*de décrire, de comprendre et de problématiser les structures actuelles du [système de droit criminel moderne] de manière à alimenter la réflexion sur ce qu'on pourrait appeler les conditions d'évolution et de créativité cognitive de ce système*" (Dubé, 2013, p.15). En d'autres mots, la théorie porte sur les idées qui font obstacle à l'évolution et à l'innovation du droit criminel (Raupp, 2015). Elle permet de "*décrire et expliciter les modes de raisonnement et les idées du système de droit criminel moderne*" (Garcia, 2013, p.37), particulièrement en ce qui concerne la manière de déterminer et de justifier les peines.

La théorie de la RPM porte sur un *système d'idées* qui se réfère à un ensemble de normes, à savoir les normes de sanction. Ces normes dépendent des normes de conduite pour exister et être comprises (Hart, 1961). Ce système d'idées nous indique comment concevoir, d'une manière générale, les normes de sanction en matière criminelle.

Afin de comprendre ce point fondamental sur la théorie de la RPM, mettons-le en lien avec le propos de Hart (1961) qui identifie deux grands *niveaux* de normes : les normes du premier ordre et les normes du second ordre. Pour Hart, les normes du *premier ordre* (ou du niveau 1) sont les normes de conduite ou de comportement. Par exemple : "il est interdit de tuer". Ces normes sont compréhensibles par elles-mêmes. Il ajoute qu'un système comme le système de droit est composé d'autres types de normes : les normes de procédure et les normes de sanction. Ces normes sont des normes du *second ordre* (ou du niveau 2) parce qu'elles portent sur les normes du premier niveau : elles nous disent *comment ou de quelle façon nous devons appliquer les normes du niveau 1*.

Plus précisément, les normes de comportement s'adressent aux citoyens et aux organisations pour définir les infractions de droit criminel, c'est-à-dire les comportements proscrits par la loi criminelle. Ces

normes de comportement sélectionnent, sur le plan législatif, certaines attentes normatives (Richardson, 2021). Quant aux normes de procédure, elles encadrent plus spécifiquement les obligations des opérateurs du système judiciaire (policiers, avocats, juges, etc.). Les normes de procédure instituent ainsi des règles visant à assurer le bon fonctionnement du système dans la mise en œuvre d'une justice que le système lui-même pourra ultimement considérer comme procéduralement légitime (Richardson, 2021).

Enfin, les normes de sanction, sur lesquelles porte principalement notre recherche, indiquent ce qui est considéré comme une "peine" ou une forme de responsabilisation en matière criminelle. Ces normes *"sélectionnent les peines, sanctions ou mesures concrètes que pourrait subir l'individu reconnu coupable. Elles présentent aussi (explicitement ou implicitement) les finalités et les justifications juridiquement admissibles pour imposer ces peines ou ces mesures. Nous faisons ici référence, pour ce dernier aspect, aux justifications et finalités intermédiaires basées sur les théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation) pour responsabiliser le coupable, protéger la société ou faire justice"* (Richardson, 2021, p.15). Le champ des normes de sanction, sur lequel nous travaillons, comprend donc la sanction et l'ensemble des justifications qui les accompagnent.

Le concept de "rationalité pénale moderne" se réfère à la manière de communiquer, de construire, de réfléchir et de mettre en pratique les structures de ces normes de sanction dans le système de droit criminel. Cette manière de faire est orientée par les *finalités et prémisses prédécisionnelles* des théories de la peine dans leur version moderne (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation carcérale et neutralisation). La théorie de la RPM décrit le système d'idées formé par ces théories de la peine comme celui qui est *dominant* dans les opérations de *construction des structures d'intervention* du système de droit criminel (Pires, 2013). Ces structures sont partiellement construites de l'extérieur par le système politique à partir de la législation et partiellement construites de l'intérieur par le système de droit criminel dans ses propres décisions de réception (jurisprudence, doctrine, etc.) et dans les propositions de réforme (commissions de réforme du droit, propositions issues des juristes ou des opérateurs du droit, etc.).

2. Le noyau dur du système d'idées de la RPM

Le système d'idées décrit par la théorie de la RPM est formé par quatre théories traditionnelles de la peine : la rétribution, la dissuasion, la dénonciation et la réhabilitation (Pires, 2013). La neutralisation s'ajoute dans la constellation par la suite. Soulignons que le système d'idées contient un noyau dur qui, lui, est formé par les théories traditionnelles dites indifférentes à l'inclusion sociale des personnes condamnées, soit la rétribution, la dissuasion et la dénonciation.

Ces trois finalités composant le noyau dur du système d'idées de la RPM ont une place prépondérante dans la définition de la peine. La réhabilitation, quant à elle, gravite autour de ce noyau dur mais n'en fait pas partie. La place exacte de la neutralisation est encore difficile à déterminer et se trouve au cœur de l'analyse empirique de cette recherche.

La notion de noyau dur du système d'idées de la RPM est importante. Nous observerons son caractère central lors de la présentation de l'analyse des données empiriques (*cfr.* chapitre IV sur l'observation des obstacles à l'innovation).

Afin de bien comprendre la notion de noyau dur du système d'idées de la RPM, il est nécessaire de bien comprendre, au préalable, la notion de théorie de la peine. Les théories de la peine sont des manières philosophiquement construites de réfléchir sur les normes de sanction du système de droit criminel. Elles fondent et justifient certaines pratiques récurrentes, voire redondantes, de ce système concernant ce type de normes. Le rôle de ces théories n'est pas tellement de décrire ou d'expliquer les pratiques législatives et jurisprudentielles, mais plutôt de recommander, fonder et justifier certaines pratiques du système en matière de normes de sanction. Elles sont des prémisses décisionnelles. Elles ne sont pas des explications du choix individuel des opérateurs du système (Pires, 2013).

Les théories de la peine appuient, motivent et fondent certaines actions et pratiques et en rejettent et dévalorisent d'autres. Elles *"indiquent aux autorités les possibilités admissibles ou valorisées et les possibilités non admissibles ou non valorisées, les possibilités à privilégier par rapport à d'autres possibilités possibles"* (Garcia, 2013, p.46). Les théories de la peine peuvent ainsi être qualifiées de *"théories pratiques"* au sens de Durkheim (1922), c'est-à-dire des théories qui indiquent comment il faut

agir dans la pratique. Elles indiquent comment, dans quel but, par quelle finalité et avec quel moyen le système de droit criminel doit agir. Elles contiennent des indications sur le "comment faire" qui s'appuient sur une certaine réflexion.

Comme le relève Durkheim, l'objectif des théories pratiques *"n'est pas de décrire ou d'expliquer ce qui est ou ce qui a été, mais de déterminer ce qui doit être. Elles ne sont orientées ni vers le présent, ni vers le passé, mais vers l'avenir. Elles ne se proposent pas d'exprimer fidèlement des réalités données, mais d'édicter des préceptes de conduite. Elles ne nous disent pas : voilà ce qui existe et quel en est le pourquoi, mais voilà ce qu'il faut faire"* (Durkheim, 1922, p. 67). Les théories pratiques de la peine au sein de la RPM sont donc des théories qui indiquent comment et pourquoi punir (Raupp, 2015). En effet, *"sans déterminer quoi que ce soit, elles fournissent néanmoins aux acteurs – et en particulier aux acteurs judiciaires – des raisons et des motifs permettant d'orienter et de justifier tout un ensemble de pratiques qui se rapportent notamment à la sélection et à la stabilisation de certaines sanctions au détriment d'autres qui seraient, d'un point de vue opérationnel, possibles³⁴"* (Garcia, 2013, p.46).

Au-delà du fait qu'elles orientent et justifient un ensemble de pratiques, il est possible d'envisager la question du rôle des théories de la peine, et des finalités qu'elles véhiculent, à un niveau supérieur : à quoi servent exactement les théories et les finalités de la peine ?

Au XVIII^e siècle, étant donné la pauvreté des connaissances empiriques, il est probable que beaucoup d'opérateurs voyaient ces finalités comme concrètement réalisables. Cependant, à partir du XX^e siècle, est survenue une réelle critique et une remise en question du pénitencier et des finalités de la peine dont les prétentions manquent d'effectivité. Dans la deuxième moitié du XX^e siècle, il devient clair que ces finalités ne sont pas réalisées (surtout celle du rétributivisme qui est tellement abstraite qu'il est impossible d'en constater les résultats concrets). Des questionnements sur l'utilité des théories de la peine peuvent alors être soulevés : à quoi sert-il de punir selon cette conception de la peine ?

L'hypothèse de réponse proposée par Pires est que la finalité des théories de la peine est de reproduire le système et, ainsi, l'illusion de la protection de la société. En effet, les théories de la peine construisent

³⁴ Sur cette question, voyez Garcia, 2010.

un cadre pour élaborer un programme et empêchent l'innovation (Pires, 2013). Le rôle des théories de la peine est de consolider l'illusion, pour nous rassurer, que maintenir la prison revient à maintenir la société et sa protection.

Pires décrit également que le noyau dur du système d'idées de la rationalité pénale moderne (rétribution, dénonciation, dissuasion) promeut une vision particulière de la protection de la société et de l'affirmation des normes qui présente quatre traits significatifs, à savoir que cette vision est hostile, abstraite, négative et atomiste (Pires *et al.*, 2001). En effet, la vision de la protection de la société promue par la rationalité pénale moderne est *"hostile, parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme devant causer un bien moral immatériel ("rétablir la justice par la souffrance", "renforcer la moralité des gens honnêtes", etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). Négative, puisque ces théories excluent toute autre [conception de la peine ou] sanction visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que seul le mal concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et enfin, atomiste, parce que la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire"* (Pires *et al.*, 2001, p.198).

Pires explique encore que les théories de la peine forment ensemble un système d'idées qui sert de socle à la reproduction des structures de décision fondamentales du droit criminel (Pires, 1998a). Les théories de la peine sont présentées comme des moyens utilisés pour expliquer et justifier le recours à la peine privative de liberté (Pires, 1998a). Le système d'idées qu'elles forment englobe une obligation de punir fondée sur une définition de la peine qui exige une infliction volontaire de la souffrance de la part des autorités ainsi que l'exclusion sociale du condamné. Cette vision découle du noyau dur du système d'idées de la RPM. Dans cette perspective, bien que la prépondérance accordée à l'une ou l'autre des finalités assignées à la peine peut varier (curseurs qui peuvent se déplacer en fonction de la situation concrète), la peine reste, selon une conception traditionnelle, peu importe la ou les finalité(s)

plus valorisée(s), conçue comme l'infliction délibérée d'une souffrance à un individu en raison d'un comportement qu'il a adopté (van de Kerchove, 2009).

3. *La métaphore de la bouteille à mouches pour décrire l'absence d'innovation dans le système d'idées de la RPM*

Le système d'idées de la RPM valorise l'affliction, surtout sous la forme de la privation de liberté depuis l'émergence du projet pénitentiaire à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècles. La peine de prison est ainsi considérée comme la seule sanction susceptible de convenir à tous les crimes. Plus précisément, toutes les théories de la peine avancent des raisons, qui varient d'une théorie à l'autre, mais qui favorisent indéniablement l'observation de la prison comme *"la forme essentielle du châtiment"* (Foucault, 1975, p. 136). Les peines non carcérales (dites "peines alternatives"³⁵) sont dévalorisées dans le cadre de ce système d'idées (Pires, 1998b). Il y a une *"(sur)valorisation – du moins sur le plan symbolique – de l'emprisonnement dans la plupart des pays occidentaux, malgré les indications qui tendent à démontrer son inefficacité et sa "contre-productivité" et malgré les coûts sociaux et économiques élevés attachés à ce dispositif"* (Dubé, 2013, p.17). Cela expliquerait en partie la longévité de la peine de mort (dans certains pays occidentaux), de la peine perpétuelle et des très longues peines d'emprisonnement au nom de la rétribution, de la dissuasion générale, de la neutralisation ou de l'affirmation des valeurs fondamentales de la société (par l'instrumentalisation de la souffrance).

La rationalité pénale moderne, qui s'est construite depuis la seconde moitié du XVIII^e siècle, empêche donc de penser le droit criminel autrement qu'à travers la peine comme un moyen d'affliction et/ou d'exclusion sociale selon les recommandations de chaque théorie conventionnelle de la peine, particulièrement celles du noyau dur du système d'idées (Dubé, 2013). Même quand elle cherche à en sortir, notre pensée est coincée dans la RPM qui agirait comme une bouteille à mouches (Pires, 1998a), métaphore empruntée par Pires à Watzlawick (Watzlawick, 1988, p.269) : *"Ces bouteilles avaient, explique Watzlawick, une large ouverture, en forme d'entonnoir, donnant une apparence de sécurité*

³⁵ Comme l'indique Garcia, *"par rapport aux solutions préconisées et stabilisées dans l'historicité du système, les sanctions dites "alternatives" peuvent être – contrairement aux prescriptions de la rationalité pénale moderne – un mode de résolution de conflits qui ne recourt pas nécessairement à l'affliction ou à l'exclusion sociale. Ces sanctions s'appuieront par ailleurs sur un vocabulaire de motifs adapté qui se référera ainsi à une théorie – non formulée – de la sanction qui sera plus pacifique que guerrière ou hostile dans sa représentation du rapport société-délinquant, plus concrète qu'abstraite dans sa poursuite du "bien" collectif ou individuel, plus positive que négative dans sa manière de déterminer la validité des modes de résolution de conflit, plus intégrative qu'atomiste dans sa prise en compte des effets directs ou indirects de l'intervention sur le plan de la préservation/réparation des liens sociaux"* (Garcia, 2013, p. 64).

aux mouches qui s'aventuraient dans le col toujours plus étroit du récipient. Une fois dans le ventre de la bouteille, la seule façon pour la mouche d'en sortir était d'emprunter le même conduit étroit par lequel elle était rentrée. Mais, vu de l'intérieur, il lui paraissait encore plus étroit et dangereux que l'espace dans lequel elle se trouvait prisonnière. Elle cherchait alors la sortie là où elle n'était pas, en l'occurrence, dans l'espace apparemment plus ouvert et plus rassurant du fond de la bouteille, et finissait par mourir dans la bouteille même si la sortie n'était pas bouchée. Or (...) il aurait fallu, dans une pareille situation, convaincre la mouche que la seule solution à son dilemme était en fait celle qui semblait la moins appropriée, et la plus dangereuse : il fallait reprendre le chemin inverse, s'aventurer dans le col de la bouteille, pour reconquérir sa liberté" (Pires, 1998a, pp.7-8). Pires ajoute que, "insatisfaits, (...), nous nous débattons dans le fond de la bouteille pour faire autre chose que du droit pénal, pour le penser autrement, mais chaque fois que nous nous tournons vers le col de la bouteille pour sortir, nous revenons en vitesse vers le fond et nous recommençons à imaginer des solutions qui renforcent davantage les parois de cette bouteille qui nous étouffe" (Pires, 1998a, p.9). Dans ses travaux, Pires met en évidence combien la pensée pénale est engluée dans la rationalité pénale moderne lorsque le système de droit criminel pense et construit la réaction sociale au crime, surtout à l'égard des crimes considérés comme graves.

Cette métaphore trouve une illustration évocatrice dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le thème de la détention à perpétuité. Au paragraphe 119 de la décision *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, arrêt (Grande Chambre) du 9 juillet 2013, la Cour témoigne d'un certain effort pour sortir de la bouteille à mouches du système d'idées de la RPM, particulièrement de son noyau dur, en s'éloignant des finalités de la peine de rétribution, dénonciation et dissuasion.

*"(...) [E]n ce qui concerne les peines perpétuelles, l'article 3 [de la Convention européenne des droits de l'homme, qui porte interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants] doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, **le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention.**" (§119, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 2013) (Nous soulignons).*

Cependant, immédiatement après avoir tenu ce propos qui ne semble pas reposer sur l'affliction et l'exclusion sociale, la Cour ajoute :

"(...) [T]outefois (...), compte tenu de la marge d'appréciation qu'il faut accorder aux États contractants en matière de justice criminelle et de détermination des peines (...), [la Cour européenne des droits de l'homme] n'a pas pour tâche de dicter la forme (administrative ou judiciaire) que doit prendre un tel réexamen. Pour la même raison, elle n'a pas à dire à quel moment ce réexamen doit intervenir. Cela étant, (...) [il] se dégage des éléments de droit comparé et de droit international produits devant [la Cour] une nette tendance **en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle**, puis des réexamens périodiques par la suite (...)." (§120, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 2013) (Nous soulignons).

Dans cet exemple, on voit la Cour européenne qui fait un mouvement de sortie de la bouteille à mouches et qui revient aussitôt dans le fond de la bouteille. Elle souligne, dans un premier temps, l'idéal d'un accompagnement de la personne condamnée pour qu'elle soit libérée dès que possible, valorisant ainsi la réinsertion sociale et la réhabilitation hors des murs de la prison. En revanche, dans un second temps, elle consacre la durée de détention de vingt-cinq ans comme part incompressible de la peine et ne remet pas en cause la notion de peine perpétuelle, raisonnement reposant implicitement sur le noyau dur du système d'idées de la RPM (rétribution, dénonciation et dissuasion). Cette décision montre comment ce noyau dur empêche de penser autrement la réaction sociale au crime même si "*aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier [le] maintien en détention*" (§119). Nous sommes ici face à une description de la manière dont le système judiciaire voit la nécessité de protéger une valeur fondamentale, en l'occurrence la liberté, mais ne réussit pas à la mettre en pratique sous le poids du système d'idées de la RPM. Cet exemple permet de rendre visible pour les opérateurs du droit que la "bouteille à mouches" n'est pas simplement une métaphore. Elle a un pouvoir descriptif et elle repose sur un certain fondement empirique.

Dans le même ordre d'idée, la théorie de la RPM attire aussi l'attention sur le fait que, depuis le Moyen-Âge, l'utilisation du principe de proportionnalité entre le crime et la peine, jumelée à la définition de la peine qui stimule l'infliction volontaire de la souffrance, n'a jamais aidé le système de droit criminel à autocontrôler le seuil des peines et à transformer sa manière de penser son intervention. À cet égard, Mead rappelle que *"during the Middle Ages, when courts of justice were the antechambers to chambers of torture, the emphasis lay upon the nice proportioning of the suffering to the offence"* (Mead, 1918, p.582). La manière de concevoir l'infliction de la souffrance a changé, mais la rationalité est restée la même. En matière de peine, le principe de proportionnalité est utilisé seulement pour graduer, souvent quantitativement, la finalité d'infliger une souffrance, mais il ne remplace pas cette finalité par d'autres et il est intrinsèquement incapable de limiter le seuil supérieur des peines (Pires, 2018a).

Les réponses aux questions nouvelles gardent donc, régulièrement, le contenu de réponses anciennes, camouflées par des formes nouvelles, illustrant ainsi "le pouvoir mystificateur du langage" mis en évidence par van de Kerchove (1976). Inlassablement, les réponses constituent, sous les formes les plus variées, une aggravation des sanctions et/ou l'accroissement des incriminations dans la recherche d'un effet dissuasif, d'une peine proportionnelle au crime ou d'une réhabilitation centrée sur un usage prolongé de la prison, même si le condamné ne représente pas (ou plus) nécessairement et concrètement un problème de sécurité. Dans les cas de crimes entraînant des conséquences importantes, le mouvement s'emballe toujours dans la même direction. Pires pose dès lors cette question : *"comment trouvons-nous le moyen de sortir de la bouteille à mouches d'une réalité que nous avons construite et qui ne convient pas [au regard de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le droit] ? Avons-nous quelque espoir de nous libérer si toutes les solutions que nous imaginons ne mènent jamais qu'à plus de la même chose ?"* (Pires, 1998a, p.8).

Sortir de la bouteille à mouches consiste à refuser, abandonner et nier la pertinence du système d'idées de la RPM. Mais cela ne permet pas de construire quelque chose d'autre pour le système de droit criminel lui-même. Il ne suffit donc pas de prendre une voie de sortie en tant que tel. L'évolution du droit

criminel doit s'ancrer dans la construction d'une autre rationalité, c'est-à-dire d'une nouvelle théorie générale de l'intervention du droit criminel, pour remplacer les théories actuelles de la peine³⁶.

À cet égard, l'axe de la théorie portant sur la transformation et l'innovation dans le champ des normes de sanction a toute son importance étant donnée la dimension appliquée de la théorie de la RPM. En effet, en permettant d'agir au niveau des obstacles épistémologiques pesant sur la rationalité du système de droit criminel, la théorie de la RPM sert comme outil pour transformer la pratique des opérateurs de ce système.

Notre recherche s'inscrit dans cette perspective de transformation et d'innovation en droit criminel, c'est-à-dire de sortie de la bouteille à mouches. En nous appuyant sur des données empiriques et sur le cadre théorique proposé par la théorie de la RPM, nous avons été en mesure d'observer et d'étudier un aspect qui joue un rôle majeur dans le système d'idées de la RPM, surtout dans le cas de crimes graves, à savoir le recours à l'emprisonnement dans le cadre d'une rationalité neutralisante. Nous pouvons ainsi contribuer à l'élaboration d'un pan de la théorie de la RPM. Analyser ce point de façon spécifique a permis de compléter le tableau dressé sur le système d'idées de la RPM et, ainsi, de mieux le comprendre pour le dépasser. Il n'est, en effet, pas possible de surmonter un obstacle invisible. Comme le soulignent plusieurs auteurs (Pires, 1995 ; Morin, 2005 ; Dubé, 2017), pour envisager d'autres possibilités actualisables pour le système de droit criminel, comme une autre manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement, il est nécessaire de mettre en lumière les angles morts, c'est-à-dire engendrer la prise de conscience des obstacles épistémologiques (Bachelard, 1934). Tant que cet effort de visibilisation n'a pas été réalisé, le système ne voit pas que d'autres possibilités sont envisageables et *"[le système] ne voit pas ce qu'il ne voit pas et il ne voit pas qu'il ne voit pas"* (Dubé, 2017, p.88).

³⁶ Sur ce point, Pires s'inspire de A. Baratta pour qui *"la meilleure réforme du droit pénal consisterait en la substitution non pas d'un droit pénal meilleur, mais plutôt de quelque chose de meilleur, en l'occurrence quelque chose de plus humain et de plus intelligent"* (Baratta, 1991, p.21).

B. Les théories conventionnelles de la peine

1. Le système d'idées de la RPM

La théorie de la RPM montre que les théories traditionnelles de la peine forment ensemble un système d'idées, c'est-à-dire une manière de penser (concepts, théories, etc.) à partir de laquelle différents programmes législatifs et jurisprudentiels sont construits.

Il est important de souligner la distinction entre le système d'idées de la RPM et les programmes législatifs et jurisprudentiels qui peuvent être construits *à partir de* ce système d'idées. La notion de "programme" vient de la théorie des systèmes de Luhmann. Elle a été adaptée par la théorie de la RPM (Pires, 2013) et, dans cette conception, elle se distingue du système d'idées dans le sens où le programme est visible comme une prémisse de décision³⁷ (il est *concret*) alors que le système d'idées est une *manière de penser* comment construire le programme.

Les théories de la peine forment ensemble le système d'idées qui contribue à la construction des programmes législatifs et jurisprudentiels. Celui-ci peut donner lieu à une série de programmes structuraux locaux différents. Par conséquent, bien que le système d'idées soit commun à l'Europe et aux Amériques (Rocha Machado, 2013), il existe des variations au niveau des programmes concrets dans les différents pays. En ce sens le système d'idées contribue à la construction des programmes, mais il n'est pas un programme comme tel. Le système d'idées est fluide (et non concret), il est *cognitif*. Le programme, quant à lui, est la *mise en forme* législative ou jurisprudentielle du système d'idées. Une des caractéristiques du programme est qu'il anticipe ce que la décision sera dans l'avenir. Le système d'idées, lui, ne dit rien à ce sujet car il est trop vague.

Précisons encore que les programmes législatifs et jurisprudentiels qui existent n'épuisent pas les possibilités offertes par le système d'idées. En effet, ces programmes se sont globalement imités les uns les autres. Il est également important de noter que les programmes construits peuvent être complètement, ou non, conformes au système d'idées. Certains aspects du programme peuvent se trouver hors de la RPM. Les constats en la matière nécessitent une observation empirique. L'idée

³⁷ Le programme définit les conditions d'une prise de décision correcte dans une organisation.

centrale est que les programmes découlant du système d'idées de la RPM prennent une forme dominante en Europe et dans les Amériques à un moment donné (Pires, 2013).

Pour illustrer ce propos théorique, nous mobilisons un exemple permettant de montrer que les différentes finalités traditionnelles de la peine se trouvent dans le programme législatif au Canada. Nous l'observons aux articles 718 et 718.1 du Code criminel canadien.

"Objectif

718 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 visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- *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.*

Principe fondamental

*718.1 La peine est **proportionnelle** à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant."* (Nous soulignons)

La codification de ces objectifs et principes de détermination de la peine découle d'une modification législative réalisés en 1996 au Canada par le projet de loi C-41. Celle-ci a été rédigée à la suite de l'analyse de plusieurs autres propositions, en particulier celle que la Commission canadienne sur la détermination de la peine avait proposée dans son rapport de 1987 (Roberts, 2001).

Notons qu'en Belgique, jusqu'à ce jour, les objectifs de la peine ne se trouvaient pas inscrits explicitement dans le Code pénal. Ils existaient de manière latente (programme jurisprudentiel, doctrine, philosophie du droit). Le nouveau Code pénal a été adopté par une loi du 29 février 2024 et entrera en vigueur le 8 avril 2026. Nous pouvons ainsi souligner une différence qui existera encore pendant

quelques mois entre le programme législatif belge et le programme législatif canadien. Le Code criminel canadien exprime explicitement les justifications de la peine là où le Code pénal belge ne dit rien. Pour donner un exemple de programme législatif supplémentaire, au Brésil, les justifications de la peine sont reprises dans le code pénal, mais la réhabilitation ne fait pas partie des justifications. Nous offrons ainsi l'exemple de trois programmes différents construits à partir du même système d'idées (la RPM).

2. La convergence des théories de la peine en un système d'idées cohérent

Comme l'indique Garcia, les théories de la peine fondatrices du droit criminel moderne, à savoir la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation, depuis le XVIII^e siècle, et à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, la dénonciation et puis la neutralisation, ont *"joué un rôle déterminant dans les processus de reproduction identitaire du système de droit criminel. Conçues par des philosophes ou par les savoirs institutionnels (dans le cas de la réhabilitation), elles ont répondu aux questions qui se posaient dans le droit pénal naissant : Pourquoi punir ? Qui punir ? Comment punir ? Jusqu'où punir ?"* (Garcia, 2013, p.43).

Ces théories de la peine semblent *a priori* proposer des réponses différentes à ces questions. En réalité, elles se rejoignent toutefois sur plusieurs points. Ce sont ces points de convergence qui font de ces théories de la peine un système d'idées cohérent. Celui-ci repose sur la justification de deux idées fondamentales : il faut infliger une souffrance et il faut exclure socialement un individu qui a commis une faute (Pires, 2007). La seconde idée renvoie plus précisément au fait que toutes les théories de la peine sont indifférentes à l'inclusion sociale de la personne condamnée³⁸.

Il existe bien entendu d'autres idées et d'autres principes dans le droit criminel, mais la thèse soutenue ici est que les théories de la peine *"forment depuis le début de la modernité jusqu'à nos jours le "système de pensée" dominant du droit criminel moderne. Pour apercevoir cela, il faut observer les théories de la peine à un certain niveau, celui du système d'idées, celui où, ensemble, elles forment la rationalité pénale moderne"* (Garcia, 2013, p.47). En plaçant l'observation au niveau du système d'idées, nous pouvons observer ce qui fédère les différentes théories de la peine malgré leurs injonctions *a priori*

³⁸ Il en va ainsi même de la théorie de la réhabilitation carcérale car elle *"recommande d'abord l'exclusion et préconise ensuite des programmes d'inclusion. Bref, il faut "exclure (détention) pour inclure"* (Garcia, 2013, p.52).

divergentes. Les quatre aspects fédérateurs, qui sont les composantes principales de la RPM en tant que système d'idées, sont (Garcia, 2013) : 1) le droit de punir défini comme *obligation* de punir (le pardon ne résout pas le conflit pénal), 2) la valorisation des peines afflictives (infliction de la souffrance) et de l'exclusion sociale (ou de l'indifférence à l'inclusion sociale)), 3) la survalorisation des peines privatives de liberté et 4) la dévalorisation des sanctions alternatives (elles suscitent la méfiance). Ces quatre aspects fédérateurs de toutes les théories de la peine "*permettent de les concevoir théoriquement comme participant à la formation et à la stabilisation d'un système d'idées dominant en matière de peines*" (Garcia, 2013, p.53).

L'obligation de punir fait partie des traits caractéristiques de la rationalité pénale moderne. Ce trait est à ce jour encore bien ancré. Il n'a pas connu d'évolution significative sur le plan sémantique, "*malgré le fait que l'on reconnaisse, tant sur le plan politique que sur le plan juridique, que le droit criminel et ses peines privatives de liberté doivent demeurer des armes de dernier recours*" (Garcia, 2013, p.55). La redondance dans les pratiques du système découle notamment du fait de "*la récurrence énonciative de cette idée d'obligation que l'on place ici au fondement du droit de punir.*" En effet, cela "*a stabilisé l'identité proprement pénale du système de droit criminel moderne. Il devient dès lors difficile, lorsqu'on s'inscrit dans les réseaux de communication de ce système de pensée, de trouver un vocabulaire de motifs nous autorisant à dissocier ce que les théories de la peine ont rendu quasi indissociable, en l'occurrence, le rapport "crime-peine"*" (Garcia, 2013, p.56).

Comme nous l'avons montré dans la revue de littérature, malgré le fait qu'il existe un doute quant au fait que la prison remplisse les finalités qui lui sont attribuées, elle continue pourtant d'être mobilisée et d'être considérée comme la peine de référence dans les codes pénaux en Occident, alors que, comme le relève Foucault (1975), depuis l'émergence de la prison comme peine (XVIII^e siècle), elle a toujours fait l'objet de critiques. La plupart d'entre elles sont d'ailleurs aujourd'hui devenues familières : "*L'idée d'un enfermement pénal est explicitement critiquée par beaucoup de réformateurs. Parce qu'il est incapable de répondre à la spécificité des crimes. Parce qu'il est dépourvu d'effets sur le public. Parce qu'il est inutile à la société, nuisible même : il est coûteux, il entretient les condamnés dans l'oisiveté, il multiplie leurs vices. Parce que l'accomplissement d'une telle peine est difficile à contrôler et qu'on risque d'exposer les détenus à l'arbitraire de leurs gardiens. Parce que le métier de priver un homme*

de sa liberté et de le surveiller en prison est un exercice de tyrannie. (Foucault, 1975, p. 135)" (Garcia, 2013, p.60).

En considérant les choses dans leur ensemble, nous pouvons observer que, sous l'influence du système d'idées de la RPM, le système de droit criminel n'accorde que peu de considération au résultat qui découle de la manière actualisée de déterminer les peines. L'attention du système est plutôt dirigée sur l'application du moyen, à savoir la peine afflictive, et il se satisfait de la justification de cette application par les finalités traditionnelles de la peine. Il ne cherche pas vraiment à constater un quelconque résultat. Il n'est d'ailleurs pas possible de constater un quelconque résultat concernant les finalités de la peine les plus abstraites qui composent le noyau dur du système d'idées de la RPM (rétribution, dénonciation, dissuasion générale). De plus, la satisfaction envers la justification de la peine afflictive laisse dans l'angle mort les conséquences de l'application de celle-ci en termes de protection des valeurs positives garanties par le droit.

Il est important de se rappeler que les théories de la peine "*se fédèrent derrière l'idée de la prison*" (Garcia, 2013, p.66). Elles ont fait en sorte de normaliser le recours à celle-ci, surtout si le crime est considéré comme grave. Dans le système d'idées de la RPM, le cadre carcéral est préconisé. Pour cette raison, en ce qui concerne le recours à l'emprisonnement, bien que le "*climat d'évidence se soit transformé, il n'a pas disparu*" car "*on ne voit pas par quoi la remplacer*" (Foucault, 1975, p. 268)" (Garcia, 2013, p.63).

3. *La structure des énoncés propres à chaque théorie de la peine*

Les quatre théories conventionnelles de la peine sont présentées par Pires et ses collaborateurs comme des moyens utilisés pour expliquer et justifier le recours à la peine afflictive dans le système de droit criminel (Pires, 1998a). Il en est de même pour la neutralisation que nous approfondissons dans le cadre de cette recherche. Les différentes théories de la peine sont présentées ci-dessous afin d'exposer brièvement la structure des énoncés propres à chacune d'entre elles. Il est important de bien saisir en quoi chaque théorie de la peine consiste pour comprendre la suite du propos, particulièrement la présentation des résultats d'analyse empirique.

a. La théorie moderne de la dissuasion

La rationalité de la dissuasion a été théorisée au départ des travaux de Beccaria et de Bentham. La peine est ici conçue comme une nécessité pragmatique. La finalité de la peine est de freiner l'auteur, de lui enlever l'audace de passer à l'acte (Beccaria, 1764). La dissuasion vise à protéger la société en infligeant une peine intimidante, suffisamment sévère et certaine. Il est considéré que la peine doit être certaine pour assurer ses effets d'intimidation (Garcia, 2009). Bien que la peine soit conçue comme une souffrance imposée au coupable par l'autorité à la suite d'une désobéissance à la loi, elle a ici une autre utilité que simplement punir (Raupp, 2015). Pour dissuader les potentiels criminels, cette théorie envisage de recourir à une peine sévère afin que les coûts engendrés par la peine soient supérieurs aux bénéfices retirés du crime (Beccaria, 1764). En bref, *"la dissuasion est garantie par la certitude d'une peine dont la sévérité représente un coût suffisant pour tout juste surpasser les bénéfices associés au crime"* (Raupp, 2015, p.45).

La dissuasion s'effectue à deux niveaux. D'une part, la finalité de la peine est d'intimider le coupable pour l'empêcher de récidiver (dissuasion spécifique) et, d'autre part, la peine sert à empêcher les coupables potentiels de commettre un crime (dissuasion générale).

L'être humain est envisagé comme un être rationnel agissant selon une logique de calcul coûts-bénéfices en pensant à la peine avant de poser un acte (Dubé, 2008). La peine est conçue comme un instrument permettant de casser l'audace du crime et, ainsi, de protéger les citoyens. Les finalités justificatrices de la dissuasion sont, d'une part, de provoquer des conduites légales en combattant le crime et la criminalité (idée du combat) et, d'autre part, de conserver les valeurs à long terme chez les citoyens intègres. La souffrance infligée doit être absolument nécessaire, certaine et sans délai dans le cadre de la dissuasion. La dissuasion oriente vers des peines d'emprisonnement selon un principe d'exclusion des alternatives à l'emprisonnement en fonction de la gravité du crime (principe de la critique au pardon et à la réconciliation). La définition de la peine comme acte de volonté pour infliger une souffrance délibérée est latente.

La dissuasion est bien résumée par la Cour Suprême du Canada, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2022 dans l'affaire Bissonnette.

"[47] L'objectif de dissuasion, pour sa part, se décline en deux formes. La première, la dissuasion spécifique, vise à décourager le contrevenant lui-même de récidiver. La deuxième, la dissuasion générale, a pour but de décourager les membres du public qui pourraient être tentés de se livrer à l'activité criminelle dont le contrevenant a été déclaré coupable (R. c. B.W.P., 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941, par. 2). Dans la poursuite de cet objectif, le contrevenant est puni plus sévèrement afin de communiquer un message à la population, en d'autres termes pour servir d'exemple. La dissuasion générale est un objectif qui doit être soupesé par le tribunal, mais dont l'efficacité a souvent été remise en question. En dépit de ces réserves légitimes, il demeure que la certitude d'être puni, de même que l'ensemble des sanctions pénales, produisent néanmoins un certain effet dissuasif, quoique difficilement mesurable, chez les contrevenants potentiels (Ruby, §1.31; Commission canadienne sur la détermination de la peine, Réformer la sentence : une approche canadienne (1987), p. 150-151)." (R. c. Bissonnette, 2022 CSC 23).

b. La théorie de la rétribution

Dans la théorie de la rétribution, dont Kant est un des grands penseurs, la peine est conçue comme un impératif catégorique (Kant, 1797). Dès qu'un crime a été commis, une peine *doit* être infligée. Le recours à la peine est justifié par une obligation morale de punir selon un principe de la souffrance absolument nécessaire et de l'impunité comme injustice suprême au citoyen qui respecte la loi criminelle.

Cette théorie repose sur le postulat que l'être humain est un être libre et rationnel, selon un présupposé de la conscience morale libre pour décider. Il est pensé comme décidant de son agir indépendamment des contraintes naturelles et sociales (Pires, 1998a). La commission du crime est une décision choisie librement, ce que traduit le concept de "responsabilité pénale". La peine est donc justifiée en fonction de la notion de culpabilité, qui n'est rien d'autre que la forme concrète de la responsabilité établie par le jugement.

La peine prend la forme d'un mal justifié par la nécessité de réparer le mal causé par le crime. Le mal à guérir n'est pas le mal fait à la victime mais bien le mal fait à la Justice (non humaine, non matérielle) (Dubé, 2008, pp.41-42). La finalité de la peine repose sur le principe selon lequel il faut faire payer le mal par le mal afin de rétablir la Justice ou la Moralité suprême (Kant, 1797). La finalité de la peine est l'affliction. L'autorité doit prononcer une peine qui répond au crime qui a été commis. Par conséquent, la peine inflige nécessairement une souffrance et celle-ci doit être proportionnelle, et plus précisément être égale, à la gravité du crime (Garcia, 2009). Ni plus, ni moins. Dans la théorie de la rétribution, le terme "punir" se définit comme *"le fait d'infliger de manière intentionnelle et directe une souffrance à un individu pour lui faire payer le crime qu'il a fait"* (Raupp, 2015, p.40). La rétribution oriente vers des peines d'emprisonnement selon un principe d'exclusion des alternatives à l'emprisonnement en fonction de la gravité du crime (principe de la critique du pardon et de la réconciliation). La définition de la peine comme acte de volonté pour infliger une souffrance délibérée est explicite ou déclarée (il faut faire souffrir).

L'idée de la rétribution est présentée comme suit par la Cour d'appel de la Colombie Britannique.

"79. Retribution, as an objective of sentencing, represents nothing less than the hallowed principle that criminal punishment, in addition to advancing utilitarian considerations related to deterrence and rehabilitation, should also be imposed to sanction the moral culpability of the offender. [...] Indeed, it is my profound belief that retribution represents an important unifying principle of our penal law by offering an essential conceptual link between the attribution of criminal liability and the imposition of criminal sanctions."

(R. v. Sweeney (1992), 11 C.R. (4th) 1)

c. La théorie de la dénonciation

La théorie de la dénonciation est également connue sous le nom de "théorie de la réprobation sociale". Celle-ci apparaît en tant que théorie individualisée dans la seconde moitié du XX^e siècle. Elle existait avant en filigrane dans les théories de la rétribution et de la dissuasion (Lachambre, 2013). L'être humain est également perçu comme responsable de ses actions (Raupp, 2015). La peine, quant à elle, a pour fonction de réaffirmer un certain nombre de valeurs. S'il y a transgression des valeurs

fondamentales de la société par un individu, il est nécessaire de le punir. La dénonciation consiste à infliger une souffrance au coupable qui se justifie par l'expression de la réprobation du crime afin de réaffirmer les valeurs de la société (Lachambre, 2011). La peine est conçue comme une obligation pédagogique de punir pour marquer la réprobation du public envers le crime (Garcia, 2009).

La dénonciation repose donc sur le présupposé d'une conscience morale faible ou circonscrite qu'il est nécessaire de réaffirmer, de l'opinion publique répressive et du droit à faire souffrir le coupable. Les finalités justificatrices de la dénonciation sont les suivantes : renforcer certaines valeurs, conforter les victimes et le public avec la souffrance du coupable et restaurer la confiance dans l'administration criminelle.

La peine doit être proportionnelle au degré de désapprobation de la société. Plus les valeurs fondamentales sont importantes pour la société, plus la peine associée à la transgression de ces valeurs sera importante. La peine doit exprimer la gravité du crime par l'infliction d'une souffrance équivalente, sinon elle n'est pas suffisante pour dénoncer le crime et exprimer la réprobation du public (Lachambre, 2011). La peine est envisagée selon un principe d'infliction de la souffrance absolument nécessaire et du message clair au public de la valeur de certaines normes de conduite. La dénonciation oriente vers des peines d'emprisonnement selon un principe d'exclusion des alternatives à l'emprisonnement en fonction de la gravité du crime (principe de la critique du pardon et de la réconciliation). La définition de la peine comme acte de volonté pour infliger une souffrance délibérée est parfois présentée comme étant seulement symbolique (alors qu'elle est concrète).

L'idée de la dénonciation est également reprise par la Cour d'appel de la Colombie Britannique.

"81. (...) The objective of denunciation mandates that a sentence should also communicate society's condemnation of that particular offender's conduct. In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. As Lord Justice Lawton stated in R. v. Sargeant (1974), 60 Cr. App. R. 74, at p. 77: "society, through the courts, must show its abhorrence of particular types of

crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass". The relevance of both retribution and denunciation as goals of sentencing underscores that our criminal justice system is not simply a vast system of negative penalties designed to prevent objectively harmful conduct by increasing the cost the offender must bear in committing an enumerated offence. Our criminal law is also a system of values. A sentence which expresses denunciation is simply the means by which these values are communicated." (R. v. Sweeney (1992), 11 C.R. (4th) 1)

d. La théorie de la réhabilitation carcérale

La théorie de la réhabilitation est dite "de la première modernité" (Raupp, 2015). Elle est connue aussi sous le nom de "réhabilitation carcérale" afin de la distinguer de la réhabilitation de la seconde modernité³⁹. Dans le cadre de cette théorie, l'être humain est considéré comme négativement influencé par ses groupes de référence, ce qui le pousserait à commettre des crimes. Cette théorie repose sur un présupposé de la conscience libre et influençable de l'individu. La peine a pour objectif de réhabiliter l'individu en l'excluant d'abord de la société avant de l'y réintégrer (Garcia 2009). La peine de prison a ici pour objectif de "*corriger, redresser et guérir*" (Foucault, 1975, p.17) la personne condamnée afin qu'elle puisse fonctionner à nouveau au sein de la société en étant débarrassé de l'envie de commettre un crime (Bentham, 1818).

La finalité justificatrice de la réhabilitation carcérale est d'exclure dans une institution pour réhabiliter ensuite. Elle valorise l'exclusion sociale comme moyen pour créer de l'inclusion. Selon cette théorie, l'exclusion dans un milieu fermé est dotée d'un programme positif ayant pour objectif la réformation morale du criminel (Garcia, 2009). L'intervention pénale est conçue comme "*l'imposition d'un programme à la fois centré sur l'exclusion et l'inclusion sociale et visant à agir sur la conscience du condamné, par la discipline, dans un milieu fermé*" (Raupp, 2015, p.59). La réhabilitation carcérale envisage la souffrance de la réclusion pour réhabiliter l'individu (exclure dans une institution pour traiter). La réclusion "correctrice" est considérée comme nécessaire au nom de la conduite passée ou du danger

³⁹ La réhabilitation de la seconde modernité est un mouvement qui affirme "*qu'un traitement en liberté, en dehors de la prison, est préférable à un traitement en milieu carcéral*" (Raupp, 2015, p.71). Cette théorie de la peine se trouve hors du cadre de la rationalité pénale moderne (Dubé, 2008, p.54).

(problème de la défense sociale). La proportionnalité prend la forme d'un rapport entre le crime, perçu comme le mal à traiter, et l'intensité du remède et de l'exclusion qu'il suppose.

La réhabilitation carcérale oriente vers des sentences avec temps de réclusion large et flexible ou indéterminé, par opposition aux courtes peines d'emprisonnement qui ne servent à rien pour réhabiliter, selon un principe d'exclusion des alternatives à la réclusion en fonction de la nécessité de l'intervention (insuffisance du pardon et de la réconciliation). La définition de la peine comme acte de volonté d'infliger la souffrance délibérée reste latente dans la décision de réclusion.

Comme en témoigne l'extrait suivant de l'arrêt Bissonnette rendu par la Cour Suprême du Canada, la réhabilitation carcérale est la finalité de la peine qui vise à donner un caractère d'humanité à la peine de prison.

"[48] Enfin, l'objectif de réinsertion sociale vise à réformer le contrevenant en vue de sa réintégration dans la société, afin qu'il devienne un citoyen respectueux des lois. Cet objectif pénologique présuppose chez l'individu une capacité de prendre sa vie en main et de s'améliorer, avec pour conséquence ultime une meilleure protection de la société. Les auteurs M. Manning et P. Sankoff soulignent que la réhabilitation [TRADUCTION] « constitue probablement à long terme la solution la plus économique sur le plan financier et l'objectif pénologique le plus humain » (Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law (5e éd. 2015), 1.155). Dans ce même ordre d'idées, je réitère, comme je l'ai affirmé dans l'arrêt R. c. Lacasse, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, que « [c]et objectif fait partie des valeurs morales fondamentales qui distinguent la société canadienne de nombreuses autres nations du monde » (par. 4)." (R. c. Bissonnette, 2022 CSC 23)

e. La théorie de la neutralisation

On peut trouver quelques références à la neutralisation dans la théorie de la RPM (Xavier, 2012 ; Dubé, Ferron Ouellet, 2020). Mais elle ne propose pas de développements en profondeur à ce sujet. Cette recherche contribue notamment à la démarche de construire, de manière tant théorique qu'empirique,

une dimension non explorée de la théorie de la RPM, à savoir une *grounded theory* de la neutralisation (Glaser et Strauss, 1967).

La théorie de la neutralisation n'est pas une théorie facile à observer en tant que telle. Il nous semble que les obstructions à l'observation de la neutralisation viennent principalement du fait que les autres théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation carcérale) absorbent la neutralisation de différentes manières. Nous approfondissons ce point dans la partie empirique.

Dans la criminologie et dans le droit criminel, la neutralisation a été usuellement décrite comme une finalité qui vise à empêcher la survenance du passage à l'acte criminel en retirant la possibilité des individus dits dangereux ou habituels de le commettre. Elle consiste à empêcher de commettre toute (nouvelle) infraction dans un territoire ou un espace déterminé. Nous devons la première conceptualisation de la neutralisation à Bentham ([1802] 1843).

La neutralisation vise à retirer la possibilité du passage à l'acte d'une façon spécifique, car la réhabilitation par la médiation prioritaire de la prison peut la retirer aussi sans fonctionner de la même manière. La neutralisation était, historiquement, vue comme une démarche de contrainte physique vis-à-vis d'un individu, tandis que la réhabilitation carcérale ne pouvait pas se résumer à cela. Cette dernière devait penser à la libération des individus dès leur "réhabilitation". La neutralisation, quant à elle, vise à agir directement sur la possibilité de commettre physiquement un acte criminel avant tout autre chose, c'est-à-dire avant de penser, par exemple, à traiter ou à dissuader.

La finalité de neutralisation est une composante de certaines manières d'employer la norme de sanction qui implique la prison. Elle est alors une manière de décider sur une forme spéciale de contention de l'individu à titre de peine. Elle est toujours susceptible d'être mobilisée dans les pratiques punitives, mais plus particulièrement dans des contextes de problème de sécurité et de récidive.

Nous avons vu, lors de l'étude de la littérature, que la neutralisation se présente comme une théorie justificatrice de la peine à l'intérieur du système d'idées de la RPM. Cette théorie justifie la peine comme moyen de contraindre ou contrôler l'individu afin de lui enlever la possibilité de (re)passer à l'acte. Elle

est une théorie utilitariste dans le sens où la peine sert à neutraliser l'individu afin d'éviter la survenance de crimes. Il n'est pas question de considérations morales dans la théorie de la neutralisation (Xavier, 2012).

Il n'est pas non plus question d'avoir un impact sur l'individu condamné. Contrairement à la réhabilitation, *"the task is managerial, not transformative"* (Feeley et Simon, 1992, p.452). La théorie de la neutralisation repose sur le présupposé que certains individus sont dangereux et/ou incorrigibles dans leur déviance et qu'il faut protéger la société contre ce type d'individus. Les finalités justificatrices de la neutralisation sont, d'une part, la protection de la société en combattant le crime et la criminalité (idée du combat) et, d'autre part, l'écartement du danger par rapport au corps social (idée de l'éloignement).

La peine infligée doit être proportionnelle au danger que représente l'individu, c'est-à-dire à la gravité catégorielle de l'acte combinée au risque de récidive. En outre, la théorie de la neutralisation est, plus que toutes les autres, centrée sur l'exclusion sociale du condamné. Il s'agit en effet d'une théorie absolument indifférente au coupable en tant que membre de la société. L'exclusion sociale à travers la peine est conçue comme un moyen de protéger la société. Par conséquent, la neutralisation oriente vers des peines d'emprisonnement, souvent de longue durée, selon un principe d'exclusion des alternatives à l'emprisonnement en fonction de la gravité du crime et du risque de récidive (principe de l'inefficacité du pardon et de l'insuffisance de la réconciliation). La définition de la peine comme acte de volonté pour infliger une souffrance délibérée reste latente voire occulte.

La logique de la neutralisation est clairement exprimée par la Cour supérieure du Québec, sous la plume de l'honorable juge Huot, à l'occasion de l'affaire Bissonnette.

"[635] L'importance d'une peine visant prioritairement à protéger le public concorde avec l'objectif fondamental du droit criminel. L'application du principe de la neutralisation s'avère essentielle en l'espèce. Les crimes perpétrés révèlent chez leur auteur une telle hargne et une telle agressivité qu'il importe d'isoler ce dernier pendant une période de temps appréciable. Logiquement, l'infliction d'une période d'inadmissibilité consécutive favoriserait l'atteinte de cet objectif. À l'expiration de ce terme, la question de la remise en liberté éventuelle d'Alexandre

Bissonnette sous conditions deviendra du ressort exclusif de la Commission des libérations conditionnelles du Canada." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

Ajoutons qu'au XIX^e siècle, la neutralisation a parfois été pensée uniquement en fonction de l'élimination des individus (peine de mort, déportation, oubliettes, emprisonnement à vie, etc.) (Zimring and Hawkins, 1995). Mais elle a aussi pu être pensée en association à une longue durée d'emprisonnement et parfois comme une condition préalable à la fois pour la réhabilitation, la dissuasion générale, la réprobation du crime et la rétribution (système d'idées de la RPM). Aujourd'hui, dans certaines manières de concevoir le pénitencier, notamment avec l'emprisonnement de haute sécurité, on trouve la neutralisation conçue et mise en pratique institutionnellement de manière isolée (sans la réhabilitation). En d'autres mots, le souci de réhabilitation est absent ou quasiment absent (extrêmement marginal).

La neutralisation est plus une théorie des sciences sociales (Mathiesen, 1990 ; Houchon 1994) qu'une théorie philosophique comme les autres théories de la peine. Elle apparaît aussi plus tardivement que les autres théories traditionnelles. La neutralisation a surtout réussi à prendre la forme d'une théorie dans la deuxième moitié du XX^e siècle.

C. La neutralisation dans le système d'idées de la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM)

La description des différentes théories de la peine, c'est-à-dire leurs similitudes et leurs différences, nous aide à comprendre la place de la neutralisation dans le système d'idées de la RPM. Nous cherchons à approfondir la compréhension sur la manière dont la neutralisation s'agence aux quatre théories traditionnelles de la peine et la place qu'elle occupe dans le système d'idées de la rationalité pénale moderne. Cette démarche nous permet d'approcher une théorie de la peine peu étudiée (neutralisation) grâce à ce qui est connu sur les théories de la peine plus largement étudiées. Les clarifications sur la neutralisation nous aident pour l'observation de notre objet d'étude.

La neutralisation est difficile à observer en tant que telle, et pourtant elle est bien présente en droit criminel. Comme l'indique Xavier, *"la construction de la RPM telle qu'originellement conçue par Pires*

(...) ne développe pas la place de la théorie de la neutralisation comme une des théories qui vient complexifier la prise de décision du système de droit criminel. Une des justifications pour cette exclusion est justement qu'elle n'existerait pas comme une théorie indépendante" (Xavier, 2012, p.159). En effet, elle n'existait pas comme théorie autonome dans le premier moment de formation de la rationalité pénale moderne au XVIII^e siècle (Xavier, 2012). Nous avons relevé plus tôt que la neutralisation est apparue en association avec les autres finalités de la peine, particulièrement la réhabilitation (comme condition de réalisation de celle-ci) et comme solution au problème du criminel-né dans la pensée de l'école positive italienne. Elle se développe, de manière particulière, surtout à partir des années 1970 au moment du déclin de la réhabilitation, comme une théorie indépendante de la peine ayant un aspect de science sociale et un aspect politico-juridique (Mathiesen, 1990 ; Houchon, 1994).

La littérature présentée sur la neutralisation (chapitre I) permet déjà de réaliser certaines observations à l'aide de l'appareillage conceptuel proposé par la théorie de la rationalité pénale moderne (le cadre théorique de cette recherche). Nous pouvons ainsi formuler quatre observations préliminaires aux observations empiriques sur la base de ce que nous savons de la RPM.

Premièrement, comme point de départ minimal, nous pouvons dire que la neutralisation se situe à l'intérieur du système d'idées de la RPM, c'est-à-dire dans l'arsenal des théories traditionnelles de la peine. Elle en fait partie, mais son étude n'a pas été approfondie (Xavier, 2012 ; Dubé, Ferron Ouellet, 2020).

Comme expliqué précédemment, dans la rationalité pénale formée par les théories conventionnelles de la peine, il existe une certaine *"redondance dans la manière de penser politiquement ou juridiquement la conséquence pénale que doit engendrer le crime"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.21). Cette rationalité valorise l'affliction (fait d'infliger la souffrance) et l'exclusion sociale, même si les justifications varient d'une théorie de la peine à l'autre. Ce qui se stabilise alors dans les fondements du droit de punir *"n'est rien d'autre que l'idéal de la peine privative de liberté et du type d'affliction que cette peine permet de générer (une affliction de l'esprit plutôt que du corps (Foucault, 1975))"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.21). Il en découle que le recours à la prison est considéré comme la réponse adéquate au crime⁴⁰

⁴⁰ Le terme "crime" est utilisé ici au sens large dans une perspective criminologique.

(peine de référence). Par conséquent, *"derrière une diversité d'objectifs, ce qu'on observe surtout, c'est une redondance de moyens"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.23). La neutralisation appartient, elle aussi, *"au complexe idéal de la RPM"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.21). Comme nous l'avons vu, avec la finalité de neutralisation, l'idéal de la peine privative de liberté est à son apogée. L'emprisonnement est observé comme le moyen qui permet le mieux de répondre à la finalité de contrôle physique des individus, c'est-à-dire au retrait de la possibilité de passer à l'acte.

Deuxièmement, nous observons que la finalité de neutralisation n'a jamais joué un rôle de locomotive dans le système d'idées de la RPM. Il n'y a pas de preuve empirique qu'elle ait joué un tel rôle ni dans l'élaboration du code criminel, ni pour penser l'ensemble des infractions. Elle n'a jamais été pensée non plus pour englober toutes les infractions criminelles avec leur énorme variété interne de situations-problèmes. Elle est, en général, *"seulement associée à certains cas, ceux qui sont perçus comme plus graves et posant un risque élevé de récidive"* (Xavier, 2012, p.221). Bien qu'elle n'ait pas joué un rôle de locomotive, elle reste un wagon important à traiter du fait de son impact sur le recours à la peine privative de liberté et au rapport à la protection des droits fondamentaux.

Troisièmement, la théorie de la RPM permet de mettre en lumière que, bien que la finalité de neutralisation ait souvent été absorbée dans les autres finalités de la peine, elle est une finalité qui n'a pas été abandonnée par le système politique. On la retrouve notamment dans la lutte contre le terrorisme (Moreau, 2021) et dans la politique nord-américaine *Three Strikes and you're out*⁴¹ (Mathiesen, 1990 ; Zimring et Hawkins, 1995).

Enfin, quatrièmement, bien qu'elle fasse partie du système d'idées de la RPM et qu'elle soit souvent absorbée dans les autres finalités de la peine, la neutralisation se distingue toutefois sur plusieurs aspects. L'exercice de distinction doit principalement se faire par rapport aux théories de la réhabilitation et de la dissuasion avec lesquelles la neutralisation est souvent confondue, ce qui engendre des glissements de sens lorsqu'on parle de "prévention". La réhabilitation, la dissuasion et la neutralisation

⁴¹ Avec le mécanisme de *Three Strikes and You're Out* la neutralisation produit une fusion de la théorie de la dissuasion de Beccaria avec la théorie prémoderne de la dissuasion qui ne s'intéresse pas à l'échelle des peines. La théorie de la neutralisation produit un effet de dissolution de tout intérêt pour la réhabilitation et s'avère un stimulus caché pour les peines minimales exagérées, y compris en ce qui concerne les peines infligées au cas par cas par les tribunaux.

peuvent facilement être mises en rapport (et confondues) car elles ont un point commun et une capacité de couplage qui est leur caractère utilitariste.

Ce qui distingue principalement ces finalités de la peine est que, par rapport à la dissuasion et à la réhabilitation surtout, la neutralisation n'a que peu de considération pour l'individu condamné⁴². Elle se présente, en effet, comme un désistement : *"on désiste de l'individu, de ses droits fondamentaux, de ses chances de réhabilitation, de l'aide que l'on pourrait lui apporter"* (Dubé, Ferron Ouellet, 2020, p.23). L'autorité renonce à considérer les condamnés comme des individus faisant partie de la société et ayant des droits. Elle renonce à investir dans l'individu. Avec la neutralisation, la peine *"is justified if it reduces or prevents the further harm that would have been caused to the rest of society by the future crimes of that offender. The concern here is with the victim, or potential victim. The rights of the offender merit little consideration"* (Barton, 2005, p.464).

L'attention est entièrement concentrée sur le contrôle de la possibilité de l'individu de passer à l'acte, sans la moindre volonté d'influencer son comportement ou son état d'esprit et, encore moins, de le réinsérer dans la société. Nagin qualifie ainsi la neutralisation de *"nonbehavioral mechanism"* (Nagin, 1998, p.345). Comme le résumant Zimring et Hawkins, *"if restraining sanctions can be distinguished from environmental defenses against crime on the basis of the element of control and the targeting of the offender for behavioral change, it is control alone that distinguishes incapacitation from the standard short list of the other purposes of criminal punishment. Deterrence and rehabilitation both include alteration of the behavior of the offender as an objective of the criminal sanction"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.157).

La neutralisation se distingue également des autres finalités de la peine de la RPM par le fait que l'exclusion sociale est mobilisée en tant que telle comme un moyen de protection de la société, contrairement aux autres finalités qui envisagent celle-ci comme le moyen d'infliger une souffrance ou comme un moyen permettant de restaurer ou de réaffirmer quelque chose (valeurs, lien social, Justice...). Par conséquent, les critères mobilisés pour justifier l'exclusion sociale diffèrent car ils sont

⁴² Sur ce point elle rejoint la théorie de la rétribution. Cette absence de considération pour l'individu délinquant n'a cependant pas le même fondement dans les deux théories. Dans la théorie de la rétribution, cette indifférence est faite au nom de la grandeur de l'Homme : un individu ne peut pas être un moyen pour atteindre un objectif (Kant).

orientés vers ce que l'individu a fait et pourrait faire dans le cadre de la neutralisation et non seulement vers ce que l'individu a fait, comme dans les autres finalités. D'un point de vue rétributif, par exemple, *"predictions of dangerousness should be excluded from the criteria used in reaching decisions about prison sentences"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.63). En effet, *"from the standpoint of desert theory, the necessity for exclusion seemed to flow quite naturally and logically from the nature of the practice. Future conduct could not in fairness provide any basis for gradation in penal treatment. (...) These factors should be considered only insofar as they were directly relevant to that assessment rather than because they might predict recidivism and the need for incapacitation"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.64).

Un autre point de distinction mérite encore l'attention. La réalisation de la finalité des sanctions privatives de liberté ne s'effectue pas au même moment en fonction des justifications de celles-ci. En ce qui concerne la neutralisation, la finalité est atteinte et observable dès l'instant où l'individu est mis derrière les barreaux et qu'il n'a plus la possibilité de commettre des crimes dans la société. En revanche, *"to the not inconsiderable extent that effective retribution requires the subject of the sanction to acknowledge the moral significance and gravity of the offense, the achievement of the retributive purpose of criminal sanctions depends on the offender's recognition and choice. Rehabilitation seeks to alter the way in which a subject regards criminal opportunity. The rehabilitative process can be administered coercively in a prison environment, but it cannot be tested until the individual subjected to it is able to exercise free choice between crime and conformity with the law"* (Zimring, Hawkins, 1995, p.157). La réalisation de la finalité de la peine justifiée par la neutralisation est directement observable, tandis que cette réalisation ne pourra être constatée que dans un second temps pour les peines dissuasives ou réhabilitatives (si elle peut réellement être constatée, ce qui est remis en question dans la littérature⁴³), c'est-à-dire lors du retour de l'individu dans la société. La réalisation de la finalité des peines rétributives, elle, n'est pas du tout observable empiriquement étant donné que la finalité consiste à rétablir abstraitement la Justice ou la Moralité suprême (Kant, 1797).

Mobiliser la théorie de la RPM nous permet de peaufiner l'observation de la neutralisation sur certains points. Cet aspect est fondamental pour notre recherche. En effet, dans une époque de société du risque (Mary, 2005) faisant face à des actes de violence indéniables (fusillades, terrorisme, etc.), la

⁴³ Sur cette question voyez notamment Th. Mathiesen, 1990.

problématique du recours à l'emprisonnement dans des situations causant un problème de sécurité est un thème incontournable. Le recours à l'emprisonnement se présente, dans certains cas, comme une nécessité sécuritaire. Notre projet consiste cependant à repenser la rationalité sur laquelle repose le recours à l'emprisonnement afin de construire un droit criminel fondé sur une axiologie positive des droits fondamentaux. Réaliser cet exercice nécessite d'effectuer une observation d'une certaine profondeur sur la rationalité que nous cherchons à dépasser afin de comprendre quels sont les obstacles de connaissance à surmonter.

Comprendre la place et le rôle de la neutralisation dans le système d'idées de la RPM, ainsi que saisir la manière dont elle s'agence avec les autres finalités de la peine, est un préalable pour réfléchir sur la réponse du système de droit criminel aux crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie. En effet, l'appareillage conceptuel de la théorie de la RPM nous permet d'observer que la finalité de neutralisation engendre un effet de dissolution de tout intérêt pour la réhabilitation et un stimulus caché pour les longues peines privatives de liberté. Dès lors, la neutralisation produit un blocage total de l'évolution, voire un effet d'involution⁴⁴, dans la manière de penser l'intervention du système de droit criminel.

Conclusion

Ce chapitre nous a permis de mettre en place le socle théorique à partir duquel s'ancrera l'analyse empirique. Nous y avons élaboré une architecture conceptuelle qui permet de comprendre comment le système de droit criminel moderne se reproduit, s'auto-décrit et se ferme à l'innovation, tout en ouvrant une perspective pour sortir de cette redondance.

En mobilisant d'abord la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann, nous avons adopté une perspective macrosociologique qui envisage la société comme un ensemble de systèmes différenciés, autonomes mais interdépendants, reposant sur les communications et produisant leurs propres auto-descriptions. Cette approche offre un outil d'observation particulièrement pertinent pour aborder le droit

⁴⁴ La notion d'involution signifie que nous rebroussons chemin à l'intérieur du cadre de pensée de la rationalité pénale moderne. On ne revient pas au châtiment corporel, hors du cadre de pensée de la RPM, mais on évolue négativement au regard des droits fondamentaux dans la RPM.

criminel comme un sous-système social spécifique, doté d'une autonomie relationnelle et porteur de sa propre logique interne. L'explication du modèle acentrique des systèmes sociaux, de l'autopoïèse, de l'auto-description et de la manière dont les communications juridiques se construisent et se reproduisent permet de comprendre comment le système de droit s'observe lui-même et se justifie. Elle permet également de comprendre les conditions de reproduction et d'innovation des communications juridiques dans le champ de la détermination des peines.

Sur cette base générale s'est greffée la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM), qui constitue l'axe principal de notre cadre théorique. Cette théorie, d'inspiration sociojuridique et systémique, propose de concevoir le champ des normes de sanction comme reposant sur un système d'idées composé des théories traditionnelles de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation carcérale et, plus récemment, neutralisation). Son étude met en évidence la force d'inertie de ce système d'idées, représentant un véritable obstacle épistémologique empêchant le droit criminel moderne d'opérer une transformation qualitative de ses pratiques depuis la fin du XVIII^e siècle.

L'assemblage de ces deux théories fait ressortir que le droit criminel, en tant que système social, s'est historiquement enfermé dans une rationalité qui valorise l'affliction et l'exclusion sociale comme modes de réponse privilégiés au crime. La métaphore de la "bouteille à mouches" illustre cette difficulté à penser autrement la détermination et la justification des peines, même lorsque le système lui-même produit des signes de remise en question. De plus, la neutralisation, élément important de cette recherche, apparaît comme une dimension encore sous-explorée de ce système d'idées, mais qui joue pourtant un rôle majeur dans la reproduction contemporaine du recours massif à l'emprisonnement, notamment face aux crimes considérés comme graves.

Ainsi, l'articulation entre la théorie des systèmes sociaux et la théorie de la rationalité pénale moderne offre un cadre théorique robuste pour observer à la fois les mécanismes internes de reproduction du droit criminel sur le plan des idées et les obstacles qui entravent sa capacité d'innovation. Ce double appui théorique permet non seulement de rendre visibles les angles morts créés par la rationalité pénale moderne, mais aussi d'ouvrir la voie à une réflexion sur les conditions d'émergence d'une autre façon

de concevoir la détermination et la justification des peines, à savoir une manière fondée sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Chapitre III : Fondements épistémologiques et méthodologiques de l'observation : à la recherche de la redondance et de l'innovation en droit criminel

Section I. La posture épistémologique

La méthodologie d'une recherche, c'est-à-dire la sélection des sources de données empiriques, la récolte des données à l'intérieur de ces sources et la manière de les analyser est réalisée en fonction de l'objet ou du problème de la recherche ainsi que des objectifs de celle-ci. La méthodologie se trouve aussi en relation étroite avec la posture épistémologique et théorique adoptée. Le cadre théorique ayant déjà été élaboré, nous développons dans cette section la posture épistémologique de la recherche.

Nous présentons, tout d'abord, les caractères qualitatif (A) et théorico-inductif (B) de la recherche. Nous exposons ensuite une perspective de criminologie œuvrant avec le droit (C). Nous expliquons également l'insertion de ce travail dans une épistémologie de l'observation (D). Enfin, nous précisons que cette recherche s'inscrit dans l'observation des systèmes sociaux (E).

A. Une recherche qualitative

Cette recherche est de type *qualitatif*, ce qui a une incidence sur les choix méthodologiques, sur le type de matériel à récolter pour le transformer en données d'observation à analyser et sur le traitement des données recueillies (Pires, 1997 ; Garcia, 2010).

Cette recherche est du type "*élucidation de problème*", c'est-à-dire "*une recherche qui utilise une perspective théorique pour résoudre des problèmes ou pour proposer une autre façon d'observer et de décrire certains aspects de la réalité*" (Possas, 2009, p.80). Pour décrire d'une autre manière certains aspects de la réalité, nous adoptons une approche empirique souple susceptible de nous aider à

reconstruire ces aspects (Possas, 2009). Dans ce cadre, nous effectuons un traitement qualitatif des données au sens d'un traitement lors duquel "*le chercheur déconstruit son matériel, triture son matériel (...), puis procède à une reconstruction en vue de répondre à son questionnement*" (Cellard, 1997, p.260).

B. Une recherche théorico-inductive

Nous avons utilisé l'éclairage de la théorie de la RPM dans la construction du problème de recherche. Rappelons que cette théorie est, elle-même, inductive du point de vue de sa genèse. Cependant, elle n'avait pas encore focalisé son attention sur le thème de la neutralisation. Notre travail vise à compléter cet aspect du système d'idées de la RPM et contribue ainsi à développer la théorie systémique et sociojuridique de la RPM. Notre recherche a donc deux volets, un volet théorique déjà constitué (bien que susceptible d'autres corrections et développement) et un volet "nouvellement" inductif qui se construit à partir d'un autre ensemble de données d'observation. Ainsi, nous nous inscrivons aussi dans une démarche de construction théorique. Le concept d'"induction" est utilisé ici pour signaler un volet de l'activité de recherche dont le vecteur prend la direction de la construction théorique (en cours d'élaboration).

Nous pouvons aussi dire qu'il s'agit d'une démarche de construction d'un pont entre les nouvelles observations empiriques et le cadre théorique disponible en contribuant à développer ce cadre. En ce sens, la recherche empirique est constitutive d'une partie de la théorie globale et celle-ci peut être interrogée et corrigée par des observations empiriques se développant ainsi dans une sorte "*d'opération en pince*" (Bateson, 1977, p.6), composée d'une branche théorique et d'une branche empirique (Pires, 2013). La recherche a deux points de départ : la grille de lecture déjà élaborée par la théorie de la rationalité pénale moderne, d'un côté, et les données d'observation venant de la recherche empirique de l'autre. Elle procède d'un va-et-vient constant entre les deux branches de la pince que sont, d'une part, les données d'observation et, d'autre part, l'appareillage conceptuel. Dans cette perspective, la *distinction* conventionnelle "induction-déduction" s'efface au profit de la valorisation de la *relation* et de l'*interaction* entre l'appareillage conceptuel et les données empiriques. La recherche valorise alors

autant les données d'observation que les connaissances théoriques (Raupp, 2015). Nous élaborerons ce point *infra* dans la section II, point A, consacré à la construction de la recherche.

Cependant, comme nous l'avons mentionné, si la distinction classique entre déduction et induction devait absolument être mobilisée, la théorie de la rationalité pénale moderne serait plutôt axée sur l'induction car elle a émergé d'observations empiriques. De plus, cette théorie permet de faire de nouvelles inductions, comme nous le montrons dans ce travail. Par conséquent, si nous devons choisir un des pans de la distinction pour décrire cette thèse, nous choisirions l'induction, même si les nouvelles inductions rendues possibles sont outillées par un cadre conceptuel et théorique déjà construit.

En effet, nous ne cherchons pas à vérifier des hypothèses théoriques individualisées mais plutôt à trouver, dans les données empiriques, des réponses à des questions dont nous ne connaissons pas les réponses avant d'analyser inductivement les données empiriques. Pour le dire autrement, ces réponses ne se trouvent pas dans la théorie. Elles sont fournies par une "opération en pince" (Bateson, 1977) fusionnant les données empiriques à la réflexion théorique.

Enfin, si la théorie à laquelle nous contribuons est une théorie ancrée (*grounded*), fondée dans l'empirie (Glaser et Strauss, 1967 ; Paillé 1994 et 2007), elle relève aussi des sciences sociales appliquées (Gouldner, 1957), dans la mesure où le développement de la théorie de la RPM a des implications sur la manière de concevoir la transformation du système de droit criminel dans le champ de la détermination des peines. Cette approche peut contribuer à émanciper concrètement les opérateurs du droit du système d'idées de la RPM afin qu'ils puissent développer une éthique juridique différente et transformer leur pratique professionnelle. En nous appuyant sur Gouldner, nous insistons sur le fait que cette théorie répond d'abord et avant tout aux critères de la science et qu'elle s'adresse également à un groupe d'opérateurs représentés comme moteur de la transformation (nous développons ces aspects dans l'analyse).

C. Une perspective de criminologie œuvrant avec le droit

Nous adoptons une démarche de criminologie œuvrant avec le droit⁴⁵, c'est-à-dire une perspective criminologique n'œuvrant pas de manière indépendante par rapport au droit. Celle-ci cherche à comprendre les conventions, les concepts, voire la réalité du droit (Garcia, 2011). Nous thématisons le droit, nous étudions la manière de décrire et de présenter du droit et nous intégrons les connaissances et les problèmes du droit dans notre objet d'étude. Nous présentons le problème de recherche pour le système juridique lui-même, c'est-à-dire au regard de ses propres valeurs. Nous mobilisons également le droit pour approcher et observer le système de droit (ses auto-portraits, auto-critiques, théories du droit, éthique juridique, etc.).

Dans cette démarche, la criminologie témoigne d'un intérêt pour les théories du droit et les *"autoportraits disponibles dans le système juridique, qu'ils proviennent de la théorie du droit, de la doctrine ou de la jurisprudence"* (Garcia, 2011, p.424). Le chercheur vise alors à saisir *"les conventions, les concepts, les idées, les théories et les systèmes d'idées du système juridique"* en espérant que cela apporte *"pour l'évolution des connaissances à la fois scientifiques et juridiques, un "quelque chose d'autre" qu'une [criminologie] "sans le droit" ne peut apporter"* : c'est-à-dire, *"diriger le regard vers des idées, des formes de fonctionnement, des contraintes et des possibilités qui resteraient autrement peu visibles"* (Garcia, 2011, p.425).

Selon Luhmann (2002), cette perspective épistémologique permet de mieux cerner comment le droit comprend son monde. Elle rend possible de saisir les distinctions desquelles découle cette compréhension de manière à pouvoir rendre visibles les possibilités non actualisées par le droit (les possibilités restées dans l'angle mort) et à envisager d'autres possibles pour le droit, notamment en traçant d'autres distinctions. En d'autres mots, cette perspective permet d'envisager *"les observations et les inobservations"* du système de droit criminel (Labonté, 2019, p.119).

Cette posture permet également d'établir un dialogue interdisciplinaire entre les sciences sociales et le droit (Garcia, 2011). Elle est bénéfique pour le développement des connaissances sur le droit dans le

⁴⁵ Plusieurs chercheurs, utilisant des termes voisins, ont attiré l'attention sur l'existence de "deux sociologies" : une sociologie du droit *sans* le droit et une sociologie du droit *avec* le droit (Luhmann, 1985 ; Treves, 1977 ; Belley, 1983). Cela nous permet de parler aussi de "deux criminologies" (avec et sans le droit).

sens où, d'un côté, *"la [criminologie] "avec le droit" est susceptible de modifier le rapport entre le droit et les disciplines lui étant exogènes, comme les sciences sociales"*, en permettant des échanges entre les juristes et les spécialistes des sciences sociales et, d'un autre côté, *"cette perspective apporte une contribution à l'évolution des connaissances scientifiques et juridiques en jetant de la lumière sur des alternatives qui soient à la portée du droit"* (Labonté, 2019, p.119), ce qui constitue une voie prometteuse vers l'innovation juridique.

Adopter une telle posture a toute sa pertinence puisqu'elle permet, en favorisant un dialogue interdisciplinaire, la *"collaboration et la coresponsabilisation autour d'un projet commun"* (Garcia, Dubé, 2017, p.28). Elle rend également possible la *"synchronisation entre les idées innovatrices et les pratiques judiciaires"* (Garcia, Dubé, 2017, p.30) alors qu'un manque de cohérence entre idées et pratiques se fait ressentir en matière de détermination des peines.

Cette perspective épistémologique permet d'observer le droit à un autre niveau que celui adopté par les recherches en droit positif. Cette approche est rendue possible grâce, notamment, aux méthodes empiriques. Elle propose une manière d'observer le droit qui met l'accent autant sur l'état du droit actuel que sur les enjeux de société derrière cet état du droit. À la différence de la perspective de droit positif qui vise à répondre à des questions sur l'état du droit à proprement parler et la description des normes énoncées par la volonté d'une autorité habilitée (que dit le droit ? comment l'interpréter ? les normes sont-elles correctement appliquées ? y a-t-il de la cohérence entre les différents ordres normatifs ? etc.), la perspective dans laquelle s'inscrit cette recherche permet d'étudier le droit et ses institutions dans leur contexte social et politique (pourquoi le droit dit ce qu'il dit ? quelles sont les implications indirectes ou indésirées de cette manière de rendre le droit ? quelles sont les conditions de l'effectivité des règles de droit édictées ? quels sont les obstacles à l'innovation en droit ? etc.). Cette posture permet également d'aborder une réflexion sur le droit autrement que de manière strictement rattachée à un ordre juridique particulier, ce qui est particulièrement adéquat lorsque, comme dans notre recherche, on s'interroge sur les finalités de la peine en droit criminel de manière générale au niveau du système d'idées et non dans le cadre d'un ordre normatif national particulier.

Soulignons que, dans une perspective interdisciplinaire au service d'un projet commun de faire du droit un outil toujours plus ajusté à nos sociétés démocratiques, il n'y a pas lieu de hiérarchiser l'approche de droit positif (dans le droit) et l'approche criminologique du droit avec le droit. Au contraire, il s'agit plutôt de valoriser et d'apprécier leur complémentarité et les contributions qui peuvent découler de chacune d'elles, ainsi que leurs limites. Une perspective ne remplace pas l'autre ni n'entre en compétition avec elle : elles gagnent plutôt à collaborer l'une avec l'autre. En effet, l'approche de sciences sociales œuvrant avec le droit apporte des choses que l'approche de droit positif ne fournit pas pour l'évolution de la connaissance : elle dirige le regard vers d'autres aspects du droit.

D. Une épistémologie de l'observation

Concernant ce que la recherche permet de connaître de la réalité, le débat conventionnel sur la posture épistémologique en sciences sociales se polarise encore aujourd'hui principalement autour de deux extrémités : le réalisme et le constructivisme (Luhmann, 2002).

D'un côté, la posture réaliste envisage *"une réalité extérieure à nous, dotée de traits et de propriétés déterminées, à laquelle nous avons accès par nos sens, et que nous catégorisons par nos concepts"*. D'un autre côté, la posture constructiviste considère que *"tout ce que nous pensons et disons de la réalité est construit par la médiation de nos cadres de pensée, de nos usages linguistiques, de nos caractéristiques sociales spécifiques"* (Berthelot, 2000, p.227). Malgré les divergences de perspectives, ces deux postures épistémologiques se développent autour de la même question, à savoir *ce qui est donné à connaître*. Luhmann, et d'autres chercheurs (Kuhn, 1972 ; Watzlawick, 1978), qualifient ce cadre épistémologique conventionnel opposant réalisme et constructivisme de "paradigme du *what*" (Luhmann, 2002, p.140).

Pires (2020) met en lumière que l'opposition entre réalisme et constructivisme nous dirige vers une impasse. Celle-ci s'illustre, par exemple, dans la tentative de décrire l'approche luhmannienne à partir des catégories de l'épistémologie traditionnelle (Labonté, 2019). Brunczel explique que *"according to Luhmann, all knowledge is constructed by the observers. In spite of this, he does not deem it right to oppose this kind of epistemology to realism. Every observation is a real operation, which belongs to a*

real system in a real environment (Luhmann 1992 : 78, 2004 : 221). This is, however, not identical with the objectivity of observations or with the statement that observations represent the world. In contrast to 'classical' realism, Luhmann does not relate realism to the object of cognition but to the accomplishment of cognition or observation, and in this sense he might as well be called a realist" (Brunczel, 2010, p.187).

En d'autres termes, *"le réalisme et le constructivisme, plutôt que de s'opposer l'un à l'autre, semblent chacun attirer l'attention vers certains aspects de la réalité au détriment d'autres"* (Labonté, 2019, p.105). Dans cette approche, ces deux postures ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre et ne doivent donc pas spécialement être envisagées en termes d'opposition (Brunczel, 2010). La réalité apparaît ainsi plus complexe et plurielle (Moeller, 2006).

Afin de sortir du débat traditionnel, Luhmann propose une posture épistémologique alternative en envisageant une sortie du paradigme du *"what"* au profit du paradigme du *"how"* (Luhmann, 2002). Ce dernier paradigme s'intéresse alors à la question de *comment* nous connaissons (*comment* nous observons) plutôt qu'à *ce que* nous connaissons.

À partir des réflexions épistémologiques de Luhmann, Pires a essayé de montrer systématiquement comment la théorie transdisciplinaire de l'observation nous permet de rendre visible le paradigme du *"how"*. Comparant l'existence actuelle de ces deux cadres épistémiques, Pires nous laisse voir que les scientifiques ont clairement maintenant devant eux une alternative : (i) continuer à se localiser dans le cadre conventionnel opposant réalisme et constructivisme ou (ii) se situer dans le cadre épistémologique émergent où la distinction réalisme-constructivisme n'est plus pertinente pour caractériser la posture épistémologique.

Dans ce dernier cadre, la posture épistémologique du scientifique se résume alors au fait d'être un *observateur qui observe comment un observateur a observé*, les deux observateurs pouvant être une même personne observant dans une temporalité différente. Le scientifique est alors un observateur conscient d'employer des distinctions pour observer la réalité et qui cherche aussi à observer les distinctions employées par d'autres observateurs pour observer. Tous les observateurs peuvent réaliser

ces deux types d'observation : une observation du premier ordre pour observer une réalité et une observation du second ordre pour visualiser les distinctions employées pour observer. Nous approfondissons le propos sur la théorie de l'observation plus loin.

La contribution de Pires n'est pas d'avoir créé cette théorie transdisciplinaire de l'observation, mais bien le fait de la présenter comme offrant un cadre épistémologique alternatif permettant aux scientifiques en sciences sociales de se détacher de l'opposition entre réalisme et constructivisme (Pires, 2020). En outre, il cherche à développer cette théorie pour un usage dans les sciences sociales empiriques.

Dans le paradigme du "how", *"tout ce que nous observons et considérons comme réalité est le résultat d'une distinction et, donc, d'une opération et d'une sélection"* (Raupp, 2015, p.92). Cela ne veut évidemment pas dire que la "réalité" observée n'existe pas telle qu'observée, mais que cette opération d'observation ne peut pas tout voir et assume la responsabilité de ce qu'elle présente comme réalité. Nous revenons sur cette opération d'observation de manière plus précise dans la partie relative au traitement des données empiriques.

Nous qualifions donc la perspective épistémologique de cette recherche d'*épistémologie de l'observation* (de la manière d'observer), dans le sens où l'observation scientifique ne se voit plus contrainte à choisir entre l'alternative constructiviste ou réaliste. En outre, cette perspective accepte le fait que les procédures d'observation dans les communications peuvent être attribuées non seulement aux individus mais également aux systèmes sociaux capables de s'auto-observer comme le droit, la science, l'art, etc. (Raupp, 2015). En l'espèce, nous observons comment le système de droit criminel observe (pense, construit et mobilise) la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que le recours à l'emprisonnement dans les cas de crimes considérés comme graves. Nous nous intéressons, comme on le lira plus loin, autant à ce que le système voit à propos de l'emprisonnement en tant que peine qu'à ce que le système ne voit pas.

Il est particulièrement important de saisir à ce stade-ci que l'épistémologie de l'observation vise à développer une posture réflexive centrée sur la prise de conscience des conditions de production de l'observation et, donc, de la connaissance.

En sciences sociales, dans le cadre de l'observation et de la construction des objets d'étude, la recherche de la lucidité joue un rôle important. Blaise Pascal (1897, fragment 512) indique qu'il y a dans cette recherche deux types d'esprit : l'esprit de finesse et l'esprit de géométrie. Notons d'emblée que l'un n'est pas mieux que l'autre, et l'un ne remplace pas l'autre non plus ; ils sont complémentaires. L'esprit de géométrie renvoie à la rigueur, la logique, la clarté argumentée. L'esprit de finesse, quant à lui, renvoie à la recherche de la compréhension de la logique interne d'un observateur. Il permet de saisir la distinction mobilisée pour observer, ce qu'elle nous amène à observer, les implications de cette observation, l'autre chemin que nous pourrions emprunter, etc. Lors de l'observation de l'observation, l'observateur de second ordre observe les distinctions et les sélections réalisées par l'observateur de premier ordre pour construire sa réalité et orienter son action.

L'esprit de finesse est celui qui permet à l'observateur de second ordre d'évaluer la qualité de la distinction utilisée pour observer. Cette démarche constitue la recherche de la lucidité qui est attachée à l'esprit de finesse. En effet, la recherche de la lucidité vise à donner la direction à une manière de penser, d'être ou de faire en permettant d'observer la direction empruntée, en incluant les moyens mobilisés pour l'atteindre.

E. L'observation des systèmes sociaux

Une des prémisses épistémologiques de cette recherche est qu'il est possible d'avoir accès à des systèmes cognitifs à l'intérieur d'un système social, en l'espèce le système de droit criminel (Pires, 2004, p.175). Dans cette perspective, les systèmes sociaux sont considérés comme *"des sujets épistémiques, qui observent, qui pensent, qui tracent leurs frontières en se servant de leur identité et qui se reproduisent à travers la communication"* (Garcia, 2010, p.179). Il s'agit donc de reconnaître que *"les systèmes ont un point de vue et une perspective sur eux-mêmes et sur leur environnement et ce, indépendamment des points de vue qui peuvent se manifester dans la conscience des acteurs"* (Garcia, 2010, p.179). Le terme "indépendamment", ici, ne signifie pas que les consciences individuelles des opérateurs du système social sont inutiles, inintéressantes ou déniées, mais bien qu'elles se situent à un autre niveau d'analyse des communications. Même si nous ne l'approfondissons pas à ce stade, les

consciences individuelles, comme nous le verrons à certains égards, jouent un rôle important dans le processus d'innovation du système de droit criminel (voy. *infra*).

L'observation d'un système d'idées d'un système social se prête en effet à une approche centrée davantage sur le système et sa communication que sur l'individu et sa conscience. Cette perspective tend donc à décentrer l'individu (Possas, 2009), dans le sens de considérer les communications "*en tant qu'informations sur le droit criminel et non en tant qu'action constituée par un acteur particulier*" (Raupp, 2015, p.95). Cela permet de considérer que les manières d'observer des opérateurs du système de droit criminel, c'est-à-dire les distinctions qu'ils mobilisent, les catégorisations qu'ils réalisent, les préjugés qu'ils élaborent, etc. "*ne sont pas (que) personnels, désespérément tributaires d'une subjectivité inaccessible et redoutable, mais que la rationalité légale les contient ou les accueille aisément sans les contraindre*" (Kaminski, 2015, p.227).

Le fait de décentrer l'individu ne consiste toutefois en rien à diminuer sa valeur ou son importance. Il s'agit seulement d'une option d'observation d'un système d'idées particulier. Les consciences individuelles des opérateurs sont prises en compte et observées dans la présente recherche dans le rôle déterminant qu'elles jouent dans les conditions d'évolution des systèmes sociaux (Dubé, 2017). En effet, comme l'indique Luhmann, "*seule la conscience peut produire le bruit nécessaire pour l'émergence et l'évolution de l'ordre social*" (Luhmann, 1997, p.19).

Les individus jouent également un rôle central dans le concept de communication dont il est question. Précisons que ce concept, tel que nous le mobilisons, se comprend dans le sens particulier qui lui est donné par la théorie des systèmes sociaux de Luhmann. Ainsi, la communication est une opération typiquement sociale qui est autonome par rapport aux consciences des individus, mais qui en dépend (Garcia, 2010). Cela signifie que la communication "*ne peut pas être réduite à un seul individu, car la communication présuppose au moins un émetteur et un récepteur et ainsi elle est toujours sociale*" (Raupp, 2015, p.93). Elle dépend des consciences individuelles qui fonctionnent comme supports à la communication.

Comme l'explique Dubé, *"comme supports à la communication, les individus et plus spécifiquement leurs consciences individuelles sont absolument nécessaires à la reproduction des systèmes sociaux. La communication ne peut pas se produire sans la conscience. Sur le plan social de la communication, rien ne peut être observé, problématisé ou thématiqué sans le support des individus. Chez Luhmann, les systèmes psychiques (consciences individuelles) se conçoivent ainsi comme la "condition extérieure" de la communication"* (Dubé, 2017, p.77). Les individus et leur conscience sont les conditions extérieures de la communication et le système social est composé de l'ensemble de ces communications qui sont nécessairement sociales, c'est-à-dire qu'elles comprennent plus qu'un individu.

Notre démarche consiste donc notamment à prendre appui sur l'expérience cognitive des acteurs dans le système communicationnel afin d'observer certains aspects du système de pensée du système de droit criminel en partant du postulat que les opérateurs de ce système sont *"une courroie de transmission de l'observation et de la connaissance des systèmes"*. Les opérateurs permettent ainsi à un observateur externe (en l'occurrence le chercheur) d'observer, par le moyen de leur communication, *"les schémas et les distinctions proposées par ce système"* (Pires, 2004, 179).

Notons encore, en ce qui concerne les communications du système juridique, que, d'un point de vue méthodologique, il est possible de les distinguer en trois catégories (Pires, 2015) : les communications de réflexion (littérature, doctrine, textes de commissions de réforme), les communications décisionnelles ou opérationnelles (jurisprudence) et les communications de sondage ou d'extraction (obtenues par entrevues avec les opérateurs du droit). Dans ce travail, nous nous intéressons à ces trois formes de communication.

Rappelons que la loi a un statut particulier car elle opère un couplage entre le système politique et le système juridique (Luhmann, 1995). Elle n'est donc pas une communication proprement interne au système juridique. Nous nous y intéressons toutefois à deux égards. D'une part, la loi devient l'objet de communications juridiques lorsque ce système communique sur celle-ci (doctrine, jurisprudence, discours des juges et procureurs, etc.). Nous nous y intéressons donc dans les trois formes de communications présentées ci-dessus. D'autre part, l'étude de la loi, dans son statut particulier, permet

d'analyser la structure normative et d'observer le système d'idées qui couple le système politique et le système juridique en matière de peine.

Section II. La méthodologie relative à la récolte des données empiriques

Nous présentons dans cette section la méthodologie utilisée pour observer la présence ou l'absence du système d'idées de la rationalité pénale moderne ainsi que les possibilités d'innovation pour le système de droit criminel.

Nous expliquons tout d'abord le processus de construction de la recherche que nous avons adopté (A). Nous effectuons ensuite la délimitation du champ d'analyse (B). Nous présentons également les types de données empiriques (C) et l'échantillonnage (D). Nous expliquons, enfin, les méthodes de récolte de données (E).

A. La construction de la recherche empirique

Il est important de s'intéresser au processus de fixation de la visée spéciale de la recherche (Husserl, 2009) car celle-ci permet de comprendre la construction méthodologique de la recherche.

En ce qui concerne l'élaboration de la recherche, le premier temps de la démarche consiste à spécifier la problématique et à construire un point de départ en fonction de l'état des connaissances *ad hoc* (cadre théorique et revue de littérature). Dans un deuxième temps, il s'agit de penser et de construire une méthodologie en fonction de la mise en forme de l'objet. En effet, la méthodologie ne se pense pas par elle-même, mais bien en lien avec la problématique et la question de recherche.

Cette recherche porte sur le thème du recours à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes factuellement et/ou légalement considérés comme graves portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie et sur la manière dont ce recours s'agence avec l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Dans ce cadre, nous nous intéressons au champ de la détermination des peines en droit

criminel⁴⁶. À cet égard, nous mobilisons la distinction proposée par Hart (1961) entre normes primaires (normes de premier ordre) et normes secondaires (normes de second ordre) car elle nous aide à observer et à localiser notre objet.

Nous nous concentrons sur les normes de second ordre (normes de procédure et normes de sanction), et plus particulièrement encore sur les normes de sanction. Nous traitons en effet du champ de la peine et non du champ de l'incrimination et des normes de comportement (norme de premier ordre).

La construction et la réalisation d'une recherche sont des processus non linéaires dans lesquels se retrouvent des moments d'induction et des moments de "déduction" au sens d'un mouvement de la pensée allant des acquis théoriques ou conceptuels vers les données d'observation. Nous avons emprunté certains détours pour parvenir à cibler cet objet de recherche dans cette problématique. Nous expliquons ci-dessous le processus qui a été le nôtre pour parvenir à fixer notre attention sur cet objet d'étude.

De manière générale, au commencement de la recherche, l'observateur (le sujet dans le langage traditionnel) est toujours motivé, selon une certaine contingence, par des états émotionnels de départ (volonté de transformer la société et d'émanciper les êtres humains, indignation/sentiment d'injustice subi, curiosité, etc.) ainsi que par des états d'esprit de départ (auto-évaluations que le chercheur peut faire du type "je ne connais rien sur ceci", "je connais des choses mais ça manque de clarté", "je connais des choses mais il manque des preuves", etc.). L'observateur lui-même met alors en place différentes manières de construire son projet de recherche et ses observations (l'objet dans le langage traditionnel).

Peu importe ce que sont les états émotionnels et les états d'esprit de départ, ils doivent amener le chercheur à travailler selon les valeurs éthiques primordiales du travail scientifique, c'est-à-dire vouloir découvrir ce qui est inconnu, chercher à se rapprocher de la réalité et soustraire le plus possible les erreurs, ainsi que garantir, autant que faire se peut, la compréhension du processus d'observation. Cette démarche requiert une posture critique, réflexive et lucide.

⁴⁶ Le terme "détermination des peines" implique ici le choix qualitatif de la *nature* de la peine (carcérale ou non-carcérale) par le pouvoir judiciaire ainsi que le choix du *quantum* de la peine.

1. *Un premier modèle d'observation*

Pour se lancer dans la recherche, l'observateur peut commencer par se poser une question, par élaborer une hypothèse, par poser un problème. Dans cette démarche de vouloir découvrir ce qui est inconnu et obscur sur notre objet, nous avons circonscrit un terrain d'observation. Il n'est en effet pas possible de tout observer. Dans notre cas, dans le champ des connaissances en connexion évidente avec notre objet de recherche, nous avons circonscrit une littérature gravitant autour des thèmes de la neutralisation, des droits fondamentaux (sécurité et liberté), des crimes considérés comme graves et de la théorie de la RPM en lien avec le recours à l'emprisonnement dans le système de droit criminel en Occident.

Grâce aux conclusions tirées lors d'une recherche précédente qui n'envisageait pas nécessairement la neutralisation comme concept central, mais qui soulevait des questions en rapport avec les droits humains, le traitement du terrorisme, etc. (Moreau, 2021), nous avons constaté, sur la base d'une analyse de jurisprudence et de travaux législatifs, que la peine est la pierre angulaire en cas d'utilisation du droit pénal dans un objectif de protection de la société (droit pénal de l'anticipation). Or, la détermination (qualitative et quantitative) des peines dans ce cadre ne fait l'objet que de peu de réflexions, que ce soit de la part du législateur, des acteurs judiciaires ou dans la littérature. À partir de ce premier bagage, nous avons voulu approfondir la question de la neutralisation à l'intérieur de la RPM. Nous ne savions pas exactement quel était l'état des connaissances en la matière. Un premier travail exploratoire de revue de littérature (criminologique) a été nécessaire pour investiguer.

Notre recherche repose donc sur deux points de départ : 1) Un problème que nous avons observé dans une recherche antérieure et que nous avons vu apparaître dans l'affaire Bissonnette, brûlante au Canada au moment où nous y avons commencé notre doctorat. Ce problème est le traitement des cas portant atteinte à l'intégrité physique et à la vie par l'utilisation extensive de la logique de l'exclusion sociale et de l'affliction. 2) Une lacune, à savoir le manque de développements sur la neutralisation dans la théorie de la rationalité pénale moderne. Nous savions que la neutralisation n'avait pas été approfondie dans le cadre des travaux de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* (Université d'Ottawa). Elle avait été incluse dès le départ par Pires (1990, p.444) comme faisant partie de ce système d'idées et approchée par quelques chercheurs (Xavier, 2012 ;

Dubé, Ferron Ouellet, 2020), mais elle restait en très grande partie un champ inexploré autant du point de vue théorique, historique que des recherches empiriques contemporaines.

Nous avons donc commencé à construire notre projet de doctorat autour de l'idée de neutralisation. L'objectif était de mieux la comprendre, mieux la cerner, observer la manière dont le système de droit criminel la mobilise, comprendre le rapport de celle-ci avec la protection des droits fondamentaux. Sur la base des conclusions de notre première recherche (empirique), de la théorie de la RPM et du travail de circonscription, d'exploration et de visibilisation sur la neutralisation dans la littérature, un premier modèle d'observation de la finalité de neutralisation a été élaboré. Ce modèle s'est fondé (*grounded*) sur les résultats de ce travail. L'objectif était de nous aider à repérer les occurrences de la finalité de neutralisation dans les données empiriques. Le modèle, inspiré de la littérature, se présente comme suit.

La métaphore de l'iceberg : difficultés pour observer la présence ou l'influence de la finalité de neutralisation

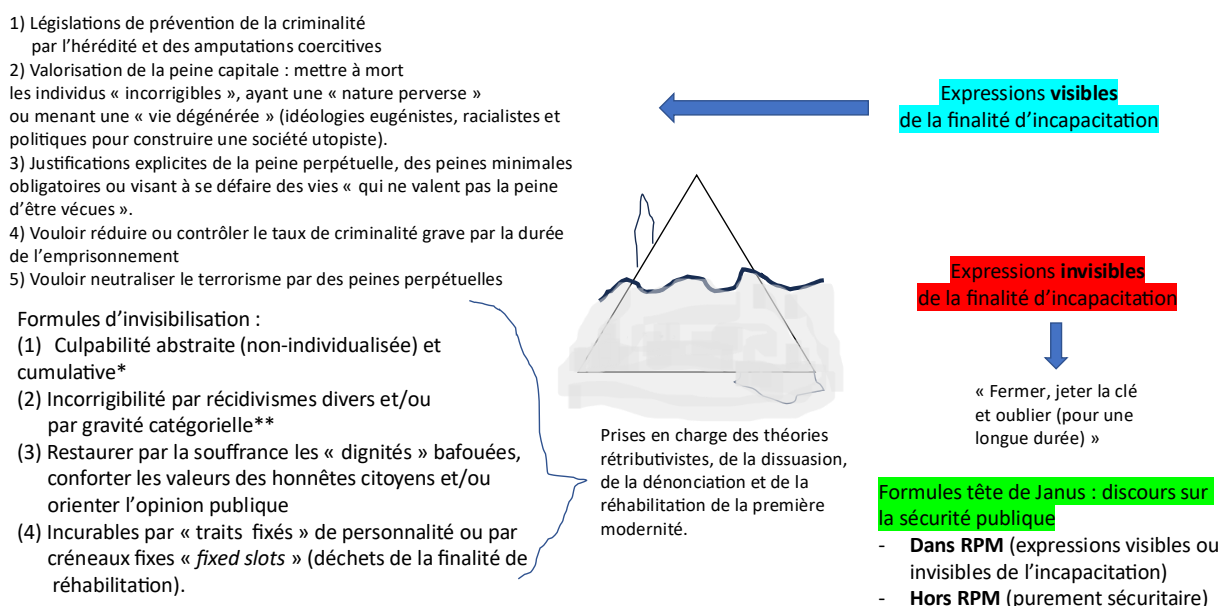


Tableau 1 : Premier modèle d'observation de la neutralisation issu de l'étude de la littérature et des recherches préliminaires réalisées par C. Moreau – tableau réalisé par A. Pires sur la base du travail de C. Moreau et complété par C. Moreau à la suite de l'avancement de ses recherches.

Ce premier modèle d'observation de la neutralisation visait, d'une part, à repérer dans les données empiriques les expressions visibles de la neutralisation, c'est-à-dire les discours se présentant

clairement comme relevant de la finalité de neutralisation. D'autre part, nous cherchions à repérer les formules d'invisibilisation de la neutralisation, c'est-à-dire les absorptions de la neutralisation par les théories de la rétribution, de la dissuasion, de la dénonciation et de la réhabilitation carcérale dans le cadre du système d'idées de la RPM. Nous avons dressé une liste d'indicateurs pour chacune de ces catégories et nous avons créé un code couleur afin de pouvoir surligner en bleu les expressions visibles et en rouge les expressions invisibles de la neutralisation.

La catégorie verte qui apparaît sur le schéma a été développée plus tard, à la suite de la confrontation avec les données. Elle concerne les discours sur la sécurité que nous n'arrivons pas à classer clairement dans une des catégories établies. Nous reviendrons sur ce point *infra*.

L'image de l'iceberg renvoie à l'idée que les expressions visibles de la neutralisation ne sont que la pointe qui sort de l'eau, mais la neutralisation se trouve en majeure partie dans la partie immergée. La neutralisation se trouve dans les formules d'invisibilisation due à son absorption par les autres finalités de la peine, ce qui crée des difficultés pour étudier sa présence effective (mais implicite) et son influence sur le résultat des décisions judiciaires.

2. Les bénéfices du premier modèle d'observation

Sur la base du modèle d'observation présenté, nous avons réalisé une première analyse des données qui visait principalement à appliquer, tester et élaborer le modèle. Cette analyse était concentrée sur l'observation de la neutralisation. Lors de cette première démarche, nous avons rapidement remarqué que, dans le discours des opérateurs du droit, il y avait, à de nombreuses reprises, des discours sur la sécurité que nous avons nommés "formules tête de Janus". Janus est un dieu de la mythologie romaine ayant une tête à deux visages. Le plus intéressant est qu'un des visages regarde vers l'arrière et l'autre vers l'avant, représentant le passé et l'avenir. Nous avons choisi cette appellation car les formulations observées peuvent être interprétées dans deux sens différents. Elles représentent des points de bifurcation concernant la manière de concevoir le recours à l'emprisonnement en droit criminel.

Interprétées à l'intérieur du système d'idées de la RPM, ces formulations sont des expressions de la finalité de neutralisation (visibles ou invisibles). Mais, si on considère que l'opérateur du droit ne se

trouve pas dans le système d'idées de la RPM et qu'on sort le propos de cette rationalité, celui-ci ouvre des possibilités pour penser un recours non afflictif à l'emprisonnement pour des raisons sécuritaires qui ne se trouvent pas en contradiction paradoxale avec les droits fondamentaux. En effet, priver de liberté une personne qui peut tuer une autre si elle est libre ne se trouve pas en contradiction avec les droits fondamentaux. Le droit à la liberté n'inclut pas le droit de tuer son prochain ou de mettre en péril son intégrité personnelle. Nous revenons plus en détails sur ces formules et nous les illustrons au point B de la section II du chapitre V.

Nous avons donc ajouté une catégorie au modèle d'observation de la neutralisation. À côté des expressions visibles et des expressions invisibles de la neutralisation, nous avons ajouté "les formules tête de Janus".

Cette première analyse des données nous a permis de grandement clarifier notre problématique de recherche. Nous avons constaté l'intérêt d'observer la neutralisation, mais aussi de nous intéresser au recours à l'emprisonnement de longue durée comme peine dans les cas de crimes considérés comme graves pour faire émerger les points de bifurcation possibles pour le système dans des cas où la question de la sécurité se pose. Notre manière de présenter la littérature a été impactée par ces découvertes empiriques, elles-mêmes ayant émergé grâce à l'application d'un modèle d'observation élaboré sur la base de la lecture de la littérature. Nous voyons ici le va-et-vient entre littérature et empirie qui a permis de construire la recherche.

3. *L'abandon du premier modèle d'observation*

Nous avons fini par abandonner ce modèle d'observation car "*while going through the mess of research*" (Derby-Talbot, 2020) nous nous sommes rendue compte que ce n'était pas la manière la plus fructueuse d'aborder l'observation des données. Cependant, cette étape n'a pas été une perte de temps. Au contraire, elle a été fondamentale pour cibler notre objet de recherche avec précision et développer la problématique avec nuance et complexité. À certains égards, ce modèle d'observation reste un acquis car nous avons appris qu'il serait une erreur d'approcher la neutralisation exclusivement par sa face explicite et visible. Pour le dire autrement, bien que ce modèle d'observation ait finalement été abandonné et ne figure donc pas tel quel dans l'analyse des données, car nous ne l'avons pas considéré

adéquat pour réaliser l'analyse à proprement parler, le processus de construction de celui-ci a été décisif pour la direction que nous avons donnée à la recherche.

À cet égard, nous nous sommes inscrite dans la perspective de Popper selon laquelle *"at any rate, one of the things we wish to achieve is to learn something new. According to our schema, progressiveness is one of the things we demand of a good tentative theory and it is brought out by the critical discussion of it: the theory is progressive if our discussion shows that it has really made a deference to the problem we wanted to solve; that is, if the newly emerging problems are different from the old ones. If the newly emerging problems are different then we can hope to learn a great many new things when we proceed to solve them in turn"* (Popper, 1966, p.5).

Ce cheminement montre également que la construction d'une recherche n'est pas un processus linéaire, lisse et épuré, comme peut parfois le laisser croire la manière d'en présenter les résultats. La démarche nécessite d'abandonner certaines pistes et de faire le deuil de certaines idées pour concentrer l'attention sur certains points centraux. Cependant, chaque étape du processus est nécessaire pour arriver au résultat final car la réflexion se construit *"through the mess"* et dans les allers-retours entre le cadre théorique, la littérature et les données empiriques et permet de découvrir de nouveaux problèmes en cours de route et, ainsi, de faire évoluer la pensée.

En appliquant le premier modèle d'observation, nous avons donc constaté que l'objet d'étude n'était pas seulement la *finalité de neutralisation* car il existe une certaine difficulté à l'étudier en silo par rapport aux autres finalités de la peine. Ceci constitue une vraie difficulté d'observation et de conceptualisation. La neutralisation opère exceptionnellement seule et de manière explicite. Il nous a donc rapidement semblé très restrictif de nous limiter à l'étude de celle-ci. L'objet d'observation est alors devenu la *rationalité neutralisante*, c'est-à-dire la manière de penser ayant pour conséquence ou implication la longue exclusion sociale de l'individu condamné. Cette rationalité, excluant le cas de la peine de mort, se trouve attachée au recours à l'emprisonnement comme peine dans les cas de crimes portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui.

4. L'élaboration d'un second modèle d'observation, plus performant

Après avoir retravaillé notre revue de littérature, approfondi certains points et repensé la présentation de la problématique, nous avons entamé une deuxième analyse des données empiriques. Nous avons observé, grâce à cette deuxième analyse, que la rationalité neutralisante englobe effectivement la finalité explicite de neutralisation ainsi que les autres finalités du noyau dur du système d'idées de la RPM. En outre, nous avons relevé, notamment grâce aux "formules tête de Janus", que toute forme d'emprisonnement ne se fait pas sur la base d'une rationalité neutralisante. Le moyen "prison" peut en effet être mobilisé à d'autres fins que la neutralisation (explicite ou implicite). Nous développerons ce point dans le chapitre V.

À ce stade-ci, nous pouvons déjà illustrer la distinction comme suit.

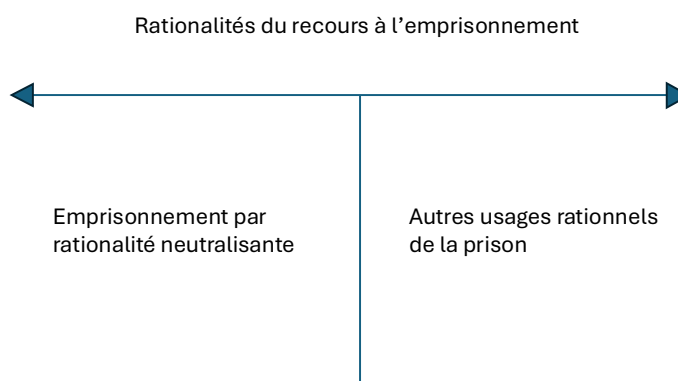


Tableau 2 : Les rationalités du recours à l'emprisonnement

Le focus central de l'analyse s'est donc quelque peu transformé pour s'orienter vers la rationalité neutralisante dans la manière de recourir à l'emprisonnement. Nous avons, pour cette raison, commencé à utiliser le concept *ad hoc* et abrégé d'"emprisonnement neutralisant". Notre préoccupation a consisté à découvrir les éléments constitutifs de ce concept ainsi que ses indicateurs factuels, c'est-à-dire à montrer l'existence de cette rationalité dans les données empiriques sélectionnées en essayant

de rendre visibles ses implications en termes de protection des droits fondamentaux et de possibilité d'innovation pour le système de droit criminel.

Par conséquent, nous avons effectué, de manière simultanée, un travail conceptuel (tourné vers le concept) visant à identifier les constituants théoriques et un travail d'observation factuel (tourné vers l'objet empirique et les données factuelles) dans le but de faire apparaître les indicateurs de la rationalité neutralisante dans les données tout en essayant de mieux la comprendre et de mieux la cerner.

Nous présentons dans les résultats de recherche que l'observation empirique a permis de dégager des indicateurs différents de ceux proposés par la littérature. En effet, la littérature n'a pas travaillé sur la base du matériel empirique avec lequel nous avons travaillé. Ni la finalité de neutralisation, ni la rationalité neutralisante n'ont été observées à l'aide d'une telle empirie. Nous pouvons ainsi produire une contribution originale sur ce thème.

La question de savoir comment, dans les cas de crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie, les droits fondamentaux sont considérés dans la manière de concevoir la peine a également pris de l'ampleur dans notre projet de recherche. L'innovation sur le plan des idées dans le champ de la détermination des peines à l'égard des crimes les plus graves est en effet devenue une dimension centrale de la recherche.

Cet intérêt pour l'innovation est également un élément qui nous a poussé à décaler notre regard de la finalité de neutralisation. En observant cette dernière, nous étions au niveau de l'observation des finalités de la peine. Or, travailler uniquement sur la neutralisation ne permettait pas de sortir du carcan des finalités de la peine ni de sortir de la sémantique de la "protection de la société" telle qu'actualisée par le système d'idées de la RPM. Dans la perspective de penser l'innovation (actualisation d'autres possibles) dans le champ de la détermination des peines, le niveau d'observation de la neutralisation explicite nous semblait insuffisant.

En ce qui concerne le lien entre la construction de la recherche et la méthodologie, nous avons récolté une masse de données d'observation qui constitue l'empirie. Celle-ci ne s'identifie pas intégralement

avec la réalité comme telle. Elle est la médiation par laquelle, dans le travail scientifique, nous explorons l'inconnu et cherchons à nous approcher le plus possible de la réalité. En l'espèce, nous traitons empiriquement de l'objet de recherche via des entrevues avec des opérateurs du droit et l'étude de l'affaire Bissonnette ainsi que quelques "*slices of data*" (tranches de données) (Glaser et Strauss, 1967, p.65). Les méthodes de récolte de données sélectionnées sont l'entretien réflexif et la sélection de documents pour fins d'analyse (*cfr. infra*).

Notons qu'il n'existe pas de méthodes ou de stratégies d'investigation pouvant soustraire l'observateur de ses observations (Pires, 1997). La recherche se déroule toujours dans un espace d'intersubjectivité dans lequel le chercheur doit observer comment il observe (paradigme du *how*) en faisant preuve de vigilance épistémologique (Bachelard, 1934) et en garantissant autant que possible la compréhension de sa démarche d'observation.

Ayant conscience de cela, nous avons adopté, pour notre seconde analyse, les mécanismes de la théorisation ancrée proposés par Paillé (1994) sur la base des travaux de Glaser et Strauss (1967). Notons que, dans notre cas, la démarche a une originalité qui tient à la mobilisation de la théorie de l'observation comme méthode d'analyse (*cfr. infra*). La sélection de la méthode s'est faite en fonction de l'objet de recherche. La relation entre la méthode de récolte choisie, l'objet et le résultat d'analyse auquel nous arrivons, ainsi que sa mise en forme, a en effet son importance. Nous présentons la méthode d'analyse des données dans la section III du présent chapitre.

B. La délimitation du champ d'analyse

Afin de délimiter le champ d'analyse, nous fixons les frontières spatiales et temporelles du *corpus* en tenant compte des moyens disponibles et du temps disponible institutionnellement pour réaliser cette recherche.

1. La délimitation spatiale

La *récolte des données* (documents et entrevues) a eu lieu en Belgique et au Canada, deux pays ayant des traditions juridiques distinctes dans le domaine du droit criminel. Ce critère se trouve à la base de

la diversification des données d'observation du corpus empirique afin de voir s'il est possible d'observer des unités, à savoir le système d'idées de la RPM et l'innovation, dans ce qui se trouve empiriquement diversifié. L'objet de recherche concerne en effet l'univers de deux traditions juridiques occidentales : le droit continental (Belgique) et la *common law* (Canada)⁴⁷. Nous ne travaillons pas avec d'autres modes de résolution des conflits juridiques existant dans la société moderne. Ce point de cécité est une implication logique de notre problème de recherche.

La diversité du champ d'analyse dans deux traditions juridiques permet de faire une investigation du problème dans deux contextes distincts et d'observer différentes manières de saisir la problématique de fond. Ce terrain empirique *binational* est justifié par la volonté de montrer l'existence d'un problème global accompagné tantôt par des pratiques semblables et tantôt par des pratiques divergentes. Il nous permet de saisir les idées fondatrices des systèmes de droit criminel en Occident, dépassant, sans les ignorer, les particularités nationales ou régionales.

Comme le souligne Pires, l'hypothèse de la théorie de la RPM est que le système d'idées du "*système pénal occidental dépasse les frontières d'un pays sur plusieurs (...) aspects*" (Pires, 2004, p.177). Selon cette hypothèse, qui se trouve déjà empiriquement validée par plusieurs recherches, l'objet que nous observons, à savoir la manière de déterminer et de justifier les peines dans les cas de crimes graves, dans les systèmes de droit criminel étatiques en Occident, prend "*la forme d'un système de pensée savant, durable, ayant une portée macrosociale (régionale [et] supranationale)*". Ce système de pensée dominant, s'inscrivant dans un corpus de théories et d'énoncés, "*a résisté au temps dans le système de référence, ce qui signifie qu'il a survécu [de façon prédominante] aux discours alternatifs internes et aussi aux assauts éventuels de son environnement. Il a été stabilisé et généralisé. Ce système existe aussi indépendamment des particularités des normes [législatives et jurisprudentielles] ici et là, du degré d'avancement ou du recul d'un droit national par rapport à un autre (en réintroduisant ou conservant, par exemple, la peine de fouet ou la peine capitale) ou de l'appartenance du droit national à la tradition juridique du common law ou romano-germanique*" (Pires, 2004, 195).

⁴⁷ Le droit criminel canadien relève de la tradition de *common law*, même s'il est appliqué dans un pays bijuridique où le Québec conserve une tradition civiliste en droit privé.

Nous sommes intéressée par la rationalité transversale et nous mobilisons un regard outre-Atlantique (concentré sur l'Occident) sur la base de "*l'hypothèse selon laquelle la RPM transcende les frontières de l'État-nation pour se déployer sans considération territoriale*" (Garcia, 2010, p.162). Par conséquent, nous récoltons des données dans deux pays qui appartiennent à des traditions juridiques différentes mais qui partagent tout de même un système d'idées commun (*cfr. infra*) en faisant l'hypothèse que les dissemblances de technique juridique n'ont pas d'impact sur la problématique de la rationalité pénale moderne et la manière de recourir à l'emprisonnement qui en découle. Nous avons donc "*deux situations qui sont un cas unique d'observation*" (Branders, 2023, p.31).

L'hypothèse que nous testons est que les juristes canadiens et belges ne pensent pas de manière fondamentalement différente dans le champ de la pénalité. Nous avons des entrevues principalement en Belgique, mais aussi des entrevues au Canada et l'étude d'une affaire judiciaire canadienne aux fins de démonstration. Nous attendons comme résultat hypothétique de notre recherche (sujet à vérification) que les systèmes légitimés par les organisations étatiques en Occident partagent un même système d'idées, malgré leurs différences techniques. Nous formulons également comme hypothèse qu'il existe une *ambivalence* dans l'ensemble des idées sur la peine. Celle-ci, si elle est démontrée, signifie que nous trouvons aussi des idées explicites et virtuelles poussant vers l'innovation du système d'idées de la RPM.

À côté de ces hypothèses, effectuer un travail de récolte des données sortant des frontières nationales permet également de réaliser un "*décentrage du regard*" (de Verdalle *et al.*, 2012, p.11). Il permet d'éviter de tomber dans le *methodologic nationalism* qui correspond à une tradition d'observation sociologique selon laquelle "*the nation-state is conceived of as something that contains society within its borders*" (Beck et Willms, 2004, p.13). À l'époque de la mondialisation, les frontières nationales ne sont effectivement plus des frontières de la connaissance (de Verdalle *et al.*, 2012). Selon Beck, la sociologie doit renouveler et adapter son cadre d'observation à cette nouvelle réalité. De ce point de vue, le champ d'analyse ne se pense pas en fonction des frontières nationales (d'autant plus si, comme en l'espèce, le problème traité est d'ordre cognitif), ni en fonction des traditions juridiques. La connaissance dépasse ces clivages.

La délimitation du champ d'analyse et l'échantillonnage en fonction des frontières nationales restent évidemment pertinents pour certains types de description au niveau local. Dans la perspective d'atteindre un niveau de généralisation macrosociologique, le champ d'analyse et l'échantillonnage dans cette recherche doivent permettre de montrer les variétés locales, importantes pour préciser les difficultés dans une région ou une autre, mais doivent surtout rendre possibles certaines généralisations. En effet, dans les programmes, il y a souvent des dimensions locales et des dimensions généralisables. Il est alors nécessaire de connaître quelques dimensions cognitives des programmes légaux et jurisprudentiels locaux, ainsi que les caractéristiques et autoportraits du système de droit criminel qui sont communs, afin de savoir quelle généralisation (inférence) peut dépasser les frontières et laquelle ne le peut pas. La conception de la peine comme volonté d'infliger une souffrance au premier plan, par exemple, transgresse les frontières (on retrouve des indices de la peine afflictive dans les deux traditions juridiques). Les théories de la peine existent également au-delà des frontières. Notons que les différences locales sont intéressantes et demeurent importantes afin de voir les ouvertures et les différences d'encadrement possible par rapport au problème traité.

Enfin, bien que notre intention fût de réaliser un travail de récolte des données sortant des frontières nationales, nous avons cependant choisi de ne travailler qu'avec deux pays car, comme le rappelle Bourdieu, le chercheur n'a pas la possibilité de pouvoir "*tout dire sur tout*" (Bourdieu, 2005, p.23). Il doit délimiter un champ d'analyse. Or, la Belgique et le Canada sont deux pays témoignant de la volonté de penser une réforme du droit pénal (adoption du nouveau Code pénal en Belgique et élaborations de différentes commissions de réforme du droit au Canada), ce qui apparaît comme une opportunité fructueuse en termes de mobilisation de systèmes d'idées et donc pertinente au regard de l'objet de recherche. De plus, notre insertion en Belgique et au Canada nous facilite également l'accès aux données dans ces deux pays, autre raison pour laquelle nous les avons privilégiés parmi les différents pays relevant du droit romano-civiliste et de la *common law*.

2. La délimitation temporelle

La délimitation temporelle consiste à choisir rationnellement et pragmatiquement une période dans laquelle chercher les données empiriques. Dans notre cas, il ne s'agit cependant pas d'une étude

historique ou thématique portant sur une période en tant que telle. La période n'est pas l'objet, elle est exclusivement l'arrière-plan de notre problème et le contexte de nos données empiriques.

Nous mobilisons ici la distinction proposée par Foucault entre "*étudier une période*" et "*analyser un problème*" (1980, p.30-32). Nous effectuons l'analyse d'un problème. Celle-ci ne réclame donc pas un traitement exhaustif des sources de données dans une période sélectionnée. Comme l'indique Foucault, dans cette perspective, il s'agit de faire le "*choix du matériau en fonction des données du problème; [une] focalisation de l'analyse sur les éléments susceptibles de le résoudre; [un] établissement des relations qui permettent cette solution. [Il y a] donc [une] indifférence à l'obligation de tout dire, même pour satisfaire le jury des spécialistes assemblés*" (Foucault, 1980, p.32). Nous n'étudions pas l'ensemble des décisions rendues à l'intérieur de la période visée, nous n'interrogeons pas non plus tous les magistrats ayant rendu des décisions intéressantes au regard de notre problème d'étude. Nous choisissons plutôt une période dans laquelle nous aurons la chance de découvrir des données pertinentes pour répondre à notre question de recherche.

Au vu de notre problématique, nous nous situons à l'époque contemporaine car nous analysons l'état du système d'idées de la RPM dans le premier quart du XXI^e siècle ainsi que les possibilités d'innovation par rapport à celui-ci. Le caractère contemporain du champ d'analyse est également pertinent pour rendre visible la redondance et l'actualité d'un système de pensée qui provient du XVIII^e siècle et les pièges cognitifs, ainsi que les obstacles à l'innovation, dans lesquels nous sommes englués à l'époque contemporaine (ère des droits fondamentaux).

Au-delà de l'aspect théorique, la délimitation temporelle du champ d'analyse est également motivée par des raisons pragmatiques. Les entrevues ont, en effet, été réalisées avec des opérateurs du droit vivants (période contemporaine). Concernant l'étude de l'affaire Bissonnette, au-delà du caractère significatif de la mise en œuvre de la RPM, la contemporanéité de l'affaire a rendu le matériel plus accessible.

C. Les types de données empiriques

Nous nous intéressons aux idées présentes dans les communications du système de droit criminel, telles que définies plus haut. Il existe trois types de communications juridiques (Pires, 2015) : les communications de réflexion (littérature, doctrine, textes de commissions de réforme), les communications décisionnelles ou opérationnelles (jurisprudence) et les communications de sondage ou d'extraction (obtenues par entrevues avec les opérateurs du droit). Parmi ces communications, nous nous concentrons sur les communications judiciaires⁴⁸ (analyse d'un dossier judiciaire) et les communications de sondage, c'est-à-dire celles provenant de la méthode d'entrevue.

Nous mobilisons deux sources principales de données pour accéder à ces communications : une source *documentaire* et une source constituée d'*entrevues avec des juges et procureurs*⁴⁹. Nous utilisons également à titre complémentaire, "secondaire" ou périphérique les communications de réflexion du système juridique (source documentaire). Ces dernières ont ici le statut de "*slices of data*" pour emprunter l'expression de Glaser et Strauss (1967).

De manière visuelle, le corpus de données empiriques se présente comme suit.

Communications juridiques	Communications judiciaires		Type de source	Type de communication
	Sources principales	Affaire Bissonnette → 3 arrêts	Source documentaire	Communications décisionnelles
		Entretiens réflexifs avec opérateurs du droit	Entrevues	Communications d'extraction
	Sources secondaires ou complémentaires	Slices of data → Appui pour l'analyse des sources principales	Source documentaire (théorie du droit, doctrine, propositions de réforme....)	Communications de réflexion

Tableau 3 : Le corpus de données empiriques

⁴⁸ Les communications juridiques sont toutes les communications à l'intérieur du système de droit, même celles qui ne sont pas produites par des opérateurs judiciaires.

⁴⁹ Ils sont des acteurs-membres du système de droit criminel (Garcia, 2010).

Les sources de données ayant un statut principal sont les trois arrêts rendus dans l'affaire Bissonnette (en première instance, en appel et par la Cour Suprême) et les entretiens réflexifs menés avec les opérateurs du droit. Les décisions de l'affaire Bissonnette nous permettent d'analyser des communications décisionnelles et les entretiens nous permettent d'analyser des communications d'extraction. Ces dernières permettent d'analyser, par la médiation des opérateurs du droit, la pensée dominante du système avec ses variations individualisées ainsi que les contraintes et obstacles auxquels les opérateurs font face (ou se représentent) dans leur pratique professionnelle au moment des entrevues. Les deux types de données d'observation s'inscrivent dans le champ des communications judiciaires.

Les sources de données complémentaires (*slices of data*) sont aussi caractérisées comme des communications juridiques, mais d'autres types. Elles comprennent des éléments de théorie du droit, la doctrine et les textes de commissions de réforme du droit, etc., c'est-à-dire d'autres documents susceptibles de "*contenir le discours identitaire du système de droit criminel*" (Garcia, 2010, p.161). Ils sont sélectionnés en fonction de leur pertinence par rapport au problème de recherche. Ces communications de réflexion servent d'appui, de complément et de ressources pour l'analyse globale des données empiriques principales.

1. Les sources principales de données

Les sources de données ayant un statut "principal" sont celles qui sont soumises à un dispositif de récolte méthodique et systématique d'échantillonnage (*cfr. infra*). Ces données d'observation font l'objet d'une analyse approfondie dont les résultats sont présentés tant dans le chapitre relatif aux obstacles à l'innovation (chapitre IV) que dans le chapitre concernant les ouvertures pour l'innovation (chapitre V).

a. Les trois arrêts de l'affaire Bissonnette (source documentaire)

Compte tenu de notre objectif et de notre question de recherche, nous étudions une série de trois arrêts rendus à l'occasion d'un événement judiciaire représentant notre objet d'étude de manière paroxystique : l'affaire canadienne *Bissonnette*.

L'intérêt d'étudier les communications décisionnelles est que celles-ci bénéficient d'une certaine autonomie par rapport au système politique (entre autres), notamment en ce qui concerne leur motivation. Elles constituent une source intéressante de données empiriques dans la mesure où elles sont des traces écrites qui permettent l'observation de la rationalité pénale des organisations centrales du système juridique, à savoir les cours et tribunaux. Elles constituent une *communication écrite* du système. En ce sens, "*la documentation jurisprudentielle prend la forme de communications juridiques stabilisées ou encore la forme de traces empiriques de la manière dont ce système social observe le monde et la manière dont il s'auto-observe*" (Labonté, 2019, p.101).

b. Les entrevues avec les opérateurs du droit

La seconde source principale de données empiriques est constituée d'*entrevues réalisées avec des juges et des procureurs* en Belgique et au Canada. La réalisation d'entrevues permet d'interroger les opérateurs qui œuvrent au sein des organisations centrales du système juridique (cours et tribunaux) (Luhmann, 1993). Le contenu de ces entrevues est alors envisagé comme des "*auto-descriptions réflexives des organisations centrales*" du système de droit criminel (Teubner, 1989, p.128) dans le sens où le système de droit criminel "*s'auto-décrit, se pense et se reproduit*" (Garcia, 2010, p.176) à travers les communications des juristes réalisant un travail intellectuel (communications d'extraction ou de sondage). Analyser ces communications permet ainsi de saisir empiriquement le système d'idées du système de droit criminel ainsi que les traces ou les "graines d'idées" exprimant ou favorisant une bifurcation évolutive et innovatrice.

Dans cette perspective, les interventions que nous faisons en tant que chercheure auprès des interviewés sur la manière de déterminer et de justifier les peines en droit criminel visent à engendrer chez eux "*une réflexivité permettant au chercheur non pas de rendre compte de l'activité, mais de la façon dont elle s'insère dans une [rationalité pénale dominante ou innovatrice]*" (Kaminski, 2015, p.223). Par ses interventions, l'interviewer demande à l'interviewé d'observer la manière dont il observe les situations qui lui sont soumises et la manière dont il y répond lorsqu'il est invité à réfléchir sur la situation ou le problème qui lui est présenté.

Cette approche sert les objectifs de la recherche dans la mesure où elle nous permet d'observer *"comment les systèmes sociaux [et leurs opérateurs] observent et s'auto-observent, pensent et construisent leur monde et leur propre identité, modèlent et envoient des "signaux de sortie" (Born et Goldschmidt, 1997) qui peuvent être repris dans une grande variété de pratiques communicationnelles"* (Pires, 2004, p.171).

Les entrevues sont une source de données se caractérisant en outre par le fait d'être un point de connexion et d'intersection entre communication et conscience. En ce sens, la méthode de l'entrevue est particulièrement riche pour observer autant les cristallisations que les inconforts décisionnels, les ambivalences, les points de bifurcation décisionnelle et la créativité décisionnelle actualisée ou virtuelle dans le cadre des expériences professionnelles (entre autres). Nous approfondissons ce point plus loin.

2. Les "slices of data"

Nous utilisons des *"slices of data"* (fragments de données) (Glaser et Strauss, 1967, p.65) comme ressources pour analyser les sources principales. Celles-ci servent à ajouter des éléments d'observation aux corpus empirique de la recherche qui a été construit méthodiquement par la procédure "officielle" d'échantillonnage adoptée. Cela signifie, paradoxalement, que ces données ne se trouvent pas incluses dans le corpus sélectionné de l'échantillon tout en demeurant des éléments de l'échantillon (au sens large) de la recherche.

Ces fragments de données empiriques se trouvent dans les études sélectionnées par la chercheuse mais se distinguent de la revue de littérature. La différence relève de la distinction entre, d'une part, les distinctions conceptuelles et, d'autre part, les informations utilisées comme données d'observation. Par exemple, la distinction proposée par Hart (dans le champ de la théorie du droit) entre "normes du premier ordre" et "normes du deuxième ordre" est une distinction conceptuelle visant à décrire le champ des normes juridiques et à situer notre recherche dans ce dernier. Cette distinction n'est donc pas observée ici comme un fragment de données d'observation. Elle fait partie du "bras conceptuel" dans la métaphore de la "pince" proposée par Bateson. Le même raisonnement s'applique à la distinction conceptuelle de nature épistémique entre "visualité" et "contre-visualité" (Kaminski, 2023) que nous utilisons pour réaliser l'analyse des données. Cette distinction n'introduit en effet pas une "donnée

d'observation" dans notre corpus empirique. Elle sert plutôt comme support d'analyse de ces données, incluant l'analyse des "*slices of data*". En revanche, si nous ajoutons une donnée statistique produite par une autre recherche ou par une base de données préconstruite, cela constitue une "*slice of data*". Il en va de même si nous citons une proposition de réforme proposée par une commission de réforme du droit qui compte comme étant une donnée d'observation.

La différence relève donc de la façon dont l'observateur traite la littérature. Si les études sont utilisées pour décrire l'état de la situation des connaissances scientifiques préalables, pour caractériser l'objet de la recherche ou encore pour indiquer les nouveaux éléments ou ajouts de la recherche, ces études ne font pas partie des "fragments de recherche". En revanche, lorsqu'une étude est utilisée pour ajouter du matériel à analyser, non inclus dans le corpus principal de la recherche, elle peut légitimement être observée comme faisant partie des "*slices of data*". Une des attributions de la science est en effet la possibilité de séparer les données d'observation recueillies par un chercheur de la lecture qui a été faite de ce matériel et de permettre ainsi la réutilisation du matériel en rapport avec un autre objet. Les *slices of data* sont ainsi des informations utilisées sans qu'il soit jugé nécessaire de faire une analyse complète et détaillée du corpus qui les contient. En résumé, les *slices of data* ne sont pas soumises aux mêmes dispositifs de récolte et d'analyse que les sources de données principales. La récolte de ces données est plus contingente et elles ne font pas l'objet d'une analyse approfondie.

Tout particulièrement dans notre cas, les textes rédigés par certaines commissions de réforme du droit au Canada et en Belgique sont utilisés à titre de *slices of data*. Les deux sources de *slices of data* mobilisées de manière prépondérantes sont, d'une part, le *Document de travail numéro 11* de la Commission de Réforme du Droit du Canada de 1975, surtout les passages en lien avec la détermination des peines et les raisons de recourir à l'emprisonnement et, d'autre part, le *Rapport numéro 3* de cette même Commission datant de 1976, surtout les passages concernant les principes de modération et de protection dans la détermination des peines⁵⁰. La sélection des morceaux de ce texte est en partie contingente. Cette sélection est due à des examens empiriques préliminaires réalisés par d'autres chercheurs au sein de la Chaire de recherche (Dubé, 2008 ; Richardson, 2021). Selon ces travaux, les tranches de données que nous avons sélectionnées sont les plus originales et les plus

⁵⁰ Notons que nous mobilisons la version anglophone de ces textes car nous avons repéré des imprécisions dans la traduction française.

riches en termes d'ouverture vers l'innovation du système de droit criminel. En effet, penser la réforme du système pénal est une démarche fructueuse en termes de mobilisation de systèmes d'idées. Le document de travail n°11 s'applique particulièrement bien à notre objet car le recours à l'emprisonnement dans des situations qui posent un problème de sécurité et l'idée de la neutralisation y sont pensés de manière explicite, mais dans une conception bien limitée et de façon très originale comparativement à la conception traditionnelle de ces questions. La Commission de Réforme du Droit du Canada tient compte de la protection positive des valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel, raison supplémentaire pour laquelle nous avons retenu les travaux de cette Commission en particulier.

D. L'échantillonnage

Notre échantillon méthodique (excluant les *slices of data*) est composé de deux sous-ensembles de communications judiciaires qui nous ont parues significatives au regard de l'objet de cette recherche.

Le premier sous-ensemble est un échantillon "*par cas unique institutionnel*" (Pires, 1997, pp.135-136) constitué par trois arrêts de jurisprudence au Canada concernant une affaire de meurtre multiples connue sur le nom d'affaire Bissonnette. Les arrêts ont été rendus entre 2019 et 2022 : un arrêt de première instance (2019, Cour supérieure du Québec), un arrêt de deuxième instance (2020, Cour d'appel du Québec) et un arrêt de la Cour suprême du Canada (2022). Ces arrêts sont très volumineux et nous avons pu constater qu'ils fournissent un matériel empirique d'excellente qualité. Pour donner une idée approximative, l'arrêt de première instance compte 247 pages, celui de deuxième instance 45 pages et celui de la Cour suprême du Canada compte 100 pages.

Le second sous-ensemble est un "*échantillon par cas multiples*" (Pires, 1997, p.152) constitué de dix-huit entrevues avec des opérateurs du système de droit criminel en Belgique et au Canada. Pour des raisons que nous expliciterons par la suite, la sélection de ces informateurs a été guidée *exclusivement* par trois critères méthodiques : (i) le fait d'avoir participé à un processus de prise de décisions sur la punition, (ii) impliquant des crimes graves contre l'intégrité et la sécurité physique des personnes et (iii) cela dans le système de justice criminelle en Belgique et au Canada. Aucun autre critère de diversification n'a été considéré comme pertinent pour notre problème de recherche.

Il découle de ces choix méthodiques pour la constitution du corpus empirique que nous cherchons à *"questionner un univers cognitif"* (Garcia, 2010, p.162). Le matériel discursif issu de nos données empiriques, à savoir des entretiens avec des opérateurs du droit et les trois décisions jurisprudentielles dans l'affaire Bissonnette, vise à représenter *"un support empirique à ce questionnement"* (Garcia, 2010, p.162). Ce *corpus* empirique est construit dans la perspective d'étudier *"une petite quantité de quelque chose pour éclairer certains aspects du problème"* (Pires, 1997, p.122).

Étant donné que nous analysons un problème (Foucault, 1980), la sélection des documents et des personnes interrogées ne doit donc pas être perçue comme donnant une vision exhaustive de la manière dont il est possible d'observer et d'envisager les obstacles et la possibilité de sortie du système d'idées de la RPM. Elle représente une voie possible et plausible.

Comme nous le verrons lors de l'analyse, la sélection de l'échantillon nous a permis de réaliser une certaine description du système d'idées de la RPM ainsi que de mettre en lumière des idées innovatrices ou, au contraire, des obstacles à l'innovation. En d'autres termes, nous n'avons pas traité toutes les informations disponibles, mais notre sélection nous est apparue suffisante pour projeter un éclairage stimulant sur notre thème de recherche afin de favoriser une réforme innovatrice des critères et principes orientés vers la détermination des peines dans le cas des crimes très graves.

Comme plusieurs méthodologues l'ont déjà souligné, y compris Luhmann de façon peut-être plus tranchante, il est impossible de voir sans être contraint de sélectionner car toute observation produit, par elle-même, nécessairement un angle mort. Cela signifie que toute observation de quelque chose exclut autre chose de l'observation. Paradoxalement, pour observer quelque chose il faut nécessairement être aveugle à l'égard d'autres choses (Luhmann, 2002). Cette perspective met dès lors fin à la recherche d'une solution en ce qui concerne le principe de complétude : les cas sélectionnés n'épuisent pas les cas pertinents. La réalité sociale est, en effet, inépuisable (Pires, 1997). Aucun espoir ne peut donc être entretenu *"qu'une analyse puisse être suffisamment poussée pour être finale"* (Znaniecki, 1934, p.256, dans Pires, 1997, p.141). Tout *"choix et traitement des données sont des opérations "cognitives" sur la "réalité" qui pourraient être définies comme l'élaboration d'un résumé"* (Ramognino, 1992, 55), *il serait illogique de s'attendre à ce qu'un tel résumé puisse être "complet" au sens de tout voir, tout inclure, tout dire, etc."* (Pires, 1997, p.141). Il en découle que la notion de complétude veut ici simplement dire que *"le chercheur est dans une situation où il peut affirmer avoir*

observé de près l'ensemble de son univers de travail (...) par rapport à la question de recherche" (Pires, 1997, p.141).

1. Un modèle d'échantillon ouvert : une recherche à deux étages

L'échantillonnage (peu importe le modèle) consiste à *"considérer une petite quantité de quelque chose pour éclairer certains aspects généraux du problème (...) c'est l'idée d'extrapoler, de déplacer, de transcender, de mettre en rapport, ou encore de donner une idée ou un éclairage sur quelque chose d'autre à l'aide d'un ou de plusieurs éléments pouvant s'y rapporter"* (Pires, 1997, p.122). Le but de l'échantillon (au sens large) est *"d'appuyer une connaissance ou un questionnement qui dépasse les limites des unités, voire de l'univers de travail, servant à le produire"* (Pires, 1997, p.122).

Il existe deux modèles de structures d'échantillonnage typiques : la structure close ou conventionnelle (modèle à trois étages) et la structure ouverte (modèle à deux étages) (Pires, 1997).

Dans la structure close ou conventionnelle, le chercheur ne peut pas étudier toute sa population et il doit donc en prélever un échantillon bien défini (Pires, 1997). Dans un premier temps, les résultats obtenus à la suite de l'analyse de l'échantillon sont généralisés au reste de la population bien déterminée dans le temps et l'espace. Dans un second temps, les propositions théoriques sont élaborées dans un processus de généralisation à la totalité. Les résultats théoriques empiriquement fondés vont au-delà de la population (Pires, 1997). Ce modèle est dit à trois étages car il comprend l'échantillon, la population et la totalité (les généralisations théoriques).

Dans la structure ouverte (modèle à deux étages), les chercheurs *"passent directement de leur corpus empirique à un niveau théorique global"* (Pires, 1997, p.120). En effet, dans un modèle d'échantillon ouvert, *"l'idée de choisir ou sélectionner n'apparaît pas comme une étape essentielle de la méthodologie ou relevant de celle-ci. L'idée de sélection des cas est en partie absorbée par l'idée du choix du cas ou de l'objet, ou neutralisée par l'idée de complétude. Le chercheur sait qu'il doit faire des observations systématiques et pertinentes autour d'une ou de plusieurs questions, mais il considère aussi qu'il peut approcher l'ensemble de son matériel empirique. Certes, tout chercheur sait qu'il peut ajouter d'autres ensembles de matériel empirique, mais en ce qui a trait à un ensemble précis, il a grosso modo tout considéré par rapport à ses questions de recherche. L'idée centrale qui ressort est alors celle du choix*

de l'objet, accompagnée de celle de totalité du support empirique au regard des énoncés théoriques (plutôt que l'idée de sélection)" (Pires, 1997, pp.121-122).

Concernant cette recherche, les observations sur l'objet d'étude ne peuvent pas être généralisées en dehors des systèmes de droit criminel modernes majoritaires en Occident, pour une raison objective indépendante de notre ambition. La théorie de la RPM, qui est le cadre théorique principal, constitue cette limite à la généralisation car elle a vocation à uniquement s'appliquer aux systèmes de droit criminel modernes majoritaires en Occident. Elle ne permet donc pas une généralisation allant au-delà de ces limites géographique et temporelle.

Par conséquent, notre travail est empiriquement construit selon une structure ouverte (modèle à deux étages). Les opérateurs du système de droit criminel fonctionnant à l'intérieur du système d'idées de la RPM en Europe et dans les Amériques sont notre "totalité" (univers de départ assez général). Les résultats obtenus sur les deux sous-échantillons sélectionnés se généralisent directement sur la totalité. Il n'y a pas de population. En d'autres termes, nous passons de l'univers de travail (corpus) à l'univers général, sans passer par la généralisation à une population. La distinction-clé se situe entre "univers de travail" et "univers général" (Sjoberg, Nett, 1968 cité dans Pires, 1997), agrandissant les inférences réalisées selon le principe de la généralisation analytico-théorique (Pires, 1997).

2. Le choix de l'affaire Bissonnette

Le choix de l'affaire Bissonnette ne remplit pas les conditions analytiques d'une étude de cas car il n'est pas travaillé de façon autonome (Quivy et Van Campenhoudt, 2017). Au contraire, nous allons intégrer l'étude de ce cas aux données obtenues par les entrevues. Le choix d'insérer l'affaire Bissonnette dans notre corpus global d'analyse correspond plutôt à l'observation d'un cas emblématique par rapport à notre problème d'étude. Celui-ci implique trois niveaux de décisions judiciaires se rapportant à un même événement (les décisions rendues par la Cour Supérieure du Québec, la Cour d'appel du Québec et la Cour Suprême du Canada). L'affaire Bissonnette a été sélectionnée en raison de sa grande pertinence par rapport à l'objet d'étude. Plus précisément, elle a même constitué un élément déclencheur de cette recherche dans les questions qu'elle soulève.

Afin de rappeler brièvement les circonstances et les enjeux majeurs de cette affaire, en janvier 2017 Alexandre Bissonnette a ouvert le feu dans la grande mosquée de Québec, durant la prière du soir. Il était armé d'un fusil semi-automatique et d'un pistolet. Il a tué six fidèles musulmans et blessé cinq autres grièvement. L'attentat a été rapidement qualifié de crime haineux à motivation islamophobe. Alexandre Bissonnette a été accusé de six meurtres prémédités (dits "meurtres au premier degré" au Canada et "assassinats" en Belgique) (article 231(2) C.cr.) et de six tentatives de meurtre. Le 27 mars 2018, il plaide coupable à tous les chefs d'accusation, épargnant ainsi un procès aux familles des victimes.

La peine prévue par le code criminel canadien pour le meurtre au premier degré est l'emprisonnement à perpétuité obligatoire sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans (articles 235(1) C.cr. et 745(a) C.cr.). En première instance, l'honorable juge François Huot de la Cour supérieure du Québec devait trancher sur l'application de l'article 745.51 C.cr., introduit en 2011, permettant l'accumulation consécutive des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pour plusieurs meurtres prémédités (possibilité de cumuler les périodes de 25 ans 6 fois (pour six victimes), pour un total de 150 ans d'inadmissibilité). Le 8 février 2019, le juge Huot reconnaît l'inconstitutionnalité de cette disposition au regard de l'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés (protection contre les peines cruelles et inusitées). Il affirme qu'une peine de 150 ans d'inadmissibilité à la libération conditionnelle revient à une "peine de mort dans la prison", ce qui heurte la dignité humaine. Il impose alors une durée minimale de détention de 40 ans sans possibilité de libération conditionnelle (25 ans pour les six meurtres, et une période partielle additionnelle de 15 ans). La Cour d'appel a réduit la période d'inadmissibilité à 25 ans, jugeant que même la tentative du juge Huot d'ajouter 15 ans était inconstitutionnelle. Elle conclut que l'accumulation des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle viole l'article 12 de la Charte, sans pouvoir être justifiée sous l'article 1^{er} de cette même Charte. Dans un arrêt rendu à l'unanimité, la Cour Suprême a confirmé l'inconstitutionnalité de l'article 745.51 C.cr. sans néanmoins mettre en cause le caractère obligatoire ou incontournable de la peine perpétuelle et la période de vingt-cinq ans d'inadmissibilité de la libération conditionnelle.

Il est déjà possible ici d'entrevoir la "richesse" de ces trois décisions pour notre problème d'étude. Celle-ci découle (i) de la nature et de la gravité du crime, (ii) de la présence et de la stabilité du système d'idées de la RPM et aussi (iii) de la présence d'idées innovatrices émergentes "luttant" contre ce système d'idées dominant et obtenant des *résultats significatifs* sans néanmoins réussir à se débarrasser du "cœur" de ce problème spécifique. À savoir, le "plancher" déjà établi de la légitimité de la peine perpétuelle et de la durée extrêmement longue (un quart de siècle) de la période d'inadmissibilité de la libération conditionnelle.

Cette affaire soulève des enjeux juridiques majeurs. Les questions de neutralisation, d'une part, et de dignité humaine et de réinsertion sociale, d'autre part, sont au cœur des débats. La décision de la Cour Suprême vient finalement réaffirmer l'importance du principe de réhabilitation, même à l'égard des crimes les plus graves. Cette affaire traite également de la tension qui existe entre la demande politique d'une justice sévère se heurtant aux droits fondamentaux et les obligations juridiques découlant des droits fondamentaux. L'affaire Bissonnette constitue un événement jurisprudentiel majeur relativement aux questions de proportionnalité des peines, de finalités de la peine, de valeurs positives garanties par le système et de droits fondamentaux. Elle représente un cas paroxystique pour observer la rationalité pénale du système de droit criminel. La décision de la Cour Suprême marque, d'un côté, le refus d'une logique d'exclusion pénale absolue (neutralisation), rappelant que même les auteurs d'actes qualifiés "monstrueux" demeurent des sujets de droit, et non des objets d'élimination pénale symbolique, tout en contenant encore, d'un autre côté, des points de cécité constituant des obstacles majeurs à l'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel. Pour ces différentes raisons, le cas de l'affaire Bissonnette est une source de données riche et précieuse tant pour observer des idées qui font obstacle à l'innovation que pour trouver des ressources pouvant servir d'appui à une évolution de palier en droit criminel en ce qui concerne la détermination et la justification des peines. L'étude de cette affaire nous permet donc d'avancer dans la démarche de réponse à notre question de recherche.

Sans être soumis à un style d'*analyse* propre à une étude de cas, le choix de ce sous-échantillon correspond aux *critères de sélection* d'un cas unique pour les scientifiques sociaux. L'affaire Bissonnette démontre des caractéristiques de faisabilité et de composition interne particulièrement adaptées à l'objet d'étude. Nous sommes effectivement contrainte à la sélection et ce cas possède un certain nombre

d'éléments favorables (Pires, 1997, p.142) dont 1) la pertinence théorique par rapport aux objectifs de départ de la recherche, dans le sens où c'est un terrain riche pour l'observation de la rationalité neutralisante dans le recours à l'emprisonnement pendant une très longue durée (perpétuité) dans un cas de crime grave (tuerie de masse) ; 2) les caractéristiques et la qualité intrinsèque du cas, c'est-à-dire les faits commis, le problème de sécurité supposé que représente l'individu, l'automatisme du recours à l'emprisonnement pour une très longue période, etc. ; 3) la typicité ou l'exemplarité. En effet, le cas est typique et il offre la possibilité empirique de saisir, de découvrir ou de démontrer comment le tribunal est capable d'augmenter énormément les peines minimales d'emprisonnement par sa propre discrétion quand il est autorisé à le faire.

Avec ce cas d'espèce, nous entrevoyons la possibilité d'en apprendre plus sur la manière dont l'emprisonnement neutralisant est pensé et mobilisé par le système de droit criminel. Il nous paraît pertinent pour visibiliser le processus d'invisibilisation de la rationalité neutralisante. Le cas démontre aussi un intérêt social en rapport avec l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Notons que la manière dont nous nous saisissons des trois décisions judiciaires composant l'affaire Bissonnette ne vise pas à rendre compte de la jurisprudence sur le traitement judiciaire des crimes considérés comme graves. L'objectif n'est pas de faire une recension des cas considérés comme graves au Canada et en Belgique. Nous étudions plutôt cette affaire pour le pouvoir informatif important qu'elle détient relativement à l'objet d'étude. L'importance ici est donc le caractère significatif de cette affaire par rapport aux enjeux de la recherche. L'affaire Bissonnette est d'une grande richesse pour questionner l'univers cognitif que nous observons et pour éclairer certains aspects du problème (Pires, 1997) que nous traitons. Ce type de recherche porte sur des "*révélateurs signifiants*" (Morin, 1969, p.248) dans un événement judiciaire jugé "*stratégique pour la connaissance*" (Pires, 1997, p.137). L'intérêt se trouve également dans le fait de récolter de l'information sur un type de communication judiciaire qui a l'avantage d'être officiel, public, disponible et extrêmement significatif relativement au problème à l'étude. Ajoutons encore que l'arrêt rendu par la Cour suprême dans cette affaire est une décision collective impliquant plusieurs juges venant de différentes provinces du Canada.

Nous n'avons pas analysé de décisions de jurisprudence belges car nous n'avons pas le souci de faire une étude de jurisprudence ni une étude comparative. Nous nous sommes saisie de l'affaire Bissonnette car elle rend parfaitement vivante la position du problème qui nous intéresse et qu'elle a inspiré nos réflexions de départ.

Les trois décisions de cette affaire font partie du corpus des communications judiciaires analysées. Elles ont de ce fait été soumises au même dispositif d'analyse que les entrevues avec les opérateurs du droit et elles ont été analysées avec un même niveau de profondeur. Bien que le type de communication soit différent entre les décisions et les entretiens, le traitement au niveau de l'analyse de la communication est identique. Pour cette raison, les résultats de l'analyse de toutes les formes de communications (décisionnelle et d'extraction) sont présentés ensemble.

En ce qui concerne la généralisation de l'analyse, le fait qu'il n'y ait qu'un seul cas ne constitue pas un obstacle. Tout dépend de comment et par rapport à quoi l'inférence est faite. Dans une recherche avec une structure ouverte (modèle à deux étages), aucune généralisation empirique à une population spécifique d'opérateurs juridiques (par exemple, les juges du Québec, du Canada ou de Belgique) n'est réalisée. Nos informateurs n'ont en effet pas été sélectionnés pour représenter un groupe de professionnels dans un contexte précis. Seules des généralisations analytico-théoriques sont réalisées, c'est-à-dire que le chercheur va *"chercher dans un cas concret (ou dans un petit nombre de cas) les caractéristiques qui lui (ou leur) sont essentielles (ou les propriétés constitutives) et les généraliser, presumant que, parce qu'elles sont essentielles, elles doivent s'appliquer à d'autres cas similaires"* (Pires, 1997, pp.150-151). La généralisation désigne alors ici *"les inférences analytiques faites à partir des observations sur la structure, les processus et le fonctionnement d'un système ou de la vie sociale"*. L'étude d'une affaire comme l'affaire Bissonnette, *"permet aussi de saisir certaines questions relatives aux transformations sociales et culturelles, (...) qu'on peut saisir, comme le remarque Morin (1969, pp.249-251), à partir des phénomènes et situations extrêmes, "paroxystiques", "pathologiques" (pour le système), qui jouent un rôle "révélateur" (Pires, 1997, p.151).*

3. Le choix des entrevues

Les entrevues forment un échantillon de cas multiples. Dans cet échantillon, les unités sont les individus interrogés à titre d'opérateurs du système de droit criminel en Belgique et au Canada et de "porteurs" d'idées opérationnelles pour le système. Différents types de juges et procureurs opèrent dans le système de droit criminel (avant la détermination de la peine, pour déterminer la peine, lors de l'exécution de la peine). Le critère global d'homogénéisation de l'échantillon, en fonction de l'objet de recherche, est que tous les individus travaillent à l'intérieur du système de droit criminel dans un rôle professionnel dans le champ de la détermination ou de l'exécution de la peine.

Nous avons ensuite élaboré un critère permettant de cibler et d'affiner la sélection au regard de l'objet d'étude. Nous avons sélectionné des opérateurs du système qui, d'une manière ou d'une autre, ont été amenés à réfléchir et/ou à prendre des décisions concernant la détermination et/ou l'exécution de peines dans des cas présentant, *a priori*, la nécessité d'isoler un individu pour des raisons de sécurité. Notre intérêt porte, en effet, sur le discours sécuritaire mobilisé lorsqu'il s'agit de légitimer la manière dont la détermination et l'exécution des peines sont pensées et mises en œuvre à l'égard de crimes considérés comme graves. Nous nous intéressons particulièrement aux justifications avancées par les juges et procureurs par rapport à la nécessité de recourir à l'emprisonnement, surtout l'emprisonnement de longue durée. Nous cherchons à accéder aux structures décisionnelles et aux idées qui sous-tendent la manière d'être et d'agir du système de droit criminel dans des cas où le problème de la sécurité physique des citoyens est en cause (atteinte à la vie et/ou à l'intégrité)⁵¹.

Nous avons constitué ce type d'échantillon par homogénéisation en "*cascade*" ou par "*boule de neige*" (*snowball sample*) (Pires, 1997, p. 160) car l'accès aux juges et procureurs n'est pas nécessairement une chose facile étant données certaines mesures organisationnelles de protection du groupe. Dans cette configuration, "*grâce à un premier informateur ou à une personne-ressource, le chercheur trouve l'accès au prochain, procédant ainsi par contacts successifs. Dans ce cas, on doit réfléchir a posteriori sur la portée et les limites de l'échantillon pour adapter l'objet et les propos aux informations auxquelles on a pu avoir accès*" (p.160).

⁵¹ Notons que l'homogénéisation dépasse les opérateurs du droit interrogés pour englober également ceux qui interviennent dans l'étude de l'affaire Bissonnette. Les magistrats intervenant dans cette affaire répondent, en effet, aux mêmes critères d'homogénéisation que ceux qui ont été interrogés.

De manière concrète, le recrutement des participants a été réalisé par nous-même à partir de notre réseau de relations en droit criminel. Nous avons présenté les critères de sélection à des personnes-ressources dans notre réseau en leur demandant si elles avaient, dans leurs propres réseaux, des participants potentiels à suggérer (sans identifier les participants potentiels auxquels elles pensaient). Si elles en avaient dans leur réseau, nous demandions à ces personnes ressources de demander aux participants potentiels auxquels elles pensaient s'ils accepteraient que nous les contactions pour les inviter à participer à la recherche. S'ils donnaient leur accord, la personne-ressource nous fournissait alors leur nom ainsi que leurs coordonnées de contact professionnelles. Le recrutement a ensuite été réalisé par nos soins via une approche personnalisée et directe. Une lettre d'invitation à participer à l'entrevue a été envoyée par courriel. Les objectifs de la recherche y étaient exposés ainsi que ce qui était attendu des participants dans le cadre de l'entrevue, les détails pratiques de celle-ci (durée, garantie de l'anonymat, manière de conserver les données, choix du lieu et du moment, etc.) et nos coordonnées ainsi que celle de nos superviseurs. Nous avons assuré l'anonymat dans la recherche en excluant tout critère non nécessaire pour notre propos pouvant faciliter une identification des personnes interviewées.

Soulignons que, dans notre échantillon, la diversification n'est pas à proprement parler interne à l'homogénéisation. Elle est plutôt "parallèle" à celle-ci et se trouve réduite à sa plus simple expression en raison de notre objet d'étude et de notre problème de recherche. Par exemple, l'objectif n'est pas celui de communiquer des informations sur les différences éventuelles entre les juges du fond, l'accusation et la défense ou en fonction du genre des opérateurs. Nous ne cherchons pas non plus à comparer les procureurs et/ou les juges canadiens et belges ou les juges et procureurs provenant de différentes provinces du Canada.

En effet, nous cherchons à donner un portrait global par rapport à un système d'idées et à certaines idées innovatrices émergentes et actualisables en matière de détermination de la peine pour les crimes considérés comme graves stimulant une expectative d'emprisonnement. Nous avons donc visé, pour commencer la constitution de ce sous-échantillon, une catégorie sociale homogène en fonction de leur métier (les opérateurs judiciaires) et, simultanément et au même niveau, une diversification en fonction

de deux traditions juridiques (common law et droit civil) et de deux pays représentant ces traditions (le Canada et la Belgique). Une diversification interne additionnelle s'est aussi produite par la force des choses, telle qu'une diversification entre juges de différents niveaux d'instance dans l'organisation judiciaire, nous procurant ainsi des informations supplémentaires. Rappelons toutefois que, par exemple, un même procureur peut opérer dans divers niveaux et peut devenir ou avoir été juge ou avocat dans sa trajectoire professionnelle particulière. La diversification n'est donc pas construite pour produire une comparaison, tout intéressante qu'elle puisse être, en fonction d'autres types d'éclairage.

Nous avons réalisé dix-huit entrevues lors desquelles nous avons interrogé tant des juges du fond que des procureurs du Roi / de la Couronne provenant de différents degrés de juridiction. Les divers paliers de la hiérarchie judiciaire sont représentés et cela permet de rendre visible que le système d'idées dominant, les idées innovatrices et les décisions de résistance à la peine afflictive peuvent se trouver dans différents "espaces" ou lieux. Dans notre échantillon d'opérateurs juridiques, nous trouvons alors des juges du fond et des procureurs du Roi / de la Couronne, dans la tradition de *common law* et dans la tradition de droit civil. Nous trouvons aussi, sans chercher une systématisation pour fins de comparaison, des hommes et des femmes, des magistrats ayant une longue expérience, d'autres plus jeunes dans la profession et d'autres encore étant à la retraite.

Étant donné que l'intérêt de la recherche se situe au niveau de la rationalité pénale présente dans les communications internes au système de droit criminel, les caractéristiques personnelles des opérateurs du droit occupent une place plutôt secondaire. Le fait de multiplier les entretiens en fonction de critères propres aux individus (diversification méthodique interne) offre donc un apport plus marginal que dans d'autres types de recherche. Notons que nous n'indiquons dès lors pas la fonction de nos interlocuteurs dans les chapitres d'analyse pour deux raisons. La première est que certains des interlocuteurs ont changé de rôle au cours de leur carrière (passage de procureur à juge). La seconde est que le critère de la fonction judiciaire n'est pas important pour l'analyse de notre matériel. Nous voulons éviter une lecture des extraits d'entrevue strictement liée à la fonction de l'observateur. Nous visons plutôt les idées en elles-mêmes, sans présupposer une relation de causalité entre le rôle judiciaire et le discours. Notre matériel ne permet pas ce genre d'hypothèse et nous ne nous croyons pas dans la validité de ce type d'inférence.

Nous avons cependant fait le pari que cela valait la peine de multiplier le nombre d'interlocuteurs pour espérer entendre des choses différentes, pour obtenir une plus grande richesse dans les communications du système, qui ne serait pas nécessairement portée par un seul système psychique. À cet égard, le motif principal de l'effort de multiplication des entretiens relève de la recherche des idées innovatrices déjà présentes et d'une exploration portant sur la réceptivité d'idées innovatrices latentes. Nous nous sommes donc donné dix-huit fois l'opportunité de chercher la présence d'idées innovatrices et d'observer la capacité de les recevoir. L'analyse montre que les entrevues ont aussi servi à éclairer et à visualiser l'autre face du problème, à savoir trouver, baliser et approfondir la présence des obstacles cognitifs à l'innovation.

Cependant, si la redondance est moindre du côté de l'imagination innovatrice, nous avons pu constater que cette dernière n'est pas non plus illimitée. En effet, l'innovation réclame de la part de l'interlocuteur d'avoir une pensée qui puisse s'échapper de la redondance de la RPM. Ce n'est pas nécessairement donné à tous les opérateurs du droit, particulièrement ceux qui ne se perçoivent pas comme des acteurs de l'innovation (*cfr.* résultats d'analyse). Comme nous le montrerons dans l'analyse empirique, cette situation est le corolaire des obstacles cognitifs qui empêchent les opérateurs du droit de penser autrement.

4. L'articulation des échantillons

Le recours à deux échantillons relevant de deux méthodes de récolte de données (documentaire et par entrevue) n'a pas pour but *"de valider les données recueillies par une méthode sur l'autre"* (Raupp, 2015, p.98). Les deux méthodes ne sont pas non plus interchangeables (Pires, 2004). Leur combinaison est plutôt un moyen adéquat d'accéder à la rationalité du système à travers différents types de communications judiciaires. D'un côté, les communications décisionnelles (écrites) du système de droit criminel représentent une source pertinente dans la mesure où *"les documents écrits rendent compte de la stabilité et de la permanence des idées"* (Raupp, 2015, p.98). Ils reflètent également la solidification d'un travail de réflexion et, de cette façon, les discours écrits du système de droit criminel ont une *"grande valeur stratégique pour retracer le discours identitaire"* (Pires, 2004, 187). Cela ne

signifie pas, comme nous le verrons, que les idées innovatrices soient absentes de ce type de documents.

D'un autre côté, les communications d'extraction (entrevues) permettent de découvrir des concepts et idées, des manières d'observer ainsi que de "*comprendre plus en profondeur la réception particulière de certains concepts, de certaines idées, de certaines représentations institutionnalisées et, ainsi, contribuent à l'avancement de la connaissance*" (Raupp, 2015, p.98). Les entrevues sont donc susceptibles d'apporter *quelque chose d'autre* par rapport à l'étude de l'affaire Bissonnette, à savoir la manière dont les opérateurs s'auto-socialisent dans le système d'idées du système social.

E. La méthode de récolte des données

Une fois les deux types d'échantillon choisis, nous devons procéder à la récolte de données utiles pour la recherche. Dans le cas du sous-échantillon de cas unique (affaire Bissonnette), la récolte de données s'est limitée aux trois arrêts rendus dans l'affaire (de la Cour supérieure du Québec, de la cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada). Nous apportons dans cette section des précisions sur le type d'entretien que nous avons adopté et sur la manière dont nous avons procédé pour sélectionner les données à analyser.

Lors des entrevues avec les juges et procureurs, nous avons eu recours à un type d'entretien particulier : l'entretien de type réflexif (Pires, 2004). Étant donné le caractère moins traditionnel de ce modèle d'entretien, il nous semble important de le présenter de manière approfondie. Notons que la forme d'entretien a une implication directe sur la récolte des données. Nous abordons deux questions : pourquoi réaliser de tels entretiens et comment les mener. Nous abordons également le rapport spécifique entre l'interviewer et l'interviewé entretenu dans le cadre d'un entretien réflexif.

1. L'utilité des entretiens réflexifs

Comme nous l'avons indiqué, les communications (orales et écrites) des opérateurs du droit sont le moyen que nous avons adopté pour capter le système d'idées du système de droit criminel et l'émergence des idées innovatrices. En réalisant des entrevues, nous cherchons à saisir *quelque chose*

de plus ou de différent de ce qui se trouve dans les manuels de droit, dans les lois ou dans la jurisprudence parce que nous passons par la conscience et par l'expérience des interlocuteurs. Dans les entrevues, nous travaillons plus particulièrement avec un matériel qui est l'intériorisation du système d'idées du système de droit criminel par les opérateurs judiciaires, ainsi que la manière dont ces opérateurs expérimentent et interagissent avec ce système d'idées (à l'aide de nos propres interventions).

Nous observons, jusqu'à un certain point, la relation entre ce qui se passe dans la conscience des individus interrogés et ce qui se passe dans les communications du système. Notons qu'il est aussi possible d'observer des points de cécité du système de droit criminel dans la communication par la jurisprudence. Cependant, les entrevues ajoutent l'observation de la relation entre les points aveugles dans la communication officielle du système et les points aveugles dans la conscience des opérateurs du système. Nous explorons donc la relation entre ces divers points aveugles et le potentiel de sortie de la RPM qu'on peut trouver dans la communication officielle et dans les consciences individuelles ainsi que ce qui y fait obstacle.

Afin d'observer les points de cécité dans la communication du système, il n'est pas nécessaire de réaliser des entrevues. Est toutefois intéressante, l'articulation entre ce qui apparaît dans la communication qui suit le circuit officiel et la communication qui vient directement de la conscience des opérateurs, à travers une communication intersubjective entre chercheur et opérateur suivant un mode réflexif. Observer comment le système de droit criminel et ses opérateurs observent vise à approfondir la compréhension de la façon dont ils construisent leur réalité en ce qui concerne la détermination des peines.

En choisissant de faire des entretiens de type réflexif, nous recherchons l'implication des opérateurs du droit dans le processus d'observation, de réflexion et d'innovation relativement à ce thème. En effet, l'innovation exige la créativité de l'intervenant individuel dans les communications, et pour cela il faut qu'il puisse d'abord voir et, ensuite, intégrer l'innovation dans la communication. Il nous paraît donc essentiel d'en faire des co-constructeurs de la réflexion par des entretiens réflexifs.

Précisons en effet que l'innovation du système de droit criminel passe par la contribution des individus (les systèmes psychiques) car ces derniers apprennent plus rapidement que les systèmes sociaux (Dubé, 2017). Cette contribution des systèmes psychiques à l'évolution des systèmes sociaux est une condition de possibilité de l'innovation (Dubé, 2017)⁵². Nous abordons ce point plus en profondeur dans le chapitre V de cette recherche.

À cet égard, la caractéristique première de l'entretien de type réflexif est qu'il favorise "*l'auto-exploration de la part de l'interviewé*". L'objectif est de "*susciter et de stimuler activement une réflexion entre l'interviewé et l'interviewer*" (Raupp, 2015, p.108). Au-delà de le faire parler, l'objectif est aussi de le faire réfléchir (Raupp, 2019). L'idée est de proposer certains problèmes pour en discuter à partir de l'expérience cognitive des opérateurs du droit interrogés. Ce type d'entretien est adéquat lorsque la recherche vise à "*interroger un système social*" (Pires, 2004), car il a été construit, dans notre cas, pour saisir des phénomènes cognitifs macrosociologiques (Pires, 2004 ; Garcia, 2010).

Les opérateurs judiciaires se trouvent dans une position où ils ont "*the obligation to decide and the freedom to find reasons for a decision*" (Luhmann, 1993, p.279 cité dans Garcia, 2010). En effet, "*confrontés au devoir de décider du choix d'une sanction pour résoudre un litige, ils peuvent puiser dans plusieurs idées et vocabulaires de motifs du système*" (Garcia, 2010, p.160). Réaliser des entrevues avec eux permet dès lors d'observer s'il est possible d'"*identifier, dans les communications sur les pratiques, la présence de la RPM sur la cognition, une cognition qui serait "limited by points of view on justice" (Luhmann, 1993, p.279)*" (Garcia, 2010, p.160). Analyser la manière dont les opérateurs du droit observent, que ce soient les juges dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire ou les procureurs dans celui de leurs réquisitions, permet d'observer le système d'idées sur la base duquel se pense le choix des peines (Garcia, 2010) ainsi que la direction innovatrice mise en place ou non par les opérateurs du système.

⁵² Par leurs descriptions de possibles non encore actualisés, les individus génèrent du « bruit » dans l'environnement du système social, augmentant ainsi la variété disponible (Luhmann, 2021). Ce bruit sert de matériau potentiel à l'innovation : lorsque le système social entre dans un processus réflexif, il sélectionne certaines de ces idées et les traduit dans son propre code opérationnel. Les propositions externes acquièrent alors une forme juridique, s'institutionnalisent marginalement (Dubé, 2017) et peuvent, avec le temps, se stabiliser dans les structures du système, devenant partie intégrante de son évolution (Labonté, 2019 ; Luhmann, 2021). Nous reviendrons plus en profondeur sur ce processus dans le chapitre V.

En ce sens, l'entretien réflexif est une méthode adaptée à notre démarche de recherche dans la mesure où *"il permet d'approfondir la compréhension des idées"* et il permet également *"de mieux comprendre certaines associations d'idées déjà remarquées par le chercheur lors de la lecture et de l'analyse des documents"* (Raupp, 2015, p.109). Comme l'indique Pires, *"il s'agit alors de prendre appui sur l'expérience cognitive des acteurs dans le système communicationnel pour explorer plus directement, par l'entremise d'entrevues, certains aspects du système de pensée"* (Pires, 2004, p.180). Ce type d'approche est utile si le chercheur *"veut observer comment les systèmes sociaux observent et s'auto-observent, pensent et construisent leur monde et leur propre identité"* (Pires, 2004, p.173).

Notons que pour atteindre ces objectifs, il n'est pas essentiel de réaliser les entrevues spécifiquement ou exclusivement avec les magistrats qui ont rendu les décisions étudiées dans l'affaire Bissonnette. La démarche est plus globale car elle consiste à saisir le point de vue du système à travers la communication des opérateurs judiciaires œuvrant dans les organisations centrales du système de droit criminel (Garcia, 2010), c'est-à-dire les organisations du pouvoir judiciaire.

2. La démarche des entretiens réflexifs

En ce qui concerne la manière de mener ce type d'entretien, il adopte la même structure générale que l'entretien semi-directif lorsque ce dernier a une structure flexible et variable en cours d'entretien. Il n'est *"ni entièrement ouvert, ni canalisé par un grand nombre de questions précises"* (Quivy et van Campenhoudt, 2006, p.171). L'entretien réflexif adopte également les mêmes outils que l'entretien semi-directif, à savoir *"(i) une grille de questions, (ii) une attitude "non directive" basée sur l'écoute active, l'empathie et la reformulation, et (iii) une consigne de départ qui invite l'interviewé à parler"* (Raupp, 2015, p.108). Il s'agit pour l'interviewer d'activer la réflexion de l'interviewé *"tout en veillant à la pertinence des propos vis-à-vis de l'objectif de la recherche, à l'instauration d'un climat de confiance et au contrôle de l'impact des conditions sociales de l'interaction sur l'entretien"* (Ruquoy, 1995, p.66).

Ce qui distingue l'entretien réflexif de l'entretien semi-directif est que *"les interventions de l'interviewer doivent promouvoir un échange d'idées, ce qui donne à l'interviewer un autre statut"*. Par conséquent, *"l'entretien réflexif demande une symétrie entre l'interviewer et l'interviewé et en cela réside [une partie de] sa difficulté"*. En effet, *"tant l'interviewer que l'interviewé sont libres, et doivent se sentir libres, par*

rapport à leurs propres idées, de manière à ce que chacun puisse changer sa manière de voir au fur et à mesure que le débat – l'entretien – se développe" (Raupp, 2015, p.108). Ils s'engagent ainsi ensemble dans une réflexion exploratoire.

Les entretiens réflexifs visent, dans le cadre de cette recherche, à observer la posture face aux pratiques punitives et la manière de recourir à l'emprisonnement en droit criminel, particulièrement dans des cas de crimes considérés comme graves (au-delà de la cognition individuelle des acteurs de ce système) (Pires, 2004). Par conséquent, la dimension essentielle de l'objet de l'entretien, c'est-à-dire l'observation de la manière d'observer du système social, échappe ou va au-delà de l'expérience de vie des opérateurs du système et même, en partie, de leur expérience cognitive. En effet, le système social observé *"les précède, les dépasse et s'actualise dans des pratiques par rapport auxquelles les individus peuvent n'avoir aucune expérience (par exemple, la création des lois ou l'écriture d'un manuel de droit pénal)"* (Pires, 2004, 193).

Les dimensions du problème doivent, dès lors, être cernées dans la problématique de recherche par l'interviewer avant de se présenter à l'entretien afin que celui-ci soit en mesure de proposer une réflexion susceptible d'engendrer un dialogue fructueux avec son interlocuteur. En effet, interroger un système social *"implique un point de vue épistémologique, une sélection de l'objet et un travail théorique ou conceptuel"* (Pires, 2004, 190) considérable en amont de l'entretien.

Précisons ce point en indiquant que les données récoltées grâce aux entretiens réflexifs avec les opérateurs du droit proviennent de leurs expériences cognitives, professionnelles et émotionnelles. Les données issues de l'expérience cognitive nous intéressent particulièrement. Ainsi, pour activer et avoir accès à cette dernière, nous devons préparer le guide d'entretien à partir des éléments de cette expérience qui *"sont déjà disponibles et accessibles ailleurs sous d'autres formes (documents écrits), souvent plus appropriées. Le chercheur peut alors identifier d'avance dans ces sources les premiers éléments théorico-empiriques importants de son problème de recherche pour construire ses entrevues et faire avancer les connaissances à partir de cette case"* (Pires, 2004, 194).

Par conséquent, un travail de revue de la littérature, d'élaboration théorique et épistémologique ainsi que d'analyse documentaire est nécessaire dans un premier temps pour "*identifier la présence d'un système de pensée, étudier sa formation, déterminer ses composantes essentielles, identifier ses tensions et bifurcations internes aussi bien que les discours alternatifs et accompagner son évolution dans le temps*" (Pires, 2004, 195). Ainsi, tout le travail que nous avons effectué en amont pour mieux cerner la finalité de neutralisation à l'intérieur du système d'idées de la RPM s'est avéré fondamental à cet égard. Les entrevues sont réalisées à partir de ces acquis afin d'"*approfondir ce thème, explorer des nouveaux problèmes, raffiner l'observation et la description, identifier des germes éventuels de transformation, corriger certaines observations précédentes, etc.*" (Pires, 2004, 195). Ce travail préalable est nécessaire afin de réaliser des entretiens fructueux, c'est-à-dire des entretiens lors desquels "*les dimensions cognitives les plus fondamentales du système de pensée du système rencontreront les conditions pour émerger*" (Pires, 2004, 196).

L'entretien réflexif est une stratégie de contenu. Il y a toujours un va-et-vient entre la réflexion et l'expérience en connexion avec cette réflexion. En effet, l'expérience vécue en tant que telle, par exemple l'expérience professionnelle, ou la représentation d'un phénomène tel que la justice, sont moins le centre d'intérêt qu'une réflexion à partir d'une difficulté cognitive dans la pratique professionnelle afin de comprendre comment l'opérateur réfléchit aux problèmes liés à sa pratique.

Dans cette démarche, l'interviewer ne propose pas au départ une affirmation incontestable mais, au contraire, il invite l'interviewé à réfléchir avec lui, sur la base de l'expérience cognitive de ce dernier (Pires, 2004), à propos d'une situation qui constitue un problème d'observation. En l'espèce, il s'agissait du fait que certaines manières de punir et de recourir à l'emprisonnement posent question quant à l'universalité de la protection des droits fondamentaux et qu'elles méritent d'être observées.

Dans la formulation des questions ou des relances, des idées ou réflexions sont proposées pour activer la réflexion de l'interviewé ou l'aider à voir un point aveugle. En effet, afin de capter un système d'idées, il est nécessaire de le confronter à des idées. Dans cette démarche, le chercheur n'essaie pas de manipuler les idées de son interlocuteur pour soutenir sa propre position, il essaie plutôt de les stimuler pour pouvoir les observer. Le chercheur, qui se trouve dans une posture réflexive (en train de réfléchir

sur cette question), invite son interlocuteur à entrer dans la même démarche. En ce sens, ces entrevues visent à aider la personne à voir comment elle observe, ainsi qu'à permettre à l'interviewer de voir comment cette personne observe et comment cela peut faire avancer la recherche.

L'interviewer et l'interviewé procèdent à un échange d'idées destiné à capter les idées de l'interviewé tout en lui faisant construire son raisonnement face aux idées suggérées par l'interviewer. Les interventions ne sont donc pas des questions qui servent seulement à orienter l'entretien sur une série de thèmes. Elles sont destinées à ce que les idées des protagonistes entrent dans une certaine forme de confrontation, celle-ci n'étant pas nécessairement conflictuelle. Il s'agit d'une relation de coopération et de collaboration. La volonté est d'engendrer chez l'interviewé des propos d'autant plus riches que ce questionnement a eu lieu. Il ne s'agit pas de "gagner" ou de "convaincre" dans la conversation, mais bien de mettre en place un travail de réflexion conjoint. Il peut aussi s'agir de mettre à jour consensuellement les éventuelles incohérences, problèmes, incompatibilités ou aspects surprenants des propos. L'entretien est réflexif en ce sens qu'une partie de la réflexion de l'interviewé est une réponse à la réflexion de l'interviewer. Quant à l'interviewer, il se place lui-même dans une posture de réflexion par rapport à ce que l'interviewé lui dit. Le dialogue repose donc sur une certaine réciprocité. L'entretien réflexif est un échange qui peut avoir des effets sur les deux protagonistes de l'entretien. L'interviewer et l'interviewé "*sont appelés à tenir compte l'un de l'autre dans leur immédiateté (turn-taking)*" (Pires, 2004, 196).

3. Le rapport entre interviewer et interviewé dans l'entretien réflexif

La réflexivité méthodologique, telle que défendue par Bourdieu (1993), invite le chercheur à interroger sa propre position sociale et les rapports asymétriques qu'elle peut induire dans l'interaction. Il est en effet important d'observer le positionnement de l'interviewer par rapport à l'interviewé, et *vice versa*, lors de la tenue d'entretiens (Quivy et Van Campenhoudt, 2017).

Notons qu'aucune méthode ou technique de collecte de données ne se prête à tout type de recherche ou de problème de recherche. Cela s'applique également aux entretiens réflexifs. Ceux-ci ne se prêtent pas non plus nécessairement à tout type d'interlocuteur. Dans notre cas, nous étions face à des professionnels ayant de l'expérience et ayant leurs propres réflexions sur leur expérience. Les juges et

les procureurs sont généralement des gens qui ont une certaine stature, un certain savoir, une certaine aura sociale et une certaine expérience de vie, notamment un âge plus élevé que le nôtre⁵³. Les interlocuteurs se trouvaient donc en position d'aise concernant la problématique qui leur était soumise. La technique de l'entretien réflexif n'est pas adéquate dans tous les contextes de recherche, mais notre thème et nos interlocuteurs s'y prêtaient bien.

Étant donné notre positionnement social, nous n'avions pas à craindre d'intimider nos interlocuteurs. Au contraire, notre jeune âge (vingt-six ans au moment de la réalisation des entrevues) et le statut social des juges et procureurs risquaient plutôt de nous placer dans la situation inverse. Cependant, du fait de notre formation et de notre socialisation, nous n'étions pas particulièrement déstabilisée par le fait d'interroger des juges et procureurs. Nous n'avons toutefois pas beaucoup de pouvoir sur la manière dont les interviewés nous perçoivent, et des enjeux de domination auraient pu se présenter. Nous avons, au contraire, constaté une certaine reconnaissance et une valorisation par les juges et procureurs de notre position de juriste, criminologue et chercheuse.

"Et donc, en réalité, la notion de gravité, alors oui vous connaissez comme moi le jargon judiciaire "attendu que les faits sont graves", c'est notamment ce qui préside éventuellement à la mise sous mandat." (Juge 1)

"La fonction sécuritaire de la peine est loin d'être la seule. Mais ça, vous connaissez mieux que moi, en tant que criminologue." (Juge 12)

"Enfin je ne vais pas vous raconter ces sortes de choses que vous connaissez peut-être même mieux que moi. Je ne le connais que de façon assez extérieure. Mais donc, voilà, tout ça nous ramène un peu à l'idéologie du juge." (Juge 6)

"Et le recours à la peine de prison, et vous le savez aussi bien que moi sinon mieux, c'est que le juge a à sa disposition toute une série de possibilités." (Juge 1)

⁵³ L'âge de l'interviewer par rapport aux interviewés peut avoir un impact sur l'entretien : si l'interviewer est plus âgé, il peut observer une certaine recherche de validation des réponses de la part de l'interviewé. Comme le souligne Brossard (2017), les rapports sociaux d'âge traversent l'entretien et participent à façonner les modalités de la prise de parole. Ils peuvent produire des effets de domination symbolique ou d'ajustement stratégique dans la présentation de soi.

"Bon, je pousse le raisonnement, il y a probablement énormément de nuances, mais ça c'est vous qui les apporterez dans votre travail." (Juge 1)

Il semblerait que l'aspect pluridisciplinaire de notre formation (droit – criminologie) et notre niveau de connaissance de la problématique nous a permis d'être perçue comme une interlocutrice crédible et comme quelqu'un susceptible de leur transmettre des informations intéressantes durant la conversation.

Dans la perspective inverse, et dans une certaine réflexivité méthodologique, nous voulions rester prudente quant aux risques d'influence ou de trop grande provocation inhérents à la technique de l'entretien réflexif. Nous avons été très attentive à notre façon d'interagir, de formuler nos questions et nos relances. Nous ouvrons donc la discussion avec une question très générale sur la considération des droits fondamentaux dans le champ de la détermination des peines (voir annexe 2). À la suite de cette ouverture, nous laissons l'interviewé parler et développer son point de vue sans proposer encore de réflexion sur le sujet. L'idée était de pouvoir mieux greffer nos interventions et réflexions sur ce qui avait été dit, plutôt que d'amener d'emblée nos réflexions comme de pures provocations (au sens de provoquer la parole) qui risquaient de détourner le juge ou le procureur de ce qu'il avait envie de dire *a priori*. La réflexivité méthodologique nous amenait, pour chaque entrevue, à nous demander quel était le meilleur moment pour soumettre des réflexions à l'interviewé. La stratégie a varié au cas par cas. La position de base était de ne pas amener trop vite nos propres réflexions. Mais, dans certains cas, il a été utile de le faire plus rapidement car cela a aidé l'interviewé à réagir et donc à développer son point de vue par rapport à notre réflexion.

Nous ne suivions dès lors pas un protocole d'entretien entièrement prédéterminé. Les entretiens réflexifs ne sont pas standardisés. L'échange s'ouvrait avec une question générale sur les droits fondamentaux et se poursuivait selon l'éthique intersubjective présentée dans le paragraphe précédent. Les relances n'étaient pas prévues à l'avance car elles dépendaient de ce que l'interlocuteur répondait et de notre capacité à être en dialogue avec celui-ci. La nature de nos interventions visait à mieux comprendre certaines idées présentées, à approfondir le propos sur certaines idées pour aller jusqu'au bout de la logique de l'interlocuteur, à produire une réflexivité interactive sur une expérience et une pratique de détermination et de justification des peines, à accéder à la forme d'intériorisation du système

d'idées du système de droit criminel par les opérateurs judiciaires, à mettre en rapport certaines de nos réflexions académiques avec les idées partagées, à provoquer l'implication des opérateurs du droit dans le processus d'observation, de réflexion et d'innovation, à poser des questions pour relancer l'échange sur certains sujets qui nous intéressaient en particulier et à répondre aux questions parfois posées par les interviewés eux-mêmes. Nous avons ainsi préparé une liste de questions servant uniquement comme source d'inspiration ou comme stimulus si nous avons besoin de relancer la conversation. Notre objectif n'était pas de rigoureusement parcourir cette liste avec chaque interlocuteur. Les entrevues prenaient fin quand nous avions le sentiment d'arriver à la fin d'un raisonnement ou de l'approfondissement d'une idée et que la durée de l'entretien était approximativement d'une heure et demie. Nous avons parfois légèrement dépassé cette durée, mais nous cherchions à être très respectueuse du temps accordé par nos interlocuteurs.

Il a été extrêmement encourageant, au cours des entretiens, de constater que ce format d'entrevue, non seulement plaisait aux interviewés, mais leur bénéficiait (nous revenons sur ce point dans le chapitre d'analyse). Certains juges ont indiqué clairement que le format de l'entretien réflexif les a aidés à développer leur pensée.

"Je lirai avec beaucoup d'intérêt le jour où vous aurez mené à terme vos réflexions. Mais vous mettez le doigt sur une problématique. C'est que c'est incontestable qu'il y a de tout. C'est un mélange de quantité de choses. Je crois et j'en ai été, je ne vais pas dire la preuve vivante, mais quand je vous disais qu'il est peut-être un peu difficile d'aller redécortiquer tout ce qui a fait que. Mais en discutant avec vous, je me rends compte que tous ces éléments sont venus s'entremêler et peut-être, peut-être, nonobstant la position qui est la mienne, j'ai peut-être commis une erreur à cet égard c'est que j'ai... manqué de clarté." (Juge 1)

"Ce que je vais vous dire, c'est que ce genre d'entrevue nous fait du bien aussi. Ça nous fait réfléchir. (...) Ce genre de rencontre c'est très stimulant pour nous et ça nous secoue. Et surtout des vieux juges comme nous !" (Juge 2)

Étant donné que les entretiens portaient sur des idées et des manières d'observer un objet précis au regard de ces idées, il était particulièrement fructueux de coconstruire l'observation avec les opérateurs

qui mobilisent ces idées au premier plan. Les stimulations que nous leur proposons nous permettaient de mieux observer comment ils observaient. Le simple fait d'amener à la conscience certains mécanismes de pensée a parfois engendré des changements dans le système de pensée de la personne interrogée. L'objectif n'est évidemment pas de le changer pour le changer. Nous le questionnons pour le saisir et le rendre visible. Cependant, nous avons constaté qu'en rendant visible le système d'idées nous créons un impact chez l'interlocuteur car il n'y a pas souvent beaucoup de conscience de celui-ci. Nous avons également constaté que cette démarche a aidé plusieurs de nos interlocuteurs dans leur propre processus d'observation et de réflexion de leur pratique en tant que juge ou procureur.

Dans l'optique de produire un impact concret sur la pratique des juges et des procureurs en observant leur manière d'observer, ces résultats non prévus au départ et non nécessairement recherchés, représentent une réussite de la recherche. Produire un impact au moment de la réalisation de la recherche, avant même la production des résultats, est effectivement un résultat aussi inespéré que bienvenu. En d'autres termes, la technique de l'entretien réflexif, qui produit des résultats réciproques, nous a permis d'envisager l'impact de la recherche simultanément à la récolte des données et pas seulement l'impact des résultats d'une analyse ultérieure.

Pour résumer, bien que la technique de l'entretien réflexif ne soit pas appropriée pour toute recherche et pour tout type d'interlocuteur, elle nous est apparue tout à fait indiquée pour notre problème de recherche. Cela étant donné notre posture épistémologique, de notre objet et de nos objectifs de recherche, de notre positionnement en tant que chercheuse ainsi que de celui de nos interlocuteurs. Le fait, pour nous, d'exposer nos questions, nos hypothèses, nos idées et nos réflexions a pu présenter une vraie valeur méthodologique pour accéder au système de pensée de nos interlocuteurs et du système social que nous étudions (Pires, 2004).

4. L'aspect déontologique

Sur le plan pratique, la tenue des entretiens réflexifs s'est faite en conformité avec les normes d'intégrité requises. Les opérateurs du système de droit criminel qui ont accepté de participer aux entrevues ont vu leur participation soumise aux principes éthiques qui régulent la recherche en sciences sociales au

Canada⁵⁴. Cela signifie que leur identité est protégée par les règles strictes qui s'appliquent dans le domaine de la recherche scientifique. Les entretiens sont dépouillés de tout renseignement personnel pouvant conduire à l'identification des participants (nom, lieu de pratique, etc.). La diffusion des résultats de la recherche se fait dans le respect de la confidentialité et de l'anonymat. Afin de renforcer l'anonymat, nous avons également omis toute information qui n'est pas nécessaire pour la compréhension ou l'évaluation des résultats (par exemple, le sexe masculin ou féminin des interlocuteurs, leur âge, le pays/province où ils vivent, etc.).

Il a été demandé à chaque participant, au début de l'entrevue, de donner l'autorisation (ou non) d'effectuer un enregistrement sonore. Si le consentement a été donné, l'entrevue a été enregistrée à l'aide d'un magnétophone. S'il l'a demandé, une copie de l'enregistrement de l'entrevue a été remise au participant. Chaque entrevue a eu une durée approximative d'une heure et demie.

La participation des opérateurs aux entrevues s'est faite sur une base individuelle, libre et volontaire. Chacun pouvait à tout moment refuser d'aborder certaines questions ou se retirer de l'étude pour des raisons qui lui étaient propres.

Section III. La méthodologie relative à l'analyse des données empiriques

Nous avons observé les sources de données, et nous les avons interrogées (qu'elles soient écrites ou humaines), afin de récolter les passages les plus pertinents pour l'analyse (sélection) au regard de notre objet et de notre question de recherche. Cela signifie les passages dans lesquels les observateurs du droit observent (consciemment ou inconsciemment) le recours à l'emprisonnement, la problématique de la sécurité, le processus de détermination des peines, les droits fondamentaux, les finalités de la peine, etc.

Nous avons ainsi localisé dans le discours les données pertinentes et, à partir de là, nous avons analysé comment les opérateurs du droit ont construit leur observation par les distinctions qu'ils ont faites et l'influence de celle-ci dans le champ des normes de sanction. À cet égard, nous avons traité toutes les

⁵⁴ Ces principes peuvent être consultés sur la page web suivante : <https://www.uottawa.ca/administration-et-gouvernance/reglement-115-conduite-responsable-recherche>

communications judiciaires (décisionnelles et d'extraction) de manière identique. Dans cette section, nous expliquons, tout d'abord, le processus général d'analyse des données empiriques (A). Nous présentons ensuite la méthode spécifique de la théorie de l'observation (B).

A. Le processus général d'analyse

Dans le cadre de l'analyse des données, nous avons mobilisé, d'une part, la théorie de la rationalité pénale moderne (qui est aussi empiriquement ancrée) et, d'autre part, la méthode de la théorisation ancrée proposée initialement par Glaser et Strauss (1967) qui a été revisitée et opérationnalisée par Paillé (1994 ; 2017).

Notons que l'expression "théorisation (empiriquement) ancrée" a une sémantique large. Différents auteurs y attribuent différents sens. En ce qui nous concerne, nous réalisons une "opération en pince" (Bateson) dans laquelle un des "bras de la pince" repose sur l'éclairage de la théorie de la RPM et l'autre bras sur un travail de conceptualisation strictement attaché à nos données d'observation.

La théorie de la RPM étant empiriquement ancrée, globalement parlant, la théorisation que nous proposons est empiriquement ancrée et spécifique à la question des obstacles cognitifs et des perspectives d'innovation dans le cadre de l'utilisation de longues peines privatives de liberté au regard de la protection des droits fondamentaux. Nous présentons un certain nombre d'obstacles à l'innovation et des manières de les surmonter et nous produisons une configuration théorique de cet objet.

Pour ce faire, nous avons utilisé une boîte à outils en fonction des besoins de la recherche afin de créer progressivement des propositions théoriques, par codage de faible inférence, catégorisation et conceptualisation en rapport avec la problématique à partir de l'observation de données empiriques obtenues par une approche qualitative. En raison de la spécificité de notre démarche, nous n'avons pas appliqué à la lettre une procédure de théorisation ancrée spécifique (par exemple, celle proposée par Lejeune (2019)). Nous avons plutôt travaillé, en fonction de notre problématique, de la théorie de la RPM et de notre posture épistémologique, avec des outils qui nous ont semblé adéquats pour créer de la connaissance à partir des données. Sans suivre une proposition particulière, nous nous sommes

inspirée, au moins en partie, de la méthode de la théorisation ancrée. Cela ressort notamment dans les concepts que nous avons développés à partir d'une analyse de nos données (comme celui de "rationalité neutralisante" et "d'emprisonnement neutralisant") ou lorsque nous adaptons ou corrigeons certains énoncés de la théorie de la RPM.

En effet, nous ne considérons pas la théorisation ancrée comme une procédure exclusive et bien définie, mise en place surtout par l'interactionnisme symbolique, ou comme étant strictement "inductive" et nécessairement "sans théorie". Nous faisons valoir que cette méthode d'analyse peut s'appliquer à d'autres enjeux et à d'autres perspectives théoriques que celle qui lui a donné naissance. Il nous semble que cette perspective correspond à l'esprit de départ de Glaser et Strauss (1967) ou est en tout cas une manière valable d'utiliser certaines de leurs idées. La théorisation ancrée est en effet une boîte à outils qui permet de faire différentes choses (Lejeune, 2019).

Rappelons que Glaser et Strauss ont inventé la théorisation ancrée en observant des chercheurs faisant de l'analyse de données. Autrement dit, ils ont eux-mêmes fait de la théorisation ancrée pour aboutir à la théorie de la théorisation ancrée. Cela signifie qu'il n'existe pas d'autre légitimité à la théorisation ancrée que les "bricolages" des chercheurs qui ont été observés. Le fait qu'un méthodologue comme Lejeune (2019) propose des ficelles sur la théorisation ancrée que Glaser et Strauss n'avaient pas imaginées montre également que cette méthodologie n'est pas figée et qu'il est possible de la rendre plus pointue techniquement en fonction des besoins réels de chaque recherche.

Notre démarche correspond donc à l'esprit de la théorisation ancrée car nous avons codé des idées complexes qui apparaissent dans les communications judiciaires, nous les avons ensuite rassemblées entre idées de même nature ou susceptibles d'être regroupées et nous avons ensuite proposé une conceptualisation (Paillé, 2017). Nous utilisons donc les mécanismes de la théorisation ancrée. Cependant, dans notre cas, la démarche a une originalité qui tient à une articulation de la théorie de la RPM avec la théorie de l'observation comme méthode d'analyse.

Nous avons appliqué la méthode issue de la théorie de l'observation pour analyser en profondeur le contenu des catégories. Rappelons que la théorie de l'observation est une méthode d'analyse et non

une théorie substantielle sur un objet comme la théorie de la RPM, par exemple. Cette technique d'analyse permet de répondre à la question "comment les observateurs observent ?" ou, plus précisément, "quelles sont les distinctions que les observateurs font pour observer et qu'elles sont les distinctions pertinentes pour leur problème qu'ils ne font pas ?". Elle permet ainsi de dégager ce qui est observé et comment cela est observé ainsi que ce qui n'est pas observé.

L'intérêt de notre démarche d'analyse se trouve dans l'identification de la manière dont les opérateurs du droit observent le problème que nous traitons. Nous nous sommes demandée quelles sont les distinctions mobilisées, quels sont les choix opérés, quels sont les points de cécité, qu'est-ce qui est vu et qu'est-ce qui n'est pas vu, qu'est-ce qui est valorisé et qu'est-ce qui est dévalorisé par les opérateurs du droit. Nous avons pu repérer, d'un côté, des manières d'observer influencées, voire conditionnées, par le système d'idées de la RPM et, d'un autre côté, des manières d'observer qui ne reposent pas sur ce système d'idées. Ainsi, nous avons pu séparer les manières d'observer qui font obstacle à l'innovation de celles qui sont des ressources pour l'innovation. Nous avons ainsi pu analyser la conscience actualisée et la conscience possible des systèmes psychiques (individus) relativement à certaines idées (Dubé, 2017). La conscience actualisée est celle qui s'exprime de façon claire et qui prédomine tandis que la conscience possible est celle dans laquelle se trouvent des idées qui existent mais qui ne sont pas encore actualisées dans le système social.

De manière concrète, pour effectuer le codage, nous avons réalisé une analyse verticale de chaque entretien avant de passer à la transversalité. Nous avons donc lu chaque entretien individuellement et nous avons segmenté le texte en attribuant inductivement des codes aux fragments en fonction des unités de sens selon le principe de la faible inférence (codification). Cette étape a permis de faire émerger inductivement les idées présentes dans les discours des opérateurs du droit.

Ensuite, pour réaliser la catégorisation, nous avons regroupé les codes sous des termes plus englobants en pensant aux enjeux de la recherche (catégorisation). Cela a permis de créer des ensembles cohérents, en fonction d'un sens commun, qui aident à mettre en valeur des éléments de réponse à nos préoccupations de recherche. Nous avons construit un document d'analyse pour chaque entrevue comprenant ces deux étapes.

Enfin, pour opérer la conceptualisation strictement attachée à nos données, nous avons pris les dix-huit documents d'analyse verticale contenant les catégories avec les extraits d'entrevue pour faire une analyse transversale des catégories.

Afin d'illustrer les étapes globales de l'analyse, prenons l'extrait suivant : "En principe, oui, la gravité du crime va emporter l'imposition d'une peine d'incarcération" (Juge 18 Can).

Le codage de faible inférence est "crime grave = incarcération".

La catégorie est "principe de proportionnalité", entendu comme principe strictement attaché à la théorie retributiviste soutenant que l'autorité doit chercher à infliger une souffrance (emprisonnement) à différents niveaux d'extension temporelle (*durée* de l'emprisonnement).

La conceptualisation, en utilisant la théorie de la RPM, est que le principe de la proportionnalité est un obstacle cognitif à l'innovation.

La théorie de l'observation permet d'observer que la mise en place par l'observateur de la relation théorique (ou la clé de lecture) "crime-peine" suspend ou neutralise d'autres clés de lecture possibles. Par exemple, la clé de lecture "peine-droits fondamentaux" dans laquelle la peine exprime par elle-même les valeurs positives du système.

Nous détaillons la méthode d'analyse issue de la théorie de l'observation dans le point suivant de ce chapitre. Notons que cet exemple est un peu réducteur car la conceptualisation émerge progressivement et en faisant dialoguer les catégories des différentes entrevues (analyse transversale).

Soulignons encore que la théorisation ancrée dont il est question ici est axée sur les idées. Elle n'est pas axée sur les énonciations, les sentiments, les opinions, les émotions, etc. Ce sont des idées qui sont soumises, dans le cadre d'une analyse verticale et transversale, au travail de codage, de catégorisation et de conceptualisation. Notre démarche consiste à rendre visible un problème commun à plusieurs opérateurs du droit (plusieurs systèmes psychiques). Par conséquent, nous avons besoin de détecter les idées centrales qui posent un défi au niveau de l'observation et de montrer les connexions entre les manières d'observer des différents opérateurs à propos de ces idées, sans qu'il soit nécessaire de dégager le fil rouge de chaque interlocuteur et la logique générale de chacun dans

cette démarche. Ce qui importe pour notre travail, et dont il est rendu compte dans les chapitres d'analyse, concerne l'analyse de la manière dont les idées centrales dégagées sont observées. Il n'était pas utile de rendre compte de l'analyse individuelle des entrevues au regard de la problématique. Nous avons choisi de donner moins de contenu extensif quant à notre matériel, et de présenter plus en détails les difficultés d'observation que nous avons trouvées ainsi que les ouvertures que nous avons repérées dans l'optique que le chemin soit plus clairement balisé vers ce qui représente le cœur de la réponse à notre question de recherche.

Bien que l'empirie porte sur des idées (obstacles cognitifs ou perspectives d'innovation par rapport à la RPM), la démarche d'analyse est empirique car nous avons effectué le travail de rencontrer empiriquement le problème de recherche avec des opérateurs judiciaires. Nous avons puisé des idées dans les communications judiciaires et nous les avons analysées à l'aide de divers outils. Nous avons cherché les obstacles cognitifs et les pistes d'innovation dans le matériel empirique. L'analyse inductive se sert toutefois des idées qui informent théoriquement toute la problématique afin d'être pertinente par rapport à celle-ci (opération en pince de Bateson). L'analyse des données empiriques est "circulaire" dans la mesure où le mouvement va de la théorie aux données et des données à la théorie en fonction du problème de recherche.

Notons encore que l'analyse repose sur des allers-retours entre plusieurs sources de données : entretiens, décisions de l'affaire Bissonnette, slices of data (notamment des textes de commissions de réforme du droit). Nous avons combiné l'analyse des entrevues avec l'analyse des documents dans une démarche inductive. Nous avons ajouté quelques slices of data pour mettre l'accent sur certains éléments.

La méthodologie que nous présentons ici est propre à notre objet de recherche, à notre problématique et à notre posture épistémologique. Nous espérons cependant que cette méthodologie particulière puisse éventuellement intéresser d'autres chercheurs dans leur propre démarche si, comme cela a été le cas pour nous, ils font face à des contraintes méthodologiques qui ne servent pas leur problématique. En effet, la méthodologie doit répondre aux besoins de la question de recherche de manière concrète.

Si les standards méthodologiques ne permettent pas d'avancer, de trouver une réponse à la question de recherche à l'intérieur de la problématique, la créativité méthodologique est alors de mise.

B. La méthode spécifique de la théorie de l'observation

Après avoir décrit la démarche globale d'analyse dans le point précédent, nous développons ici la manière spécifique dont nous avons fait usage de la théorie de l'observation dans l'analyse des données empiriques⁵⁵.

Rappelons que, selon Luhmann, la capacité de connaître est "*manufactured by operations of observing*" (Moeller, 2006). En d'autres termes, "*pour connaître, il faut observer et, pour observer, il faut distinguer*" (Raupp, 2015, p.92). Le concept d'observation est compris, dans le cadre de cette théorie, comme étant l'usage de distinctions (Luhmann, 2002).

L'observation s'effectue alors selon une marche à suivre bien particulière empruntée au mathématicien Spencer-Brown (Raupp, 2015) : l'observation s'effectue par le traçage d'une distinction et l'indication d'une de ses deux faces. La face indiquée est celle qui est observée, l'autre reste dans l'ombre. En ce sens, on peut dire que "*toute observation est ainsi partielle et ne peut pas tout voir*" (Raupp, 2015, p.92). Toute observation produit nécessairement un angle mort car toute observation exclut quelque chose de l'observation (Labonté, 2019). Par conséquent, pour observer quelque chose, il faut nécessairement être aveugle à l'égard d'autre chose (Luhmann, 2002).

Étant donné que l'observation dépend des distinctions tracées, il en découle que toute observation aurait pu être effectuée autrement si une autre distinction avait été tracée au départ (Luhmann, 2002 ; Labonté, 2019). L'observation est donc toujours contingente (Brunczel, 2010) dans le sens où elle dépend des choix opérés par l'observateur pour observer de telle manière plutôt que telle autre (Labonté, 2019).

⁵⁵ Rappelons que la théorie de l'observation propose à la fois une posture épistémologique et une méthodologie d'analyse.

Dans cette conception de l'observation, *"toute entité pouvant tracer des distinctions est un observateur, incluant les systèmes psychiques (conscience) et les systèmes sociaux"* (Pires, 2004, p.182). Comme déjà mentionné, à l'instar de Luhmann et d'autres auteurs s'inscrivant dans sa perspective, nous reconnaissons qu'il existe une pluralité de systèmes observateurs (Raupp, 2015). Observer consiste à tracer une distinction et à indiquer quelque chose pour le distinguer d'autre chose, ce quelque chose pouvant être un observateur (Luhmann, 2002).

Dans la conception spécifique de l'observation que nous présentons, il existe deux types d'observations (Luhmann, 2002) : les observations de premier ordre et les observations de second ordre. D'un côté, *"les observations de premier ordre désignent ces opérations effectuées pour observer la réalité : distinguer entre ceci et cela et indiquer ceci et non cela. La réalité désigne ici tout simplement ce qui est observé"* (Labonté, 2019, p.111). D'un autre côté, *"lorsque l'observation est effectivement orientée vers [...] les distinctions qui ont été tracées par ces observateurs observés, on parlera dès lors d'observations de deuxième-ordre"* (Labonté, 2019, p.112). En d'autres mots, les observations de second ordre sont des observations de premier ordre qui désignent un observateur dans l'observation (Possas, 2009). Au niveau opérationnel, rien ne distingue les deux types d'observation (Labonté, 2019). Ce qui fait la distinction est le fait que les observations de second ordre permettent de rendre visible l'observation des observateurs de premier ordre, c'est-à-dire autant ce qu'ils ont vu que ce qu'ils n'ont pas vu. Notons que les observations de second ordre possèdent également leurs propres angles morts (Labonté, 2019).

Ce qui rend l'observation de second ordre intéressante pour l'analyse est le fait que l'observateur peut observer comment un autre observateur a mis en place ses distinctions et opéré ses choix. L'observateur de second ordre observe la structure d'observation de l'observateur de premier ordre. Ainsi, *"l'observateur de second ordre se donne les moyens de voir ce que l'observateur n'a pas vu, c'est-à-dire ses angles morts"* (Labonté, 2019, p.114). Dans le cadre de cette recherche, en tant qu'observateur de premier ordre, le système de droit criminel et ses opérateurs observent des situations-problèmes. En tant qu'observateur de second ordre, nous nous demandons comment ce système et ces opérateurs observent ces situations-problèmes (distinctions, sélections, choix) de manière à mobiliser et légitimer une manière de déterminer et de justifier les peines ainsi qu'une pratique de recours à l'emprisonnement. Notons que les entretiens réflexifs permettent au chercheur, grâce à la

réflexion des interlocuteurs, de prendre conscience de certains de ses propres angles morts en tant qu'observateur de second ordre.

Précisons qu'il n'existe, quant au type d'observation, que deux ordres d'observation : le premier et le second (pas de troisième, quatrième, etc.). La qualification de "premier ordre" ou "second ordre" découle donc du type d'observation effectué. Une observation qui n'observe pas les distinctions effectuées est une observation de premier ordre. Une observation qui observe les distinctions effectuées est une observation de second ordre.

Dans ce travail, nous sommes *le système observateur* et le système de droit criminel est *le système observé*. Cependant, dans notre observation de second ordre, nous effectuons des distinctions que nous n'observons pas. Ainsi, notre observation pourrait, elle-même, être observée par un autre observateur de second ordre (un observateur tiers ou nous-même dans une temporalité différente). Dans ce cas, l'autre observateur devient le système observateur et notre propre observation est le système observé⁵⁶. Cet autre observateur peut observer ce que nous n'avons pas vu dans notre propre observation, c'est-à-dire nos angles morts.

Nous mobilisons cette méthode car elle rend possible l'analyse de la manière dont les opérateurs du droit observent leur réalité en permettant d'étudier les distinctions qu'ils utilisent (Labonté, 2019). En effet, nous avons précisé que réaliser une observation de second ordre consiste à analyser une observation de premier ordre : l'observation de second ordre thématise l'acte d'observer en tant que tel, c'est-à-dire qu'elle *indique* la distinction que l'observateur de premier ordre est en train d'utiliser (Possas, 2009). Plus précisément, la mobilisation de cette méthode vise à répondre aux types de questionnement suivants : "*comment un système-observateur observe certaines choses et n'en observe pas d'autres ? (...) quelles sont les distinctions utilisées pour observer ? quelles sont les deux faces de la distinction employée par l'observateur ? quelle est la face dans laquelle il se situe pour observer ou la face qu'il valorise et celle qu'il dévalorise ? etc.*" (Raupp, 2019, p.7).

⁵⁶ Cela se produit, par exemple, lorsque notre recherche est lue par un jury pour être évaluée.

Notons que cette méthode d'analyse est purement descriptive dans le sens où *"elle permet de décrire comment un aspect de la réalité a été observé par un observateur ou comment un observateur a observé"* (Labonté, 2019, p.116). Il est, dès lors, important de la combiner à la théorie explicative qu'est la théorie de la rationalité pénale moderne afin de comprendre les idées, relatives ou non aux finalités de la peine, qui agissent comme ressources cognitives en lien avec la manière d'être et d'agir du système de droit criminel. Cette combinaison nous aide à saisir et à expliquer les choix réalisés par l'observateur de premier ordre dans sa manière d'observer et de construire sa réalité.

Cette manière d'observer bénéficie également d'un potentiel critique (Dubé, 2022) au sens où elle permet la mise en valeur de possibilités qui ont été invisibilisées, en changeant les termes de la distinction par exemple. Elle permet ainsi à un observateur de *"voir ce qu'il n'a pas vu (ou du moins à favoriser les conditions pour que cela se produise)"* (Labonté, 2019, p.117). En effet, l'observateur de second ordre trace ses propres distinctions pour rendre visibles les angles morts d'un autre observateur comme les opérateurs du droit (Labonté, 2019). Par la mise en lumière des angles morts du système de droit criminel, l'observateur de second ordre crée *"les conditions nécessaires à ce que l'observateur [de premier ordre] prenne connaissance de ses propres angles morts, voire de ses propres contradictions afin de favoriser d'autres distinctions pour orienter ses observations futures"* (Labonté, 2019, p.117).

La conscience de la contingence des observations invite les chercheurs à la *"vigilance épistémologique"* au sens de Bachelard (Bachelard, 1922 dans Pires, 2004, p.181). Cette posture conduit à faire preuve de prudence dans l'analyse, ce qui pousse le chercheur à *"suggérer plutôt que d'affirmer, montrer plutôt que de démontrer, établir une corrélation plutôt que de forcer une causalité"* (Dubé, 2008, p.118).

Conclusion

La posture épistémologique et théorique selon laquelle il est possible d'observer un système d'idées d'un système social (Pires, 2004) a des implications méthodologiques. Nous cherchons à observer ce système d'idées à travers les communications (incluant les décisions et les actions) des opérateurs du système de droit car le système social est composé des communications émanant des systèmes psychiques.

Le système psychique des interlocuteurs ne nous intéresse pas de manière centrale, au contraire de la communication. Cela a un impact sur la méthodologie au niveau du choix des sources (communications judiciaires), de l'échantillonnage (pas de diversification si importante car les caractéristiques personnelles ne sont pas au centre) et de l'analyse (observation de la manière d'observer et observation de l'influence de la RPM sur la manière d'observer ainsi que des ouvertures vers des manières d'observer qui se dégagent de ce système d'idées).

Nous partons de la prémisse épistémologique que l'observation du système d'idées du système de droit criminel peut être observée à partir de différents supports communicationnels (communications de réflexion, décisionnelles et d'extraction) (Pires, 2015). Compte tenu de l'objectif théorique qui est d'interroger la rationalité du système de droit criminel, il n'est pas nécessaire d'opérer une rupture méthodologique entre les sources de données. Nous réalisons donc une analyse intégrée des données empiriques provenant de différentes communications judiciaires. Cette perspective épistémologique permet de réduire l'écart classique entre les différentes sources de données. Pour cette raison, l'étude de l'affaire Bissonnette est soumise au même dispositif d'analyse que les entrevues et les résultats sont présentés ensemble dans les deux chapitres suivants.

Le défi pour l'analyse est que les différentes communications se trouvent à l'interface entre l'individu (sa conscience particulière) et la rationalité du système. Il s'agit donc d'arriver à observer la rationalité du système par la médiation des opérateurs, sans annuler le rôle et la présence de ceux-ci comme observateurs. Pour ce faire, un va-et-vient entre la conscience et la communication est nécessaire. Dans la rédaction des chapitres d'analyse, nous visons l'observation du système d'idées du système et la mise en lumière de la représentativité des idées dans la communication, plutôt que l'analyse des particularités des opérateurs interrogés en tant que telles.

Chapitre IV : L'emprise de la rationalité pénale moderne sur les normes de sanction

Introduction

Les chapitres IV et V sont consacrés à l'analyse des données empiriques. Rappelons que l'objet d'observation de cette recherche est le rapport entre la protection des droits fondamentaux et le recours à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes graves. À cet égard, l'énigme que nous cherchons à résoudre est la suivante : comment la protection des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité est-elle observée dans la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves ?

Dans la revue de littérature, nous avons souligné qu'il était insuffisant de s'en tenir à formuler une critique négative de la finalité de neutralisation sans tenir compte du fait que, dans certains cas de figure, l'emprisonnement est un moyen à considérer pour répondre à des situations qui causent un problème de sécurité. Il nous semble, en effet, que la problématique de la protection des droits fondamentaux se situe moins dans le recours à l'emprisonnement en tant que tel que dans la rationalité justificatrice et gestionnaire du recours à ce moyen, à savoir la rationalité pénale moderne (dont fait partie la finalité de neutralisation), qui rend possible une indifférence et/ou des dérives au regard des droits fondamentaux.

Par conséquent, notre démarche consiste à observer et à analyser la manière dont les opérateurs du système de droit criminel observent cette problématique. Cette observation est nécessaire pour comprendre et penser le rapport entre le recours à l'emprisonnement et l'universalité de la protection des droits fondamentaux, même lorsque le système cherche à répondre à un besoin de sécurité. Notons à cet égard que l'analyse des communications judiciaires est influencée par la problématique de recherche, dans le sens où celle-ci oriente le regard sur certains objets plutôt que d'autres.

De plus, l'observation et la description de la façon d'observer des opérateurs du droit dans les communications judiciaires sont rendues possibles et reposent sur ce que nous avons appris grâce à la littérature criminologique et juridique et grâce aux théories que nous mobilisons pour soutenir cette

recherche. En effet, sans ces acquis et ces connaissances développées nous n'aurions pas été en mesure d'observer empiriquement ce que nous avons fait émerger depuis les communications judiciaires. Le cadre scientifique, théorique, épistémologique et méthodologique que nous avons élaboré au préalable nous permet d'appréhender de manière informée les observations et les non-observations des opérateurs du droit relativement à la problématique de la recherche.

Nous réalisons cette analyse des données empiriques en trois temps. Le premier concerne la mise en lumière des points névralgiques à traiter apparus dans les communications judiciaires. Nous ciblons et nous décrivons les éléments constitutifs du problème du recours à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves au regard de l'universalité de la protection des droits fondamentaux tels que présentés par les opérateurs du droit. Nous analysons la manière dont ces opérateurs observent ces éléments, dans l'état de connaissance actuel du système de droit criminel, et nous soulignons les aspects qui, selon nous, sont importants à saisir car ils représentent des obstacles à l'innovation, c'est-à-dire qu'ils empêchent de sortir de la RPM ou y ramènent toujours.

Le deuxième temps, présenté dans le chapitre V, est celui de la mise en valeur et de l'analyse des "actualisés prometteurs"⁵⁷ qui ressortent dans les communications judiciaires, c'est-à-dire des éléments annonceurs d'innovation et de la construction d'une rationalité pénale alternative. Notons que, durant l'entretien réflexif, certains juges se sont placés eux-mêmes comme observateurs de second ordre de leur propre pratique. Les ouvertures pour l'innovation renvoient donc tantôt à des ressources qui ont émergé de notre propre observation de second ordre sur la manière d'observer des opérateurs du droit, tantôt à des idées perçues et explicitées à la suite de l'observation de second ordre des opérateurs eux-mêmes sur leur propre manière d'observer. Ces ressources pour l'innovation sont donc les idées qui apparaissent de manière implicite ou explicite dans les communications judiciaires et qui peuvent mener à une sortie du système d'idées de la RPM et engendrer une façon plus respectueuse des droits fondamentaux de concevoir les peines et le recours à l'emprisonnement en droit criminel.

⁵⁷ La notion d'"actualisé prometteur" se distingue de la notion d'"actualisé redondant". Les actualisés prometteurs sont les idées ou les manières d'observer qui existent dans le système et qui peuvent engendrer l'innovation cognitive dans le champ de la détermination des peines, tandis que les actualisés redondants sont les idées et les manières d'observer qui existent dans le système et qui produisent toujours plus de la même chose (Dubé, Ferron Ouellet, 2020).

Le troisième temps, également présenté dans le chapitre V, est celui de la (re)construction. Il constitue une contribution pour penser un recours à l'emprisonnement à partir de l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Il consiste dans la structuration des ressources pour l'innovation puisées dans les données empiriques vers l'élaboration d'un dispositif pour repenser l'intervention du système de droit criminel (le dispositif du seuil du désastre). Les bases de cette contribution sont donc posées dans l'analyse des données empiriques. Les trois phases sont en effet interreliées.

L'analyse des données empiriques contribue aux trois temps de la démarche globale : la description des obstacles cognitifs à observer en lien avec la problématique, l'observation de la présence de ressources pour l'innovation dans les communications judiciaires et l'élaboration d'un dispositif pour repenser l'intervention du système de droit criminel et tendre vers une rationalité alternative dans le champ des normes de sanction.

Dans cette démarche en trois phases, nous mobilisons une distinction analytiquement éclairante proposée par Kaminski, dans son ouvrage *Crimelight* (Kaminski, 2023) afin d'exposer, d'une part, la manière d'observer légitimée par le système d'idées de la RPM, tout en montrant, d'autre part, ce que le système de droit criminel ne voit pas qu'il ne voit pas (les actualisés prometteurs). Cette distinction est la distinction entre "*visualité*" et "*contre-visualité*" (Kaminski, 2023, pp.44-45). Elle découle d'une citation de Mirzoeff (2011) dans laquelle il explique que la visualité est "*la mobilisation légitimée de manières spécifiques de montrer et d'ordonner le monde*". Kaminski ajoute à ces mots que "*la visualité se présente comme neutre puisqu'elle confirme l'imaginaire qui rend ses objets reconnaissables. La visualité (forcément dominante) d'une époque rend reconnaissables des situations sociales, des problèmes sociaux ou des catégories sociales*". Selon notre compréhension, la visualité se présente comme neutre car elle est légitimée. Dans le cadre de cette recherche, la visualité confirme la manière de déterminer et de justifier les peines qui a été construite dans le système d'idées de la RPM.

Nous adoptons une posture selon laquelle faire reconnaître au système et ses opérateurs la manière d'observer adoptée (visualité) ainsi que de rendre visibles d'autres manières de voir (contre-visualité) est virtuellement susceptible de faire évoluer le système de droit criminel et de le faire sortir de la visualité dominante légitimée par la RPM. Engendrer l'innovation dans le champ de la peine passe ainsi

par le fait de rendre visible la contre-visualité car elle permet de sortir de la visualité légitimée. Dans notre cas, une contre-visualité est créée en mobilisant une logique d'universalité de la protection des droits fondamentaux. Nous montrons, dans ce chapitre et dans le suivant, que la contre-visualité se trouve dans l'universalité de la protection de ces droits, c'est-à-dire à l'égard de tous et chacun. Ce point se précise au fur et à mesure de l'analyse. La distinction épistémologique entre *visualité* et *contre-visualité* permet alors de stimuler une prise de distance favorisant la sortie du système d'idées de la RPM ainsi que la construction d'une rationalité pénale alternative fondée sur les droits fondamentaux.

Dans ce chapitre, nous présentons ce que nous avons pu observer dans les communications judiciaires, ainsi que la manière dont nous avons observé. En effet, au-delà de montrer ce qui est observable, nous faisons notre possible pour garantir la compréhension du processus d'observation en indiquant les distinctions mobilisées.

La présentation de l'analyse se divise en quatre parties, représentant chacune un thème. Ce choix de présentation découle de la méthodologie et de la problématique. Nous avons segmenté et codifié les communications judiciaires et nous avons ensuite regroupé les codes par thèmes (catégories) selon la méthode de la théorisation ancrée. Parmi tous les thèmes qui ont émergé, le choix des quatre thèmes qui figurent dans ce chapitre a été orienté par la problématique de la recherche. Nous avons choisi les plus pertinents, c'est-à-dire ceux qui nous permettent le mieux de traiter le problème que nous étudions : la notion de peine, le recours à l'emprisonnement, les droits fondamentaux et le pouvoir des opérateurs du droit.

Avant de plonger dans l'analyse des quatre thèmes (section II), nous consacrons la première section de ce chapitre à la réception du questionnement de la recherche par les opérateurs du droit (section I). Cela nous permet de souligner la complexité de la problématique ainsi que le caractère fondamental de la contribution des opérateurs du droit qui ont été de réels co-constructeurs de la réflexion.

La seconde section du chapitre porte sur la présentation des résultats de l'analyse relative aux manières d'observer qui enferment dans le système d'idées de la RPM.

Section I. La réception du questionnement par les opérateurs du droit

Nous commençons ce chapitre d'analyse par la présentation de résultats de notre observation sur la manière dont les juges et procureurs ont reçu le questionnement de la recherche. Comme nous l'expliquons dans ce chapitre, nous avons parfois éprouvé une certaine difficulté à rendre l'objet de recherche visible pour eux. Cette difficulté constitue en soi un résultat intéressant qui fait l'objet de développements dans l'analyse. Toutefois, le point que nous voulons approfondir dans la présente section est celui de l'ouverture et de l'intérêt des magistrats envers la réflexion proposée, malgré sa complexité.

En effet, nous avons pu constater une certaine ouverture, voire une gratitude, de la part de certains magistrats d'avoir été exposés à une réflexion sur l'observation de leur pratique et de la manière dont ils pensent cette dernière. Celle-ci nous semble présenter trois niveaux d'intérêt. Le premier est l'indication que la problématique suscite la curiosité et la volonté de réfléchir auprès des opérateurs du droit. Celle-ci témoigne du fait qu'ils ont envie de continuer à se former en tant que professionnels et qu'ils sont demandeurs de pouvoir s'appuyer sur des résultats de recherche et des réflexions théoriques aptes à alimenter leur pratique. Le deuxième niveau est celui des résultats espérés de cette recherche. En effet, nous avons pu observer que la recherche a déjà eu un impact sur certains magistrats au moment même de sa réalisation, avant la publication des résultats en tant que tels. N'offrant en soi aucune garantie, cet indicateur est de bon augure dans la quête d'une remise en question de la rationalité du système de droit criminel par ses opérateurs principaux. Enfin, le troisième niveau d'intérêt, lié au deuxième, est méthodologique, suggérant que l'entretien réflexif engendre un double effet bénéfique. D'une part, il permet de récolter des données d'une grande richesse et fait évoluer la réflexion du chercheur sur la base de la manière d'observer des juges et procureurs. D'autre part, il permet de faire évoluer la réflexion de ceux-ci en les invitant à observer la manière dont ils observent leur propre pratique. Ces différents niveaux d'intérêt ressortent des extraits d'entrevue suivants.

La curiosité, l'ouverture et la volonté de réfléchir des opérateurs du droit se manifestent notamment ainsi :

"Je lirai avec beaucoup d'intérêt le jour où vous aurez mené à terme vos réflexions. Mais vous mettez le doigt sur une problématique. C'est que c'est incontestable qu'il y a de tout. C'est un mélange de quantité de choses. J'en ai été, je ne vais pas dire la preuve vivante, mais quand je vous disais qu'il est peut-être un peu difficile d'aller redécortiquer tout ce qui a fait que. Mais en discutant avec vous, je me rends compte que tous ces éléments sont venus s'entre-mêler et peut-être, peut-être, nonobstant la position qui est la mienne, j'ai peut-être commis une erreur à cet égard c'est que j'ai ... manqué de clarté. J'ai peut-être manqué de positionnement."

(Juge 1)

"Moi je suis ouvert. D'ailleurs, ils sont en train de parler de réformer le code pénal. Donc moi je suis ouvert à toute nouvelle chose, et même à penser autrement (rire) !" (Juge 5)

"Écoutez, voilà, c'étaient de bonnes questions. Peut-être le jour où vous avez terminé votre thèse, donnez-moi un lien où je pourrai aller regarder. Ça m'intéresserait." (Juge 3)

"Je trouve que c'est très très bien, en tout cas, qu'il y ait des réflexions sur le sujet, parce que ça nous aide énormément." (Juge 8)

"Je trouve cette réflexion très intéressante (...) Bravo ! C'est un excellent sujet !" (Juge 18 Can)

Nous pouvons constater que la recherche non achevée a déjà un certain impact sur les opérateurs du droit et contribue à une évolution de leur pensée (efforts visibles de réflexion, remises en question, etc.) dans les propos suivants :

"Et merci à vous de me livrer à toutes ces questions. Comme quoi j'ai peut-être manqué une partie de mon cheminement, mais je l'ai sans doute fait implicitement." (Juge 1)

"Ce que je vais vous dire, c'est que ce genre d'entrevue nous fait du bien aussi. Ça nous fait réfléchir. (...) Ce genre de rencontre c'est très stimulant pour nous et ça nous secoue. Et surtout des vieux juges comme nous !" (Juge 2)

"Je ne sais pas vous répondre. Et pourquoi est-ce que je ne sais pas vous répondre ? Je ne sais pas vous répondre parce que j'ai l'impression que le problème n'est pas là. (Silence) Nous n'avons pas un problème (hésitation) ... mais je suis peut-être aveugle." (Juge 12)

"Punir... punir... qu'est-ce que ça pourrait vouloir dire "punir" ? ..." (Juge 2)

"(Silence) Alors, ça signifie quoi punir ? C'est une bonne question, hein ! (Rire) Hmm (silence réflexif)." (Juge 15)

"Ce que j'ai, je pense ... je ne pense même pas, je suis certain, que j'ai intégré, à tout le moins de manière implicite, parce que c'est vous qui me donnez l'occasion maintenant de tourner cela de façon plus scientifique, dirais-je, je crois qu'implicitement je me suis dit qu'avec la prison je vais aller à l'encontre des droits de l'individu." (Juge 1)

Il ressort de ces extraits une dimension "gagnant-gagnant" des entretiens. Celle-ci est importante sur le plan méthodologique car elle indique que la technique d'entretien choisie, ainsi que le type d'étiquette mis sur les juges et procureurs, en l'espèce "co-constructeurs de la réflexion", impactent énormément la qualité de la récolte de données. Plusieurs d'entre eux, tant en Belgique qu'au Canada, ayant eu une expérience d'entretien positive nous ont d'ailleurs mis en contact avec leurs collègues en leur suggérant de participer à la recherche. Cela nous a permis d'élargir notre champ de récolte de données. Ce fut un autre effet positif inattendu de notre méthodologie de recherche.

Au-delà des aspects méthodologiques, ces extraits montrent aussi l'importance et l'utilité de la collaboration entre le monde académique et le monde judiciaire. Ces deux univers sont souvent envisagés de manière scindée. Pourtant, lorsqu'ils parviennent à se rejoindre, ils sont une source d'alimentation précieuse l'un pour l'autre.

Nos données permettent d'observer que les opérateurs du droit ne semblent pas être contre la transformation ou le fait de penser et faire autrement. Cependant, le travail de réflexion et l'exploration

des idées pour arriver jusque-là n'est pas le leur. Cette tâche, ainsi que la transmission des connaissances développées, reviennent plutôt aux chercheurs académiques.

Quand les opérateurs du droit disent "*Je lirai avec beaucoup d'intérêt le jour où vous aurez mené à terme vos réflexions*" ou "*le jour où vous avez terminé votre thèse, donnez-moi un lien où je pourrai aller regarder*", ils témoignent d'une ouverture à la réflexion, tout en indiquant que cette réflexion n'est pas la leur. Il revient, en effet, au chercheur d'explorer les idées, de réfléchir à d'autres manières de penser, de suggérer des interprétations, de structurer la connaissance pour engendrer la transformation et de rendre visible des possibilités d'interprétation qui permettent d'aller dans telle direction plutôt que dans telle autre. Les opérateurs du système de droit criminel n'ont pas les moyens d'un tel investissement (temps, énergie, formation, etc.). Ils se consacrent déjà pleinement à la résolution de problèmes provenant de la pratique.

La réalisation des entrevues avec des magistrats et leur positionnement comme des co-constructeurs de ce travail de réflexion ont permis de comprendre, dans la manière d'observer des juges et procureurs, quels sont les éléments du problème à traiter. Ils nous ont donné les pièces du casse-tête. Nous avons parfois dû nous armer de patience car certaines tentatives de mise en échec de notre réflexion, des attitudes fermées, des incompréhensions, etc. ont surgi. Le thème de cette thèse vient en effet toucher la partie la plus difficile du travail des juges et des procureurs, car il concerne les sentences les plus sévères. Certains doivent résoudre un problème de dissonance cognitive entre certaines valeurs personnelles et ce que leur travail leur réclame de faire. Nous avons rencontré différents types d'opérateurs du droit : certains qui étaient plutôt dans un modèle de reproduction du *statu quo*, d'autres qui étaient plutôt ouverts, voire déjà en route pour actualiser des possibilités d'innovation, et d'autres encore qui cheminaient déjà vers l'innovation, qui n'y étaient pas encore tout à fait mais qui voyaient des points d'ouverture possibles.

Le matériel empirique récolté et analysé permet d'indiquer les zones sur lesquelles nous devons travailler, penser, chercher des voies de sortie des incohérences repérées. Notre rôle a consisté, d'une part, à observer autant les attitudes d'ouverture que celles de repli par rapport au besoin d'innovation dans le champ des normes de sanction, et, d'autre part, à structurer la réflexion à partir de là dans le

but d'explorer des idées et d'ouvrir des pistes pouvant mener à l'innovation dans la pratique des magistrats. Nous n'émettons pas de jugement de valeur sur le type de posture des magistrats qui ont contribué à cette recherche. En effet, comme l'indique très justement Kaminski, *"la connaissance, même soutenue par une posture constructiviste et critique, n'incrimine pas. Elle ne condamne pas. Sinon, elle se condamne elle-même"* (Kaminski, 2015, p.227). Au contraire, chaque participant (opérateur du droit et chercheur) en restant fidèle à sa vision du droit pénal ainsi qu'en jouant chacun son rôle et en se rejoignant à des points d'intersection-clés, peut collaborer à faire évoluer le système de droit criminel dans le sens de l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Section II. Les manières d'observer qui enferment dans la RPM

Cette section est consacrée à l'analyse des idées et des manières d'observer qui enferment le système de droit criminel dans le système d'idées de la RPM et qui constituent, ainsi, des obstacles à l'innovation dans le champ des normes de sanction.

Nous avons dégagé quatre groupes de problèmes et nous fournissons l'analyse que nous avons réalisée des différents symptômes narratifs des obstacles à l'innovation qui y correspondent. Chaque sous-section renvoie à une question que nous avons tenté d'élucider à propos de chaque thème en particulier.

Ainsi, dans le point A, nous traitons de la manière de justifier les peines en cherchant à répondre à la question suivante : Comment les finalités de la peine de la RPM sont-elles mobilisées dans les communications judiciaires ? La conception de la peine et de ses finalités s'est assez naturellement présentée comme un élément central pour l'observation étant donné que nous avons interrogé les opérateurs du droit sur leur manière de concevoir le recours à l'emprisonnement *comme peine*.

Dans le point B, nous examinons la manière de recourir à l'emprisonnement et les raisons d'y recourir au moment de penser la détermination des peines en nous intéressant à la question : Comment le recours à l'emprisonnement est-il envisagé dans le système d'idées de la RPM ? Le thème du recours à l'emprisonnement s'est trouvé au cœur des réflexions menées avec les opérateurs du droit comme seconde conséquence logique de notre questionnement.

Dans le point C, nous analysons la manière dont les droits fondamentaux sont considérés et protégés dans le système de droit criminel en nous concentrant sur la question : Comment les droits fondamentaux sont-ils observés dans le champ des normes de sanction ? Afin de saisir comment la protection des droits fondamentaux est envisagée, nous nous intéressons aux difficultés d'observation à l'égard de ces droits en lien avec la détermination et la justification des peines ainsi que le recours à l'emprisonnement.

Et, enfin, dans le point D, nous nous intéressons au rôle des opérateurs du droit par rapport au système d'idées de la RPM et à sa redondance en investiguant la question : Comment les opérateurs judiciaires conçoivent-ils leur pouvoir et leur responsabilité dans le champ des normes de sanction ? Ce choix découle de la problématique du rapport entre le système de droit et le système politique ainsi que de l'absence d'innovation dans les réformes du droit venant du système politique.

A. Les idées relatives à la justification des peines

Nous avons examiné la manière dont la peine et ses finalités sont considérées sous l'emprise de la RPM. Nous avons repéré trois obstacles majeurs à l'innovation à cet égard.

Le premier est la dévalorisation contemporaine de la réhabilitation au profit des finalités de la peine du noyau dur de la RPM (1). Le deuxième est l'invisibilité de la sévérité des peines engendrée par ce système d'idées (2). Le troisième est la logique de la proportionnalité rétributive (3).

1. La dévalorisation contemporaine de la réhabilitation au profit du noyau dur de la RPM

L'affaire Bissonnette constitue un exemple particulièrement éclairant de la dévalorisation contemporaine de la réhabilitation dans la hiérarchie des finalités de la peine. Si l'article 718 du Code criminel canadien la consacre comme principe fondamental de la détermination des peines, son application concrète révèle un décalage profond entre l'idéal proclamé et la pratique judiciaire.

Dans ses motifs, le juge de la Cour Supérieure du Québec prend soin de relever "*les problèmes de santé mentale de l'accusé, ses remords sincères, l'absence de toute condamnation antérieure et ses perspectives de réhabilitation*" ([836]), reconnaissant ainsi explicitement qu'une peine doit aussi "*favoriser sa réhabilitation à long terme*" ([839]). Il affirme même qu'"*il serait [...] cruel et contraire aux valeurs de justice et de compassion*" de priver un individu de tout espoir de recouvrer un jour sa liberté, aussi abominables que soient ses crimes ([838]). Cette reconnaissance reste cependant formelle dans le sens où elle ne modifie pas le centre de gravité de la décision, qui demeure arrimé aux piliers du *noyau dur* de la rationalité pénale moderne (dénonciation, rétribution, dissuasion) et à la neutralisation.

La peine prononcée en première instance, pour rappel l'emprisonnement à perpétuité avec une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 40 ans ([1227]), place l'idéal humaniste en fin de trajectoire carcérale, à un moment où la possibilité de réinsertion est largement théorique. L'espoir évoqué ne constitue pas une véritable ouverture vers la liberté, mais un horizon abstrait, mobilisé plutôt comme instrument de discipline carcérale et de pacification de l'ordre interne que comme garantie effective de réhabilitation. Dans cette affaire, l'humanisme pénal n'est pas supprimé, il est suspendu dans le sens où il demeure un horizon abstrait, dépourvu d'efficacité réelle sur la trajectoire carcérale de la personne condamnée et inopérant dans la temporalité de la peine.

La poursuite avait d'ailleurs explicitement demandé 150 ans d'inadmissibilité, ce qui revenait à éliminer toute perspective de réhabilitation. Si le juge ne va pas jusque-là, il adopte néanmoins une version atténuée mais structurée de la même logique : celle où la réhabilitation est reléguée à l'arrière-plan, après l'épuisement des finalités afflictives de la peine.

Une lecture attentive des paragraphes [836] à [843] de la décision de première instance dans l'affaire Bissonnette permet de repérer des passages où chaque finalité est explicitement mentionnée et implicitement priorisée. Le juge accorde une importance relative à chaque finalité de la peine dans ses motifs. Le tableau suivant permet d'illustrer la prépondérance accordée aux finalités de la peine du *noyau dur* du système d'idées de la RPM et la dévalorisation de la finalité de réhabilitation.

Analyse des finalités de la peine - Affaire Bissonnette

Finalité de la peine	Extraits de la décision	Poids (0-10)	Commentaire analytique
Dénonciation	[837] Les principes de dénonciation, de rétribution, de dissuasion générale et de neutralisation doivent, en l'espèce, jouer un rôle de première nécessité. [839] ...ajouter une pierre au rempart qu'il nous faut quotidiennement ériger pour protéger notre communauté des assauts répétés du racisme et de l'intolérance.	9	Très présente et fortement valorisée comme rempart symbolique contre le racisme et l'intolérance. Constitue un pilier central de la peine.
Rétribution	[837] Les principes de dénonciation, de rétribution... doivent, en l'espèce, jouer un rôle de première nécessité. [839] ...ne doit pas excéder ce qui est juste et approprié compte tenu de l'insigne gravité des infractions commises.	9	Étroitement liée à la dénonciation, justifie la sévérité de la peine en proportion de la gravité morale des crimes.
Dissuasion générale	[837] ...dissuasion générale... doit jouer un rôle de première nécessité.	8	Objectif affirmé comme prioritaire, bien que moins développé que la dénonciation ou la rétribution.
Neutralisation	[837] ...neutralisation... doit jouer un rôle de première nécessité. [839] ...assurer la neutralisation du délinquant...	8	Importance forte dans l'idée de protéger la collectivité par l'incapacité physique de nuire.
Réhabilitation	[836] ...problèmes de santé mentale de l'accusé, ses remords sincères... perspectives de réhabilitation. [838] ...cruel et contraire aux valeurs de justice et de compassion... de priver un individu [...] de tout espoir de recouvrer un jour sa liberté. [839] ...favoriser sa réhabilitation à long terme.	3	Reconnaissance formelle mais subordonnée aux autres finalités ; reléguée à un horizon lointain, sans incidence réelle sur la durée.

Tableau 4 : La représentation des finalités de la peine dans l'affaire Bissonnette

L'analyse des extraits repris dans le tableau permet d'observer que, si la réhabilitation est reconnue dans plusieurs passages ([836], [838], [839]), elle constitue toutefois un horizon lointain, après des décennies d'incarcération, et sans incidence réelle sur la durée de la peine, étant présente surtout comme clause humaniste, sans rôle opératoire immédiat.

Cette même logique s'observe dans le passage suivant de la décision :

"[636] Les principales considérations qui gouverneront le soussigné dans le processus de détermination de la peine refléteront donc la dualité philosophique canadienne. La dénonciation, rétributive par essence, de même que la dissuasion générale et la neutralisation, à vocation utilitariste, viseront toutes trois l'infliction d'un châtiment juste, proportionnel à la gravité des crimes et à l'état d'esprit blâmable de l'accusé. Elles transmettront au surplus une sérieuse mise en garde à ceux qui, frappés de mimétisme, pourraient, par préjugés ou haine, songer à perpétrer des crimes semblables à ceux d'Alexandre Bissonnette.

[637] Ceci dit, le Tribunal entend accorder une certaine place, quoique secondaire, à l'objectif de réinsertion sociale dans ses réflexions." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

Bien que le juge voie le potentiel de l'individu pour la réhabilitation et qu'il souligne que *"la justice extrême est extrême injustice"* ([836]), il choisit de prononcer une peine d'emprisonnement à perpétuité avec l'imposition d'une période totale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 40 ans visant avant tout *"à servir d'exemple pour la collectivité"* ([839]) illustrant ainsi la prépondérance des finalités du noyau dur du système d'idées de la RPM.

La Cour Suprême du Canada (*R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23) adopte la même posture de dévalorisation de la réhabilitation en présentant clairement celle-ci comme une finalité de second plan dans les cas de crimes graves : *"Dans le contexte de l'infraction de meurtre au premier degré, la réhabilitation est déjà subordonnée aux objectifs de dénonciation et de dissuasion, comme en témoigne la sévérité de la peine"* ([88]). Elle déclare aussi que *"pour assurer le respect de la dignité inhérente à chaque individu, l'art. 12 de la Charte commande que le Parlement laisse entrouverte la porte donnant*

accès à la réhabilitation, et ce, même dans les situations où cet objectif revêt une importance secondaire" ([9]).

Cette dévalorisation de la réhabilitation interroge sérieusement la hiérarchie des finalités de la peine. Alors que l'article 718 du Code criminel canadien codifie ce principe comme un objectif fondamental de la détermination des peines, la pratique judiciaire tend à privilégier les finalités du noyau dur de la RPM. Ce déséquilibre témoigne d'un paradoxe dans lequel, selon les circonstances, la réhabilitation est tantôt tenue comme une valeur centrale tantôt reléguée au statut de mantra dépourvu d'effet pratique.

À cet égard, les propos de la Cour Suprême sont très illustratifs : *"Pour respecter la dignité humaine, le Parlement doit laisser la porte entrouverte à la réhabilitation, même dans les cas où cet objectif revêt une importance minime. Si d'aventure un contrevenant parvenait à se réhabiliter, ce dernier doit avoir accès à un mécanisme de réexamen de sa peine, après avoir purgé une période d'incarcération qui est suffisamment longue pour dénoncer la gravité de l'infraction"* ([85]).

Ce paradoxe, selon lequel la centralité de la réhabilitation est affirmée dans le discours tout en étant dévalorisée dans la mise en œuvre, reflète une transformation plus large des systèmes de droit criminel contemporains. Comme nous l'avons expliqué dans le chapitre théorique, dans la rationalité pénale moderne, la peine tend à se structurer autour de la protection sociale immédiate, de la dissuasion générale et de la dénonciation symbolique, au détriment de la fonction prospective de réinsertion de la personne condamnée. La réhabilitation devient un élément discursif, utile pour maintenir la légitimité morale du système, mais dépourvu d'efficacité réelle dans la détermination de la durée et des modalités de la peine.

Le phénomène de dévalorisation de la réhabilitation auquel nous faisons référence ici est un phénomène contemporain. Comme nous l'avons montré dans la revue de littérature, ce phénomène apparaît à partir des années 1970 (Barton, 2005). Notre matériel empirique rend cette dévalorisation institutionnelle visible dans les communications provenant de membres du pouvoir judiciaire en Belgique et au Canada, au début du XXI^e siècle. Nous verrons, tout au long de cette recherche, que ce

phénomène peut être observé comme une *involution*⁵⁸, non seulement par rapport aux idées innovatrices présentées par les juristes et certains opérateurs du droit dans la seconde moitié du XX^e siècle, mais également à l'intérieur même du système d'idées de la RPM.

Il est important également de garder à l'esprit le fait que la théorie de la réhabilitation de la première modernité (réhabilitation carcérale) a fait l'objet d'une profonde critique interne (Rapport Fauteux, 1956 ; Lachambre 2011), donnant lieu à une nouvelle théorie de la réhabilitation durant la seconde moitié du XX^e siècle (Raupp, 2015). Celle-ci s'entremêle avec le projet de la justice réparatrice dans ses versions globalisantes qui s'adressent à tous les crimes et individus sans exception et qui incluent tous les types de sanction (y compris l'amende et l'emprisonnement). Dans le contexte de ce nouveau paysage intellectuel de la théorie de la réhabilitation, la dévalorisation de cette finalité au XXI^e siècle est une énigme.

On se demande comment a pu être entrepris un tel cheminement à contre-courant de la réhabilitation ? Sur quelles idées du système d'idées de la RPM s'appuie-t-on pour valoriser l'emprisonnement, sans penser à ses effets pervers sur la réhabilitation et/ou l'insertion sociale des individus condamnés ? Qu'est-ce que les opérateurs du droit interrogés nous racontent sur la place de la réhabilitation dans la manière contemporaine de déterminer les peines ? Un inconfort éthico-juridique à l'égard de cette dévalorisation est-il ressenti et thématiqué lors des entrevues ? Et si oui, quelles sont les idées qui font obstacle à une détermination des peines favorisant, dans la mesure du possible, l'insertion sociale des individus condamnés ? Notons que, dans ce texte, l'expression "dans la mesure du possible" doit être comprise de façon bien circonscrite et précise : elle signifie dans la mesure où les individus *ne posent pas effectivement* ou *ne posent plus* de problèmes effectifs de sécurité pour autrui selon des attentes cognitives raisonnables et pouvant être rendues visibles par des indicateurs empiriques.

Pour tenter de répondre à ces questions, nous avons analysé la manière dont les opérateurs du droit observent la notion de peine et ses justifications. Pour commencer, ces notions sont reliées à des valeurs fondamentales :

⁵⁸ La notion d'involution signifie que nous rebroussons chemin à l'intérieur du cadre de pensée de la rationalité pénale moderne (on ne revient pas au châtiment corporel, qui se situe hors du cadre de pensée de la RPM) mais on évolue négativement au regard des droits fondamentaux à l'intérieur la RPM).

"Notre système repose sur le siècle des Lumières et les idées de ce temps. C'est une provenance du XVIII^e – XIX^e siècle. Les fondements philosophiques de ce système sont la protection des valeurs fondamentales." (Juge 17 Can)

Au-delà des valeurs fondamentales que le système de droit criminel se doit de protéger, nous pouvons identifier qu'une distinction est faite entre la punition et la correction comprise dans la conception de la peine :

"Notre philosophie imprègne les normes qui sont applicables et les normes sont notamment reprises à l'article 718 du Code criminel canadien qui indique les principes et objectifs que doivent remplir les peines. Le Parlement identifie six objectifs des peines. Trois objectifs sont d'ordre punitif et trois objectifs sont d'ordre correctif. Les trois objectifs d'ordre punitif sont la répression, la dénonciation et l'isolement. Les trois objectifs d'ordre correctif sont la réparation, la réhabilitation et la réinsertion. Prononcer une peine relève de la combinaison de ces six objectifs." (Juge 17 Can)

En ce qui concerne la détermination et la justification des peines, le recours à la prison est observé comme unificateur des différentes finalités de la peine :

"Parce que je pense qu'à un moment donné... Il y a deux choses pour moi pour l'enfermement. Un, c'est d'abord une réaction de la société : dire que ça va trop loin, ça ne va plus, la société ne peut pas tolérer ça. Deux, il y a cette notion quand même de peine, de sanction et cette sanction qui doit faire réfléchir d'une manière ou d'une autre. Et troisièmement, la protection de la société." (Juge 2)

Dans cet extrait, le juge observe que le recours à l'emprisonnement comme peine poursuit différents objectifs : 1) la fonction expressive de la peine de prison ("c'est intolérable d'avoir commis ce crime"), 2) la fonction d'amendement (faire réfléchir "d'une manière ou d'une autre") et 3) la protection des victimes réelles et potentielles.

Mais, globalement, le noyau de la définition de la peine est qu'elle sert à "*marquer le coup*", à "*frapper là où ça fait mal*" (Juge 2). La notion d'affliction est observée comme intrinsèque à la définition même de la notion de peine. Cette dernière est donc observée comme devant donner priorité à l'infliction de la souffrance et à l'exclusion sociale avant de considérer la finalité de réhabilitation, si celle-ci est considérée :

"D'abord, nous sommes dans un système où la peine c'est d'abord un mal. Et puis alors ça sert... euh de période dans laquelle l'intéressé pourra bénéficier, dans certaines circonstances, d'une possibilité de restauration." (Juge 6)

Dans le passage ci-dessus, le juge observe le rôle dévalorisé de la "restauration", en y incluant la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité (Rotman, 1990 ; Raupp 2015).

Selon nos observations empiriques, le problème de la dévalorisation de la réhabilitation est conditionné par la présence et la force (l'*énergie*) du système d'idées de la RPM et de son noyau dur. Notons à cet égard, au niveau du vocabulaire employé dans l'extrait d'entretien suivant, que l'opérateur emploie la notion de "fonction" comme synonyme de "finalité". Ces deux notions sont placées au même plan, ce qui veut dire que la notion de fonction ne fait pas ici de référence directe à la protection des droits fondamentaux.

Le juge énonce la faible emphase placée sur la réhabilitation à l'intérieur de ce système d'idées. La priorité est mise sur l'infliction de la souffrance, en espérant que celle-ci puisse avoir comme résultat *la réhabilitation*. Un sentiment de "bonne conscience collective" sera sauvegardé si un espace est réservé en fin de vie pour que l'individu puisse, si son destin le lui permet, se retrouver en liberté d'une quelconque manière :

"Une fonction de la peine, bien on fait mal d'un côté, mais il y a aussi la fonction, peut-être encore aussi assez théorique, de restauration. On leur dit, voilà, vous avez une peine [afflictive], mais on espère que, au bout de cette peine, vous allez pouvoir vous réintégrer dans la société."

C'est un peu cela qu'on dit. On n'est pas censé fermer la porte complètement. En fait, on la ferme quand même. [...] Mais encore une fois, ça fait partie des fonctions [au sens de finalités] de la peine (inspiration) qui sont des fonctions (silence plein), plus théoriques que... que réelles." (Juge 6)

Dans l'extrait suivant, le juge de la Cour Supérieure du Québec observe lui-même la dévalorisation de la réhabilitation, au point qu'un espace ne lui est même plus réservé en fin de vie, au profit des finalités du noyau dur de la RPM :

"[51] Ainsi, "on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi" (Nur, par. 45). De même, le juge Vauclair affirme avec justesse que "la recherche de l'exemplarité au détriment des éléments de preuve qui démontrent le mérite des objectifs de réhabilitation est incompatible avec le principe d'individualisation" (Lacelle Belec c. R., 2019 QCCA 711 (...)).

(...)

[343] Dans la présente affaire, la Couronne demande que les périodes d'inéligibilité à toute libération conditionnelle soient purgées de façon consécutive, de manière à ce qu'Alexandre Bissonnette ne devienne admissible à une remise en liberté sous conditions qu'à l'âge de 177 ans.

(...)

[759] (...) Les juges doivent, en tout temps, recourir à leur sens commun pour protéger les justiciables contre les sanctions démesurées.

[760] L'âge de l'accusé constitue évidemment un facteur important à prendre en considération. Lorsque la période de détention envisagée dépasse l'espérance de vie du délinquant, les objectifs utilitaristes et normatifs de la détermination de la peine perdent progressivement leur pertinence.

(...)

[911] Une condamnation à perpétuité pour meurtres multiples ne devrait pas (...) valoir à son auteur une impossibilité ou quasi-impossibilité de regagner, du moins pour un certain temps,

une part importante de sa dignité humaine en recouvrant sa liberté, s'il le mérite vraiment. Nul ne devrait être placé au-dessus de la rédemption." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

Un des juges interrogés mobilise la distinction entre peine et récompense à l'intérieur du système d'idées de la RPM. Cela illustre encore la logique prédominante de la rétribution dans la conception de la peine. En utilisant l'opposition entre "peine" et "récompense", le juge présente ici la peine comme une rémunération négative, c'est-à-dire une rémunération par la souffrance en fonction du mal commis : c'est le principe de la proportionnalité afflictive. Dans les propos de ce juge, la "fonction rétributive" se comprend au sens du rôle afflictif attribué à la peine. Ce qui apparaît clairement est l'intention de faire souffrir l'auteur de l'acte :

"Qui a fait mal, il est juste qu'il souffre à son tour. Ça aussi, c'est la fonction la plus ancienne de la peine. C'est la toute première dans l'ordre de la réflexion, c'est la fonction rétributive. Tu as fait mal, tu vas être rétribué, tu vas être rémunéré pour ce que tu as fait. Tu ne vas pas être récompensé, tu vas être puni." (Juge 12)

La peine est présentée comme une rémunération négative, comme une rémunération dont la *monnaie* est la souffrance et le principe de proportionnalité joue le rôle de *fixation du prix*. Dans ce type de communication, la "fonction rétributive" est *inclue* dans la définition de la peine reposant sur la volonté d'infliger une souffrance. La notion de rétribution se confond avec la notion de peine. La *tarification* de la rémunération (proportionnalité) occulte alors la *monnaie* de la rémunération (affliction). Ce qui apparaît clairement est l'intention de faire souffrir l'auteur de l'acte. La sévérité est observée comme nécessairement afflictive, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de distinction entre la sévérité et une affliction vigoureuse. La sévérité de la peine dépend du degré d'affliction.

Nous voyons apparaître les deux composants centraux du rétributivisme : l'idée de souffrance et l'idée quantitative de proportion. Ces éléments rejoignent la définition donnée par la littérature selon laquelle le rétributivisme relève de l'idée que "[i] the offender should be made to suffer in return for the wrong done and [ii] in proportion to the evil" (*Oxford Companion to Law*). L'inférence et l'implication logique de cette fusion sont que "it is just that [i] a criminal should suffer [ii] in proportion to the evil that he has

done" (Mead, 1918, p.582). La notion de justice en matière de détermination de la peine reste dès lors conditionnée à l'infliction proportionnelle de la souffrance. Cette approche donne au rétributivisme une énorme capacité d'attraction des consciences et une grande facilité d'adhésion à l'affliction.

Dans cette optique de peine afflictive, le point de départ de la réflexion, particulièrement pour les crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie, est le recours à l'emprisonnement. Plus précisément, ce point de départ est l'emprisonnement et ce n'est qu'ensuite qu'il y a place pour penser la mise en liberté. Le système de droit criminel s'auto-décrit comme "afflictif" sous l'emprise de la RPM :

"Une punition ça va être une amende, c'est quelque chose qui fait un peu mal, ça va être des conditions restrictives de mise en liberté. (...) il faudrait qu'il vive quand même une mesure punitive. Il faut ... c'est ça du droit criminel, c'est du droit punitif. Alors il faut qu'il y ait une conséquence. Il faut qu'il y ait une conséquence qui soit à la mesure du geste qui a été posé aussi. C'est pour ça que, actuellement, à part la prison, il n'y a rien. Je n'ai pas ... je ne vois pas ce qui serait possible actuellement." (Juge 18 Can)

Pour ce type de crimes, la conséquence que l'individu doit subir est réduite au recours à l'emprisonnement :

"J : Dans ce cas-là, parce qu'il a commis un crime qui mérite ... il faut qu'il vive une punition. Il y a toujours le côté punitif. Il faut qu'il vive une punition. Je le punirais et je lui donnerais une conséquence. (...). Mais oui, le crime est assez grave. C'est clair que je lui donnerais de l'emprisonnement. (...). Oui le crime grave va mériter une punition, il ne faut jamais l'oublier (...).

I : Quand vous dites "il faut qu'il vive une punition", pour vous ça signifie "qu'il aille en prison" ?

J : Pour un crime grave, oui." (Juge 18 Can)

Il n'est pas difficile de reconnaître que certains actes peuvent donner lieu à des réponses du système de droit criminel. Cependant, dans l'extrait ci-dessous, nous pouvons observer la rapidité par laquelle le terme "conséquence", évoqué plus haut, se rétrécit en passant dans un entonnoir pour s'orienter,

sans pause réflexive particulière, vers le recours à l'emprisonnement. L'emprisonnement est la "lanterne" de la peine afflictive, dans le sens où elle visibilise et valorise l'affliction :

"Mais quand je dis une sanction, je dis une sanction qui est visible, c'est-à-dire un emprisonnement." (Juge 6)

Nous voyons apparaître dans les extraits présentés ci-dessus un phénomène d'automatisme vers le recours à l'emprisonnement quand la peine est pensée en droit criminel pour des crimes considérés comme graves. En effet, au regard du principe de la proportionnalité afflictive, pour ces crimes, *"à part la prison, il n'y a rien"*. L'automatisme est ici la forme d'expression d'un système d'idées programmé (la RPM) qui crée, à son tour, un "habitus" (Bourdieu, 1980), dans la collectivité des opérateurs du droit.

Cette priorité de l'infliction de la souffrance et du recours à l'emprisonnement découle notamment du fait que les finalités tournées vers une dimension d'inclusion (réhabilitation, réparation, insertion sociale) ne sont pas observées sur un pied d'égalité avec les finalités tournées vers l'exclusion, c'est-à-dire les finalités du noyau dur du système d'idées de la RPM.

"Ah bien la fonction... la première fonction réelle de la peine c'est d'être rétributif, c'est-à-dire de causer un mal, hein... Et la seconde c'est de protéger la société." (Juge 6)

La dévalorisation des finalités "positives" ou correctrices de la peine s'observe également dans les pressions imposées par les juridictions de plus hautes instances, favorisant souvent la conception afflictive de la peine.

"Ce que j'observe, c'est quand on essaie de diminuer la peine, c'est plus souvent cassé en appel. C'est ce que j'observe. Je suis en droit depuis plus de vingt-cinq ans. J'observe ça : avoir une façon différente d'imposer une peine qui va être axée plus sur la réhabilitation que sur la punition, ça ne passe pas facilement." (Juge 18 Can)

Le fait de déplorer que les décisions favorables à la réhabilitation soient souvent "cassées" par les décisions judiciaires ultérieures signifie, entre autres choses, qu'il y a, au-delà des juges, également dans la collectivité des procureurs (la poursuite), dès lors que ce sont eux qui portent l'affaire en appel si la peine n'est pas assez sévère, un *point éthico-juridique aveugle* à deux niveaux : celui de la valeur des finalités positives de la peine et celui de la protection de la sécurité et de la liberté pour tout le monde dans la mesure du possible.

Nous avons pu observer qu'autant les tribunaux de première instance que ceux d'appel adoptent par eux-mêmes, c'est-à-dire intériorisent, un usage privilégié des finalités du système d'idées de la RPM qui restent indifférentes à la réhabilitation et aux effets pervers (déjà assez bien connus) de l'emprisonnement à long terme. Nous observons ici une double relation circulaire. D'un côté, il y a un couplage intersystémique⁵⁹ entre le projet répressif du système politique et la détermination effective des peines par l'ensemble du système judiciaire. De l'autre, il existe une relation circulaire interne, où les instances judiciaires ultérieures exercent une pression vers la répression, au détriment de la réhabilitation, sur les cours et tribunaux de première instance qui sont les premiers à intervenir dans la dimension temporelle.

Les différents propos des juges indiquent une certaine forme de nécessité non questionnée ou inquestionnable de l'aspect afflictif de la peine en droit criminel en dissociant les finalités correctrices (réhabilitation, réparation, insertion) et punitives de la peine et en survalorisant les dernières. Cette manière d'appréhender la réaction sociale au crime constitue un obstacle cognitif majeur à l'innovation car, comme l'indiquent clairement plusieurs juges, dans cette perspective, il n'y a pas de sortie possible du modèle de l'affliction et de l'exclusion sociale, ce qui les dirige prioritairement vers le recours à l'emprisonnement. En d'autres termes, les opérateurs du droit qui, sous l'emprise de la RPM, considèrent l'affliction comme une nécessité de premier plan et qui placent la réhabilitation au second plan ne sont pas en mesure de voir des alternatives dans le champ de la peine.

⁵⁹ Le couplage intersystémiques désigne le mode de relation réciproque entre deux systèmes sociaux autonomes (par exemple les systèmes de droit et politique), par lequel chacun s'adapte structurellement à l'autre, sans que leurs opérations ne se confondent (Luhmann, 1995).

Soulignons que cet usage des idées rétributivistes ne dépend pas directement des caractéristiques personnelles du système psychique de l'opérateur du droit (opinions, idéologies, etc.). Ceci serait, à notre avis, un raccourci simpliste et cela viendrait occulter le problème plus profond et fondamental de l'absence d'idées et de manières d'observer pouvant contribuer à une émancipation du système d'idées de la RPM dans le monde des idées connues et reçues des opérateurs du droit.

Certains opérateurs se sont tout de même ouverts à une démarche d'émancipation du système d'idées de la RPM. Celle-ci peut s'observer dans l'extrait ci-dessous où le juge montre qu'il y a des peines qui contribuent à la réhabilitation ou qui respectent le principe de la moindre nuisance à la réhabilitation, même si ces modalités de peine ne sont pas faciles à faire accepter.

"La peine nécessaire à la réhabilitation d'un individu, ce n'est pas nécessairement une peine strictement punitive et dissuasive. Il y a des modalités de peine qui pourraient mieux réhabiliter la personne et m'assurer d'un risque de non-récidive." (Juge 18 Can)

D'un côté, l'opérateur voit le potentiel social de la réhabilitation comme aboutissant à des meilleurs résultats humains mais, de l'autre côté, il faisait état plus tôt du fait que la finalité de réhabilitation est perçue comme manquant d'"énergie" pour combattre le *phénomène* de la criminalité. Cette manière d'observer, que ce juge nous permet de mettre en lumière, reproduit un mythe qui fait obstacle à l'innovation dans le champ de la détermination des peines.

En effet, la manière d'observer les finalités de la peine semble reposer en bonne partie sur une observation des résultats de ces finalités en termes d'efficacité par rapport au combat contre la criminalité. Cependant, ce que les opérateurs du droit n'apprennent généralement pas à faire, c'est à observer les finalités de la peine en fonction de la *qualité du droit* qu'elles mettent en œuvre, c'est-à-dire en fonction de la manière dont elles promeuvent ou non, de façon non paradoxale, les valeurs positives fondamentales soutenues dans les communications du système de droit criminel à partir de la fin du XVIII^e siècle.

Enfin, le même juge laisse encore voir l'amalgame que le système d'idées de la RPM fait entre le phénomène de la peine et sa définition et, simultanément prend une certaine distance avec ce système d'idées :

"pour punir, il faut faire souffrir. Le droit criminel est un droit punitif. C'est vraiment comme ça qu'il est décrit. Oui... ça ça n'a pas évolué du tout. Tandis que chez les autochtones ce n'est pas ça. Il doit y avoir d'autres communautés dans le monde où ce n'est pas la façon de faire non plus." (Juge 18 Can)

Ce juge se rend compte de la dévalorisation contemporaine de la réhabilitation et laisse voir une prise de position éthico-juridique contraire à cette dévalorisation. Il met en lumière une situation d'inconfort cognitivement et empiriquement ancrée.

En effet, dans l'extrait ci-dessus, le juge observe la relativité et la sélectivité de la pratique institutionnalisée de la peine afflictive. Cependant, cette observation semble avoir été circonscrite à l'entour du droit criminel étatique. Cela signifie que la simple référence critique et autocritique à des pratiques diverses de réaction sociale au crime dans l'environnement du système de droit criminel n'est pas suffisante pour débloquer ou désobstruer les structures dominantes internes au système de droit criminel fondées sur le système d'idées de la RPM.

Ce que nous voulons rendre visible dans cette section sur la dévalorisation de la réhabilitation au profit des finalités de la peine du noyau dur du système d'idées de la RPM, est que la manière d'observer les finalités de la peine joue un rôle prédominant dans les pratiques punitives.

En effet, la dévalorisation de la réhabilitation dans les finalités de la peine engendre des points de cécité relatifs à la *qualité du droit* mis en œuvre dans le champ des normes de sanction au profit d'une observation des résultats à l'égard de la lutte contre la criminalité et au détriment de la protection positive des valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel. La primauté du noyau dur de la RPM entraîne quant à elle la valorisation de l'affliction et de l'exclusion sociale dans la manière de justifier les peines et de recourir à l'emprisonnement.

2. *L'invisibilité de la sévérité des peines*

Comme nous l'avons vu, la littérature nous enseigne que le système d'idées de la RPM produit l'acceptation du système moderne de droit criminel occidental fondé sur l'affliction et l'exclusion sociale. Nous sommes en mesure d'observer également, dans les données empiriques, que le poids des finalités de la peine formant la RPM entraîne l'acceptation de situations par des opérateurs du droit qui auraient pu se situer ailleurs que dans cette rationalité en raison de la manière dont, individuellement, ils articulent leurs valeurs juridiques.

Nous observons ainsi une certaine oscillation entre des idées tournées vers la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système et des idées découlant de la rationalité pénale moderne dans le discours des opérateurs du droit. Nous trouvons, par exemple, dans la même décision de la Cour Supérieure du Québec, dans l'affaire Bissonnette, les deux idées suivantes :

"[346] (...) en plus d'attacher des conséquences négatives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d'une manière propre à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes et qui sont exprimées par le Code criminel" (R. c. Nasogaluak, (...))." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354).

(...)

[638] On comprendra donc l'importance, pour le Tribunal, d'afficher une certaine retenue quant à la fixation de la période d'inadmissibilité à laquelle sera assujéti le condamné." (Nous soulignons) (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

Quelques paragraphes plus loin, le juge ajoute :

"[765] Le Tribunal ne peut entériner la suggestion de la Défense qui propose l'octroi d'une période totale de 25 années d'inadmissibilité. (...).

[766] Les besoins de dénonciation, d'exemplarité et de neutralisation sont si pressants en l'espèce que l'imposition de six périodes concurrentes⁶⁰ d'inéligibilité déconsidérerait l'administration de la justice.

[767] Tout comme celle du Ministère public, la position maintenue par l'accusé est déraisonnable.

[770] Alexandre Bissonnette doit donc, de l'avis du Tribunal, être condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle pour une période excédant 25 ans.

(Nous soulignons) (*R. c. Bissonnette*, 2019 QCCS 354)

Ce passage met en lumière que, lorsque les finalités de la peine du noyau dur du système d'idées de la RPM et la neutralisation sont mises au centre de la réflexion, le point de cécité est la sévérité de la peine prononcée et l'absence d'auto-contention. Ces extraits illustrent l'illusion créée par les discours sur la modération des peines à l'intérieur de la rationalité pénale moderne⁶¹.

Nous observons une tendance à la modération dans les premiers extraits de la communication du juge. Celui-ci reste toutefois à l'intérieur du système d'idées de la RPM. À plusieurs endroits de la décision, le juge laisse transparaître que, au niveau de sa conscience individuelle, il est plutôt modéré. Cependant, au niveau de la communication officielle du système de droit criminel, la modération reste en périphérie car l'action judiciaire est régie par la RPM. Ce qui précède met en lumière la puissance de pénétration du système d'idées de la RPM dans les communications du droit et dans les consciences des individus.

Plusieurs juges ont un discours sur le système de droit criminel et sa rationalité, les décrivant comme acceptables et ne posant pas de problème en termes de sévérité des peines. Nous avons cherché à comprendre et à observer comment ces opérateurs observent le système comme "acceptable" ou, pour

⁶⁰ Pour rappel, il y avait six victimes décédées, la poursuite requérait donc six périodes concurrentes d'inéligibilité à la libération conditionnelle.

⁶¹ Pour rappel, cette décision a été menée en appel tant par la poursuite, qui requérait en première instance une période minimale d'incarcération cumulative au prorata du nombre de victimes (six), soit une période minimale de 150 ans (6x25) avant de pouvoir demander la libération conditionnelle, que par la défense, qui plaidait une période minimale concurrente, soit une durée minimale de 25 ans, telle que prévue avant la modification législative engendrée par le projet de loi C-48. La Cour Suprême du Canada a finalement été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions du projet de loi mises en cause dans l'affaire Bissonnette et elle les a déclarées inconstitutionnelles.

le dire autrement, ce qui, dans leur manière d'observer, fait en sorte qu'ils ne voient pas la sévérité des peines comme posant un problème en termes d'universalité de la protection des droits fondamentaux.

L'acceptation du système d'idées de la RPM se réalise notamment grâce à la mise en place de mécanismes de confort moral (Whitman, 2008) par les opérateurs du droit. Ceux-ci désignent les moyens mis en place pour soulager "l'anxiété morale" des acteurs du procès lorsqu'ils sont amenés à porter un jugement criminel, tels que le maintien (volontaire ou involontaire) de certains points aveugles, l'attachement à une certaine conception de la peine, la création de certains principes de détermination de la peine, l'invocation de certains critères justifiant le recours à l'emprisonnement, le déplacement du problème vers d'autres maillons de la chaîne judiciaire, le renvoi de la responsabilité vers le législateur, etc.⁶². Ces mécanismes sont adoptés consciemment ou inconsciemment pour pallier l'inconfort de certains faits (Weber, 1904 dans Pires, 2021) pour les opérateurs du système. Ce sont des faits qu'ils n'accepteraient normalement pas au regard de leurs valeurs (par exemple, la sévérité des peines privatives de liberté) mais qui, grâce à l'élaboration de mécanismes de confort moral, finissent par être observés comme acceptables pour eux, ou qui ne sont tout simplement plus visibles.

Dans cette optique, certains juges sauvent la détermination de la peine de tout "défaut" ou de "tout problème" au nom, d'une part, d'une équation égalitaire des éléments qui y contribuent et, d'autre part, d'un recours à la dangerosité de la liberté qui leur permet de ne pas percevoir la sévérité de la peine.

À cet égard, un juge répond ce qui suit à une question relative à la réforme innovante concernant la manière de déterminer et de justifier les peines :

"Je ne sais pas vous répondre. Et pourquoi est-ce que je ne sais pas vous répondre? Je ne sais pas vous répondre parce que j'ai l'impression que le problème n'est pas là. (Silence) Nous n'avons pas un problème... Je ne ressens pas, mais je suis peut-être aveugle ... Mais je ne trouve pas qu'il y ait un problème dans l'application de la loi pénale." (Juge 12)

⁶² Ces mécanismes de confort moral vont être explicités au fur et à mesure du présent chapitre.

Le juge n'observe pas la détermination des peines comme une difficulté et semble implicitement renvoyer le problème ailleurs : un problème existe, mais il "*n'est pas là*".

Notons que l'observation de ce juge fait sens. En effet, vue de l'intérieur du système d'idées de la RPM, la détermination des peines ne pose pas un problème à résoudre. L'acceptation de la sévérité des peines se réalise facilement et passe par des éléments de différentes natures : le recours à la symbolique des peines, la hiérarchisation des valeurs (les valeurs positives garanties par le système de droit criminel sont adroitement placées sous les valeurs du noyau dur de la RPM), la focalisation sur la proportionnalité afflictive, etc.

Ainsi, à une question sur la prise en considération des droits fondamentaux de la personne condamnée au moment de la détermination de la peine, le juge répond :

"C'est qu'il n'y a pas que les droits et libertés du détenu. Il y a les droits et libertés de ceux que les agissements du prévenu ont mis en péril. Et c'est un peu, je pense que ça fait partie du sujet de ça, la problématique du délinquant dangereux. Le délinquant dangereux qui est en fait surtout le délinquant qui menace l'intégrité physique d'autrui ce sont les délinquants sexuels et les délinquants violents. Ce sont les assassins, les meurtriers, ... voilà. Et je vous disais tout à l'heure, c'est la liberté qui est dangereuse." (Juge 12)

Dans sa réponse, le juge fait état de plusieurs éléments. Il justifie la dimension rétributive de la procédure contre le coupable. Il réduit les droits fondamentaux de celui-ci à leur dépendance aux obligations du citoyen (les droits sont observés comme conditionnels). Il laisse entendre que les droits et libertés bafoués par le coupable sont plus importants que ceux du coupable et il isole la dangerosité comme exception pour accepter une plus grande atteinte à la liberté. Dans l'observation de ce juge, le problème se situe en effet plus au niveau de la liberté qu'au niveau de la prison. Ceci le pousse à accepter le système et les finalités traditionnelles de la peine, à éviter d'en faire un problème, sans envisager la possibilité de remise en question de la manière dont ce moyen est mobilisé, d'où l'incongruité d'envisager une réforme de la détermination et de la justification des peines.

L'aspect symbolique de la peine peut également jouer un rôle prépondérant dans l'acceptation du système d'idées de la RPM et dans l'invisibilisation de la sévérité des peines. Cependant, que signifie exactement le mot "symbolique" lorsqu'il est employé dans le cadre de la détermination des peines ?

Un de nos interlocuteurs explique que :

"La fonction sécuritaire de la peine est loin d'être la seule. Mais ça, vous connaissez mieux que moi, en tant que criminologue. Euh, un aspect auquel je tiens beaucoup, personnellement, c'est le renforcement de la valeur symbolique de la norme. (...) Donc on croit que la norme, dès lors qu'elle est sanctionnée pénalement, elle devient sérieuse. On la prend au sérieux." (Juge 12)

En suivant ce raisonnement, "symbolique" renvoie au caractère substantiel de la norme, au sérieux qu'elle acquiert dans son application, d'autant plus si celle-ci est sévère. Dans le vocabulaire du droit, "symbolique" veut souvent dire "dépourvu de conséquences réelles" (par exemple, être condamné au franc symbolique). Or, ici le juge utilise le mot "symbolique" pour dire "qui sera pris au sérieux".

Sur cet aspect, il ajoute encore, en parlant d'un attentat commis en France :

"Donc là, pour les Français, c'est une atteinte, c'est une attaque de la démocratie. Et donc là, attentat a une valeur symbolique énorme et donc je pense que la peine qui sera prononcée, parce qu'on les a arrêtés, je pense que la peine qui sera prononcée tiendra compte effectivement... Elle répondra donc à ce symbole de l'attaque contre la République. Il y aura une peine symbolique à la hauteur de ce qui a été attaqué." (Juge 12)

Il est intéressant de s'interroger sur le sens donné au mot "symbolique". De prime abord, ce mot véhicule plutôt une idée d'adoucissement. Or, dans les propos du juge, ce mot semble se référer à l'idée du sérieux (sévérité) de la peine par rapport à une valeur symbolique bafouée par le crime (rétributivisme, dénonciation) et placer ainsi les valeurs de la RPM avant les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Le juge semble opérer la fusion (sous-entendue quand il parle de "peines sérieuses") entre, d'un côté, le renforcement de la valeur symbolique de la norme et, de l'autre, le recours à l'emprisonnement. Ce faisant, la qualification de "symbolique" adoucit, en apparence seulement, la sévérité du raisonnement. Ainsi, la finalité de renforcement symbolique de la norme pénale prend la forme du degré d'affliction imposée au condamné. Cette sémantique mène à l'acceptation du système d'idées de la RPM et écarte la nécessité de le remettre en question au regard de l'universalité de la protection des droits humains.

Un autre extrait d'entrevue illustre qu'il est possible de rationaliser et d'accepter ce qui est perçu comme un problème dans le système de droit criminel. Le juge donne un exemple de la facilité par laquelle se justifie la manière de mobiliser la peine perpétuelle ou les longues peines fixées d'avance à l'intérieur de la RPM :

"C'est vrai, il y a un paradoxe. Mais... je le répète, cela se produit, donc ce paradoxe, entre une espèce de mort sociale causée par la prison et puis l'idée, quand même, que la prison est faite pour préparer la sortie je crois aussi. Mais c'est vrai qu'il y a une difficulté, plus la peine est longue plus j'imagine que la sortie est difficile. Je pense. Mais je ne la crois pas impossible d'une part, et d'autre part, il y a toujours dans la balance, n'oubliez jamais ça, il y a toujours dans la balance la légitime défense d'une société qui ne veut pas, qui n'accepte pas qu'on la tue, qu'on la viole." (Juge 12)

Le juge propose ici une justification de la rationalité pénale moderne et de "la mort sociale" par l'exclusion radicale. Pour ce faire, il mobilise la notion de la (présupposée) "légitime défense de la société". Sur cette dernière il ajoute encore :

"Donc... Oui peut-être qu'il y a une certaine mort sociale, ou en tout cas une difficulté. Mais c'est le prix que la société paie pour se protéger, elle." (Juge 12)

Le juge entrevoit le paradoxe (nous reviendrons sur la notion de paradoxe), mais il mobilise toute une série d'excuses pour le justifier. Notons que le concept de "légitime défense" mobilisé par le juge n'est pas la cause de justification de légitime défense du droit. Il s'agit une technique juridique qui transforme

une infraction en acte autorisé. Ainsi, en droit belge, elle consiste à commettre une infraction en réaction à une agression illégitime dans le but de s'en protéger (art. 416 Code pénal belge). La réaction doit être immédiate et proportionnée à l'agression. Il ne peut donc pas y avoir l'écoulement d'un temps long entre les deux actes. La légitime défense ne peut pas être préventive contre une agression hypothétique. Elle n'est pas non plus une vengeance. La commission de l'infraction doit être absolument nécessaire pour mettre fin ou empêcher l'agression. Ainsi, il ne pourrait y avoir de légitime défense si l'infraction est commise par rapport à quelqu'un qui est déjà arrêté. Il est toutefois intéressant d'observer que le juge utilise, pour légitimer sa position, la référence à une technique qui a pour vocation de justifier la commission d'une infraction.

L'idée d'une légitime défense appliquée à toute réaction punitive grave est une source de malentendus et de glissements de sens. En effet, la légitime défense dont fait état le juge ne remplit pas les conditions de la technique juridique à laquelle il fait référence. Les extraits d'entrevue sont une illustration du glissement de sens dans la sémantique de la légitime défense de la société. Dans ces cas, c'est plutôt le système d'idées de la RPM qui accommode la conscience juridique. En effet, il faut distinguer "légitime défense" et "tarif afflictif".

Dans ces extraits d'entrevue, le juge mobilise des justifications qui se trouvent dans la littérature philosophique et juridique, mais, contrairement à cette littérature, il entrevoit la difficulté et cela lui cause un inconfort. Il trouve donc (consciemment ou inconsciemment) des mécanismes d'excuse. Il laisse apparaître une forme de rationalisation reposant sur la protection de la société et, en même temps, il indique qu'il espère qu'indépendamment de tout cela on puisse faire autre chose. Mais, étant lui-même pris dans les problèmes causés par cette sémantique, cet opérateur du droit permet d'observer la manière par laquelle le système de droit criminel actuel rationalise la "mort sociale" des individus condamnés.

Dans les extraits ci-dessus, la sévérité des peines semble être un point aveugle. Les opérateurs ne semblent pas toujours conscients des conséquences négatives car celles-ci sont invisibilisées par des mécanismes de confort moral et la sévérité des peines n'est pas observée dans sa tension avec l'universalité de la protection des droits fondamentaux. L'impact de cette invisibilité est qu'il n'est pas

facile d'introduire la modération dans la détermination des peines. Le corolaire de l'invisibilité de la sévérité des peines et de ses conséquences négatives sur la protection des droits fondamentaux est, en effet, la difficulté de promouvoir la modération et l'auto-contention de la sévérité des peines.

3. *La logique de la proportionnalité rétributive*

Dans les idées relatives à la justification des peines qui enferment dans la RPM, la logique de la proportionnalité rétributive (proportionnalité afflictive) joue un rôle central. Nous avons déjà abordé cette logique, mais nous nous y intéressons ici de manière plus approfondie. Nous abordons d'abord la logique de la proportionnalité rétributive en lien direct avec la notion de dignité humaine (a). Nous montrons, ensuite, son impact dans le mécanisme de période obligatoire de détention à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle (en Belgique, ce qui est visé par le concept de "peine incompressible") (b).

a. La proportionnalité et la dignité humaine

Un juge interrogé indique qu'il ne voit pas de paradoxe concernant les droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction. Trois éléments permettent d'expliquer, dans le discours de ce juge, l'adaptation de la RPM à la logique des droits fondamentaux et contribuent ainsi à invisibiliser le paradoxe.

Le premier élément est la localisation de la protection des droits fondamentaux dans le travail divisé du système juridique. Le deuxième élément est le principe de proportionnalité afflictive de la peine. Et le troisième élément est la réduction du principe du respect de la dignité humaine au respect de la procédure et aux conditions de détention.

Tout d'abord, la manière de concevoir la division du travail social organisé est un élément qui occulte le paradoxe relatif à la protection des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction :

"Un paradoxe, je ne sais pas. La gardienne des droits fondamentaux, c'est la Cour européenne."

(Juge 12)

Notons que la Cour européenne des droits de l'Homme ne peut connaître d'une requête dans une affaire que lorsque tous les recours de droit national ont été épuisés. Cette règle témoigne de la volonté des États parties à la Convention de privilégier l'intervention des juges de chaque État pour veiller à ce que les droits garantis par la Convention soient respectés dans chaque cas d'espèce. La phrase du juge démontre combien la RPM est prégnante puisqu'elle peut amener celui qui doit décider d'une peine à interpréter la règle de droit de manière à la rendre compatible avec cette rationalité.

Ensuite, le principe de la proportionnalité afflictive joue également un rôle pour occulter le paradoxe. Ainsi, les longues peines privatives de liberté se trouvent adaptées aux droits fondamentaux par la médiation de la théorie rétributiviste. Sur cette base, le juge explique pourquoi il ne voit pas le paradoxe :

"L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibe les traitements inhumains et dégradants. Donc une peine ne peut pas être à ce point disproportionnée qu'elle en deviendrait contraire aux droits de l'Homme. (...) Il y a donc un principe de proportionnalité de la peine. Il y a aussi, et je pense qu'on y est très attaché en Occident, un principe de respect de la dignité humaine. C'est pour ça que les cachots, les cellules d'isolement, dans les prisons sont peut-être, je pense, appelés sinon à disparaître, du moins à être aménagés pour éviter des atteintes à la dignité humaine. Bon, vous vous imaginez ce qui peut se passer dans ces cachots. Mais là on est dans l'exécution de la peine. Et ça, bon, comme vous le savez, ça échappe en partie au juge. Je dis en partie parce qu'on a rejudiciarisé l'exécution des peines avec les tribunaux d'application des peines. Alors avec les tribunaux d'application des peines, en Belgique en tout cas, il y a un contrôle périodique finalement puisque, dès que le condamné est dans les conditions, il peut demander toutes sortes de modalités. Donc je ne pense pas qu'il y ait, au niveau des peines et de leur exécution en Belgique, je ne pense pas qu'il y ait une difficulté majeure, une difficulté théorique ou de principe." (Juge 12)

Enfin, les lieux où une atteinte à la dignité est possible se situent avant (police, enquête) ou après (exécution de la peine) la sentence afflictive proportionnelle. En effet, le juge encapsule la dignité humaine dans le respect de la procédure (droit au procès équitable, être arrêté sans violence, etc.) et dans l'état des conditions matérielles et des régimes de détention. Dans cette manière d'observer, qui

découle du système d'idées de la RPM, le principe de la dignité humaine n'a pas une prégnance suffisante que pour impacter la détermination des peines qu'il s'agisse de leur durée, du caractère permanent du stigmate juridique ou du degré souffrance. Cette lecture de la dignité humaine peut être observée comme une manière pour la RPM d'être compatible et de respecter, au moins en apparence, les exigences posées par la logique des droits fondamentaux. Toutefois, ce processus empêche le système de droit criminel d'être en adhésion et en cohérence complète avec les droits fondamentaux.

Afin de concevoir une rationalité pénale fondée sur la logique de protection positive des droits fondamentaux, l'élaboration de principes permettant l'auto-contention de la sévérité des peines semble plus adéquate que le recours au principe de proportionnalité. En effet, le critère de la dignité humaine n'est applicable que lorsque le principe de proportionnalité ne l'est pas car les deux faces de la distinction ne peuvent être à l'œuvre simultanément. L'insuffisance du principe de la dignité humaine dans le champ des normes de sanction est due à la prépondérance du principe de la proportionnalité rétributiviste dans ce même champ.

Il est très difficile de faire une critique du principe de proportionnalité à partir du principe de la dignité humaine car celle-ci est bottée en touche lorsque le principe de proportionnalité opère correctement. Ce phénomène empêche ainsi de recourir au critère de la dignité humaine pour observer et questionner l'usage de l'emprisonnement. Il empêche l'individualisation de la peine, il empêche le respect de la dignité humaine et il incite à l'infliction de la souffrance, à tout le moins dans les cas de crimes considérés comme graves.

b. La proportionnalité et la durée obligatoire de détention à purger

Contrairement à ce qu'une certaine lecture de Beccaria (1765) a laissé penser, le principe de la proportionnalité entre la gravité de l'acte commis et la sévérité de la peine n'est pas un principe automatiquement modérateur de l'échelle et du plafond des peines d'emprisonnement, particulièrement dans les cas de crimes considérés comme graves. À partir du XIX^e siècle, il devient plutôt un principe d'échelonnement et d'indexation de la longueur des peines de prison. La capacité de "résistance" des peines perpétuelles dans la législation canadienne, malgré tous les efforts des commissions de réforme pour les abolir, en est, à notre avis, une démonstration convaincante.

Ce qui reste donc peu visible est que ce principe n'est pas en mesure de modérer la sévérité des peines d'emprisonnement dans les cas de crimes considérés comme graves. Au contraire, dans un usage qui reste encore prédominant, il contribue à la construction d'une échelle d'affliction à imposer et opère comme critère interne d'indexation et de graduation. Il peut même solliciter un certain degré de sévérité comme l'explique la Cour Suprême du Canada : *"Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l'infraction et crée ainsi un lien étroit avec l'objectif de dénonciation (...). Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant"*. La Cour ajoute que *"en droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre"* (*R. c. Ipeelee*, (2012) CSC 13, par. 37)⁶³.

Notons que le rapport *Doing Justice* de la commission de réforme présidée par von Hirsch en 1976 ainsi que le rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987) constituent deux tentatives d'adopter la philosophie du "juste dû" et le principe de proportionnalité entre le crime et la peine en intégrant de façon efficiente le principe de "modération" ou d'auto-contention répressive. D'un côté, cela montre qu'une telle façon de penser et de concevoir est possible et est disponible comme modèle. Mais, d'un autre côté, l'échec fondamental de ces propositions de réforme au nom du principe de proportionnalité montre aussi la persistance et la capacité de résistance d'une vieille "mentalité". La Commission canadienne de 1987 avait pourtant écrit de façon lapidaire :

*"Pour certaines raisons que nous examinerons en détail au chapitre 8, la Commission s'oppose par principe aux sentences minimales, qu'elles soient déterminées par des lignes directrices ou prescrites par loi. Pour qui prend au sérieux le principe de modération dans le recours à l'incarcération, les lignes directrices ne sauraient s'énoncer sous la forme d'un ensemble de "points de départ", indiquant la durée minimale d'une sentence d'incarcération"*⁶⁴ (1987, p.93, notre souligné).

⁶³ Voyez également sur le double volet du principe de proportionnalité l'arrêt *R. c. Denis-Damée*, (2018) QCCA 1251, par. 58 et 59.

⁶⁴ Pour une raison apparemment strictement stratégique et politique relevant du contexte, la Commission a décidé de ne pas inclure dans son mandat une réflexion sur l'homicide au premier degré et sur la haute trahison. Ces infractions ne sont donc pas incluses dans les lignes directrices ni dans le tableau portant sur une altération de la valeur des peines minimales. La raison politique paraît avoir été une crainte de compromettre toutes les autres modifications proposées. Cette concession stratégique n'a pas donné le résultat attendu. Cependant, toute lecture attentive du rapport laisse voir que la philosophie

Plus loin, la Commission ajoute cette observation :

"On ne justifie pas plus l'existence des sanctions pénales en disant qu'elles sont proportionnelles à la nature répréhensible de l'acte qu'on ne légitime le système fiscal en disant que l'impôt sur le revenu est proportionnel à ce dernier" (1987, p.143).

Nous sommes encore très loin de cette façon de concevoir le principe de proportionnalité entre le crime et les diverses formes de peine possibles, raison pour laquelle la logique "vétuste" de la proportionnalité rétributive est encore prédominante et constitue un obstacle majeur pour la sortie du système d'idées de la RPM. La conception de la peine reposant sur le principe de proportionnalité exige en effet encore une portion d'affliction volontairement cherchée :

"Il faut qu'il y ait le volet afflictif." (Juge 18 Can)

Dans la détermination des peines, le regard sur le principe de proportionnalité est plus souvent dirigé sur son effet limitateur du maximum des peines (que nous reconnaissons) que sur son exigence d'un minimum d'affliction. Illustrant cette focalisation de la proportionnalité sur le maximum des peines, le même juge continue son propos sur l'exigence d'affliction par ces mots :

"Il faut qu'il y ait le volet afflictif. Mais qu'il soit adapté à l'individu. Donc il ne faut pas que la peine devienne à un niveau qui ne soit plus du tout ... si la punition est si forte et si grande... qu'il n'y a plus d'effets, à un moment donné, sur la personne. Que je lui donne douze, treize, quatorze ans, ce n'est pas le chiffre qui va changer quelque chose, c'est le fait d'être puni, d'être retiré de la société, de voir et d'être mis face à son geste. Il faut qu'il y ait ça. Il faut qu'il y ait une conséquence. Mais, si la conséquence est disproportionnée par rapport à ce dont l'individu a besoin maintenant pour comprendre, c'est là le problème. On n'a pas toujours besoin d'aller jusque-là pour s'assurer que l'individu ne récidive pas et qu'il demeure un actif pour la société."
(Juge 18 Can)

de la Commission était foncièrement opposée à toute peine minimale, tel que le révèle l'extrait cité, et donc à la perpétuité comme peine minimale obligatoire.

Cependant, le principe de proportionnalité empêche le système de repenser la réponse à la question suivante : "est-ce que la réponse au crime doit nécessairement s'exprimer par une peine afflictive proportionnelle à la gravité du crime ?". En effet, la théorie de la rétribution, supportée par les autres théories du noyau dur du système d'idées de la RPM, soutient une réponse affirmative sans appel à cette question : la conséquence de l'acte commis doit être l'affliction.

En ce sens, un obstacle cognitif pour l'innovation dans le champ des normes de sanction se tient dans l'effet que le principe de proportionnalité afflictive produit sur les minima des peines en ce qu'il impose un minimum de peine à purger justifié par une finalité principalement rétributive (afflictive) qui porte atteinte inutilement aux droits fondamentaux dans certaines situations, à savoir lorsque la sécurité n'est pas ou plus en jeu.

Cette logique découle, au Canada, d'une ancienne forme de lecture ou de compréhension de l'article 718.1 du Code criminel canadien qui place la proportionnalité au rang de principe fondamental de détermination de la peine et qui dispose que "*la peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant*". Le principe de proportionnalité issu de la théorie rétributiviste traditionnelle et correspondant au noyau dur du système d'idées de la RPM fait ici obstacle au principe de modération dans le recours à la peine d'emprisonnement. Notons que le principe de proportionnalité renouvelé par la Commission canadienne sur la détermination de la peine pourrait constituer un point de bifurcation possible pour les décisions futures des opérateurs du droit.

Dans la manière traditionnelle d'observer la peine, le regard est tourné vers le passé. Le présent et le futur ne sont pas pris en compte, à savoir l'évolution réelle et concrète de l'individu depuis la commission de l'acte. Sur la base de l'acte passé, l'individu est privé de liberté pour une durée déterminée à un temps T, même s'il ne représente pas ou plus réellement et concrètement un danger pour la société, dans le sens où le risque de récidive est nul ou réduit. Elle empêche de penser la trajectoire de l'individu dans une dimension temporelle dynamique. Durant une certaine période minimale à purger, au nom de la proportionnalité afflictive, le système ne peut pas librement répondre aux questions : "est-ce que l'individu peut être libéré ou est-ce qu'il ne peut pas être libéré ?".

Notons que l'observation selon laquelle la détermination de la peine à un temps T, dans une logique de proportionnalité afflictive, peut porter atteinte de manière non nécessaire aux droits fondamentaux est parfois déjouée, surtout en Belgique grâce à l'institution du tribunal de l'application des peines. La finalité rétributive est soutenue par les cours et tribunaux qui décident du taux de la peine, mais l'exécution de la peine qui est confiée au tribunal de l'application des peines peut suivre une autre finalité, telle que la réhabilitation. La création de la loi, quant à elle, est observée comme adoptant plutôt le principe de dissuasion (Beyens *et al.*, 2013). Autrement dit, chaque étape du système pénal (création de la loi, détermination de la peine, exécution de la peine) insisterait sur une finalité différente. Le moment de la détermination de la peine est observé comme le temps où la proportionnalité afflictive est première.

Il est toutefois important d'observer que, bien qu'en Belgique le tribunal de l'application des peines puisse se concentrer sur la finalité de réhabilitation, le message envoyé par les cours et tribunaux du fond est *l'importance des peines sévères et rétributives (afflictives)*, même si celles-ci ne sont parfois que nominales (symboliques), c'est-à-dire qu'elles ne seront (peut-être) pas effectivement purgées ou pas complètement. Ainsi, en Belgique, la peine perpétuelle figure dans la loi pénale, mais elle n'est jamais une peine obligatoire et, quand elle est prononcée, elle est rarement purgée intégralement. Dans cette perspective, *l'apparence afflictive de la peine* est plus importante que l'effectivité de son exécution. Ce phénomène est décrit par un des juges interrogés quand il souligne, à propos d'une longue peine privative de liberté, que :

"Il m'est arrivé, dans les réquisitoires, d'expliquer : "bon je demande 20 ans pour ce crime, voilà, je requiers une peine de réclusion de 20 ans" et de dire aux jurés "il ne fera pas 20 ans"."
(Juge 12)

Cet extrait ne rend pas seulement compte de la différence entre le choix de la peine et son exécution réelle, mais il justifie également le choix d'une peine plus longue parce qu'elle sera (peut-être) écourtée.

Dans le même sens, un autre juge explique que :

"J : On a inventé, au XX^e siècle, la possibilité d'être libéré malgré le fait qu'on est condamné à perpétuité. Et je crois que, dans les prisons belges, il n'y a que deux ou trois personnes qui exécutent des peines au-delà de 30 ans de prison à l'heure actuelle.

I : Mais alors, pourquoi garder nominalement cette peine dans le code pénal ?

J : Les meilleurs esprits vont répondre que ça tient à la pyramide des peines, c'est-à-dire que, quand une peine est prononcée, il faut tenir compte de ce que cette peine ne sera pas exécutée jusqu'au bout. C'est dans ce sens-là qu'il faut lire le mot "perpétuité" : ça ne permet pas une libération conditionnelle aussi rapide que si c'est une condamnation à 30 ans par exemple."

(Juge 6)

Ce que nous pouvons observer est que la peine prévue dans la loi donne l'apparence d'une grande sévérité et envoie un message symbolique fort. Cet élément doit être apprécié au regard du fait que, du point de vue de la socialisation, la valeur symbolique (valeur nominale) d'une peine n'est pas neutre. Celle-ci éduque les opérateurs du droit à l'infliction de la souffrance et à l'insuffisance des autres réponses. Cette représentation habitue alors les opérateurs judiciaires à penser que l'affliction donne la valeur à la norme défendue. Il en découle une valorisation de l'échelle élevée des peines.

Dans la perspective rétributive, ce qui reste peu visible est le fait que la définition de la peine est, à la fois, sa finalité et une exigence de sélection d'une peine infligeant une souffrance selon un critère de mesure purement quantitatif. Ce dernier se retrouve également dans d'autres théories de la peine du noyau dur du système d'idées de la RPM, à l'instar de la dissuasion :

"Le "punir" qui est décrit par une longueur de peine n'est peut-être pas la bonne façon. La punition, la dissuasion, est-ce que c'est lié à la longueur de la peine au bout du compte ? Est-ce que ça a un rapport ?" (Juge 18 Can)

Nous pouvons observer que cette manière de concevoir la peine soulève le doute et l'inconfort lorsque l'étalon de mesure de la sévérité des peines se réduit à une graduation du nombre d'années d'emprisonnement :

"Là c'est notre seul moyen de calcul. Notre échelle de gravité de peine est uniquement basée sur un nombre d'années de détention. Il n'y a rien d'autre... il n'y a aucune autre donnée qu'un numéro. En plus c'est un nombre d'années lunaires, et qui ne tient aucunement compte de l'espérance de vie de la personne qui est en détention. Et puis ça, ça varie juste avec le critère de l'âge. On voit déjà que ça a un impact. Mais c'est la seule unité de mesure qu'il y a, c'est le nombre d'années en centre de détention. Il n'y a rien d'autre pour juger de la force de la punition." (Juge 18 Can)

Le juge montre ici que la mesure de la peine, dans les cas de crimes graves, reste entièrement abstraite et étroitement attachée à un *nombre d'années d'emprisonnement*. Cette manière de concevoir la peine est une des sources de la survalorisation de l'emprisonnement entendu comme un moyen d'infliger la souffrance.

De ce qui précède, on comprend que l'observation de la logique de la proportionnalité afflictive permet de questionner tant la définition du concept de peine à l'intérieur du système d'idées de la RPM que la logique de réponse au crime que cette conception engendre et son implication sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux. La logique rétributive entraîne une conception de la peine qui vise l'exclusion de la personne de la société par l'emprisonnement, que celle-ci représente (encore) un problème de sécurité ou non, le tout se fondant sur une proportionnalité afflictive entre la gravité de l'acte et la sévérité de la peine.

Nous pouvons ainsi retenir que, tant en Belgique qu'au Canada, le principe de la proportionnalité, souvent présenté comme un principe modérateur, provient initialement des théories du noyau dur de la RPM. Il n'a servi dans aucun des deux pays comme élément pour abolir la peine perpétuelle. Au Canada, il n'a pas non plus servi à abolir les peines minimales obligatoires d'emprisonnement, malgré les recommandations de la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987). Ce principe ne permet pas non plus de contrôler l'escalade répressive dans les cas de crimes considérés comme graves, comme en témoigne l'arrêt Bissonnette.

B. La manière de recourir à l'emprisonnement

Comme nous l'avons expliqué, bien que la finalité de la peine de la neutralisation soit le point de départ de la recherche et une voie d'entrée incontournable dans la problématique, il est important de se rendre compte de sa latence. La neutralisation est souvent poursuivie à travers la médiation des finalités de la peine du noyau dur du système d'idées de la RPM. Afin de pouvoir innover dans le champ des normes de sanction, notamment à propos de la manière de recourir à l'emprisonnement, il est nécessaire d'aborder la conception de la peine, les finalités médiatrices qui occultent l'intérêt politique orienté vers la neutralisation et l'observation du recours à l'emprisonnement de manière générale avant d'entrer dans le vif du sujet, à savoir l'emprisonnement neutralisant.

Nous avons observé quatre obstacles à l'innovation concernant le recours à l'emprisonnement, c'est-à-dire relatifs à la manière pragmatique de punir : la considération de la gravité de l'acte comme raison suffisante pour recourir à l'emprisonnement (1), la durée de détention obligatoire à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle (2), les communications sur la protection de la société (3) et la rationalité neutralisante dans la manière de recourir à l'emprisonnement (4).

1. La gravité observée comme raison suffisante pour recourir à l'emprisonnement

Dans l'état actuel de la rationalité pénale dominante, la notion de gravité est centrale en droit criminel. En effet, comme nous l'avons observé, au regard du principe de la proportionnalité afflictive, la gravité du crime oriente tant le choix du type de peine que le quantum de la peine.

Dans le cas des infractions considérées comme les plus graves, en Belgique comme au Canada, le système d'idées de la RPM suggère une mobilisation de l'emprisonnement en référence à la gravité objective du fait, c'est-à-dire la gravité abstraitement déterminée par la loi, qui se fait avant l'observation du cas concret dans son historicité et ses particularités.

"Tuer quelqu'un, pour moi ça ne se discute pas : on va en prison." (Juge 2)

"Le type ne s'est jamais fait connaître de la justice et il va commettre directement quelque chose d'exceptionnellement grave. Il tue sa femme, ou n'importe qui. Mais là on ne va pas parler de

suspension du prononcé, à supposer que ce soit possible, ou de peine de travail. On va de toute façon directement savoir que ça va se jouer entre la perpétuité et vingt ans ou quinze ans. Et là ce sera de toute façon une longue peine. Pourquoi ? Parce que la gravité de l'acte est exceptionnelle. Et personne ne va dire : "il a tué quelqu'un, ça va être deux ans de prison". Ce n'est pas possible. Ou alors moi je dois faire un autre métier. Mais moi je ne vais jamais requérir deux ans de prison pour quelqu'un qui a tué." (Juge 3)

Dans les deux extraits ci-dessus, la seule gravité du crime est tenue comme une raison suffisante d'envoyer l'individu en prison, sans qu'il soit nécessairement question de problème de sécurité.

D'autres juges observent que la sévérité de la peine, dans sa sélection et son quantum, découle automatiquement de la gravité catégorielle de l'acte :

"Il y a, pour chaque catégorie d'infraction, pour chaque infraction, de façon théorique, il y a une peine qui est plus ou moins sous-jacente. Si vous agressez une vieille personne, vous n'allez pas avoir une suspension du prononcé, parce que le fait est dégueulasse. (...) On est à un niveau de peine qui s'impose de lui-même vu la gravité des faits." (Juge 3)

"Il y a beaucoup de conformisme dans la justice. C'est comme ça, je vous le dis. (...) Il faut décider, et ce n'est pas toujours facile de décider. Alors c'est pour ça qu'il y a des balises quelque part aussi. Sans parler, peut être alors carrément, de tarifs. On n'ose peut-être pas trop dire ça, mais il y a une forme de tarification. Certainement d'ailleurs pour les amendes, mais pour les peines de prison il y a aussi un peu cette espèce de jurisprudence qui se crée." (Juge 6)

Le critère de la gravité de l'acte est placé au centre de l'observation :

"Quand le juge procède à la détermination de la peine, au moment de prendre sa décision, je crois que le premier grand facteur dont il tient compte, c'est la gravité des faits." (Juge 6)

Cette manière d'observer le recours à l'emprisonnement, justifiée par la gravité objective de l'acte posé telle que décrite par le législateur dans le code pénal, peut cependant être considérée comme allant à l'encontre du principe de l'individualisation des peines. Au Canada, cette manière catégorielle et abstraite de déterminer les peines, empêche même le juge de faire usage de son pouvoir décisionnel pour déterminer une peine qui soit adéquate en fonction des circonstances réelles et concrètes de l'affaire.

"J : Vous savez, il n'y a pas de prescription pour les actes criminels au Canada. Je pourrais, à soixante-dix ans, avoir commis un crime il y a cinquante ans, les "cold cases" comme on dit, on les ressort parce qu'il y a une preuve, on m'accuse maintenant et je suis condamné maintenant. Je peux être condamné à l'emprisonnement à vie à soixante-dix ans. Pas de possibilité d'être libéré avant vingt-cinq ans. Et la personne n'a jamais commis autre chose.

I : Donc le facteur dangerosité

J : Ah ben il n'est pas là ! Il a complètement refait sa vie. Ça s'est passé quand il était dans le crime organisé, à l'époque, ils ont fait une série de meurtres, il était là-dedans, c'était dans une période mouvementée de sa vie, et là il a commis le crime. La personne se recadre, elle est un actif pour la société, tout va bien. Ça ressort. Et là, dans un cas comme ça, la période obligatoire de vingt-cinq ans, je ne peux pas la moduler. Eh bien il va finir ses jours en prison. Alors est-ce que c'est nécessaire pour protéger la société ? Dans ce cas-là, non. Manifestement ça ne l'est pas. Mais je n'ai pas la latitude pour le faire. C'est une peine qui est inappropriée à l'individu. À l'âge qu'il a, aujourd'hui, malgré la gravité du crime... le caractère approprié que je dois toujours respecter d'une peine, et bien, dans ce cas-là, je n'ai pas les moyens de l'adapter."

(Juge 18 Can)

Dans les cas de crimes portant atteinte à la vie, la peine ne peut se traduire que par l'idée d'envoyer en prison pour une durée échelonnée sur un nombre d'années, comme nous l'avons mentionné plus tôt. Que ce soit en Belgique ou au Canada, la peine prévue dans la loi est l'emprisonnement (ou la réclusion). Notons toutefois, qu'en Belgique, même si la loi prévoit qu'un crime est puni de la perpétuité,

il peut, concrètement, être puni d'une peine minimum de trois ans⁶⁵ (Moreau et Vandermeersch, 2024, pp.283 et suiv.). En outre, si la peine prononcée ne dépasse pas cinq ans d'emprisonnement, elle peut être assortie d'un sursis simple ou probatoire⁶⁶ (Moreau et Vandermeersch, 2024, pp.490 et suiv.). Il est donc théoriquement possible, en Belgique, de commettre un assassinat (dit meurtre eu premier degré au Canada) punissable de la peine de perpétuité sans jamais entrer en prison.

Toutefois, nous relevons que, dans la pratique judiciaire belge, dans le cas de crimes portant atteinte à la vie, l'individualisation de la peine peut se résumer, comme au Canada, à une tarification de l'affliction en termes d'années de détention :

"Ça c'est la réalité judiciaire. Si vous tuez quelqu'un, on sait bien que ce sera entre quinze ans et la perpétuité. Je dirais que c'est comme quand vous allez changer vos pneus, vous savez combien ça va vous coûter et l'entretien de la voiture vous savez combien ça va vous coûter, si vous voulez changer la boîte de vitesses, si vous avez un gros problème mécanique ou un petit accroc de carrosserie et bien vous avez votre échelle de prix. C'est la même chose en fait.

I : Donc, quelque part, ce n'est pas si individualisé que ça ?

J : Si, bien sûr. Mais on est à un niveau [et type] de peine qui s'impose en fait de lui-même vu la gravité des faits." (Juge 3)

La formulation "*qui s'impose en fait de lui-même*" est symptomatique de l'ontologisation du rapport entre le crime et la peine. "La peine s'impose d'elle-même" semble signifier que le crime impose "naturellement" la peine, comme si ni la loi ni le juge n'y étaient pour quelque chose.

⁶⁵ L'article 80 du Code pénal belge prévoit qu'en cas d'admission de circonstances atténuantes (le juge a toute liberté pour décider quels sont les éléments qui les constituent), la peine peut être diminuée dans les proportions suivantes :

"La réclusion à perpétuité sera remplacée par la réclusion à temps ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de quarante ans au plus.

La réclusion de trente ans à quarante ans par la réclusion de trente-huit ans ou pour un terme inférieur ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de trente-huit ans au plus.

La réclusion de vingt ans à trente ans, par la réclusion de vingt-huit ans ou pour un terme inférieur ou par un emprisonnement de trois ans au moins et de vingt-huit ans au plus.

La réclusion de quinze ans à vingt ans, par la réclusion de dix ans à quinze ans ou de cinq ans à dix ans ou par un emprisonnement d'un an au moins et de quinze ans au plus.

La réclusion de dix ans à quinze ans, par la réclusion de cinq ans à dix ans ou par un emprisonnement de six mois au moins et de dix ans au plus.

La réclusion de cinq ans à dix ans, par un emprisonnement d'un mois au moins et de cinq ans au plus."

⁶⁶ Le sursis simple consiste à ne pas exécuter la peine. Il est accompagné d'un délai d'épreuve d'un à cinq ans fixé par le juge. Le sursis peut être révoqué en cas de commission d'une nouvelle infraction durant ce délai moyennant certaines conditions supplémentaires. Le sursis probatoire est un sursis simple auquel s'ajoute l'obligation de respecter des conditions fixées par le juge et surveillée par un agent de probation. Le non-respect des conditions peut également entraîner la révocation du sursis moyennant certaines conditions.

Ces extraits d'entrevue rendent aussi visible une distinction importante pour l'observation. Dans les cas de crimes considérés comme graves, sous l'emprise de la RPM, la distinction mobilisée pour observer est "recours à l'emprisonnement - mesures de faveur (clémence)" :

"Et alors, le problème, c'est que quand on rentre dans des catégories d'infractions les plus graves du code pénal, déjà légalement, par rapport aux taux de peine, ce n'est pas possible d'avoir une mesure de faveur... Ça c'est la première chose." (Juge 14)

Cette remarque occulte le fait que la loi belge permet néanmoins de prononcer des mesures de faveur pour les catégories d'infractions évoquées. Cette possibilité reste un point de cécité alors qu'elle existe dans le cadre légal.

Le parti-pris pour l'emprisonnement, et pour des échelles de peine élevées, atteste de la dévalorisation de la réhabilitation dans le système d'idées de la RPM. Celle-ci reste dans l'angle mort lorsque la gravité d'une infraction attire l'attention des opérateurs du droit :

"Et au-delà de cet aspect-là des choses, parce qu'il y a quand même toujours des fourchettes, sauf évidemment pour les crimes vraiment les plus graves pour lesquels c'est perpétuité, évidemment, et qu'il n'y a pas de fourchettes. Mais pour les fourchettes, cela dépendra un peu. Ce sont des fourchettes qui paraissent larges : 20 à 30 ans, par exemple, ça paraît large, mais bon, c'est beaucoup. Que ce soit 20 ou que ce soit 30, c'est beaucoup. Voilà, il faut quand même bien le dire." (Juge 14)

Il n'est, à nouveau, pas évoqué qu'il existe des mécanismes dans la loi permettant une fourchette, même pour les crimes punis de la peine de perpétuité, en cas d'admission de circonstances atténuantes (art. 80 Code pénal) et que la fourchette de 20 à 30 ans peut aboutir au prononcé d'une peine de 3 ans qui peut même être assortie d'un sursis simple ou probatoire.

Notons toutefois qu'il est vrai que les fourchettes qui assortissent, de prime abord, les crimes considérés comme les plus graves font référence uniquement à un nombre d'années d'emprisonnement (ou de réclusion) et n'incluent pas des sanctions qualitativement distinctes. Notre interlocuteur semble se rendre compte que ces fourchettes créent, pour la conscience judiciaire collective, une sorte d'illusion. La fourchette paraît large ou flexible en termes de nombres d'années, mais elle commence déjà à un point de départ très élevé (qui compromet l'insertion sociale). Cependant, l'inconfort relevé, conduisant vers la reconnaissance d'une certaine exagération dans le taux des peines, ne semble pas réussir à s'imposer et à orienter vers les mécanismes légaux permettant la modération. La tendance sera de rester à l'intérieur des échelles de peine les plus élevées car la gravité du crime, observée à la lumière du principe de proportionnalité afflictive, érige un obstacle cognitif qui fait prédominer l'idée de l'affliction :

"Et donc, en réalité, je pense que quand on requiert, ce sera en fonction de la gravité du fait en lui-même. On sera peut-être plus près de 30 ans si c'était un meurtre vraiment crapuleux et peut être plus près de 20, s'il y a toute une série d'éléments qui ne peuvent pas justifier évidemment, mais qui peuvent expliquer qu'on en soit arrivé à une situation pareille." (Juge 14)

Les extraits ci-dessus rendent visible un des problèmes posés par le système d'idées de la RPM, à savoir que les normes de comportement (incriminations) sont télescopées avec les normes de sanction, dans une vision du combat contre la criminalité (par le biais de l'infliction de la souffrance). Est alors perdue de vue l'idée que la catégorie abstraite (catégorie de crime) justifie telle peine ou exige telle peine. Les finalités de la peine composant le noyau dur de la RPM (rétribution, dissuasion, dénonciation) sont abstraites et elles ne tiennent pas compte de la situation concrète. Le critère retenu est en effet la gravité abstraite du crime. La sanction est donc choisie en fonction d'une catégorie abstraite et d'une finalité abstraite.

Soulignons que le fait que les possibilités de modération des peines offertes par la loi belge, même à l'égard des cas de crimes considérés comme graves, soient occultées par certains opérateurs du droit montre l'emprise du noyau dur du système d'idées de la RPM sur le plan cognitif. Celle-ci parvient à générer des obstacles à la modération non prévus par le législateur.

Il est toutefois important d'observer que certains opérateurs du droit éprouvent tout de même un doute quant à la notion de gravité comme raison suffisante de recourir à l'emprisonnement.

"Si on sort des situations un peu manichéennes : la mort de quelqu'un en soi est grave, ça va de soi. Mais simplement pour terminer là-dessus, est-ce qu'il est plus grave d'abattre quelqu'un avec une arme à feu que de tuer quelqu'un avec une arme blanche ou, parce que vous avez consommé un peu trop d'alcool et vous êtes au volant de votre voiture, vous tuez quelqu'un ? Comment allez-vous définir la gravité ? Et bien, [après 36 ans d'expérience professionnelle], globalement cela reste pour moi une grande interrogation. Ce qui m'a fait dire que finalement la gravité ce n'est peut-être pas l'essentiel." (Juge 1)

Ce juge observe, en effet, la gravité comme une notion abstraite et qui engendre une perte de sens dans le champ de la détermination de la peine. La confusion réside notamment dans le fait de localiser la source de la gravité. Ce qui rend l'acte "grave" se trouve-t-il dans la conséquence de l'acte exclusivement (perspective conséquentialiste) ? Faut-il également tenir compte de l'intention de l'individu ? Si on tient compte de l'intention, à quoi faut-il avoir égard ? À l'insouciance à l'égard des autres ? À sa capacité de récidiver (perspective rétributiviste et neutralisante) ? À quoi s'évalue, finalement, la "gravité" de l'acte ?

"Mais je me suis dit à plusieurs reprises que, finalement, oui ce sont des faits graves, en tout cas que moi je peux percevoir comme graves, je suis en adéquation avec ce qu'a pensé le législateur, puisqu'il les a punis [de prime abord] de peines plus lourdes, de peines de prison. Mais je me suis souvent posé la question "est-ce que ça a du sens ?"" (Juge 1)

Le juge fait ici appel à son expérience pour exprimer qu'il est douteux que le choix du recours à l'emprisonnement découle exclusivement d'un constat de gravité du crime. Il amorce ici, pour lui-même, une sortie du système d'idées de la RPM. Il souligne en effet l'intérêt d'une réflexion sur la nécessité du recours à l'emprisonnement au regard de la situation concrète. Dans la perspective qu'il ouvre, ni la

dissuasion générale, ni la dénonciation, ni même le principe de la gravité de la peine proportionnelle au crime ne suffisent à justifier la sélection de l'emprisonnement comme peine :

"Pour illustrer le propos, je me suis retrouvé parfois face à des personnes qui avaient tué. Il s'agit de faits qui sont en soi graves. On ne discutera pas cela. Mais je me suis clairement posé la question de savoir si une peine de prison avait du sens par rapport à l'ensemble de ces faits-là. Et ça je crois que c'est tous azimuts. Je crois que ce qui est surtout intéressant dans l'approche, ce n'est pas tellement la gravité mais c'est la réponse que l'on donne à une situation déterminée." (Juge 1)

Ce juge observe que la gravité de l'acte est une notion abstraite et insuffisante pour déterminer la nécessité du recours à l'emprisonnement. Il remet en question la centralité de ce principe dans le champ de la détermination de la peine.

"J : Je ne suis pas sûr que le lien doive être fait entre crime grave et nécessité de la peine de prison." (Juge 1)

Un autre juge témoigne d'une même remise en question dans son propos. Il indique que la gravité est un principe de détermination de la peine, mais il observe, à l'instar du juge 1, la suprématie du principe d'individualisation sur le critère abstrait de la gravité du crime :

"En principe, oui, la gravité du crime va emporter l'imposition d'une peine d'incarcération. Maintenant, comme je ne sentence pas un crime, je sentence l'individu, il se peut que ça ne soit pas le cas." (Juge 18 Can)

Notons que la question du recours à l'emprisonnement avait été posée aux juges dans les termes suivants : "la gravité est-elle une raison suffisante pour envoyer un individu en prison ?". Nous relevons qu'il y a ici une difficulté d'observation de la justification du recours à l'emprisonnement par le critère de la gravité.

L'analyse des extraits d'entrevue nous permet de voir que la question devait, en fait, être posée dans l'autre sens. La question aurait plutôt dû être posée dans les termes suivants : "qu'est-ce qui serait une raison suffisante pour envoyer en prison ?". Pour certains juges, comme le juge 1, la réponse n'aurait probablement pas été "la gravité". Le problème de sécurité que représente l'individu aurait, plus probablement, été cité comme un motif raisonnable pour envoyer un individu en prison. Cette réponse fait en tout cas partie de celles données par la Commission de Réforme du Droit du Canada dans son document de travail n°11 (1975).

Il ressort de l'analyse des extraits ci-dessus que la distinction entre la gravité factuelle du crime et le problème de sécurité que représente un individu est une distinction centrale pour l'observation de la manière de recourir à l'emprisonnement. Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre V.

2. La durée de la détention avant d'être admissible à la libération conditionnelle

Une série d'indications empiriques suggèrent que la demande et l'obtention de la libération conditionnelle d'une personne détenue s'indexent de moins en moins à la réhabilitation, à l'insertion sociale ou, inversement, à la nécessité sécuritaire concrète de garder l'individu en prison. L'admissibilité et l'obtention de la libération conditionnelle se pensent plutôt dans le cadre des finalités de neutralisation, de dissuasion, de dénonciation et de rétribution (proportionnalité afflictive). Ce que nous voulons rendre visible ici est l'impact de la manière d'observer les finalités de la peine sur la façon de recourir concrètement à l'emprisonnement.

Notons que, dans les systèmes de droit criminel occidentaux, la peine prononcée ne correspond pas nécessairement à la peine qui sera effectivement purgée par la personne condamnée. Il existe, en effet, le mécanisme de la libération conditionnelle permettant à l'individu de sortir de prison avant d'avoir purgé l'entièreté de sa peine, si celui-ci répond positivement à certains critères d'évaluation (concernant notamment son potentiel de réinsertion dans la société, sa dangerosité, etc.). La personne ne peut cependant pas demander la libération conditionnelle à n'importe quel moment. Elle doit déjà avoir purgé une certaine portion de sa peine pour être admissible. La durée de détention à purger avant d'être admissible varie selon les législations nationales et dépend parfois du type d'infraction pour lequel la personne a été condamnée.

De manière générale, dans le cadre de cette procédure de libération conditionnelle, le personnel judiciaire admet la réhabilitation comme raison pour permettre à un individu de sortir de prison. Cependant, nous observons que les opérateurs du droit ne perçoivent pas nécessairement la réhabilitation comme une finalité de la peine de départ, prononcée par le juge du fond. La réhabilitation a tendance à être reléguée au niveau de l'exécution des peines :

"Maintenant, je dirais, à chacun son job. (...) Et on ne peut pas, au moment où on décide une peine de 20 ans de prison, déjà organiser la réinsertion de la personne dans la société. Je dirais que la réinsertion, c'est primordial. On peut le faire quand on fait des plus petites peines, quand on fait en chambre correctionnelle. Effectivement, là on va faire des peines de travail, on va faire des sursis probatoires, des choses comme ça. (...) Puisque dans les fonctions de la peine, il y a l'idée de punition, mais aussi une idée, me semble-t-il, de réinsertion, (...) mais ça c'est le rôle du tribunal de l'application des peines d'essayer de réinsérer. Mais c'est vrai que là, et puis chacun son job au niveau de la prison même, comment est-ce que ça se déroule en prison, bien nous on n'a aucune prise là-dessus." (Juge 5)

Nous pouvons observer dans l'extrait ci-dessus que, sous l'influence du système d'idées de la RPM, l'importance de la réinsertion passe au second plan lors de la détermination de la peine. Elle est également conditionnée à la dette à payer en termes de souffrance.

L'insertion sociale n'est pas observée (pensée, prise en compte et valorisée) au moment de la détermination de la peine. Elle est plutôt observée comme une tâche qui revient à l'avocat et au personnel du système pénitentiaire ou que la personne condamnée doit mettre en œuvre par elle-même. Mais cette tâche doit être réalisée tout en acceptant la durée inamovible de la peine. Si cette durée dépasse cinq ans, elle entre dans la catégorie criminologique de "peines longues d'emprisonnement" avec tous les "coûts sociaux" (Pires, Landreville et Blankevoort, 1981) qui lui sont associés sans nécessité lorsqu'un problème de sécurité n'est, dans le cas d'espèce, pas un enjeu majeur.

"Vous voyez, ce n'est pas [un abandon de la finalité de réinsertion sociale], loin de là, bien entendu, mais... on ne sait pas travailler sur une réinsertion dans la société lorsqu'on prononce une peine de vingt ans d'emprisonnement. Parce que pour la réinsertion il y a d'abord tout un passage qui va se faire. D'abord la personne va devoir accepter sa peine... (...) et puis apprendre à vivre en prison, apprendre à... subir sa sanction euh... et puis envisager alors, au bout de trois, quatre, cinq, six ans lorsqu'elle va arriver au tiers de sa peine... par exemple pour une peine de vingt-et-un ans, à sept ans, envisager un plan de reclassement avec son conseil."

(Juge 5)

Un des nœuds du problème qui devient visible dans cet extrait d'entrevue est le renvoi de la réhabilitation au niveau de l'exécution des peines et l'occultation de l'impact du juge du fond et de sa décision sur le processus même de réinsertion.

La notion de "durée de détention à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle" devient centrale. Cette durée peut être fixée selon deux dispositifs différents qui, parfois, peuvent cohabiter au sein d'un même programme législatif et jurisprudentiel. Le premier est un délai fixé par la loi et identique pour toutes les catégories de condamnés. Ainsi, en Belgique⁶⁷, pour une grande majorité des condamnés, l'échéance est fixée au tiers de la peine. Pour les peines les plus sévères et pour certains récidivistes condamnés à des peines sévères, il est prévu des durées plus longues (Moreau et Vandermeersch, 2024, pp.608 et suiv.). Il s'agit d'une échéance à partir de laquelle le condamné est libérable mais pas nécessairement libéré, sa libération ne lui étant accordée que si le tribunal de l'application des peines constate que les conditions légales relatives notamment au risque de récidive, au projet de réinsertion, à l'indemnisation des victimes, etc. sont remplies. Le second dispositif consiste à autoriser le juge à décider que la libération conditionnelle ne pourra pas être demandée avant l'échéance qu'il fixe au cas par cas en fonction de critères légaux et jurisprudentiels. Nous avons observé un tel dispositif dans l'arrêt Bissonnette rendu par la Cour Supérieure du Québec. Un des principaux enjeux de la décision est alors précisément la fixation de la période incompressible durant laquelle le condamné ne peut pas demander de libération conditionnelle.

⁶⁷ Article 25 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine.

Si un juge du fond tient compte de la réinsertion dans son raisonnement, mais qu'il est davantage préoccupé par l'importance de l'apparence répressive ou dénonciatrice de la peine (la valeur symbolique de la peine), il en vient à dévaloriser l'insertion sociale de la personne condamnée, voire à lui porter atteinte, en raison de la durée minimale à purger. Dans ces conditions, le système de droit criminel finit par prononcer des peines qui peuvent être observées comme "contre-productives" à l'égard de la protection des valeurs positives fondamentales qu'il garantit, à savoir la protection de la sécurité et de la liberté :

"Bien sûr que le minimum de la peine à purger est contre-productif. Mais, parce qu'en plus, souvent dans des cas graves comme des personnes qui ont tué leur amant ou leur amante, ils ne vont pas recommencer. Ce sont des one shots. Mais ils ont ramassé le maximum parce que voilà, les jurés en ont décidé ainsi. D'un autre côté, on ne pourrait pas non plus donner un mauvais signal aux gens qui pourraient se retrouver dans la même situation : se débarrasser d'un compagnon ou d'une compagne encombrante... sans trop de dommages, c'est un peu ça l'idée. Et donc là on a fait passer l'individualisation au second plan par rapport à la valeur d'exemplarité... Parce que, en fait, dans le cas de ces infractions "familiales", il y a très peu de récidive." (Juge 6)

Pour les juges qui ont conscience que le processus de réhabilitation ou de préservation de l'insertion sociale se joue dès le moment de la détermination des peines, le problème connexe de la notion de "peines minimales" sur l'échelle des peines représente également un obstacle pour l'innovation :

"Et je pense que si le concept de peine minimale existe c'est pour le gouvernement, depuis l'œil du public, qui se sent rassuré par des peines minimales. Et je pense que c'est pour ça qu'elles sont là (...) et ça évacue une bonne partie de la réhabilitation dans certains cas." (Juge 18 Can)

Les peines minimales obligatoires, se justifiant également par la dénonciation, la dissuasion, la vieille rétribution afflictive et la neutralisation, peuvent représenter un obstacle à l'individualisation de la réponse du système de droit criminel en fonction de la situation concrète. Ces peines sont également

en friction avec le principe de retenue face au recours à l'incarcération (article 718.2(d)⁶⁸), codifié dans le Code criminel canadien dans le cadre de la réforme de 1996. Il en va de même pour le principe de la proportionnalité (article 718.1) dans sa dimension renouvelée qui vise tout de même à empêcher l'imposition de peines indûment sévères au nom de la rétribution visant une affliction volontaire et directe, de la dissuasion générale, de la neutralisation et de la dénonciation.

L'effet des peines minimales peut être contre-productif tant à l'égard de la personne condamnée que de la société en général :

"J'ai déjà vécu plusieurs fois des situations où le cadre juridique m'empêchait de rendre la peine que je croyais nécessaire pour remplir tous ces facteurs-là (réhabilitation), autant du côté du public que du côté de l'accusé." (Juge 18 Can)

Dans les extraits ci-dessus, les juges observent que les peines minimales et les périodes obligatoires de détention à purger visent à satisfaire des intérêts politiques plutôt que juridiques. Elles se justifient en effet par les finalités de la peine du noyau dur du système d'idées de la RPM, c'est-à-dire des finalités politiques et abstraites, sur lesquelles repose le cadre légal.

Intériorisées par le système de droit criminel et ses opérateurs, ces finalités constituent des obstacles à l'individualisation des peines aux cas concrets, méthode de protection des valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel à l'égard de tous (public, victime, accusé).

3. La notion de protection de la société

Les logiques de détermination de la peine et de recours à l'emprisonnement que nous avons présentées dans la section précédente sont régulièrement justifiée par la "protection de la société". Comme le mentionnait un de nos interlocuteurs, cette manière de recourir à l'emprisonnement (peines minimales et durées de détention obligatoires) contente *"le gouvernement, depuis l'œil du public, qui se sent rassuré"* (Juge 18 Can).

⁶⁸ Article 718.2(d) C.crim. : *"un délinquant ne doit pas être privé de sa liberté lorsque d'autres solutions moins contraignantes se révèlent justifiées dans les circonstances"*.

Les discours sur la "protection de la société", aussi flous, abstraits et variables soient-ils, exercent une influence considérable sur le recours à l'emprisonnement, comme nous l'avons appris dans la littérature. L'analyse des données empiriques nous a permis de mieux saisir cette influence.

Nous avons déjà montré comment les discours sur la "protection de la société" se rattachent aux idées de la rationalité pénale moderne et se confondent avec les finalités de la peine, surtout les finalités préventionnistes. La notion de "protection de la société" engendre de la confusion et des glissements de sens qui ont tendance à porter préjudice à l'universalité de la protection des droits fondamentaux, notamment quand la fonction du droit est identifiée à la protection de la société par le biais des finalités traditionnelles de la peine. Cette identification est d'autant plus prégnante dans les cas de crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie.

Dans les données empiriques, la difficulté de mobiliser la notion de "protection de la société" apparaît car elle ne fait pas l'objet d'un consensus auprès des opérateurs du droit. En effet, certains opérateurs du droit conçoivent la protection de la société comme étant avant tout la protection des victimes réelles et potentielles. En ce sens, la société n'est pas un concept abstrait, ni même un concept susceptible d'être divisé en groupes différenciés (ethniques, genre...).

"J : Si on a le motif de la protection de la société qui entre en compte, c'est que j'ai aussi des analyses de psychologues et de psychiatres qui montrent la dangerosité de l'individu. Donc ce n'était pas nécessairement juste pour dire que ça ne va pas que je sanctionne, mais une peine que je vais prononcer plus longue c'est parce qu'il y a une dangerosité qui est révélée par le dossier. Par le dossier mais aussi peut-être par les actes qui ont été commis. Je vais donner un exemple, il y avait une maltraitance parfois d'enfants, on était dans un milieu carencé. Mais ces enfants recevaient des douches chaudes, des douches froides, ça a été de les mettre dans une valise avec des crottes d'animaux et faire tomber la valise dans les escaliers, c'était leur faire boire leur urine etc. Même si ces gens, intellectuellement, peut-être, le psychiatre aurait trouvé (je ne connais plus les détails du dossier) ... même si le psychiatre avait dit que finalement ils

ne sont peut-être pas dangereux, c'est plus une carence etc. Là j'aurais dit que ça va trop loin. Peut-être que la peine d'emprisonnement va leur faire comprendre que ça ne va pas." (Juge 2)

En revanche, certains opérateurs du droit distinguent la protection de la société et la protection des victimes :

"Parce que mon job ce n'est pas de défendre la victime en fait. Non, le ministère public n'est pas là pour défendre des victimes. Finalement, c'est un objectif secondaire par rapport à la défense de la société. Et l'atteinte aux valeurs, c'est aux valeurs de la société. Dans mon esprit, c'est d'abord la société que je défends et à travers elle, forcément, la personne qui a été victime d'une infraction. Ça c'est évident." (Juge 14)

La manière dont les opérateurs du droit observent le critère de la "protection de la société" est ambiguë. Il existe une certaine confusion dans la signification de cette notion et dans la manière de répondre à ce critère.

Pourtant, un de nos interlocuteurs présente la protection de la société comme un des rôles que le juge doit assurer :

"Je dois protéger la société. C'est mon rôle aussi. C'est un facteur très très important." (Juge 2)

Fondamentalement, on peut se poser la question de savoir si la mission du juge est d'être gardien de la sécurité publique ou si celle-ci consiste à prioritairement garantir la protection des droits de tous, victimes comme auteurs. Si on considère que le juge doit garantir la protection de la société, comment doit-il le faire, c'est-à-dire en mobilisant quel moyen ? A-t-il besoin de recourir à la prison pour protéger la société ? La réponse à ces questions dépend du risque de récidive et probablement aussi du type de comportement. Une certaine combinaison entre "risque de récidive" et "nature de la conduite criminelle" est observable quand on s'intéresse à la manière dont les opérateurs du droit pensent la protection de la société.

Dans l'hypothèse où la réponse du juge est qu'il faut recourir à l'emprisonnement pour protéger la société, la question devient celle des raisons concrètes qui peuvent être retenues pour envoyer l'individu en prison. Il n'est pas possible de répondre précisément à cette question sans connaître le cas concret.

La "protection de la société" peut prendre différentes formes et n'est pas nécessairement garantie par le recours à la prison. À cet égard il existe, dans la littérature, une distinction entre un droit pénal soucieux de la protection des valeurs fondamentales à l'égard de tous (droit pénal du citoyen) et des tendances d'exception où la personne condamnée serait exclue (droit pénal de l'ennemi) (Baratta, 1991 ; Pires, 2001 ; Jakobs, 2009 ; Salas 2010 ; Cappi, 2011). La notion de "protection de la société" est souvent invoquée pour justifier la suppression de garanties fondamentales à l'égard des personnes condamnées. Cette notion crée une fissure à l'intérieur du droit pénal lui-même.

Dans certains cas, le système est modéré et applique des valeurs positives (droit pénal du citoyen). L'individu qui est passé à l'acte continue d'être considéré comme un "*membre de la société*" (Rapport Ouimet, 1969, p. 11). Dans d'autres cas, le système est dans l'oubli total de la personne (droit pénal de l'ennemi). La notion de "protection de la société" empêche de voir que le droit pénal du citoyen peut couvrir toutes les situations auxquelles le système de droit est amené à répondre. La mobilisation du droit pénal de l'ennemi (oubli total de la personne) n'est pas nécessaire pour garantir la sécurité.

4. *L'emprisonnement neutralisant*

Cette sous-section concernant la rationalité neutralisante dans la manière de recourir à l'emprisonnement révèle un aspect central de nos résultats d'analyse. Nous utilisons l'affaire Bissonnette pour introduire le propos (a) car elle permet de donner un sens à la rationalité neutralisante, et à ses couches de complexité, à travers un exemple concret. Nous présentons, ensuite, notre analyse sur l'emprisonnement neutralisant en tant que tel (b) en abordant les difficultés que pose l'observation de la rationalité neutralisante avant de développer les trois indicateurs empiriques servant à son repérage.

a. L'expérience politico-juridique de l'affaire Bissonnette au Canada

Nous utilisons l'affaire Bissonnette pour faire la transition entre, d'une part, nos résultats relatifs à la conception de la peine et à la manière de recourir à l'emprisonnement dans le système d'idées de la RPM, et, d'autre part, la découverte des indicateurs empiriques de l'emprisonnement neutralisant.

Nous faisons ici état d'une expérience sociale exceptionnelle survenue au Canada entre 2011 et 2022 afin de faire une démonstration sur le système d'idées de la RPM. Cette dernière reprend, mais de manière différente, certains éléments que nous avons déjà dégagés de notre analyse des communications judiciaires. Elle apporte cependant, par sa vision large et son organisation, une valeur ajoutée au raisonnement.

La description de cette expérience nous a été fournie par le travail gigantesque réalisé par l'honorable juge Huot dans l'affaire Bissonnette (*R. c. Bissonnette*, 2019 QCCS 354).

Cette expérience débute avec une réforme législative de 2011 qui a introduit une nouvelle norme de sanction dans le Code criminel canadien (l'art. 745.51 C. cr.) permettant le cumul des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle au prorata du nombre de victimes de meurtres. Le premier jugement (affaire *Baumgartner*) utilisant cet article date de 2013. Cette expérience engendrée par le système politique a pris fin en 2022 quand la Cour suprême du Canada a invalidé la disposition à l'occasion de l'affaire Bissonnette.

Notons que cette invalidation est une démonstration de l'autonomie opérationnelle du système de droit par rapport au système politique en matière de normes de sanction. L'expérience commence en effet au niveau du système politique (pouvoir législatif) et se termine au niveau du système de droit (pouvoir judiciaire), illustrant un type de pouvoir bien connu en Occident, à savoir la possibilité pour le système judiciaire de déclarer des lois inconstitutionnelles. Notre intérêt se portera sur la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement valorisée à travers cette expérience.

Il faut rappeler que, jusqu'au milieu du XX^e siècle, le Code criminel canadien ne reconnaissait que le meurtre, sans distinction de degrés, ce qui en faisait une catégorie englobante dépourvue de nuances juridiques spécifiques. À cette époque, la peine de mort était obligatoire pour le meurtre.

La dernière exécution au Canada a eu lieu en 1962. À partir de 1963, le Gouvernement a adopté une politique de commutation systématique des peines de mort en peines perpétuelles. Le judiciaire continuait de prononcer la peine capitale, mais le système politique intervenait pour la transformer en emprisonnement à perpétuité. Tous les condamnés commués à une peine perpétuelle obligatoire étaient éligibles à une libération conditionnelle après une période de détention incompressible de 10 ans jusqu'en 1976.

La réforme législative de 1976 (loi C-84) a aboli la peine capitale pour le meurtre, la trahison et la piraterie. Elle a introduit deux catégories d'homicide. D'une part, le meurtre au premier degré qui est puni d'une peine d'emprisonnement perpétuel obligatoire, avec une période minimale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans. Initialement, il existait une possibilité de demande de révision judiciaire après 15 ans, mais elle a été abrogée en 2009. D'autre part, le meurtre au second degré qui est également puni d'une peine d'emprisonnement perpétuel obligatoire, mais avec une période minimale d'inadmissibilité située entre 10 et 25 ans à déterminer par le juge.

Cette réforme visait à nuancer la réponse pénale en fonction de la gravité de l'acte. L'accent était surtout porté sur la rétribution et la protection de la société, accordant peu d'importance aux droits fondamentaux des personnes condamnées.

Entre 2011 et 2013, le traitement des meurtres multiples a fait l'objet d'une nouvelle évolution législative. Le parlement a introduit l'article 745.51 du Code criminel, permettant aux juges d'ordonner que les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle soient purgées consécutivement (et non plus simultanément) au prorata du nombre de victimes, ouvrant la voie à des peines incompressibles totales extrêmement longues pouvant parfois dépasser la durée d'une vie humaine.

Le meurtre au premier degré a conservé une période minimale de 25 ans, mais en cas de victimes multiples, ces 25 ans peuvent être imposés consécutivement si le juge le décide (ce n'est donc pas obligatoire). Pour le meurtre au second degré, la période minimale de 10 à 25 ans est maintenue mais le juge peut ordonner des périodes minimales consécutives indexées au nombre de victimes. Autrement dit, la valeur en termes de "prix de souffrance" pour chaque victime d'un homicide au 1^{er} degré a été fixé à 25 ans. Pour les victimes d'un homicide au second degré, le prix pouvait varier entre 10 et 25 ans de plus par victime. Certains opérateurs du droit ont pris l'habitude d'observer ces "prix de souffrance" comme exprimant la valeur accordée à la dignité des victimes.

En résumé, en toile de fond de l'expérience présentée, l'abolition de la peine de mort au Canada en 1976 avait déjà reconfiguré les catégories d'homicide et les durées de détention obligatoire à purger (25 ans pour le meurtre au premier degré ; 10 à 25 ans pour le second degré), tout en maintenant la perpétuité et en introduisant une escalade répressive. L'amendement de 2011 a prolongé cette logique en ouvrant la voie à des périodes d'inadmissibilité cumulatives, calculées selon le nombre de victimes, transférant ainsi aux juges la possibilité d'allonger drastiquement la partie incompressible des peines.

L'affaire Bissonnette illustre cette escalade. En effet, le procureur demande initialement une période de 150 ans d'inadmissibilité à la libération conditionnelle car Bissonnette a commis six meurtres au premier degré. Ce chiffre extrême illustre la portée abstraite du système d'idées de la RPM dans le sens où l'absurdité de l'aveuglement sur la loi de la biologie (l'espérance de vie humaine) n'agit pas comme moyen de contention de la sévérité de la peine.

Dans l'arrêt *R. c. Bissonnette* (2022 SCC 23), la Cour suprême du Canada a jugé l'article 745.51 C. cr. inconstitutionnel, estimant que la possibilité d'imposer des périodes consécutives d'inadmissibilité à la libération conditionnelle constitue une peine cruelle, contraire à l'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés. La Cour a souligné que ces peines, en dépassant l'espérance de vie humaine, présupposent l'irrécupérabilité de la personne condamnée, niant la dignité humaine et la possibilité de réhabilitation, éléments essentiels du droit criminel canadien.

Cette évolution politique et judiciaire, jusqu'à l'affaire Bissonnette, met en lumière une escalade autoréférentielle vers une rationalité neutralisante en ce qui concerne la manière de recourir à l'emprisonnement. Cet exemple est paroxystique de cette forme de rationalité pénale et il a donc une portée pédagogique pour la rendre visible. Il permet aussi de montrer que, même la Cour Suprême, qui ramène la durée minimale d'inadmissibilité à 25 ans dans l'arrêt Bissonnette, participe à cette escalade, dans le sens où le résultat est plus élevé que la durée minimale à purger prévue à l'origine pour le même crime (10 ans avant 1976). L'angle mort, à l'intérieur du système d'idées de la rationalité pénale moderne, se tient ici : le contrôle de la sévérité des peines se fait à partir du point maximal de l'escalade (la longueur démesurée des peines), mais pas à partir de l'observation de la *qualité* de l'intervention du système de droit criminel au regard de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système.

Un autre aspect intéressant de cette expérience est qu'elle rassemble au moins vingt-huit dossiers judiciaires provenant de diverses provinces au Canada entre 2013, date de la première décision judiciaire et 2019, date de la première décision judiciaire dans l'affaire Bissonnette. Vingt-six dossiers sur vingt-huit (26/28) sont mentionnés dans la décision du juge de première instance dans l'affaire Bissonnette. Les deux autres dossiers sont l'affaire Bissonnette elle-même et un autre dossier qui a également pris fin en 2019 (affaire Bruce McArthur), peu après l'arrêt Bissonnette.

Dans l'affaire McArthur, l'auteur a causé la mort de plusieurs personnes, mais il est condamné à l'emprisonnement à perpétuité avec une période d'inadmissibilité de seulement 25 ans. Cette décision s'explique par le fait qu'il était déjà âgé de 66 ans au moment de la condamnation et que la période de 25 ans l'amenait près, voire au-delà, de son espérance de vie (91 ans). Ce cas illustre que le nombre d'années ne détermine pas, en soi, la valeur de la peine. Le fait que la décision ne comporte pas de périodes d'inadmissibilité consécutives n'est pas ici la démonstration de l'auto-contention de la sévérité des peines.

Soulignons que l'affaire Bissonnette est celle qui met un terme, pour l'ensemble du Canada, à l'expérience sous examen. Cette affaire est la seule à avoir été menée jusqu'à la Cour suprême du

Canada. Ce fait reste en partie énigmatique parce que nous ne l'avons pas investigué car il n'est pas central pour notre objet.

L'ensemble des affaires répertoriées dans l'arrêt Bissonnette permet de mettre en évidence l'énergie répressive et neutralisante du noyau dur du système d'idées de la rationalité pénale moderne, caractérisée par une hyper-valorisation des longues durées de réclusion. Le principe de modération et le principe de totalité⁶⁹ des peines (art. 718.2.c C.cr.) se sont révélés fragiles, voire inopérants, face à la possibilité d'additionner mécaniquement les durées d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Cette possibilité a, en réalité, réintroduit symboliquement la mort, sous la forme d'une condamnation à mourir en prison, d'une "*peine de mort sociale*" (Mereu, 2012), en fixant des seuils excédant l'espérance de vie. Le système d'idées dominant, appuyé par la culture de la poursuite, a conduit à une dévalorisation de la réhabilitation, avec une confusion constante entre réprobation et répression : la dénonciation s'est exprimée par l'infliction de souffrance, parfois au-delà des lois de la biologie. Cette logique a contribué à occulter le fait que ce sont des personnes qui reçoivent des peines, et non des actes, et que les conséquences de celles-ci retombent sur ces personnes (Mohr, 1980). Elle entraîne une inflation quasi mécanique des peines en cas de multiplication des chefs d'accusation ou des victimes.

Le répertoire des décisions dressé par le juge Huot illustre ces tendances. Il rend visible, d'une part, des recommandations conjointes entre la poursuite et la défense aboutissant à des peines de 35 à 40 ans (*Baumgartner, Vuozzo, W.G.C.*) et, d'autre part, des demandes de peines maximales validées par les juges, conduisant à des peines de 75 ans (*Bourque, Ostamas, Garland, Saretzky*). Quelques cas témoignent toutefois d'une auto-contention judiciaire, limitant la peine à 25 ans malgré la multiplicité des victimes (*Ramsurrun, Klaus*). Entre ces pôles, plusieurs décisions se situent dans des durées intermédiaires (20 à 50 ans), selon la combinaison des degrés d'homicide et l'interprétation du principe de totalité des peines.

⁶⁹ Le principe de totalité des peines est une règle de proportionnalité en droit canadien qui signifie que même si plusieurs crimes ont été commis, le total des peines imposées ne doit pas dépasser une limite raisonnable par rapport à la gravité globale du comportement et à la culpabilité de l'accusé. L'article 718.2.c C.cr. prévoit que : "*Le tribunal, dans la détermination de la peine à infliger à une personne, doit tenir compte des principes suivants : (...) c) lorsque des peines consécutives sont infligées, la peine totale ne doit pas être excessive ou hors de proportion avec la gravité de l'ensemble des infractions et le degré de responsabilité du délinquant.*"

Certaines affaires sont particulièrement révélatrices. Dans *Bourque* (2014), l'avocat de la défense lui-même suggère 50 ans, et le juge impose 75 ans sans référence explicite au principe de totalité des peines. Dans *Ostamas* (2016), la peine de 75 ans est rendue sur recommandation conjointe, les troubles mentaux de l'accusé n'ayant pas été jugés atténuants. L'affaire *Ramsurrun* (2017) marque au contraire une limite, le juge imposant 25 ans malgré une demande de 40 ans. Dans *Garland* et *Saretzky* (2017), les juges affirment qu'une peine de 75 ans n'est pas excessive, même au-delà de l'espérance de vie, au nom de la proportionnalité entre l'affliction et le crime. L'affaire *Klaus* (2018) illustre de nouveau une résistance judiciaire en retenant 25 ans malgré une demande de 75 ans. Enfin, dans *Bissonnette* (2019 - 2022), la poursuite demande initialement 150 ans, puis 75 ans ; la première instance retient 40 ans, mais la Cour d'appel et la Cour suprême fixent définitivement le seuil à 25 ans, mettant fin à ce mécanisme juridique en 2022.

En définitive, ces décisions montrent l'échec des mécanismes internes de contention de la sévérité des peines (principes de modération et de totalité) face à une volonté punitive marquée par la dissuasion générale, la dénonciation afflictive, la neutralisation et la proportionnalité entre la souffrance et le crime. Elle révèle aussi la marginalisation de la réinsertion, l'acceptation de durées obligatoires de détention à purger excédant l'espérance de vie et la participation conjointe de la poursuite, de la défense et des juges à cette escalade. Si certaines décisions ont constitué des freins ponctuels, elles restent minoritaires. La fin jurisprudentielle de l'expérience en 2022, avec le retour au seuil d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans unique et fixe, nous éloigne des absurdités mais consacre la fragilité persistante des principes de modération et de totalité des peines au sein du système d'idées dominant.

L'expérience de l'affaire Bissonnette montre que le système de droit criminel traite de questions éthico-juridiques d'une importance fondamentale pour la société contemporaine dans le champ de la peine et, plus globalement, dans la manière de répondre à la violence. Toutefois, jusqu'à présent, le noyau dur du système d'idées de la RPM empêche les opérateurs du système de droit criminel de jouer un rôle de véritable *leadership moral et juridique*. Les raisons principales qui les empêchent de tenir ce rôle sont, d'une part, l'angle mort que ce système d'idées engendre chez eux et, d'autre part, la propension de ce même système à vouloir infliger de la souffrance comme forme d'expression des valeurs positives.

Notons, à cet égard, que les dispositions légales plus modérées en Belgique ne changent en rien l'analyse. Bien que le programme législatif respecte les lois de la biologie et permette de ne pas condamner un individu ayant porté atteinte à la vie à une peine d'emprisonnement ferme, nous avons pu observer, comme relevé plus haut, que le système d'idées de la RPM englobe les opérateurs du droit dans la même vision de la réaction au crime, au point de ne pas voir que la loi leur permettrait de statuer de manière plus modérée que ce qu'ils font en pratique.

Le point suivant est consacré à l'observation de l'emprisonnement neutralisant en tant que tel ainsi qu'à la présentation des indicateurs empiriques que nous avons repérés pour l'identifier.

b. L'observation de l'emprisonnement neutralisant

Comme nous l'avons expliqué dans le développement de la problématique, la finalité de neutralisation est souvent absorbée par les finalités de rétribution, dissuasion et dénonciation et se fait substituer par celles-ci. Nous avons également observé, plus tôt dans ce chapitre, que les finalités du noyau dur de la RPM ont tendance à se confondre avec la notion même de peine, se traduisant par des pratiques punitives à l'égard des crimes graves qui consistent en un recours à l'emprisonnement comme méthode privilégiée pour atteindre les finalités recherchées. Cela constitue un nœud important de la problématique du rapport entre la protection des droits fondamentaux et la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine.

Les développements précédents sur la manière d'observer la notion de peine et ses finalités, ainsi que la manière de recourir à l'emprisonnement à l'intérieur du système d'idées de la RPM, ont été nécessaires pour aboutir à l'observation de ce que nous avons appelé le recours à "l'emprisonnement neutralisant". Nous voulons rendre possible l'observation de l'emprisonnement neutralisant afin qu'il puisse être distingué d'autres usages de la prison fondés sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Cependant, l'observation de l'emprisonnement neutralisant n'est pas une chose aisée. En effet, l'observation de la prison peut amener les opérateurs du système de droit criminel à voir la neutralisation là où ils aimeraient qu'elle soit ou à ne pas la voir là où il serait dérangeant qu'elle existe. Ces

observations de premier ordre sont faites par les opérateurs du droit. Les données empiriques ont toutefois rendu visible que le phénomène de la neutralisation par le recours à l'emprisonnement comme peine n'est pas toujours observé ou correctement observé. En réalisant une observation de second ordre, nous cherchons donc à dégager les indicateurs empiriques de l'emprisonnement neutralisant. Notre observation est construite à l'aide de la distinction *emprisonnement neutralisant* – *emprisonnement non neutralisant*.

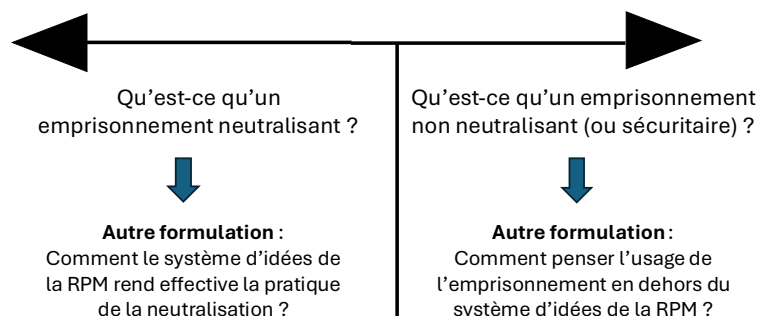


Tableau 5 : Formulation de la distinction entre l'emprisonnement neutralisant et l'emprisonnement non neutralisant

Nous voulons rendre visible l'emprisonnement neutralisant afin de le distinguer d'une autre manière de recourir à la prison qui ne repose pas sur la rationalité de la neutralisation et sur le système d'idées de la rationalité pénale moderne. Notre défi est sans doute de taille. Même si nous ne réussissons pas à le relever entièrement, ce qui est hautement probable, nous espérons pouvoir esquisser ou ouvrir une voie dans cette direction susceptible de stimuler d'autres contributions.

Au départ, nous avons pensé l'emprisonnement neutralisant comme centré exclusivement sur une finalité directe de neutralisation. Toutefois, dès que nous avons commencé à travailler sur nos données, nous nous sommes rendue compte que "l'emprisonnement neutralisant" ne découlait pas exclusivement d'une finalité de neutralisation. L'emploi du mot "finalité" peut même être inadéquat puisque, dans certains cas, d'autres finalités de la peine réalisent la pratique (clandestine) de la neutralisation. En effet, nous avons observé que la finalité de neutralisation agit en latence et rarement de façon isolée et

explicitement "visible". Elle passe plutôt par la médiation d'autres finalités ou fonctionne en association étroite avec elles. La rationalité neutralisante, au sens large, comprend bien entendu la finalité de neutralisation, mais celle-ci se fait la plupart du temps remplacer et/ou accompagner par le noyau dur du système d'idées de la RPM, surtout dans le cas des crimes considérés comme les plus graves.

Nous avons observé que l'emprisonnement neutralisant peut se réaliser, d'un point de vue pragmatique, par la médiation des idées ou finalités de rétribution, de dissuasion générale et de dénonciation sans explicitement invoquer la neutralisation. Celle-ci se trouve, en fait, absorbée par les autres finalités de la peine, ce qui engendre une difficulté supplémentaire à l'égard de l'observation de l'emprisonnement neutralisant. Nous avons donc quelque peu revu notre définition de l'emprisonnement neutralisant en cours de route. Celui-ci ne peut pas seulement être défini comme le recours à un emprisonnement qui repose sur la finalité de la neutralisation. C'est la raison pour laquelle, nous semble-t-il, certains juges, notamment en Belgique, peuvent condamner une personne à un emprisonnement neutralisant sans même s'en rendre compte.

La distinction que nous voulons mettre en lumière dans notre observation peut maintenant s'illustrer comme suit.

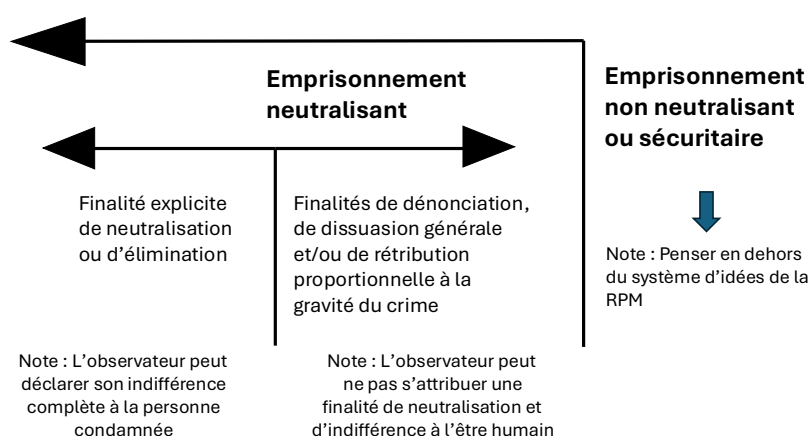


Tableau 6 : La distinction entre emprisonnement neutralisant et emprisonnement non neutralisant

L'un des grands défis de ce travail est de cerner ce qui se trouve exactement du côté "emprisonnement neutralisant" de la distinction, que ce soit directement justifié par la finalité de neutralisation ou par les autres finalités du noyau dur de la RPM.

Pour répondre à ce défi, nous avons développé, grâce à l'analyse des données et à l'éclairage offert par la littérature, des indicateurs empiriques pouvant nous aider à distinguer et à observer, de façon plus précise, l'emprisonnement neutralisant. Le premier objectif est descriptif et tend à rendre visible la manière dont l'emprisonnement neutralisant est observé ou mis en pratique par les opérateurs du droit.

Le second objectif vise à penser, à partir de l'observation de cette manière d'observer des opérateurs du droit (et de déterminer des peines), une façon non afflictive de recourir à l'emprisonnement, même dans les cas considérés comme les plus graves. Cet aspect sera abordé dans le chapitre suivant.

Avant de présenter les indicateurs empiriques de l'emprisonnement neutralisant (ii), nous abordons les difficultés d'observation de la finalité de neutralisation pour les opérateurs du droit (i) afin de mieux saisir l'importance et la pertinence du développement de ces indicateurs.

i) Deux sources de difficultés d'observation pour les consciences professionnelles

Nous avons observé une certaine difficulté d'observation du phénomène de la neutralisation dans les communications judiciaires. Celle-ci nous semble venir de deux sources : 1) La finalité de neutralisation est souvent absorbée par les autres finalités de la peine, ce qui rend compliqué de la distinguer et de l'observer. Cela ressort très bien dans l'affaire Bissonnette que nous avons présentée notamment pour illustrer cette difficulté d'observation ; 2) Certains opérateurs du droit se trouvent déjà virtuellement en train de sortir du système d'idées de la RPM et ont alors du mal à concevoir le recours à un emprisonnement neutralisant en tant que tel.

Cependant, comme nous l'avons expliqué, ce n'est pas parce que l'emprisonnement neutralisant est peu ou difficilement visible que la rationalité neutralisante ne joue pas un rôle important dans le système d'idées de la RPM et dans la conception de la peine en droit criminel. L'observer et la rendre observable

représente donc, à notre sens, une contribution majeure dans le processus de reconstruction qualitative du droit criminel.

Il est intéressant de relever d'emblée un rapport différent au terme "neutralisation" entre la Belgique et le Canada. En effet, en Belgique, ce terme n'est pas explicitement employé, même si la neutralisation joue un rôle dans le système d'idées relatif aux normes de sanction. Un langage détourné est mobilisé dans les motivations des peines pour faire passer l'idée de la neutralisation et cette dernière est généralement absorbée dans les autres finalités de la peine :

"Ça me paraît incontestable. Et vous avez dit un certain nombre d'éléments que vous avez retrouvés dans notre jurisprudence, est-ce que ce que vous avez énoncé là n'est pas une autre manière de dire qu'on neutralise ? La récidive, l'absence d'amendement,... l'absence d'amendement... pfff. Si l'absence d'amendement vous conduit à prononcer une peine de prison éventuellement plus sévère, ça veut dire quoi ? Que vous neutralisez. Donc il y a une forme de neutralisation, de facto." (Juge 1)

Dans la suite de cette réflexion, ce juge s'interroge : qu'est-ce qui empêche de reconnaître et de nommer cela ? Et, surtout, comment penser la neutralisation sans avoir à faire face à l'inconfort qui peut être lié à la pratique d'un emprisonnement neutralisant ?

"Et peut-être qu'il faudrait, dans le langage et l'utilisation des mots, en arriver à pouvoir le dire. Alors, pourquoi ne le dit-on pas ? Sans doute... sans doute... je n'ai pas réfléchi plus avant sur cela mais... si je me mets dans l'hypothèse en me disant "tiens, j'ai ceci, oui il y a cette dimension-là", qu'est-ce qui va m'empêcher de franchir le pas et de dire "il faut neutraliser" ? Quoi ? Je ne sais pas..." (Juge 1)

Citant Boileau, le juge complète son observation sur la difficulté de nommer la neutralisation en droit belge en soulignant un certain malaise autour de la rationalité neutralisante et en reconnaissant que le problème reste "peu pensé" :

"Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire nous viennent aisément [Boileau]." (Juge 1)

Dans certaines communications judiciaires, on constate que la difficulté à concevoir et à nommer la neutralisation a une résonance et des implications sur la pratique de la détermination des peines. On observe aussi que cette difficulté peut se trouver liée à un sentiment d'insécurité ou d'inconfort de la part de certains professionnels du droit. Ce point est important à reconnaître si l'on veut repenser l'usage de l'emprisonnement :

"Vous me parliez de neutralisation. Neutraliser... je ne sais pas si l'on peut en parler, sans doute. Mais moi je ne sais pas ce que ça veut dire. Donc... oui temporairement, oui. Là je suis sûr que pendant ce temps-là il ne va pas faire de conneries." (Juge 3)

Ces quelques extraits d'entrevue sont utiles pour rendre visible un phénomène qui n'a pas besoin d'être identifié explicitement pour exister. Toutefois, le fait qu'il ne soit pas identifié augmente la difficulté (déjà élevée) d'observation du phénomène en question. Or, comme nous l'avons déjà mentionné dans les chapitres précédents, il n'est pas possible de dépasser un obstacle qu'on ne voit pas. L'observabilité du phénomène neutralisant, qu'il soit explicitement nommé ou pas, est donc un préalable indispensable pour réfléchir sur la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement à partir du respect des droits fondamentaux.

La situation est différente au Canada. Le terme "neutralisation" y est assumé dans la justification des peines. Le Code criminel canadien distingue explicitement la finalité d'isoler de celles de dissuader, de dénoncer et de rétribuer. Compte tenu du recouvrement sémantique partiel des médiums *isolement* et *neutralisation*, ce dernier, assez répandu dans les communications criminologiques, devient davantage "normalisé". Ce recouvrement facilite l'observation :

"I : On a parlé de la dissuasion et de la rétribution en disant qu'il faut punir. Mais est-ce qu'il y a aussi une idée de neutralisation de l'individu ?

J : Oui (assertif).

I : Comment est-ce qu'elle se modalise ?

J : Je protège la société en l'écartant de la société, en ne lui donnant pas la liberté de revenir parmi les siens. Alors... c'est comme ça que je le fais." (Juge 18 Can)

Dans la communication suivante, il est possible de voir comment la finalité de neutralisation se trouve emboîtée dans la notion plus englobante de "protection de la société", voire intégralement identifiée à celle-ci comme une sorte de synonyme :

"La neutralisation est la protection de la société et c'est un objectif assumé. Mais il y a plusieurs manières de le faire. On ne neutralise pas seulement par l'emprisonnement mais la prison est une façon classique de neutraliser." (Juge 17 Can)

Bien que le terme "neutralisation" soit employé, sa visibilité est loin d'être suffisante. De plus, il n'est pas mobilisé sans un certain malaise comme développé dans le propos suivant :

"Le mot neutralisation est utilisé au Canada. Mais le mot neutralisation a tout de même une connotation déshumanisante. C'est-à-dire qu'il renvoie quand même à l'idée de retirer une menace contre la société, mais une menace qui n'aurait pas de visage, au profit du corps social. Et cela suggère quand même une certaine violence judiciaire contraire à la rationalité du système judiciaire. Ce mot neutralisation implique en fait qu'on ne se préoccupe pas du sort du condamné. Ce mot neutralisation implique une certaine violence à l'égard du condamné."
(Juge 17 Can)

Cette réflexion dans la communication judiciaire est très importante et éclairante. Contrairement aux termes *dissuasion*, *peine proportionnelle au crime* et *réprobation sociale*, le terme "neutralisation" laisse voir plus facilement un désintérêt ou un point de cécité à l'égard de la personne condamnée. La "violence judiciaire", incompatible avec la fonction du droit, peut plus aisément devenir reconnaissable. L'éclairage porte aussi sur une fonction latente des communications relatives à la dissuasion, la dénonciation et la rétribution, à savoir masquer la "violence judiciaire" pour l'opérateur judiciaire lui-même.

Donner des outils (des indicateurs empiriques) aux opérateurs du droit leur permettrait d'identifier eux-mêmes la rationalité neutralisante dans les pratiques punitives et de choisir consciemment de s'en écarter. Car, comme l'indique le juge, l'emprisonnement neutralisant "*suggère quand même une certaine violence judiciaire contraire à la rationalité du système judiciaire*" (Juge 17 Can). Les termes "rationalité du système judiciaire" font référence ici aux valeurs fondamentales garanties par le système.

Nous nous sommes appuyée sur certaines questions de départ pour réaliser notre observation, telles que : est-ce que les communications judiciaires parlent de la neutralisation et comment en parlent-elles ? Comment le pouvoir judiciaire dans son ensemble parle-t-il de la peine perpétuelle et la reçoit-elle dans la pratique de la détermination des peines ? Comment le pouvoir judiciaire observe-t-il la récidive et la rattache-t-elle à la prison et au temps long d'incarcération ? Comment le pouvoir judiciaire observe-t-il et se positionne-t-il à l'égard de la protection de l'insertion sociale et de la réhabilitation ? Quel est l'espace réservé à la réhabilitation dans la trajectoire de vie des personnes condamnées ? Comment le pouvoir judiciaire valorise ou dévalorise-t-il la possibilité et l'accessibilité à une libération ? Aurait-il des préjugés en faveur de l'emprisonnement et de sa longue durée ou, au contraire, cherche-t-il à être impartial dans son jugement sur le choix de la réclusion et de sa durée ?

Cette démarche d'analyse nous a permis de déceler des indicateurs empiriques de l'emprisonnement neutralisant dans les communications judiciaires et de rendre visible empiriquement la spécificité de cette rationalité qui consiste à enfermer, jeter la clé et oublier l'individu, pour une durée relativement longue. Il ressort de l'analyse que trois critères indiquent la présence de la rationalité neutralisante dans la justification du recours à l'emprisonnement : 1° la longueur de la peine prononcée ; 2° la satisfaction envers le retrait de la possibilité de récidive ; et 3° la dévalorisation de la réhabilitation et/ou de l'insertion sociale de l'individu. Les trois indicateurs doivent être appréhendés de manière combinée.

ii) *La recherche des indicateurs empiriques de l'emprisonnement neutralisant*

La construction des indicateurs articule des éléments théoriques avec des éléments empiriques (Bateson, 1977). L'opérateur scientifique doit alors prendre certaines décisions en fonction de son objet et de la direction qu'il souhaite prendre, en l'occurrence contribuer à une reconstruction qualitative des

structures décisionnelles du pouvoir judiciaire (poursuite, juges du procès et de l'exécution des peines, défense) en vue d'un ajustement progressif avec les valeurs positives fondamentales de liberté et de sécurité garanties par le système de droit criminel.

Les indicateurs empiriques répertoriés ici sont, surtout et au premier plan, des indicateurs présents dans les communications judiciaires, ce qui inclut les entrevues et les décisions de l'affaire Bissonnette. Ces indicateurs nous semblent aussi pouvoir être applicables aux communications de la philosophie pénale et de la doctrine juridique en matière de sanctions criminelles (Pagé, 2024), mais cela ne fait pas partie de notre corpus empirique.

Le tableau ci-dessous présente, de façon condensée, et dans un langage descriptif, les trois indicateurs que nous mettons en exergue. Cette typologie théorico-empirique n'a aucune prétention d'exhaustivité ni de saturation. Soulignons aussi que chaque indicateur peut être formulé de façon différente sans modifier nécessairement son contenu.

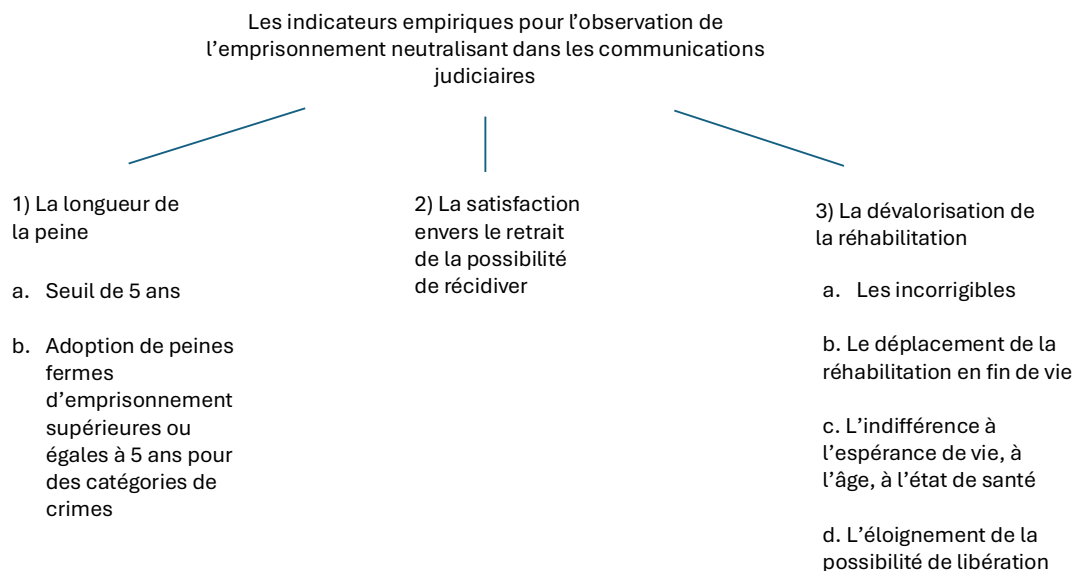


Tableau 7 : Les indicateurs empiriques pour l'observation de l'emprisonnement neutralisant

Nous avons trouvé, dans les communications judiciaires, les indicateurs nécessaires pour observer le phénomène de l'emprisonnement neutralisant. Ces indicateurs empiriques sont présentés ci-dessous

un par un dans une visée pédagogique. Leur combinaison (implicite ou explicite) assure la distinction entre l'emprisonnement neutralisant et un emprisonnement reposant sur un autre socle rationnel.

1° La longueur de la peine

Une peine d'emprisonnement de longue durée est un premier indicateur pour repérer la rationalité neutralisante.

Nous précisons tout d'abord le seuil à partir duquel nous reconnaissons des "peines de longue durée" et les raisons qui le justifient. Nous développons, ensuite, l'adoption de telles peines pour certaines catégories de crimes en tant qu'indicateur de la rationalité neutralisante dans le recours à l'emprisonnement.

▪ *Le seuil de cinq ans d'emprisonnement*

Le premier indicateur empirique de la rationalité neutralisante dans le recours à l'emprisonnement mis en lumière est la longueur de la peine d'emprisonnement⁷⁰. À cet égard, nous adoptons un certain seuil empirique pour signaler à l'opérateur qu'il entre dans l'espace des *longues peines d'emprisonnement*. Ceci est important car il existe une corrélation grandissante entre la longue durée et la pratique de la neutralisation lorsque cette dernière ne se fonde pas exclusivement sur un problème de sécurité grave posé par l'individu.

Cette notion de seuil apparaît empiriquement et explicitement dans des décisions en matière de normes de sanction, par exemple dans la décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire Bissonnette :

"[94] Les objectifs de dénonciation et de dissuasion ne sont pas mieux servis par l'infliction de peines excessives. En effet, passé un certain seuil, ces objectifs perdent toute leur valeur fonctionnelle (...)." (R. c. Bissonnette, 2022 CSC 23)

⁷⁰ Notons que les peines d'emprisonnement avec sursis ne sont pas des emprisonnements neutralisants. En effet, l'individu n'allant pas concrètement en prison, les indicateurs de l'emprisonnement neutralisant ne sont pas rencontrés. De plus, ce genre de peine est prononcé dans une optique de valorisation de l'insertion sociale des personnes condamnées ou de ne pas porter atteinte à celle-ci (lien avec indicateur 3).

Nous avons retenu le seuil de cinq ans pour caractériser le passage aux longues peines d'emprisonnement. Ce choix repose sur les trois raisons suivantes.

Tout d'abord, ce seuil est absolument nécessaire pour limiter la localisation variée et les déplacements entièrement subjectifs tant des consciences particulières que des pratiques de détermination des peines en fonction des habitudes institutionnalisées propres aux différentes juridictions. Ce point a été également signalé et adopté par le Comité européen pour les problèmes criminels (1977) du Conseil de l'Europe. À cette époque, par exemple, le Comité a souligné qu'en Suède les peines égales ou supérieures à cinq ans étaient très exceptionnelles, ce qui est loin d'être le cas dans d'autres États.

Ensuite, la valeur de cinq ans comme seuil pour identifier le passage vers des peines d'emprisonnement de longue durée a été adopté par ce même Comité à l'issue de délibérations approfondies. Nous estimons que ce travail réalisé par des experts au sein de cette institution qui, à l'époque comptait 19 États membres (et aujourd'hui 46), est une garantie sérieuse qui dépasse les choix politiques d'un État, raisons pour laquelle nous en retenons le résultat.

Enfin, le seuil de cinq ans comme durée maximale des peines d'emprisonnement dans un code pénal a également été choisi par un Comité de réforme de la société civile rédigé par von Hirsch (1976). Notons que ce Comité de réforme adopte la philosophie du juste dû qui se situe à l'intérieur même du système d'idées de la rationalité pénale moderne et qui privilégie les finalités de rétribution proportionnelle, de dénonciation et de dissuasion. Ce qui distingue ce Comité des autres discours sur le juste dû, est qu'il intègre un principe de modération à la détermination de la durée de l'emprisonnement.

- *L'adoption de peines fermes d'emprisonnement égales ou supérieures à cinq ans pour tous les infracteurs de certaines catégories de crimes*

Adopter des peines fermes d'emprisonnement pour tous les infracteurs de certaines catégories de crimes renvoie au critère de la gravité catégorielle de l'infraction comme raison justificatrice suffisante

pour sélectionner l'emprisonnement comme peine pour une durée d'au moins cinq ans. Cette manière de déterminer les peines engendre ce que nous appelons un recours à l'emprisonnement neutralisant. La notion de "gravité du crime" devient alors une enveloppe très large et peut devenir suffisante pour justifier un enfermement de longue durée indépendamment de l'existence d'un problème de sécurité. Ceci s'observe clairement dans les propos suivants tenus par un de nos interlocuteurs :

"Maintenant, il y a gravité et gravité évidemment. C'est à dire que ce n'est pas l'unique critère dans 75% des dossiers. Maintenant, quand c'est une tentative de meurtre, un meurtre ou quelque chose de tellement grave (emphase sur grave) qu'en fait... au niveau du Parquet, quelque part, peu importe le profil de la personne, on va demander, oui, on va demander une grosse peine. Ça oui ! Enfin ça, par la force des choses. (...) Il y a des infractions qui sont tellement graves, les crimes les plus graves en fait finalement, c'est un peu comme pour le terrorisme, le... comment... tout ce qui est meurtre, assassinat et tout ce qui est tentative de ces crimes-là. Pfff (expiration) voilà, on demandera, enfin je ne dis pas qu'on demandera le maximum systématiquement, mais on ira quand même fort près du maximum, ça oui."

(Juge 14)

On constate que la remarque formulée ci-dessus se situe dans le noyau dur de la RPM. L'emprisonnement neutralisant (une longue durée de souffrance) se présente sous la forme d'une monnaie utilisée pour faire payer le prix du crime. À cet égard, notre interlocuteur ajoute :

"Voilà, oui, enfin, [il faut] quelque part payer pour ce qu'on a fait. Enfin, c'est triste à dire, mais c'est un peu cela. Je trouve que ce que j'ai dit c'est, peut-être, très XIX^e siècle, je n'en sais rien, mais je pense que l'aspect punitif n'est pas à négliger dans ces situations. Parce que bien souvent les gens savent quand même qu'ils n'ont pas bien agi. (...) soit ils n'ont pas pu s'en empêcher, soit voilà [quelque chose d'autre]. De toute façon ils vont aller en prison, parce que c'est normal d'y aller." (Juge 14)

Avant d'examiner les deux autres indicateurs, rappelons qu'ils doivent être utilisés en relation les uns avec les autres et que le premier critère qui vient d'être examiné n'indique pas la présence d'une rationalité neutralisante en toutes circonstances.

2° La satisfaction envers le retrait de la possibilité de récidive

Nous avons montré que la longueur des peines peut reposer au premier plan sur les finalités de rétribution, dissuasion et dénonciation, mais nous avons également relevé que les longues peines peuvent être justifiées par divers motifs liés à la finalité de neutralisation tels que la dangerosité, l'incorrigibilité ou l'habitude chronique des individus condamnés.

Nous avons ainsi repéré des expressions du recours à la rationalité neutralisante visant à retirer la possibilité, pour l'individu condamné, de passer à l'acte hors des murs de la prison :

"Je crois que la finalité de neutraliser est là, bien sûr. Vous avez cette idée de dire, je caricature peut-être un peu, c'est peut-être un peu manichéen de le dire comme ça, mais, neutraliser c'est quoi ? C'est de dire (...) "on le met derrière des barreaux, et comme il est dans une cage il ne pourra plus rien faire". Alors... peut-être que certains pensent comme ça. Ça c'est sûr qu'un lion que vous mettez en cage est moins dangereux que celui qui se promène dans la ville. On est bien d'accord." (Juge 1)

Il ressort de ce passage que la neutralisation peut être présente sans qu'elle ait été clairement identifiée comme une finalité nécessairement recherchée. Un autre juge fait référence à la finalité de neutralisation dans sa forme implicite, non clairement visualisée ou encore non désignée comme telle :

"Parfois, on va se dire entre nous "non mais un type comme ça, on ne peut pas le relâcher". Donc il faut qu'on aille au bout des possibilités légales." (Juge 7)

Les peines perpétuelles (non obligatoires légalement) évoquées dans les citations sont expressément prononcées dans une rationalité neutralisante :

"Rares sont les hommes où il n'y a absolument plus rien à faire. Il y en a. Nestor Pirotte. (Silence). Je ne sais pas si ça vous dit encore quelque chose. C'est le mal absolu. Il tue. Il a tué cinq, six, sept fois. Nestor Pirotte est mort en prison. C'est un des rares. Il n'a jamais été possible de le libérer. Vous le libérez, il tue. (Court silence). Donc ça peut arriver. Donc à la limite vous pouvez dire "on aurait pu guillotiner Nestor Pirotte". Oui on aurait pu guillotiner Nestor Pirotte. Parce qu'il n'y a rien à faire. Là, dans ce cas-là, il n'y a rien à faire. On ne sait pas. On est dépassé. C'est un mal absolu. Il n'était pas fou, il était... c'est un bloc de haine et de méchanceté pure. C'est très rare. Mais ça peut arriver." (Juge 12)

Cet extrait permet aussi d'observer que l'expression de la neutralisation apparaît quand il y a une identification de l'individu avec le mal absolu ainsi que la formulation de l'impossibilité de le récupérer ou de le corriger, ce qui fait le lien avec le troisième indicateur empirique (la dévalorisation de la possibilité de réhabilitation) :

"Quand je requiers la perpétuité, c'est vraiment qu'il n'y a aucune circonstance atténuante. (Silence plein) Oui, je l'ai requise plusieurs fois. Quand les psychiatres et les psychologues viennent dire "Voilà, il a une personnalité dangereuse et ça ne changera jamais. Il n'y a aucune introspection. On peut faire ce qu'on veut, les thérapies n'apporteront rien à la personne." Voilà. Alors ce sera au tribunal d'application des peines, après une certaine durée, de voir si on peut libérer ou pas. Voilà.

Alors ce qu'il y a aussi, c'est la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines en fin de peine⁷¹. Donc j'ai déjà requis la perpétuité et la mise à disposition. Vous allez me dire, ça sert à quoi puisqu'il est condamné à perpétuité ? Oui, mais vous pouvez très bien être libéré conditionnellement. Et puis, à un moment donné, le tribunal d'application des peines va dire "on termine la libération conditionnelle donc la personne est libre". Alors la mise à la disposition du tribunal d'application des peines permet d'aller rechercher l'individu en cas de risque de récidive, de risque sérieux de récidive. Parce que la libération conditionnelle est arrivée à échéance. On

⁷¹ La mise à disposition du tribunal de l'application des peines (TAP) est "une peine complémentaire qui s'additionne à la peine. Elle a remplacé la mise à la disposition du Gouvernement. Son exécution débute à la fin de la peine principale que le condamné ait été en prison jusqu'au dernier jour ou ait bénéficié d'une libération conditionnelle. Elle peut prendre la forme d'un emprisonnement ou d'un contrôle probatoire. Le tribunal de l'application des peines peut, au fil de l'évolution et des besoins, incarcérer, libérer sous conditions, libérer sans conditions, réincarcérer, etc. La mesure est décidée pour une durée déterminée fixée par le juge qui a prononcé la peine." (Moreau et Vandermeersch, 2024, p.401). Ce n'est donc pas une peine au sens strict, mais une mesure de sûreté (art. 34bis et suiv. du Code pénal).

lui a donné un délai d'épreuve qu'il a respecté. Et par la suite il a un comportement suspect et on va le rechercher." (Juge 8)

Dans les trois communications ci-dessus, la neutralisation se confond implicitement avec une exigence sécuritaire. Dans les exemples donnés par les opérateurs, la nécessité de la réclusion leur semble incontournable. Cette confusion s'observe encore mieux dans les propos du juge suivant :

"I : Mais le résultat du procès contre les terroristes, qu'est-ce que ça va être ?

J : Oui, bien, ça va être de très longues peines. Mais ça ne va pas améliorer ceux qui sont condamnés. Ça ne va pas en dissuader d'autres." (Juge 7)

"Donc c'est un peu comme si on avait une inondation, on met des sacs de sable devant notre porte d'entrée pour éviter que l'eau ne rentre. Mais ce n'est pas avec ça qu'on résout la multiplication des inondations dues au réchauffement climatique. Il faudrait autre chose pour lutter contre la cause. Et nous, qu'est-ce qu'on fait, on met les sacs de sable pour nous protéger pendant 10, 15 ans des agissements du terroriste X, mais il sortira et il ne sera pas mieux." (Juge 7)

Ces extraits nous mettent devant le cas du terrorisme qui est complexe. Cependant, ce type de cas ne peut pas être délaissé par notre réflexion. Une sorte de satisfaction du juge qui condamne envers le retrait temporaire de la possibilité du passage à l'acte peut émerger comme condition suffisante du choix d'une longue peine : il ne lui faut pas d'autre motif ; celui-ci est suffisant. Cet indicateur, combiné aux deux autres, permet d'observer la présence de la rationalité neutralisante comme justification du recours à l'emprisonnement comme peine.

Les extraits précédents illustrent également l'incontrôlabilité de la réaction dans les cas où la détention paraît incontournable pour des questions de sécurité. Les logiques répressives et neutralisantes s'entremêlent pour justifier toujours plus de privation de liberté, dans le but de contenir l'individu dans sa capacité de passer à l'acte. À l'instar de ce que Galmart montre dans sa recherche doctorale en cours, menée à l'UCLouvain en Belgique, sur le thème de la mise à la disposition du tribunal de

l'application des peines (Galmart, 2023), les communications ci-dessus rendent visible une dynamique d'escalade répressive et neutralisante dans laquelle chaque constat d'échec en termes de sécurité conduit à réclamer "*plus de la même chose*" (Pires, 2008, p.82), c'est-à-dire un durcissement continu de la réponse carcérale, sans aucune remise en question de la méthode adoptée.

3° La dévalorisation de la réhabilitation de l'individu condamné

Le troisième indicateur empirique de l'emprisonnement neutralisant est la justification du recours à l'emprisonnement témoignant d'une dévalorisation de la réhabilitation ou de la réinsertion sociale de l'individu condamné. Rappelons ici que la finalité de réhabilitation, surtout à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle, renvoie, d'une part, à la facilitation de la réinsertion sociale et, d'autre part, au fait d'éviter qu'un individu soit trop désinséré socialement à cause de la peine, lorsque cela ne pose pas un problème sérieux de sécurité pour les autres (Raupp, 2015). La finalité de réhabilitation, surtout dans la version de la deuxième modernité, joue comme contrepoids des finalités de dissuasion générale, de dénonciation, de rétribution et de neutralisation. Dévaloriser cette finalité entraîne un préjugé favorable aux longues durées d'incarcération.

Ce troisième indicateur se décline en quatre "sous-indicateurs" : 1. la prédiction ou le diagnostic d'incorrigibilité ; 2. le déplacement de la réhabilitation ou de la réinsertion sociale en fin de vie ; 3. l'indifférence à l'espérance de vie, à l'âge ou à l'état de santé du condamné et 4. l'éloignement de la possibilité de libération. Ceux-ci ne sont pas cumulatifs. Si un de ces quatre sous-indicateurs est présent, le critère de la dévalorisation de la réhabilitation de l'individu condamné est rencontré.

▪ *La prédiction ou le diagnostic d'incorrigibilité*

L'extrait de communication ci-dessous, montre que l'emprisonnement neutralisant peut découler de la dévalorisation de la réhabilitation au profit des finalités du noyau dur de la RPM (rétribution, dissuasion et dénonciation) qui absorbent la neutralisation. Nous pouvons également montrer que, pour ce juge qui a bien vu le problème, la façon de s'en sortir n'était pas évidente. Il est soulagé d'avoir été libéré de l'excès absurde de sévérité de la peine grâce à l'arrêt de la Cour Suprême rendu en 2022 dans l'affaire

Bissonnette. Cependant, cette décision a tout de même été prise à un certain prix, à savoir se satisfaire de la durée déjà stabilisée de vingt-cinq ans obligatoires d'emprisonnement et de la dévalorisation de la réhabilitation et de l'insertion sociale qui l'accompagnent :

"J'ai condamné quelqu'un pour un double meurtre, un individu d'une quarantaine d'années, dans un contexte conjugal. À l'époque, la loi prévoyait que je pouvais donner des vingt-cinq ans consécutifs pour s'assurer que les libérations conditionnelles ne libèrent pas. La couronne me demandait cinquante ans. Donc il était nécessairement pour mourir en prison. Alors là... heu... finalement je n'ai pas eu à trancher parce que ça a été cassé et j'ai donné juste la peine perpétuelle et les vingt-cinq ans minimums à purger. Mais, quand les parties l'ont plaidé, je demandais à la couronne "mais à part la dissuasion, vous vous appuyez sur quoi ? Moi je n'ai pas de boule de cristal, je ne sais pas où on sera rendu. Peut-être qu'il y aura eu un cheminement extraordinaire, même avec ses enfants. Et je vais décider aujourd'hui pour les cinquante ans à venir que je ne vais jamais considérer le cheminement qu'il aura fait en prison. C'est ce que vous me demandez ?"" (Juge 18 Can)

Dans cet extrait faisant référence à la période "pré-Bissonnette", le juge n'est pas lui-même indifférent à la réhabilitation de l'individu. Sans la nommer explicitement, ce dont il s'indigne dans l'extrait ci-dessus est la rationalité neutralisante, camouflée par les autres finalités, sur la base de laquelle le recours à l'emprisonnement est requis, dévalorisant, de ce fait, la réhabilitation.

Cette dévalorisation peut, dans certains cas, prendre la forme d'un abandon ou d'une renonciation lorsque l'individu est considéré, au moment de l'évaluation pour la détermination de la peine, comme irrécupérable ou incorrigible.

"Parce que, supprimer la prison, moi je pense que ce n'est pas une option, pour la bonne et simple raison (inspiration profonde) que... (silence réflexif plein) il y a l'aspect, d'abord sécuritaire, qui doit être rencontré et qu'il existe, quoi qu'on en dise, des profils avec lesquels on pourra mettre tout ce qu'on veut en place, même en prison, ça ne changera rien. Voilà. Ça je pense qu'il faut avoir cette... Voilà, il y a des gens qu'on ne sait pas sauver d'eux-mêmes.

C'est comme ça. Il y a des gens, malgré tout ce qu'on peut mettre en place, on n'arrivera pas à les sauver. Ça c'est sûr. Soit ils sont trop loin, soit ils savent bien qu'ils font mal, mais ils ne peuvent pas s'empêcher. Enfin voilà. Même pas nécessairement pour des infractions graves."
(Juge 14)

Cet extrait envisage une incapacité projetée du criminel à se réhabiliter. Autrement dit, la rationalité neutralisante est ici (à tort ou raison) "clinique". Ce sont les criminels qui ne peuvent pas changer. Nous pouvons observer cette approche clinique lorsque le juge formule des prédictions achevées et ancrées dans ce qu'il observe dans le présent. Cette posture se distingue d'une approche *juridique* de la finalité de réhabilitation, qui ne peut pas se permettre de fermer définitivement les portes du pénitencier.

Le discours clinique s'observe encore dans l'extrait suivant :

"Dans une affaire à la cour d'assises, c'étaient des tous jeunes. Et ça a été les peines maximales avec encore mise à la disposition du tribunal de l'application des peines. Pourquoi ? Parce que les faits étaient horribles et qu'il y a eu des psychiatres auxquels la question a été posée par les avocats... la question a été de dire : si on lit votre rapport, ça veut dire quoi ? Ça veut dire qu'il n'y a rien à faire pour changer ? C'étaient des psychopathes. Des psychopathes à échelle élevée. Et il y avait notamment un psychiatre qui (...) a dit "je suis vraiment désolé mais ce trouble de la personnalité, tel que je l'ai diagnostiqué chez ces personnes-là, ça n'ira pas mieux". C'est irrécupérable." (Juge 2)

Cependant, le juge marque le pas devant le discours clinique :

"C'étaient des tous jeunes. Nous leur fermons tout un pan de leur vie. (...) Des tous jeunes, ils n'ont rien vécu et on dit déjà que ces gens-là sont irrécupérables. C'est ça qu'on leur disait : "vous êtes irrécupérables". (...) Les vrais psychopathes... on ne peut qu'espérer, qu'avec l'âge, le taux de testostérone etc. diminue et qu'ils vont s'assagir et qu'ils vont comprendre que le risque est trop grand s'ils recommencent." (Juge 2)

Dans une situation telle que celle décrite ci-dessus, la rationalité neutralisante est à l'œuvre. Celle-ci ne se manifeste pas directement dans le choix initial du recours à l'emprisonnement, car celui-ci se justifie en termes de sécurité au moment où la peine est prononcée. La rationalité neutralisante se manifeste plutôt dans la dévalorisation de tout espoir de réhabilitation de l'individu. Cette rationalité ne s'observe donc pas dans le choix du type de peine prononcée en elle-même, mais elle se trouve dans la renonciation de la prise en compte de la possibilité d'évolution de l'individu et dans le renoncement à investir dans la réhabilitation et/ou la préservation de l'insertion sociale de l'individu.

Comme nous l'avons expliqué dans la problématique et dans le chapitre théorique, la valorisation de la réhabilitation et de l'insertion sociale se présente comme le contrepied de la rationalité neutralisante. Ce que nous observons dans les extraits de communications ci-dessus est que la théorie de la neutralisation récupère la distinction de départ de la théorie de la réhabilitation entre les individus "réhabilitables" et ceux qui sont "non réhabilitables". Si la personne est considérée "non réhabilitable", cela ouvre la porte à la neutralisation définitive.

Dans une rationalité qui tend à dévaloriser la réhabilitation, le compromis entre les finalités du système d'idées de la RPM penche vers les finalités du noyau dur de la RPM et la neutralisation, et donc vers le prononcé de longues peines au temps T1, dans l'espoir de contrôler les risques au temps T2, même en ayant conscience que ce compromis est parfois contre-productif et risque de porter atteinte à l'insertion sociale et à la protection des droits fondamentaux.

Prendre une décision dans un premier temps qui implique une *longue durée d'enfermement* avec la dévalorisation prématurée de toute perspective de réhabilitation au nom de la gravité du crime ou d'une autre finalité abstraite s'inscrit dans la rationalité neutralisante :

"Dans un monde idéal, soyons très clairs, il faut toujours des prisons. Ça je crois que, de toute façon, on n'a rien inventé qui permet d'en échapper. Il faut sans doute des peines incompressibles pour toute une série d'infractions, parce qu'elles sont tellement graves que... Et le profil des gens, parce que ça joue évidemment, je ne dis pas qu'il faut faire de l'automatisme hein, mais le profil des gens est tel qu'ils n'en sortiront pas. Donc voilà, il vaut

mieux qu'ils restent éloignés de la société pour le bien de tout le monde en fait, y compris le leur bien souvent d'ailleurs." (Juge 14)

On retiendra de ce qui précède que, dans l'hypothèse où on laisse les individus aller à fond de peine sans poser les bases d'une possible réhabilitation, le recours à l'emprisonnement est généralement neutralisant car il repose sur l'idée d'expulser, de ne plus vouloir entendre parler de l'individu et de ses droits et de ne pas vouloir considérer la possibilité d'une libération dès qu'elle est réalisable.

▪ *Le déplacement de la réhabilitation ou de la réinsertion sociale en fin de vie*

Dans le système d'idées de la RPM, la réhabilitation est souvent observée comme une finalité de second plan, comme l'illustre l'extrait ci-dessous. La priorité est mise sur l'infliction de la souffrance, en espérant que celle-ci puisse éventuellement avoir comme résultat *la réhabilitation*. Le juge montre qu'un espace est réservé en fin de vie pour penser la réhabilitation et la réinsertion sociale de l'individu, si son destin lui permet de retrouver la liberté d'une quelconque manière :

"Une fonction de la peine, on fait mal d'un côté, mais il y a aussi la fonction, peut-être encore aussi assez théorique, de restauration. On leur dit, voilà, vous avez une peine [afflictive], mais on espère que, au bout de cette peine, vous allez pouvoir vous réintégrer dans la société. C'est un peu cela qu'on dit. On n'est pas censé fermer la porte complètement. En fait, on la ferme quand même, hein. [...] Mais encore une fois, ça fait partie des fonctions [au sens de finalités] de la peine (inspiration) qui sont des fonctions (silence plein), plus théoriques que... que réelles." (Juge 6)

Le juge montre ainsi que, dans la manière de recourir à l'emprisonnement, l'ouverture vers une réintégration sociale est différée, conditionnelle et largement illusoire. Elle vise plutôt à maintenir une bonne conscience collective, car en pratique la porte reste fermée. La réhabilitation apparaît dès lors comme une finalité marginalisée, cantonnée à un registre purement abstrait, alors que la réalité de la peine continue de privilégier l'exclusion et la stigmatisation durable du condamné dans une rationalité neutralisante et afflictive.

- *L'indifférence à l'espérance de vie, à l'âge ou à l'état de santé du condamné*

Les peines d'emprisonnement dépassant l'espérance de vie du condamné ou prenant fin à la limite de son espérance de vie ainsi que les peines d'emprisonnement prononcées à l'égard de personnes âgées ou avec de graves problèmes de santé, alors qu'elles ne représentent pas un problème de sécurité réel et concret, peuvent être considérées comme des peines d'emprisonnement neutralisant. Notons que ces peines sont souvent justifiées par les finalités du noyau dur de la RPM.

Les propos du juge Huot dans l'affaire Bissonnette, ainsi que ceux de la Cour Suprême du Canada dans la même affaire, permettent d'observer l'emprisonnement neutralisant dépassant l'espérance de vie de l'individu condamné.

"[639] Si Alexandre Bissonnette devait être condamné à l'emprisonnement à perpétuité subordonné à l'accomplissement de 150 ans de la peine avant d'être admissible à une libération conditionnelle, et ce, après avoir causé la mort de six personnes en moins de deux minutes alors qu'il était sujet à certains problèmes mentaux, quelle sanction envisagera-t-on hypothétiquement pour un individu ayant poignardé 10 personnes dans un centre commercial ? 250 ans d'inéligibilité ? 350 ans ? Qu'imposera-t-on au tueur à gages qui, strictement pour des fins de lucre, aura éliminé 25 personnes différentes sur une période de 10 ans ? 625 ans d'inadmissibilité ? 800 ans ?" (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354).

"[3] (...) La disposition contestée autorise le cumul de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle en cas de meurtres multiples. Lorsqu'il s'agit de meurtres au premier degré, l'application de cette disposition permet au tribunal d'infliger une peine d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle pour une période de 50, 75, 100, voire 150 ans. En réalité, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal résulte inévitablement en un emprisonnement à vie sans possibilité réaliste de libération conditionnelle pour tout contrevenant visé qui a été reconnu coupable de meurtres multiples au premier degré. Il s'agit d'une peine pour des

infractions criminelles dont la sévérité est sans précédent dans l'histoire du pays depuis l'abolition de la peine de mort et des châtiments corporels dans les années 1970."

(*R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23).

Notons que, pour la Belgique, le système de droit empêche de requérir et de prononcer des peines qu'on peut qualifier d'absurdes, entendues comme des peines qui ne respectent pas les lois de la biologie. Le cas le plus limite est celui où, dans deux causes différentes pour des faits commis par une même personne à des moments différents, il est prononcé deux peines de perpétuité. Dans ce cas, l'individu condamné devra purger une seule période incompressible de vingt-trois ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle (art. 25, e) LSJE). Cette durée peut cependant aller jusqu'à vingt-cinq ans si les faits ont été commis à l'égard d'un ou plusieurs fonctionnaires de police en raison de leur qualité (art. 195, al.7 ou art. 344, al.7 du Code d'instruction criminelle). En ce qui concerne le Canada, la Cour suprême, en 2022, à l'occasion de l'affaire Bissonnette, a finalement invalidé les peines d'emprisonnement à perpétuité s'accompagnant de périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle consécutives en cas de meurtres multiples (art.745.51 Code criminel), jugeant qu'elles violaient la Charte canadienne des droits et libertés, plus particulièrement l'article 12 de cette Charte qui protège contre les peines cruelles et inusitées (*R. c. Bissonnette*, 2022 CSC 23). Cependant, à cette occasion, le mécanisme juridique qui consiste à fixer la durée incompressible de vingt-cinq ans de la rationalité neutralisante a été confirmée comme étant bien adaptée ou tolérée au regard de la Charte canadienne et de la protection des droits fondamentaux.

Concernant la prise en compte de l'espérance de vie, de l'âge et de l'état de santé, certains cas sont toutefois plus subtils. Pour observer la rationalité neutralisante, il ne suffit pas d'observer les faits et la peine prononcée. Le point de focalisation est la manière d'observer et de décrire le recours à l'emprisonnement dans le cas concret ainsi que le rapport à la réhabilitation et aux droits fondamentaux. À cet égard, une longue durée d'enfermement ne signifie pas nécessairement que l'emprisonnement est neutralisant. En effet, un individu peut rester longtemps en prison s'il représente pendant tout ce temps un problème de sécurité réel et concret faisant l'objet d'une évaluation régulière et que son cas est soumis à révision en fonction de l'évolution réel de sa situation et qu'il fait l'objet d'un effort en termes de réhabilitation. En revanche, comme nous l'avons expliqué, une longue durée d'enfermement est neutralisante si ces critères ne sont pas remplis. Par ailleurs, un emprisonnement peut être neutralisant,

même si la durée de l'enfermement n'est pas longue. Tel est le cas des peines de prison prononcées sans égard à l'âge ou à l'état de santé des personnes condamnées qui ne posent pas un problème de sécurité réel et concret dès lors que la probabilité qu'ils meurent en prison est grande.

Il existe sans doute une multitude de détails empiriques qui nous permettent de voir comment les opérateurs du droit perdent la capacité de fixer leur attention sur les personnes qu'ils sont en train de juger au moment du choix d'une peine. Plusieurs éléments, de nature différente, font obstruction à l'observation attentive de la personne humaine au nom de principes entièrement abstraits dont la validité empirique est impossible à confirmer ou à infirmer. Tous ces obstacles multiples reproduisent le noyau dur du système d'idée de la rationalité pénale moderne, et assurent la performance de l'emprisonnement neutralisant.

Le cas d'un homme de 76 ans, expliqué par un de nos interlocuteurs, peut servir d'exemple. Bien qu'il ait été très intégré, actif et apprécié dans sa communauté, il commet un acte dans un contexte de détresse affective, provoquant un accident mortel. Poursuivi pour homicide involontaire, le ministère public réclame neuf ans de prison, tandis que la défense plaide pour une peine non privative de liberté. La conséquence des faits est indéniablement importante étant donné qu'une personne a perdu la vie, mais l'analyse de la nécessité de l'emprisonnement révèle qu'il n'existe pas de risque réel de récidive (selon les dires du juge interrogé). L'homme a déjà passé deux années de détention avant le procès, ce qui n'a apporté aucune valeur ajoutée à la protection sociale. Pourtant, l'équilibre trouvé par la cour se traduit par une peine de six ans, présentée comme clémentine au regard de la gravité des faits et des contraintes jurisprudentielles liées à la règle du précédent.

Ce qui demeure occulté dans cette affaire, est la mise à l'écart totale de la finalité de réhabilitation ainsi que la préservation de l'insertion sociale de la personne condamnée. L'âge avancé du condamné (76 ans) rend en effet probablement illusoire toute perspective de réinsertion sociale à l'issue de la peine. La sentence prononcée illustre ainsi un recours à l'emprisonnement neutralisant qui repose ici essentiellement sur les finalités traditionnelles et abstraites de la rationalité pénale moderne en dévalorisant la réhabilitation du fait de ne pas tenir compte de l'âge de l'individu et ses conséquences sur l'exécution concrète de la peine dans un contexte où il ne représente pas un problème de sécurité

réel et concret. Le juge est pris dans le piège cognitif posé par la notion de gravité et par la direction pré-tracée par les précédents le conduisant au choix de la peine de prison *et* à l'emprisonnement neutralisant.

Un autre juge propose encore un exemple explicite qui traite de la durée minimale obligatoire de vingt-cinq ans à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle en cas de meurtre au premier degré. Il se considère comme étant contraint de prononcer une peine *absurde* à cause de la formule globale qui a été confirmée et qui consiste en une peine perpétuelle obligatoire complétée, sans aucune dérogation possible, à une durée incompressible d'un quart de siècle de réclusion.

Le juge évoque le cas d'une personne condamnée pour un meurtre commis plusieurs décennies auparavant ("*cold cases*"), alors qu'elle avait depuis longtemps quitté le milieu criminel et reconstruit une vie stable et utile à la société. Âgé de 70 ans au moment du verdict, cet individu devra attendre 25 ans avant toute admissibilité à la libération conditionnelle. Le juge souligne alors le caractère inapproprié d'une telle sanction et le fait qu'il ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour moduler la peine et tenir compte du temps écoulé, de la réhabilitation manifeste de l'individu ou de l'absence de risque qu'il représente aujourd'hui pour la société. Selon lui, dans de tels cas, la durée imposée n'a plus rien de nécessaire. Elle devient, au contraire, une contrainte absurde qui condamne inutilement une personne à finir ses jours en détention. Il remet ainsi en question le caractère obligatoire de la durée incompressible qui prive le juge de la possibilité d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, le respect des droits fondamentaux et, ainsi, de les privilégier comme fondement de la peine.

Ces différents exemples donnés par nos interlocuteurs rendent visible que, pour déterminer si le recours à l'emprisonnement est neutralisant, il est nécessaire de porter son attention sur l'impact réel de la peine prononcée sur la situation des personnes condamnées en tenant compte des circonstances concrètes.

▪ *L'éloignement de la possibilité de libération*

Nous cherchons ici à rendre visible une nuance dans l'effet cumulatif des indicateurs de la longueur des peines et des durées de détention obligatoires à purger, du retrait de la possibilité de récidiver et de la dévalorisation de la réhabilitation.

Nous avons observé que l'emprisonnement neutralisant se présente également comme celui qui éloigne dans le temps la possibilité de libération de l'individu sans nécessité observable en termes de sécurité. L'imposition de durées minimales à purger (législatives ou prétoriennes) avant d'être admissible à la libération conditionnelle peut donner lieu à des emprisonnements neutralisants, surtout lorsque le seuil empirique de cinq ans est dépassé.

Ce mécanisme constitue une dévalorisation de la réhabilitation dans le sens où il crée une période durant laquelle il n'est pas possible de revoir la peine de départ. En effet, la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité, exprimée au Canada par le Comité de réforme présidé par le juge Ouimet (1969), formule des critiques envers les longues peines qui commencent à nuire à l'insertion sociale de l'individu (Raupp, 2015), plus précisément lorsque, ne représentant plus nécessairement un problème réel et concret de sécurité, on ne le libère pas pour autant.

Le premier extrait ci-dessous permet d'observer la période minimale d'emprisonnement à purger comme un mécanisme servant à éloigner dans le temps la possibilité de libération de l'individu. Cette durée se présente comme un temps vide empêchant toute intervention avec la personne condamnée, y compris sa libération. Une telle situation est signe de la présence de la rationalité neutralisante :

"On ne sait pas travailler sur une réinsertion dans la société lorsqu'on prononce une peine de 20 ans d'emprisonnement. Parce que la réinsertion elle va... d'abord il y a tout un passage qui va se faire. D'abord la personne va devoir accepter sa peine... une fois qu'elle sera définitive, que les délais seront passés, etc. et puis apprendre à vivre en prison, apprendre à... subir sa sanction. Et puis quand elle va arriver au tiers de sa peine... par exemple pour une peine de 21 ans, bien à 7 ans, [c'est là qu'elle pourra] envisager un plan de reclassement avec son conseil."

(Juge 5)

Dans l'extrait suivant, le juge du fond laisse entendre qu'il peut y avoir, au départ, un problème de sécurité. Mais il indique surtout que l'impossibilité de l'évaluation pendant un certain temps de l'évolution de la situation est observée comme un problème :

"Ces sanctions liées à la sécurité et qui interviennent à un moment déterminé dans le temps et qui ne connaissent pas d'évolution, ce sont les oubliettes. Ce sont les oubliettes. Alors c'est un peu mieux, sans doute, que les oubliettes dont on a pu parler. Mais le processus est le même."
(Juge 1)

Dans les deux extraits ci-dessous, le juge observe la dévalorisation de la réhabilitation engendrée par l'éloignement de la possibilité de libérer l'individu :

"Mais, souvent, la peine est inutile, c'est-à-dire qu'on fait juste payer. La peine de prison est en fait une perte de temps." (Juge 4)

"Parce que quand on prononce une peine de prison ferme, il ne se passe rien avec le condamné, on ne fait rien avec lui à part l'exclure et le mettre au frigo." (Juge 4)

Ces deux extraits visibilisent l'articulation entre les trois indicateurs empiriques de l'emprisonnement neutralisant : 1) la longueur de la peine, engendrée par les finalités du noyau dur de la RPM et/ou par la finalité de neutralisation ; 2) la satisfaction envers le retrait de la possibilité de récidiver en dehors des murs de la prison ; 3) la dévalorisation de la réhabilitation.

La construction d'obstacles à la libération, comme la durée minimale de détention à purger, est un signe de la rationalité neutralisante. Celle-ci peut être observée dans le fait d'augmenter le taux de la peine d'emprisonnement, d'une part, et dans le fait de créer des obstacles organisationnels à une libération anticipée, d'autre part. En Belgique, au-delà d'empêcher une libération anticipée, il existe même un mécanisme permettant d'allonger la durée incompressible de la peine à purger et, donc, de retarder la possibilité de libération conditionnelle si l'acte a été commis dans certaines circonstances (à l'égard d'un

ou plusieurs fonctionnaires de police en raison de leur qualité)⁷². L'article 25 de la Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine prévoit les durées incompressibles de peine à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle. En son paragraphe 2, l'article 25 renvoie à des exceptions concernant ces durées. Celles-ci sont prévues, d'une part, à l'article 195 al. 6 et 7 du Code d'instruction criminelle pour les peines prononcées par les tribunaux correctionnels et, d'autre part, à l'article 344 al. 6 et 7 du Code d'instruction criminelle pour les peines prononcées par les cours d'assises. Si l'acte a été commis dans les circonstances visées par ces deux articles, la durée incompressible de la peine peut être allongée par la cour ou le tribunal qui prononce la peine. Ce mécanisme constitue une autre forme supplémentaire d'obstacle à la libération, témoignant de la rationalité neutralisante.

c. Conclusion sur l'emprisonnement neutralisant

La rationalité neutralisante se manifeste dans l'incontrôlabilité de la sévérité des peines d'emprisonnement, en termes de longueur des peines, s'accompagnant d'une dévalorisation de la réhabilitation au profit d'une satisfaction envers le retrait de la possibilité de passer à l'acte hors des murs de la prison. Dans cette rationalité, le recours à l'emprisonnement se fait sans égard à la qualité de l'intervention du système en termes de protection des valeurs positives fondamentales qu'il garantit.

Plus précisément, la protection des valeurs positives fondamentales est pensée sans y inclure les personnes condamnées. Cette conception de la protection des valeurs fait partie du système d'idées à l'intérieur duquel se conçoit le recours à l'emprisonnement neutralisant, à savoir la RPM.

La mise en évidence des trois indicateurs empiriques (la longueur des peines dépassant cinq ans, la satisfaction envers le retrait de la possibilité de récidiver et la dévalorisation de la réhabilitation) permet d'objectiver cette rationalité et de la distinguer d'autres manières de recourir à l'incarcération.

Nous pouvons maintenant observer, sur la base de ces indicateurs empiriques, que la Cour Suprême du Canada, dans son traitement de l'affaire Bissonnette, n'a pas réussi à sortir de la rationalité

⁷² Art. 195 al.5 et art. 344 al.5 du Code d'instruction criminelle.

neutralisante. Bien qu'elle ait souligné que les peines consécutives, en dépassant l'espérance de vie humaine, présupposent le caractère irrécupérable de la personne condamnée, niant ainsi la dignité humaine et la possibilité de réhabilitation, éléments pourtant considérés comme essentiels dans le droit criminel canadien, la peine qu'elle a entérinée, à savoir la peine perpétuelle obligatoire avec une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans pour les meurtres au premier degré, s'inscrit finalement dans la même rationalité neutralisante que la peine qu'elle a déclaré inconstitutionnelle. Bien qu'elle ait été contenue, la rationalité reste la même.

Le poids du système d'idées de la RPM empêche de voir que, dans la décision prise par la Cour Suprême du Canada en 2022 dans l'affaire Bissonnette, la dignité humaine et la possibilité de réhabilitation restent des considérations de second plan, tout en étant pourtant décrites comme des éléments essentiels du droit criminel canadien. La rationalité neutralisante ne permet pas l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

L'analyse a également montré que, si le langage de la neutralisation varie selon les contextes nationaux (implicite en Belgique, explicite au Canada), la logique neutralisante opère dans les deux cas avec des effets similaires : elle marginalise la personne condamnée et transforme la peine en un instrument abstrait de "protection de la société", parfois au prix d'une violence judiciaire implicite.

En rendant cette rationalité observable, il devient possible non seulement d'identifier ses manifestations, mais aussi de la dépasser pour envisager d'autres réponses, d'autres rationalités. L'observation de second ordre que nous proposons, centrée sur la manière dont les opérateurs du droit observent, justifient et légitiment le recours à l'emprisonnement, constitue ainsi une étape préalable pouvant contribuer à penser une rationalité reposant sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Nous avons pensé ajouter un quatrième indicateur empirique de l'emprisonnement neutralisant concernant "la protection des valeurs positives garanties par le système sans y inclure les personnes condamnées". Nous avons finalement renoncé à le faire car, selon nous, l'analyse de cette protection doit se faire à un niveau d'observation plus général, tout comme la conception de la notion de peine

dans le système d'idées de la RPM. Nous traiterons donc cet aspect de manière approfondie dans le point C.

C. Les lieux d'(in)observation et de protection des droits fondamentaux

Dans ce point, nous nous intéressons aux non-observations ou aux difficultés d'observation des opérateurs du droit à l'égard des droits fondamentaux, en lien avec la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement, afin de saisir comment la protection de ces droits est envisagée empiriquement.

L'examen de la littérature et nos données empiriques nous ont appris que la conception de la peine et de ses finalités, ainsi que la manière de recourir à l'emprisonnement, se fondent notamment sur un discours de protection des droits fondamentaux. Toutefois, ce discours s'inscrit généralement dans une approche de "droit pénal de l'ennemi" (Baratta, 1991 ; Pires, 2001 ; Jakobs, 2009 ; Salas, 2010 ; Cappi, 2011 ; Moreau, 2021) dans laquelle l'individu qui est passé à l'acte est considéré comme un adversaire de la société dont il faut la protéger. La question que nous posons est donc celle de l'ajustement de cette perspective à la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel (la liberté, la sécurité et la dignité humaine). Est-elle *ajustée* ou seulement *adaptée* aux valeurs positives fondamentales garanties par le système ?

Pour saisir ce qui se joue à l'égard des droits fondamentaux dans le champ de la peine, nous utilisons la distinction entre "adaptation" et "ajustement" que Pires a lui-même empruntée au biologiste Johannes von Uexküll (cité dans Cassirer, 1975) et qu'il a transposée au système de droit criminel. La distinction de von Uexküll décrit le fait qu'un système organique vivant peut s'accommoder ou s'adapter à son environnement en général sans pour autant s'ajuster *internement*, de façon plus appropriée, à un *point* de référence quelconque de son environnement qui peut être identifié par un observateur externe.

Dans notre cas, la distinction entre "adaptation" et "ajustement" permet de mettre en valeur la manière dont l'universalité de la protection des droits fondamentaux peut transformer la conception de la peine et la manière de recourir à l'emprisonnement. Les idées sur la peine peuvent se trouver adaptées aux

droits fondamentaux sans pour autant être véritablement ajustées à ceux-ci, c'est-à-dire indépendamment de leur traduction dans un texte juridique particulier. La notion d'*adaptation* est en effet très peu exigeante. Elle renvoie à l'idée de rendre apte à fonctionner ensemble, de "bricoler" les mécanismes existants de la peine pour les rendre capables de respecter, au moins en apparence, les exigences posées par les valeurs positives fondamentales garanties par le système. Il suffit qu'il y ait une forme d'accommodation stricte entre deux trames discursives pour qu'elles se trouvent adaptées l'une à l'autre. Le système de droit criminel est alors simplement réaménagé afin d'éviter les contradictions les plus manifestes avec les droits fondamentaux.

L'*ajustement*, au contraire, implique une transformation plus profonde et plus exigeante. Il ne s'agit plus seulement de rendre compatible les idées sur la peine avec les droits fondamentaux, mais de les faire entrer en adhésion avec ceux-ci, comme deux pièces conçues pour s'emboîter avec justesse. En ce sens, "*l'ajustement présuppose l'adaptation mais la réciproque n'est pas nécessairement vraie*" (Pires, 2017). Les deux faces de la distinction se trouvent donc dans une relation asymétrique. Si l'adaptation est un seuil minimal, l'ajustement du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux suppose une conception de la peine et une manière de recourir à l'emprisonnement pensées à la source en fonction des droits fondamentaux, de sorte qu'ils ne soient pas un simple correctif externe mais bien un élément fondateur et essentiel de la rationalité pénale. Pour le dire autrement, l'ajustement invite à penser la détermination de la peine à partir de l'exigence de la protection universelle des droits fondamentaux tandis que l'adaptation se contente de vérifier que la peine prononcée ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux. La distinction trouve notamment son origine dans ce qui est premier dans le raisonnement : la peine pour l'adaptation, les droits fondamentaux pour l'ajustement.

Notons que les concepts d'adaptation et d'ajustement ne sont pas en soi des jugements de valeurs. Le fait d'être "adapté" à son environnement signifie tout simplement qu'un système a trouvé une manière de continuer à exister ou de conserver une relation. Sans une forme quelconque d'adaptation, le système éprouve un problème de survie, ou de maintien de la relation spécifique. La notion d'ajustement implique, quant à elle, une *évaluation qualitative interne* de la forme d'adaptation. Un observateur externe (comme un chercheur) peut dire que le système se trouve ajusté à son point de référence dans

l'environnement lorsqu'il a créé internement une *structure optimale*, c'est-à-dire parfaitement fonctionnelle, ou non fondamentalement contradictoire avec ce point de référence qu'il a intériorisé.

La question est complexe car elle renvoie au rapport ambigu entre les droits fondamentaux et le système de droit criminel (Tulkens, van de Kerchove, 2005 ; Pires, 1995). En effet, ceux-ci peuvent être mobilisés pour humaniser le droit criminel et mettre en place des formes plus souples et moins répressives de résolution des conflits, mais, comme nous avons pu l'observer dans les données, ils peuvent également faire en sorte que le système devienne de plus en plus répressif dans la réaction aux atteintes faites à ces droits. En ce dernier sens, les droits fondamentaux deviennent un moyen de légitimer la sévérité des peines en droit criminel.

Cette perspective domine à l'intérieur du système d'idées de la RPM. Il en découle que la protection des droits fondamentaux contribue à entretenir la rationalité pénale moderne ainsi que la vision de la peine, de ses finalités et de la manière de recourir à l'emprisonnement qu'elle promeut plutôt que de permettre d'envisager une innovation fondée sur les valeurs positives garanties par le système de droit criminel.

Dans cette section, nous mettons en évidence les obstacles cognitifs que nous avons relevés dans la façon d'observer des opérateurs du droit et qui empêchent d'ajuster la manière de déterminer et de justifier les peines à la perspective de l'universalité de la protection des droits fondamentaux dans une rationalité pénale alternative.

Le premier obstacle à cet ajustement est la non-observation des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction (1). Le deuxième obstacle concerne la manière dont l'usage du principe de la proportionnalité afflictive rend la protection des droits fondamentaux invisible au moment de la détermination de la peine (2). Le troisième obstacle relève du fait que la protection des droits fondamentaux à l'égard des différents protagonistes est observée de manière polarisée (3).

1. La non-observation des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction

Nous avons relevé chez les opérateurs du droit une certaine difficulté d'observation des droits fondamentaux au moment de la détermination des peines. Dans la plupart des communications judiciaires analysées, les opérateurs du droit n'abordent pas spontanément la question des droits fondamentaux dans leur manière d'observer la détermination des peines. Ceux-ci ne semblent pas leur apparaître explicitement comme une contrainte à respecter lorsqu'ils déterminent le choix de la nature et du taux de la peine. En effet, nous avons observé que les contraintes mises en avant par les opérateurs du droit concernent plutôt le respect d'autres obligations légales que le respect des droits fondamentaux, telles que l'exclusion de se prononcer par voie de dispositions générales, la collégialité, l'obtention parfois exigée de l'unanimité pour prononcer une peine, le phénomène de dissolution de la responsabilité dans le jury quant à la détermination de la peine, etc.

La question des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine a systématiquement dû être posée par nous-même dans la discussion via des relances et des reformulations durant l'entretien. Plusieurs réponses des opérateurs du droit laissent transparaître une certaine forme de non-observation des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine. Nous avons observé que les droits fondamentaux ne se trouvent pas dans le canevas du choix du type de sanction ni dans le canevas de détermination de la durée de l'emprisonnement quand celui-ci est sélectionné :

"I : Est-ce que, quand vous déterminez une peine, vous considérez l'atteinte aux droits fondamentaux par rapport à la personne condamnée ou non ?

J : Non. Clairement non. Non, ce n'est pas un sujet pour moi. La question est d'abord "est-ce que c'est lui qui l'a fait ?". Et je... non, je ne me pose pas ces questions-là, clairement. (...) La première question que je vais, moi me poser, c'est la culpabilité. Est-ce que la personne qui est devant moi a fait, a commis les infractions qu'on lui reproche avant toute chose. Alors peut se poser la question de ces principes-là, notamment par rapport à la liberté si j'aperçois dans l'enquête quelque chose qui cloche ou si les avocats me soulèvent quelque chose qui cloche par rapport au respect des droits de la personne. Je vois essentiellement le problème de la liberté qui revient ou qui pourrait revenir par le respect de la procédure. Et donc, le non-respect de ces droits qui pourrait invalider quelque chose dans l'enquête à ce moment-là. Donc voilà,

par rapport à la peine, je vous avoue que moi... non... ce n'est pas une interrogation ou quelque chose que je me pose au moment même." (Juge 11)

Un autre juge déplie un raisonnement similaire :

"Le juge ne pose pas le problème en ces termes, c'est-à-dire qu'il ne va pas se demander comment la peine interagit avec les droits fondamentaux du condamné. Il ne va pas se demander concrètement et aussi spécifiquement comment la peine interagit avec les droits fondamentaux du condamné, mais il utilise des outils juridiques pour respecter les droits fondamentaux du condamné. Par exemple, la détention préventive. Par rapport à celle-ci, le temps qui est purgé en détention préventive peut compter double. Maintenant la norme est que le temps purgé en détention préventive compte pour 1,5 mais le juge peut augmenter le crédit lors de la détermination de la peine. Si les conditions de détention préventive étaient difficiles, une augmentation du crédit est possible car il y a eu atteinte, justement, à la dignité humaine du condamné. Donc ce qu'on observe ici est une traduction de la prise en compte de cette valeur fondamentale de respect de la dignité humaine par un outil juridique." (Juge 17 Can)

Nous observons un raisonnement élémentaire chez les opérateurs du droit : la réflexion sur les droits fondamentaux de la personne poursuivie ou condamnée n'opère que dans le cadre de la procédure ou en cas de peine qui porte atteinte de manière "concrète et visible" à son intégrité par le biais, par exemple de conditions de détention terriblement déplorables.

Dans les extraits ci-dessus, nous observons que les opérateurs du droit limitent le respect des droits fondamentaux aux garanties procédurales (ces droits sont le droit au procès équitable, le droit à la défense pleine et entière, le droit de s'exprimer, le droit de garder le silence, la privation de liberté dans les conditions légales, etc.). Le respect des normes de procédure apparaît dans ces communications comme un moyen de légitimation de la réaction du système de droit criminel. En d'autres termes, tout se passe comme si, aux yeux des juges, le respect d'une procédure conforme aux droits fondamentaux, qui soutient une déclaration de culpabilité, semble pouvoir légitimer n'importe quelle décision sur la peine.

Dans le même ordre d'idées, notre interlocuteur insiste sur l'aspect de la réflexion sur la protection des droits fondamentaux de la personne condamnée lorsque celle-ci a subi une atteinte à son intégrité dans le cadre de la procédure :

"Il y a des outils juridiques pour la protection des valeurs positives du système par rapport au condamné. Par exemple, voyez l'arrêt R. c. Nasogaluak de 2010. C'est un arrêt de la Cour Suprême du Canada qui concerne une personne autochtone qui a été brutalisée par les forces de police lors de l'arrestation. Cette personne autochtone a plaidé coupable. Il y avait donc une reconnaissance de culpabilité. Mais, lors de son arrestation, il y a eu une atteinte à sa dignité. La question qui a été posée devant la cour était de savoir comment la peine allait refléter cette atteinte à la dignité de la personne poursuivie. La Cour Suprême a dit que cette atteinte à la dignité allait être reconnue par les principes de la détermination des peines, c'est-à-dire qu'il allait y avoir une diminution du taux de la peine prononcée à l'égard de la personne condamnée pour reconnaître l'atteinte qui a été portée à sa dignité lors de son arrestation par les forces de police." (Juge 17 Can)

La forme de protection des droits fondamentaux est conçue dans cette communication de manière transactionnelle, sous la forme d'une compensation accordée au condamné au moment de la détermination de la peine, afin de contrebalancer l'atteinte portée à ses droits fondamentaux durant la phase préliminaire d'enquête.

Dans l'extrait ci-dessus, ainsi que dans celui analysé plus haut, nous relevons que ce juge observe la dignité humaine comme la valeur fondamentale principale à protéger à l'égard de la personne condamnée. De manière à la protéger, le juge mobilise des outils juridiques qui vont le pousser à se concentrer sur les conditions de détention, le respect de la procédure, le crédit permis par la détention préventive, etc., c'est-à-dire sur des aspects périphériques à la détermination de la peine (qui ont tout de même de la valeur au cas par cas) en omettant l'observation de la nécessité du *type de moyen mobilisé* pour punir au regard de l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Cette manière d'observer représente un obstacle à l'innovation en termes de sortie du système d'idées de la rationalité actuelle du système. Les outils juridiques permettent parfois des réductions mineures du taux de la peine, mais ils ne viennent pas interroger en profondeur la nécessité du recours à l'emprisonnement.

De ce qui précède, il découle une distinction entre les "droits fondamentaux" et les "droits légaux", entendus comme étant les droits reconnus dans les lois de droit interne. Les opérateurs du droit ont tendance à réaliser une synecdoque en considérant que le respect des droits fondamentaux se réduit au respect des droits légaux dont font partie les droits procéduraux. En d'autres termes, le respect des droits légaux est observé comme suffisant pour garantir les droits fondamentaux. Plusieurs opérateurs du droit semblent adopter une logique selon laquelle les droits fondamentaux sont garantis par les textes internationaux et les textes ayant valeur constitutionnelle. Le droit pénal national est alors considéré comme organisant un certain nombre d'exceptions légitimes à la pleine effectivité des droits fondamentaux lorsque des infractions sont commises. Selon cette approche, le juge ne doit donc pas nécessairement se soucier de la protection des droits fondamentaux au moment de la détermination des peines puisque l'auteur de la loi s'en est déjà chargé.

Il ressort des communications judiciaires que le système insiste surtout sur la protection des droits fondamentaux procéduraux de l'accusé et du condamné. Cette observation est, en un sens, correcte car la procédure pénale est construite autour du respect de ces droits. Les droits fondamentaux *procéduraux* sont donc respectés. Par contre, les droits fondamentaux qui ne seraient pas légalement formalisés, ainsi que l'universalité de la protection des droits fondamentaux dans la manière même de concevoir la peine et le recours à l'emprisonnement en droit criminel, restent des points de cécité.

L'extrait d'entrevue suivant illustre les différents niveaux d'observation des droits fondamentaux et, surtout, la difficulté pour les opérateurs du droit d'observer ceux-ci dans le contexte de la détermination de la peine :

"J : De toute façon, je suis toujours parti du principe que, lors d'un procès, il y a cette notion de respect fondamental de la personne que j'ai devant moi : la personne qui comparait, accusée

ou prévenue. J'ai toujours le respect qu'elle soit défendue, qu'elle puisse s'exprimer, qu'elle soit entendue et, dans mes décisions, de répondre à ce qu'elle a dit. Donc ça, à mon niveau, ce sont des droits fondamentaux que je respecte. À ce moment-là je ne suis pas la personne qui va exécuter la peine, je ne suis pas la personne qui est le directeur de la prison etc. Ça c'est autre chose. Mais, à mon niveau, je pense que dans la manière dont j'essaie que les débats se déroulent, j'assure le respect des droits fondamentaux de la personne.

I : Dans ce que j'entends dans votre réponse, vous parlez de tout le côté procédural, le droit au procès équitable, le droit de s'exprimer, de faire valoir ses droits etc.

J : Oui.

I : J'entends que le respect des droits de l'individu, à ce moment-là, est pris en compte. Je voudrais reformuler un peu la question et vraiment vous renvoyer à votre expérience du moment où vous choisissez la peine. Est-ce qu'à ce moment-là, donc après les débats, après le respect du droit au procès équitable, au moment de déterminer la peine, la protection des droits fondamentaux joue un rôle, selon vous ?

J : Je ne comprends pas la question. Comment est-ce que je pourrais ... je ne vois pas.

(...)

I : Quand vous prononcez votre jugement, quelle est la place accordée à la protection des droits fondamentaux de la personne condamnée ?

J : J'ai l'impression que... je ne pense pas que... je ne dissocie pas... je ne pense pas à ça à ce moment-là, puisque j'ai essayé de tout respecter. Au moment où je prononce la peine, qu'est-ce que je pourrais penser comme respect des droits fondamentaux ? Au moment où je prononce, en tout cas, je ne réfléchis pas en me disant "est-ce que je respecte les droits fondamentaux" ? Non. J'ai essayé de faire quelque chose le plus "juste" possible pour tous les éléments. À quoi est-ce que je pourrais spécialement réfléchir ?" (Juge 2)

À nouveau, le juge observe la protection des droits fondamentaux comme découlant du respect des droits légaux (procéduraux) et du respect des droits relatifs aux conditions de détention qui doivent être pris en charge lors de l'exécution de la peine. Ce dernier aspect n'est pas observé comme relevant de sa responsabilité.

La question sur la prise en compte des droits fondamentaux *au moment de la détermination de la peine* a dû être reformulée plusieurs fois. Le juge ne la comprenait pas. Il s'agissait de lui faire comprendre que les droits fondamentaux sont des droits concrets sans aucun rapport avec la procédure pénale. Cette observation est en elle-même intéressante du point de vue de l'analyse car elle met en lumière la difficulté d'observation de la problématique. En indiquant qu'il ne comprend pas la question, il indique le cloisonnement entre sa rationalité et une autre rationalité qui lui est proposée. À propos de cette question, le juge a éprouvé une certaine difficulté à se placer dans une posture d'auto-observation pour se voir lui-même dans le rôle de protecteur, ou au moins de gardien, des droits fondamentaux à la liberté, à la sécurité, à la vie et à la dignité humaine. Cette responsabilité semble avoir été transposée par l'opérateur du droit sur le législateur qui élabore les lois. Lorsque la culpabilité est établie dans le respect des droits procéduraux, le juge estime ne plus avoir à se préoccuper des droits fondamentaux au niveau de la détermination de la peine.

Nous voyons ici apparaître un lien direct entre la réduction de la protection des droits fondamentaux à la protection des droits procéduraux et la non-observation des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine. Ce lien direct constitue, à notre sens, la raison pour laquelle le juge ne comprend pas la question qui lui est posée. La limite de son auto-observation se trouve dans le phénomène de légitimation de l'affliction par la procédure (Luhmann, 2001). En ce sens, il suffit que la décision qui conduit à la peine suive un ensemble de règles procédurales reconnues (audience contradictoire, impartialité du juge, délais, etc.) pour qu'elle soit acceptable.

Quant à la question de la responsabilité à l'égard de la protection des droits fondamentaux, un autre juge adopte une posture différente. Il renvoie aussi cette responsabilité ailleurs, mais d'une autre manière :

"La gardienne des droits fondamentaux, c'est la Cour européenne." (Juge 12)

Cette phrase laisse penser que le juge observe la Cour européenne des droits de l'Homme comme celle à qui incombe principalement la responsabilité de se préoccuper de la protection des droits fondamentaux. Le fait de renvoyer cette responsabilité vers le dernier maillon de la chaîne judiciaire renforce d'autant plus la difficulté relative à la non-observation de la protection des droits fondamentaux *dans la manière de déterminer et de justifier les peines* en droit criminel.

Pourtant, la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit tout le contraire. Celle-ci est d'application directe dans l'ordre juridique interne de ses États membres et elle impose au juge national de veiller à son respect à l'égard de toute personne. Si un juge ne fait pas respecter les droits fondamentaux, qui sont des normes supérieures à celles de la loi pénale, il engage la responsabilité internationale de l'État qui pourra être condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Cette obligation pour les juges nationaux de garantir les droits fondamentaux à l'égard de toute personne est proclamée à l'article 1^{er} de la Convention qui dispose que *"les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I^{er} de la présente convention"*. Elle se déduit également du fait que la Cour ne peut être saisie qu'après que le justiciable ait épuisé les voies de recours interne (art. 35 CEDH).

De plus, la Convention contient des dispositions qui imposent aux juges internes de faire respecter, eux-mêmes, les droits fondamentaux à tous les stades, en ce compris celui de la détermination de la peine. L'interdiction de la discrimination reprise à l'article 14 prohibe de faire des distinctions dans le respect des droits entre les personnes. Les droits fondamentaux des individus reconnus "coupables" ne peuvent donc pas être moins garantis que ceux des individus "non coupables". Notons encore que les articles 471/1 et suivants du Code pénal belge sanctionnent pénalement le fait d'imposer un traitement inhumain et dégradant à une personne, traduisant ainsi l'interdiction absolue de tels comportements faisant l'objet de l'article 3 de la Convention.

Les points de cécité que nous avons relevés ci-dessus, concernant la non-observation des droits fondamentaux, représentent, sous l'emprise de la RPM, des obstacles cognitifs à l'auto-contention de la sévérité du *type* de peine et du *taux* des peines en droit criminel. Si l'on accepte d'y voir un problème, celui-ci relève de la *qualité juridique* de l'intervention du droit criminel en ce qui concerne la *détermination et la justification des peines*.

2. L'invisibilité des droits fondamentaux découlant de la proportionnalité afflictive dans la détermination des peines

Nous avons déjà parlé du principe de la proportionnalité afflictive dans la manière de concevoir la peine. Ici nous voulons mettre en lumière que le principe de la proportionnalité afflictive contribue à l'invisibilité de la protection des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine. Ce garde-fou dans lequel les opérateurs du droit ont confiance, joue surtout un rôle envers les peines prononcées à l'égard de petites infractions, mais moins pour les peines prononcées à l'égard d'infractions entraînant des conséquences plus importantes.

L'extrait d'entrevue ci-dessous permet d'observer un point de cécité concernant le principe de la proportionnalité afflictive et la protection des droits fondamentaux :

"L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibe les traitements inhumains et dégradants. Donc, une peine ne peut pas être à ce point disproportionnée qu'elle en deviendrait contraire aux droits de l'Homme. Ça, en tout cas, c'est un garde-fou. On ne va pas vous envoyer, pendant des années en prison pour un défaut de permis de conduire ou pour un vol à l'étalage. Il y a un principe de proportionnalité de la peine." (Juge 12)

Le juge observe ici le rôle de garde-fou du principe de proportionnalité à l'égard d'infractions mineures. Nous avons déjà mentionné que ce même juge souligne l'importance accordée en Occident au respect de la dignité humaine, principe qui devrait conduire à repenser, voire à supprimer, l'usage des cachots en prison. Il reconnaît toutefois que la question relève de l'exécution des peines, un domaine qui échappe en partie au contrôle direct des magistrats, malgré la compétence croissante des tribunaux

d'application des peines. Selon lui, il n'existe donc pas, en Belgique, de difficulté de principe majeure concernant les peines et leur exécution.

Ce juge observe plus facilement le non-ajustement aux droits fondamentaux lorsqu'il observe comment le système pénitentiaire traite un détenu. Cependant, il ne parvient pas à l'observer dans la manière dont le système judiciaire traite les individus au moment de la détermination des peines. En parlant de la détermination des peines, le juge dit en effet, qu'il ne pense pas qu'il y a une difficulté majeure à cet égard. Il indique ainsi qu'il ne voit pas de difficulté sur le plan de la rationalité dans le champ de la détermination des peines.

Ce qui rend l'observation complexe est que la difficulté est rationnelle et théorique, mais qu'aucune difficulté n'apparaît au niveau de l'application du principe juridique. Sur ce point, nous faisons la même observation que le juge. En effet, le principe de la proportionnalité afflictive s'applique quand la relation est établie entre la gravité du crime et la sévérité de la peine, c'est-à-dire la "quantité de souffrance" à infliger par une peine légitimée. La difficulté concernant l'observation des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine est donc rendue invisible par l'association fondamentale entre la gravité du crime et la sévérité de la peine. Le point de cécité concerne ici la protection des valeurs fondamentales du droit et la qualité de l'intervention juridique. Lui rendre sa visibilité passe par la remise en question de cette association fondamentale.

En d'autres termes, observer la présence ou l'absence d'une difficulté majeure concernant la détermination des peines dépend du niveau d'observation et de l'association fondamentale mobilisée pour observer. Ainsi, au niveau d'observation du principe juridique, si l'association entre "gravité du crime" et "peine proportionnelle" est mobilisée, il n'y a pas de difficulté de principe majeure au niveau de la détermination des peines. En revanche, au niveau d'observation de la rationalité, ce que nous voulons rendre visible est que, dans les cas de crimes graves, l'enjeu en termes d'universalité de la protection des droits fondamentaux réside précisément dans la mobilisation de cette association pour penser la détermination et la justification des peines. En effet, cette manière d'observer reposant sur le principe de proportionnalité est tellement légitimée dans la rationalité pénale qu'elle invisibilise, sur le plan théorique et rationnel, la difficulté de prendre en compte l'universalité de la protection des droits

fondamentaux au moment de déterminer les peines, et pas seulement dans la procédure ou l'exécution des peines.

L'invisibilité de cette difficulté sur le plan de la rationalité, peut s'observer dans l'extrait de communication judiciaire suivant :

"En fait, c'est triste à dire, mais je me fiche éperdument de porter atteinte, quelque part, à la liberté d'une personne. Elle a commis une infraction pénale, elle doit être punie. Je sais que ça a l'air très bateau... mais c'est ça mon équation. D'abord, les textes ne disent pas le contraire. Dès que, forcément, il y a une atteinte, quelle qu'elle soit, en tout cas qu'elle est pénalement répréhensible, je veux dire, c'est normal qu'il y ait une exception vis-à-vis de la personne qui a commis des faits, parce que sinon on ne s'en sortirait pas. Enfin, c'est notre job quoi. Donc on n'a pas vraiment d'états d'âme vis-à-vis de ça. Ça je reconnais. (...) C'est comme ça quoi. Ça fait partie du système." (Juge 14)

Ces propos mettent en lumière un problème qui relève de l'intériorisation d'une rationalité pénale qui véhicule un aveuglement ou un désintérêt pour la *qualité juridique* de l'intervention du droit criminel en ce qui concerne les pratiques punitives. Le juge se réfère aux textes légaux et au fait que "*ça fait partie du système*" pour légitimer son point de vue. L'obstacle cognitif se tient dans le positionnement de son discours au niveau d'observation du principe de la proportionnalité afflictive, restant aveugle au fait que c'est précisément la rationalité pénale, et surtout les finalités du noyau dur de la RPM, qui entraînent la non-observation ou le désintérêt pour les droits fondamentaux dans la manière de déterminer et de justifier les peines.

La littérature et les données nous ont appris que la RPM véhicule une manière de concevoir la peine et le recours à l'emprisonnement attachée à la lutte contre la criminalité. Cette visée exclusive engendre une vision de la protection de la société en termes de guerre à la personne reconnue coupable. Cette vision est antérieure au développement de la logique des droits fondamentaux et, quand ceux-ci ont été formellement reconnus par les chartes et conventions, vers la fin du XVIII^e siècle, la vision n'a pas été ajustée. Elle a seulement été adaptée. Le système de droit criminel a trouvé une façon de *s'adapter* aux

droits fondamentaux, par des justifications internes, mais il *ne s'est pas ajusté* en se repensant à partir des droits fondamentaux afin de créer une relation parfaitement fonctionnelle. La forme prise par l'adaptation constitue, en elle-même, un obstacle cognitif à un ajustement des normes de sanction à l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Cette manière prémoderne d'observer la peine et le recours à l'emprisonnement entraîne un point de cécité quant à la fonction du système de droit criminel qui est, depuis la fin du XVIII^e – début du XIX^e siècle, de protéger les valeurs positives fondamentales qu'il garantit, *y compris dans la détermination et la justification des peines*.

3. *L'observation polarisée des droits fondamentaux*

Nous avons exposé, dans les points précédents, des aspects sur lesquels les droits fondamentaux ne sont pas (suffisamment) observés et pensés. Nous nous concentrons maintenant sur une façon particulière d'observer la manière de protéger les droits fondamentaux à l'intérieur du système d'idées de la RPM qui, à notre sens, engendre des difficultés. Il s'agit de la polarisation des droits fondamentaux et la recherche subséquente d'un équilibre fondé sur la création d'un conflit de droits.

La façon d'observer et de concevoir *la manière de protéger* les droits fondamentaux des individus est en effet d'une importance centrale pour déterminer s'il est question d'"adaptation" ou d'"ajustement" aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. Nous avons relevé que, dans le système d'idées de la RPM, cette façon d'observer relève d'une conception polarisée des droits fondamentaux où ceux-ci ne sont pas conçus selon un modèle de protection globale, commune et circulaire mais, au contraire, selon un modèle d'affrontement, de protection concurrentielle et de recherche d'équilibre.

Dans l'extrait ci-dessous, à une question portant sur l'observation des droits fondamentaux à l'égard de la personne condamnée au moment de la détermination de la peine, le juge répond de façon éclairante sur la polarisation sous examen :

"C'est qu'il n'y a pas que les droits et libertés du détenu. Il y a les droits et libertés de ceux que les agissements du prévenu ont mis en péril." (Juge 12)

Alors que le thème de la question est clairement orienté vers l'observation des droits fondamentaux à un endroit où leur prise en compte est difficilement visible, à savoir le moment de la détermination de la peine à l'égard de la personne condamnée, le juge répond qu'il ne faut pas tenir compte seulement des droits du coupable et que celui-ci a mis en péril des droits et libertés. Par cette réponse, il justifie la dimension vindicative de la procédure contre la personne reconnue coupable, il réduit les droits fondamentaux à leur dépendance aux obligations du citoyen, laissant entendre que les droits seraient conditionnels ou méritoires, et il suggère subtilement que les droits et libertés bafoués par la personne condamnée sont plus importants que ceux de cette personne.

Cette logique ressort également dans la manière d'observer d'un autre juge :

"Oui, mais on est dans une balance de droits humains, où l'auteur des faits a violé les droits de la victime des faits." (Juge 7)

Ce même juge continue en suivant un modèle où chaque protagoniste cherche à gagner concurrentiellement la protection de ses propres droits fondamentaux, en ayant peu d'égard au fait que cela puisse porter atteinte, parfois sans nécessité, aux droits fondamentaux d'un autre :

"Ce n'est pas parfait comme raisonnement, mais en enfermant l'auteur des faits, on va préserver les droits humains de futures potentielles victimes des mêmes faits, par deux mécanismes. L'enfermement immédiat, pour éviter qu'il récidive tout de suite, plus l'idée du message général que, quand on tue quelqu'un, on est condamné à 20 ans de prison, par exemple, dans le but de dissuader quelqu'un qui rencontrerait des difficultés avec son voisin de passer à l'acte. Mais je sais que c'est imparfait. Ça ne marche pas." (Juge 7)

Dans la conception polarisée des droits fondamentaux, où le droit d'un sujet se pense et se structure en opposition ou en limitation à celui d'autrui, le droit de l'un est susceptible de s'exercer aux dépens du droit de l'autre, ce qui engendre une dynamique conflictuelle entre droits concurrents (Pires, 1991a). Penser cette sorte d'équilibre entre les droits des citoyens potentiellement victimes et ceux des auteurs possibles pose problème *au moment de la détermination et de l'exécution de la peine.*

En effet, le modèle de l'équilibre des droits des individus s'applique dans l'élaboration des normes de comportement (incriminations). Il constitue cependant un obstacle cognitif lorsqu'on l'applique aux normes de sanction.

À cette manière de polariser la protection des droits fondamentaux des individus, s'ajoute encore, dans les communications judiciaires, un autre registre de polarisation des droits fondamentaux :

"La poursuite n'a pas seulement des fins individuelles, mais aussi des fins collectives. Le droit n'est pas là seulement pour assurer l'épanouissement des droits humains de chaque individu. Il est là aussi pour assurer une notion chère aux juristes, qui est le bien commun. C'est aussi une des finalités du droit. L'ordre, la sécurité, l'équité. Ce sont également des valeurs juridiques. Il n'y a pas que la liberté individuelle." (Juge 12)

Nous observons que la distinction mobilisée par le juge pour construire son raisonnement est la distinction "fins individuelles – fins collectives". Cette distinction crée deux points de cécité. 1) Les fins collectives sont celles qui s'adressent à tous les individus, en tout temps. Ce ne sont donc pas des fins à invoquer pour infliger la souffrance à certains individus de manière non nécessaire. 2) De manière plus fondamentale, la préoccupation centrale est rendue invisible par l'usage de cette distinction pour l'observation. Celle-ci concentre en effet l'attention sur la question de savoir s'il faut poursuivre des fins individuelles ou collectives, mais elle invisibilise la question de savoir *comment* intégrer les fins de l'individu qui commet l'infraction et de ceux qui la subissent dans la manière collective de penser afin de créer un dispositif dans lequel "tout le monde compte" (Rancière, 1995), en dépit du conflit entre individuel et collectif.

Sous l'influence du système d'idées de la RPM, le juge observe ici la protection du bien commun comme se construisant par opposition à la protection du bien individuel. Son propos renvoie à la distinction entre le "tout" et la "partie" (d'Aquin, 1266 [1926]). Dans cette perspective, il y a automatiquement une dépréciation de la partie au profit de la protection du tout, comme on ampute le bras gangréné pour sauver le corps, selon la métaphore de Thomas d'Aquin.

Toutefois, avec les mêmes données en main avant d'entamer le délibéré sur la peine (les faits commis, la loi pénale, etc.), il est possible de développer une autre approche selon laquelle la partie ne peut pas être séparée du tout ou opposée au tout, sinon le tout n'est plus le tout comme l'illustre cette intervention d'un de nos interlocuteurs :

"Un individu ne vit pas seul. Il n'est pas sur une île déserte. Un individu n'est pas dissociable du corps social auquel il appartient. Et donc on se rend compte que les deux sont terriblement liés. Et ce que vous faites de bien pour l'individu, vous le faites également pour la société à laquelle il appartient, c'est évident." (Juge 1)

La manière d'observer de ce juge ne s'inscrit pas dans la conception atomiste, négative et hostile du système d'idées de la RPM (Pires, Cellard, Pelletier, 2001). Il valorise plutôt l'universalité de la protection des droits fondamentaux comme manière de protéger positivement la société.

Sous l'influence du système d'idées de la RPM, un autre juge instaure dans son observation une hiérarchisation subtile entre les valeurs positives garanties par le système de droit criminel et l'impératif de protection de la société. Il observe la protection de la société comme une raison légitime de porter atteinte aux valeurs positives garanties par le système dans une conception atomiste, négative et hostile de la protection des droits fondamentaux :

"Il y a un moment donné où il faut imposer à la présomption d'innocence un sacrifice. Et ce sacrifice est imposé au nom d'une valeur au moins égale à la présomption d'innocence qui est la prévention de la récidive. La prévention du risque de fuite. Il faut éviter qu'il ne reprenne contact avec sa victime pour l'intimider, pour l'empêcher de parler. Ce sont aussi des valeurs dignes de respect. Donc le droit n'est pas inconscient de ce paradoxe, mais il l'assume. Et il l'assume parce que l'ordre juridique a en vue, pas seulement le bien-être individuel, mais aussi le bien-être collectif." (Juge 12)

Le juge observe ainsi qu'il faut faire la balance entre des valeurs égales que sont les valeurs positives garanties par le système de droit et la protection de la société. Nous entrevoyons toutefois dans la formulation choisie que l'interlocuteur instaure néanmoins une hiérarchie entre celles-ci selon laquelle les valeurs positives fondamentales doivent céder le pas devant la "protection de la société".

Cette hiérarchisation des valeurs par le juge se double d'une observation selon laquelle les droits s'enracinent dans une obligation. Il semble ainsi instaurer une autre hiérarchie discrète entre les droits qui vaudraient moins que les obligations. Les deux classements discrètement hiérarchisés permettent de dénier la priorité des valeurs positives garanties par le droit dans le discours de ce juge :

"Simplement, il y a une chose que nous n'oublions jamais, c'est qu'il n'y a pas de droit qui ne s'enracine pas dans une obligation. Il ne faut pas couper ou segmenter la réalité. À tout droit correspond une obligation. Et donc, si vous voulez faire respecter un droit, vous devez commencer par faire respecter l'obligation qui permet l'émergence de ce droit." (Juge 12)

Ces extraits de communications judiciaires permettent de mettre en lumière que les manières d'y observer les droits fondamentaux, sous l'influence du système d'idées de la RPM, placent la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel au second plan, en se fondant sur la création d'un conflit de droits qui, lui, est placé au centre de l'observation au moment de la détermination des peines. Dans cette perspective, les droits des uns et des autres (individus et/ou collectivité) se trouvent à chaque extrémité du pôle et, si les droits des uns ont été atteints, il faut porter atteinte aux droits des autres pour réinstaurer l'équilibre. Cela engendre inévitablement une manière négative, atomiste et hostile de concevoir la protection des droits fondamentaux. Ainsi, nous observons que la sortie du système d'idées de la rationalité pénale moderne passe par l'abandon de ces distinctions qui engendrent un schéma de polarisation et par une réflexion destinée à promouvoir une intervention du droit pénal qui tiendrait le mieux compte des droits fondamentaux de manière *positive et globale* au moment de la *détermination de la peine*.

D. Les opérateurs du droit et la redondance du système d'idées de la RPM

Comme nous l'avons expliqué dans le chapitre théorique, en plus d'intérioriser le système d'idées de la RPM, les opérateurs du droit intériorisent également une certaine conception de la société selon laquelle le système de droit serait inférieur au système politique. Cette manière d'observer les systèmes sociaux a un impact sur la manière dont est observé le pouvoir décisionnel des juges dans le champ de la détermination des peines. De plus, dans cette conception de la société, où le système politique est perçu comme hiérarchiquement supérieur aux autres systèmes sociaux, toute innovation est conçue comme devant venir du système politique pour être, ensuite, intégrée dans le système juridique.

Nous consacrons cette partie à l'observation du pouvoir décisionnel des juges et des procureurs en matière de peines. Nous observons le champ d'autonomie qui leur est laissé par le système politique pour prendre des décisions dans ce domaine (1) ainsi que la manière dont les opérateurs du droit perçoivent leur responsabilité par rapport à l'innovation dans le champ de la détermination des peines (2).

1. Le manque d'autonomie du système de droit criminel dans le champ des normes de sanction

Le cadre législatif, élaboré par le système politique, est parfois perçu par les opérateurs du droit comme retirant la possibilité de prendre une décision juridique individualisée selon les circonstances réelles et concrètes de la situation, dans le champ de la peine :

"On oublie complètement tout le reste en mettant le focus juste sur la punition du crime selon la gravité objective. Alors ça ne m'apparaît pas comme quelque chose de justifiable, sauf aux yeux d'un législateur qui veut que le public soit en accord et comprenne que c'est grave. Ça évacue complètement le processus de détermination de la peine avec ses objectifs qui ne sont pas uniquement de dissuader les gens à commettre des crimes. Surtout quand on sait l'impact de ça. Tout le monde sait qu'un meurtre tu en as au moins pour vingt-cinq ans de prison, tout le monde sait ça au Canada. Et puis il y en a beaucoup de meurtres, ça ne diminue pas. Les gens n'en ont jamais autant commis. Ça a zéro effet dissuasif au bout du compte. Alors si le seul critère justifiant l'imposition de la peine à vie est la dissuasion, on est complètement à côté de

la plaque. Surtout quand j'inflige une peine à vie à un jeune de dix-huit ans. Alors oui, dans vingt-cinq ans il peut demander... mais est-ce que c'est la meilleure peine pour un jeune qui a été embarqué dans un gang de rue et que c'était dans un contexte comme celui-là que ça a été commis, il vient d'une bonne famille, il avait du potentiel pour étudier et faire quelque chose de sa vie et puis il s'est fait prendre et c'est fini là ? Et là, moi, je n'ai rien." (Juge 18 Can)

Le juge indique que, dans le champ de la détermination des peines, son travail de juge est parfois obstrué par le cadre législatif. Ce cadre cherche à répondre à des intérêts tels qu'imaginés par le système politique et il peut être perçu comme restrictif pour les juges qui doivent se prononcer sur les situations concrètes en vue de protéger les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. En d'autres termes, plus le cadre est élaboré de manière restrictive par le système politique, moins le juge peut opérer juridiquement de façon adéquate :

"Quand le législateur impose des restrictions, il les impose pour tous. Sans distinction. Il ne me donne pas cette discrétion. Alors dans ce cas-là, oui, ça arrive que j'aie de la difficulté à appliquer les principes juridiques." (Juge 18 Can)

Le juge décrit que les intérêts politiques (dissuasion, dénonciation, rétribution, neutralisation, réhabilitation carcérale), à l'œuvre au moment de l'élaboration de la loi pénale, et les intérêts juridiques (protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel), à l'œuvre au moment d'appliquer la loi pénale, sont parfois incompatibles :

"Mais je pense que la période de vingt-cinq ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle ce n'est pas adapté dans tous les cas. Et moi je ne peux pas aller en dessous. Je ne peux pas me prononcer. Donc, dans certains cas, vingt-cinq ans c'est fini. Ça dépend de l'âge de la personne qui reçoit la peine. Vous savez, il n'y a pas de prescription pour les actes criminels au Canada. Je pourrais, à soixante-dix ans, avoir commis un crime il y a cinquante ans, les "cold cases" comme on dit, on les ressort parce qu'il y a une preuve, on m'accuse maintenant et je suis condamné maintenant. Je peux être condamné à l'emprisonnement à vie

à soixante-dix ans. Pas de possibilité d'être libéré avant vingt-cinq ans. Et la personne n'a jamais commis autre chose." (Juge 18 Can)

Dans le cas présenté par ce juge, les intérêts politiques s'imposent dans le champ des normes de sanction et obstruent totalement la possibilité pour l'opérateur du droit de prendre une décision dans le sens de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Le juge observe l'exiguïté de son pouvoir décisionnel face à une situation où la décision prise abstraitement par le législateur est contraire à l'éthique juridique. La perte d'autonomie du système de droit et l'incompatibilité des intérêts politiques et juridiques ont dès lors un coût en termes de protection des droits fondamentaux.

"Alors plus je mets le focus sur des critères qui sont mis en place de façon uniforme pour tous les crimes, plus j'ai de critères comme ça, moins je vais individualiser. Et c'est au détriment de qui ? Ça peut juste être au détriment de celui qui se voit imposer la peine, celui qui va purger la peine. Alors... le rôle du juge c'est justement de pondérer les objectifs, l'individu, la protection du public et tout ça. Mais si le juge on lui dit "oui tu vas faire l'exercice, mais tu vas partir de là et tu ne peux pas donner ce type de peine-là, tu ne peux pas dans ce cas, il faut que tu restes dans ce cadre ici". Et bien nécessairement celui qui va en pâtir c'est celui que je vais condamner parce que je ne pourrai pas l'individualiser peut-être comme je l'aurais fait sans les limites législatives. Celui qui écope c'est lui. Il n'y a personne d'autre qui va écoper que la personne qui reçoit la peine." (Juge 18 Can)

La Commission canadienne sur la détermination de la peine faisait le même type de constat lorsqu'elle écrit dans son rapport de 1987 qu'*"on prétend aussi que les peines minimales obligatoires servent de guide au juge de première instance appelé à imposer une sanction quelconque ; affirmer cela, c'est ignorer le fait que ces peines contraignent le juge plutôt qu'elles ne le guident. En effet, elles lui enlèvent son pouvoir discrétionnaire"* (Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, 1987, p.xxxii).

Notre interlocuteur met en lumière comment un opérateur du droit qui pense la protection des valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel, au moment de la détermination de la peine, se trouve à devoir se soumettre au système d'idées de la RPM en prononçant des peines de longues durées justifiées par des finalités abstraites (rétribution, dissuasion, dénonciation,...) car le cadre législatif élaboré par le système politique, trop contraignant dans le champ des normes de sanction, le maintient à l'intérieur de la "bouteille à mouches".

"C'est autant du point de vue de l'accusé que des victimes et que de la société en général que ces valeurs fondamentales sont appliquées. Je vous dirais que la majorité du temps oui, mais quand la loi m'empêche de faire l'exercice, je suis prise dans ce cadre." (Juge 18 Can)

Lorsque la législation introduit, pour des motifs politiques, des peines minimales d'emprisonnement en leur accordant, en plus, un statut obligatoire⁷³, elle révèle explicitement une rationalité pénale orientée vers une croyance mystifiée en la dissuasion générale, en la nécessité d'une forme afflictive de rétribution pour réaliser la justice, en la nécessité d'augmenter la répression pour dénoncer et en la nécessité de neutraliser par des longues peines les auteurs de certaines catégories légales d'infractions (Houchon, 1994). Le corolaire de cette orientation politique est une grande dévalorisation de la réhabilitation et de l'insertion sociale. La peine est alors conçue comme un marqueur symbolique reposant sur une échelle quantitative d'infliction de la souffrance plutôt que comme un moyen de répondre à une situation concrète.

Face à l'incompatibilité des intérêts politiques et des intérêts juridiques, en tant que juristes, les juges peuvent ressentir un inconfort à suivre la voie déterminée par le législateur s'ils perçoivent que la logique d'universalité de la protection des droits fondamentaux les orienterait dans une autre direction en ce qui concerne la détermination et la justification des peines.

⁷³ L'exemple le plus marquant, au Canada, est la peine prévue aux articles 235(1) et (2) du C.crim. :
"Art. 235 (1) *Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité*".
"Art. 235 (2) *Pour l'application de la partie XXIII, la sentence d'emprisonnement à perpétuité prescrite par le présent article est une peine minimale*".
L'emprisonnement à perpétuité est une peine obligatoire, c'est-à-dire que la peine minimale obligatoire est la perpétuité. Cette structure est particulièrement rigide et elle entraîne un grand risque de disproportion étant donné que le juge ne peut pas descendre en dessous de la perpétuité, même si le principe de la proportionnalité, de la retenue ou de l'individualisation requièrent un taux de peine plus bas ou un autre type de peine. Le pouvoir discrétionnaire du juge est anéanti au profit d'une automatisation punitive.

La conscience juridique individuelle des opérateurs du droit joue ici un rôle fondamental : l'opérateur peut mobiliser la distinction "compatible – incompatible" pour observer la relation entre la loi ordinaire et les droits fondamentaux protégés par les constitutions et les textes internationaux. En effet, les droits fondamentaux ont une valeur internationale, allant au-delà des constitutions nationales. Comme l'indique Jouannet (2011), les droits humains sont un socle commun de normes transversales. Les opérateurs du droit peuvent donc également les mobiliser sur cette base pour interroger les règles légales nationales dans le champ des normes de sanction.

À cet égard, comme l'indique Foucault (1997), le juge a une liberté qu'il ne sait pas qu'il a, ou qu'il sait qu'il a mais qu'il n'a pas le courage de mettre en pratique. Le système d'idées de la RPM laisse penser aux opérateurs du droit qu'ils doivent seulement obéir au législateur en ce qui concerne la manière de déterminer et de justifier les peines, même si c'est pour infliger la souffrance à l'autre sans tenir compte de l'individu concret, il favorise leur adoption d'un mécanisme de confort moral selon lequel la souffrance infligée "est la souffrance infligée par le législateur" et non par le juge lui-même et il les maintient dans la croyance que "*appliquer c'est juger*" (Sosoe, 1998).

Par ailleurs, nous avons également relevé que, dans certains cas, sous le poids de la RPM, les opérateurs du droit peuvent en arriver à occulter eux-mêmes les possibilités de modération des peines que leur offre la loi.

Sortir de ces dynamiques signifie, bien entendu, du travail, du temps et un cheminement cognitif suffisant de la conscience individuelle vers la dévalorisation des buts politiques abstraits dans la détermination et la justification des peines en droit criminel ainsi que la promotion des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Le sens du problème à mettre en lumière ici est que les opérateurs du droit s'observent comme des fonctionnaires de la loi ordinaire et non pas comme des professionnels du droit (Pires, 2024a). Cette manière d'observer s'accompagne d'une sorte de processus de déresponsabilisation dans lequel les opérateurs du droit s'inquiètent peu, voire jamais, de leurs opérations éthiques dans le champ de la

peine, tant qu'elles se justifient par le cadre législatif. De plus, l'opérateur du droit, ne se considère pas comme un agent de transformation. Il démissionne de ce rôle et s'en remet au système politique. Cette perspective représente un obstacle cognitif majeur à l'innovation du système de droit criminel car il obstrue son autonomie en tant que système social ainsi que le pouvoir décisionnel des opérateurs du droit dans le champ de la détermination des peines.

2. Le renvoi de la responsabilité des dysfonctionnements du système vers d'autres maillons de la chaîne judiciaire

Un autre obstacle cognitif majeur apparaît dans la manière dont les juges observent leur rôle et leur pouvoir dans le système de droit criminel. L'analyse des communications judiciaires a rendu visible une difficulté cognitive particulière pour sortir du système d'idées de la RPM découlant du fait que certains opérateurs du droit ne localisent pas le problème de l'absence d'innovation en droit criminel au niveau de la manière de justifier les peines et des moyens mobilisés pour punir qui en découlent. Le problème posé par le système d'idées de la RPM dans le champ des normes de sanction reste inaperçu et la responsabilité du dysfonctionnement du système de droit criminel est renvoyée vers d'autres maillons de la chaîne judiciaire :

"Je ne trouve pas qu'il y ait un problème dans l'application de la loi pénale. Je trouve que les comportements, au niveau de la détermination de la peine, puisque c'est ça votre sujet, ne parlons donc pas des incriminations, mais parlons de la détermination de la peine, je trouve qu'on a fait un formidable travail de diversification de la peine. Par contre, mais ce n'est pas dans le code pénal, je regrette que la prison soit si mal et si pauvrement administrée. Donc au niveau de l'exécution des peines, il y a beaucoup à faire. C'est là, pour moi, qu'est le problème. C'est au niveau de l'exécution." (Juge 12)

Dans l'observation de ce juge, le problème d'ajustement à la protection des droits fondamentaux ne se trouve pas du tout au niveau de la détermination des peines, mais plutôt au niveau de leur mise en œuvre. Selon cette manière d'observer, des peines prononcées à l'intérieur du système d'idées de la RPM, qui seraient correctement exécutées, c'est-à-dire dans des bonnes conditions matérielles, de suivi, d'encadrement, etc., ne poseraient pas de problème d'ajustement aux droits fondamentaux :

"Le but de la prison, enfin pour moi, le but, je ne dis pas que ça fonctionne, mais si ça ne fonctionne pas, il faut y remédier. Mais, pour moi, le but de la prison est de recréer du lien là où il est déchiré, là où le tissu social est déchiré." (Juge 12)

Si comme le juge l'observe, la prison est pensée pour l'insertion sociale de l'individu, indépendamment du fait qu'elle marche ou qu'elle ne marche pas, on ne peut pas se contenter de dire qu'elle ne marche pas. S'il faut remédier au fait que la prison ne correspond pas réellement à ce qu'elle "devrait être", il ne suffit pas d'y remédier seulement au niveau de l'exécution de la peine. En effet, lorsque le système judiciaire continue d'alimenter la prison sur la base de finalités de la peine qui excèdent ou contredisent la mission de réinsertion, il rend structurellement impossible toute tentative de corriger le décalage entre ce que la prison est et ce qu'elle devrait être.

Nous pouvons observer dans cette communication des mécanismes de renvoi du problème à d'autres instances, au détriment d'une auto-observation des manières dont le judiciaire lui-même contribue à créer une situation irrémédiable pour le service correctionnel. La tâche de "remédier" ne peut être pensée au niveau des services correctionnels uniquement. Elle concerne également le législateur, s'il rend difficile la libération (par exemple, avec des peines obligatoires comme au Canada) et le judiciaire qui envoie les gens en prison.

Attribuer la source du problème au politique et attribuer le lieu de la solution aux services correctionnels entraîne la déresponsabilisation du judiciaire par rapport au rôle qu'il joue dans le processus. Cette déresponsabilisation ne se produit pas nécessairement au niveau de l'individu, mais au niveau des opérateurs du droit au complet : avocats, procureurs, juges.

Le juge voit la nécessité de penser autrement le système correctionnel et de prendre soin de la situation. Il ne voit pas que tout ce travail serait inutile s'il n'y a pas un travail en amont sur la manière de concevoir les peines et les motifs de l'emprisonnement sur le plan juridique. La critique des critères d'organisation interne de la prison auxquels se borne l'observation du juge ne peut exclure la critique des critères de recours à l'emprisonnement.

Le renvoi du problème à une autre instance, en l'occurrence le niveau de l'exécution des peines, exclut la responsabilité de la détermination des peines dans le "problème". La distinction institutionnelle entre "détermination de la peine" et "exécution de la peine" sert de levier pour déproblématiser la phase de détermination de la peine et rendre problématique la phase de l'exécution.

Ce type de renvoi trouve une illustration dans la communication d'un autre juge. Cette fois la responsabilité est renvoyée vers la phase de prévention. Le juge observe que le problème ne se situe pas dans la manière de déterminer les peines, mais bien dans le fait que les juges doivent déterminer des peines à l'égard d'individus irrécupérables :

"Si on veut créer plus de sécurité dans la société, il faudrait que les gens ne rentrent pas dans le système pénal, mais une fois qu'ils y sont ça ne sert pas à grand-chose de penser la réaction sociale en bout de ligne parce que les gens ne sont pas intéressés à faire partie de la société."

(Juge 16)

Observer le problème de l'ajustement aux droits fondamentaux à d'autres endroits de la chaîne judiciaire ou sociale empêche les juges de voir les enjeux qui, à cet égard, sont présents au moment de la détermination de la peine et le rôle joué, ou que peuvent jouer, les opérateurs du droit qui interviennent à ce moment. La responsabilisation des opérateurs du droit intervenant dans ce champ est un levier essentiel pour l'innovation et l'ajustement aux droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction.

Conclusion de l'analyse

Nous venons de clôturer le premier temps de l'analyse qui concerne la mise en lumière des obstacles cognitifs apparus dans les communications judiciaires. Nous avons décrit les éléments du problème de l'universalité de la protection des droits fondamentaux dans le recours à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves, présentés par les opérateurs du droit. Nous avons analysé la manière dont ces opérateurs observent ces éléments, dans l'état de connaissance actuel du système de droit criminel.

La manière de recourir à l'emprisonnement dans les cas de crimes graves, à l'intérieur du système d'idées de la RPM, est généralement *adaptée* aux droits fondamentaux, mais elle n'est pas *ajustée* à ceux-ci. Nous avons relevé des obstacles cognitifs qui empêchent cet ajustement. Ces obstacles concernent quatre grands thèmes se rattachant à la problématique de recherche : la conception de la peine, la manière de recourir à l'emprisonnement, les droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction et le pouvoir des opérateurs du droit. Mis en relation les uns avec les autres, les différents obstacles cognitifs peuvent se résumer en quatre points.

Un premier point transversal concerne la primauté persistante du noyau dur du système d'idées de la RPM (rétribution, dénonciation, dissuasion) et de la rationalité neutralisante sur les finalités inclusives telles que la réhabilitation ou la réparation dans la manière de concevoir la peine. La réhabilitation, si elle n'est pas complètement dévalorisée, est souvent cantonnée à la fin de vie de la personne condamnée ou subordonnée à l'exigence d'affliction, ce qui entretient une conception de la peine centrée sur l'exclusion sociale et l'infliction de la souffrance. Cette approche a un impact direct sur la manière de recourir à l'emprisonnement.

Un deuxième point réside dans l'invisibilisation de la sévérité des peines et des effets négatifs de celle-ci sur la protection des droits fondamentaux. Ce phénomène repose sur divers mécanismes de production de confort moral par les opérateurs du droit comme la valorisation de l'aspect symbolique de la peine, l'invocation de la légitime défense de la société, la hiérarchisation implicite des valeurs, etc. qui empêchent l'auto-contention de la sévérité des peines. Il existe aussi une série de mécanismes de confort moral dans le système d'idées de la RPM relativement aux critères justifiant le recours à l'emprisonnement dans une rationalité neutralisante. À cet égard, un travail de déconstruction de la manière d'observer reste à faire. Lorsqu'un inconfort face à l'ampleur des peines est exprimé, il est évacué par l'argument de la gravité objective du crime interprétée à travers le prisme de la proportionnalité afflictive ou par la notion vague et élastique de "protection de la société".

Un troisième point transversal est la proportionnalité afflictive en tant que telle. Présentée comme une garantie de modération de la sévérité des peines, elle impose aussi un minimum d'affliction,

indépendamment de l'évolution réelle de la personne condamnée et de l'absence de problème de sécurité. Cette conception statique, tournée vers le passé, limite l'individualisation des peines et empêche de prendre en compte l'évolution réelle et concrète de l'individu. La présence de cette logique invisibilise l'universalité de la protection des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine.

Enfin, un quatrième point tient à l'intériorisation par les opérateurs du droit des finalités politiques et abstraites de la peine (RPM), au détriment d'une application concrète du principe d'individualisation pour protéger les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel envers toutes les parties (public, victime, accusé). Cette intériorisation est renforcée par la division du travail judiciaire et par la tendance à déléguer la protection effective des droits fondamentaux à d'autres instances (Cour européenne, tribunaux d'application des peines, système politique), ce qui déplace la question de la protection de ces droits hors du champ de la détermination des peines.

Ces points transversaux forment un système de blocage et de redondance du système en reconduisant les pratiques judiciaires dans la rationalité pénale moderne et en limitant la possibilité d'une évolution de palier dans le champ de la détermination des peines et du recours à l'emprisonnement.

Nous avons montré que les différents obstacles cognitifs relevés dans ce chapitre, et regroupés sous les quatre points transversaux, découlent de la manière dont le système de droit criminel et ses opérateurs observent les situations qui leur sont présentées. De manière transversale, ces obstacles cognitifs sont dus à deux manières d'observer empêchant de sortir ou ramenant dans le système d'idées de la RPM engendrant ainsi un impact considérable sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux dans le champ de la peine en droit criminel. Les obstacles cognitifs 1) sont dus à la non-observation et 2) sont dus à la mobilisation de distinctions problématiques pour l'observation dans une perspective d'ajustement aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Dans le cas de la non-observation (1), l'obstacle cognitif est créé par un point de cécité global, comme nous l'avons relevé avec la non-observation des droits fondamentaux dans le champ des normes de

sanction. La difficulté des opérateurs du droit de voir le problème présenté là où il se situe est une occurrence de cette forme d'obstacle cognitif. Lors des entrevues, les juges avaient en effet tendance à parler de peines moins longues que celles suggérées dans les questions, de normes de comportement ou de procédure plutôt que de normes de sanction, de renvoyer le problème à d'autres maillons de la chaîne sociale ou judiciaire, etc. Dans ce cas, sortir de la visualité dominante de la RPM et construire une contre-visualité (Kaminski, 2023) consiste à orienter le regard vers ce qui doit être observé mais qui ne l'est pas (encore).

Dans le cas des distinctions problématiques (2), deux cas de figure apparaissent. Premièrement, l'obstacle cognitif découle du fait qu'une face de la distinction constitue une visualité dominante par rapport à l'autre face de la distinction, faisant de cette seconde face un point de cécité. Nous avons pu l'observer dans des distinctions telles que : "finalités du noyau dur de la RPM – finalité de réhabilitation", "gravité – dangerosité", "protection de la société – protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système" et "rationalité neutralisante – rationalité alternative". L'association fondamentale entre la gravité du crime et la sévérité de la peine (proportionnalité afflictive), se trouvant au cœur du système d'idées de la RPM, peut également être classée dans cette catégorie d'obstacle cognitif car elle est tellement dominante qu'elle empêche de concevoir qu'il puisse même y avoir une autre face à la distinction, à savoir une rationalité pénale alternative. Dans ce cas, la distinction problématique est : "proportionnalité afflictive – rationalité pénale non afflictive". Pour construire une contre-visualité, il faut, dans ces différentes distinctions, valoriser la face qui reste dans l'ombre.

Deuxièmement, l'obstacle cognitif découle de la mobilisation d'une distinction qui crée une relation ou une opposition entre ses deux faces qui enferme dans la visualité dominante de la RPM. Nous l'avons constaté avec les distinctions "réhabilitable – non réhabilitable", "peine – réparation", "droit de punir – droit de ne pas être puni", "fins individuelles – fins collectives". Construire une contre-visualité consiste alors à déconstruire ces distinctions, à les abandonner et à fonder l'observation sur d'autres distinctions plus ajustées à la protection des valeurs positives garanties par le système de droit criminel.

La présentation des différentes manières d'observer et la façon dont elles engendrent des obstacles cognitifs pour l'innovation peut se résumer comme suit.

Manière d'observer	Problème créant l'obstacle cognitif	Construction de la contre-visualité
Non-observation	Point de cécité global	Observer ce qui ne l'est pas du tout
Distinctions problématiques pour l'observation	Une face de la distinction est survalorisée par rapport à l'autre	Revaloriser la face de la distinction qui est dans l'ombre
	La distinction crée une relation ou une opposition problématique entre deux éléments	Déconstruire + abandonner les distinctions et en proposer d'autres

Tableau 8 : Récapitulatif sur les obstacles cognitifs, leurs origines et les possibilités de les dépasser

Les obstacles cognitifs à l'innovation du système de droit criminel se créent quand il n'y a pas de conscience de la part du système et de ses opérateurs relative à la manière dont ils observent les situations qui leur sont présentées à l'intérieur du système d'idées de la RPM. En effet, les points de cécité et les éléments composant les distinctions pour l'observation sont directement influencés par le système d'idées de la rationalité pénale moderne.

Les résultats de notre analyse permettent de visualiser comment le poids de ce système d'idées crée des obstacles cognitifs en entraînant des points de cécité généraux, des déplacements du problème hors du champ de vision (le problème n'est pas observé là où il se situe) et l'usage de distinctions aveuglantes.

Notons que les manières problématiques d'observer que nous décrivons ne sont généralement pas produites volontairement par les opérateurs dans le cadre d'un travail institutionnel structuré et légitimé. Elles constituent plutôt une conséquence de l'insertion des systèmes psychiques (les individus) dans le système d'idées et dans la structure du système social qui les dépassent.

À cet égard, il est également nécessaire de tenir compte du passage de la conscience du système opérateur au contexte d'opération du système opérateur. En l'occurrence, le contexte d'opération des

opérateurs du droit fait en sorte que, d'un côté, ils subissent la cécité du système dans lequel ils opèrent par rapport aux situations qui se présentent devant eux (situations empiriques réelles) et, de l'autre côté, ils voient des choses incroyables par lesquelles ils pourraient sortir des points de cécité (*cfr.* chapitre V).

Notons que la méthode d'analyse que nous avons adoptée permet d'obtenir des résultats autres qu'une critique (négative) sur un phénomène social et ses conséquences. Nous avons observé la rationalité du système de droit criminel à l'aide des opérateurs du droit. Ce sont eux qui nous ont permis de voir comment le système dans lequel ils sont inscrits est aveuglant.

Cette méthode d'analyse permet dès lors à l'observateur (système ou opérateurs) une prise de conscience qui l'aide à comprendre comment il observe. Les résultats de l'analyse, relatifs au repérage des différents obstacles cognitifs à l'ajustement de la rationalité à l'universalité de la protection des droits fondamentaux, crée les conditions de possibilité d'une certaine surveillance cognitive de la part de l'observateur en lui donnant accès à une information qu'il n'avait pas nécessairement sur lui-même et sur la rationalité pénale moderne. Prendre conscience des automatismes, des réactions, des points de cécité, et être capable de les observer, ouvre la voie à la construction d'une contre-visualité et, avec elle, à d'autres manières d'être et d'agir pour le système de droit criminel et ainsi à faire cesser la redondance du système. En ce sens, la démarche de ce chapitre d'analyse s'est inscrite dans la perspective présentée par plusieurs auteurs (Pires, 1995 ; Morin, 2005 ; Dubé, 2017) selon laquelle pour surmonter les obstacles cognitifs et, ainsi, envisager d'autres possibilités pour le système de droit criminel, une voie possible est la mise en lumière des points de cécité.

Nous consacrons le chapitre suivant à la construction d'une contre-visualité en mettant en valeur des actualisés prometteurs. En effet, après avoir fait reconnaître au système et ses opérateurs la manière dominante d'observer la protection des droits fondamentaux dans le recours à l'emprisonnement comme peine dans les cas de crimes graves (visualité), rendre visibles d'autres manières de voir (contre-visualité) est virtuellement susceptible de faire évoluer le système de droit criminel et de le faire sortir de la visualité légitimée par la RPM. Nous cherchons ainsi à construire une forme de visualité située à un autre palier et qui soit plus ajustée à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Chapitre V : L'élaboration d'une forme d'intervention du système de droit criminel fondée sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux

Introduction

Nous proposons, dans ce chapitre, de repenser le problème de l'articulation des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité, auquel le système de droit criminel se trouve confronté lors de la détermination et de la justification des peines. Nous cherchons notamment à mettre en lumière que, dans les situations où la protection de la sécurité doit être valorisée à un moment donné, il existe des manières d'envisager le recours à l'emprisonnement, déjà présentes dans l'environnement du système de droit criminel, qui permettent un *ajustement* à l'universalité de la protection des droits fondamentaux, tandis que le système d'idées de la RPM ne permet qu'une adaptation. Lorsque nous parlons d'innovation du système de droit criminel, dans ce contexte précis, nous visons cet ajustement.

Ce chapitre contient une démarche de reconstruction d'une forme d'intervention du système de droit criminel dans laquelle les valeurs positives fondamentales garanties par le système sont protégées positivement, même dans les cas où la question de la protection de la sécurité se pose. Afin d'exposer clairement la logique du chapitre, rappelons le questionnement de départ : comment la protection des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité est-elle observée dans la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves ?

Relativement à cette question, nous avons observé, dans le chapitre précédent, la façon actualisée dont le système conçoit la peine et observe le recours à l'emprisonnement à l'égard de crimes portant atteinte à l'intégrité et à la vie. Nous avons orienté l'observation en fonction de la problématique de la protection des droits fondamentaux pour constater que la manière de recourir à l'emprisonnement dans les cas de crimes considérés comme graves, à l'intérieur du système d'idées de la RPM, est généralement *adaptée* aux droits fondamentaux et ne leur est donc pas *ajustée*.

Faisant suite à ce constat, dans le présent chapitre, notre démarche est double. Nous voulons, à partir des données présentes dans les communications judiciaires, proposer une contre-visualité (Kaminski, 2023) concernant la manière de déterminer et de justifier les peines qui incarnent un ajustement à l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Les opérateurs du droit fournissent de nombreuses idées et manières d'observer actualisables pour la reconstruction d'une manière d'envisager une réponse pénale ajustée à la protection positive et universelle des droits fondamentaux dans une rationalité alternative.

Afin de saisir la nécessité ou les gains d'une innovation en termes de protection des droits fondamentaux, il est nécessaire de prendre distance avec le système d'idées dominant, en remettant certains principes en question, en mobilisant d'autres distinctions pour l'observation ou en valorisant les options dévalorisées dans la manière d'observer.

La visualité dominante peut cacher une contre-visualité pouvant amener à voir des choses importantes du point de vue de l'innovation et de l'amélioration de la qualité du droit. La contre-visualité est alors une manière de sortir de la visualité légitimée pour atteindre un autre palier de décision qualitative (innovation).

Tout d'abord, avant de plonger dans le processus à proprement parler, nous présentons un exemple concret de réforme du droit qui tend vers l'innovation dans la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement (section I). L'articulation entre la visualité dominante et la contre-visualité est en effet complexe et demande un effort de déconstruction et de reconstruction.

Ensuite, nous exposons les idées et les manières d'observer repérées dans les communications judiciaires de manière explicite ou latente et qui nous sont apparues prometteuses en termes d'innovation (section II). Ces possibilités actualisables restent cependant virtuelles (Dubé, 2022) tant qu'elles ne sont pas rendues visibles pour le système avant d'être éventuellement intégrées officiellement dans les communications du système. Nous cherchons donc à créer les conditions de réalisation de l'actualisation de ces idées et manières d'observer dans le système de droit criminel.

Notons que notre regard est ici plus orienté vers la conscience des opérateurs, car elle est la source des idées innovatrices. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'innovation des systèmes sociaux provient d'abord des systèmes psychiques qui contribuent à l'évolution des systèmes sociaux (Dubé, 2017).

Les systèmes psychiques (les individus) produisent du "bruit" dans l'environnement du système de droit criminel en décrivant les possibilités non actualisées (idées, manières d'observer, etc.). Ils créent ainsi de la variété hors du système (Luhmann, 2021). Si le système social entre dans un processus de réflexion, il peut se tourner vers son environnement pour y sélectionner des idées, parmi lesquelles se trouvent les idées innovatrices émises par les individus (Luhmann, 2021). À la suite de ce processus, le système social convertit les possibilités intéressantes qu'il sélectionne pour s'en servir de manière institutionnalisée⁷⁴. L'innovation du système passe donc, comme condition de possibilité, par la conscience des individus (systèmes psychiques).

Cette section II prolonge l'analyse présentée au chapitre précédent en la concentrant sur les données empiriques mettant en évidence les ressources utiles à l'innovation de la rationalité pénale. Certaines *slices of data* ainsi que la littérature ont permis d'asseoir ou d'alimenter l'analyse des données empiriques en servant de support à nos propres observations en nous aidant à identifier un problème, une solution, à soutenir certaines perspectives innovatrices, etc.

Enfin, nous proposons une structure des ressources pour l'innovation puisées dans les données empiriques visant à permettre l'actualisation des manières d'observer mises en valeur dans l'empirie afin de créer une évolution de palier en droit criminel dans le champ de la détermination des peines et du recours à l'emprisonnement (section III). L'objectif est alors de traiter les observations extraites des communications judiciaires en ajoutant un niveau d'inférence.

⁷⁴ Les propositions de solution qui étaient non juridiques vont pénétrer, par le processus de conversion, dans un univers qui va leur donner une forme juridique, créant ainsi une variété interne au système social. Elles obtiennent ainsi une institutionnalisation marginale dans le système juridique (Dubé, 2017). Nous pouvons parler de stabilisation de la variété sélectionnée lorsque, après le passage d'un certain temps, celle-ci s'est généralisée dans les opérations du système (Labonté, 2019) et qu'elle est intégrée dans les structures du système (Luhmann, 2021).

Nous nous concentrons sur l'*ajustement* du recours à l'emprisonnement à l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Nous formulons ainsi une proposition de dispositif, fondée dans les données empiriques et informée par la littérature et le cadre théorique.

Section I. Une illustration de la tension entre les idées innovatrices et le système d'idées de la RPM

L'exemple que nous présentons ici nous sert à montrer la tension existante entre les idées innovatrices qui existent déjà dans le système de droit criminel et les obstacles cognitifs à l'innovation concernant les pratiques punitives. Certaines de ces possibilités existent dans le système, mais elles sont occultées par la RPM. Cet exemple nous permet d'insister sur la nécessité de déconstruire le système d'idées de la RPM, comme nous l'avons fait au chapitre précédent, afin de visibiliser maintenant l'innovation cognitive déjà présente dans le champ de la détermination des peines.

L'exemple concerne la manière dont le Code criminel canadien et le nouveau Code pénal belge (qui entrera en vigueur le 8 avril 2026)⁷⁵ sont rédigés en ce qui concerne les objectifs de la peine. Certaines idées ne proviennent pas du système d'idées de la RPM, mais leur potentiel innovateur est occulté et diminué par des idées qui en proviennent.

Dans les énoncés suivants, les idées issues du système d'idées de la RPM sont écrites en caractères gras. Celles qui se trouvent en dehors de la RPM sont soulignées d'un trait droit. Les idées qui peuvent donner lieu à différentes interprétations (dedans ou hors de la RPM) sont soulignées d'un trait ondulé.

⁷⁵ Le Code pénal belge fait l'objet d'une réforme importante. Une Commission de réforme du droit pénal a été mise sur pied pour réaliser ce travail. Celle-ci a proposé un texte d'avant-projet de Code pénal (Conseil supérieur de la Justice, *Avis sur l'avant-projet de Code pénal – Livre premier*, 2022) qui a fait l'objet de débats et d'amendements avant d'être finalement adopté par la Chambre des représentants (organe élu) (*Projet de loi introduisant le Livre Ier et le Livre II du Code pénal*, Chambre des représentants, 22 février 2024) comme texte du nouveau Code pénal belge (texte publié au Moniteur belge le 8 avril 2024). Il est important de souligner qu'avant la réforme du Code pénal, les objectifs de la peine n'étaient pas écrits dans le Code. À la suite de la réforme ils seront écrits.

Code criminel canadien :

"Objectif

Art. 718 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 visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- *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 ;* (nous voyons ici la dissuasion spécifique et générale)
- *c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société ;* (que signifie "au besoin" ici ?)
- *d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants ;* (cette formulation est atypique et semble s'éloigner de l'idée d'exclure pour inclure)
- *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.*

Principe fondamental

*Art. 718.1 La peine est **proportionnelle à la gravité de l'infraction** et au degré de responsabilité du délinquant".*

Nouveau Code pénal belge :

"Art. 27. Les objectifs de la peine

Lors du choix de la peine et de la détermination de son taux, le juge poursuit les objectifs suivants :

- 1° exprimer la désapprobation de la société à l'égard de la violation de la loi pénale ;*
- 2° promouvoir la restauration de l'équilibre social et la réparation du dommage causé par l'infraction ;*
- 3° favoriser la réhabilitation et la réinsertion sociale de l'auteur ;*
- 4° protéger la société.*

Dans les limites fixées par la loi, le juge doit rechercher une juste proportionnalité entre l'infraction et la peine.

Avant de prononcer une peine, le juge doit prendre en compte ces objectifs mais aussi les effets secondaires indésirables de la peine pour les personnes directement concernées, leur entourage et la société.

La peine d'emprisonnement constitue l'ultime recours et elle ne peut être prononcée que lorsque les objectifs de la peine ne peuvent pas être atteints par une des autres peines ou mesures prévues par la loi.

Si le juge estime qu'il y a lieu d'infliger une peine de niveau 2⁷⁶ pour sanctionner l'infraction et qu'il opte, dans ce niveau de peine, pour la peine d'emprisonnement, il indique les raisons pour lesquelles les objectifs de la peine ne sont pas atteints par une des autres peines de niveau 2".

Avec le nouveau Code pénal, la Belgique cherche à clarifier les objectifs de la peine. Un des points centraux de la réforme est l'ajout, pour la première fois, d'objectifs explicites de la peine dans le Code. Jusque-là, les justifications de la peine existaient de manière latente (philosophie du droit, doctrine, jurisprudence).

⁷⁶ L'article 36 du nouveau Code pénal belge prévoit que :
"La peine de niveau 2 est constituée d'une des peines suivantes :
1° l'emprisonnement de six mois à trois ans au plus ;
2° le traitement sous privation de liberté de six mois à deux ans au plus ;
3° la peine de surveillance électronique d'une durée d'un mois à un an au plus ;
4° la peine de travail de plus de cent-vingt heures à trois cents heures au plus ;
5° la peine de probation de plus de douze mois à deux ans au plus ;
6° la condamnation par déclaration de culpabilité."

Nous commençons par attirer l'attention sur un des objectifs qui se trouve au centre de notre problématique de recherche. Il se retrouve dans les deux codes (belge et canadien) et il présente un certain intérêt en termes d'interprétation et de tension entre les idées innovatrices et les idées de la RPM : l'objectif de protection de la société.

Le Code criminel canadien érige la protection de la société au rang d'objectif essentiel de la peine (art. 718, §1) et indique ensuite que celle-ci vise à isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société (art. 718 c). L'idée d'exclusion sociale est clairement exprimée avec le terme "isoler". Les mots "au besoin" ne sont pas clarifiés, laissant ainsi l'interprétation sur la *nécessité* de mobiliser l'emprisonnement aux mains du juge. Le Code pénal belge, quant à lui, invoque l'objectif de protection de la société (art. 27, 4°) sans autres précisions.

Face à cet objectif, l'opérateur du droit intéressé par l'innovation en droit pénal et par l'ajustement aux droits fondamentaux peut se demander si, dans la situation concrète à laquelle il fait face, il est *nécessaire* de mobiliser l'emprisonnement pour protéger la sécurité.

Si l'opérateur du droit répond à cette question en considérant que l'emprisonnement est effectivement *nécessaire* afin de neutraliser, dissuader, dénoncer l'acte commis, réhabiliter l'individu avant de pouvoir le réinsérer, infliger une peine proportionnelle à la gravité de l'acte... et ainsi protéger la société, la réponse se trouve à l'intérieur du système d'idées de la RPM.

En revanche, si la réponse de l'opérateur ne mobilise pas la neutralisation, la dénonciation, la dissuasion générale, la réhabilitation carcérale et l'infliction d'une souffrance proportionnelle comme moyens nécessaires pour protéger la société mais qu'il considère que, dans le cas d'espèce, il existe dans la situation un *problème de sécurité réel, imminent et concret* qui *nécessite* de recourir à l'emprisonnement pour un temps, la réponse mobilise une autre rationalité que la RPM. Le *besoin* auquel l'opérateur répond est un besoin *concret* de sécurité et non un besoin *abstrait* de rétribution ou de dissuasion.

Ce bref exemple montre qu'il est possible de comprendre et de mobiliser les idées déjà présentes dans le système de droit criminel de différentes manières. L'idée de protection de la société peut se situer à l'intérieur du système d'idées de la RPM et valoriser l'exclusion sociale et l'infliction de la souffrance en prônant le plus souvent de longues peines privatives de liberté. Les finalités de neutralisation ainsi que de dissuasion et de rétribution seront alors majoritairement à l'œuvre (Dubé, 2013 ; Piñero, 2013). Toutefois, l'idée de protection de la société peut aussi valoriser d'autres moyens pour atteindre l'objectif recherché. L'emprisonnement se présente seulement comme un des moyens disponibles utilisé uniquement en cas de *nécessité sécuritaire réelle et concrète* (cfr. *infra*).

Dans cet exemple, il reste encore un problème à surmonter pour être en mesure de sortir de la RPM dans les deux programmes législatifs présentés. Il se situe dans l'utilisation des termes suivants : "*la peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant*" (art. 718.1 Code criminel canadien) et "*dans les limites fixées par la loi, le juge doit rechercher une juste proportionnalité entre l'infraction et la peine*" (art. 27, §2 Code pénal belge).

Ces quelques mots attribuent, d'une part, au pouvoir législatif la fonction de fixer les limites des peines, ce qui peut diminuer, dans certains cas, la possibilité d'individualisation de la peine par le juge, surtout au niveau du choix du *type* de peine (cfr. *infra*). D'autre part, l'idée de proportionnalité entre l'infraction et la peine peut renvoyer à la théorie de la rétribution.

L'article 27, §2 du nouveau Code pénal belge, précisant "*dans les limites fixées par la loi*" se lit en combinaison avec l'article 36 de ce même Code qui indique l'échelle des peines prévues par le législateur ordinaire. Rédigé comme suit, il érige la peine d'emprisonnement au rang de peine de référence, même après la réforme :

"Art. 36. Les peines principales

La peine de niveau 8 est constituée de l'emprisonnement à perpétuité ou d'un traitement sous privation de liberté de plus de dix-huit ans à vingt ans au plus. En cas d'admission de

circonstances atténuantes, cette peine est remplacée par une des peines de niveau 7, 6, 5, 4 ou 3.

La peine de niveau 7 est constituée d'un emprisonnement de plus de vingt ans à trente ans au plus ou d'un traitement sous privation de liberté de plus de seize ans à dix-huit ans au plus. En cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine est remplacée par une des peines de niveau 6, 5, 4 ou 3.

La peine de niveau 6 est constituée d'un emprisonnement de plus de quinze ans à vingt ans au plus ou d'un traitement sous privation de liberté de plus de onze ans à seize ans au plus. En cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine est remplacée par une des peines de niveau 5, 4, 3 ou 2.

La peine de niveau 5 est constituée d'un emprisonnement de plus de dix ans à quinze ans au plus ou d'un traitement sous privation de liberté de plus de six ans à onze ans au plus. En cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine est remplacée par une des peines de niveau 4, 3 ou 2.

La peine de niveau 4 est constituée d'un emprisonnement de plus de cinq ans à dix ans au plus ou d'un traitement sous privation de liberté de plus de quatre ans à six ans au plus. En cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine est remplacée par une des peines de niveau 3 ou 2.

La peine de niveau 3 est constituée d'un emprisonnement de plus de trois ans à cinq ans au plus ou d'un traitement sous privation de liberté de plus de deux ans à quatre ans au plus. En cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine est remplacée par une des peines de niveau 2 ou 1.

La peine de niveau 2 est constituée d'une des peines suivantes :

1° l'emprisonnement de six mois à trois ans au plus ;

2° le traitement sous privation de liberté de six mois à deux ans au plus ;

3° la peine de surveillance électronique d'une durée d'un mois à un an au plus ;

4° la peine de travail de plus de cent-vingt heures à trois cents heures au plus ;

5° la peine de probation de plus de douze mois à deux ans au plus ;

6° la condamnation par déclaration de culpabilité.

En cas d'admission de circonstances atténuantes, la peine de niveau 2 est remplacée par une des peines de niveau 1.

La peine de niveau 1 est constituée d'une des peines suivantes :

1° l'amende de 200 euros à 20.000 euros au plus ;

2° la peine de travail d'une durée de vingt heures à cent-vingt heures au plus ;

3° la peine de probation d'une durée de six mois à douze mois au plus ;

4° la peine de confiscation, en ce compris la peine de confiscation élargie ;

5° la peine pécuniaire fixée en fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction ;

6° la condamnation par déclaration de culpabilité.

Lorsque la loi prévoit une peine accessoire pour une infraction punie d'une peine principale de niveau 1, le juge peut prononcer, en cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine accessoire en lieu et place de la peine principale".

L'emprisonnement est la peine de référence à sept niveaux sur huit. Les mots de l'article 27, §2 "*dans les limites fixées par la loi*" semblent donc signifier, dans les cas de crimes considérés comme les plus graves, au moins de manière symbolique : "avec un parti pris pour la peine d'emprisonnement".

Notons que cette affirmation doit être tempérée par le fait que le texte prévoit une seconde peine de référence qui est le traitement sous privation de liberté. L'article 42 du nouveau Code pénal définit cette peine comme "*un traitement adapté, si [l'individu] souffre d'un trouble psychiatrique qui n'est pas d'une gravité telle qu'il abolit sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, mais en raison de laquelle il représente un grave danger pour l'intégrité ou la vie d'autrui*". En outre, le Code précise que "*cette peine ne peut pas être infligée lorsque d'autres peines ou mesures moins coercitives peuvent être ordonnées pour apporter les soins adéquats et protéger la société*". L'introduction de cette peine de référence est certainement une nouveauté dans le programme législatif belge.

Quatre réserves sont toutefois à formuler quant au potentiel innovateur de cette nouvelle peine. La première est que, par manque d'infrastructure, elle ne rentrera pas en vigueur avant 2035 et beaucoup d'eau peut couler sous les ponts d'ici là, en ce compris son abrogation. Tant qu'elle n'est pas en vigueur, elle n'est pas stabilisée dans le système de droit criminel comme prémisse décisionnelle. La deuxième

est qu'il existe une incertitude quant à son champ d'application. Il est impossible, à ce stade, de connaître précisément les personnes qui feront l'objet de cette peine car il faudra donner un contenu concret à la notion de trouble psychiatrique mentionnée par le texte. Correspond-elle à la définition médicale ou constituera-t-elle un concept autonome ? Si le premier sens est retenu, le champ d'application sera probablement très limité, renvoyant tous les individus ne rentrant pas dans cette définition vers l'emprisonnement compris dans son sens actuel. La troisième réserve concerne le risque de privilégier une approche clinique au détriment d'une approche juridique dans la manière de déterminer et de justifier les peines privatives de liberté. Enfin, la quatrième réserve est que nous ne connaissons pas, aujourd'hui, les justifications qui présideront, dans le système de droit criminel, à cet enfermement et à sa mise en œuvre ainsi qu'aux modalités de libération conditionnelle (période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle à purger, renvoi possible vers l'emprisonnement si l'individu est considéré incorrigible, renvoi vers l'emprisonnement si l'individu refuse de se soumettre au traitement, etc.)⁷⁷.

Suivant les justifications rationnelles et les orientations concrètes qui seront données à la mise en œuvre de cette peine par les opérateurs du droit, combinée avec les quatre finalités reprises à l'article 27 (1° à 4°), cette nouvelle peine pourrait donc constituer ou non une voie vers un enfermement neutralisant (dans la RPM) ou être un mode d'enfermement reposant sur une rationalité non afflictive, si l'aspect de traitement est premier.

⁷⁷ L'article 42, §3 précise notamment que *le tribunal de l'application des peines estime que l'état du condamné s'est suffisamment stabilisé pour qu'il n'y ait raisonnablement plus à craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions graves et qu'il est satisfait aux conditions auxquelles la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine subordonne l'octroi d'une libération conditionnelle ou d'une surveillance électronique pour une peine d'emprisonnement de même durée, il décide de mettre fin anticipativement au traitement sous privation de liberté en octroyant au condamné l'une de ces modalités. Lorsqu'il n'est pas satisfait aux conditions auxquelles la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine subordonne l'octroi d'une libération conditionnelle ou d'une surveillance électronique pour une peine d'emprisonnement de même durée, le tribunal de l'application des peines décide si l'intéressé est transféré dans l'établissement visé par l'article 41, §4, ou, lorsque les effets positifs du traitement seraient annihilés par cette incarcération, qu'il reste en détention dans un établissement comme indiqué au paragraphe 4. L'article 42, §4 dispose, quant à lui, que le traitement sous privation de liberté a lieu dans un établissement désigné par le tribunal de l'application des peines et son exécution est régie par les dispositions de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine. Toutefois, il ne peut pas ordonner que l'exécution d'un traitement privatif de liberté ait lieu dans une prison. Pour la bonne compréhension du texte, l'établissement visé à l'article 41, §4 est une prison tandis que l'établissement visé à l'article 42, §4 est un établissement spécialement dédié à la peine de traitement sous privation de liberté dont les caractéristiques seront à définir par le Gouvernement le temps venu.*

Nous avons dès lors souligné l'idée de proportionnalité d'un trait ondulé dans l'article 27, §2 car celle-ci pourrait renvoyer à la proportionnalité entre l'infraction commise et le traitement à apporter à l'individu qui est passé à l'acte. Il est toutefois difficile, à ce stade, de savoir si cette orientation sera retenue en lieu et place de l'interprétation traditionnelle de la notion de proportionnalité.

Pour revenir sur la peine d'emprisonnement, qui sera la seule effective en 2026, nous pouvons constater que la nécessité de trouver des circonstances atténuantes ou de faire usage de mécanismes juridiques pour échapper à la prison laisse paraître une certaine partialité à l'égard de ce type de peine : le point de départ est la peine de prison et, si l'opérateur du droit trouve des circonstances atténuantes, il se tournera peut-être vers une alternative.

Il semble, à cet égard, exister une certaine contradiction rationnelle entre l'article 36 et le §4 de l'article 27 qui dispose que *"la peine d'emprisonnement constitue l'ultime recours et elle ne peut être prononcée que lorsque les objectifs de la peine ne peuvent pas être atteints par une des autres peines ou mesures prévues par la loi"*. L'article 36 et toute la portée symbolique de l'idéal de la RPM qu'il véhicule semble, par sa seule existence, obstruer le potentiel innovateur de l'article 27 qui, pourtant, est très prometteur.

En réalité, il semblerait que la logique qui repose sur la primauté de la prison soit seulement inversée à partir des peines de niveau 2, c'est-à-dire des peines qui sanctionnent des infractions considérées comme moins graves. À l'égard de celles-ci, le dernier paragraphe de l'article 27 prévoit que, lorsque le juge décide qu'une infraction justifie une peine de niveau 2, le juge doit préférer une peine qui ne soit pas l'emprisonnement et que, s'il décide de recourir à celui-ci, il doit motiver sa décision en expliquant pourquoi les objectifs de la peine ne pourraient pas être atteints par une autre mesure du même niveau.

L'article 36 du nouveau Code pénal belge illustre ainsi l'emprise du système d'idées de la RPM et les obstacles cognitifs que nous avons mis en lumière dans le chapitre IV. Quel est le potentiel de réalisation effective des objectifs décrits à l'article 27, innovants pour la plupart, devant s'inscrire dans un principe de proportionnalité faisant écho à une échelle des peines qui valorise encore le symbolisme de la sévérité de la peine et qui témoigne d'une partialité en faveur de la peine d'emprisonnement ? Comme

nous l'avons mentionné, nous n'avons pas aujourd'hui tous les moyens de répondre à cette question. Cependant, au regard de notre problématique de recherche, il est important de la poser.

Revenons toutefois à l'article 27 du nouveau Code pénal belge pour observer les possibilités innovatrices actualisables. En faisant fi du §2, les quatre objectifs de la peine pourraient être lus et interprétés sans mobiliser le système d'idées de la RPM. En effet, la désapprobation sociale d'un comportement peut découler de sa simple condamnation, la restauration de l'équilibre social, la réparation du dommage, la réhabilitation et la réinsertion sociale du condamné peuvent aisément se penser autrement qu'à travers l'infliction de la souffrance et l'exclusion sociale et, en ce qui concerne la protection de la société, nous avons déjà suggéré une voie de sortie de la RPM.

Nous pouvons ainsi constater que les rédacteurs du nouveau Code pénal belge ont tenté une sortie de la RPM. Ils ont emprunté des voies prometteuses en promouvant une justice qui tient compte au cas par cas des circonstances concrètes de la situation (y compris les problèmes de sécurité), qui tient compte des effets secondaires de la peine prononcée (sur la personne condamnée, son entourage, la victime et la société) et qui s'inscrit dans une perspective réparatrice et d'insertion sociale. Ils ont montré qu'il existe des possibilités actualisables de sortir de la RPM.

L'analyse que nous venons de faire pour le Code pénal belge est transposable aux objectifs de la peine décrits dans le Code criminel canadien. La lecture combinée des articles 718 et 718.1 C.cr. engendre une interprétation de ces objectifs, dont certains se situent hors de la RPM ou pourrait l'être, au regard du principe de la proportionnalité afflictive et selon une échelle des peines ayant la prison comme référence.

Notons qu'en ce qui concerne la codification des objectifs et principes de détermination de la peine en 1996 au Canada, il y a eu plusieurs propositions. Le projet de loi C-19 de 1984 proposait, par exemple, un énoncé de principes s'inscrivant dans les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada. Quant à la Commission canadienne sur la détermination de la peine, elle a proposé son propre énoncé de principes en 1987, inspiré en partie par l'énoncé du projet C-19 de 1984⁷⁸.

⁷⁸ Dans son rapport final, la Commission Canadienne de détermination de la peine présente ces deux énoncés (annexes D et annexe K).

Il est important de souligner qu'il y a au moins trois différences qualitatives significatives entre, d'une part, les deux propositions d'énoncé⁷⁹ et, d'autre part, la proposition qui a été retenue lors de la modification du Code en 1996. Premièrement, les deux premiers énoncés (1984 et 1987) distinguaient de manière innovante le but général du droit pénal (ainsi que le but essentiel de la peine) des *raisons pour choisir la peine de prison*. Ces deux commissions de réforme détachaient ainsi le principe de proportionnalité de sa relation quasi automatique avec la peine de prison en fonction de la gravité relative des crimes et du degré de responsabilité de son auteur. Deuxièmement, ces deux commissions limitaient strictement l'usage de la finalité de dénonciation pour aggraver la durée de l'emprisonnement. Troisièmement, ces deux commissions intégraient le principe de modération ou d'auto-contention répressive de façon nettement plus compréhensible que ce qui figure dans le Code depuis 1996. La Commission Canadienne de 1987 écrivait même que l'affirmation de la responsabilité sociale du contrevenant compte plus que sa punition. Malgré l'écartement de ces propositions lors de la modification législative, le pouvoir judiciaire (juges, procureurs, avocats) pourrait faire un usage beaucoup plus innovateur de la déclaration des objectifs et principes de détermination de la peine de 1996 que ce qui se fait actuellement.

Ne perdons en effet pas de vue que la question empirique qui reste nécessairement ouverte est la suivante : comment les opérateurs du droit comprennent et utilisent ces principes et objectifs de détermination de la peine ? Par exemple, le principe de proportionnalité, par lui-même, s'applique aussi bien aux sanctions non-carcérales qu'aux sanctions carcérales et il n'exige absolument pas des peines incompressibles d'emprisonnement, comme l'a démontré la Commission Canadienne de détermination de la peine (1987). De même, l'effet de dissuasion peut être compris comme découlant du "*simple fait qu'on sait qu'un éventail de sanctions est imposé avec une certaine régularité*" (1987, p.151) et non comme une finalité de la peine invitant et motivant l'opérateur à attribuer des peines sévères de prison. La finalité de dénonciation, quant à elle, peut être comprise sans présupposer qu'elle augmente avec des peines plus sévères de prison (1987, p.142).

⁷⁹ Nous renvoyons ici à la proposition de la Commission de réforme du droit du Canada (projet C-19 de 1984) et à celle de la Commission Canadienne de détermination de la peine (rapport de 1987).

Ce que nous voulons rendre visible ici est que la manière de comprendre et d'utiliser les finalités de la peine conditionne l'actualisation ou non du système d'idées de la RPM, et cela à différents degrés. Soulignons encore que la déclaration de principes du Code criminel canadien de 1996 est déjà "hybride". Elle offre en effet aux opérateurs du droit, s'ils le souhaitent, la possibilité de sortir du système d'idées de la RPM ou de réduire considérablement les implications décisionnelles de ce système d'idées. Cette sortie dépend de la manière dont les opérateurs du droit agissent et décident. Les finalités énumérées ne sont en effet pas hiérarchisées en fonction de la gravité des crimes. La déclaration ne dit pas que la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité est une mesure de nature civile et qu'elle ne peut pas être utilisée de façon autonome pour tous les crimes. Le fait de considérer cette finalité comme étant de "nature civile" est en fait un symptôme de la présence du système d'idées de la RPM.

L'examen des dispositions légales belges et canadiennes permet ainsi de rendre visible le poids que le système d'idées de la RPM exerce sur les systèmes de droit criminel en Occident, même lorsque la volonté est de réformer et d'innover. Ce constat souligne l'importance d'inscrire l'innovation dans un processus de déconstruction des idées qui sont tenues pour évidentes.

Si certaines idées constituent encore un blocage à la stabilisation d'autres idées, plus ajustées aux droits fondamentaux, ces dernières sont loin d'être des utopies. Elles existent déjà. Leur effectivité est seulement bloquée par des idées qui les dévalorisent ou en diminuent la visibilité. Il s'agit de mettre cela en évidence afin de sortir de la "bouteille à mouches" de la RPM. Au-delà des quelques articles de lois présentés dans cette section à titre d'illustration, nous nous livrons à cet exercice dans ce travail afin de contribuer à une évolution de palier du système de droit criminel.

Nous venons ainsi d'illustrer l'articulation entre le chapitre IV et le chapitre V de cette recherche : pour innover cognitivement dans le champ de la détermination et de la justification des peines, il est nécessaire de désapprendre des idées qui semblent évidentes. Pour ce faire et remplacer ces idées par d'autres, il faut d'abord les considérer comme des obstacles cognitifs à toute forme d'innovation. Cette observation ne peut se réaliser qu'en remettant en question le statut d'évidences de ces idées. Il

devient alors possible d'actualiser les points de bifurcation, les prises de conscience des opérateurs du droit et les nouvelles distinctions pour l'observation.

Section II. Les ressources pour l'innovation présentes dans les communications judiciaires

Rendre visible une contre-visualité potentiellement innovatrice, en mobilisant la logique d'universalité de la protection des droits fondamentaux, permet de stimuler une prise de distance avec la visualité dominante. Elle provient, d'une part, de ressources qui ont émergé de notre propre observation de second ordre sur la manière d'observer des opérateurs du droit et, d'autre part, d'idées perçues et explicitées à la suite de l'observation de second ordre des opérateurs eux-mêmes sur leur propre manière d'observer. Ces ressources pour l'innovation sont donc apparues de manière implicite ou explicite dans les communications judiciaires.

Bien que l'objectif de l'analyse soit différent, la démarche d'analyse est similaire à celle qui a été suivie dans le chapitre précédent. Nous montrons toujours ce que nous avons pu observer dans les communications judiciaires ainsi que la manière dont nous avons observé, en mobilisant les mêmes méthodes. Cependant, au lieu de concentrer l'observation sur ce qui fait obstacle à l'innovation, nous concentrons le regard sur les ouvertures pour l'innovation dans les communications judiciaires.

Par conséquent, nous adoptons la structure de présentation en quatre thèmes utilisée dans le chapitre précédent. Les ressources pour l'innovation observées dans les communications judiciaires sont relatives à la notion de peine et à ses finalités (A), à la manière de recourir à l'emprisonnement (B), à l'observation des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction (C) et à l'autonomie des opérateurs du droit (D).

A. Une autre conception de la notion de peine

Le chapitre précédent a révélé que la manière d'observer la peine et ses finalités dans les communications judiciaires repose de façon dominante sur la dévalorisation de la réhabilitation au profit

des finalités du noyau dur de la RPM. Cette approche entraîne plusieurs conséquences. Elle assimile la peine à la logique de la proportionnalité afflictive. Elle crée l'association "peine afflictive – emprisonnement" dans les cas de crimes considérés comme graves. Elle rend difficile l'observation du paradoxe entourant la sévérité des peines. Elle fixe de manière statique la temporalité des peines. Enfin, elle privilégie les peines symboliques et l'apparence de l'affliction.

Ces manières d'observer représentent des obstacles majeurs pour l'innovation dans le champ des normes de sanction car elles empêchent de penser et de réaliser l'auto-contention de la sévérité des peines et l'ajustement aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. Si le fait de mettre en lumière ces obstacles cognitifs constitue, en soi, une contribution vers l'innovation, nous avons également repéré, dans les communications judiciaires, deux ouvertures principales pour l'innovation dans la manière de concevoir la notion de peine relevant d'une rationalité pénale non afflictive : la première est la valorisation de l'aspect correctif de la peine (1) et la seconde est la proposition d'une autre perspective sur le symbolisme de la norme pénale (2).

1. La valorisation de l'aspect correctif de la peine

Repartons d'un extrait d'entrevue qui nous a permis d'observer les finalités de la peine. Celui-ci met en lumière un élément important en distinguant deux catégories de finalités comprises dans la notion de "peine", à savoir la punitive et la correctrice :

"Le Parlement identifie six objectifs des peines. Trois objectifs sont d'ordre punitif et trois objectifs sont d'ordre correctif. Les trois objectifs d'ordre punitif sont la répression, la dénonciation et l'isolement. Les trois objectifs d'ordre correctif sont la réparation, la réhabilitation et la réinsertion." (Juge 17 Can) (Nous soulignons)

D'une part, cette typologie des objectifs déconstruit partiellement l'association fondamentale entre "peine" et "affliction" en indiquant que les objectifs correctifs sont également inhérents à la notion de peine. D'autre part, elle montre que la réparation, la réhabilitation et l'insertion sociale ne s'opposent pas à la peine, elles en font au contraire partie. Cette perspective déconstruit ainsi les oppositions

suivantes : "peine (afflictive) – réparation" ; "peine (afflictive) – réhabilitation" ; "peine (afflictive) – réinsertion sociale".

Un autre de nos interlocuteurs va encore plus loin dans la déconstruction de ces oppositions en suggérant la notion de "peine réparatrice" :

"Si j'avais la possibilité de lui donner un autre mode de peine, il faudrait qu'il redonne quelque chose à la société. Il faudrait que ce soit une peine où il fait quelque chose pour réparer ce qu'il a commis envers la société. Une peine réparatrice." (Juge 18 Can)

Cette conception de la peine invite à interroger les valeurs auxquelles le premier juge faisait référence quand il renvoyait aux idées du siècle des Lumières :

"Notre système repose sur le siècle des Lumières et les idées de ce temps. C'est une provenance du XVIII^e – XIX^e siècle. Les fondements philosophiques de ce système sont la protection des valeurs fondamentales." (Juge 17 Can)

Déconstruire la conception de la peine nécessite, en effet, de poser la question des valeurs autrement : ce juge fait-il référence aux valeurs abstraites défendues par les philosophes de la peine tels que Kant (rétribution, proportionnalité), Beccaria et Bentham (la réprobation sociale, la dissuasion...) ou aux valeurs juridiques concrètes, universelles et fondamentales (maximisation du droit à la liberté, à la sécurité, à la vie et à la dignité humaine) ?

La notion de peine non afflictive proposée par un de nos interlocuteurs permet d'envisager une certaine coercition, qui peut être considérée nécessaire en fonction de la situation et ses circonstances, et non selon des finalités afflictives et abstraites. Cette conception permet de penser des réponses plus adéquates et individualisées car elles ne sont pas orientées par d'autres critères que les circonstances concrètes de la situation.

2. Une autre perspective sur le symbolisme de la norme pénale

Un de nos interlocuteurs ouvre la porte à une autre perspective sur le symbolisme de la norme pénale : *"on croit que la norme, dès lors qu'elle est sanctionnée pénalement, elle devient sérieuse. On la prend au sérieux"* (Juge 12). Cette phrase indique la nécessité d'une sanction, mais elle ne lie pas celle-ci à un type de peine en particulier. Cette ouverture permet d'observer que la valeur symbolique de la norme peut être atteinte par la désignation d'un comportement comme "criminel", et par la possibilité d'assortir celui-ci, s'il est commis, d'une sanction adéquate et appropriée, excluant, s'il y a lieu, l'emprisonnement, même pour des cas graves.

Cette perspective ouvre la porte à une rédaction de la norme pénale visant à renforcer les attentes normatives entretenues à l'égard de certains comportements jugés souhaitables, qui correspond à la valeur symbolique de la norme (Dubé, Pires, 2009). Il devient possible d'envisager un système où les comportements prohibés sont clairement énoncés et décrits, sans qu'aucune peine ne leur soit rattachée par défaut. Il peut exister un panel diversifié de peines, mais sans indexation *a priori* d'une peine à chaque comportement, comme le suggère notamment Hulsman (1986). La peine choisie peut alors varier en fonction des circonstances concrètes et des besoins réels révélés par la situation problématique.

B. Le recours à l'emprisonnement dans une rationalité pénale non afflictive

L'observation de la manière de recourir à l'emprisonnement dans une rationalité pénale alternative constitue un point central de notre analyse. Dans le chapitre précédent, nous avons montré la confusion entre les finalités du noyau dur de la RPM et les raisons de recourir à l'emprisonnement dans un contexte de dévalorisation de l'insertion sociale ou de la réhabilitation des personnes condamnées ainsi que la puissance de la rationalité neutralisante.

Les possibilités relevées dans les communications judiciaires pour observer autrement le recours à l'emprisonnement supposent, entre autres, une réflexion sur les raisons de recourir à l'emprisonnement ainsi que sur les raisons de maintenir un individu en prison ou de l'en sortir.

Cette perspective innovatrice provient de l'analyse des communications judiciaires et trouve un appui notamment dans la suggestion formulée par la Commission de Réforme du Droit du Canada, dans son Document de travail n°11, *Emprisonnement et Libération* (1975) consistant à observer la détermination des peines en utilisant le principe de la maximisation de la liberté et de la sécurité pour tous. Ce texte appartient à la littérature et nous l'utilisons ici comme outil d'analyse pour nous aider, d'une part, à repérer des idées innovatrices dans les communications judiciaires et, d'autre part, à soutenir l'élaboration de telles idées à partir de l'analyse des communications.

Nous présentons tout d'abord des points de bifurcation que nous avons repérés concernant les manières possibles d'observer le recours à l'emprisonnement (1). Nous mettons ensuite en lumière des prises de conscience des opérateurs du droit à l'égard de contraintes relatives à la manière afflictive de recourir à l'emprisonnement (2). Enfin, nous proposons l'introduction de deux nouvelles distinctions pour l'observation du recours à l'emprisonnement (3).

1. Des points de bifurcation dans l'observation du recours à l'emprisonnement

Un extrait de communication judiciaire attire l'attention sur le fait que le système de droit criminel, face à l'attitude de certains individus à l'égard de la sécurité d'autrui, ne peut pas se passer complètement du recours à l'emprisonnement afin de rester crédible :

"On a tout essayé. (Silence) On a tout essayé. (...) Et puis, à un moment donné, trop c'est trop. Le juge pense, à tort ou à raison, mais pense qu'il n'y a plus d'autres alternatives que la prison. (...) Vous vous rendez bien compte qu'il y a des cas où il est impossible de se passer de la prison." (Juge 12)

Dans cette communication, le phénomène de la sécurité envers autrui est tellement important que le recours à l'emprisonnement se présente comme une nécessité qui n'est pas illusoire (Pires, 2023). Dans ce type de situation, il convient alors de s'interroger sur *la manière* dont ce moyen est mobilisé, c'est-à-dire *comment il est justifié*.

Le système judiciaire doit en effet traiter les situations-problèmes qui engendrent des questions de sécurité et y apporter une réponse ajustée à la protection des droits fondamentaux. En ce sens, dans certaines circonstances, le recours à l'emprisonnement peut être observé comme une nécessité quand il n'y a pas d'autre moyen pour répondre à une situation impliquant un problème de sécurité réel et concret envers la vie ou l'intégrité physique (LRCC, 1975).

À cet égard, la phrase *"vous vous rendez bien compte qu'il y a des cas où il est impossible de se passer de la prison"* constitue un point de bifurcation pour l'interprétation du discours sur la sécurité. Nous avons appelé ce type de propos "formules tête de Janus" car il peut donner lieu à deux interprétations différentes, l'une se trouvant à l'intérieur du système d'idées de la RPM et l'autre se trouvant en dehors, dans une rationalité pénale non afflictive.

Cette "formule tête de Janus" peut, d'un côté, renvoyer au système d'idées de la RPM en visant la gestion des cas "déchets" de la théorie de la réhabilitation, c'est-à-dire les individus considérés comme étant incorrigibles. À leur égard, la réhabilitation ne fonctionnerait pas. Par conséquent, il faudrait s'en "débarrasser" par la mobilisation de l'emprisonnement neutralisant, ou la gestion des cas de gravité catégorielle (gravité objective) de l'acte pour lesquels les finalités de neutralisation et/ou de rétribution, dissuasion et dénonciation sont d'emblée envisagées à travers le recours à l'emprisonnement. Dans cette face de l'interprétation, le recours à l'emprisonnement vise à punir l'individu en lui infligeant de la souffrance et en l'excluant socialement. La conception de la peine est afflictive et le recours à l'emprisonnement est neutralisant en visant à enfermer, jeter la clé et oublier l'individu (pour une longue durée).

D'un autre côté, cette communication peut être observée comme ciblant particulièrement les cas où un problème de sécurité imminent, réel et concret à l'égard de l'intégrité ou de la vie d'autrui se présente. Dans ce cas, l'emprisonnement joue un rôle sécuritaire. Le raisonnement ne s'inscrit alors pas dans le système d'idées de la RPM, à condition que la peine dispose d'un plafond et que les raisons de la libération soient d'emblée envisagées.

Un autre extrait de communication soutient la face de l'interprétation innovatrice proposée pour la "formule tête de Janus" observée dans les propos précédents :

"Et donc on a quelqu'un qui a commis un fait répréhensible, il a été jugé, et la belle question me semble-t-il est "maintenant comment on en sort ?". Certes on peut penser à "sanction", mais je crois qu'il ne faut pas nécessairement aller, pour moi, à la peine de prison. J'imagine très bien un système où la peine de prison, contrairement à ce qu'elle est aujourd'hui, parce que la peine de prison vous la retrouvez à peu près partout, pourrait très bien devenir accessoire par rapport à tout ça. Je serais assez partisan de ce qu'on ne réserve la peine de prison qu'à certaines situations, et peut-être que la dangerosité pourrait être un élément, lorsqu'il n'y a pas d'autres alternatives. Mais c'est à ce stade-là que la question se pose à mon avis." (Juge 1)

Afin d'en approfondir la portée et d'en soutenir la portée innovatrice, ces extraits de communications judiciaires peuvent être mis en lien avec un passage du Document de travail n°11, *Emprisonnement et Libération*, de la Commission de Réforme du Droit du Canada de 1975. Dans ce document, la Commission suggère une manière de recourir à l'emprisonnement qui se détache de la rationalité pénale moderne. Ces travaux représentent une piste riche et fructueuse pour une reconstruction du recours à l'emprisonnement comme peine dans une rationalité pénale non afflictive.

La proposition innovatrice que la Commission formule dans ce texte consiste à introduire une nouvelle distinction pour l'observation. Elle suggère de distinguer *les finalités de la peine* en général des *raisons* pour sélectionner *le recours à l'emprisonnement* en particulier. La Commission retient uniquement trois raisons pour justifier le recours à l'emprisonnement comme réponse du système de droit criminel à une situation problématique :

"Imprisonment should be an exceptional sanction and should only be used for the following reasons : (a) to separate from the rest of the society for a period of time certain offenders who represent a serious threat to the life or personal security of others. And, or (b) to denounce the behaviour that is deemed highly reprehensible because of its violation of fundamental values;

or (c) to sanction offenders who wilfully fail in carrying out obligations imposed under other types of sentences." (LRCC, 1975, p.11)

Le point a), vise les individus qui risquent de commettre ou de recommettre une *"serious offence that endangered the life or personal security of others"* (LRCC, 1975, p.18). Afin de déterminer si le recours à l'emprisonnement est une nécessité sécuritaire à leur égard, la Commission a établi des critères d'évaluation.

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

Le point b) portant sur la dénonciation appartient au système d'idées de la rationalité pénale moderne. Nous écartons donc ce point de la suggestion. Le point a) sur l'emprisonnement pour des raisons de sécurité et le point c) sur les mesures de contrainte, proposent une vision innovante qui soutient la face innovatrice de l'interprétation donnée aux deux communications judiciaires que nous avons analysées ci-dessus.

Dans cette perspective, le recours à l'emprisonnement se fonde, d'une part, sur un objectif de protection de la sécurité. La prison est alors mobilisée dans certaines situations particulières, mais il existe des garanties permettant de libérer et de valoriser la réhabilitation et l'insertion sociale des personnes condamnées (*cfr. infra*). D'autre part, le recours à l'emprisonnement est une mesure de contrainte si un individu refuse de se soumettre à d'autres sanctions déjà prononcées à son égard. En ce sens, la prison est un moyen de dernier recours à mobiliser de façon minimale.

Une proposition semblable a été formulée en Belgique, en 1998, à l'issue d'une recherche menée par Geudens, Schelkens et Walgrave à la demande du ministre de la Justice. Cette étude concernait la

possibilité d'introduire en Belgique un droit sanctionnel restaurateur applicable aux délinquants mineurs. Les auteurs de ce travail important de réforme du droit formulent la proposition suivante qui, dans une perspective innovatrice, bénéficie également au droit pénal général : *"la détention ne peut être imposée qu'après motivation détaillée démontrant qu'elle est nécessaire en raison de la menace importante que [l'individu] constitue pour la sécurité publique"* (Geudens, Schelkens, Walgrave, 1998, p.15). Dans cette proposition, l'unique raison pour priver un individu de sa liberté est ici aussi observée comme étant la nécessité justifiée par un problème de sécurité à l'égard de l'intégrité physique ou de la vie d'autrui. Par ailleurs, cette nécessité doit être motivée de manière détaillée en fonction des circonstances du cas concret.

Les suggestions relatives aux raisons limitatives de recourir à l'emprisonnement dans les communications judiciaires analysées, ainsi que celles faites par la Commission de réforme du droit du Canada et par Geudens, Schelkens et Walgrave en Belgique indiquent des voies vers l'innovation dans la manière de recourir à l'emprisonnement. Ces efforts représentent des points de bifurcation importants dans la façon de concevoir le recours à l'emprisonnement comme peine en limitant celui-ci à des situations causant un problème de sécurité, c'est-à-dire des *"situations problématiques extrêmement [sérieuses], susceptibles de se nouer autour de certaines personnes en ce qui concerne la répétitivité d'issues fatales et de dommages [importants]"* contre la personne (Houchon, 1994, p.469).

2. Les prises de conscience à l'égard de contraintes relatives à la manière afflictive de recourir à l'emprisonnement

Nous avons montré dans le chapitre précédent que des obstacles cognitifs, provenant du système d'idées de la RPM et se traduisant en contraintes légales, engendrent une réponse du système de droit criminel qui s'oriente au premier plan vers le recours à l'emprisonnement dans les cas de crimes graves. Ces contraintes relèvent de la mise en œuvre, dans les systèmes psychiques, des obstacles cognitifs présentés précédemment. Elles empêchent généralement les opérateurs du droit d'observer la qualité de leur intervention. Cependant, nous avons repéré dans les communications judiciaires que certains d'entre eux arrivent à sortir quelque peu de l'emprise de ces contraintes.

Nous mettons en lumière ici des prises de conscience de la part des opérateurs du droit par rapport à deux contraintes : l'emphase mise sur la gravité de l'acte pour évaluer la nécessité du recours à l'emprisonnement (a) et l'importance accordée à l'aspect symbolique de la peine perpétuelle (b).

a. La prise de conscience relative à la nécessité du recours à l'emprisonnement

Nous avons repéré, dans les communications judiciaires, des occurrences d'une adhésion relative à la perspective de recours à l'emprisonnement comme *ultimum remedium* :

"Oui, la prison est le remède ultime. Ça je le crois. Mais ce remède ultime, ce n'est pas parce qu'il est ultime qu'il ne faut jamais l'employer. Que du contraire. Parce qu'on arrive à cette extrémité qui fait qu'à un moment donné des gens sont dangereux." (Juge 12)

Durant l'entretien, ce juge est allé chercher dans son expérience des cas représentant des exemples de situations où l'emprisonnement a été mobilisé comme moyen ultime. Cette démarche montre que son raisonnement peut se concrétiser. Elle ne signifie cependant pas que toutes les situations traitées par le système de droit criminel correspondent à ce schéma. Nous avons déjà développé longuement la problématique du recours à l'emprisonnement d'une manière qui n'est pas nécessairement "de dernier recours" sous l'influence du système d'idées de la RPM.

Nous ne cherchons pas ici à faire une évaluation factuelle ou une démonstration empirique de l'usage ou non de ce moyen en dernier recours. Nous cherchons plutôt à mettre en lumière une manière d'observer le recours à l'emprisonnement qui permet de maximiser les caractères ultime et minimaliste du recours à ce moyen, particulièrement dans les cas de crimes considérés comme graves, car ce sont les situations dans lesquelles il est le plus difficile de distinguer les motifs du choix de la prison. Il y a lieu d'observer les critères qui orientent ce choix.

Nous avons relevé, dans l'extrait ci-dessous, une certaine prise de distance par rapport au critère de la gravité, entendu dans une perspective conséquentialiste :

"Les faits peuvent être graves, mais avoir un faible degré de responsabilité, et dans ce cas-là, la prison n'est pas une peine adéquate. Si les faits sont très graves, mais que l'individu a un faible degré de responsabilité, il ne faudrait pas prononcer une peine de prison. C'est le cas, par exemple, si un individu présente des troubles mentaux. Pour développer le raisonnement, il faut se demander si les faits sont graves. Oui. Est-ce que le degré de responsabilité est élevé. Non, par exemple. Est-ce que donc le risque de récidive est élevé ? Non. Et bien alors il faudrait trouver une alternative à l'emprisonnement." (Juge 17 Can)

Le juge observe que le critère du dommage causé par l'acte est insuffisant pour déterminer la nécessité du recours à l'emprisonnement. Il met le critère du dommage causé en lien avec le critère de l'intentionnalité du passage à l'acte. Il présente aussi l'évaluation de la nécessité du recours à l'emprisonnement en rapport avec un risque de récidive :

"Il y a un lien entre le degré de responsabilité et le risque de récidive, c'est-à-dire que si le degré de responsabilité est faible, en général le risque de récidive va être faible aussi. Alors que si le degré de responsabilité est élevé, souvent le risque de récidive va être plus élevé. Évidemment, au plus le degré de responsabilité et le risque de récidive sont élevés, au plus l'individu va être considéré comme dangereux et donc au plus il va être nécessaire de protéger la société et donc au plus il va être nécessaire de penser l'isolement de cet individu. Il y a donc une corrélation évidente entre dangerosité et isolement." (Juge 17 Can)

L'évaluation de la nécessité du recours à l'emprisonnement est envisagée ici en dehors d'une mobilisation automatique indexée à la gravité objective de l'acte entendue comme étant la gravité catégorielle prévue par la loi.

Nous avons montré que, dans le système d'idées de la RPM, la gravité abstraite du crime est le critère classique pour envisager la nécessité d'un recours éventuellement long à l'emprisonnement. Ce critère pose cependant toute une série de difficultés d'observation en droit criminel car, comme nous l'avons

déjà mentionné, l'observateur se déplace entre *intentionnalité* et *conséquence*⁸⁰. Il est donc difficile de savoir exactement à quoi cette notion fait référence. Certaines catégories de crime cumulent l'évaluation selon l'intentionnalité et la conséquence (le dommage). Dans ce cas, la prise en compte du *motif* du passage à l'acte est une variable importante dans l'évaluation du risque de récidive que représente un individu dans la situation problématique, et donc dans l'évaluation de la nécessité du recours à l'emprisonnement.

Ce dernier cas de figure s'illustre dans l'affaire canadienne Latimer⁸¹ où un agriculteur de la Saskatchewan a mis fin à la vie de sa fille de 12 ans, Tracy, qui souffrait de paralysie cérébrale sévère. Tracy était quadriplégique, elle endurait des douleurs constantes et avait subi de multiples interventions chirurgicales. Face à la perspective d'une nouvelle opération lourde, Robert Latimer a décidé de provoquer la mort de sa fille en l'exposant au monoxyde de carbone dans la cabine de son camion. Arrêté et inculpé de meurtre au premier degré, Latimer a été reconnu coupable de meurtre au second degré et condamné à la peine minimale obligatoire de réclusion à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans.

Dans cette affaire, l'intention du passage à l'acte est présente. La conséquence est importante car une personne a perdu la vie. L'acte est donc qualifié de "grave". Cependant, la motivation du passage à l'acte était la volonté d'un père de mettre fin aux souffrances insupportables de sa fille. La motivation du passage à l'acte exerce une influence, non pas sur le critère de gravité, mais bien sur le potentiel de récidive de la situation. Dans ce cas précis, peut-on considérer qu'il existe un risque de récidive ? Existe-t-il un problème de sécurité ? La société a-t-elle besoin de se protéger de Robert Latimer ? Bien que l'acte soit observé comme grave, les réponses à ces questions tendent plutôt vers la négative. Le recours à l'emprisonnement, dans ce cas, se justifie par les finalités du noyau dur du système d'idées de la RPM (rétribution, dissuasion, dénonciation), valorisant l'affliction.

L'enjeu de la mobilisation de la prison comme *ultimum remedium* se trouve donc dans l'observation des critères d'évaluation de la nécessité du recours à l'emprisonnement. Il ressort de ce que nous venons

⁸⁰ Un débat reste non résolu, qui oppose une perspective conséquentialiste de la gravité du crime, selon laquelle la gravité se trouve dans la conséquence de l'acte, et une perspective rétributiviste et neutralisante, selon laquelle la gravité se trouve dans l'intention de l'individu (Manikis, 2022). Nous suggérons de sortir de ce cadre plutôt que de résoudre ce débat.

⁸¹ R. c. Latimer, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3.

d'analyser qu'un palier d'observation ultérieur consiste à considérer, au-delà de l'intention et du dommage, les circonstances concrètes de la situation afin de déterminer si celle-ci pose un problème de sécurité "*en ce qui concerne la répétitivité d'issues fatales et de dommages [importants]*" contre la personne (Houchon, 1994, p.469).

Un de nos interlocuteurs observe à cet égard qu'un problème de sécurité est "*associé à la répétition d'actes délinquants violents*" (Juge 12).

Nous voyons émerger l'idée que si, dans la situation que le système de droit criminel est amené à gérer, un problème de sécurité existe, alors l'isolement par la prison peut être un moyen nécessaire. À défaut de problème de sécurité, alors l'isolement par la prison n'est pas observé comme nécessaire, même si les faits sont graves et qu'une forme d'intentionnalité peut être observée et attribuée.

Cette manière d'observer le recours à l'emprisonnement ne se trouve pas à l'intérieur du système d'idées de la RPM. En effet, dans cette autre approche, le recours à l'emprisonnement est considéré comme un moyen à mobiliser pour protéger la sécurité si celle-ci est menacée, et non comme un moyen prioritairement destiné à infliger de la souffrance.

Nos données rendent visible l'agencement de trois critères cumulatifs pour déterminer si la sécurité est menacée et, par voie de conséquence, pour déterminer si l'emprisonnement semble nécessaire, en dehors du système d'idées de la RPM : 1) un ou des actes entraînant des conséquences importantes, voire extrêmes, 2) ayant été commis intentionnellement et 3) selon un motif pouvant engendrer un risque important de répétitivité (récidive). Notons que la détermination de ces critères ne peut être réalisée que sur la base d'une évaluation au cas par cas de chaque situation concrète.

Le cumul de ces critères et leur appréciation au cas par cas permet de rompre avec l'association fondamentale se trouvant au cœur du système d'idées de la RPM entre "gravité du crime" et "nécessité du recours à l'emprisonnement". Le potentiel innovateur se situe dans la déconstruction de l'illusion de nécessité du recours à l'emprisonnement sur la base rudimentaire de la "gravité du crime". La proportionnalité afflictive ne permet en effet pas de penser le recours à l'emprisonnement dans les

termes de la maximisation de la protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire se demander ce qui est nécessaire pour garantir la sécurité tout en maximisant la liberté en fonction des circonstances concrètes de la situation. Cette posture de protection positive des droits fondamentaux donne une direction à l'interprétation des trois critères. Le recours à l'emprisonnement est ainsi rendu moins confortable et automatique. Il peut dès lors être pensé dans une posture de recours minimaliste.

L'agencement de ces critères tient compte de la gravité de l'acte, mais n'en fait pas un critère suffisant, comme c'est le cas dans le système d'idées de la RPM. Le fait de distinguer ces trois critères dans l'évaluation de la nécessité du recours à l'emprisonnement permet également d'éviter de tomber dans le modèle *Three Strikes and You're out* (Mathiesen, 1998) faisant reposer le recours à l'emprisonnement sur les seuls critères de répétitivité et d'intention, sans égard pour l'importance du dommage causé.

Cette manière d'observer la nécessité du recours à l'emprisonnement trouve un appui dans le principe de la maximisation de la liberté pour tout un chacun proposé par la Commission de Réforme du Droit du Canada. La Commission suggère en effet que *"in the light of the guiding principle of maximization of freedom (for everyone) there is a loss of freedom not only through crime but through the criminal law itself (...) Harms have to be linked to core values and in fact the criminal law should constitute an articulation of these core values and the criminal process should be a demonstration of them"* (LRCC, 1975, pp.2-3).

Ce principe peut être respecté, lorsque vient le temps de penser le choix du *type de peine*, en introduisant une distinction entre "un individu qui a commis un acte considéré comme grave mais qui ne représente pas un problème de sécurité réel et concret" et "un individu qui a commis le même type d'acte mais qui représente un problème de sécurité réel, concret et imminent pour l'intégrité physique ou la vie d'autrui" et réserver le recours à l'emprisonnement à l'égard de ce dernier. La réponse du système de droit criminel peut ainsi être en mesure de constituer *"an articulation of these core values"* que sont la liberté et la sécurité dans la perspective de les maximiser à l'égard de tous et chacun (LRCC, 1975).

Sur la base de cette manière de déterminer la nécessité du recours à l'emprisonnement, la privation de liberté ne vise pas à infliger la souffrance volontairement.

"La mise à l'écart d'un individu, puisque c'est ça la portée de dire "il y a un problème de sécurité", c'est parce que si jamais je le remets en liberté il va recommencer." (Juge 1)

Cette manière de penser la mise à l'écart ne porte pas nécessairement atteinte aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. Si l'individu condamné représente concrètement un problème au regard de la répétitivité d'issues fatales et de dommages importants selon les trois critères d'évaluation de la nécessité du recours à l'emprisonnement, la réponse du droit criminel s'inscrit dans l'universalité de la protection de la liberté et de la sécurité.

La présence d'un problème de sécurité *"intervient comme un critère du choix de la peine et comme un critère d'évaluation du taux de la peine"* (Juge 12). Une fois la nécessité du recours à l'emprisonnement établie, la question du taux de la peine est également délicate au regard de l'ajustement aux valeurs positives fondamentales garanties par le système. Si le taux de la peine est fixé sur la base de contraintes telles que des peines planchers ou sur l'invocation de la valeur symbolique de la peine ou encore en s'appuyant sur une conception statique de la temporalité de la peine, alors le critère de gravité et les finalités du noyau dur de la RPM sont mobilisés. Dans ce cas, il n'est pas possible de maximiser la protection de la liberté (LRCC, 1975) en libérant un individu dès qu'il ne représente plus concrètement un problème de sécurité.

Les deux phases du raisonnement sont interreliées. En effet, un recours à l'emprisonnement prononcé sur la base d'un problème de sécurité dont le taux serait déterminé en fonction du critère de gravité (en référence aux finalités de la peine de la RPM et à la proportionnalité), serait contre-productif au regard de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel car il ne viserait pas la maximisation de la liberté et de la sécurité pour tout un chacun dans la mesure du possible (LRCC, 1975).

- b. Les prises de conscience relatives à l'importance accordée à l'aspect symbolique de la peine perpétuelle

L'analyse des communications judiciaires nous a permis d'observer le recours "factuel" ou justificateur à la peine perpétuelle par certains opérateurs. Nous avons montré que cette condamnation peut découler de critères relevant du rétributivisme. Dans ces conditions, il semble difficile d'échapper au recours à la peine perpétuelle si elle est disponible dans l'arsenal de sanctions et n'a pas été invalidée par la médiation des droits fondamentaux. Nous avons aussi montré que, bien souvent, le juge n'observe pas sa décision comme définitive ou permanente, parce que le tribunal de l'application des peines peut revoir la durée de la détention (en Belgique). Cependant, cette juridiction en charge de l'exécution des peines prononcée par le juge du fond ne peut pas mettre fin à la stigmatisation et aux effets continus de la condamnation à une peine perpétuelle :

"Les toutes grosses peines sont réservées aux crimes de sang... Là, vous pouvez effectivement avoir la perpétuité ou 30 ans. (Soupir) Mais enfin, là aussi, il y a une libération qui est possible autour de 15 ans d'emprisonnement. (...) mais c'est quand même très difficile parce que la prison ça vous isole." (Juge 6)

En Belgique, la condamnation à une peine de réclusion à perpétuité signifie théoriquement une détention jusqu'à la fin de la vie du condamné, même si, en pratique, la libération conditionnelle reste possible. Une telle condamnation s'accompagne d'effets sur le statut juridique de la personne condamnée : perte de certains droits civils et politiques, impossibilité d'exercer certaines professions réglementées, répercussion sur les droits au séjour des étrangers, etc. De plus, la peine figure de manière permanente au casier judiciaire, ce qui a un impact considérable en termes de réinsertion lorsque la libération conditionnelle est accordée.

Au Canada, l'emprisonnement à perpétuité signifie également une détention théorique jusqu'à la fin de la vie du condamné. Cette peine est obligatoire pour certains crimes (meurtres au premier et second degré). La libération conditionnelle est possible après 25 ans pour le meurtre au premier degré et après une durée allant de 10 à 25 ans, selon la décision du juge, pour le meurtre au second degré. Comme en Belgique, ce type de condamnation entraîne la perte ou la suspension de certains droits civils et

politiques. Cependant, le droit de vote est maintenu (arrêt *Sauvé c. Canada*, 2002). La condamnation reste inscrite au casier judiciaire à vie. Le détenu reste légalement condamné à perpétuité, ce qui signifie qu'il peut être réincarcéré en cas de manquement aux conditions et il est placé sous surveillance continue, avec des obligations : lieu de résidence, interdictions de contact, traitement, etc.

La présence de la "peine perpétuelle" dans la loi est une communication faisant passer un message d'exclusion sociale fort. En effet, comme ces brefs rappels juridiques l'indiquent, lors du prononcé d'une peine perpétuelle, l'individu perd automatiquement une série de droits provoquant des difficultés de réinsertion (emploi, famille, immigration, etc.) dans l'hypothèse où il bénéficie d'une libération conditionnelle. Comme l'exprime un juge, accepter la peine perpétuelle (même nominalement) revient à accepter, dans le droit, une peine qui dévalorise complètement l'insertion sociale :

"Alors si je ne fais que l'isoler, l'écarter de la société, comme s'il n'existait plus, il n'a plus de personnalité sociale, il n'existe plus dans la société, il est un individu marginalisé pour le restant de ses jours. Je ne crois pas à ça. Je n'aurais jamais donné une peine perpétuelle. (...) Fondamentalement, je pense qu'une peine perpétuelle ça ne devrait pas exister." (Juge 18 Can)

En effet, même dans l'hypothèse où elle n'est pas purgée en prison jusqu'à la fin de la vie du condamné, en pratique la peine conserve des effets qui marginalisent l'individu à vie. Il reste un exclu de la société, même en dehors des murs de la prison. Autrement dit, même quand la liberté lui est rendue, une forme d'atteinte à sa dignité persiste.

Certains opérateurs mettent en exergue un aspect de la peine perpétuelle qui n'est pas apparu comme tel dans l'étude de la littérature : la stigmatisation permanente qui accompagne les peines d'emprisonnement perpétuel peut être perçue comme une forme de neutralisation dans ses effets.

Un de nos interlocuteurs nous permet d'observer la temporalité de la peine et de ses finalités comme dépassant le temps passé à l'intérieur des murs :

"Mais c'est quand même très difficile parce que la prison ça vous isole. On dit que c'est un enfermement et dans "enfermement" il y a trois mots. Il y a l'"enfer", il y a "moi" et le "ment". C'est un enfer qui ment quoi... sur la réalité de l'avenir parce que...vous n'avez plus beaucoup de contacts ordinaires avec le monde extérieur. Partout où vous irez, vous êtes malheureusement... déjà... même si vous êtes qualifié pour faire quelque chose, pour vous réinsérer, vous êtes déjà un peu (souponne) dégradé par le fait que vous avez un casier judiciaire. Bon, même si vous ne devez pas toujours le montrer, il existe et beaucoup de gens le savent et c'est donc difficile à porter. Ben c'est un peu normal! Nos actes nous suivent ... toute la vie, on traîne les bonnes et les mauvaises choses. Mais enfin, pour eux et pour elles c'est difficile de s'en sortir. Il faut être bien conscient que... Et ça, je ne suis pas sûr que les juges en soient toujours tellement conscients. Parce que beaucoup de collègues, je les trouve parfois fort sévères en condamnant à des peines de prison importantes. Et je dis, "mais dans quel état ces gens après vont sortir ?"" (Juge 6)

Le phénomène de la stigmatisation et de la marginalisation de l'individu ne prend pas fin au moment où celui-ci sort de prison. Il maintient une forme d'affliction, voire de neutralisation, au-delà de l'emprisonnement.

Un autre juge attire l'attention sur le fait que plus la durée d'une réclusion est longue, sans se justifier par un problème de sécurité, plus elle s'approche d'une peine de "mort sociale" (Mereu, 2012) :

"Si on enlève tout espoir à un détenu... et c'est là votre question "est-ce que je donnerais une peine perpétuelle"... je le tue vivant là. Je le tue en lui enlevant tout espoir que sa vie puisse ressembler à quelque chose d'un peu plus positif. Si je lui laisse cet espoir-là, ça me donne une garantie qu'il va se comporter en conséquence et que ça risque de donner de bons résultats pour la société et pour lui." (Juge 18 Can)

Ce juge perçoit également ce que de nombreux observateurs ne voient pas (de Saussure, 2024), c'est-à-dire l'impact de la longue durée de l'emprisonnement sur la vie de l'entourage de la personne condamnée :

"Puis on oublie souvent, mais ces gens-là ne sont pas isolés. Ils ont des familles. Ça a un impact sur beaucoup de monde. Alors si je ne fais que l'isoler, le tasser de la société, comme s'il n'existait plus, il n'a plus de personnalité sociale, il n'existe plus dans la société, il est un individu marginalisé pour le restant de ses jours. Je ne crois pas à ça. Je n'aurais jamais donné une peine perpétuelle." (Juge 18 Can)

Nous pouvons observer dans les propos des juges la conscience implicite que les obstacles à la reconstruction de l'image de soi et la marginalisation à vie sont des implications de la rationalité neutralisante du recours à l'emprisonnement perpétuel.

3. L'introduction de nouvelles distinctions pour l'observation du recours à l'emprisonnement

L'observation du recours à l'emprisonnement fait émerger deux distinctions qui créent une contre-visualité intéressante en termes d'innovation. L'une est la distinction entre la réhabilitation comme finalité de la peine et comme valeur fondamentale du système de droit criminel (a). L'autre est la distinction entre l'emprisonnement neutralisant et l'emprisonnement non afflictif (b).

a. La distinction entre réhabilitation comme finalité de la peine et comme valeur fondamentale du système de droit criminel

L'introduction d'une nouvelle distinction concernant la notion de réhabilitation est un moyen d'ouvrir la voie vers une manière innovatrice de protéger les droits fondamentaux dans le cadre d'un recours à l'emprisonnement prononcé sur la base des critères présentés dans le point 2. a.

Le recours à l'emprisonnement n'est pas toujours observé par les opérateurs du droit comme un moyen d'isoler l'individu condamné. Il est parfois considéré comme servant à former des liens pour favoriser l'insertion sociale de l'individu :

"Donc il y a la prison... si elle fonctionne, je ne dis pas qu'elle fonctionne bien, mais le but de la prison c'est, enfin c'est comme ça que je le vois, le but de la prison, c'est de préparer la sortie. Et préparer la sortie c'est justement créer, recréer du lien. (...) Le détenu n'est pas... en tout

cas il n'est pas censé être isolé (...). Pour moi, le but de la prison est de recréer du lien là où il est déchiré, là où le tissu social est déchiré." (Juge 12)

L'implication logique de la manière d'observer de ce juge est qu'il ne faudrait pas condamner un individu à l'emprisonnement s'il n'a pas besoin d'être "préparé pour en sortir". La prison est pour ceux qui manquent de lien. Il n'est pas nécessaire de réinsérer une personne sans problème d'insertion sociale.

Notons que le juge opère une sélection dans son observation sans mentionner que, dans l'état actuel du système de droit criminel, les finalités traditionnelles de la peine et les raisons de recourir à l'emprisonnement sont entremêlées : les finalités traditionnelles de la peine sont considérées comme étant les raisons de recourir à la prison. En ce sens, au-delà de la réhabilitation, le recours à l'emprisonnement est mobilisé par le système judiciaire pour réaliser la dissuasion, la rétribution, la dénonciation et la neutralisation, autour de finalités de la peine qui dévalorisent ou sont indifférentes à la réhabilitation ou à l'insertion sociale de la personne condamnée.

La discussion de cette non-observation du juge emprunte à *Surveiller et punir* (Foucault, 1975) qui relève que le passé de la prison n'est pas un passé distinct de la notion d'isolement. La prison a été conçue pour l'isolement des détenus. Celui-ci a même été présenté comme faisant partie des conditions du traitement dans le cadre de la finalité de réhabilitation carcérale. Mais la prison a aussi été pensée pour dénoncer, dissuader, rétribuer et neutraliser. L'isolement par rapport à la société et l'isolement à l'intérieur de la prison (cachots) ont donc toujours fait partie de la manière de penser le modèle de la prison et celui de la réhabilitation, en tous cas jusqu'à la réhabilitation de la deuxième modernité (Raupp, 2015). Le passé exerce donc un certain poids sur l'institution et sur le modèle de la réhabilitation observé comme une finalité de la peine. Si on s'intéresse à l'histoire de la prison, on se rend compte que le juge ne prend pas en considération, dans son raisonnement, le contexte d'émergence de l'institution.

L'objectif de cette mise en lumière n'est pas de montrer l'omission historique du juge quant aux buts recherchés de la prison, mais bien de montrer que le passé de la prison est encore présent et pèse sur le système carcéral quand on évoque la "réhabilitation".

Toutefois, nous voulons quand même rendre visible l'innovation que contient la manière d'observer de ce juge. En effet, dans sa communication, il tient un propos sur ce qui *devrait être*, en matière de recours à l'emprisonnement. La conscience du juge opère cependant une sélection. Il ne décrit pas le but attribué historiquement à la prison. Sa manière restrictive de penser le recours à l'emprisonnement est strictement liée à la réhabilitation. Elle ouvre ainsi une voie pour innover et débarrasser la prison du poids de son passé.

La communication du juge discutée ici est intéressante à analyser en lien avec des communications judiciaires émises dans l'affaire Bissonnette.

La Cour Supérieure du Québec reprend les termes du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* adopté en 1966, plus particulièrement son article 10 qui dispose en son point 3 que "*Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social*" (cité au [1078] *R. c. Bissonnette*, 2019 QCCS 354).

La Cour Suprême du Canada, reprend également le *Pacte* dans les termes suivants :

"[100] En matière de détermination de la peine, en droit international, la notion de dignité s'exprime par la volonté de réinsérer les contrevenants dans la société en leur offrant une possibilité de remise en liberté. À titre d'exemple, l'art. 10 du PIDCP précise que « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » (par. 10(1)) et que le « but essentiel » du régime pénitentiaire est l'« amendement » et le « reclassement social » des détenus (par. 10(3)). Comme le PIDCP est un traité international ratifié par le Canada, le droit canadien est présumé conforme aux engagements qu'il prévoit (...) Il représente donc une source pertinente pour l'interprétation des dispositions de la Charte (9147-0732 Québec inc., par. 32-34)."

(R. c. Bissonnette, 2022 SCC 23)

Ces différentes communications font apparaître une nouvelle distinction pour l'observation du recours à l'emprisonnement : la distinction entre la "réhabilitation comme finalité de la peine" et la "réhabilitation

comme valeur fondamentale du système de droit criminel dans la détermination et la justification des peines".

En tant que "finalité de la peine à l'intérieur du système d'idées de la RPM", la réhabilitation peut être observée comme une raison de recourir à l'emprisonnement. Dans ce cas, le recours à l'emprisonnement est mobilisé avec l'objectif de réhabiliter la personne condamnée. Cette approche peut donner lieu à de très longues peines d'emprisonnement afin de garder l'individu enfermé "jusqu'à ce qu'il soit réhabilité". En tant que finalité de la peine, la réhabilitation peut également être dévalorisée, comme nous l'avons vu lors de l'analyse de l'emprisonnement neutralisant. En ce sens, elle disparaît comme raison de recourir à l'emprisonnement. De deux choses l'une. Soit, dans une perspective neutralisante, l'individu est jugé irrécupérable ou incorrigible et la finalité de réhabilitation ne peut s'appliquer à son égard. Soit, il est perçu comme ne présentant pas de problème d'insertion et la peine d'emprisonnement est uniquement justifiée par des finalités du noyau dur du système d'idées de la RPM. Quand le juge observe que la réhabilitation ne vaut pas comme finalité de la peine, il se tourne vers les finalités qui restent : la neutralisation et/ou la rétribution, la dissuasion, la dénonciation (noyau dur). La dévalorisation de la réhabilitation comme finalité a un effet de réorientation vers les autres finalités disponibles dans le système d'idées de la RPM, entraînant une plus grande sévérité des peines que la réhabilitation ne vient plus contenir.

En revanche, si la réhabilitation est observée comme une "valeur fondamentale du système de droit criminel", elle n'est pas une raison de recourir à l'emprisonnement et elle ne disparaît pas lorsqu'un individu est envoyé en prison. Une valeur n'a pas vocation à être accomplie, elle doit être protégée contre ce qui pourrait lui nuire sans nécessité. En ce sens, si une personne est envoyée en prison car il existe un problème de sécurité, la réhabilitation peut alors se trouver au centre des préoccupations en tant que valeur fondamentale dont il faut maximiser la protection. Celle-ci contraint ainsi à régulièrement vérifier s'il reste nécessaire de maintenir l'individu en prison ou s'il peut être libéré. L'objectif est que la durée de l'emprisonnement soit la moins longue possible, avec une préoccupation centrale pour l'insertion sociale de l'individu condamné. Le passage de la finalité à la valeur a ainsi le potentiel de modifier la manière de concevoir le recours à l'emprisonnement et la longueur des peines.

Afin d'approfondir la perspective de la réhabilitation comme valeur fondamentale du système, notons que le fait d'avoir commis un crime (au sens d'un acte incriminé) est une raison trop large et trop englobante pour envoyer un individu en prison. À partir du moment où un acte incriminé et punissable d'une peine d'emprisonnement a été commis, les questions auxquelles il faut répondre sont les suivantes : Quelles sont les situations à l'égard desquelles un recours à l'emprisonnement se présente comme nécessaire pour protéger la sécurité ? Comment mobiliser le recours à l'emprisonnement en tenant compte de la valeur fondamentale de réhabilitation ?

Concernant la première question, les *raisons* de recourir à l'emprisonnement sont, d'une part, qu'il ne doit y avoir aucune autre manière d'atteindre un résultat équivalent et, d'autre part, qu'il existe un problème de sécurité :

"Vous vous dites "est-ce qu'il faut passer par la case prison pour recréer ce lien ?". Ben oui, parfois, oui. Pas toujours, parfois oui. Ici nous avons un prévenu qui est détenu. Il a demandé cette peine de probation autonome qui lui permettrait d'éviter la peine de prison. Et les juges du fond refusent de lui octroyer la peine de probation autonome en disant qu'il y a un moment donné où la peine de probation... il y a un moment donné où la prison devient le recours ultime. Et à ce moment-là il faut y passer. Donc (l'interviewé lit un document) "Les juges du fond considèrent que la probation autonome favoriserait la récidive en banalisant aux yeux du demandeur son manque de remise en question. Les juges du fond s'en expliquent en relevant que le demandeur (le prévenu) a été condamné à sept reprises, du chef de vol avec violence, vol qualifié, infraction à la loi sur les stupéfiants. Son passé délinquant témoigne d'une escalade vers le grand banditisme. Les sursis octroyés..." Il en a eus ! "... Ne l'en ont pas détourné. Les faits commis témoignent de la dangerosité de leur auteur". On ne vous punit pas seulement parce que vous êtes coupable, mais aussi parce que vous êtes dangereux." (Juge 12)

La formule "*parfois oui*" utilisée par le juge invite à tenir compte des circonstances concrètes de la situation. Le juge doit déterminer si "oui ou non" l'individu particulier qu'il a devant lui devrait être privé de liberté pour un temps. L'individualisation exige en effet une prise en compte globale et flexible du cas concret et de son contexte d'action. La dernière phrase de l'extrait ci-dessus signifie que l'individu n'est

pas envoyé en prison seulement parce qu'il s'est rendu coupable d'un crime, mais bien parce qu'il représente un problème de sécurité réel pour autrui.

Concernant la deuxième question relative à la mobilisation du recours à l'emprisonnement en tenant compte de la valeur fondamentale de réhabilitation, cette dernière peut se penser selon une double composante : d'un côté, par l'offre de soutien concret et pratique à l'intérieur de la prison (formations, traitements, accompagnement, etc.) et, de l'autre, par le fait de penser le plus rapidement possible la sortie de prison des individus afin de normaliser leur vie et/ou de porter le moins possible atteinte à leur insertion sociale (insertion familiale, insertion professionnelle, etc.). En tant que valeur, la réhabilitation vise à concentrer le passage en prison sur le soutien de l'individu. Elle oriente également vers la nécessité de penser et préparer la libération pour éviter, dans la mesure du possible, de provoquer un effet contre-productif en termes d'insertion sociale.

Concernant le lien entre la réhabilitation et le passage en prison, un de nos interlocuteurs fait encore une autre observation importante :

"Je me souviens avoir eu plusieurs fois des confidences d'individus détenus me disant qu'aussi longtemps qu'ils n'étaient pas passés par la case prison, ils n'avaient pas compris. Ils n'avaient pas compris. C'est la prison qui leur a fait comprendre. Donc la prison peut parfois être aussi, je pense, enfin je suis peut-être naïf, mais en tout cas c'est à ça qu'elle devrait servir : à produire un déclic." (Juge 12)

Le juge observe que le recours à l'emprisonnement est parfois nécessaire et que la prison peut produire des effets positifs dans certains cas. Ceux-ci se distinguent toutefois des raisons d'envoyer un individu en prison. Les effets positifs dont il est question sont bien des *effets* de la prison. Autrement dit, "produire un déclic" n'est pas une *raison* d'envoyer un individu en prison (Landreville, 1986). En revanche, un emprisonnement décidé en raison d'un problème de sécurité ou du refus de l'individu de se soumettre à d'autres sanctions prononcées à son égard (LRCC, 1975) peut "produire un déclic".

Cette possibilité indique qu'en cas de recours à l'emprisonnement, il faut concentrer l'attention sur l'évolution interne de la personne. Le constat des effets positifs de la prison sur l'individu n'est pas une raison d'envoyer un individu en prison, mais peut cependant être une raison de le libérer.

Soulignons encore, à cet égard, que le fait de tenir compte de l'évolution réelle de l'individu comme raison de le sortir de prison ne doit pas s'entendre comme le fait de ne libérer le détenu que lorsqu'on estime qu'il est réhabilité. Si un individu est envoyé en prison pour des raisons de sécurité, tenir compte de la réhabilitation en tant que valeur fondamentale du système implique de réduire le plus possible la durée de l'emprisonnement puisque son allongement nuit à la réhabilitation et/ou à l'insertion sociale. L'attention portée à la réhabilitation en tant que valeur fondamentale du système est une raison de limiter le plus possible la période d'enfermement et non une raison de maintenir un individu en détention le plus longtemps possible "jusqu'à ce qu'il soit réhabilité". Cette dernière vision, qui découle de la théorie de la réhabilitation carcérale, s'inscrit dans le système d'idées de la RPM.

En résumé, les idées puisées dans les communications judiciaires sont une sorte de projection vers ce que pourrait être la prison dans une rationalité pénale non afflictive. Cela demande un ajustement de la manière actuelle de penser le recours à l'emprisonnement et ses raisons. Cette réflexion va de pair avec une remise en question des raisons de maintenir un individu en prison ou de l'en sortir. Cette approche ouvre la possibilité de réaliser la protection de la liberté et de la sécurité sans mobiliser les finalités du noyau dur de la RPM (rétribution, dissuasion, dénonciation et neutralisation) ni la réhabilitation carcérale (conception de la RPM). Si l'emprisonnement est mobilisé, il l'est dans un contexte de valorisation de la réhabilitation comme valeur fondamentale du système de droit criminel.

b. La distinction entre l'emprisonnement neutralisant et l'emprisonnement non afflictif

La seconde distinction prolonge les développements du chapitre précédent sur l'emprisonnement neutralisant.

L'analyse des communications judiciaires nous a permis de faire émerger une distinction entre deux types de recours à l'emprisonnement, l'un neutralisant et l'autre non afflictif. De manière graphique, la distinction se présente comme suit.

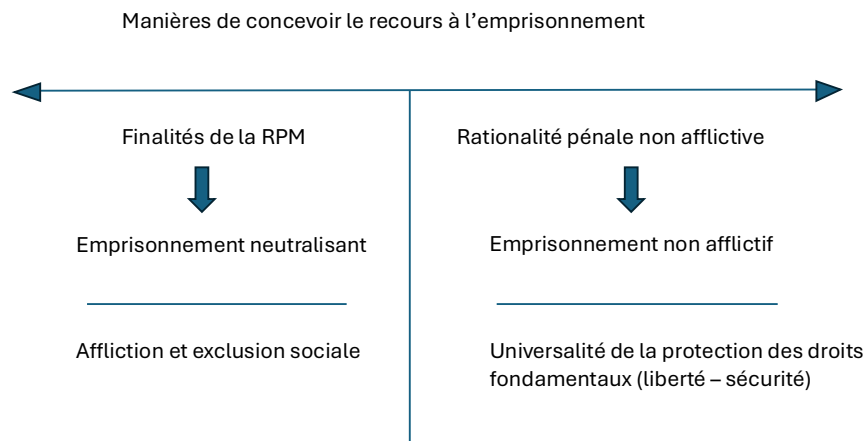


Tableau 9 : Les manières de concevoir le recours à l'emprisonnement

Ce schéma illustre le fait que la distinction première pour l'observation se fait entre, d'une part, les finalités composant le noyau dur du système d'idées de la RPM (rétribution, dénonciation, dissuasion) et la neutralisation et, d'autre part, une rationalité pénale qui ne valorise pas l'infliction de la souffrance.

Les finalités de la peine composant le noyau dur du système d'idées de la RPM et la neutralisation donnent lieu à un recours à l'emprisonnement neutralisant qui trouve son fondement dans les valeurs d'affliction et d'exclusion sociale. La rationalité pénale alternative donne lieu à l'emprisonnement non afflictif qui repose sur l'universalité de la protection de la liberté et de la sécurité qui sont reconnues comme les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Dans les deux faces de la distinction, le recours à l'emprisonnement est contraignant. La contrainte n'est toutefois pas un synonyme d'affliction. Notons cependant que, étant donné qu'il est question de recours à l'emprisonnement et donc de privation de liberté, la notion d'affliction est susceptible d'intervenir dans les deux cas. L'enjeu de la distinction se situe au niveau de la provenance de l'affliction dans la manière de concevoir le recours à l'emprisonnement comme peine.

Dans la face de l'emprisonnement neutralisant, l'affliction est un acte de volonté recherché directement par l'autorité qui impose la sanction, tandis que, dans la face de l'emprisonnement non afflictif, l'affliction peut survenir comme *effet* de la réponse, mais elle n'est *pas* un *objectif* recherché. L'affliction ressentie

par l'individu ne peut en effet pas être contrôlée. En revanche, la volonté de faire souffrir comme finalité de la réponse du système de droit criminel peut être contrôlée. L'emprisonnement non afflictif ne valorise pas l'infliction de la souffrance car il se fonde sur la maximisation de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel (LRCC, 1975) comme justification de l'intervention pénale.

La provenance de l'affliction dans la manière de concevoir la peine, en général, et le recours à l'emprisonnement, en particulier, donne lieu à la typologie suivante :

Provenance de l'affliction	Affliction intentionnelle (Emprisonnement neutralisant)		Affliction non intentionnelle (Emprisonnement non afflictif)
Selon la finalité de la peine	Affliction pure si elle est la finalité exclusive → Rétribution	Affliction instrumentale pour la poursuite d'une autre finalité → Dissuasion, Dénonciation, Neutralisation	Affliction éventuelle La finalité de la peine n'est <u>pas l'affliction</u> , mais elle peut se produire comme effet → Protection de la sécurité

Tableau 10 : Typologie de la peine

La peine peut être afflictive par intention ou de fait. Dans le premier cas, l'affliction est intentionnelle. Elle peut être soit un moyen utilisé pour atteindre une autre finalité de la peine soit le but explicite et unique de la peine. Dans le second cas, elle est non intentionnelle. Comme elle n'est pas recherchée, il n'y a pas de certitude qu'elle soit présente. Elle peut toutefois exister dans le ressenti subjectif de l'individu. Il faut alors en tenir compte pour l'atténuer tant que faire se peut.

La distinction proposée entre "emprisonnement neutralisant" et "emprisonnement non afflictif" décrit une direction. Celle-ci exige de dépasser les obstacles cognitifs rendus visibles concernant la notion de peine et la manière de recourir à l'emprisonnement qui en découle, afin de tendre vers l'ajustement aux

valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel dans le champ des normes de sanction.

Nous ouvrons ainsi une voie en valorisant l'aspect correctif de la peine, en redéfinissant le symbolisme de la norme pénale, en mettant en lumière des points de bifurcation dans la manière d'observer le recours à l'emprisonnement, en indiquant des prises de conscience relatives à l'ajustement à la protection des droits fondamentaux dans la manière de recourir à l'emprisonnement et en introduisant de nouvelles distinctions pour l'observation. Des recherches subséquentes pourraient faire émerger d'autres pistes vers l'ajustement à l'universalité de la protection des droits fondamentaux dans le champ de la détermination des peines et du recours à l'emprisonnement en droit criminel. Nous sommes en train de décrire une direction qui demande à être alimentée.

C. La valorisation de l'observation des droits fondamentaux au moment de la peine

Nous avons relevé dans le chapitre précédent que les droits fondamentaux ne sont que très peu, ou jamais, observés dans le champ des normes de sanction. Les points de cécité relevés représentent des obstacles cognitifs à l'auto-contention de la sévérité du *type* de peine et du *taux* des peines en droit criminel, indiquant un problème qui relève de la *qualité juridique* de l'intervention du droit criminel en ce qui concerne la *détermination et la justification des peines*.

Le système de droit criminel est enfermé dans une rationalité qui prône une manière prémoderne de concevoir la peine et le recours à l'emprisonnement. Ce faisant, il crée un point de cécité quant à la fonction du système de droit criminel consistant à protéger les valeurs positives fondamentales qu'il garantit, *y compris dans la manière de déterminer et de justifier les peines*.

Lorsque la protection des droits fondamentaux est convoquée, le système d'idées de la RPM suggère que les droits des uns et des autres (individus et/ou collectivité) se trouvent en confrontation les uns avec les autres. Si les droits des uns ont été bafoués, il faut porter atteinte aux droits des autres au

moment de la détermination de la peine pour réinstaurer l'équilibre. Cela engendre inévitablement une manière négative et hostile de concevoir la protection des droits fondamentaux.

À cet égard, comme l'indique Tulkens, ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'Homme, pour penser l'ajustement du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux, il y a lieu de mener une réflexion sur une manière d'envisager les rapports entre le droit pénal et les droits fondamentaux à partir de ces derniers pour reconstruire *la manière d'intervenir* du système de droit criminel (Tulkens, 2013).

La sous-section qui débute ici s'inscrit dans cette démarche. Nous y présentons des ressources pour construire une *intervention du système de droit criminel* qui tienne compte des droits fondamentaux de manière *positive et globale* au moment de la *détermination de la peine*.

Nous décrivons d'abord une manière d'observer la fonction de protection des droits fondamentaux du système de droit criminel (1). Nous proposons ensuite une perspective de protection globale des droits fondamentaux (2).

1. *L'observation des droits fondamentaux dans la manière de déterminer et justifier les peines*

Dans le chapitre précédent, nous avons relevé que les droits fondamentaux sont généralement absents dans l'observation de *la manière de déterminer et de justifier les peines* ainsi que de recourir à l'emprisonnement à l'intérieur du système d'idées de la RPM. Ceux-ci sont observés dans la procédure (droits au procès équitable, respect de la dignité humaine lors de l'arrestation, élimination de la cruauté de l'emprisonnement, conditions de détention, etc.), mais ils ne sont pas observés dans *la manière de concevoir la peine*, c'est-à-dire dans la manière de penser la liberté et la sécurité pour tout un chacun de façon universelle au moment du choix du *type* de peine et du choix du *quantum*.

Nous avons montré que les opérateurs du droit peinent à voir que la rationalité pénale moderne, surtout les finalités de son noyau dur, entraîne la non-observation des droits fondamentaux au moment de la détermination et de la justification de la peine. Cette non-observation représente un obstacle cognitif

pour l'ajustement de l'intervention du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Dans la perspective d'un tel ajustement, l'association fondamentale mobilisée pour la détermination des peines dans le système d'idées de la RPM, à savoir l'association entre "gravité du crime" et "sévérité de la peine" (proportionnalité afflictive), pose un problème. Cette association est tellement dominante qu'elle empêche d'imaginer une autre manière de concevoir la détermination des peines, fondée sur une rationalité pénale alternative. Construire une contre-visualité consiste alors à valoriser une rationalité laissée dans l'ombre, dans laquelle les valeurs fondamentales (liberté, sécurité, vie et dignité humaine) opèrent *dans la manière* de choisir, de déterminer et d'exécuter les peines.

Un de nos interlocuteurs observe les droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine d'une manière qui s'inscrit dans cette valorisation de la protection positive des valeurs fondamentales du droit. Il explique qu'une certaine forme de réflexion (implicite) autour de la protection des droits fondamentaux l'invite à se questionner sur la nécessité du recours à l'emprisonnement comme peine :

"Je crois qu'implicitement je me suis dit qu'avec la prison je vais aller à l'encontre des droits de l'individu. Alors, pourquoi la prison dans ce cas de figure-là ?" (Juge 1)

Notons que ce juge n'est pas en train de dire qu'il ne va pas recourir à l'emprisonnement, mais il cherche des raisons concrètes et circonstanciées qui rendraient cette peine inéluctable, afin de ne pas aller inutilement à l'encontre des droits fondamentaux de l'individu condamné et des valeurs fondamentales garanties par le système.

La distinction qui peut s'observer est la suivante. D'une part, il est question d'une rationalité afflictive dans laquelle l'opérateur du droit intériorise une posture qui *"se fiche éperdument du fait d'atteindre, quelque part, à la liberté d'une personne"* car il est *"normal qu'il y ait une exception vis-à-vis de la personne qui a commis des faits"* parce que *"les textes ne disent pas le contraire"* (Juge 14). D'autre part, il est question d'une rationalité non afflictive dans laquelle l'opérateur du droit s'interroge sur *la qualité* de l'intervention du droit criminel et sur *la nécessité* d'un recours à l'emprisonnement au regard

de l'universalité de la protection des droits fondamentaux en se demandant, concrètement, par rapport à la situation, "*pourquoi la prison dans ce cas de figure-là ?*" (Juge 1).

Concernant cette surveillance de la *qualité* de l'intervention du droit criminel au regard de l'universalité de la protection des droits fondamentaux, les juges de l'affaire Bissonnette mobilisent la notion de "norme fonctionnelle" (*R. c. Bissonnette*, 2019 QCCS 354, [1101] ; *Procureur général du Canada c. Bissonnette*, 2020 QCCA 1585, [33] et [119]). En droit canadien, une norme fonctionnelle est une norme juridique dont la validité ou la portée est déterminée non pas par son libellé abstrait, mais par la fonction réelle qu'elle exerce dans le système juridique ou institutionnel. La norme est interprétée selon sa fonction concrète, ses effets réels, et son objectif opérationnel.

La distinction entre les "normes législatives" et les "normes fonctionnelles" permet l'observation de la protection des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction. Les normes législatives renvoient aux normes "de première ligne" qui sont les normes de conduite, de procédure et de sanction. Les normes fonctionnelles, quant à elles, sont des normes de surveillance visant la protection effective des droits fondamentaux en permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, par.113).

Considérer la sécurité et la liberté sous l'angle des normes fonctionnelles consiste à les envisager comme des référents structurants de l'action pénale concrète. La sécurité ne se réduit pas à une logique de prévention du crime ou à une conception sécuritaire au sens étroit, mais elle englobe également la sécurité juridique, la stabilité sociale et la protection des droits. De son côté, la liberté dépasse l'absence de contrainte pour inclure les conditions réelles de son exercice. Ces deux notions agissent comme des balises normatives qui permettent de limiter et d'orienter la détermination et la justification des peines en droit criminel. Elles imposent aux opérateurs du droit d'assurer, de manière concrète et effective, la sécurité sans sacrifier la liberté, et de garantir la liberté sans mettre en péril la sécurité.

Cette perspective trouve un appui dans les travaux de la Commission de Réforme du Droit du Canada relatifs à la redéfinition des principes directeurs du droit criminel au Canada. Dès 1975, la Commission a identifié un ensemble de principes fondamentaux pour guider l'architecture normative du système pénal. Parmi ceux-ci figurent notamment le principe de la maximisation de la liberté et de la sécurité

pour tout un chacun dans la mesure du possible. Elle propose également le principe de l'auto-contention de la sévérité des peines (*principle of restraint*) et le principe de la protection des valeurs positives fondamentales (*principle of protection*).

Le concept de "norme fonctionnelle" nous permet de constater qu'il existe donc déjà une idée de portée innovatrice, dans les communications judiciaires, désignant directement sur le plan normatif la fonction de protection effective et concrète de la liberté et de la sécurité impartie au système de droit criminel. La présence de ce concept indique déjà l'intériorisation de cette fonction dans la pratique judiciaire. Il s'agit toutefois de l'incarner dans la rationalité du système de droit criminel afin d'ajuster l'intervention de celui-ci à l'universalité de la protection de ces droits fondamentaux.

2. La protection globale des droits fondamentaux

Le système d'idées de la RPM tend à éloigner la réflexion sur la peine de l'universalité de la protection des droits fondamentaux, particulièrement dans les cas de crimes considérés comme graves. Ce constat se manifeste dans :

- la non-observation des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine,
- la conception polarisée de la protection des droits fondamentaux,
- la place centrale accordée à la gravité objective de l'acte et au principe de la proportionnalité afflictive comme critères de détermination des peines,
- la conception même du concept de peine qui repose sur l'affliction et l'exclusion sociale dans ce système d'idées,
- le recours à l'emprisonnement neutralisant qui dévalorise l'insertion sociale et la réhabilitation des personnes condamnées.

Dans l'extrait ci-dessous, le juge fait état de cette manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement dans une perspective hostile, abstraite, négative et atomiste à l'intérieur du système d'idées de la RPM. Il la remet en question au nom du respect des valeurs positives garanties par le système de droit criminel :

"Le mot "neutralisation" est utilisé au Canada. Mais le mot neutralisation a tout de même une connotation déshumanisante, c'est-à-dire qu'il renvoie quand même à l'idée de retirer une menace contre la société, mais une menace qui n'aurait pas de visage, au profit du corps social. Et cela suggère quand même une certaine violence judiciaire contraire [aux valeurs] du système judiciaire. Ce mot "neutralisation" implique en fait qu'on ne se préoccupe pas du sort du condamné. Ce mot neutralisation implique une certaine violence à l'égard du condamné."

(Juge 17 Can)

Le juge exprime un inconfort moral par rapport à la rationalité neutralisante. Quand il parle de *"connotation déshumanisante"* et qu'il ajoute que *"cela suggère quand même une certaine violence judiciaire contraire [aux valeurs] du système judiciaire"*, il met en évidence un grincement entre la conception de la protection de la sécurité prônée dans le système d'idées de la RPM et la logique d'universalité de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Une voie que nous avons relevée pour répondre à cette préoccupation est de penser la protection des droits fondamentaux de manière globale en termes de liberté relationnelle et de sécurité relationnelle. Ces notions peuvent être observées dans la communication suivante :

"C'est très bien de dire "vous êtes libre d'aller et venir". Oui je suis libre d'aller et venir. Mais si la ville est en proie au pillage et à l'émeute, quelle est la liberté des gens dans les quartiers qui sont saccagés par des émeutiers, qui brûlent les poubelles, qui brûlent les maisons, qui brûlent les voitures, qui brisent les vitres des magasins ? Quelle est la liberté du commerçant d'exercer son petit commerce si on vient lui casser sa vitrine et qu'on vient tout briser ?" (Juge 12)

Le juge observe que la liberté d'aller et venir est une liberté *individuelle* tant qu'elle n'est pas utilisée pour entrer en contact avec les autres, et éventuellement leur faire du mal. Si elle est utilisée en lien avec les autres, la liberté est *relationnelle*. La distinction pour l'observation que nous proposons ici est la distinction "liberté individuelle – liberté relationnelle". Comme l'observe le juge, le droit fondamental à

la liberté ne consiste pas uniquement en une liberté individuelle d'aller et venir, mais dans une liberté relationnelle d'aller et venir sans interférer avec les droits fondamentaux des autres.

Dans cette approche, les droits fondamentaux ne se pensent pas de manière individualiste. La protection de ces droits peut alors se penser de manière globale. Si l'individu représente un problème de sécurité réel, concret et imminent envers autrui, le fait de porter atteinte à sa liberté n'est pas inutile pour protéger les droits fondamentaux. Sa liberté ne peut pas être protégée si elle ne répond pas au critère relationnel minimal par rapport aux autres citoyens. Dans ce cas, le juge peut estimer que l'emprisonnement est nécessaire. En revanche, le droit à la liberté de l'individu est inutilement bafoué si celui-ci en est privé alors qu'il ne représente pas un problème de sécurité car, dans ce cas, le fait de priver un individu de sa liberté ne contribue pas à la protection des droits fondamentaux.

Cette perspective de protection globale des droits fondamentaux trouve un appui dans les travaux de la Commission de Réforme du Droit du Canada, en l'occurrence dans son rapport numéro 3, *Our Criminal Law* (1976). La Commission y expose les principes guidant la réforme du Code criminel. Elle écrit que : "*Not that the function of the criminal law is to protect from harm in any direct and simple way. Besides, desirable as it may be, more protection of harm is not what we want of criminal law. Criminal law (...) serves to affirm fundamental values*" (report n3, 1976, pp.16-17).

La Commission introduit un principe fondamental de protection. Celui-ci ne renvoie pas à la simple et directe protection de la société contre la criminalité, mais bien à la sauvegarde des valeurs positives fondamentales garanties par le système que sont la liberté et la sécurité. Ce principe redéfinit la fonction du système de droit criminel dans une optique axiologique de protection des valeurs fondamentales, et non dans une optique instrumentale de réduction du taux de la criminalité. Il découle de la perspective proposée par la Commission que la protection de la liberté et la protection de la sécurité doivent se penser simultanément car le concept de protection englobe les deux. Il n'y a donc pas de protection de l'un sans protection de l'autre.

Nous trouvons dans la littérature des ébauches de cette conception de protection globale des droits fondamentaux, postulant une interdépendance structurante entre ces droits (Pires, 1991b). Dans cette

perspective, le droit de l'un ne se comprend qu'en relation avec celui de l'autre. Il implique, en quelque sorte, la reconnaissance réciproque et co-constitutive des sujets de droit invitant à sortir des fondements individualistes du système d'idées de la RPM. Cette conception globalisante de la protection des droits fondamentaux redéfinit le rapport aux droits non plus en termes de protection défensive mais en termes de co-engagement éthique, ouvrant ainsi un espace pour une refondation de la manière de déterminer et de justifier les peines en droit criminel.

Afin de réaliser concrètement cette démarche, la Commission de Réforme du Droit du Canada (1975), dans son *Document de travail n°11*, suggère d'interroger, d'une part, les raisons particulières d'envoyer un individu en prison (problème de sécurité) et, d'autre part, d'interroger les raisons particulières de l'y maintenir (continuité du problème de sécurité) ou de le libérer (fin du problème de sécurité). Elle invite à penser ces questions dans l'optique de *la protection et de la valorisation maximale* de la liberté et de la sécurité à l'égard de tous envisagées simultanément et de manière globale.

Dans cette logique, l'idée de l'équilibre ou de la balance des droits fondamentaux ne prévaut pas. Une éthique de réciprocité des droits prime (Pires, 1991b). De plus, la réflexion tourne plutôt autour des dispositions à prendre pour que la réponse du système de droit criminel soit la plus adéquate possible par rapport à la situation problématique concrète, et qu'elle protège de manière maximale les droits à la liberté et à la sécurité conçus comme relationnels, et non comme individualistes et polarisés.

Cette manière d'observer invite à penser la protection des droits fondamentaux mis en jeu dans une situation problématique. Orienter le regard vers la situation, plutôt que vers chaque protagoniste de manière individualiste et polarisée, nous semble permettre l'irruption d'une pratique de jugement assurant l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Orienter le regard vers la situation permet de faire place à tous les protagonistes impliqués dans cette situation et donc de faire place à tous les droits fondamentaux en jeu. Cela permet d'envisager une réponse pénale qui s'ajuste à la protection globale des droits fondamentaux.

D. Le rôle et le pouvoir des opérateurs du droit dans le processus d'innovation du système de droit criminel

Un des obstacles à l'ajustement du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux dépend de la manière dont les opérateurs du droit s'observent. Se considèrent-ils comme des fonctionnaires de la loi ordinaire ou comme des professionnels du droit ? Il découle de la première option un sentiment de déresponsabilisation, dans le sens où ces opérateurs ont tendance à justifier ce qu'ils font dans le champ de la peine par différentes normes, et notamment le cadre législatif (Kaminski, 2015), sans se considérer comme des agents juridiques de transformation qualitative du droit criminel au regard des droits fondamentaux.

La responsabilisation des opérateurs du droit se présente donc comme un enjeu pour engendrer l'innovation et l'ajustement aux droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction. En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut, l'innovation du système de droit criminel passe par la contribution des individus (Dubé, 2017). Ceux-ci contribuent à l'évolution des systèmes sociaux dans le sens où l'innovation passe, comme condition de possibilité, par les individus insérés dans le système social qui sont "*la "condition extérieure" de la communication*" (Dubé, 2017, p.77).

Cette section est donc consacrée à l'observation du rôle et du pouvoir des opérateurs du droit dans l'innovation du système de droit criminel. Nous nous concentrons sur leur pouvoir décisionnel dans le champ des normes de sanction, considéré comme le point névralgique de l'innovation du système de droit criminel (Dubé, Ferron Ouellet, 2020).

Nous abordons tout d'abord la question de la responsabilité des opérateurs du droit dans l'évolution du système de droit criminel (1). Nous présentons ensuite la liberté que ces opérateurs trouvent dans les contraintes de la loi (2). Enfin, nous traitons du principe de l'individualisation des peines comme idéal à poursuivre pour engendrer l'innovation (3).

1. La responsabilité des opérateurs du droit dans l'évolution du système de droit criminel

Les opérateurs du droit intervenant au moment de la détermination de la peine jouent un rôle pour faire évoluer le champ des normes de sanction, point névralgique de l'innovation du système de droit criminel (Dubé, Ferron Ouellet, 2020). Ce rôle n'est pas souvent et clairement perçu par les opérateurs eux-mêmes. Nous avons cependant constaté que le déplacement du regard pour observer différemment certains questionnements contribue à faire voir aux opérateurs des ouvertures leur permettant d'engendrer l'innovation dans le système (Luhmann, 1989).

Lors de l'analyse des communications judiciaires, nous avons relevé deux questionnements intéressants provenant des opérateurs du droit qui ont mis en lumière certains points de cécité à traiter afin de créer des possibilités innovatrices.

a. Le rejet de la responsabilité

Tout d'abord, comme nous l'avons mentionné dans le chapitre précédent, un de nos interlocuteurs nous a demandé s'il était vraiment nécessaire d'étudier la détermination et la justification des peines et s'il ne serait pas plus intéressant, pour créer plus de sécurité dans la société, de faire une thèse de doctorat visant à penser les choses en amont afin d'empêcher l'alimentation du système pénal. L'intérêt de ce commentaire est qu'il s'inscrit typiquement dans le système d'idées de la RPM, sous une forme de déresponsabilisation du système de droit criminel à l'égard de ses propres manières de punir.

En effet, la question au cœur de la réflexion qui était proposée aux opérateurs du droit à l'occasion des entrevues n'était pas celle de la protection de la société au sens de la réduction de la criminalité, mais bien la question de la protection des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité dans le système de droit criminel, et plus particulièrement dans la façon de concevoir la détermination des peines.

La réflexion ne porte donc pas sur la production concrète d'une plus grande sécurité physique dans la société de manière générale ou sur la prévention, mais sur la maximisation de la protection des droits dans l'allocation des peines. Bien entendu, la réflexion n'a de sens que si les opérateurs considèrent que le droit a, au moment de la détermination de la peine, une fonction de protection maximale des droits fondamentaux.

Si ce postulat n'est pas retenu et que le système de droit est observé comme devant exécuter ce que le système politique lui indique de faire, sans tenir compte de l'ajustement aux droits fondamentaux, alors, effectivement, comme le relevait notre interlocuteur, la réflexion n'a pas de sens. Cependant, dans ce cas, le système de droit criminel renonce à son autonomie et abandonne l'exercice de sa fonction de protection des valeurs positives fondamentales qu'il garantit (LRCC, 1976). Cette manière d'observer la société et le raisonnement tenu par le juge sont accompagnés d'un certain prix à payer pour le système de droit et son autonomie en tant que système social.

Ce premier questionnement met en lumière une manière d'observer qui empêche de voir la problématique même de cette recherche. Réorienter le regard sur notre objet d'étude semble donc déjà être une ouverture en soi pour engendrer l'ajustement du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

b. La responsabilité face aux contraintes légales

Au cours des entrevues, plusieurs opérateurs nous ont interrogé plus avant sur la marche à suivre concrète pour apporter une réponse qui intègre les idées que nous explorons dans ce travail, tout en respectant le canevas de la loi de manière à tenir compte de leur "réalité de terrain".

Tout d'abord, en ce qui concerne une "marche à suivre", nous proposons une tentative de réponse dans la section II de ce chapitre. Ensuite, nous voyons également apparaître, dans ce second questionnement, que l'évocation du "canevas de la loi" pose un problème qui le dépasse. En effet, à l'intérieur d'un certain canevas législatif, la question dirige le regard vers le rôle des opérateurs du droit par rapport à la vérification de la pertinence du passage d'une norme du champ politique au champ juridique au regard de la protection positive des valeurs fondamentales du droit. Une des responsabilités des opérateurs du droit est en effet de vérifier la pertinence de toute norme élaborée politiquement au sein du champ juridique et ce, de la même manière qu'ils vérifient la pertinence des normes juridiques que le système de droit crée lui-même, telles que les normes de jurisprudence.

Cette évaluation de la pertinence des normes établies par le système politique au regard des valeurs fondamentales garanties par le système de droit se réalise tant au niveau des normes de conduite que des normes de procédure et de sanction. Cependant, le champ des normes de sanction est particulièrement sensible car il porte généralement atteinte soit à la sécurité, soit à la liberté.

Dans le chapitre précédent, nous avons montré que les opérateurs du droit considèrent qu'ils ne font pas le droit et qu'ils se limitent à l'appliquer. Il est vrai qu'ils n'ont pas la compétence de créer des crimes et des peines qui relève de la prérogative du système politique selon le principe de légalité, comme l'indique l'adage "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". Le rôle des opérateurs du droit dans le système juridique est, en revanche, de vérifier la pertinence des décisions du système politique au regard des valeurs du droit :

"[469] L'article 52 de la Charte canadienne des droits et libertés autorise le contrôle judiciaire de la constitutionnalité de l'ensemble des lois canadiennes. Il incombe donc aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer les lois fédérales et provinciales pour s'assurer de leur conformité avec la loi constitutionnelle." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

Comme nous l'avons observé dans l'arrêt rendu par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire Bissonnette en 2022, cette vérification se fait par la négative, dans le sens où le système de droit ne dit pas au système politique ce qu'il doit faire, mais il lui indique ce qu'il ne peut pas faire au regard des valeurs juridiques⁸².

Le pouvoir des opérateurs du système de droit peut être mobilisé pour l'ajustement des normes de sanction à l'universalité de la protection des droits fondamentaux, dans une plus large mesure encore que dans l'affaire Bissonnette. Cette perspective trouve un appui dans la critique du positivisme juridique formulée par Radbruch (1995), juriste et philosophe du droit allemand. Il remet en cause la posture adoptée par les juges selon laquelle "la loi est la loi", en indiquant que, face à une loi manifestement injuste ou à un ordre immoral, l'obéissance cesse d'être un devoir pour le juriste, comme pour le soldat, même si l'ordre est légal sur le plan formel. Il déplore que, dans la perspective du positivisme juridique,

⁸² Pour rappel, dans sa décision unanime rendue le 27 mai 2022, la Cour Suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelles les dispositions du projet de loi C-48 au motif qu'une sanction dont la durée dépasse l'espérance de vie constitue une peine "*de nature dégradante et donc intrinsèquement incompatible avec la dignité humaine*" (R. c. Bissonnette, 2022 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645, par. 97 et par. 82).

le juge ne semble pas percevoir qu'il peut arrêter d'obéir au législateur et utiliser son pouvoir pour assurer la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

De plus, la prérogative d'interprétation de la loi par les cours et tribunaux donne aux opérateurs du droit l'opportunité de créer une possibilité pour le droit d'échapper à la répétition. Les normes d'interprétation sont également une des voies possibles vers l'innovation.

Les juges ont un réel pouvoir créateur dans le système de droit criminel qui fait parfois l'objet d'une reconnaissance formelle et explicite :

"[1164] Dans Commentaries on the Laws of England, William Blackstone énonce que les juges ne créent pas le droit ; ils ne font que le découvrir, de sorte que les tribunaux appliquent le droit qui existait en réalité ou qu'ils redécouvrent (Canada (Procureur général) c. Hislop, préc., note 759, par. 79 et 84).

[1165] En fait, la réalité est plus complexe. De nombreux auteurs et tribunaux ont contesté cette conception classique de la démocratie constitutionnelle, faisant valoir que l'ordre judiciaire remplit une fonction législative légitime. Les juges ne font pas que dire le droit, ils l'élaborent également (Canada (Procureur général) c. Hislop, préc., note 759, par. 85.).

[1166] Dans son ouvrage intitulé Good Judgment, Making Judicial Decision, le juge Robert Sharpe souligne en effet que :

"Most modern judges reject Blackstone's declaratory theory as a discredited fiction designed to conceal the inconvenient truth that judges do make law (...)."

(R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

Ce second questionnement sur le canevas de la loi permet de rendre visible que l'autonomie du système de droit est bien présente, même si elle n'est pas toujours observée par les opérateurs du droit. Ces derniers ont en effet un rôle à jouer et un pouvoir à exercer afin de rendre possible l'innovation du système de droit criminel par lui-même et pour lui-même, c'est-à-dire de manière autopoïétique (Luhmann, 1989).

À cet égard, comme l'observait un de nos interlocuteurs en parlant de l'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel, les magistrats sont "*des acteurs de premier plan. Et si nous on ne le fait pas, il n'y en aura pas*" (Juge 18 Can).

Comme l'écrit l'honorable juge Huot, "*le rôle que joue le pouvoir judiciaire dans l'évolution du droit n'est plus véritablement contesté*" (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354, [1167]). La question centrale est plutôt celle de savoir "*non pas si ce pouvoir de créer des règles de droit existe, mais plutôt comment et dans quels cas il convient de l'exercer*" (R. c. Kang-Brown, [2008] A.C.S. no 18, [5]).

Ce que ces juges mettent en lumière est que les tribunaux jouent un rôle de premier ordre sur le plan de l'innovation. Par conséquent, si les opérateurs du droit (procureurs, avocats et juges) développent une rationalité pénale non afflictive, celle-ci dispose des moyens de contribuer à modifier les structures décisionnelles du système de droit criminel. À l'inverse, si les juges chargés de déterminer les peines renoncent à jouer un rôle de résistance envers la manière afflictive et abstraite de punir par l'instrumentalisation de la souffrance et/ou deviennent eux-mêmes proactifs dans cette direction, "*il n'y aura pas*" d'ajustement probable à l'universalité de la protection des droits fondamentaux de la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement dans le système de droit criminel. À cet égard, attendre que l'innovation du système d'idées du système de droit criminel passe par la médiation du législateur (système politique) a jusqu'à présent été peine perdue.

2. La liberté des opérateurs du droit trouvée dans les contraintes de la loi

Les résultats d'analyse présentés dans le chapitre précédent nous ont permis de mettre en lumière deux diagnostics concernant l'autonomie des opérateurs du droit. D'une part, si le cadre législatif des normes de sanction est érigé de manière trop restrictive et valorise le recours à l'incarcération, il en arrive à contenir l'action juridique des opérateurs du droit dans certaines situations. En ce sens, les règles édictées en viennent à nuire à la fonction juridique de ces opérateurs, à brimer l'autonomie du système juridique par rapport au système politique et à porter atteinte inutilement aux droits fondamentaux des personnes condamnées. D'autre part, nous avons mis en avant les difficultés qui découlent de la manière dont les opérateurs du droit observent leur rapport au législateur et de la promotion de finalités de la peine plus politiques que juridiques qu'ils ont intériorisées.

Nous avons aussi observé, dans les communications judiciaires, que certains opérateurs du droit s'inscrivent déjà dans le développement d'une rationalité pénale alternative, à l'intérieur du cadre législatif existant. En effet, bien que la loi exerce certaines contraintes sur l'action des opérateurs du droit, ceux-ci parviennent, parfois à l'aide d'un raisonnement juridique fondé sur les droits fondamentaux en matière de détermination des peines et avec courage, à aménager des espaces de liberté pour leurs décisions juridiques. Dans cette démarche, les opérateurs du droit se servent du droit contemporain au sens large pour créer des réponses originales. Comme le dit Kaminski (2015), ils agissent alors *avec le droit* et ne sont pas simplement en train de l'appliquer mécaniquement.

Dans la communication ci-dessous, un juge observe un système légal contraignant doté d'une marge de manœuvre dans laquelle il peut se frayer un chemin vers l'individualisation des peines :

"Vous avez des juges qui ont trouvé des astuces diverses pour essayer, malgré tout, de sauver les meubles." (Juge 1)

Il ajoute à son propos l'idée que si *"on démultiplie les démarches individuelles ça peut donner une tendance"* (Juge 1), suggérant ainsi qu'une ruse, multipliée, permettrait de renverser certains aspects de la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement. L'*ethos* professionnel de ce juge essaie de se frayer, dans un univers de contraintes, un chemin fait de contournements, de jeux, de ruses qui s'inscrit dans le cadre légal. Il agit *avec la loi* (Kaminski, 2015), c'est-à-dire qu'il passe par le système existant pour trouver une autonomie juridique dans la manière de déterminer et justifier les peines.

Ce juge vit en effet la loi ordinaire comme contraignante, ce qui n'a rien de particulièrement extraordinaire. Toutefois, il cherche quand même des espaces d'ouverture lorsqu'il l'estime nécessaire. Il considère son travail comme axé sur la possibilité, lorsque cela est envisageable, de jouer à l'intérieur de certaines contraintes de la loi. Il observe l'exigence d'individualiser la peine comme une contrainte paradoxale, puisqu'elle ouvre des espaces. Il observe en effet que les modalités des peines qui sont à sa disposition lui servent à créer un espace d'autonomie et de pouvoir décisionnel :

"Mais, ce que je veux dire par là, c'est que du coup ça ramène la fonction à ce qu'elle est vraiment, c'est-à-dire qu'on statue dans un cas particulier. Donc l'exercice à faire ce n'est pas de dire au niveau du principe "moi la peine de mort je n'aime pas, la prison je n'aime pas et par voie de conséquence je ne prononce pas de peine de prison". Parfois c'est un peu compliqué parce que vous n'avez que cette solution-là, si j'ose dire. Maintenant, les modalités peuvent exister. Et c'est probablement là que le juge joue véritablement son rôle." (Juge 1)

Ce juge indique une direction concrète vers cette voie en introduisant la notion de doute au moment de la détermination des peines. Il observe que, au moment de déterminer la peine, rien ne coule de source et le doute est une composante essentielle. Il laisse aussi entendre que si les juges devaient motiver les peines d'une façon plus approfondie que selon les habitudes actuelles, en tout cas en Belgique, cela permettrait de soutenir une représentation de la détermination de la peine qui constituerait une ouverture pour l'innovation dans le champ des normes de sanction. Ce travail nécessite indéniablement un certain courage, une responsabilisation et une volonté de la part des opérateurs du droit :

"Le doute, oui, le doute. Le doute par rapport à toutes ces certitudes que l'on peut avoir. On connaît le grand principe par rapport à la culpabilité mais aussi dans l'évaluation, dans tous ces éléments qui interviennent et de manière imperceptible... Mais peut-être que c'est un exercice complémentaire que l'on devrait faire chaque fois. Et lutter contre l'habitude." (Juge 1)

Le juge étend le concept de doute à la peine. En général celui-ci s'applique à la culpabilité. Cette extension est intéressante en termes d'innovation. Le doute sur la culpabilité profite à l'accusé. S'il y a un doute raisonnable sur sa culpabilité, il ne sera pas condamné (Moreau et Vandermeersch, 2024). Dans le même ordre d'idées, s'il y a un doute quant à la peine à prononcer, il faudrait alors choisir la peine la moins dommageable à l'égard des droits fondamentaux.

Le juge complète son observation en ajoutant que la notion de doute s'accompagne de la notion de pari : la décision ne repose pas que sur des certitudes. Dans la vision du "pari", se trouve la volonté de

mobiliser des alternatives à l'emprisonnement et de recourir à celui-ci seulement dans certains cas particuliers :

"J'imagine très bien un système où la peine de prison, contrairement à ce qu'elle est aujourd'hui, parce que la peine de prison vous la retrouvez à peu près partout, pourrait très bien devenir accessoire." (Juge 1)

Ce juge indique une direction intéressante au niveau des idées en rendant visible comment le même concept joue un rôle puissant en phase 1 (culpabilité) et est totalement occulté en phase 2 (peine). L'observation de cette distinction sur la manière de considérer le doute dans le système de droit criminel permet d'envisager d'introduire la notion de "doute sur la peine" avec l'idée qu'il profite à la protection des droits fondamentaux, orientant vers la sélection de la peine qui leur portera le moins atteinte. Plus précisément, ce principe a le potentiel d'apporter un certain confort aux juges en donnant une orientation à leur pari. La motivation du juge en serait soutenue et l'auto-contention de la sévérité des peines en serait valorisée. La modération de la sévérité des peines irait alors de pair avec une attitude de doute face à la peine (Kaminski, 2007).

Cette éthique du doute pourrait donner une direction concrète en indiquant une manière de penser que les juges peuvent adopter. Elle peut influencer la façon dont ceux-ci conçoivent et observent la détermination et la justification des peines ainsi que le recours à l'emprisonnement en s'opposant à toute prétention de la peine d'emprisonnement à se présenter comme nécessaire (Kaminski, 2007).

La question sous-jacente est bien sûr celle de savoir si les juges doutent lors de la détermination des peines. Étant donné ce que nous avons mis en lumière dans le chapitre précédent, nous aurions tendance à répondre par la négative.

À cet égard, la notion de doute dans la détermination de la culpabilité semble plus facilement concevable car elle est liée à des éléments du passé : il s'agit de reconstruire une histoire (ce que l'accusé aurait fait) et le système n'est pas sûr d'avoir nécessairement la bonne construction. Tandis que le doute sur la peine à déterminer renvoie à l'action du juge lui-même située dans le présent. La difficulté du principe

du doute au moment de la détermination de la peine est qu'il impose au juge de douter de sa propre action, et non de l'action de quelqu'un d'autre.

Cette préoccupation légitime renvoie à la justification des peines. En effet, pour s'aider dans sa démarche réflexive, le juge pourrait se demander s'il dispose, dans le dossier, des éléments de preuve qui justifient le choix de la peine. Le juge peut s'interroger, comme dans la phase de détermination de la culpabilité, sur les éléments concrets de motivation qu'il peut mettre au crédit de la sélection de la peine qu'il se prépare à délivrer. Le principe du doute qui profite aux droits fondamentaux se lie, selon nous, intrinsèquement avec la motivation des peines dans les jugements.

3. Le principe de l'individualisation des peines comme idéal à poursuivre pour l'innovation

L'exigence d'individualiser les peines est une contrainte qui repose sur le juge et qui ouvre des espaces dans un cadre de contraintes légales ou jurisprudentielles. De plus, motiver la peine qui se justifie le mieux sur la base des éléments concrets de la situation relève d'un effort réel d'individualisation.

Nous avons relevé dans les communications judiciaires que le principe de l'individualisation des peines est composé de plusieurs dimensions. Leur combinaison constitue une posture des opérateurs du droit pour penser une manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement ajustée à la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

L'individualisation de la peine est observée comme une condition de possibilité pour garantir le respect de ces valeurs. Les juges observent que l'individualisation de la peine est également un devoir du juge :

"Un exemple de cette prise en compte des droits fondamentaux du condamné, est la discrétion du juge pour déterminer la peine appropriée." (Juge 17 Can)

"Je rappelle tout de même que ça fait aussi partie des règles, l'individualisation des peines est aussi un élément important. C'est vraiment de se dire, dans le contexte, par rapport à l'individu

que l'on a devant soi, on détermine quelque chose. Et ça c'est l'exercice que doit faire le juge. Ce ne sont pas les considérations générales sur ceci ou cela." (Juge 1)

"[459] (...) Mais n'oublions pas que les juges qui ont présidé un procès et qui, par conséquent, ont entendu tous les témoignages et ont pu évaluer le caractère de l'accusé, sont les mieux placés pour prendre une telle décision." (R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354)

L'individualisation est formulée comme une condition nécessaire pour le respect et la protection positive des droits fondamentaux. Le cadre légal est important pour donner une direction mais s'il est trop contraignant au niveau des normes de sanction, il porte atteinte à la prérogative des opérateurs du droit et aux valeurs mêmes du système de droit criminel.

Le principe de l'individualisation des peines s'accompagne donc de l'exigence pour le juge de disposer d'une réelle possibilité de décider, tant sur le *type* de peine que sur le *taux* de la peine. En effet, si le législateur prévoit des peines obligatoires, comme c'est le cas au Canada pour les meurtres au premier et second degré, il prive les juges de leur pouvoir de décision. Il crée ainsi une règle qui nuit au travail de tous les opérateurs du droit et aux droits fondamentaux en se fondant sur l'abstraction plutôt que sur l'individualisation au regard de la situation concrète :

"Si le juge on lui dit "oui tu vas faire l'exercice, mais tu vas partir de là et tu ne peux pas donner ce type de peine-là, dans ce cas, il faut que tu restes dans ce cadre ici". Et bien nécessairement celui qui va en pâtir c'est celui que je vais condamner parce que je ne pourrai pas l'individualiser peut-être comme je l'aurais fait sans les limites législatives. Celui qui écope c'est lui."
(Juge 18 Can)

"(...) parce que c'est moi qui connais les faits. C'est moi qui connais l'individu, qui connais les répercussions et conséquences sur la victime, il n'y a pas un cas qui est pareil. Mais quand le cadre législatif s'applique au crime pour lequel je dois prononcer une peine, le cadre ne fait aucune distinction. Il ne me donne pas cette latitude pour manœuvrer différemment pour l'imposition de la peine. Et pourtant la Common Law est très claire, c'est un processus

individualisé où je dois, en anglais on dit "to craft a sentence", je dois l'adapter à la personne qui est devant moi en respectant plusieurs critères, dont l'individualisation de la peine. Alors si le cadre juridique est très strict, j'ai moins de latitude pour appliquer ces critères." (Juge 18 Can)

Un de nos interlocuteurs ajoute une observation intéressante en indiquant que l'individualisation de la peine consiste également à tenir compte de la personne sur laquelle les conséquences de la peine retombe, et pas seulement à tenir compte de l'acte commis. Dans le cas contraire, la détermination de la peine serait abstraite au lieu d'être individualisée :

"Elle est individualisée en fonction de la personne. (...) Ne revenons pas à un système qu'on avait, je crois, au début ou au milieu du XIX^e siècle où vous faites tel fait, (l'interviewé frappe sur la table avec sa main) c'est automatiquement telle sanction un point c'est tout." (Juge 5)

Dans le même sens, un autre juge observe :

"Alors, plus je mets le focus sur des critères objectifs qui sont mis en place de façon uniforme pour tous les crimes, plus j'ai de critères comme ça, moins je vais individualiser." (Juge 18 Can)

La manière d'observer de ces opérateurs du droit rejoint la perspective théorique présentée par Mohr dans l'ouvrage *New Directions in Sentencing*, qui soutient que *"acts cannot be punished, only people"* (Mohr, 1980, p.21). Il indique que ce sont toujours des personnes qui sont jugées et punies, et non pas des articles du code pénal. La perspective de Mohr prône un droit situé et concret qui tient compte des conséquences de la condamnation sur les personnes. Cela signifie qu'afin de *contrôler les peines*, il est nécessaire d'observer les *conséquences de celles-ci sur les personnes*. En ce sens, le principe d'individualisation est une voie et une condition de possibilité pour l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Un autre juge attire encore l'attention sur le fait que la détermination de la peine contient intrinsèquement un double questionnement : celui relatif au type de peine et celui relatif au taux de la peine. Il observe

que l'individualisation de la peine doit se penser à ces deux niveaux pour qu'il puisse y avoir un ajustement aux droits fondamentaux et que le juge ait un réel pouvoir de décision :

"Maintenant, condamner quelqu'un à un an de prison, deux ans de prison ou trois ans de prison, il y a une forme de débat. Mais le débat essentiel est avant. Vous entrez dans la case prison parce que vous avez écarté la peine de travail etc., si vous êtes dans la case prison là il y a une nouvelle question." (Juge 1)

L'individualisation de la peine est également observée comme la nécessité de réviser la décision prise dans une temporalité dynamique :

"La peine ne doit pas nécessairement être longue pour provoquer un déclic. Et sa longueur excessive peut être nuisible d'ailleurs. Mais ça c'est tout l'art du juge. Et quand je dis le juge, le juge qui prononce la peine, mais aussi le juge qui veille à son exécution. C'est de veiller à ce que, comme pour un médicament, (rire) il n'y ait pas d'overdose de prison." (Juge 12)

Un autre juge fait une observation qui abonde dans le même sens :

"La justification d'écarter un individu de la société parce qu'il a commis quelque chose de grave, qu'il y avait un critère de dangerosité manifestement. Je l'écarte de la société pour la protéger. Ça va. Mais combien de temps ? Est-ce que je ne devrais pas réviser ça à un moment donné ? Parce que l'individu continue d'évoluer." (Juge 18 Can)

Ces opérateurs du droit soulignent l'importance du dynamisme du processus et de la révision de la peine en fonction de l'évolution réelle et concrète de la situation de l'individu condamné. Le caractère statique des longues peines privatives de liberté, au moins pour une certaine période, dont nous avons parlé dans le chapitre précédent, va à l'encontre de l'individualisation des peines et donc d'un ajustement à la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel :

"Et surtout c'est statique, c'est là le problème. Si on se permettait d'évoluer avec la personne qui purge la peine. L'individu évoluerait et la société, en même temps, dirait "l'individu en est arrivé là, je pense que le moyen de m'assurer de ma sécurité n'est plus au moyen des murs de la prison, je pourrais le faire d'une autre façon vu les moyens qu'on a maintenant". Ça donnerait plus de liberté à l'individu, peut-être jusqu'à se dire qu'on n'a plus besoin de rien. Le problème est que la décision est rendue à un point fixe dans le temps et elle demeure ainsi. Le seul espoir de modification est le processus de libération conditionnelle. Et dans le cas d'un meurtre, ils ne peuvent rien faire avant vingt-cinq ans. Ils ont les mains liées. Vingt-cinq ans c'est long. C'est énorme. C'est une vie." (Juge 18 Can)

Comme l'observe le juge, si le mécanisme de la libération conditionnelle semble dynamiser le *quantum* de la peine en l'atténuant, la période minimale à purger (durant laquelle il ne se passe pas grand-chose pour le condamné) contribue, quant à elle, à renforcer, pendant cette période, la représentation statique de la peine.

Si la dimension temporelle de la peine n'est pas pensée de manière dynamique, la tendance, sous l'influence du système d'idées de la RPM, penche vers la réalisation d'un compromis au moment de la détermination des peines en se dirigeant vers des longues peines privatives de liberté anticipatives, ne laissant qu'un espace différé à la prise en compte de la situation réelle et concrète de la personne condamnée et de son évolution.

Nous avons ainsi rendu visible que le principe de l'individualisation des peines contient plusieurs dimensions qui se combinent. Les opérateurs du droit observent, d'une part, l'individualisation des peines comme une nécessité pour ajuster la réponse du système de droit criminel à la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. D'autre part, l'individualisation des peines est observée comme le moyen par lequel les juges exercent pleinement leur pouvoir décisionnel de manière autonome et leur fonction de protecteurs des droits fondamentaux dans le champ de la peine.

Section III. La structuration théorique des ressources pour l'innovation puisées dans les données empiriques

Nous avons précédemment observé les obstacles cognitifs à l'innovation (chapitre IV) ainsi que les ressources pour l'innovation (section II du chapitre V). La troisième section de ce dernier chapitre est consacrée à la (re)construction.

Nous avons montré, dans la section II, que les opérateurs du droit fournissent de nombreuses idées et manières d'observer actualisables pour la construction d'une manière de déterminer et de justifier les peines qui soit ajustée à la protection positive et universelle des droits fondamentaux dans une rationalité pénale non afflictive. Nous proposons ici une structuration théorique de ces ressources pour l'innovation. L'objectif est d'amener un niveau d'inférence supplémentaire à l'analyse des données puisées dans les communications judiciaires.

Nous proposons la systématisation d'un outil pouvant servir à transformer la façon d'observer la détermination et la justification des peines ainsi que le recours à l'emprisonnement. Cet outil est le dispositif du *seuil du désastre*. Cette proposition, fondée dans les données empiriques et informée par la littérature et le cadre théorique, se concentre sur l'*ajustement* de la réponse du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

L'élaboration du dispositif s'inspire des obstacles cognitifs, ainsi que des ouvertures pour l'innovation, observés dans les communications judiciaires. La vocation du dispositif est en effet d'aider les opérateurs du droit à voir et à surmonter ces obstacles cognitifs. Il se présente comme un outil à la disposition des opérateurs du droit en vue de dépasser les obstacles cognitifs majeurs qui ont été mis en avant dans le chapitre précédent et qui les maintiennent dans le système d'idées de la RPM et, par voie de conséquence, dans une conception de l'emprisonnement neutralisant.

Notons qu'à côté des obstacles cognitifs, d'autres obstacles d'ordre plus concret ont également émergé dans les communications judiciaires. Ceux-ci sont perçus par les opérateurs du droit comme jouant un rôle important dans le blocage vers l'élaboration d'une autre manière de penser et d'agir dans le champ

de la détermination et de l'exécution des peines. Nous abordons également ces obstacles dans cette section, d'une part pour indiquer que le dispositif du seuil du désastre ne s'adresse pas directement à eux et, d'autre part, pour montrer que ces préoccupations soulevées par les juges n'empêchent pas d'engendrer l'innovation dans le champ de la détermination des peines et du recours à l'emprisonnement. Certaines préoccupations évoquées par les opérateurs du droit nous permettent d'établir les limites du dispositif, de préciser encore la contribution de notre recherche ainsi que de baliser le pouvoir innovateur des opérateurs du droit, en tenant compte de certaines réalités concrètes qui pèsent sur eux.

Pour ce faire, nous expliquons tout d'abord en quoi consiste le *dispositif du seuil du désastre* (A). Nous appliquons ensuite le dispositif à notre objet de recherche (B).

A. L'élaboration théorique du dispositif du seuil du désastre

Dans cette sous-section nous traitons tout d'abord du concept de dispositif du seuil du désastre (1), ensuite de son utilité (2) et, enfin, de ses caractéristiques (3).

1. La conceptualisation du dispositif

La notion de seuil du désastre a été empruntée par Pires à la sociologie du risque de Luhmann (*disaster threshold*) (Luhmann, 1993). Pour Luhmann, le *disaster threshold* désigne le point à partir duquel un dommage ou un risque franchit une limite sociale ou organisationnelle (seuil) et est alors perçu comme un désastre plutôt qu'un simple accident ou incident. Cette notion permet de comprendre comment les sociétés définissent et réagissent aux événements négatifs, en distinguant les risques "acceptables" de ceux qui deviennent insoutenables socialement ou politiquement. Luhmann analyse le risque comme un produit de décisions humaines, où la société établit une distinction entre le risque (lié à la prise de décision) et le danger (lié aux facteurs externes). Un désastre se manifeste lorsque les conséquences négatives dépassent le seuil tolérable. Ce dernier est variable. Il dépend des normes et valeurs collectives, de la capacité de réponse des institutions et du contexte historique.

Notons que la définition du seuil du désastre n'est pas simplement technique. Elle reflète des valeurs sociales, politiques et morales. Lorsque ce seuil est franchi, l'événement négatif qui survient implique une forte attribution de responsabilité aux décideurs et génère parfois des mobilisations ou des révisions institutionnelles majeures (Luhmann, 1993).

La sociologie du risque développée par Luhmann permet d'inscrire le dispositif du seuil du désastre dans une compréhension plus large des mécanismes d'autorégulation des systèmes sociaux. Selon Luhmann, les systèmes sont confrontés à des risques qu'ils génèrent eux-mêmes et la capacité d'un système à se maintenir dépend de sa faculté à s'auto-observer et à intégrer des mécanismes de surveillance de second ordre.

Pires se sert de la notion de "seuil du désastre" dans un document de travail, mis à la disposition des étudiant.e.s du Laboratoire de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale dont nous faisons partie, intitulé *Le principe de proportionnalité et les "peines radicales" : où se trouve le seuil du désastre ?* Il l'utilise pour élaborer un outil pensé pour l'auto-transformation du système de droit criminel dans le champ des normes de sanction. Ce travail constitue une contribution expérimentale visant à réajuster l'architecture cognitive du système de droit criminel face à sa propre incapacité à reconnaître et à prévenir les effets dévastateurs en termes de protection des droits fondamentaux en ce qui concerne la manière de déterminer et de justifier les peines (Pires, 2018b).

Pires (2018c) transpose le concept au champ des normes de sanction en droit criminel et le définit comme *"des critères-seuils ou des signes-avertisseurs qui indiquent aux opérateurs juridiques que s'ils franchissent ce seuil ou enfreignent ces critères, ils entreront dans une zone dangereuse et paradoxale pour l'affirmation des valeurs positives et fondamentales du système dans lequel ils opèrent et pour les valeurs fondamentales de la société. La manière dont ce seuil est franchi peut alors s'avérer et être vécue comme un désastre du point de vue de ces valeurs fondamentales si certaines conditions spécifiques n'ont pas été respectées"*.

Le seuil du désastre est un dispositif d'autorégulation qui anticipe les conséquences systémiques indésirables d'une décision qui trahit les valeurs qu'elle prétend défendre (Pires, 2018b). Le désastre

dont il est question est la rupture entre les valeurs positives fondamentales garanties par le système et ses pratiques concrètes dans le champ de la peine. En ce sens, il peut être lu comme un "signal d'alerte" visant à perturber les mécanismes punitifs lorsqu'ils deviennent toxiques pour le système lui-même.

Le terme "dispositif" utilisé pour désigner le seuil du désastre doit être compris ici dans le sens proposé par Foucault, c'est-à-dire comme un ensemble hétérogène de pratiques, de discours, de normes et de savoirs articulés autour d'une fonction stratégique (Foucault, 1994). Il ne s'agit donc pas d'un simple outil technique ou d'un mécanisme fonctionnel, mais bien d'une structure dynamique de pensée et d'action, qui façonne à la fois ce qui peut être vu, pensé, dit et fait. Ce dispositif est construit intellectuellement avec un objectif et mis à disposition des opérateurs du droit pour une utilisation stratégique, dans ce cas-ci l'auto-transformation du système de droit criminel en ce qui concerne la détermination et la justification des peines ainsi que le recours à l'emprisonnement, afin d'engendrer l'ajustement à la protection des valeurs positives fondamentales de ce système.

Ce dispositif est conçu comme un outil autoréflexif pour celui qui le mobilise. Il est également un outil méthodologique. Son rôle est d'aider à transformer la manière d'observer, de déclencher l'innovation dans la rationalité pénale et d'aider à autocontrôler les tendances répressives du système de droit criminel qui proviennent du système d'idées de la RPM. En ce sens, le seuil du désastre est un dispositif cognitif et non un outil technique ou une norme pure (Pires, 2018b). Il est conçu pour produire l'autonomisation du système judiciaire et pour favoriser sa capacité d'innovation.

Il ne crée cependant pas lui-même directement l'innovation dans le champ des normes de sanction. Il crée les conditions de possibilité de celle-ci en permettant aux opérateurs du droit d'être autoréflexifs sur le système d'idées du système de droit criminel au regard de la protection des valeurs positives fondamentales garanties par ce système. Il ne propose pas des réponses toutes faites. Il indique plutôt une direction à suivre (Pires, 2018b).

Pires décrit le seuil du désastre comme un "*dispositif sentinelle*" (Pires, 2018b), c'est-à-dire un dispositif de surveillance, qui agit, d'une part, pour signaler au système la ligne à ne pas franchir pour ne pas

porter atteinte à ses propres valeurs et, d'autre part, pour permettre aux opérateurs du droit d'observer les conséquences concrètes de leurs actions dans le système.

Nous adoptons ce dispositif pour le développer sur la base de nos propres résultats d'analyse. Nous en approfondissons certains aspects et nous l'appliquons à notre objet d'étude afin d'en faire un outil à la disposition des opérateurs du droit permettant d'élaborer une forme d'intervention du système de droit criminel dans laquelle les valeurs fondamentales garanties par le système sont protégées positivement, même dans les cas où un problème de sécurité se présente.

L'objectif du dispositif est de créer une rupture par rapport à la rationalité pénale afflictive fondée sur les théories traditionnelles de la peine formant le système d'idées de la RPM. Cette rationalité, comme nous l'avons montré par nos résultats d'analyse, peut en effet conduire à des condamnations non nécessaires et démesurées en termes de sévérité, particulièrement dans les cas de crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie d'autrui. Le principe de proportionnalité et les théories traditionnelles de la peine font de la gravité un prétexte pour une escalade punitive légitimée institutionnellement, laissant parfois très peu, voire aucune, marge de manœuvre aux juges.

2. L'utilité du dispositif

Le dispositif du seuil du désastre permet de créer une tension entre la peine envisagée et la logique de protection positive et universelle des droits fondamentaux. Il invite les tribunaux à s'interroger sur le moment à partir duquel la peine, même légalement justifiée, devient structurellement destructrice des valeurs positives fondamentales garanties par le système.

Il ne s'agit pas d'imposer une règle substantielle ou un barème rigide, mais bien d'inviter chaque opérateur du système de droit (juge, procureur, avocat, agent de probation, expert, etc.) à évaluer les finalités de la peine infligée au regard des conséquences irréversibles qu'elle pourrait entraîner pour la cohérence normative et axiologique du système. Le dispositif est ainsi conçu comme un moyen d'auto-contention interne, qui signale quand le droit cesse de se comporter comme un garant des droits et libertés et des valeurs positives protégées par le système, et devient plutôt leur oppresseur.

Le dispositif du seuil du désastre agit comme un dispositif méta-observationnel (observation d'une manière d'observer), visant à générer une capacité de prise de distance critique chez les opérateurs du droit (juges, procureurs, avocats) afin de créer une possibilité d'ajustement interne du système. Il invite les opérateurs du droit à réaliser une observation de second ordre permettant de questionner le bien-fondé de la réaction pénale adoptée, y compris lorsqu'elle est formellement conforme à la norme⁸³. Cet outil de surveillance cognitive aide ainsi les opérateurs à repérer quand la réponse du système pourrait franchir un seuil au-delà duquel le système de droit criminel cesse de protéger positivement les valeurs qu'il a intériorisé que sont la liberté, la sécurité, la dignité, la vie.

Le seuil dont il est question n'est pas un point fixe ni précis. Il opère comme une alerte, une sonnette d'alarme, qui indique l'entrée dans une zone de désastre dans laquelle l'intervention du système de droit criminel est susceptible de compromettre les valeurs qu'il garantit et d'aller à leur rencontre à travers les moyens mobilisés pour répondre à la situation problématique (Moreau, Moreau, 2023). La force du signal d'alarme tient à son activation précoce, avant que le dommage soit irréversible, et à sa capacité de perturber la routine décisionnelle du système pour déconstruire la rationalité pénale dominante.

Le dispositif permet aux opérateurs du droit de reconnaître les manières de recourir à l'emprisonnement masquées sous les rationalités prises pour acquises, notamment sous la bannière du principe de proportionnalité ou de la dévalorisation invisible de la réhabilitation et de l'insertion sociale. En cela, il agit comme un contrepoint critique au principe même de proportionnalité, lorsque celui-ci justifie l'usage démesuré de la souffrance au nom de la gravité du crime et il permet de tenir compte de la réhabilitation comme valeur du système, et non comme finalité de la peine, à travers la protection maximale de la liberté pour tout un chacun dans la mesure du possible (LRCC, 1975).

Il répond ainsi, d'une part, au constat que les théories traditionnelles de la peine partagent un point aveugle global relatif à leur indifférence à la protection positive et universelle des droits fondamentaux. Cette indifférence structurelle engendre un parti pris pour des peines d'emprisonnement de longues

⁸³ Ce dispositif permet d'augmenter la conscience à l'égard d'un problème important décrit par Pires : *"Dans ses opérations sur les peines, le système de droit criminel se préoccupe davantage de la normativité des moyens que de leur efficacité proprement dite ou même de leurs implications sur la vie des individus condamnés. Ce qui est à la fois essentiel et suffisant, c'est d'infliger une souffrance légale, le reste n'étant que souhaitable. Par exemple, il est simplement souhaitable que la prison puisse exercer sur le condamné un effet pédagogique, et ce, même si ce dernier aura peu de temps utile de vie après sa longue peine pour en bénéficier..."* (Pires, 2013, p.307).

durées, voire perpétuelles, sans que leur nécessité ne soit empiriquement ou éthiquement interrogée. D'autre part, le dispositif répond à l'autre constat essentiel que le système de droit criminel repose sur des finalités (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation, neutralisation) dont aucune n'intègre un mécanisme interne de limitation de la sévérité de la peine.

En résumé, l'utilité du dispositif est qu'il consiste en un *signal d'avertissement*. Celui-ci n'empêche pas concrètement l'action des opérateurs du droit, il propose plutôt un temps d'arrêt pour mener une réflexion sur la *qualité de l'intervention* du système de droit criminel. Le dispositif engendre une relecture réflexive de la peine envisagée à partir de ses effets concrets sur la cohérence axiologique du système de droit criminel lui-même. Le décideur entre dans la zone de désastre lorsque la norme punitive qu'il envisage, même si elle est justifiée légalement, va à l'encontre des valeurs fondamentales garanties par le système qu'elle est censée incarner et protéger positivement. Ce constat peut alors mener à la réorientation de l'action de l'opérateur dans la mesure du possible pour qu'elle s'ajuste à une protection positive des valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel.

3. Les caractéristiques du dispositif

Nous présentons ci-dessous les caractéristiques particulières du dispositif du seuil du désastre, telles que Pires (2018b) les a décrites, afin de permettre une bonne compréhension de ce en quoi il consiste, comment il fonctionne ainsi que son apport pour l'innovation dans la manière de déterminer et de justifier les peines.

Le seuil du désastre est un dispositif *autoréférentiel*. Cela signifie qu'il invite les observateurs (le système lui-même ou ses opérateurs) à observer ce qu'ils font et comment ils le font, au-delà des raisons pour lesquelles ils le font. Il agit comme un miroir critique que l'observateur se tend *à lui-même*. Il engage les observateurs dans une réflexion sur les conséquences de la manière dont ils appliquent les normes, au-delà de leur légalité formelle.

Le seuil du désastre est une *norme de vigilance*, c'est-à-dire qu'il ne prédit pas la survenance d'un désastre de manière déterministe. Au contraire, il indique qu'un seuil critique a été franchi, à partir duquel le risque de contradiction axiologique devient extrêmement élevé. Ce dispositif est également

non prescriptif car il ne fournit pas de solution, ni de décision-type. Il attire plutôt l'attention des observateurs sur la situation et sur les conséquences systémiques possibles. Il est un signal d'alarme préventif qui fonctionne de manière anticipée. Il agit en amont, comme un avertissement au décideur qu'il pourrait en venir à regretter sa décision si celle-ci n'est pas réévaluée. Il s'agit d'un mécanisme de lucidité institutionnelle qui rappelle que toute peine, même justifiée en droit, peut avoir des effets destructeurs sur l'équilibre axiologique du système.

Il est important de souligner que le seuil du désastre n'impose pas une réponse préformatée. Il n'indique pas ce qu'il faut faire. Il n'est pas un critère objectif du juste ou de l'injuste. Il est plutôt un *outil à fonction d'alerte*, une norme méta-réflexive qui attire l'attention du juge ou du décideur sur la possibilité d'une transgression de second ordre : non pas la transgression d'une norme juridique, mais l'atteinte aux fondements axiologiques du droit criminel lui-même. Le seuil du désastre ne désigne pas non plus un seuil moral universel. Il est plutôt un mécanisme d'ajustement critique qui permet à l'opérateur du droit de naviguer dans la complexité des décisions pénales, tout en restant aligné avec les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. Il est ainsi une boussole pour la pratique juridictionnelle.

Le dispositif du seuil du désastre se conçoit comme une *norme de niveau supérieur* car il surveille les autres normes et opère comme un mécanisme de contrôle interne du système, sans se substituer à celles-ci. Le dispositif a une double fonction dans le sens où il est à la fois un outil de protection du système contre lui-même et un instrument de reconnaissance de l'autre, en tant que sujet de droits.

Le seuil du désastre ouvre ainsi un espace d'innovation dans le champ de la détermination des peines. Il ne propose pas directement une transformation des règles, mais bien une métamorphose des conditions d'observation du système, initiant un déplacement du niveau d'observation. Il a ainsi "*le potentiel de rendre visible le sacrifice des valeurs fondamentales et positives du système, et d'inviter à mettre ces valeurs en usage dans la réaction pénale, c'est-à-dire à les actualiser dans la décision*" (de Saussure, 2024).

B. L'application du dispositif à l'objet de recherche

La mobilisation du dispositif du seuil du désastre propose un temps d'arrêt chez les opérateurs du droit afin de mener une réflexion sur la *qualité de l'intervention* du système de droit criminel. Dans cette démarche, les opérateurs sont encouragés à se poser différentes questions en fonction de leur rôle dans le système judiciaire (Moreau et Moreau, 2023).

En ce qui concerne l'action de la poursuite, la protection de la sécurité est centrale. Celle-ci peut viser, d'une part, la sécurité physique personnelle de chaque individu à l'égard de son intégrité ou de sa vie (LRCC, 1975) et, d'autre part, la sécurité de l'individu condamné contre l'excès de privation de liberté et contre toutes les conséquences négatives que la prison produit sur lui. Dans la démarche du dispositif du seuil du désastre, le procureur du Roi / de la Couronne qui requiert une peine en ayant une préoccupation pour la protection de la sécurité, est invité à se demander : "Quand je requiers cette peine, est-ce que je pense à la protection de la liberté de l'accusé dans la mesure du possible ? Si oui, comment est-ce que je tiens compte concrètement de cela ? Le recours à la prison est-il une nécessité réelle et concrète pour protéger la sécurité dans le cas précis ? Quelle est la réponse qui va maximiser la protection globale des droits fondamentaux de tout un chacun dans la mesure du possible ?".

En ce qui concerne la plaidoirie d'un avocat de la défense, la protection de la liberté est généralement la préoccupation centrale. La protection de la liberté peut viser, d'une part, la maximisation de la liberté de l'individu qui sera condamné mais, d'autre part, la liberté d'aller et venir d'autrui lorsque l'individu en question représente un problème de sécurité réel et concret au niveau de l'intégrité physique et/ou de la vie d'autrui. Armé du dispositif du seuil du désastre, l'avocat de la défense qui plaide en ayant une préoccupation pour la protection de la liberté, est invité à se demander : "Quand je plaide sur cette peine, est-ce que je pense à la responsabilisation de l'accusé et à la protection de la sécurité de tous et chacun ? Si oui, comment en tiens-je compte concrètement ? L'individu que je défends représente-t-il un problème de sécurité réel et concret pour l'intégrité physique et/ou la vie d'autrui, et donc leur liberté d'aller et venir ? Quelle réponse maximisera la protection globale des droits fondamentaux de tout un chacun dans la mesure du possible ?".

Le juge qui doit déterminer la peine est invité à se poser toutes ces questions et, s'il pense qu'un des opérateurs devant lui conserve des points de cécité, il peut, en outre, interroger chaque partie (poursuite et défense) sur la manière dont elle a tenu compte de l'autre partie et de la protection globale de la liberté et de la sécurité de tout un chacun. La question que le juge peut poser à la poursuite est "comment, dans votre proposition, avez-vous pris en compte la protection de la liberté, de la sécurité et de la dignité du condamné ?". La question qu'il peut poser à la défense est "comment avez-vous pris en considération les conséquences du comportement de votre client sur la victime et la société ?".

Les opérateurs du droit sont invités à faire *leur propre raisonnement* à partir de la logique de protection positive et globale des droits fondamentaux, et à mettre ces valeurs en œuvre dans la manière de penser la réponse du système. L'objectif est de réintégrer une attention pour la cohérence axiologique du système dans le raisonnement juridique, renforçant ainsi l'autonomie du système de droit criminel.

Dans cette perspective, le dispositif a pour effet de réduire la dimension polarisante du procès pénal. Si chaque acteur en conflit se pose ces questions diverses, l'idéal aboutit à une sorte de compromis, plutôt qu'à une bataille conflictuelle.

Après en avoir présenté la structure réflexive globale, nous présentons maintenant le seuil du désastre comme un dispositif pour penser la protection des droits fondamentaux (1). Nous montrons ensuite comment le dispositif s'applique à la manière de penser le recours à l'emprisonnement (2) et comment il cible la responsabilité décisionnelle des opérateurs judiciaires (3). Nous présentons, enfin, le seuil du désastre comme outil au service de l'autonomie du système de droit criminel (4).

1. Un dispositif pour penser la protection des droits fondamentaux

Nous avons mis en lumière plus tôt la difficulté que soulevait le fait d'observer les droits fondamentaux de manière polarisée dans le champ de la détermination des peines.

L'enjeu ne se situe pas dans le fait de trouver un équilibre entre un droit de punir et un droit de ne pas être puni, mais bien dans la *qualité juridique de l'intervention du droit criminel dans la manière de déterminer et justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement*. Abandonner le schéma de

polarisation de la protection des droits fondamentaux au moment de la détermination de la peine et penser une intervention du droit pénal qui considère les droits fondamentaux dans une logique de protection globale, observés comme une entité à valoriser en soi, est une voie pour sortir du système d'idées de la rationalité pénale moderne.

Le seuil du désastre est un dispositif qui soutient le système de droit criminel et ses opérateurs dans l'adoption d'une approche globale du respect des droits fondamentaux. Il invoque en effet une logique circulaire où la liberté et la sécurité sont pensées ensemble, et non de manière polarisée (Pires, 1991a et 1991b). Les différents opérateurs du droit travaillent dans une logique collaborative à la recherche d'un objectif commun qu'est la maximisation du respect des droits fondamentaux de manière globale (protection *positive*). Ils s'éloignent donc de la lutte polarisée et concurrentielle qui cherche à privilégier les droits fondamentaux de l'un au détriment de ceux de l'autre (protection *négative*).

La circularité dans la réponse du système de droit criminel signifie que, quand le système traite une situation problématique, il est en interaction directe avec lui-même et avec ses propres valeurs fondamentales dans la réponse qu'il donne. Cette idée fait référence à la réponse circulaire proposée par Mary Parker Follet : *"The conception of circular behavior throws much light on conflict, for I now realize that I can never fight you, I am always fighting you plus me. I have put it this way: that response is always to a relation. I respond, not only to you, but to the relation between you and me"* (cité dans Alberstein, 2006, p.229).

L'application de cette perspective à notre objet d'étude révèle que la peine n'est pas, pour le système de droit criminel et ses opérateurs, seulement une manière de s'adresser à l'autre, c'est-à-dire à l'individu condamné ou aux victimes, mais aussi une manière de s'adresser à lui-même et aux valeurs positives fondamentales qu'il garantit. En effet, la manière dont le système de droit criminel adopte ses moyens de réponse valorise, ou non, ses propres valeurs fondamentales. Comme l'indique Garcia, *"l'action du droit doit se concevoir en boucle, c'est-à-dire dans le sens d'une logique bilatérale où, dans la réponse à un conflit, le droit peut exprimer ses valeurs positives"* (Garcia, 2020, p.663).

En adoptant cette posture, le système est en mesure d'observer s'il a tenu compte de ses propres valeurs dans les *moyens* qu'il a adoptés ainsi que dans la *manière* dont il les a adoptés pour répondre à la situation problématique qu'il doit traiter. Cela pousse le système et les opérateurs du droit à observer et à interroger *la qualité du droit* au lieu de se donner aveuglément la tâche de lutter contre la criminalité sans prêter attention aux moyens mobilisés (Pires, 2023).

L'idée de circularité dans la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel trouve, d'une certaine manière, un autre fondement dans la philosophie de l'Autre de Lévinas (1961). Il est intéressant de mettre le propos de Lévinas en lien avec celui de Parker Follet. En effet, Lévinas invite à se demander qui est l'Autre à punir. Il donne une réponse à deux faces. La première est celle d'un autre pragmatique qui se trouve devant nous. Un individu réel et concret. L'autre face est celle d'un Autre inconditionnel, c'est-à-dire l'Autre directement mis en lien avec les valeurs positives fondamentales, peu importe qui est l'autre pragmatique. L'Autre inconditionnel est "*la présence de l'humanité dans les yeux qui me regardent*" (Lévinas, 1961, p.228). Dans cette face, l'Autre se pense au-delà de l'autre pragmatique, tout en le considérant, en lien avec les valeurs positives fondamentales. L'observation n'est alors pas seulement dirigée vers l'Autre, elle est dirigée vers l'Autre et vers soi, comme le dit Parker Follet. La combinaison des deux faces pousse l'observateur (l'opérateur du droit ou le système) à observer les moyens qu'il mobilise dans sa réponse et à garder en vue la direction vers autrui ainsi que la direction vers les valeurs positives qu'il garantit. Cette perspective rejoint également celle de Mohr (1980) qui en appelle à la conscience éthique⁸⁴ pour ne pas perdre de vue qu'il s'agit d'une personne qui se trouve devant nous et qu'on ne peut l'instrumentaliser pour répondre à des finalités abstraites.

Le seuil du désastre, en promouvant la circularité, rend visible la nécessité de construire une *éthique du comment faire* et pas seulement une *éthique du pourquoi faire*. En effet, avec ce dispositif il ne s'agit pas de trouver, de manière centrale, la justification de la réponse pénale en termes de finalités de la peine. Il s'agit d'observer la manière dont le système observe sa réponse en développant une *éthique du comment*. La construction d'une éthique du *comment répondre*, ou du *comment recourir à l'enfermement*, s'il y a lieu, est nécessaire dans le champ des normes de sanction pour garantir un

⁸⁴ Le terme "éthique" renvoie ici à une réflexion sur les valeurs, et non sur les faits : est-ce que cette norme-là pose ou non un problème en termes de valeurs ?

ajustement à l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Une éthique selon laquelle "[l]es valeurs associées aux droits de la personne telles que la vie, la liberté et la dignité humaine] ne nous quittent jamais, elles continuent sans cesse et malgré tout d'être protégées et de se refléter intégralement dans les modes d'intervention que suscite leur transgression" (Dubé, Labonté, 2016, p.698).

Le seuil du désastre incarne, dans la manière de concevoir la peine en droit criminel, cette *éthique juridique circulaire du comment faire*. Ce que le dispositif permet de rendre visible pour les opérateurs du droit est leur responsabilité par rapport à la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système. Il s'agit d'une "*responsabilité sans souci de réciprocité : j'ai à répondre d'autrui sans m'occuper de la responsabilité d'autrui à mon égard*" (Lévinas, 1986, p.11). En effet, comme le disait Parker Follet, quand on répond à autrui, on répond en même temps à soi-même, que ce soit en tant qu'opérateur du droit ou en tant que système de droit. Dans cette circularité, les opérateurs du droit trouvent la *limite à leur pouvoir de punir*, dans leur responsabilité de garantir la protection des valeurs positives fondamentales. Cette logique circulaire de protection des droits fondamentaux est ce qui leur permet de passer du recours à l'emprisonnement neutralisant au recours à l'emprisonnement non afflictif, dans les situations concrètes où un problème de sécurité existe.

2. *Un dispositif pour penser le recours à l'emprisonnement*

Tout d'abord, le dispositif du seuil du désastre permet de repenser la nécessité du recours à l'emprisonnement ainsi que celle du maintien de l'emprisonnement dans chaque situation concrète (a). Il permet ensuite de traiter du problème de sécurité que représente un individu (b).

a. La nécessité du recours à l'emprisonnement et de son maintien

Nous avons proposé une distinction entre "emprisonnement neutralisant" et "emprisonnement non afflictif". Au-delà des indicateurs empiriques que nous avons élaborés pour repérer le recours à l'emprisonnement neutralisant, le dispositif du seuil du désastre peut aider les opérateurs du droit à éviter de recourir à l'emprisonnement sur la base de la rationalité neutralisante du système d'idées de la RPM. Le dispositif soutient l'opération de se tourner vers une rationalité non afflictive pour concevoir la détermination et la justification des peines en général, et le recours à l'emprisonnement en particulier.

Le dispositif a été initialement pensé par Pires afin de surveiller la décision d'envoyer un individu en prison (Pires, 2018b). Nos résultats d'analyse ont rendu visible que ce premier volet devait être développé et complété afin que cette surveillance s'étende aux raisons de maintenir un individu enfermé ou d'envisager sa libération. La rationalité neutralisante s'observe en effet autant dans le choix du type de peine prononcée que dans la manière dont l'évolution de l'individu est prise en compte lors de l'exécution de la peine et dans l'effort investi pour sa réhabilitation et/ou la préservation de son insertion sociale. Ce dispositif, pensé au départ pour les décisions judiciaires, s'est donc vu prolongé, sur la base des résultats empiriques de la recherche, à l'exécution des peines.

En d'autres termes, dans sa double composante, le dispositif du seuil du désastre permet, d'une part, de recourir à l'emprisonnement non afflictif au moment de la détermination de la peine. D'autre part, il permet d'éviter de tomber dans l'emprisonnement neutralisant après que la peine ait été prononcée, en continuant de surveiller les raisons du maintien en prison et en dirigeant l'observation vers les raisons de sortir l'individu de prison. Par conséquent, le seuil du désastre est un dispositif qui permet non seulement d'observer *s'il faut recourir à la prison*, mais aussi *comment il faut y recourir*.

L'extension du dispositif s'inspire des travaux de la Commission de Réforme du Droit du Canada (1975) qui suggère, dans son *Document de travail n°11*, de s'interroger, d'une part, sur les raisons particulières de recourir à l'emprisonnement (problème de sécurité) et, d'autre part, de s'interroger sur les raisons particulières de garder l'individu condamné en prison (continuité du problème de sécurité) ou de le libérer (fin du problème de sécurité).

Cette surveillance à deux niveaux permet une approche plus complète du respect des valeurs fondamentales garanties par le système, dans une logique globale où la liberté et la sécurité sont pensées comme appartenant à un même ensemble.

Au moment de penser *le maintien de l'individu en prison*, ou *la possibilité de libération* de celui-ci, l'opérateur du droit est amené à se demander si la décision de remettre l'individu en liberté est en phase avec les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel. Le risque de

franchissement du seuil du désastre apparaît quand la réponse du système va à l'encontre de ces valeurs. Tel serait le cas si la décision est prise sans tenir compte de la réhabilitation de l'individu ou dans une indifférence à l'égard de son insertion sociale, non en tant que finalité de la peine mais en tant que valeur du système de droit criminel. L'objectif, dans cet aspect du dispositif, est de *contenir la sévérité des peines* et d'éviter leur inutile continuation.

Les questions que l'opérateur du droit peut alors se poser sont : pourquoi l'individu devrait-il rester en prison ? Représente-t-il encore un problème de sécurité réel et concret à l'égard de l'intégrité et/ou de la vie d'autrui ? Cette solution est-elle nécessaire au regard de la valorisation de la réhabilitation et/ou de l'insertion sociale de l'individu ?

Le dispositif du seuil du désastre introduit ici un dynamisme dans la temporalité du recours à l'emprisonnement. Cet aspect a été évoqué lors de l'analyse des données. Plusieurs opérateurs ont en effet souligné, pour rendre effective la maximisation de la protection des droits fondamentaux de tout un chacun, la nécessité de penser le recours à l'emprisonnement dans une dimension temporelle dynamique. Par conséquent, s'il existe, au moment de la détermination de la peine, des raisons d'envoyer l'individu en prison, l'observation se tournera le plus rapidement possible, lors de l'exécution de la peine, vers les raisons de le sortir de prison afin de valoriser sa réhabilitation et/ou son insertion sociale. Cette idée trouve également un appui dans l'approche de Geudens, Schelkens et Walgrave qui indiquent que le juge au niveau de l'exécution de la peine "*peut, pour certaines raisons, comme la réduction des risques en matière de sécurité, revenir sur sa décision*" (Geudens, Schelkens, Walgrave, 1998, p.15).

b. La détermination du problème de sécurité

Une difficulté peut émerger. Elle consiste à se demander *où tracer la ligne du problème de sécurité que représente un individu*. Dans le cas des crimes portant atteinte à l'intégrité physique ou à la vie d'autrui, les données révèlent la volonté de prendre une décision sans aléa ni erreur, soit programmée par le système politique pour rassurer l'opinion publique, soit sélectionnée par certains opérateurs du droit pour leur confort moral.

Cependant, cette ligne n'est tracée ni à l'avance ni de manière abstraite. En effet, le juge est la personne qui a le cas concret et les preuves sous les yeux. Le principe d'individualisation va à l'encontre du traçage de cette ligne à l'avance et selon des critères généraux tels que la gravité objective du crime. Bien que certains critères puissent être établis comme indicateurs flexibles et certaines situations puissent être exclues d'emblée, il revient au juge de chaque fois tracer la ligne du problème de sécurité que représente chaque individu.

Dans la section II nous avons proposé l'agencement de trois critères pour déterminer si un problème de sécurité existe, et par-delà même, la nécessité du recours à l'emprisonnement en dehors du système d'idées de la RPM : 1) un ou des actes entraînant des conséquences importantes, voire extrêmes, 2) ayant été commis intentionnellement et 3) selon un motif pouvant engendrer un risque important de répétitivité (récidive). Le point de savoir si ces critères sont ou non rencontrés ne peut être réalisé que par une évaluation au cas par cas.

En effet, si la réponse est déterminée à l'avance pour le juge et si la conception de "l'individu qui pose un problème de sécurité" est très large, englobante et abstraite, le seuil du désastre a de grandes chances d'être dépassé.

Le dispositif proposé consiste donc à mettre en évidence des options qui pourraient être clairement contraires à la logique d'universalité de la protection des droits fondamentaux dans la manière de déterminer et de justifier les peines. Dans cette perspective, nous pouvons indiquer que le concept de "problème de sécurité", en dehors du système d'idées de la RPM, relève d'une évaluation de la situation concrète par un juge sur la base de tous les éléments mis à sa disposition (indicateurs empiriques procurés par différents experts).

3. Un dispositif pour cibler la responsabilité des opérateurs judiciaires

Le seuil du désastre est un dispositif qui permet de visualiser et de cibler la responsabilité des opérateurs du système de droit criminel (a). Toutefois, il faut reconnaître qu'il n'élimine pas les pressions externes portant sur l'acceptation des décisions judiciaires, notamment la satisfaction de l'opinion publique (b).

a. La responsabilité décisionnelle des opérateurs judiciaires

L'analyse des données empiriques a montré que, concernant le type de crimes faisant l'objet de cette étude, le système de droit criminel et ses opérateurs subissent certaines pressions venant du système politique, des médias de communication de masse et d'un public habitué à la peine afflictive. Ces pressions vont généralement dans le sens de la sévérité des peines et du recours à l'emprisonnement neutralisant.

Le système juridique intériorise les pressions venant du système politique non seulement parce qu'il partage avec celui-ci le système d'idées de la RPM, mais également en raison d'une conception hiérarchisée de la société dans laquelle le système de droit est perçu, et se perçoit, comme inférieur au système politique. Comme nous l'avons vu, cette représentation du fonctionnement de la société entraîne une perte d'autonomie dans l'exercice du pouvoir décisionnel des cours et tribunaux.

Or, des auteurs comme Lemert (1967)⁸⁵ et Luhmann (1995, 2006) ont proposé une autre manière d'observer les sociétés démocratiques selon laquelle il n'y aurait pas de hiérarchie au sens propre entre les systèmes sociaux, et donc entre le système de droit et le système politique. Selon Luhmann, la culture organisationnelle crée la hiérarchie entre les systèmes sociaux, mais cette hiérarchie n'est pas institutionnelle (Luhmann, 1995, 2006). Cette perspective permet de penser les systèmes en collaboration et en rapport d'interdépendance les uns avec les autres dans le respect de leur autonomie propre plutôt que dans un rapport d'obéissance de l'un par rapport à l'autre. Le dispositif du seuil du désastre s'accorde avec cette description sociologique de la société moderne. En tant qu'outil permettant aux opérateurs du droit de visualiser et de cibler où se situe leur responsabilité, il les guide vers l'autonomie décisionnelle et vers une manière de décider qu'ils peuvent pleinement assumer.

Afin de permettre cette visualisation et ce ciblage de la responsabilité des opérateurs du droit dans le champ de la détermination des peines, une distinction centrale est reprise par Pires à la sociologie du risque de Luhmann. Il s'agit de la distinction entre "événement regrettable" et "décision regrettable"

⁸⁵ Lemert soutient que la société est composée de systèmes sociaux multiples (famille, école, justice, pairs, etc.). Ces systèmes font partie d'une société globalement "pluraliste", c'est-à-dire qu'aucun système n'a d'autorité absolue sur les autres. Il critique la représentation selon laquelle certains systèmes auraient une autorité "naturelle" sur les autres.

(Pires, 2018b). Un événement tragique, comme une récidive post-libération, peut susciter un regret profond chez la personne qui a pris la décision de libérer. Cependant, ce regret ne doit pas se confondre avec le regret qui naîtrait d'une décision mal fondée sur les plans juridique et éthique. En effet, une décision juridiquement et éthiquement correcte ne devient pas une "mauvaise" décision du seul fait de la survenance d'un événement malheureux. À l'inverse, une décision prise sans égard aux valeurs fondamentales garanties par le système, même si aucun événement négatif ne s'ensuit, peut être source de regret rétrospectif lorsqu'on en perçoit les implications axiologiques.

En introduisant cette distinction, le dispositif du seuil du désastre agit comme un garde-fou cognitif car il guide l'opérateur du droit vers une décision fondée sur le plan juridique et éthique qu'il pourra assumer en toute conscience, quelles qu'en soient les suites (survenance d'un événement regrettable ou non).

Un extrait d'entrevue illustre cette distinction entre "événement regrettable" et "décision regrettable" :

"Deux libérés conditionnels ont tué deux victimes (...). L'émotion a été considérable." (Juge 12)

La question que soulève cet extrait d'entrevue, au regard du seuil du désastre, est celle de savoir si la décision de libérer les individus a été prise de manière fondée sur le plan de la technique et de l'éthique juridiques. Si c'est le cas, l'événement est regrettable mais la *décision de libérer* ne l'est pas. En d'autres termes, il n'y a pas de *post-decision regret* (Luhmann, 1993) si la décision est correctement prise selon les valeurs du système de droit criminel et les informations disponibles au moment où elle a été prise. Au contraire, si une décision incorrecte sur le plan de la technique ou de l'éthique juridiques est prise afin de prévenir toute possibilité d'un éventuel événement dommageable, le système peut alors faire face à un *post-decision regret*, si le système en prend conscience, car la décision crée un désastre en ne protégeant pas les valeurs juridiques. Tel est le cas quand le système produit des faux positifs (Mathiesen, 1990 ; Houchon, 1994).

Le dispositif du seuil du désastre permet de cibler où se situe la responsabilité décisionnelle des opérateurs du droit. Dans la situation évoquée dans l'extrait d'entrevue, le seuil du désastre invite l'observateur à se demander comment la décision de libérer l'individu a été prise. Adéquatement, à la

légère, en respectant les valeurs du système de droit, celles du système politique, etc. ? Si la réponse est que la décision a été prise sans traverser le seuil du désastre, c'est-à-dire de manière ajustée aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel, la décision prise n'est pas regrettable, même si un événement regrettable survient par la suite.

En revanche, si le seuil du désastre est consciemment franchi lors de la prise de décision, qu'il s'en suive un événement regrettable ou non, la décision prise est regrettable. Si le juge prend la décision de garder l'individu en prison afin d'éviter d'être blâmé pour sa décision, le seuil du désastre est transgressé car les valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel ne sont pas préservées. Les droits fondamentaux ne sont pas positivement et globalement protégés ni maximisés dans la mesure du possible.

Précisons, cependant, que le seuil du désastre vise la protection globale des valeurs positives fondamentales garanties par le système. Il indique ainsi une zone de désastre si un individu est gardé en prison alors que ce n'est pas nécessaire, mais il indique également une même zone de désastre si un individu se voit rendre sa liberté alors qu'il pose un problème connu de sécurité réel et concret. Dans ce dernier cas, si l'individu qui présente un problème de sécurité est libéré, le *regret de la décision* s'ajoute au *regret de l'événement*.

Pour résumer, la fonction du seuil du désastre est d'aider l'opérateur à ne pas prendre une décision problématique à l'égard des valeurs positives fondamentales garanties par le système. Celle-ci génère une distinction entre la *décision non regrettable* (correctement prise au regard de la protection des valeurs juridiques, mais qui peut donner des *résultats regrettables*) et la *décision regrettable* (incorrectement prise sur le plan juridique, et qui donne des *résultats regrettables*).

Lorsque cette distinction n'est pas réalisée, les résultats concrets de la décision peuvent être utilisés pour critiquer la manière dont la décision a été prise par l'opérateur du droit. Le dispositif du seuil du désastre suggère donc un autre point d'ancrage pour l'évaluation de *la qualité de la décision*, à savoir le respect des valeurs juridiques. En effet, si le point d'ancrage pour l'évaluation de la décision juridique est le résultat concret de la décision, chaque fois qu'il y a une récidive, toute décision serait perçue

comme regrettable, peu importe *la manière* dont elle a été prise. Ce point d'ancrage fait cependant perdre de vue que, confrontée à un événement tragique, toute décision semble "mauvaise", qu'elle ait été prise correctement ou non au regard des valeurs juridiques.

Cette distinction permet donc de mieux définir la responsabilité des opérateurs juridiques. Celle-ci consiste à rendre des décisions correctes sur les plans juridique et éthique. Si le système de droit criminel fonde son action et *sa manière de déterminer et de justifier les peines* sur la croyance qu'il est responsable de régler factuellement la survenance d'événements tragiques dans la société, il risque de créer sans cesse des faux positifs, c'est-à-dire des fausses prédictions de récidive, afin de maintenir les individus enfermés et ainsi garantir que ces événements ne surviennent pas (Mathiesen, 1990). Il pourrait également tomber dans les pièges du *Three strikes and you're out* et de la neutralisation pure afin d'écarter la menace de façon massive (et illusoire), comme nous l'avons vu dans le chapitre I. Leipold décrit cette dérive dans les termes suivants : "*the threshold problem is that incapacitation requires a limiting principle. If stopping crime were the only goal, we could incarcerate all felons for life, an unpalatable and surely unconstitutional solution*" (Leipold, 2006, p.542).

Aucun système social, pas même le système de droit criminel, n'a la responsabilité, à lui seul, d'assurer la protection physique des individus. Nous avons montré dans le chapitre précédent comment les discours autour de la "protection de la société" peuvent entraîner des dérives à cet égard. La prévention de la violence est un travail collectif où interagissent différents systèmes sociaux tels que les systèmes éducatif, économique, sanitaire, social, politique et juridique. Un extrait du *Handbook on the Crime Prevention Guidelines* des Nations Unies illustre l'idée selon laquelle la protection des individus est une responsabilité partagée et ne repose pas uniquement sur le système de droit criminel et ses opérateurs :

"Governments at all levels cannot rely solely on criminal law and the justice system to guarantee safety. Multi-sectoral partnerships – involving ministries responsible for housing, health, education and employment, recreation, social services and the environment, as well as the police and the justice sector – can all play a decisive role in reducing crime by implementing proactive rather than reactive strategies." (UNODC, 2010, p.24)

Cette perspective se retrouve également dans le *rapport n°3* rédigé en 1976 de la Commission de Réforme du Droit du Canada qui introduit deux principes pouvant être mobilisés par les opérateurs du droit criminel en soutien à la démarche proposée par le dispositif du seuil du désastre.

Le premier est celui de la contention (*principle of restraint*). La Commission le décrit comme suit :

"Criminal law, then, serves to affirm fundamental values. (...) What law can do, it must do well. But here restraint is vital. What counts is not the number of bodies processed through the system, but rather the nature of those processes. The key is quality, not quantity. To get this quality we have to use restraint: restraint in making criminal laws and criminal offences, in burdening people with criminal liability, in processing conflicts through the criminal courts, and finally in our use of our penalty of last resort, imprisonment. In all these matters more means worse and less means better." (LRCC, 1976, report n3, p.17) (Nous soulignons)

Ce principe insiste sur la nécessité de limiter le recours au droit criminel aux seuls cas où il est strictement indispensable, réaffirmant ainsi le caractère subsidiaire de la sanction pénale, surtout si elle est privative de liberté. Il s'agit d'un principe de nécessité qui indique qu'il ne faut punir que si cela est réellement nécessaire en termes de sauvegarde et de protection des valeurs fondamentales garanties par le système. Cette retenue invite à privilégier des mécanismes alternatifs, notamment lorsque d'autres instruments sociaux ou institutionnels permettent de répondre à un problème donné.

Le second principe est celui de la protection (*principle of protection*). Celui-ci ne renvoie pas simplement à la protection de la société contre la criminalité, mais également à la sauvegarde des valeurs positives fondamentales garanties par le système. Il redéfinit la fonction du droit criminel en mettant l'accent sur une optique axiologique et non instrumentale (réduction du taux de la criminalité). Insérés dans la logique du dispositif du seuil du désastre, ces deux principes sont, pour les opérateurs du droit, des indicateurs complémentaires du lieu et de la limite de leur responsabilité décisionnelle dans le champ de la détermination des peines.

b. La pression externe relative à l'acceptation des décisions judiciaires

Une difficulté a été soulevée par les opérateurs du droit rencontrés. Il s'agit du risque de non-compréhension, voire de non-acceptation, par l'opinion publique de décisions judiciaires qui se trouveraient à l'extérieur du système d'idées de la RPM. Cette préoccupation représente un défi au regard de l'effectivité de la mobilisation du seuil du désastre et des idées innovatrices. La pratique du seuil du désastre pourrait, en effet, donner lieu à des décisions qui, sans explication et justification, risqueraient d'être mal reçues par une partie de l'opinion publique non familiarisée avec la fonction du droit, ce qui peut refroidir les ardeurs innovatrices des opérateurs.

Afin de répondre à cette préoccupation, rappelons que le dispositif est conçu pour surmonter les obstacles cognitifs à l'intérieur du système de droit criminel. Chaque opérateur du droit qui doit prendre une décision sur la peine peut utiliser le dispositif pour lui-même de manière *autoréflexive*. Le dispositif est proposé aux opérateurs pour qu'ils voient dans quelle mesure ils peuvent créer des ouvertures afin de transformer le système cognitivement et, surtout, pour leur éviter de succomber aveuglément au système d'idées de la RPM et aux pressions de leur environnement dont l'opinion publique fait partie.

En effet, le système d'idées de la RPM, qui repose sur l'affliction et l'exclusion sociale, a en sa faveur la possibilité d'être justifié par l'opinion publique (Xavier, 2012)⁸⁶. Cependant, le point de cécité de cette perspective visant à justifier l'action interne du système de droit criminel par la pression externe de l'opinion publique réside dans son caractère unidirectionnel et déterministe. Cette conception entraîne le système judiciaire à s'auto-observer non comme réflexif, mais comme reflet de l'opinion publique :

"Le minimum sera quand même rarement requis parce que c'est tellement grave aux yeux du code pénal, qui est le reflet finalement de la société, mais aussi de la population au sens large."
(Juge 14)

⁸⁶ Dans le cadre du programme de recherche sur la rationalité pénale moderne (RPM), une attention particulière a été portée à la question de l'opinion publique. Plusieurs travaux menés dans cette perspective, notamment ceux de Xavier (2013), Dubé et Garcia (2017), Labonté (2020) et Audesse et Moreau (2023), ont permis d'éclairer les rapports complexes entre les pressions externes que l'opinion publique exerce sur le système de droit criminel et les dynamiques internes du système qui en gouvernent la transformation. Ces recherches s'éloignent d'une conception marxiste classique, selon laquelle une transformation du système de droit criminel adviendrait par des interventions extérieures, notamment par la pression de l'opinion publique ou de mouvements sociaux populaires. À l'inverse, elles s'inscrivent dans le paradigme des systèmes autopoïétiques, tel que développé par Niklas Luhmann, dans lequel le système de droit criminel est envisagé comme un système autonome, fermé sur le plan opérationnel, et qui se transforme par lui-même et pour lui-même (Luhmann, 2011).

À ce propos, la théorie des systèmes sociaux *autoréférentiels* de Luhmann est intéressante pour l'innovation car elle aide l'observateur à prendre distance de ce type de déterminisme unidirectionnel et à concevoir la réalité dans une perspective où chaque système social ou système psychique opère ses propres sélections en fonction de *ses propres valeurs* (Luhmann, 2011).

Cette perspective ne nie pas le poids des facteurs environnementaux sur le système de droit criminel, qu'ils soient politiques ou liés à l'opinion publique. Néanmoins, comme l'ont montré Xavier (2013) et d'autres comme Labonté (2020), tout comme un environnement progressiste ne garantit en rien une innovation positive du système de droit criminel, l'opinion publique ne constitue pas plus un levier suffisant pour bloquer ou contraindre l'auto-transformation du système de droit criminel. En effet, la perspective adoptée dans ces travaux, et dans laquelle nous nous inscrivons pour penser la notion de seuil du désastre, repose sur l'idée que l'auto-transformation du système de droit criminel repose d'abord sur des dynamiques internes et relève de la responsabilité des opérateurs du droit et du système. Autrement dit, l'autonomie des individus à l'intérieur du système et la réflexivité de ce dernier quant aux obstacles cognitifs qui lui sont propres sont perçues comme des conditions essentielles de son auto-transformation.

Le dispositif du seuil du désastre rend visible le problème d'ajustement aux valeurs positives garanties par le système de droit criminel qui survient si les opérateurs du droit abondent dans le sens de l'opinion publique⁸⁷ engluée dans le système d'idées de la RPM sans opposer aucun rempart à cette façon d'observer la détermination et la justification des peines ainsi que le recours à l'emprisonnement.

Les juges peuvent se libérer cognitivement du système d'idées de la RPM en tenant compte, dans une certaine mesure, de la pression externe objective. Cependant, afin d'engendrer l'innovation, une extériorisation explicite de leur raisonnement est nécessaire.

⁸⁷ Comme l'explique Dubé (2013, p.23) en s'appuyant sur les travaux de Xavier (2012 ; 2013) : *"les notions d'opinion publique" et de "public" se conçoivent comme des "réalités" contingentes, socialement construites par un système qui observe, c'est-à-dire par un système qui, dans le plein exercice de son autonomie mais toujours en relation de dépendance avec son environnement, sélectionne ce qui lui paraît pertinent pour sa reproduction tout en considérant comme "bruit" ou comme "non-information" ce qui, au contraire, lui paraît sans résonance. On pourra à cet égard observer, au sein de notre société contemporaine, l'influence de la RPM dans la sélection et la mise en forme d'une "opinion publique" et d'un "public" répressifs qui se caractérisent par un attachement aux peines afflictives, à la privation de la liberté, au blâme et à la stigmatisation du délinquant ; on observe a contrario, toujours sous l'influence de la RPM, la dévalorisation d'une "opinion publique" et d'un "public" plus modérés, plus conciliants, centrés sur l'idéal de la réparation plutôt que sur la continuation des hostilités."*

La manière dont le juge prend en considération la pression externe dépend de chaque cas concret. Aucune solution générale ne peut être définie à l'avance ; aucune solution "passe-partout" n'existe face à cette question. Des entrevues menées au Laboratoire de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale, dans le cadre d'un projet financé par le CRSH intitulé *"Penser les droits de la personne et l'échelle des peines en Occident"*, ont permis de récolter de l'information à ce sujet. Des juges et des procureurs nous ont expliqué des stratégies mises en place pour tirer vers eux, autant que faire se peut, l'opinion et les médias. Ils ont suggéré d'expliquer clairement le raisonnement au public et à la famille de la victime pendant l'audience pour s'assurer qu'ils comprennent la logique du choix de la peine, ou attendre volontairement une journée avant de rendre la décision pour laisser retomber la charge émotionnelle.

Notons en effet que, avec le dispositif du seuil du désastre, le juge ne se trouve pas nécessairement seul face à l'opinion publique. Les procureurs et avocats participent à la décision et peuvent contribuer à la présenter correctement au public.

Développer cet aspect pourrait éventuellement faire l'objet d'une autre recherche auprès des juges et des procureurs afin de penser des manières de faire rempart de façon concrète. Cela n'est toutefois pas l'objet de notre contribution.

La densité du problème consistant à s'extraire des idées politiques structurelles préconstruites est incontestable dans les cas où des dimensions émotionnelles importantes et les sentiments de justice sont présents. Les solutions ajustées à la protection des valeurs fondamentales garanties par le système peuvent parfois sembler incompréhensibles face à l'emprise de la RPM. Le problème qui apparaît est alors celui de la manière de communiquer pour rendre compréhensible et acceptable la sortie d'une rationalité pénale résistante bien que non ajustée. La motivation des décisions judiciaires a, à cet égard, toute son importance.

Le rôle du chercheur en sciences sociales n'est pas d'amener des solutions toutes faites aux opérateurs du droit, ni de se substituer aux décideurs (Weber, 1959). La mission du chercheur est d'éclairer,

d'analyser les valeurs, de mettre en évidence les conséquences de certaines positions ou choix et de montrer aux opérateurs ce qu'ils *peuvent* faire et ce que cela implique. Il nous appartient donc de mettre en lumière des faits inconfortables dans la manière de déterminer et de justifier les peines en droit criminel, de montrer les dérives du service judiciaire rendu à une opinion publique qui s'inscrit dans le système d'idées de la RPM, de penser de nouvelles structures éthiques pour soutenir les opérateurs du droit dans leur action et de fournir des outils qui permettent d'œuvrer dans ce sens.

Même si la question de la pression mise sur les juges et les procureurs par l'opinion publique est un problème important, cela ne signifie pas qu'il faille abandonner complètement la recherche d'une autre manière de penser. À cet égard, le dispositif du seuil du désastre les aide dans le processus de prise de décision et vise à les aider à se protéger de la marée de l'opinion publique. Il permet de rendre visible le fait que, si un opérateur du droit requiert ou prononce une peine plus sévère dans l'objectif de satisfaire une opinion publique s'inscrivant dans le système d'idées de la RPM, le seuil du désastre est franchi et le système porte atteinte à ses propres valeurs fondamentales.

4. *Un dispositif pour l'autonomie du système de droit criminel et de ses opérateurs*

La distinction entre "décision regrettable" et "événement regrettable" permet au système de droit criminel et à ses opérateurs de cibler leur responsabilité dans le champ de la peine et, ainsi, de récupérer une certaine autonomie par rapport au système politique et à l'opinion publique. Nous avons ainsi mis en lumière que le seuil du désastre est un dispositif qui opère au niveau de la *manière de décider*.

a. L'autonomie suppose un choix

Le dispositif s'attache au pouvoir décisionnel autonome des cours et tribunaux. Pour que ce dernier puisse être effectivement exercé, il faut que les opérateurs du droit puissent sélectionner au moins deux options. En effet, toute décision est composée d'au moins deux faces, ce qui veut dire qu'il n'est pas possible de décider s'il n'existe pas une alternative entre "ceci" ou "cela" (Luhmann, 2002). Si seulement une voie est proposée ou si une face est présentée comme la seule acceptable, il n'est plus question de décision.

Dans le champ de la peine, la grande alternative qui existe est "*in/out*". Il s'agit de l'alternative entre "peine de prison" ou "pas peine prison". Si l'opérateur du droit considère qu'il se retrouve dans une situation où il n'a pas le choix, c'est-à-dire qu'il n'a pas une réelle option entre "*in*" et "*out*", alors il ne peut pas décider, il peut seulement agir. Il *agit* en reconduisant une *décision* prise en amont par un *autre système*, en l'occurrence le système politique.

Comme nous l'avons vu dans de nombreux extraits d'entrevue, souvent, l'incarcération est prononcée et/ou maintenue sans véritable décision prise par les juges qui serait le résultat d'un choix entre deux options réellement ouvertes. Le seuil du désastre cherche à restaurer la capacité de décision des juges, en interrogeant les raisons profondes qui justifient ou non le recours à l'emprisonnement dans chaque cas concret. Il s'agit alors moins de savoir *si l'on peut punir*, que de se demander *à quelles conditions la manière de punir sélectionnée est un acte respectueux des valeurs juridiques fondamentales*.

b. Une autonomie sans moyens

L'effectivité du pouvoir décisionnel des opérateurs du droit renvoie indéniablement à la question de la limitation des moyens rendus disponibles par le système politique pour rendre crédible une décision de maintenir en liberté l'auteur d'un fait ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou à la vie d'autrui. Cela a été évoqué par certains opérateurs du droit comme un obstacle à l'innovation dans le champ de la détermination des peines en droit criminel. Les juges estiment ne pas avoir les moyens de prendre des décisions plus audacieuses qui valorisent la liberté.

Les moyens en question ne sont pas seulement dépendants du cadre légal, c'est-à-dire de l'existence ou non de possibilités légales alternatives et de l'ouverture plus ou moins grande de ces possibilités⁸⁸. Le problème soulevé par les opérateurs du droit concerne aussi les actions du système politique et de l'administration pour rendre ces alternatives vivantes (en termes de financement, d'évitement de la surcharge, etc.) en telle manière que les juges ne se découragent pas d'envoyer les individus dans des services de probation ou de travaux communautaires, par exemple.

⁸⁸ Les possibilités légales sont plus ouvertes en Belgique qu'au Canada en ce qui concerne les crimes portant atteinte à la vie.

Ce problème de moyens, mentionné par les opérateurs du droit, est important. Cependant, il ne constitue pas un obstacle cognitif d'ordre épistémologique. Il est un obstacle d'ordre socio-économique. Or, le dispositif du seuil du désastre s'adresse aux obstacles cognitifs dans le champ de la détermination des peines.

Le seuil du désastre n'est pas un dispositif pouvant faire face à tout type d'obstacle. Notre travail cible l'innovation cognitive car elle représente une étape *sine qua non* pour favoriser l'innovation matérielle. L'innovation cognitive précède l'innovation matérielle. En matière de détermination de la peine, nous ne pouvons pas attendre une innovation matérielle (une innovation de moyens) si le système d'idées reste inchangé. Le mathématicien Ian Stewart, dans le film documentaire *The Colours of Infinity*, explique le lien entre la géométrie fractale et ses applications concrètes : *"the ideas must come first, and then you have to translate them into practical things"*.

Le dispositif du seuil du désastre est un indicateur de direction pour l'opérateur du droit qui le mobilise. Il s'adresse à une idée, à une manière de concevoir la façon de punir. La solution concrète reste à découvrir en fonction du cas particulier qui se présente, et celle-ci dépend notamment des moyens réels à la disposition du juge.

Si un juge, en mobilisant le dispositif du seuil du désastre, arrive à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de recourir à l'emprisonnement, souhaite prononcer une peine de travail, n'a pas les moyens de prononcer une telle peine car il y a une liste d'attente énorme pour que la peine soit rendue effective, se trouve dans une situation concrète où il ne peut pas se permettre de ne "rien faire" avec l'individu pendant une telle période, et finit par prononcer une peine d'emprisonnement à défaut d'autre solution, dans ce cas, le seuil peut ne pas avoir été franchi sous certaines conditions. Dans une telle situation, pour respecter le dispositif, le juge devrait indiquer, dans la motivation de la décision, que l'emprisonnement est inapproprié et injustifié mais qu'il a dû y recourir par manque de moyens concrets. Si le raisonnement du juge est exposé dans le jugement, la communication du système de droit criminel innove, en dépit de la sélection de l'emprisonnement dans cet état de la situation.

Le potentiel pour l'innovation se trouve en effet dans la communication du système si une rationalité alternative y est intégrée. Dans ce cas, bien que le juge soit contraint d'agir de manière contraire aux valeurs positives garanties par le système de droit criminel, il proclame positivement ces valeurs, il ne les invisibilise pas. Son action est contrainte par un obstacle socio-économique qu'il nomme afin qu'il soit localisé au bon endroit, c'est-à-dire au niveau matériel et non cognitif. La motivation des décisions de justice, en tant que communication officielle du système de droit criminel, joue un rôle primordial dans le processus de transmission des idées innovatrices. Le juge expose l'innovation cognitive et il expose la nécessité d'une innovation matérielle dans le respect de l'innovation cognitive qui se voit empêchée.

Le potentiel innovateur de la décision disparaît complètement si le juge n'explicite pas son raisonnement ou, pire, s'il camoufle son raisonnement en mobilisant la rationalité pénale moderne. Le potentiel pour l'innovation existe si le juge, qui est contraint de recourir à l'emprisonnement, après avoir fait son raisonnement à l'aide du seuil du désastre, indique dans la motivation que ce recours ne repose pas sur la dissuasion, la rétribution, la dénonciation, la réhabilitation carcérale ni sur la neutralisation, mais uniquement sur un manque de moyens concrets pour faire autrement. Par la manière dont il justifie le recours à l'emprisonnement, le juge a ainsi le pouvoir de rendre visible les situations dans lesquelles la peine de prison est l'expression de l'absence d'autres moyens concrets.

En résumé, la dimension cognitive est essentielle et centrale pour l'innovation. La limitation des moyens matériels n'est pas un obstacle à l'innovation cognitive car elle ne l'empêche pas de se produire. Le plus important pour l'innovation cognitive est d'éviter d'utiliser le système d'idées de la RPM pour couvrir l'inertie politique et les obstacles socio-économiques.

La situation est différente si l'obstacle auquel les juges font face concerne les périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, les peines minimales, les peines obligatoires, etc. L'obstacle est alors d'un autre ordre. Il n'est pas ici question d'absence de moyens financiers pour investir en faveur de l'effectivité de la probation. Il est plutôt question de l'obstacle que constitue un cadre législatif contraignant, adopté par le système politique, dans l'esprit de la RPM. La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle ou la peine perpétuelle obligatoire sont imposées par le système politique afin de

dissuader, dénoncer et rétribuer. Ces obstacles, quant à eux, sont d'ordre cognitif. Si le système juridique partage le système d'idées de la RPM avec le système politique, ce qui est le cas actuellement, il va intérioriser ces obstacles et les accepter sans voir qu'il peut les surmonter en concevant la peine à partir d'une autre rationalité (Pires, 2013).

c. Une autonomie favorable à l'ajustement et à l'innovation

Sur le plan théorique, cette perspective repose sur l'hypothèse formulée par la théorie de la RPM (Pires, 2013), selon laquelle l'agent nucléaire de transformation et d'innovation du système de droit criminel dans le champ des normes de sanction est le pouvoir judiciaire (juges d'instance, juges de l'exécution des peines, procureurs et avocats). Pour cette raison, le dispositif du seuil du désastre ne se présente pas comme un outil de contrôle externe, mais bien comme une invitation à *l'auto-transformation judiciaire*. Cette proposition vise à renforcer la capacité du système de droit criminel à *s'ajuster par lui-même* aux valeurs qu'il proclame *pour lui-même*, plutôt que de simplement s'y *adapter* formellement.

Le seuil du désastre permet ainsi aux opérateurs du droit d'exercer leur profession en ne se contentant pas d'appliquer la loi, mais en l'ajustant, dans sa mise en œuvre, à une exigence de justice supérieure (les valeurs positives fondamentales) et en répondant à la fonction de protection des valeurs du système social auquel ils appartiennent. Ce faisant, ils renforcent l'autonomie du système de droit criminel.

Le dispositif du seuil du désastre repose donc sur la conception que les opérateurs du droit ont un certain pouvoir pour engendrer l'innovation dans la manière de déterminer et de justifier les peines en droit criminel. De cette conception découle la possibilité que l'innovation pénale mise en place par les juristes au niveau des idées puisse trouver une résonnance dans la manière politique de légiférer sur les normes de sanction et d'organiser les ressources pour qu'une évolution de palier du système pénal puisse se développer de façon harmonieuse.

En effet, les systèmes psychiques (ici les opérateurs du droit) produisent du "bruit" dans l'environnement du système politique en décrivant une autre manière de concevoir la peine. Ils créent ainsi de la variété hors du système politique (Luhmann, 2021). Ensuite, une fois que le système politique entre dans un processus de réflexion, il peut se tourner vers son environnement, dont le système de droit criminel fait

partie, pour y sélectionner des idées dans ce qui a été décrit comme possible (Luhmann, 2021). Le système politique convertit alors le bruit intéressant pour s'en servir. Les propositions de solution sélectionnées vont pénétrer, par le processus de conversion, dans un univers qui leur donnera une forme politique, créant ainsi une variété interne au système politique lui-même. Elles peuvent ainsi s'institutionnaliser dans le système politique (Dubé, 2017).

Notons que nous sommes en mesure de décrire ce processus mais nous ne pouvons pas prédire si et quand le système politique entrera dans un processus de réflexion, ni s'il se tournera vers son environnement, ni quelles idées il y sélectionnerait. La seule chose que nous pouvons prédire avec certitude est que, si les opérateurs du droit et les chercheurs en sciences juridiques et sociales ne produisent pas des idées innovatrices dans l'environnement du système politique, celui-ci n'aura qu'une très faible probabilité de se tourner vers ce genre d'idées et de les sélectionner pour les intégrer dans ses propres structures décisionnelles. Des mouvements sociaux peuvent se mobiliser pour faire pression sur le système politique afin d'initier un processus de réflexion et de favoriser, peut-être, la disposition des moyens du système judiciaire. Mais cela dépasse de loin le propos de notre recherche.

Afin de conclure sur ce point, rappelons que le seuil du désastre est un dispositif *autoréférentiel*. Il s'applique à la décision du *système de droit criminel* par rapport à *ses propres valeurs fondamentales*. Il en découle que le dispositif ne peut pas être mobilisé pour observer la décision du système juridique en fonction du système politique. Le dispositif peut s'appliquer au système juridique et au système politique, mais toujours de manière *autoréférentielle pour celui qui prend la décision*. En ce qui concerne la question des moyens matériels à la disposition du judiciaire, lorsque le dispositif s'applique au système de droit criminel, il permet donc de prévenir l'utilisation du système d'idées de la RPM pour légitimer la situation des obstacles relatifs aux moyens matériels. Il permet aux opérateurs du droit de ne pas perdre de vue les valeurs positives garanties par le système de droit criminel dans la justification du recours aux moyens à leur disposition, notamment l'emprisonnement.

Conclusion

Dans ce chapitre, nous avons revisité les quatre thèmes dans lesquels nous avons observé des obstacles cognitifs majeurs à l'ajustement du système de droit criminel aux valeurs positives fondamentales qu'il garantit. Nous avons rendu visible une contre-visualité en observant les communications judiciaires à partir de la logique d'universalité de la protection des droits fondamentaux. Nous avons ainsi stimulé l'innovation cognitive dans le champ des normes de sanction en initiant une prise de recul favorisant la sortie du système d'idées de la RPM ainsi que l'orientation vers une rationalité pénale alternative fondée sur la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Dans la deuxième section du chapitre, nous avons montré que les actualisés prometteurs d'innovation cognitive dans le champ des normes de sanction ne sont pas des utopies naïves ; au contraire "*les droits fondamentaux sont une utopie concrète*" (Tulkens, 2023). Nous avons montré comment ils peuvent être mobilisés pour repenser *la manière d'intervenir* du système de droit criminel et, ainsi, être à la source de la réflexion sur l'innovation dans le champ de la peine. Nous avons également montré que ces manières d'observer innovantes existent déjà dans la manière d'observer des opérateurs du droit eux-mêmes, de manière explicite ou implicite.

Les idées et manières d'observer puisées dans les communications judiciaires permettent d'initier la reconceptualisation de la notion de peine et de ses finalités. Elles conduisent aussi à élaborer une rationalité pénale non afflictive grâce à des points de bifurcation pour l'observation du recours à l'emprisonnement, à des prises de conscience relatives à la nécessité de ce recours et à l'introduction de nouvelles distinctions pour son observation. Elles engendrent aussi une logique de protection globale des droits fondamentaux. Enfin, elles permettent aux opérateurs du droit de prendre conscience de leur pouvoir et de leur responsabilité en tant qu'acteurs de transformation du système de droit criminel.

Dans la troisième section du chapitre, nous avons élaboré un dispositif visant à aider les opérateurs du droit à déterminer si et quand ils transgressent ce que la sociologie du risque appelle le seuil du désastre (*disaster threshold*) dans la *manière de déterminer et de justifier les peines*. Ce dispositif vise la

cohérence entre la manière d'intervenir du système de droit criminel et les valeurs positives fondamentales qu'il garantit.

Le dispositif du seuil du désastre actualise une possibilité de sortie du système d'idées de la RPM qui implique, d'une part, de réfléchir sur les *raisons de recourir* à l'emprisonnement et, d'autre part, de penser au plus vite les *raisons de cesser* de recourir à ce moyen. Le principe de contention et celui de la maximisation de la liberté et de la sécurité pour tout un chacun, proposés par la Commission de Réforme du Droit du Canada (1975), sont deux principes qui soutiennent ce cadre de pensée innovateur.

Ce dispositif est une méthodologie-éthique mise à la disposition des opérateurs du droit pour sortir de la RPM. Il permet de réaliser une auto-observation de second ordre sur le moyen adopté pour atteindre l'objectif visé. La mobilisation du seuil du désastre permet en effet de *déplacer le regard* pour l'orienter vers la *manière de déterminer et de justifier les peines* et vers la *qualité de l'intervention* du système de droit criminel, plutôt que vers l'association fondamentale entre la gravité du crime et la sévérité de la peine.

La démarche du dispositif du seuil du désastre permet ainsi d'actualiser la suggestion de la Commission de réforme du Droit du Canada selon laquelle : "*We should restrict the extent to which we make use of traditional punishments in general and of imprisonment in particular, so as to minimize suffering and expense and at the same time open the door to more creative and imaginative sentences. Prison is not in general an apt means of rehabilitation and half the people in jail should not be there. Jail has a place, however. There are unfortunately cases where rehabilitation is not our prime concern. Imprisonment should be restricted to such cases*" (LRCC, 1976, p.31).

La posture réflexive et critique proposée par le dispositif du seuil du désastre ne pense pas et ne vise pas l'abolition du système de droit criminel (Pires, 2013)⁸⁹, mais éclaire ses paradoxes et tient compte de ses effets destructeurs relativement à la protection des droits fondamentaux. En ce sens, le seuil du

⁸⁹ Comme l'indique Pires (2013), dans une conception des systèmes sociaux élaborée sur la base de la théorie sociologique de Luhmann, il est possible de concevoir la transformation des structures des systèmes sociaux autoréférentiels sans pour autant détruire ou abolir ceux-ci. La fonction du système est observée comme l'aspect déterminant sur lequel concentrer l'attention.

désastre participe à une réflexion sur l'avenir du système de droit criminel en réinscrivant la question de la *conception de la peine* et de la *manière de réagir au crime* dans une dynamique de responsabilisation des opérateurs du droit et de respect de toute personne humaine, appelant à une transformation du champ des normes de sanction vers une *innovation éthique et systémique*. Il vise à renforcer le rôle du tribunal en tant que garant de la maximisation des valeurs positives fondamentales (LCRR, 1975), et non seulement en tant qu'instance distributrice de sanctions.

Ce dispositif constitue ainsi une réponse stratégique à l'absence de réflexivité du système de droit criminel, permettant une réorientation progressive du système vers une forme de droit capable d'apprendre, de s'auto-contenir, de s'auto-corriger (Nonet, Selznick, 2017) et de redonner sens à la mission première du droit criminel qui consiste à protéger les êtres humains contre la souffrance, sans détruire ses valeurs positives fondamentales (Pires, 2001), mais plutôt en les promouvant positivement.

Dans cette perspective, le dispositif vise l'augmentation de la marge d'autonomie des opérateurs du droit. Il se présente comme *un outil au service de la pratique judiciaire* en ce qu'il offre un *cadre réflexif* pour un ajustement à la protection positive et universelle des droits fondamentaux. Il invite les opérateurs à se doter de critères internes de vigilance au moment de déterminer la peine et de la mettre en œuvre, en gardant pour repère la protection globale des valeurs de liberté et de sécurité. Il fournit un levier d'auto-contention, non pas imposé de l'extérieur par une instance supérieure, mais bien *interne au système lui-même*.

Nous avons encore précisé que le seuil du désastre n'est pas un dispositif ayant vocation à surmonter tous les types d'obstacles. Il a ses limites. Il vise en effet à dépasser les obstacles cognitifs auxquels le système de droit criminel fait face dans la façon de concevoir la détermination des peines. Cette contribution porte sur le droit criminel, et nous ne sommes pas en mesure de prédire comment celle-ci va s'articuler concrètement avec le système politique : intégration, rejet, évolution, involution, etc.

Ce que nous mettons toutefois en avant est que, si le système de droit criminel est intéressé à s'ajuster à la protection de ses valeurs positives fondamentales, il existe des possibilités actualisables pour faire évoluer le système de droit criminel *par lui-même et pour lui-même*, c'est-à-dire *depuis l'intérieur*. Nous

ne sommes pas en mesure de prédire jusqu'où le système peut aller dans cette évolution. Mais, sur la base de nos observations théoriques et empiriques, nous émettons l'hypothèse que, si le système de droit criminel ne prend pas en main son auto-transformation, il n'y aura pas d'innovation dans la manière de déterminer et de justifier les peines ainsi que de recourir à l'emprisonnement.

Nous avons contribué à cette perspective par la production de réflexions, d'analyses et d'outils cognitifs pour soutenir le système de droit criminel dans cette démarche. Un des apports de cette recherche consiste ainsi à montrer que le dispositif du seuil du désastre, en articulant prise de décisions, réflexivité et responsabilité, ouvre la voie vers une innovation du système de droit criminel fondée sur le discernement et la lucidité, visant à penser la peine en général, et le recours à l'emprisonnement en particulier, comme des décisions situées, concrètes et toujours orientées vers la protection positive, globale, circulaire et universelle des droits fondamentaux.

Conclusion générale

Les contributions de la recherche

Au terme de ce travail, il importe de revenir sur la problématique qui a guidé notre réflexion. Nous avons cherché à comprendre comment le système de droit criminel, en Belgique et au Canada, protège les valeurs positives fondamentales qu'il garantit (la liberté et la sécurité) lorsqu'il recourt à l'emprisonnement comme peine, particulièrement dans les cas de crimes considérés comme graves. Dès l'introduction, l'affaire Bissonnette nous a servi de fil conducteur pour mettre en lumière une tension persistante au sein d'un système qui affirme protéger les droits fondamentaux mais qui, dans ses pratiques concrètes, inflige des peines longues et afflictives qui en minent l'expression. Cette oscillation entre un discours de modération et une logique punitive sévère illustre la profondeur d'un paradoxe structurel selon lequel plus une valeur est affirmée comme essentielle, plus la peine infligée au nom de sa protection devient sévère, au point d'en nier l'expression.

Ce paradoxe n'est pas propre à un cas, à un juge ni même à un pays. Il appartient à la rationalité pénale moderne, qui s'est imposée en Occident depuis le XVIII^e siècle et qui continue de structurer les pratiques punitives et la manière de recourir à l'emprisonnement aujourd'hui. Cette rationalité, fondée sur l'infliction de la souffrance et l'exclusion sociale, absorbe les tentatives de modération et s'impose aux opérateurs du droit (juges, procureurs, avocats) comme un cadre cognitif contraignant. L'analyse de la neutralisation, en particulier, a révélé et clarifié le rôle central que joue cette finalité de la peine dans la justification du recours à l'emprisonnement de longue durée, tout en demeurant floue, souvent confondue avec d'autres théories de la peine et rarement interrogée dans ses fondements.

Dans le cadre de cette problématique, notre recherche a montré que le système de droit criminel se heurte à un angle mort. Il se dit protecteur des droits fondamentaux, mais sa manière d'intervenir les protège surtout de façon négative, en sacrifiant l'expression positive de ses valeurs fondamentales au profit d'intérêts abstraits. Le droit criminel est aujourd'hui mobilisé pour protéger (négativement) les droits fondamentaux, alors que les droits fondamentaux étaient, à la base, conçus pour protéger contre les excès du système pénal (Tulkens, 2023).

La démarche inverse n'est pas valorisée. Elle consiste à utiliser les droits fondamentaux pour améliorer la qualité des structures internes du droit. Celles-ci ont été acceptées et le système de droit criminel s'en accommode. Ce point de cécité limite l'innovation et empêche d'envisager d'autres formes de peines respectueuses de l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Pourtant, des possibilités existent. En mobilisant une posture épistémologique réflexive et en ouvrant le dialogue avec les opérateurs du droit, nous avons pu mettre en lumière des ouvertures vers l'innovation qui, si elles étaient intégrées dans les communications judiciaires, pourraient amorcer un déplacement vers une rationalité pénale alternative.

Précisons toutefois que repenser la qualité de l'intervention du système de droit criminel ne consiste pas à nier les conséquences importantes de certains actes commis, ni à minimiser la nécessité de protéger la société. Il s'agit plutôt d'analyser le paradoxe qui traverse les systèmes de droit criminel modernes en Occident, d'en prendre conscience et de rendre visibles des manières de punir qui ne reposent pas exclusivement sur l'affliction et l'exclusion. Notre démarche se veut ainsi une contribution modeste mais essentielle consistant à offrir des outils conceptuels et méthodologiques pour observer la qualité de l'intervention du système de droit criminel et la repenser afin de soutenir celles et ceux qui souhaitent, dans leur pratique, l'ajuster à la protection positive des valeurs fondamentales garanties par le système.

À cet égard, reconnaître l'existence des paradoxes permet non seulement *"d'en avoir une meilleure compréhension, mais aussi de donner une nouvelle impulsion théorique (et aussi éthique) à notre propre perspective"* (Pires, 2013, p.315). Comme relève Mehler (1982), certaines formes de connaissance ne sont accessibles que si l'observateur apprend à *apprendre par désapprentissage*, c'est-à-dire en opposant une nouvelle façon de connaître à une manière déjà acquise de connaître. Nous avons mis en lumière les idées que le système a besoin de désapprendre (les obstacles cognitifs) pour pouvoir sortir des paradoxes et apprendre des connaissances qui peuvent engendrer l'innovation. En l'occurrence, il s'agit de désapprendre la façon d'envisager l'intervention du système de droit criminel véhiculée par la RPM pour pouvoir apprendre une rationalité alternative (Pires, 2024a) dont nous avons suggéré des éléments dans le chapitre V. Ce désapprentissage nécessite d'observer les idées

considérées comme des évidences et de les reconnaître comme étant des obstacles cognitifs. Tant qu'elles sont considérées comme des évidences, il n'existe en effet pas de possibilité de les surmonter.

Ce processus n'est pas facile à réaliser. En effet, les obstacles cognitifs ont la particularité de ne pas être "*vus comme tels pour qui se trouve à l'intérieur*" (Stolzenberg, 1988, p.279 cité dans Garcia, 2010). Cela signifie que les connaissances que le système de droit criminel a développé sur la détermination et la justification des peines dans la pré-modernité sont encore jugées (consciemment ou inconsciemment) appropriées ou correctes et sont valorisées et répétées dans les communications du système. Il importe de préciser que le problème réside dans une connaissance tenue encore pour appropriée au niveau de la rationalité du système et transmise dans ses communications officielles (loi, jurisprudence, doctrine), et non sur une erreur des consciences ou sur une interprétation par les consciences particulières. Ces connaissances font ainsi obstruction à l'émergence, la généralisation et la stabilisation d'idées plus ajustées à la protection des droits fondamentaux. En d'autres termes, les idées intellectuellement et/ou professionnellement valorisées, relatives aux finalités traditionnelles de la peine, font obstacle à l'innovation, c'est-à-dire à des idées plus ajustées aux valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel.

Afin de pouvoir faire émerger d'autres possibilités, il nous fallait donc d'abord repérer, mettre en lumière et déconstruire les obstacles cognitifs majeurs qui nous empêchaient d'exploiter le potentiel des idées concernant la détermination et la justification des peines ainsi que le recours à l'emprisonnement qui ne s'inscrivaient pas dans le système d'idées de la RPM.

À l'aide d'une grille de lecture composée de la théorie de la RPM de Pires et de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, nous avons réalisé une analyse empirique de communications judiciaires (entrevues et affaire Bissonnette). En étudiant ces communications, nous avons l'objectif de rencontrer des obstacles cognitifs à une sortie de la rationalité pénale moderne et de découvrir des ouvertures vers l'innovation, c'est-à-dire vers une sortie de la RPM et un ajustement de l'intervention du système de droit criminel à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Nous cherchions à observer la rationalité du système. Nous avons donc construit une méthodologie nous permettant d'y accéder. Nous avons conjugué une épistémologie de l'observation des systèmes sociaux avec le recours à des entretiens réflexifs ainsi que l'étude de l'affaire Bissonnette. La démarche adoptée a reposé sur une posture d'observateur de second ordre⁹⁰ issue de la théorie de l'observation présentée dans les travaux de Luhmann et de Pires.

Nous avons observé comment le système de droit criminel observe (pense, construit et mobilise) le rapport entre la protection des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité et les pratiques punitives dans les cas de crimes considérés comme graves. Nous nous sommes intéressée autant à ce que le système voit qu'à ce que le système ne voit pas (la face cachée de l'observation). Ainsi, plutôt que de nous interroger seulement sur *ce que dit* le droit, nous avons examiné *comment* le système de droit criminel observe et construit sa propre réalité, en mettant en évidence les distinctions, les sélections et les angles morts des communications judiciaires. Cette approche a permis de déplacer le regard vers les mécanismes internes de la rationalité pénale moderne et de rendre visibles des possibilités encore non actualisées pour le droit.

Une des contributions originales de cette recherche est méthodologique et concerne l'usage des entretiens réflexifs menés avec des juges et des procureurs en Belgique et au Canada. Ces entretiens ne visaient pas tellement à recueillir des opinions ou des récits d'expérience, mais plutôt à provoquer chez les opérateurs du droit une réflexivité sur leurs propres manières d'observer et de décider dans le champ de la peine. Par ce biais, l'empirie n'a pas été conçue comme un simple miroir de la réalité, mais comme un support pour observer la rationalité du système de droit criminel à travers la communication des opérateurs de ce système.

Le choix de ce type d'entretien constitue une conséquence méthodologique de notre posture épistémologique. L'analyse des données a elle-même été cohérente avec l'épistémologie de l'observation des systèmes sociaux. L'esprit de notre démarche d'analyse est d'observer comment l'observateur de premier ordre a observé et construit la visualité dominante du système de droit criminel de manière à faire émerger une contre-visualité. L'objectif de l'analyse est donc, d'une part, de montrer

⁹⁰ La posture épistémologique du chercheur consiste à être un *observateur qui observe comment un observateur a observé*. En l'occurrence, l'observateur observé est ici le système de droit criminel, comprenant ses opérateurs.

les idées qui enferment dans le système d'idées de la RPM et, d'autre part, de mettre en valeur l'originalité des idées qui permettent de sortir de ce système d'idées.

L'articulation de l'épistémologie de l'observation et des entretiens réflexifs a conféré une portée novatrice à notre méthodologie. Elle permet à la fois de dépasser les approches traditionnelles en donnant accès aux logiques d'auto-observation du système de droit criminel et de dégager des voies inédites pour penser l'innovation dans la manière de déterminer et justifier les peines. Cette double originalité méthodologique fonde une des contributions scientifiques de la thèse, en offrant un cadre d'analyse apte à révéler, dans les communications judiciaires contemporaines, les tensions, obstacles et ouvertures à propos de la rationalité pénale moderne.

Grâce à cette méthode, nous avons pu mettre en lumière des points de cécité importants, notamment à propos des éléments suivants : la confusion entre les raisons de recourir à l'emprisonnement et les finalités de la peine composant le système d'idées de la RPM, l'inobservation des droits fondamentaux au moment de la détermination des peines, la confusion entre la protection de la sécurité et la rationalité neutralisante et, aussi, le manque d'autonomie des opérateurs du droit dans le champ de l'application des normes de sanction. Nous avons montré que ces différents éléments ne sont pas entièrement étanches les uns par rapport aux autres et qu'ils attirent l'attention sur des complexités sémantiques et sur des zones de complémentarité du problème étudié.

Nous avons commencé par observer la finalité de neutralisation dans la littérature criminologique. Au fur et à mesure de l'étude de la littérature et de l'analyse des données empiriques (va-et-vient entre les deux), nous avons perçu que la neutralisation n'était pas nécessairement un concept suffisant pour la suite du travail. Nous avons donc élargi l'observation à ce que nous avons appelé la "rationalité neutralisante" dans la manière de recourir à l'emprisonnement. Cette rationalité neutralisante va au-delà de la finalité de neutralisation en ce qu'elle repose également sur les finalités de la peine du noyau dur de la RPM : rétribution, dénonciation et dissuasion. Le regard s'est alors concentré de plus en plus sur les justifications mobilisées pour envoyer un individu en prison dans les cas de crimes considérés comme graves à l'intérieur du système d'idées de la RPM avec l'objectif de mieux cerner la notion "d'emprisonnement neutralisant".

La revue de littérature a également servi à recenser plusieurs critiques formulées à l'égard de la neutralisation telle qu'intégrée dans le système d'idées de la RPM. Nous avons remarqué qu'il ne suffisait pas de s'en tenir à formuler une critique négative de la finalité de neutralisation, et du recours à l'emprisonnement en général, sans tenir compte du fait que, dans certains cas de figure, l'emprisonnement est un moyen à prendre en considération pour répondre à une situation qui cause un problème de sécurité. La problématique que nous avons étudiée se situe dès lors moins dans le recours à l'emprisonnement en tant que tel que dans la rationalité justificatrice du recours à ce moyen, la rationalité pénale moderne (dont la finalité de neutralisation), qui donne lieu à des dérives au regard de la protection des droits fondamentaux. La protection de la sécurité ne doit pas être écartée, au contraire, mais un travail de reconstruction à partir de l'universalité de la protection des droits fondamentaux nous a paru nécessaire. Cette tâche est loin d'être aisée. Notre contribution se situe au début de cette opération et elle ouvre surtout des pistes pour des travaux ultérieurs.

Tout le processus de revue de littérature et d'analyse des données empiriques nous a amenée à 1) constater l'adaptation, au détriment de l'ajustement, de l'intervention du système de droit criminel en matière de peine à l'universalité de la protection des droits fondamentaux, 2) relever des obstacles cognitifs à cet ajustement et 3) penser l'élaboration d'une forme d'intervention du système de droit criminel fondée sur l'universalité de la protection des droits fondamentaux (innovation).

Nous avons observé que, à partir de la fin du XVIII^e siècle, les chartes et conventions sur les droits fondamentaux commencent à servir de critères normatifs pour le système de droit criminel⁹¹. Les systèmes de droit criminel occidentaux ont alors adapté leur vision pré-moderne à l'introduction des droits fondamentaux. La logique de peine afflictive et la logique de protection des droits fondamentaux ont été rendues "aptes" à fonctionner ensemble. Elles ont trouvé une manière de co-exister, mais elles n'ont pas été ajustées l'une à l'autre. Le système de droit criminel n'a pas réalisé une *évaluation qualitative interne* et ne s'est pas *transformé* pour que la rationalité pénale fasse justesse, voire justice, aux droits fondamentaux dans une conception commune et unifiée. Il n'a pas créé en lui-même une

⁹¹ Au niveau normatif, la conséquence majeure de la reconnaissance des droits fondamentaux des individus accusés est plutôt la mise en place de garanties juridiques procédurales pour ces derniers (Garcia, 2015).

structure optimale, c'est-à-dire parfaitement fonctionnelle, ou non fondamentalement contradictoire, avec le point de référence qu'il a intériorisé, à savoir les droits fondamentaux.

Afin d'atteindre cet ajustement, comme le souligne très pertinemment Tulkens, *"il ne s'agit pas seulement de construire un droit pénal plus soucieux et respectueux des droits et libertés. Il faut aussi, et cette approche est autrement plus féconde, mobiliser les droits de la personne pour repenser le pénal. Cette exigence est au cœur de la question actuelle des rapports difficiles, ambigus, voire paradoxaux entre droits de l'homme et droit pénal. Il s'agit non seulement d'une question théorique, mais également d'une question pratique"* (Tulkens, 2013). Notre recherche suit cette exigence.

Au-delà de ces contributions méthodologiques et théoriques pour l'élaboration de la théorie de la rationalité pénale moderne, notamment en étudiant la neutralisation, en clarifiant certaines confusions conceptuelles et en précisant la fonction du système de droit criminel (distinguée de la réalisation des finalités traditionnelles de la peine), l'aspect pratique de la question, mentionné par Tulkens (2013), a été central dans notre travail.

Cette recherche se caractérise encore par son souhait d'être utile aux opérateurs du droit, à leur pratique judiciaire et à la manière dont ils observent l'intervention du système de droit criminel au regard de la protection des droits fondamentaux. Nous cherchions donc leur implication dans le processus d'observation, de réflexion et d'innovation. Cela nous a amené à réaliser des entretiens réflexifs avec eux afin d'en faire des co-constructeurs de la recherche. Mobiliser les droits fondamentaux pour repenser le pénal exige la créativité des intervenants individuels dans les communications judiciaires. Pour y parvenir, il est nécessaire qu'ils puissent d'abord voir les obstacles pour pouvoir, ensuite, les dépasser et, ensuite encore, intégrer l'innovation dans la communication du système. Cette recherche souligne ainsi le caractère fondamental de la collaboration entre le monde académique et le monde judiciaire pour faire évoluer les idées et les pratiques dans le champ de la détermination des peines.

En ce qui concerne l'impact de la recherche, nous cherchons également à contribuer à la possibilité de réformer de façon innovante le système de droit criminel en prenant à bras le corps la préoccupation relative à la portée innovatrice limitée des réformes dans le champ des normes de sanction. Loin de

l'idée de décourager la volonté et les efforts dédiés à la réforme du droit criminel, mais plutôt dans l'optique de comprendre cette énigme, nous avons cherché à identifier les idées qui entravent les possibilités de réformes innovantes.

Nous avons aussi relevé dans nos analyses qu'il existe des propositions sporadiques qui parviennent à s'affranchir du système d'idées de la RPM et qui laissent émerger des conceptions alternatives de la détermination et de la justification des peines. Cependant, ces propositions innovatrices souffrent généralement d'un déficit de support théorique et cognitif capable de les soutenir en telle manière qu'elles se stabilisent dans le système de droit criminel. Les opérateurs du droit sont alors contraints de s'appuyer sur d'anciens repères théoriques et cognitifs, ce qui fragilise leurs recommandations (Pires, 2013). Dans ce contexte, les justifications avancées pour supporter les idées innovatrices prennent une forme essentiellement négative, en l'occurrence une critique de la prison et de ses effets, comme si les alternatives étaient meilleures uniquement parce que la prison échoue. Cette argumentation demeure peu convaincante et les résistances à la transformation ne viennent pas seulement des acteurs politiques, mais parfois aussi de l'intérieur même du système juridique (Pires, 2013).

Nous avons tenté de déjouer cet écueil en ne nous limitant pas à porter une critique négative des théories traditionnelles justificatrices de la peine au regard des droits fondamentaux, mais en montrant à quoi peut ressembler une intervention du système de droit criminel pensée à partir de l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Nous avons mis en évidence que, malgré la prégnance de la RPM, des ouvertures innovatrices existent déjà dans les communications judiciaires. Ces idées innovatrices, bien que parfois implicites, dessinent les contours d'une rationalité pénale alternative et leur intérêt se révèle lorsqu'elles sont mises en lien avec les obstacles cognitifs qui empêchent actuellement le système d'ajuster pleinement ses pratiques à la protection positive de ses valeurs fondamentales.

Un premier vecteur d'innovation réside dans une reconceptualisation de la notion de peine. Certains juges valorisent l'aspect correctif et réparateur de la peine ou, encore, distinguent la valeur symbolique de la norme pénale de la nécessité illusoire du recours à l'emprisonnement, même dans des cas où il y a eu une atteinte à l'intégrité physique ou à la vie d'autrui. Cette perspective permet de dépasser

l'obstacle cognitif majeur que constitue l'assimilation fondamentale entre "peine" et "affliction", héritée des philosophies traditionnelles de la peine. Cette contre-visualité ouvre la voie vers une intervention en mesure de répondre à une situation problématique réelle et concrète qui échappe à la logique de proportionnalité strictement rétributive. Cette approche permet d'envisager le passage d'une conception de la peine qui consiste à infliger une souffrance de façon directe et délibérée à un individu à une conception selon laquelle la peine est la sanction coercitive qualitativement individualisée par le système de droit qui est délivrée lorsqu'il est nécessaire de responsabiliser un individu et/ou d'assurer la sécurité citoyenne de tous et chacun.

Un deuxième vecteur d'innovation concerne la manière de recourir à l'emprisonnement. Plusieurs communications judiciaires introduisent l'idée d'un recours à l'emprisonnement non afflictif qui soit, d'une part, limité à certaines situations où un problème concret de sécurité se pose et, d'autre part, envisagé dans une temporalité dynamique de révision de la situation.

Cette manière de concevoir le recours à l'emprisonnement repose sur deux éléments. Le premier est la distinction entre les finalités de la peine et les raisons d'envoyer un individu en prison. Le second est une interrogation relative, d'une part, aux raisons particulières d'envoyer un individu en prison et, d'autre part, aux raisons particulières de le maintenir en prison ou de le libérer.

Ce raisonnement, partagé par la Commission de réforme du droit du Canada (1975) ou, encore, par Geudens, Schelkens et Walgrave en Belgique (1998), permet de dépasser l'obstacle cognitif que constitue la confusion entre la gravité de l'acte et la nécessité du recours à l'emprisonnement. Il permet de penser la mobilisation de ce moyen comme *ultimum remedium*, non pas en fonction du critère abstrait de gravité du crime, mais sur la base de critères concrets combinant l'intentionnalité, le dommage et le risque de récidive. Il valorise également la réhabilitation et l'insertion sociale comme valeurs, incitant à permettre la sortie de l'individu le plus rapidement possible et déconstruisant la nécessité d'une temporalité statique de la peine d'emprisonnement, même pour un temps. Ces distinctions permettent d'éviter la dérive vers des peines d'emprisonnement longues et systématiques pour certaines catégories de crimes et recentre l'usage de la privation de liberté sur la protection effective de la sécurité quand cela est nécessaire, et seulement tant que cela est nécessaire.

Un troisième vecteur d'innovation se situe dans la mise en avant de l'autonomie des opérateurs du droit. Certains juges ouvrent la possibilité d'un usage créatif et nuancé de la norme pénale. Ils créent ainsi une distance avec la logique dominante de la hiérarchisation des systèmes sociaux. Ce mouvement permet de dépasser l'obstacle cognitif de la soumission au système d'idées de la RPM partagé par le système politique (élaboration des lois) et par le système juridique (application des lois). L'innovation se situe ici dans la mise en valeur de la capacité des opérateurs du droit à produire du "bruit" dans l'environnement du système juridique et du système politique (Luhmann), c'est-à-dire à rendre pensables des possibilités jusque-là invisibilisées qui pourront être reprises et institutionnalisées par ces systèmes lors de processus de réforme.

Enfin, un quatrième vecteur concerne les innovations identifiées à l'occasion de l'observation des droits fondamentaux dans le champ des normes de sanction. Celles-ci constituent peut-être le vecteur le plus structurant. Elles consistent à placer au centre de la rationalité pénale la protection des droits fondamentaux de manière universelle et globalisée dans une perspective de maximisation de la liberté et de la sécurité pour tout un chacun, et ce dans la mesure du possible. Cette perspective permet de dépasser l'obstacle cognitif de l'inobservation des droits fondamentaux dans le champ de la peine ainsi que ceux de la polarisation de la protection des droits fondamentaux et de la centralité de la logique de lutte contre la criminalité et de gestion de l'ordre social par l'infliction de la souffrance. En ce sens, ces innovations répondent aussi à l'obstacle cognitif qui réduit souvent les droits fondamentaux à un registre secondaire dans le champ de la peine, subordonné à la réalisation des finalités abstraites de la peine valorisées par la RPM. L'innovation consiste à transformer l'universalité de la protection des droits fondamentaux en critère premier d'évaluation de la qualité de l'intervention du droit criminel, plutôt que de considérer ces droits comme une limite externe à l'affliction infligée par le système.

Nous avons complété notre démarche en tentant de structurer ces observations pour proposer un outil cognitif au service de l'innovation du système de droit criminel : le dispositif du seuil du désastre. L'ensemble de ces innovations dessine en effet une trajectoire commune qui consiste à élaborer une rationalité pénale non afflictive. Le dispositif que nous proposons actualise une possibilité d'ajustement avec la protection universelle et globale des droits fondamentaux, au-delà d'une simple adaptation, de

la manière de déterminer et de justifier les peines dans des situations posant un problème de sécurité. Il implique, d'une part, de réfléchir sur les *raisons de recourir* à l'emprisonnement et, d'autre part, de penser au plus vite les *raisons de cesser* d'y recourir.

Les résultats de l'analyse montrent donc que les obstacles cognitifs identifiés ne sont pas infranchissables. La contre-visualité proposée témoigne qu'il est possible de les dépasser en s'appuyant sur des ressources déjà présentes dans l'environnement du système de droit criminel. Les innovations cognitives identifiées ne sont pas de simples alternatives théoriques. Elles sont des ressources déjà présentes dans les pratiques judiciaires.

Notre travail contribue ainsi à ce que le système de droit criminel produise une *innovation cognitive et axiologique* pour lui-même. À cet égard, l'essentiel de notre contribution n'est pas de promouvoir la nécessité de protéger les droits fondamentaux et les valeurs fondamentales garanties par le système de droit criminel. La RPM, même dans son aspect le plus répressif, soutient en effet cette affirmation. Nous avons plutôt travaillé sur le *sens* profond de cette affirmation et sur la *qualité* de la manière de garantir cette protection.

L'innovation axiologique que nous suggérons consiste donc au passage d'une *axiologie négative* centrée sur la protection négative des droits fondamentaux (Garcia, 2010) et sur un ensemble d'idées construites autour de la notion de sévérité des peines en fonction des catégories de crimes et en instrumentalisant la souffrance (RPM) vers une *axiologie positive* qui envisage la sanction à partir des droits fondamentaux, sans instrumentaliser la souffrance, en fonction de sa pertinence par rapport à la situation concrète et en maximisant la protection des valeurs positives fondamentales garanties par le système de droit criminel (liberté et sécurité). Dans ces conditions, il est possible de passer d'une *adaptation minimale* (accommodation fonctionnelle) à un véritable *ajustement qualitatif* (création d'une structure optimale) du droit criminel à la protection positive des valeurs fondamentales qu'il garantit, et de faire émerger un nouveau palier de rationalité pénale.

Notons enfin que le processus de cette recherche a pu sembler long et lent sur certains aspects. Nous souhaitons souligner la portée et le sens de cette caractéristique. La lenteur ne relève pas d'un défaut

de forme, mais d'un choix épistémologique et méthodologique assumé. Elle a été nécessaire pour engendrer l'innovation cognitive, pour permettre une transformation de la rationalité pénale en profondeur. Elle a permis de tisser une bonne compréhension, par l'empirie et son analyse précise, du potentiel innovateur de propos "innocents" des opérateurs du droit. Ce qui peut sembler répétitif traduit en réalité le mouvement progressif d'une pensée qui s'élabore dans la nuance. Ainsi, la lenteur devient un instrument de rigueur pour transformer en profondeur les manières de comprendre et de déterminer les peines. Il en irait de même pour le raisonnement de l'opérateur du droit qui voudrait donner consistance à notre pensée dans un jugement ajusté à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Les conséquences de la recherche pour l'avenir

La visée d'un travail académique est, comme l'indique Popper (1966), d'apprendre quelque chose de nouveau à propos d'un objet, d'une manière de faire ou de penser, ou encore d'un problème. Il soutient que la recherche contribue à la science lorsqu'elle permet de faire avancer la réflexion en posant des questions nouvelles, différentes de celles qui se posaient auparavant. Il soutient que c'est à travers une discussion critique que l'on peut mettre en évidence cette progression. Si les problèmes qui émergent de la recherche ne sont plus les mêmes que ceux auxquels elle s'adressait au départ, alors il devient possible d'acquérir de nouvelles connaissances en s'efforçant de les résoudre.

En ce sens, ce travail représente une contribution scientifique, tant sur les plans méthodologique, épistémologique que théorique et analytique. Elle répond à la responsabilité du monde académique : participer au débat public en déconstruisant des positions parfois trop simplistes et des "vérités" prises pour acquises en explorant des idées permettant d'accéder à des postures plus nuancées. Ce travail s'inscrit dans une démarche qui consiste à développer l'agilité cognitive afin d'ajuster les manières de penser et de faire aux nouvelles démonstrations empiriques.

L'approche de déconstruction critique, au sens scientifique, trouve son sens dans le fait qu'elle vise à la reconstruction, à l'élucidation des problèmes en mobilisant une perspective théorique et en proposant une autre façon d'observer certains aspects de la réalité (Possas, 2009).

Nous avons tenté de montrer dans ce travail que déconstruire le système d'idées du droit criminel ne revient pas à rejeter le système de droit criminel en bloc, mais plutôt à en interroger les fondements et les finalités ainsi qu'à en exposer les impensés et les inobservés, afin de pouvoir reconstruire à partir de ce qui était resté dans l'angle mort. Nous croyons en effet qu'en cultivant un esprit critique capable de faire émerger des questions qui provoquent des frictions avec l'ordre rationnel et normatif en place nous pouvons espérer faire évoluer les pratiques vers un ajustement à l'universalité de la protection des droits fondamentaux. Ces tensions, loin d'être stériles, ouvrent des brèches dans lesquelles peuvent s'infiltrer de nouveaux imaginaires juridiques. En bousculant les évidences, il devient possible d'effectuer un déplacement du regard pour commencer à voir ce qu'on ne voyait pas, mouvement nécessaire à toute innovation profonde.

Cette démarche de déconstruction nous amène à faire la critique de notre propre manière d'observer dans ce travail et à expliquer nos choix d'observation. Nous nous plaçons ici en observateur de second ordre de notre propre observation. Le premier point que nous abordons à cet égard est celui de la prise en compte des victimes.

Nous nous sommes intéressée au premier plan à la question de la protection des droits fondamentaux dans la manière de recourir à l'emprisonnement comme peine dans des cas de crimes considérés comme graves. La question des droits fondamentaux des victimes fait partie intégrante de ce questionnement. Nous l'avons abordée à travers l'examen de l'universalité de la protection des droits fondamentaux, des notions de liberté et de sécurité relationnelles, de la prise en compte de la situation concrète pour déterminer l'intervention du droit criminel (dont la victime fait partie), de la protection des droits fondamentaux comme un tout global, des questions concrètes à se poser lors de la mobilisation du dispositif du seuil du désastre et de l'explication par le juge du raisonnement sur la peine à la victime et/ou son entourage.

Toutefois, notre regard s'est principalement concentré sur le centre d'attention du système de droit criminel en matière de peines, à savoir l'infliction volontaire et au premier plan de la souffrance au condamné. Le nœud de la problématique nous semble se trouver là. Il influence tant la prise en compte des besoins des victimes que celle des besoins de ceux qui sont passés à l'acte. En effet, si l'attention

est fixée au premier plan sur l'infliction volontaire de la souffrance, il ne reste qu'une attention secondaire, voire pas d'attention du tout, pour répondre aux besoins des victimes et de leur entourage ainsi que de toutes les personnes impliquées dans la situation problématique (la personne condamnée, les proches de la personne condamnée, la société, etc). La focalisation de l'attention sur l'infliction de la souffrance et le système d'idées de la RPM ne répond concrètement aux besoins de personne, comme le montre brillamment Ruth Morris (Morris, 1998). Ce système d'idées répond à des intérêts abstraits (rétribution afflictive, dissuasion générale, dénonciation afflictive). Il est envisageable que l'infliction de la souffrance importe, souvent sous des formes idéologiques notamment entretenues par la rationalité pénale moderne, mais celles-ci ne rencontrent pas les besoins concrets des individus (vérité, reconnaissance, réparation, etc.).

Nous voulions par ailleurs éviter, dans ce contexte de focalisation sur l'infliction volontaire de la souffrance, la possibilité d'une prise en compte des victimes et de leurs droits fondamentaux s'inscrivant dans une logique d'instrumentalisation de la figure de la victime en vue d'augmenter la sévérité des peines comme le fait le populisme pénal (Salas, 2010 ; Labonté, 2019 ; Audesse et Moreau, 2023).

Notre démarche d'observation critique se situe donc légèrement en amont. Avant d'investiguer des modes d'intervention qui répondent concrètement aux besoins des protagonistes impliqués, nous avons cherché à déconstruire l'illusion de la nécessité de se concentrer sur l'infliction de la souffrance, qui est dirigée au premier plan vers la personne condamnée. Notre démarche de déconstruction souhaite néanmoins servir aussi aux victimes. L'affliction prend en effet tellement de place dans le système pénal actuel qu'elle empêche de penser des modes d'intervention qui les prendraient mieux en considération. La rationalité reposant sur l'universalité de la protection de la liberté et de la sécurité ouvre un espace pour un plus grand respect de leurs besoins aussi. En ce sens, comme l'explique Lachambre à propos de la réflexion menée par la Commission de réforme du droit du Canada sur laquelle nous nous sommes appuyée, en s'éloignant des théories conventionnelles de la peine *"la commission de réforme dépeint un système de droit criminel basé sur une conception plus complète du principe du dernier recours, laissant aussi plus de place aux solutions de conflit négociées entre la victime et l'infracteur et à des peines "positives" (dont le dédommagement et la réparation) par opposition à la prison et à l'amende"* (Lachambre, 2011, pp. 236-237). Notre travail contribue à agrandir cet espace en maximisant le principe

du recours à l'emprisonnement en dernier recours et en proposant une conception minimaliste de celui-ci.

Nous aurions aimé approfondir la réflexion concernant la prise en compte des victimes, mais "*une recherche est le deuil de toutes les autres*" comme nous l'a répété Dan Kaminski et, surtout, il faut y mettre un point final à un moment donné. Cependant, ce champ doit être travaillé et approfondi dans des recherches ultérieures car il contient de nouveaux défis. Les résultats majeurs de ce travail appellent à réserver le recours à l'emprisonnement à des cas pour lesquels ce moyen se présente comme une nécessité sécuritaire, laissant ainsi davantage de place à la mobilisation d'autres moyens pour répondre aux situations problématiques que le système de droit criminel est amené à traiter, dans une rationalité non afflictive. Un chantier de réflexion important reste ouvert à l'intersection de la justice restauratrice, de la justice transitionnelle, de la réhabilitation non carcérale (Rapport Ouimet, 1969, Raupp, 2015) ou encore de la médiation et du recours à l'emprisonnement afin de concrétiser une réaction sociale crédible à l'égard de situations posant un problème de sécurité. Nous avons ouvert une brèche importante pour ce travail de réflexion, mais la recherche doit continuer.

Un autre élément important qui est ressorti de nos résultats d'analyse, et dont nous n'avons pas approfondi l'observation, est le managérialisme dans la justice (Kaminski, 2010) et ses effets sur la possibilité d'innovation en droit criminel. Les conditions de possibilité de l'innovation peuvent être fortement limitées par le poids de la managérialisation. Loin de constituer un simple arrière-plan, le managérialisme se présente, dans le discours des opérateurs, comme un obstacle concret à la pensée et à l'élaboration de nouvelles pistes de réflexion.

Les juges interrogés décrivent comment la pression constante en termes d'efficacité, de rentabilité et de gestion des flux tend à cadenasser les possibilités d'innovation véritable sur le plan des idées. En pratique, l'injonction à "l'efficacité" semble empêcher de "prendre le temps de penser autrement", de prêter une attention qualitative aux interventions du système et d'ouvrir des espaces de réflexion critique.

Il nous semble toutefois que le managérialisme n'est pas en soi un obstacle cognitif. Il s'agit d'un mode d'organisation qui, dans ses effets, renforce des obstacles cognitifs déjà existants. Ce qui se joue ici n'est donc pas la création de nouveaux obstacles, mais bien une aggravation pragmatique d'obstacles cognitifs identifiés. Les opérateurs du droit intériorisent la logique managériale et, de ce fait, l'obstacle devient réel dans ses conséquences pratiques. Cela favorise l'aveuglement et entretient des points de cécité dans la réflexion judiciaire, rendant plus difficile l'ajustement à l'universalité de la protection des droits fondamentaux.

Dès lors, rester dans la RPM est plus simple pour les opérateurs, qui trouvent une forme de confort moral et pragmatique dans la redondance du système. L'effort demandé pour transformer la rationalité pénale est coûteux en temps et en énergie et peut constituer un frein supplémentaire à l'innovation. À cet égard, la comparaison entre le Canada et la Belgique est intéressante. Là où, en Belgique, par manque de temps, les juges rédigent des jugements succincts, mobilisant des formules standardisées, les juges canadiens semblent disposer de davantage de temps pour penser et produire des décisions étoffées, parfois de plus de deux cents pages, comme en témoigne l'arrêt Bissonnette de la Cour Supérieure du Québec. Cela interroge sur la présence, l'ampleur et l'impact du managérialisme sur les possibilités d'innovation cognitive dans ces contextes différents.

Relativement à cette question, il convient toutefois de rappeler les limites de notre objet d'étude. Notre travail s'est concentré sur la rationalité pénale, les normes de sanction et la manière dont elles sont intériorisées par les opérateurs du droit. Nous n'avons pas travaillé sur l'environnement organisationnel du système de justice criminelle, ni sur les normes de comportement ou de procédure. Certes, ces dimensions sont importantes et influent sur les questions soulevées, mais *l'a priori* théorique de cette recherche situe le cœur de l'innovation possible au niveau de la rationalité et des normes de sanction.

Notons que la distinction proposée par Kaminski entre institution, organisation et profession (Kaminski, 2015) est ici éclairante. Nous nous sommes concentrée sur la profession en rapport avec les normes de sanction (relevant de l'institution) et sur la manière dont les opérateurs du droit les mettent en œuvre sous l'influence de la rationalité pénale moderne. L'organisation, en revanche, est restée en dehors de notre propos. Or, le managérialisme relève précisément de l'organisation (Kaminski, 2010).

Dans cette perspective, ne pas avoir pris en compte le managérialisme n'est pas un défaut théorique ou méthodologique. Cela relève plutôt d'un choix délibéré lié à l'objet et au focus de la recherche. En étudiant les communications judiciaires, nous avons l'objectif de rencontrer des obstacles cognitifs à une sortie de la rationalité pénale moderne et de découvrir des ouvertures vers l'innovation. Lors de la récolte des données, nous avons également été confrontée à de nombreux autres éléments intéressants, dont la question du managérialisme. Mais nous n'avons exploité que ce qui répondait à la problématique de cette recherche. Le matériel passionnant, mais qui ne rentrait pas directement dans la problématique, pourrait être exploité dans le cadre d'autres recherches car il est d'une grande richesse.

L'impact du managérialisme sur les possibilités d'innovation en droit criminel pourrait faire l'objet d'une autre recherche qui montrerait comment les logiques managériales favorisent la cécité et maintiennent la redondance du système d'idées de la rationalité pénale moderne, notamment à travers le manque de temps et de moyens. Une telle enquête permettrait de tester l'hypothèse selon laquelle, si le managérialisme renforce bien les obstacles cognitifs, il ne crée pas de barrières nouvelles, autres que celles déjà observées dans cette recherche.

Toutes ces questions nécessitent de plus amples développements et des recherches approfondies dans le futur. Nous pensons avoir ouvert des pistes vers l'innovation du système de droit criminel, mais le chemin est encore long pour que la protection positive des droits fondamentaux se trouve effectivement au cœur du raisonnement pénal, afin de réduire l'exclusion sociale et la souffrance générée volontairement par ce système.

Annexes

Annexe 1 : Certificat éthique

Université d'Ottawa

Bureau d'éthique et d'intégrité de la recherche

University of Ottawa

Office of Research Ethics and Integrity

14/06/2024

CERTIFICAT D'APPROBATION ÉTHIQUE | CERTIFICATE OF ETHICS APPROVAL

Numéro du dossier / Ethics File Number

S-03-22-7704

Titre du projet / Project Title

Envisager autrement
l'observation de la finalité de la
peine de neutralisation
Contribution pour un nettoyage
du regard du système de droit
criminel

Type de projet / Project Type

Thèse de doctorat / Doctoral
thesis

Statut du projet / Project Status

Renouvelé / Renewed

Date d'approbation (jj/mm/aaaa) / Approval Date (dd/mm/yyyy)

13/06/2022

Date d'expiration (jj/mm/aaaa) / Expiry Date (dd/mm/yyyy)

12/06/2025

Équipe de recherche / Research Team

**Chercheur /
Researcher**

Affiliation

Role

Coline MOREAU

Département de criminologie / Department of
Criminology

Chercheur Principal / Principal
Investigator

Alvaro PIRES

Département de criminologie / Department of
Criminology

Superviseur / Supervisor

Dan KAMINSKI

UCLouvain

Co-superviseur / Co-supervisor

Conditions spéciales ou commentaires / Special conditions or comments

550, rue Cumberland, pièce 154 550 Cumberland Street, Room 154
Ottawa (Ontario) K1N 6N5 Canada Ottawa, Ontario K1N 6N5 Canada

613-562-5387 • 613-562-5338 • ethique@uOttawa.ca / ethics@uOttawa.ca
www.recherche.uottawa.ca/deontologie | www.recherche.uottawa.ca/ethics

Université d'Ottawa

Bureau d'éthique et d'intégrité de la recherche

University of Ottawa

Office of Research Ethics and Integrity

Le Comité d'éthique de la recherche (CÉR) de l'Université d'Ottawa, opérant conformément à l'*Énoncé de politique des Trois conseils* (2014) et toutes autres lois et tous règlements applicables, a examiné et approuvé la demande d'éthique du projet de recherche ci-nommé.

L'approbation est valide pour la durée indiquée plus haut et est sujette aux conditions énumérées dans la section intitulée "Conditions Spéciales ou Commentaires". Le formulaire « Renouvellement ou Fermeture de Projet » doit être complété quatre semaines avant la date d'échéance indiquée ci-haut afin de demander un renouvellement de cette approbation éthique ou afin de fermer le dossier.

Toutes modifications apportées au projet doivent être approuvées par le CÉR avant leur mise en place, sauf si le participant doit être retiré en raison d'un danger immédiat ou s'il s'agit d'un changement ayant trait à des éléments administratifs ou logistiques du projet. Les chercheurs doivent aviser le CÉR dans les plus brefs délais de tout changement pouvant augmenter le niveau de risque aux participants ou pouvant affecter considérablement le déroulement du projet, rapporter tout événement imprévu ou indésirable et soumettre toute nouvelle information pouvant nuire à la conduite du projet ou à la sécurité des participants.

The University of Ottawa Research Ethics Board, which operates in accordance with the *Tri-Council Policy Statement* (2014) and other applicable laws and regulations, has examined and approved the ethics application for the above-named research project.

Ethics approval is valid for the period indicated above and is subject to the conditions listed in the section entitled "Special Conditions or Comments". The "Renewal/Project Closure" form must be completed four weeks before the above-referenced expiry date to request a renewal of this ethics approval or closure of the file.

Any changes made to the project must be approved by the REB before being implemented, except when necessary to remove participants from immediate endangerment or when the modification(s) only pertain to administrative or logistical components of the project. Investigators must also promptly alert the REB of any changes that increase the risk to participant(s), any changes that considerably affect the conduct of the project, all unanticipated and harmful events that occur, and new information that may negatively affect the conduct of the project or the safety of the participant(s).

Coordonnateur / COORDINATOR

Coordonnateur de l'éthique / Ethics Coordinator

Pour/For **Barbara GRAVES** Président(e) du/ Chair of the **Comité d'éthique de la recherche en sciences sociales et humanités / Social Sciences and Humanities Research Ethics Board**

550, rue Cumberland, pièce 154 550 Cumberland Street, Room 154
Ottawa (Ontario) K1N 6N5 Canada Ottawa, Ontario K1N 6N5 Canada

613-562-5387 • 613-562-5338 • ethique@uOttawa.ca / ethics@uOttawa.ca
www.recherche.uottawa.ca/deontologie | www.recherche.uottawa.ca/ethics

Annexe 2 : Guide d'entretien

Guide d'entretien réflexif

Objet de la recherche : la neutralisation comme finalité de la peine et le rapport avec les droits fondamentaux

Identification de l'entrevue : _____

Date : _____

Chercheure : _____

Profession : _____

Présentation de la recherche et du type d'entrevue

Qui je suis :

Je m'appelle Coline Moreau, j'ai étudié le droit à l'UCL et je suis maintenant doctorante en criminologie à l'université d'Ottawa (Canada). Je mène ma recherche sous la codirection des Professeurs Alvaro P. Pires (UO) et Dan Kaminski (UCL).

Objet de la recherche :

Je travaille sur la question de la détermination des peines et ses rapports avec les droits fondamentaux. Plus particulièrement, l'objet de ma recherche est la neutralisation comme finalité de la peine.

Par ce travail, je cherche à mieux comprendre le rôle joué par la finalité de neutralisation dans la détermination des peines. D'une part, parce qu'elle est peu étudiée et que je fais l'hypothèse qu'elle est pourtant mobilisée dans un certain nombre de décisions. Et, d'autre part, parce qu'il me semble que cette finalité grince un peu avec certaines valeurs que le droit criminel soutient.

Indications méthodologiques :

Le but principal de l'entrevue est d'explorer avec les acteurs, d'après leur expérience professionnelle, la valeur, l'intérêt ou la pertinence d'un certain nombre d'idées dans le système de droit criminel portant sur la neutralisation des individus par l'intermédiaire de peines privatives de liberté et sur des éventuelles possibilités de concevoir la réponse pénale autrement, même lorsqu'il est question de problème de sécurité.

Confidentialité :

Le contenu des réflexions que vous partagerez avec moi restera strictement anonyme et confidentiel.

Voir Formulaire de consentement

Questions ouvertes

1. **Comme vous le savez, certaines commissions de réforme du droit ont insisté pour dire que le droit criminel a des valeurs axiologiques positives comme la protection de la liberté, de la sécurité et de la dignité pour tout un chacun. Pensez-vous, d'après votre expérience professionnelle, que ces valeurs sont pensées au moment de la détermination de la peine ?**
2. D'après votre expérience comme juge, pensez-vous que la gravité attribuée à un crime est une raison suffisante pour donner une peine de prison ferme au moment de la détermination de la peine ?
3. J'ai l'impression que nous sommes aujourd'hui devant une sorte de paradoxe. Depuis que nous avons dit que la peine de prison n'est pas la meilleure façon pour réhabiliter les condamnés, nous avons commencé à employer, me paraît-il, plus aisément la peine de prison pour d'autres motifs, sans penser à ses inconvénients pour la réhabilitation des condamnés. On a commencé à dévaloriser la réhabilitation et à survaloriser la dénonciation, la dissuasion et l'infliction proportionnelle de la souffrance du coupable. Comment voyez-vous cela à partir de votre expérience ?
4. J'ai souvent l'impression comme juriste que quand on pense à la dissuasion des autres, à la dénonciation abstraite du crime pour justifier une peine ferme et longue de prison, on perd de vue à la fois l'individualisation de la peine et la protection de la liberté du coupable dans la mesure du possible. D'après votre expérience, est-ce que cette perception fait du sens ?
5. On parle, en droit, de neutralisation et d'isolement de la personne condamnée. D'après votre expérience et votre façon d'évaluer les situations, dans quelles circonstances cela vous paraît réellement nécessaire de recourir à ces finalités de la peine ?

→ Faire des relances en fonction du propos de l'interlocuteur :

- Demande d'explication
- Reformulation de contenu
- Reformulation d'émotions (// faits inconfortables ; mécanismes de confort moral)
- Provocations (avec parcimonie)
- Confrontation du propos à mes propres réflexions
- Me laisser confronter par les propos des interlocuteurs

Pires, A. P. (2004). La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes ? Dans D. Kaminski and M. Kokoreff, *La sociologie pénale entre le système et l'expérience*, Paris, Éres, pp.173-198.

Bibliographie

Alberstein, M. (2006), "Mediating Paradoxically: Complementing the paradox of 'Relational Autonomy' with the 'Paradox of Rights' in Thinking Mediation", In O. Perez & G. Teubner (Eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford and Portland, Oregon, pp. 225-246.

Audesse, A., Cauchie, J.-F. et Sauvageau, J. (2024), Les usages récurrents (et oubliés) des peines radicales en droit criminel : un exemple canadien sur des peines dites à rabais, *Les Cahiers de droit*, 65(2), pp.273–309. <https://doi.org/10.7202/1113288ar>.

Audesse, A. et Moreau, C. (2023), Des victimes et des peines : Réflexions sur les nouvelles tendances victimaires de la pénalité canadienne, *Champ Pénal / Penal Field* [En ligne], 30-2023, <https://doi.org/10.4000/champpenal.14599>.

Bachelard, G. (1934), *Le Nouvel Esprit Scientifique*, Paris, Les Presses Universitaires de France.

Baratta, A. (1991), "Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal", *Déviance et société*, Vol. 15.

Barton, A. (2005), "Incapacitation Theory", in *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, Thousand Oaks, SAGE Publications.

Bateson, G. (1977), *Vers une écologie de l'esprit* (Tome II), F. Drosso, L. Lot, et E. Simion, Trads., Paris, Éditions du Seuil.

Beccaria, C. (1764), *Des délits et des peines*, Genève, Droz.

Beck, U. and Willms, J. (2004), *Conversations with Ulrich Beck*, Cambridge, Polity Press.

Beck, U. (2008), *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, collection Champs.

Bentham J. (1818), *Théories des peines et des récompenses*, Paris, Bossange et Masson.

Bentham, J. (1843), *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 4, Published under the Superintendence of his Executor John Bowring, Edinburgh, William Tait.

Berthelot, J. M. (2000), Épistémologie et sociologie de la connaissance scientifique, *Cahiers internationaux de Sociologie*, Vol. 109, pp.221-234.

Beyens, K. et Roosen, M. (2013), "La surveillance électronique en Belgique : autre chose qu'un simple dispositif pénal en plus...", *Journal of Criminology*, vol.11, n°3, pp.273-287.

Blumstein, A. (1983), "Incapacitation", Dans Sanford H. Kadish (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. 3, New York, The Free Press, pp.873-880.

Bourdieu, P., Chamboredon, J.-C. et Passeron, J.-C. (2005), *Le métier de sociologue*, Berlin, New York, De Gruyter Mouton.

Bourdieu, P. (1980), *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit.

Bourdieu, P. (1993), "La réflexivité comme méthode", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 100, pp.87-104.

Braithwaite, J. and Pettit, Ph. (2002), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press.

Branders, Ch. (2023), *Théâtre en réclusion. Du jeu à la subversion*. Bruxelles, Larcier.

Brunzel, B. (2010), *Disillusioning modernity : Niklas Luhmann's social and political theory*, Frankfurt am Main, New York, Peter Lang.

Brossard, B. (2017), "Prendre l'âge en considération dans les méthodes qualitatives. Une tentative d'explicitation", *SociologieS*, mis en ligne le 20 février 2017. Disponible sur : <https://journals.openedition.org/sociologies/6013>.

Cassirer, E. (1975), *Essai sur l'homme*, traduit de l'anglais par Norbert Massa, Paris, Éditions de Minuit, collection Le sens commun.

Geudens, H., Schelkens, W. et Walgrave, L. (1998), "A la recherche d'un droit sanctionnel restaurateur", *Journal du Droit des Jeunes*, n°173, pp.3-21.

Cauchie, J. F. et 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/Penal field*, vol. 4.

Cappi, R. (2011), *Motifs du contrôle et figures du danger. L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien*, Thèse de doctorat, Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain, Doctorat en criminologie.

Cellard, A. (1997), L'analyse documentaire, Dans *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques* (Poupart et al.), Boucherville, Quebec, Canada, Gaetan Morin Editeur, pp.251-272.

Chantraine, G. (2004), *Par-delà les murs. Expériences et trajectoires en maison d'arrêt*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF).

Christie N. (2005), *Au bout de nos peines*, Bruxelles, De Boeck et Larcier.

Combessie, Ph. (2009), *Sociologie de la prison*, Paris, La Découverte, coll. Repères Sociologie.

Conseil de l'Europe (1977), Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), "Traitement des détenus en détention de longue durée".

d'Aquin, Th. (1266 [1926]), *Somme Théologique*, Partie I-II, Question 90, Article 2.

Danet, J. (2008), "La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante", *Champ pénal/ Penal field*, Vol. V.

Danet, J. (2010), "Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle", *RSC*, n°1, pp.49-67.

de Saussure, S. (2024), *Les effets de la peine sur les proches des personnes condamnées : connaissances scientifiques, représentations du droit et rationalités de prise en compte lors de la détermination de la peine*, Thèse de doctorat, Section de Droit Civil, Faculté de Droit, Université d'Ottawa.

de Verdalle, L., Vigour, C. et Le Bianic, Th. (2012), "S'inscrire dans une démarche comparative. Enjeux et controverses", *Terrains et Travaux*, 2012/2, n°21, pp.5-21.

Derby-Talbot R. (2020), Conférence "In advocacy of the mess in research", Présentée à la Section de Droit Civil de la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa le 20 octobre 2020.

Dewey, J. (1930), *Human Nature and Conduct. An Introduction to Social Psychology*, New-York, The Modern Library.

Digneffe, Fr. (2008), "L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale", Dans C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires (dir.), *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*, vol.2. Bruxelles: De Boeck.

Doob, A. N., Sprott, J. B., Marinos, V., (1998), *An exploration of Ontario residents' views of crime and the criminal justice*, Toronto, Centre of Criminology, University of Toronto.

Dubé, R. (2008), *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, Thèse, Montréal, Université du Québec à Montréal, Doctorat en sociologie.

Dubé, R. et Pires, A. P. (2009), "La refondation de la société moderne", Dans Richard Dubé, Pascal Gin, Walter Moser et Alvaro P. Pires (dir.), *Modernité en transit / Modernity in transit*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa.

Dubé, R. (2012), "La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives", *Droit et Société*, 2012/3, n°82, pp.659-688.

Dubé, R. (2013), "Les angles d'observation de la rationalité pénale moderne et la recherche empirique", Dans R. Dubé, M. Garcia et M. Rocha Machado, M. (dir.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'université d'Ottawa.

Dubé, R. et Labonté, S. (2016), "La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne", *Les cahiers de Droit*, 57, pp.685-713.

Dubé, R. (2017), "L'évolution des systèmes sociaux : Comment penser la contribution des systèmes psychiques ?", in *Systèmes psychiques et systèmes sociaux*, Lukas K. Sosoe Georg (dir.), Olms Verlag, Europaea Memoria, pp.77-105.

Dubé, R. et Garcia M., (2017), "La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale", *Champ pénal/ Penal field*, XIV, [en ligne] <https://journals.openedition.org/champpenal/9501>.

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

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*, Presses de l'Université Laval, pp. 237-255.

Durkheim, É. (1922), *Éducation et sociologie*, Paris, Les Presses universitaires de France, 1968 (réédition).

Feeley, M. M. and Simon, J. (1992), "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications", *Criminology*, vol.30, n.4, pp.449-474.

Fortin, J., Viau, L., et Labrèche, D. (1978), *Code pénal général : textes, jurisprudence*, Montréal, Éditions Thémis.

Foucault, M. (1975), *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard.

Foucault, M. (1978), "Qu'est-ce que la critique ?", Conférence à la Sorbonne, 27 mai 1978, Texte publié notamment dans : Michel Foucault, *Dits et Écrits*, tome II, 1976-1988, Paris, Gallimard, pp.1236-1264.

Foucault, M. (1980), "La poussière et le nuage", Dans M. Perrot, *L'impossible prison*, Paris, Seuil, pp.29-39.

Foucault, M. (1994), *Dits et écrits*, tome IV, Paris, Gallimard.

Foucault, M. (1997), *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France (1975-1976), Édition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Mauro Bertani et Alessandro Fontana, Paris, Gallimard / Seuil, coll. "Hautes Études".

Foucault, M. (2013), *La société punitive : Cours au Collège de France (1972-1973)*, B. E. Harcourt, Éd., Paris, Gallimard/Seuil.

Galmart, M. (2023), *La mise à disposition du Tribunal de l'application des peines, une peine complémentaire modérée ?*, Communication réalisée lors d'un Midi du CRID&P, Université catholique de Louvain (UCLouvain), le mardi 14 novembre 2023.

Garcia Amado, J. A. (1989), Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann, *Droit et société*, n°11-12, pp.15-52.

Garcia, M. (2008), "Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel", *Champ pénal/Penal field*, <https://doi.org/10.4000/champpenal.1192>.

Garcia, M. (2010), *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel : Les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*, Thèse, Montréal, Université du Québec à Montréal, Doctorat en sociologie.

Garcia, M. (2011), De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et 'désubstantialiser' les catégories juridiques, *Les Cahiers de droit*, 52(3-4), pp.417-459.

Garcia, M. (2013), "La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel", Dans *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*, R. Dubé, M. Garcia et M. Rocha Machado (dir.), Ottawa, Les presses de l'université d'Ottawa, pp.35-73.

Garcia, M. (2015), Le concept de "droits de la personne" et son observation théorique et empirique, *Droit et Société*, 2015/1, n°89, pp.171-190.

Garcia, M. et Dubé, R. (2017), "La réforme du droit criminel : une idée dont le temps est venu", Dans Desrosiers, J., Garcia, M. et Sylvestre, M (dir.), *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités / Criminal Law Reform in Canada : Challenges and Possibilities*, Montréal, Thomson Reuters, Yvon Blais, pp.3-35.

Garcia, M. (2020), Droit, aliénation et créativité, *Les Cahiers de droit*, vol. 61, n°3, pp. 647-678.

Garland, D. (2001), *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press.

Ghatak, S. (2011), *Threat Perceptions. The Policing of Dangers from Eugenics to the War on Terrorism*, New York, Lexington Books.

Glaser, B. et Strauss, A. (1967), *The discovery of grounded theory*, New Brunswick et Londres, Aldine Transaction.

Gould, S. J. (1981), *The Mismeasure of Man*, New York: W.W. Norton.

Gouldner, A. W. (1957), "Cosmopolitans and locals: Toward an analysis of latent social roles", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 2, n°3, pp.281-306.

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.

Heinich, N. (2014), *Le paradigme de l'art contemporain. Structures d'une révolution artistique*, Paris, Éditions Gallimard.

Houchon, G. (1994), "L'effet d'incapacitation par l'emprisonnement est faible, coûteux et contraire à l'éthique", Dans *Justice et aide sociale - 100 ans d'évolution, Reflets et perspectives de politique criminelle, pénitentiaire et sociale*, Bruxelles, Bruylant, pp.451-473.

Hulsman, L. (1981), "Une perspective abolitionniste du système de la justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques", Dans Christian Debuyst (dir.), *Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Genève, Masson – Médecine et Hygiène, pp.7-16.

Hulsman, L. (1986), "La criminologie critique et le concept de crime", *Déviance et société*, vol.10, n°2, 1986, pp.115-126.

Husserl, E. (2009), *Recherches logiques*, tome 1 : *Prolégomènes à la logique pure*, Réédition, Halle (Saale).

Jakobs, G. (2009), "Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi", *Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé (RSC)*, n° 1, pp. 7 et suiv.

Kaminski, D. (2007), "L'éthique du réductionnisme et les solutions de rechange", *Criminologie*, 40(2), pp.89-101, <https://doi.org/10.7202/016853ar>.

Kaminski, D. (2010), *Pénalité, management, innovation*, Namur, Presses universitaires de Namur, Collection Droit.

Kaminski, D. (2015), *Condamner: Une analyse des pratiques pénales*. Toulouse, France : Éres, <https://doi.org/10.3917/eres.kamin.2015.01>.

Kaminski, D. (2019), *La fonction du cadre théorique dans la recherche en droit*, Troisième École d'automne sur la méthodologie de la recherche en droit, 4-6 novembre 2029, Section de Droit Civil, Faculté de Droit, Université d'Ottawa.

Kaminski, D. (2023), *Crimelight*, Genappe, Dikkop.

Kant, E. (1797), *Critique de la raison pure*, Paris, Presses Universitaires de France.

Kuhn, Th. S. (1972), *La Structure des révolutions scientifiques*. Traduction de Laure Meyer, Flammarion, Collection Champs.

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, Ottawa, Université d'Ottawa, Doctorat en Criminologie.

Labonté, S. (2020), "La relation entre le judiciaire et les victimes dans le contexte de la détermination de la peine au Canada : un enjeu pour l'évolution du droit criminel", *Revue Canadienne Droit et Société*, vol.35, n°1, pp.89-110.

Lachambre, S. (2011), *La théorie de la dénonciation : émergence et institutionnalisation du droit criminel*, Thèse, Ottawa, Université d'Ottawa, Doctorat en criminologie.

Lachambre, S. (2013), "La théorie de la dénonciation : nouvelles configurations théoriques de la rationalité pénale moderne", Dans M. Garcia, R. Dubé et M. Rocha Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Les Presses de l'université d'Ottawa, pp.73-90.

Landreville, P. (1986), *Rapport du comité d'étude sur les solutions de rechange à l'incarcération*, Québec, Solliciteur général du Québec.

Law Reform Commission of Canada, (1975), *Working Paper 11. Imprisonment and release*, Information Canada, <http://archive.org/details/imprisonmentrele00lawr>.

Law Reform Commission of Canada, (1976a), *Report 2, Guidelines: a Report on Dispositions and Sentences in the Criminal Process*, Information Canada, <http://archive.org/details/reportondisposit00lawr>.

Law Reform Commission of Canada, (1976), *Report 3, Our criminal law*, Information Canada, <http://archive.org/details/ourcriminallawre00lawr>.

Leipold, A. D. (2006), "Recidivism, Incapacitation, and Criminal Sentencing Policy", *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 3.

Lejeune, Ch. (2019), *Manuel d'analyse qualitative : analyser sans compter ni classer*, 2^e édition, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur.

Lemert, E. (1967), Legislating Change in the Juvenile Court, *Wiscosin Law Review*, Vol.2, pp.421-448.

Lévinas, E. (1961), *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*, Paris, Éditions du Seuil.

Lévinas, E. (1986), *Éthique et infini : dialogues avec Philippe Nemo*, Paris, Fayard.

Luhmann, N. (1989), Law as a social system, *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, n°1&2, pp.136-150.

Luhmann, N. (1993), *Risk: A Sociological Theory* (R. Barrett, Trad.), New York, Aldine de Gruyter.

Luhmann, N. (1995), *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press.

Luhmann, N. (1997), "Globalisation ou société du monde : comment concevoir la société moderne ?", Dans D. Kalogeropoulos (dir.), *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XIXe siècle*, Bruxelles, Bruylant, pp.7-31.

Luhmann, N. (2000), *Art as a social system*, trad. Eva Knodt, Stanford: Stanford University Press.

Luhmann, N. (2001), *La légitimation par la procédure*, (L. K. Sosoe, Trad.), Québec, Les Presses de l'Université Laval.

Luhmann, N. (2002), *Theories of Distinction. Redescribing the Descriptions of Modernity*, Stanford, Stanford University Press.

Luhmann, N. (2006), "System as Difference", *Organization: The Interdisciplinary Journal of Organization, Theory and Society*, vol.13, n°1, January, pp.37-57.

Luhmann, N. (2011), *Systèmes sociaux : Esquisse d'une théorie générale*, Traduit de l'allemand par Lukas K. Sosoe, Québec, Presses de l'Université Laval, Collection Inter-Sophia.

Luhmann, N. (2013), *Theory of Society, Volume 2*, traduit par Rhodes Barrett, Stanford, California, Stanford University Press.

Luhmann, N. (2021), *La société de la société*, traduit de l'allemand par Flavien Le Bouter, Paris : Exils, collection "Essai".

Lynd, R. S. (1939), *Knowledge for What? The Place of Social Science in American Culture*, Princeton, NJ : Princeton University Press.

Manikis, M. (2022), "The Principle of Proportionality in Sentencing: A Dynamic Evolution and Multiplication of Conceptions", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 59, n°3, pp.587-628.

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

Mary, Ph. (2001), "Pénalité et gestion des risques : vers une justice "actuarielle" en Europe ?", *Déviance et Société*, Vol. 25, pp.33-51.

Mary, Ph. (2005), "Les figures du risque et de l'insécurité. L'impact sur le contrôle", *Informations sociales*, vol.6, n°126, pp.16-25.

- Mathiesen, Th. (1990), *Prison on Trial. A Critical Assessment*, London, Sage Publications.
- Mathiesen, Th. (1998), "Selective Incapacitation Revisited", *Law and Human Behavior*, vol. 22, n° 4.
- Mead, G. H. (1918), "The Psychology of Punitive Justice", *American Journal of Sociology*, vol. 23, (5).
- Mehler, J. (1982). "Connaître par désapprentissage", Dans M. Piattelli-Palmarini et E. Morin (Eds.), *L'intégration perceptive des phrases : Aspects syntaxiques et cognitifs*, Paris, Editions INSERM.
- Mereu, I. (2012), *La mort comme peine. Essai sur la violence légale*, Bruxelles, Larcier.
- Mirzoeff, N. (2011), *The Right to Look: A Counterhistory of Visuality*, Durham and London, Duke University Press.
- Moeller, H.-G. (2006), *Luhmann Explained. From Souls to Systems*, Chicago, Open Court.
- Moreau, C. (2021), "Droit pénal de l'ennemi *versus* droit pénal du citoyen. Réflexions sur la fonction sécuritaire du système de droit criminel mise en avant par les infractions terroristes incriminées par les articles 140sexies et 140septies du Code pénal", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2-2021, pp.111-136.
- Moreau, C. et Moreau, Th. (2023), *Réflexion autour du seuil du désastre dans le champ de la répression du terrorisme*, Conférence d'ouverture lors du Colloque International Commémoratif des 21 ans du Laboratoire de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale organisé à l'Université d'Ottawa le 28 septembre 2023. [Document inédit].
- Moreau, Th. et Vandermeersch, D. (2024), *Éléments de droit pénal*, Bruxelles, La Charte.
- Mohr, R. (1980), "New Directions in Sentencing", In *New Directions in Sentencing*, edited by Brian A. Grosman, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, pp.194-212.
- Morin, E. (1969), *La Rumeur d'Orléans*, Paris, Seuil.
- Morin, E. (2005), *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil.
- Morris, R. (1983), "Introduction : What prison abolition is all about", in *Proceedings of the first international conference on Prison Abolition*, Toronto.
- Morris, R. (1994), *But What About the Dangerous Few ?*, Toronto, Rittenhouse, A New Vision.

Morris, R. (1998), "Two Kinds of Victims : Meeting their Needs", *Journal of Prisoners on Prisons*, 9, 2, pp.93-98.

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

Nagin, D. S. (1998), "Deterrence and Incapacitation", in *The Handbook of crime and Punishment*, Oxford New-York, Oxford University Press, pp.345-368.

Nonet, Ph. et Selznick, Ph. (2017), *Toward responsive law. Law and society in transition*, New-York, Routledge.

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

Pagé, A. (204), *La fonction du droit criminel selon la doctrine juridique canadienne : Les enjeux de cette conception pour l'évolution du système de droit criminel moderne*, Thèse de maîtrise, Département de criminologie, Université d'Ottawa.

Paillé, P (1994), "L'analyse par théorisation ancrée", *Cahiers de recherche sociologique*, n°23, pp.147-181.

Paillé, P. (2017), "L'analyse par théorisation ancrée", Dans M. Santiago Delefosse, M. der Rio Carral (dir.), *Les méthodes qualitatives en psychologie et sciences humaines de la santé*, Paris, Dunod, pp.61-83.

Parent, H. et Desrosiers, J. (2024), *Traité de droit criminel – tome 3 : La peine*, 4e édition, Montréal, Éditions Thémis.

Pascal, B. (1897), *Pensées*, édition Léon Brunschvicg, Paris, Hachette, fragment 512.

Piñero, V. B. (2013), *Transformations in the canadian youth justice system creation of statute and the judicial waiver in Quebec*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Pires, A. P., Landreville, P. et Blankevoort, V. (1981), "Système pénal et trajectoire sociale", *Déviance et Société*, vol.5, n°4, pp.319-345, <https://doi.org/10.3406/ds.1981.1093>.

Pires, A. P. (1987), La réforme pénale au Canada : l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Criminologie*, 20(2), pp.11-55.

Pires, A. P. (1990), "Le Devoir de punir : le rétributivisme face aux sanctions communautaires", *Revue canadienne de criminologie*, vol. 32, no 3, pp. 441-460.

Pires, A. P. (1991a), "La réforme pénale et la réciprocité des droits", *Criminologie*, 24(1), pp.77- 104, <https://doi.org/10.7202/017304ar>.

Pires, A. P. (1991b), "Éthiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine", *Ethica*, vol. 3, no 2, pp.47–78.

Pires, A. P. (1995), "Quelques obstacles à une mutation du droit pénal", *Revue générale de droit*, 26(1), pp.133-154.

Pires, A. P. (1997), "Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique", Dans *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques*, J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, A. P. Pires., Montréal, Gaëtan Morin., pp.113-169.

Pires, A. P. (1998a), "Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne", Dans Debuyst C., Digneffe F., Pires A. P. (dir.) *Histoire des savoirs sur le crime & la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université, pp.3-51.

Pires, A. P. (1998b), "Un nœud gordien autour du droit de punir", in Debuyst C., Digneffe F., Pires A. P. (dir.) *Histoire des savoirs sur le crime & la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université.

Pires, A. P. (2001), "La "Ligne Maginot" en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince", *Rev. dr. pén. crim.*, p.145 et s.

Pires, A. P., Cellard, A. et Pelletier, G. (2001), "L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien". Dans *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, P. Fraile (dir.), Barcelone, Publicacions Universitat de Barcelona, pp.195-217.

Pires, A. P. (2004), "La recherche qualitative et le système pénale. Peut-on interroger les systèmes sociaux ?", Dans Kaminski D. et M. Kokoreff., *Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron*, Toulouse, Les éditions Erès, pp.173-198.

Pires, A. P., (2007), Une utopie juridique et politique pour le droit criminel moderne ?, *Criminologie*, vol.40, n°2, pp.9-18.

Pires, A. P. (2008), "La doctrine de la sévérité maximale au Siècle des Lumières", Dans Debuyst C., Digneffe F. & Pires A.P. (dir.), *Les savoirs sur le crime et la peine. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 2008, pp.53-82.

Pires, A. P. (2011), *Por que é tão difícil construir uma política de alternativas penais? Conferência de abertura*, Présenté à la VII CONEPA - Congresso Nacional de Alternativas penais, Brasília, Distrito federal, Brasil, pp.23-35.

Pires, A. P. (2012), "Introduction. Les peines radicales : Construction et "invisibilisation" d'un paradoxe", Dans Mereu, I., *La mort comme peine. Essai sur la violence légale*, Bruxelles, Larcier, pp.7- 47.

Pires, A. P. (2013), "Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche", Dans M. Garcia, R. Dubé et M. Rocha Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Les Presses de l'université d'Ottawa, pp.289-319.

Pires, A. P. (2015), "L'adoption intersystémique des énoncés de sens : Le concept de punition en matière criminelle", Dans L. K. Sosoe (Éd.), *Le droit – un système social / Law as a Social System*, Hildesheim, Zurich, New-York, Georg Olms Verlag, pp. 233-275.

Pires, A. P. (2017), *Glossaire de la théorie de la rationalité pénale moderne*, Ottawa, Laboratoire de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale (document de travail non publié).

Pires A. P. (2018a), *Repenser la reconstruction du système de droit criminel à la lumière des contributions de Gunther Teubner*, Université d'Ottawa, ébauche préliminaire d'un chapitre de livre.

Pires, A. P. (2018b), "Le principe de proportionnalité et les « peines radicales » : où se trouve le seuil du désastre ?", Document de travail mis à la disposition des étudiant.e.s du Laboratoire de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale, [Document inédit].

Pires, A. P. (2018c), *A 'Garrafa para Moscas' e a noção de limiar do desastre*, Paper presented at the IV Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão, Dourados, Mato Grosso do Sul, Brésil.

Pires, A. P. (2020), "CRM8510 – Méthodologie de recherche en criminologie", Document inédit, Séminaire de doctorat, Département de Criminologie, Faculté des Sciences Sociales, Université d'Ottawa.

Pires, A. P. (2021), "Fait, norme et valeur : au-delà du traité des Tordesillas. L'apport de Max Weber", Dans Patrice Corriveau, Gérald Pelletier, Alvaro P. Pires et Lukas K. Sosoe (dir.), *Normativité et critique en sciences sociales*, Presses de l'Université Laval.

Pires, A. P. (2023), *Est-il possible de redéfinir le concept de punition ? Une contribution éventuelle à l'innovation en matière criminelle*, [Document inédit], Conférence lors du Colloque International Commémoratif des 21 ans du Laboratoire de la *Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale* organisé à l'Université d'Ottawa le 28 septembre 2023.

Pires, A. P. (2024a), "O público, a cultura organizada de inflição de sofrimento e o sistema penal", Dans J. R. F. Xavier (Ed.), *Punição criminal entre Direito e Opinião Pública*, Rio de Janeiro, Mórula Editorial e FAPERJ, pp. 9-84.

Pires, A. P. (2024b), *Commentaires sur la philosophie de Lévinas et application au champ des normes de sanction*, Document de travail mis à la disposition des étudiant.e.s du Laboratoire de la Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale, [Document inédit].

Popper, K. (1966), *Objective Knowledge. A Realist View of Logic, Physics, and History*, Oxford, Clarendon Press.

Possas, M. (2009), *Système d'idées et Création de Lois Criminelles : Le Cas de la Loi Contre la Torture au Brésil*, Thèse, Ottawa, Université d'Ottawa, Doctorat en Criminologie.

Quinney, R. (1974), *Critique of Legal Order: Crime Control in Capitalist Society*, Boston, Little, Brown.

Quivy, R. et Van Campenhoudt, L. (2006), *Manuel de recherche en sciences sociales*, 3^e ed., Paris, Dunod.

Quivy, R., et Van Campenhoudt, L. (2017), *Manuel de recherche en sciences sociales*, 5e éd., Paris, Dunod.

Radbruch, G. (1995), "Injustice légale et droit supralégal", traduction de Michael Walz, *Philosophie du droit*, vol.39.

Rancière, J. (1995), *La méésentente : Politique et philosophie*, Paris, Galilée, collection "La philosophie en effet".

Rapport Fauteux (1956), *Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada*, Imprimeur de la Reine, Ottawa.

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

Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987), *Réformer la sentence, une approche canadienne*, Imprimeur de la Reine pour le Canada.

Raupp, M. (2015), *La réforme pénale de 1984 au Brésil : Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération ?*, Thèse de doctorat, Département de criminologie, Université d'Ottawa.

Raupp, M. (2019), "Peut-on parler d'un "âge d'or" de la réhabilitation en matière pénale ? Sens et usages de l'idéal de réhabilitation dans une réforme pénale brésilienne", *Champ pénal/ Penal field*, 16 | 2019, mis en ligne le 09 septembre 2019.

Richardson, G. (2021), *Innovation cognitive en matière de peine et de leurs justifications : le cas de la commission de réforme du droit du Canada (1974-1976)*, Thèse de Maîtrise, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.

Ricœur, P. (1995), *Le Juste*, Paris, Éditions du Seuil, coll. Points Essais.

Roberts, J. V. (2001), Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada, *Sociologie et sociétés*, 33(1), pp.67-83, <https://doi.org/10.7202/001645ar>.

Rocha Machado, M. (2013), "Qu'advient-il de la rationalité pénale moderne quand on parle de problèmes internationaux ?", Dans M. Garcia, R. Dubé et M. Rocha Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Les Presses de l'université d'Ottawa, pp.247-268.

Rotman, E. (1990), *Beyond punishment: a new view on the rehabilitation of criminal offenders*, Westport, Greenwood Press.

Ruquoy, D. (1995), "Situation d'entretien et stratégie de l'interviewer", in F. Albarello, F. Digneffe, J.P. Hiernaux, C. Maroy, D. Ruquoy, P. de Saint-Georges, *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales*, Paris, Armand Colin.

Rusche, G. and Kirchheimer, O. (1939), *Punishment and Social Structure*, New York, Columbia University Press.

Salas, D. (2010), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Fayard, collection Pluriel.

Simondon, G. (1969), *Du mode d'existence des objets techniques*, Paris, Aubier.

Sosoe, L. K. (1998), "Quand juger c'est appliquer", Dans L. K. Sosoe (Ed.), *La vie des normes et l'esprit des lois*, Paris, Harmattan, pp.11-52.

Spitzer, S. (1979), "The Rationalization of Crime Control in Capitalist Society", *Contemporary Crises*, vol. 3, no 2, pp.187-206.

Teubner, G. (1989). *Le Droit : un système autopoïétique*. Presses universitaires de France.

Tourme-Jouannet, E. (2011), *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant.

Tulkens, Fr. (1985), *Un chapitre de l'histoire des réformateurs : Adolphe Prins et la défense Sociale*, Contribution au séminaire "Généalogie de la défense sociale", sous la direction de Michel Foucault, Département de criminologie et de droit pénal, Université Catholique de Louvain, <http://hdl.handle.net/2078.1/290446>.

Tulkens, Fr. et van de Kerchove, M. (2005), "Les droits de l'Homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ?", Dans *Strafrecht als roentgen. Liber amicorum Lieven Dupont*, dir. R. Verstraeten, D. Vad Daele et B. Spriet, Louvain, Universitaire pers Leuven, p. 949 et suiv.

Tulkens, Fr. (2013), "Préface", Dans M. Garcia, R. Dubé et M. Rocha Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Les Presses de l'université d'Ottawa, pp.9-13.

Tulkens, Fr. (2023), *La théorie de la rationalité pénale moderne et les pratiques professionnelles*, Conférence de clôture lors du Colloque International Commémoratif des 21 ans du Laboratoire de la *Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale* organisé à l'Université d'Ottawa le 28 septembre 2023, [Document inédit],

Xavier, J. R. (2012), *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*, Thèse de doctorat, Département de criminologie, Université d'Ottawa.

Xavier, J. R. (2013), *Public, opinion publique et détermination de la peine tels qu'ils sont vus par la science : quelques notes critiques*, In M. Garcia, R. Dubé et M. Rocha Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Les Presses de l'université d'Ottawa, pp.115-143.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), (2010), *Handbook on the Crime Prevention Guidelines: Making them work*, Criminal Justice Handbook Series, United Nations Publication, Sales No. E.10.IV.1.

van de Kerchove, M. (1976), "Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage", *Rev. dr. pén. crim.*, pp.245-273.

van de Kerchove, M. et Tulkens, Fr. (1996), "La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, no.5, pp.445-494.

van de Kerchove, M. (2007), "Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme", Dans *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, dir. Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove et S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis.

van de Kerchove, M. (2009), *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

van de Kerchove, M. (2010), "Les avatars de la loi belge de défense sociale : le changement dans la continuité", *Déviance et Société*, vol. 34, n°4, pp.485-502.

von Hirsch, A. (1976), *Doing Justice: The Choice of Punishments. Report of the Committee for the Study of Incarceration*, New York, Hill and Wang.

Wacquant, L. (2004), *Punir les pauvres : Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, Agone.

Watzlawick, P. (1978), *La réalité de la réalité : Confusion, désinformation, communication*, Paris, Éditions du Seuil, Collection Points.

Watzlawick, P. (1988), "La mouche et la bouteille à mouches", Dans P. Watzlawick (éd.), *L'invention de la réalité. Contributions au constructivisme*, Paris, Seuil.

Weber, M. (1959), *Le Savant et le Politique*, Traduction de J. Freund, Paris, Plon.

Wilson, J. Q. (1975), *Thinking about crime*, New York, Basic Books.

Whitman, J. Q. (2008), *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven & London, Yale University Press.

Wood, J., Williams, G. and James, M. (2010), "Incapacitation and Imprisonment : Prisoners' Involvement in Community-based Crime", *Psychology Crime and Law*, Vol.16.

Zimring, F. E. and Hawkins, G. (1986), "Dangerousness and Criminal Justice", *Michigan Law Review*, 85,481.

Zimring, F. E. and Hawkins, G. (1995), *Incapacitation : Penal Confinement and the Restraint of Crime*, New-York Oxford, Oxford University Press.

Jurisprudence

R. v. Sweeney, 1992 11 C.R. (4th) 1.

R. c. Latimer, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), 3 RCS 519, 2002 CSC 68.

R. c. Malmo-Levine, 2003 CSC 74.

R. c. Kang-Brown, 2008 A.C.S. no 18.

R. c. Ipeelee, (2012) CSC 13.

R. v. Baumgartner, 2013 A.J. No. 1497.

R. c. Bourque, 2014 N.B.J. No. 295.

R. c. Vuozzo, 2015 PESC 14.

R. v. W.G.C., 2015 A.J. No. 461.

R. v. Ostamas, 2016 M.J. No. 197.

R. v. Garland, 2017 A.J. No. 853.

R. v. Saretzky, 2017 A.J. No. 831.

R. c. Ramsurrun, 2017 J.Q. no 17816 (C.S.Q.).

R. c. Denis-Damée, (2018) QCCA 1251.

R. v. Klaus, 2018 A.J. No. 179 (Alta.Q.B.).

R. c. Bissonnette, 2019 QCCS 354.

R. v. McArthur, 2019 ONSC 963

R. c. Bissonnette, 2020 QCCA 1585.

R. c. Bissonnette, 2022 CSC 23.

Vinter et autres c. Royaume-Uni, arrêt (Grande Chambre) du 9 juillet 2013, Cour européenne des droits de l'Homme.

Textes légaux

Canada :

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

Loi protégeant les Canadiens en mettant fin aux peines à rabais en cas de meurtres multiples, L.C. 2011, ch. 5, sanctionnée le 23 mars 2011.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, Royaume-Uni, 1982.

Belgique :

Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, Moniteur belge, 15 juin 2006, n°2006009456.

Loi du 29 février 2024 introduisant le Livre Ier du Code pénal, Moniteur belge, 8 avril 2024, n°2024002052.

Loi du 29 février 2024 introduisant le Livre II du Code pénal, Moniteur belge, 8 avril 2024, n°2024002088.

International :

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, STCE n°5, signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.