

**La mise en forme juridique de l'expertise psychiatrique sur la traitabilité des
« délinquants dangereux » : l'état du droit criminel canadien**

Haythem Euch

Thèse soumise à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales
dans le cadre des exigences
du programme de maîtrise en criminologie (M.A.)

Département de criminologie
Faculté des sciences sociales
Université d'Ottawa

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	iv
RÉSUMÉ	v
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 - REVUE DE LA LITTÉRATURE	7
1.1 INTRODUCTION	7
1.2 MISE EN CONTEXTE	7
1.2.1 LA TRAITABILITÉ DANS LA LÉGISLATION CANADIENNE	7
1.2.2 LE CADRE LÉGISLATIF DES STATUTS « DÉLINQUANT À CONTRÔLER » ET « DÉLINQUANT DANGEREUX » AU CANADA :	9
1.2.3 CADRE LÉGISLATIF ET JUDICIAIRE RÉGISSANT LA PREUVE D'EXPERTISE	10
1.2.3.1 <i>La preuve d'expertise dans le code criminel canadien</i>	10
1.2.3.2 <i>La preuve d'expertise dans la jurisprudence</i>	11
1.2.4 LA « NOUVELLE PÉNOLOGIE »	13
1.2.4.1 <i>Nouvelle pénologie « ancienne génération »</i>	14
1.2.4.2 <i>Nouvelle pénologie « nouvelle génération »</i>	15
1.2.4.3 <i>Implication de la nouvelle pénologie pour notre problématique de recherche</i>	17
1.3 LA « TRAITABILITÉ »	18
1.3.1 LA DÉTERMINATION ET L'ÉVALUATION DE LA TRAITABILITÉ	18
1.3.2 LA « TRAITABILITÉ » EN TANT QUE CONCEPT SUBSTANTIALISÉ	22
1.4 LIENS ENTRE LE SYSTÈME PSYCHIATRIQUE ET LE SYSTÈME JUDICIAIRE	26
1.4.1 LES CONFLITS ENTRE LES SYSTÈMES	27
1.4.1.1 <i>La structure du système de droit juridique comme source de problème</i>	27
1.4.1.2 <i>La (dé)formation de la science par le système juridique</i>	32
1.4.1.3 <i>Le problème de l'idéalisation de la science</i>	35
1.4.2 HARMONIE ENTRE LES SYSTÈMES	39
1.4.3 AUTONOMIE DES SYSTÈMES	41
1.5 CONCLUSION	42
CHAPITRE 2 - CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES	45
2.1 INTRODUCTION	45
2.2 LA COMMUNICATION DES SYSTÈMES SOCIAUX SUR LA « TRAITABILITÉ »	46
2.2.1 LA DÉSUBSTANTIALISATION DE LA « TRAITABILITÉ »	46
2.2.2 LA DISTINCTION MÉDIUM/FORME	48
2.3 LA RELATION ENTRE LES SYSTÈMES SOCIAUX	51
2.3.1 LA DIFFÉRENCIATION FONCTIONNELLE	51
2.3.2 LE COUPLAGE STRUCTUREL	56
2.4 CONCLUSION	59
CHAPITRE 3 - MÉTHODOLOGIE DE RECHERCHE	60

3.1 CHOIX MÉTHODOLOGIQUES	60
3.2 COLLECTE DES DONNÉES ET CONSTITUTION DE L'ASSISE EMPIRIQUE	60
3.2.1 IDENTIFICATION DES MATÉRIAUX DE RECHERCHE ET ASPECTS ÉTHIQUES	60
3.2.2 L'ANALYSE DOCUMENTAIRE	61
3.2.3 TECHNIQUE DE CUEILLETTE DE DONNÉES	63
3.3 MÉTHODE D'ANALYSE DES DONNÉES	67
3.4 CODAGE	69
CHAPITRE 4 - LA MISE EN FORME DU MÉDIUM « TRAITABILITÉ » PAR LE SYSTÈME PSYCHIATRIQUE	75
4.1 INTRODUCTION	75
4.2 LA CAPACITE DE CHANGEMENT	76
4.2.1 LES CONDITIONS AUX CHANGEMENTS	76
4.2.1.1 <i>L'intelligence et la motivation</i>	77
4.2.1.2 <i>La réponse au traitement et l'usage des outils actuariels</i>	78
4.2.2 LES OBJETS DU CHANGEMENT : LE DÉSIR DÉVIAANT ET LE COMPORTEMENT DÉVIAANT	81
4.3 « QUOI FAIRE AVEC LE DÉLINQUANT? » : LES IMPLICATIONS DE LA CAPACITÉ DE CHANGEMENT AU NIVEAU DES RECOMMANDATIONS DES EXPERTS	84
4.3.1 LA RÉPONSE RÉHABILITATIVE	85
4.3.2 LE CONTRÔLE ET LA GESTION DU RISQUE	87
4.4 CONCLUSION	89
CHAPITRE 5 - LA CONSTRUCTION LÉGALE DE LA « TRAITABILITÉ »	91
5.1 INTRODUCTION	91
5.2 LES REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DE LA « TRAITABILITÉ » LORSQUE LES EXPERTS RECOMMANDENT LA RÉHABILITATION DE L'INDIVIDU	92
5.2.1 RÉSISTANCE DU JUGE À L'OPINION DE L'EXPERT	92
5.2.2 ACCORD DU JUGE AVEC L'OPINION DE L'EXPERT SUR LA « TRAITABILITÉ »	96
5.3 LES REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DE LA « TRAITABILITÉ » LORSQUE LES EXPERTS RECOMMANDENT LE CONTRÔLE DE L'INDIVIDU « NON-TRAITABLE »	99
5.4 CONCLUSION	101
CONCLUSION	103
BIBLIOGRAPHIE	109

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, je tiens à remercier mon directeur de thèse, le professeur Richard Dubé, pour m'avoir conseillé, aidé et encouragé à finir ce travail commencé il y a longtemps... Merci pour ta patience, ta gentillesse et surtout d'avoir accepté de diriger ce projet de recherche. C'est grâce à ton œil critique que j'ai pu me surpasser. J'espère avoir été à la hauteur de tes attentes.

Ensuite, je tiens aussi à remercier Jean-François Cauchie, professeur agrégé au département de criminologie, et Bastien Quirion, directeur du département de criminologie, pour avoir accepté d'évaluer mon travail et de participer à mon jury de thèse.

Mes amis, mes collègues, mes parents et ma petite sœur, merci pour avoir cru en moi. Les mots sont insuffisants pour vous exprimer ma gratitude.

Enfin, je remercie Valérie qui a tout fait pour m'aider, qui m'a soutenu et surtout supporté dans tout ce que j'ai entrepris. Cette thèse, je te la dédie.

RÉSUMÉ

La présente recherche est de type exploratoire et porte sur la mise en forme juridique de l'expertise psychiatrique quant à la traitabilité des « délinquants dangereux ». Les observations sont menées en contexte canadien et couvrent quatre provinces, soit l'Alberta, le Québec, l'Ontario et la Nouvelle-Écosse de 2008 à 2012.

La recherche est basée sur deux apports théoriques : l'avènement de la « nouvelle pénologie » et la théorie des systèmes autopoïétiques de Niklas Luhmann. La « traitabilité » est ainsi conçue comme un médium de communication auquel se réfèrent les systèmes psychiatrique et juridique pour construire, respectivement, leur propre conception de la traitabilité.

Nos analyses démontrent que, du point de vue psychiatrique, la « traitabilité » renvoie, comme mise en forme principale, à la capacité de changement chez le délinquant. Pour les experts, le médium est ainsi investi pour promouvoir un idéal réhabilitatif et transformatif de l'individu : la forte majorité des délinquants sont, à différents niveaux, considérés traitables. Apparaît dans ce cadre une distinction entre le désir déviant et sa transposition en comportements déviants. Si le désir déviant ne peut pas être changé, le comportement, lui, peut être altéré ou refoulé par l'entremise de l'intervention thérapeutique. Pour les experts, la présence du désir ne représente pas un problème en soi si celui-ci ne débouche pas sur des actes concrets.

Dans le contexte de la détermination de la peine, ces communications psychiatriques sont récupérées et réinvesties par le système juridique. Les principes réhabilitatifs promus par les experts cèdent la place à de nouveaux sens et à de nouvelles significations proprement juridiques. Ces dernières puisent leur essence principalement dans la neutralisation et la protection de la société, moins dans la capacité de changement du délinquant.

Si la « traitabilité » dans son sens réhabilitatif est fortement représentée dans le discours des experts, le même médium ainsi que ces mises en forme psychiatriques sont investis tout autrement dans le système juridique. Pour ce système, dans l'ordre des priorités, le changement individuel apparaît secondaire par rapport à la protection de la société, vue comme prioritaire. La neutralisation de l'individu, notamment par son incarcération, se présente alors comme la meilleure protection. Le risque de récidive est non seulement neutralisé, mais la responsabilité du traitement en détention est en même temps transférée sur le délinquant. Le système, ainsi, s'autodécrit comme protégeant la société contre le crime. D'un point de vue sociologique, on remarque en même temps que ce faisant, le système se « protège » lui-même contre la critique qui voudrait lui imputer la responsabilité de la non réhabilitation.

MOTS CLÉS : DROIT CRIMINEL, EXPERTISE PSYCHIATRIQUE, TRAITABILITÉ, DÉLINQUANTS DANGEREUX, THÉORIE DES SYSTÈMES, NOUVELLE PÉNOLOGIE

« vincit qui patitur »
Aulus Persius Flaccus

INTRODUCTION

Dans le cadre de ce travail, nous traiterons d'un phénomène particulier, soit celui de l'usage de la psychiatrie au sein du système juridique. Plus précisément, notre travail consiste en une étude exploratoire sur la réception juridique des discours psychiatriques sur la « traitabilité » des justiciables dans le cadre des procès d'application du statut de délinquant dangereux au Canada entre 2008 et 2012.

L'une des façons de traiter de l'interaction entre le système juridique et le système scientifique est de se pencher sur les communications entre les individus impliqués dans le processus juridique (juges, jury, avocats, experts). Ainsi, la communication entre les acteurs peut être qualifiée d'harmonieuse¹ quand les acteurs se comprennent et travaillent de pair. Elle peut aussi être qualifiée de conflictuelle si l'interaction juge/expert s'avère nuisible aux fonctions de ces derniers. Par exemple, parmi les problèmes communicationnels entre les acteurs juridiques (juges, jury, avocats) et scientifiques (experts), on note la partisanerie des experts, la tendance des juges à sur-idéaliser la science, l'incompréhension des juges face au jargon scientifique, etc. Pour surmonter de tels problèmes, plusieurs solutions peuvent être suggérées: établir un code éthique pour les experts, réduire la contradiction entre les opinions des experts, mieux former les juges pour qu'ils comprennent le langage scientifique, etc.

D'un autre côté, plusieurs (Chantraine, 2006 ; Hannah-Moffat, 2005 ; Quirion, 2006 ; Feeley et Simon, 1992 ; Vacheret *et al.*, 1998) parlent de l'avènement d'une nouvelle pénologie accompagnée de plusieurs mutations au niveau des discours et des pratiques pénales. Cette nouvelle pénologie n'est plus « [...] orientée vers les individus et leur transformation (celle qui caractérisait la « vieille pénologie » correctionnaliste), mais vers la gestion efficace des individus » (Chantraine, 2006 :274). Par exemple, la prison, considérée jadis comme un dispositif qui servait à exclure provisoirement les délinquants en vue de les transformer, fait désormais partie d'un « circuit d'exclusion » (*ibid.*). Feeley et Simon (1992)

¹ Par « harmonieuse » nous voulons dire que la relation est exempte de conflits, que les acteurs impliqués dans le processus judiciaire (juges et experts) sont capables d'interagir sans grandes difficultés. Ils sont capables de s'adapter l'un par rapport à l'autre et d'être en accord.

vont jusqu'à dire qu'à l'ère de la nouvelle pénologie, la réhabilitation, n'étant plus un enjeu pour le système juridique, est complètement disqualifiée au profit de nouveaux principes centrés sur la neutralisation.

D'autres (Hannah-Moffat, 2005 ; Vacheret *et al.* ; 1998 ; Quirion, 2006) considèrent que les transformations apportées par la nouvelle pénologie n'ont pas complètement anéanti les principes réhabilitatifs au profit de l'exclusion sociale des individus à risque. Au contraire, les pratiques pénales de la nouvelle pénologie auraient « ravivé », à certains égards, la réhabilitation en tant que pratique centrale de gestion de contrôle du risque.

Dans le cadre de cette nouvelle pénologie, la question suivante s'impose : Qu'arrive-t-il lorsque le discours clinique sur la « traitabilité » se greffe à la procédure pénale pour qui l'exclusion, la neutralisation et la protection du public semblent être des buts incontournables ? Deux pistes de réflexion s'avèrent intéressantes :

1) Lors des procès, les discours des experts sur les mesures thérapeutiques, axés sur le traitement et l'attribution des soins à des individus perçus comme étant malades, pourrait générer, au sein du système juridique, une tendance à criminaliser davantage en infligeant des peines plus sévères, à exclure et à neutraliser les individus « à risque » ;

2) Les discours cliniques thérapeutiques seraient repris par le juridique à des fins thérapeutiques plutôt que punitives. La mesure légale aurait des fins thérapeutiques dans la mesure où elle impose au délinquant une peine carcérale visant à le transformer, à le traiter et à le réhabiliter.

À un niveau plus macrosociologique, nous retrouvons un système psychiatrique dont le but principal est de favoriser la transformation de l'individu de même qu'un système juridique dont le but est de protéger la société contre un individu à risque. Ainsi, le problème de communication entre les juges et les experts ne peut être qu'un aspect du problème. Cette recherche vise en fait à explorer un autre aspect du même problème, celui relatif aux structures juridiques internes d'interprétation ou de mise en forme des communications psychiatriques. C'est dans cette optique que la nouvelle pénologie et les mutations qui s'y sont rattachées au niveau des pratiques et des discours pénaux pourraient expliquer la

dichotomie (ou, si tel s'avérait être le cas, l'harmonie) au niveau individuel entre experts et acteurs juridiques.

Ici, la notion de « traitabilité » nous servira d'exemple. Nous procéderons à l'analyse des diverses trames discursives autour de ce médium de communication dans les déclarations de délinquant dangereux. Plus précisément, notre projet consiste à identifier les formes, les sens et les significations accordés au médium « traitabilité » par les deux systèmes visés pour ensuite essayer de comprendre les conditions à l'intérieur desquelles les communications psychiatriques sur la « traitabilité » sont récupérées ou ignorées par le système juridique.

Notre corpus empirique est composé exclusivement d'ordonnances judiciaires, documents tirés de la base de données Quicklaw LexisNexis. Dans ces jugements écrits, nous retrouvons les opinions des experts sur la « traitabilité » des délinquants. Nous y retrouvons aussi, dans le cadre de la détermination de la peine, la rationalisation des juges sur les opinions émises par les experts psychiatres en matière de « traitabilité ». D'autres types de preuves y sont inclus, notamment les témoignages oculaires, les témoignages des agents de probation et des victimes, etc. Seules les sections sur les témoignages des experts et celles sur la détermination de la peine ont été retenues pour les fins d'analyse. Le processus de sélection de ces documents et l'analyse des sections en question seront discutés dans le chapitre méthodologique de cette recherche.

L'importance de notre recherche s'articule autour de deux aspects principaux :

1) Elle vient ajouter aux études sur l'interaction entre les individus (juges et experts) un deuxième niveau d'analyse, soit celui centré sur la communication des systèmes autopoïétiques. La théorie des systèmes de Niklas Luhmann² nous permettra à cet égard de distinguer ce deuxième niveau de communication ainsi que de dégager ses implications au niveau analytique ;

² Quatre postulats théoriques nous seront utiles à cet effet :

1) Les systèmes sociaux sont socialement différenciés ;

2) Les systèmes sociaux sont autonomes ;

3) Les systèmes sociaux peuvent se coupler autour d'un médium de communication particulier (ici la « traitabilité » nous sert en tant qu'exemple) ;

4) Pour communiquer, les systèmes sociaux utilisent des distinctions entre le médium et les formes qui y sont attribuées.

2) Notre recherche vient aussi questionner la capacité d'un système juridique imprégné par une nouvelle pénologie centrée sur la neutralisation et la protection du public à intégrer des discours psychiatriques à saveur réhabilitative.

En ce qui concerne l'avancement des connaissances, la contribution de notre recherche est double. Premièrement, notre travail cible une nouvelle compréhension des problèmes communicationnels qui peuvent exister entre les juges et les experts psychiatres. Au-delà du premier niveau de communication plutôt centré sur l'acteur et à propos duquel la littérature est abondante, rares sont les écrits qui traitent du deuxième niveau de communication, celui concernant les systèmes sociaux. L'étude de Bernheim (2008) nous paraît être la seule étude à avoir traité du sujet à un tel niveau d'observation.

Deuxièmement, le concept de « traitabilité », une notion centrale à notre recherche, est marginalisé dans la littérature. Ainsi, notre travail permettra de distinguer ce concept des autres notions avoisinantes, notamment de la notion de « risque » et de la notion de « dangerosité ».

En ce qui concerne nos questions de recherche, notre question principale est formulée de la façon suivante : Dans le contexte judiciaire canadien, lorsque les systèmes juridique et psychiatrique communiquent sur la notion de « traitabilité », quels sens lui attribuent-ils et quels sont les enjeux d'une telle co-construction sociale pour la détermination de la peine ?

De cette première question principale découlent cinq questionnements :

- 1) Quelles sont les significations accordées au médium « traitabilité » par chacun des systèmes, psychiatrique et juridique?
- 2) Quels sont les éléments pris en compte par l'expert psychiatre dans son évaluation de la traitabilité du délinquant?
- 3) Quelles sont les représentations juridiques des mises en forme psychiatriques du médium « traitabilité » lors de la détermination de la peine?
- 4) Est-ce que les sens psychiatrique et juridique attribués au médium traitabilité sont compatibles?

- 5) Quelles sont, pour les deux systèmes impliqués, les implications d'une telle compatibilité (ou incompatibilité) au niveau de leurs opérations respectives? Peut-on favoriser l'intégration des visées thérapeutiques psychiatriques dans le système juridique?

Notre recherche se compose de six chapitres :

Dans le premier chapitre, nous aborderons les deux parties constitutives de notre problématique : la notion de « traitabilité » et l'interaction entre les acteurs scientifiques et juridiques. Dans un premier temps, nous relèverons dans la littérature scientifique les diverses représentations de la « traitabilité » faites par la psychologie et/ou la psychiatrie. Dans un deuxième temps, nous résumerons les principales dynamiques relationnelles à un premier niveau, soit celui entre les acteurs individuels (juges, jury, experts, etc.). Nous développerons le cadre général dans lequel notre problématique vient s'inscrire, soit celui de la nouvelle pénologie. Précisons que nous ne nous intéressons pas à l'ensemble complet des changements apportés par la nouvelle pénologie. Seuls les aspects pertinents à notre recherche seront relevés, tel que les implications de la nouvelle pénologie au niveau de la rationalisation de la peine. Nous sommes conscients que la majorité des écrits sur la nouvelle pénologie traitent du contexte correctionnel plutôt que juridique, mais nous nous en sommes tout de même inspirés pour donner une assise sociologique plus globale à ce travail de recherche.

Dans le deuxième chapitre, nous développerons notre cadre théorique. Les « lunettes » théoriques empruntées pour traiter de notre problématique sont celles de la théorie des systèmes sociaux auto-référentiels de Niklas Luhmann. À partir de cette théorie, nous déplacerons le regard des individus aux systèmes pour nous intéresser plus spécifiquement au problème de la conception du rapport entre les systèmes juridique et psychiatrique. Nous présenterons des notions théoriques centrales à notre recherche telles que la distinction « médium/forme », distinction système/environnement et couplage structurel.

Dans le troisième chapitre, nous adresserons les questions méthodologiques. Nous décrirons les procédés employés pour constituer notre assise empirique et nous présenterons les fiches de collecte des données. De même, nous justifierons la manière dont nous avons

organisé notre matériel empirique en fonction de nos questions de recherche initiales. Enfin, nous discuterons de l'analyse documentaire comme méthode d'analyse employée dans le cadre de ce travail.

Dans le quatrième chapitre, nous dégagerons les discours psychiatriques sur la « traitabilité » dans un contexte judiciaire. Nous discuterons entre autres de la mise en forme principale du médium « traitabilité » par les experts, des distinctions opérées par ceux-ci pour donner sens à la mise en forme. Nous parlerons finalement des implications des discours psychiatriques sur la « traitabilité » au niveau institutionnel de la détermination de la peine.

Dans le cinquième chapitre, nous discuterons de la récupération juridique des discours psychiatriques sur la « traitabilité ». La question à laquelle nous tenterons de répondre est la suivante: dans quelle mesure et dans quelle direction les communications psychiatriques sur la « traitabilité » peuvent-elles stimuler, à un niveau juridique, la production d'un discours sur la peine ? À la fin de ce chapitre, nous nous pencherons sur les implications des mises en forme juridiques de la « traitabilité » au niveau institutionnel ainsi qu'au niveau de l'interaction entre les deux systèmes observés.

Dans notre conclusion, nous discuterons des résultats principaux de notre recherche et résumerons les principales contributions de notre travail. Nous suggérerons également pour la recherche de nouvelles pistes de réflexion qui n'ont pas pu être explorées dans cette étude, mais qui mériteraient, selon nous, une attention particulière dans des études à venir.

CHAPITRE 1 : REVUE DE LA LITTÉRATURE

1.1 Introduction

Ce chapitre se compose de trois sections principales:

Dans un premier temps, nous expliquerons le contexte entourant les notions de dangerosité et de traitabilité au Canada, c'est-à-dire les liens qui les unissent à travers la littérature grise³ (rapport officiel, projet de loi). Nous décrirons aussi les dispositions légales régissant les statuts de délinquant dangereux et de délinquant à contrôler.

Dans un deuxième temps, nous traiterons de la littérature scientifique rattachée à la notion de « traitabilité ». Les études qui se sont penchées spécifiquement sur la notion de la « traitabilité » sont rares⁴. Par conséquent, nous avons élargi le spectre de notre revue pour englober les études qui parlent des facteurs pouvant influencer, à différents degrés, la participation du délinquant au traitement, le succès ou l'échec de celui-ci, etc.

Dans un troisième temps, nous nous pencherons sur les trois configurations possibles de la relation entre juges et témoins experts. La tendance est de présenter la communication à un niveau individuel, au niveau des acteurs, soit les échanges qui se trament *entre* le juge et le témoin expert. Cette section permettra de faire le lien avec le chapitre théorique lequel proposera une nouvelle façon d'approcher le phénomène de communication juge/psychiatre à partir d'une perspective sociologique luhmanienne : la communication *des* systèmes.

1.2 Mise en contexte

1.2.1 La traitabilité dans la législation canadienne

Au Canada, la catégorie de « délinquant dangereux » a été introduite dans la législation dès 1947 (Association canadienne de justice pénale, 2007). Une deuxième législation introduite en 1948, connue sous le titre de « Sexual Psychopath Act », avait pour but d'identifier les délinquants dangereux et de les traiter par des professionnels de la santé

³ Publication non-scientifique qui n'a pas fait l'objet d'évaluation par les pairs.

⁴ Nous avons pu identifier seulement quatre études portant sur la définition de la « traitabilité ».

mentale (Petrunik, 1994). L'idée de « traiter le dangereux » prend dès lors une signification légale : la loi doit non seulement identifier les délinquants dangereux, elle doit aussi viser leur traitement.

En 1969, l'idée de traiter les délinquants dangereux est encore une fois ressortie dans le rapport Ouimet (Le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle). Parmi ses nombreuses recommandations, le rapport a mis l'emphase sur la nécessité de continuer à traiter les délinquants dangereux et à utiliser les outils d'évaluation clinique. Dans le rapport Ouimet, l'incarcération des délinquants dangereux pour des périodes prolongées vise deux objectifs : la protection de la société et le traitement.

Le manque de protection suffisante contre le délinquant chroniquement dangereux est peut-être le plus grave défaut de la législation actuelle s'appliquant aux délinquants d'habitude (les repris de justice, d'après le Code criminel) et aux délinquants sexuels dangereux. C'est pourquoi le Comité recommande la création d'une nouvelle catégorie de délinquants, le *délinquant dangereux* qui serait passible de ségrégation pendant une période indéterminée, non pas à des fins punitives ou à titre d'exemple, mais simplement pour protéger la société en mettant obstacle à la répétition des actes dangereux pour lesquels le sujet a été condamné, et en le soumettant au traitement qui lui convient dans un milieu approprié (Rapport du comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, 1969: 204).

En 1997, le thème de la « traitabilité » est de nouveau étroitement lié à la détermination de la dangerosité. Le projet de loi C-55 est venu appuyer la centralité du traitement et de la thérapie dans la détermination de la dangerosité légale des délinquants. Par exemple, lors de l'étude du projet de loi C-55 par le comité permanent de la justice et des questions juridiques, l'organisation CAVEAT (Canadians against violence) a soumis au comité la recommandation 50 qui fut initialement développée en réponse au décès de Christopher Stephenson⁵ en 1993. Cette dernière suggère l'amendement des lois provinciales sur la santé mentale « [...] *in order to make it possible to detain 'untreatable' persons. This would entail first categorizing these individuals as untreatable and then detaining them* [...] » (CAVEAT, 1997).

⁵ Christopher Stephenson est un enfant qui a été enlevé, sexuellement abusé et tué par Joseph Fredericks. L'incident a eu lieu à Brampton en Ontario en 1988.

Avec le projet de loi C-55, la « traitabilité » apparaît comme un prérequis légal qui vise à identifier des individus récalcitrants au traitement et menaçants pour la société. Bref, de 1947 jusqu'à 1997, on voit que la dangerosité et le traitement sont deux concepts liés, du moins dans le cadre législatif.

1.2.2 Le cadre législatif des statuts « délinquant à contrôler » et « délinquant dangereux » au Canada :

Actuellement, pour gérer les délinquants à risque élevé de récidive, deux désignations sont mises en place, soit la désignation de délinquant dangereux (DD) et celle de délinquant à contrôler (DAC). Ces deux statuts sont assujettis à des règles légales bien précises. Parmi ces règles, la dangerosité du délinquant et son risque de récidive sont des critères essentiels dans la détermination de la peine. Entre 1978 et avril 2013, 636 personnes ont été déclarées délinquants dangereux, dont 538 étaient encore actifs à cette date. Parmi ces 538 DD, 512 étaient incarcérés et 24 étaient surveillés en collectivité (Sécurité publique Canada, 2013 :103). En date d'avril 2013, 722 délinquants ont été désignés DAC (*ibid.* : 105).

Selon le paragraphe 752.1(2) du code criminel, pour qu'un individu soit sujet à une application de déclaration de délinquant dangereux, les critères suivants doivent être remplis : 1) l'individu doit être reconnu coupable d'une infraction comportant « des sévices graves à la personne »; 2) l'individu doit représenter « un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental » d'autrui; 3) l'infraction commise doit être une infraction avec violence passible d'une peine minimale de 10 ans ou une infraction sexuelle au sens des articles 271 (« agression sexuelle »), 272 (« agression sexuelle avec une arme ou causant des lésions corporelles ») et 273 (« agression sexuelle grave »).

Pour déterminer la dangerosité, les éléments suivants sont pris en compte : un mode de comportement non-effréné et/ou un comportement agressif persistant et/ou, tout comportement qui est d'une nature si brutale que l'on peut déduire que le comportement futur du délinquant est peu susceptible d'être inhibé par une retenue normale (code criminel du Canada, 753(1)a)). Au sens du code criminel, s'il y a présence d'un comportement caractérisé par une incapacité chez l'individu à contrôler ses impulsions sexuelles, ceci peut être considéré comme étant un motif de dangerosité. Si une personne est déclarée coupable

d'une infraction passible d'une peine minimale de deux ans et répond aux critères relatifs à la dangerosité, mais dont le risque pour le public peut être géré par l'entremise d'une surveillance et de diverses conditions de probation, y compris la participation au traitement, elle peut être déclarée « délinquant à contrôler ». Dans ce cas, le justiciable écope d'une peine d'une durée déterminée de 2 ans ainsi qu'une période de surveillance dans la communauté allant jusqu'à 10 ans.

1.2.3 Cadre législatif et judiciaire régissant la preuve d'expertise

1.2.3.1 La preuve d'expertise dans le code criminel canadien

L'article 672.11 du code criminel du Canada dicte les différents motifs pour lesquels un tribunal peut ordonner l'évaluation de l'état mental d'un accusé. Par exemple, le tribunal peut ordonner une telle évaluation s'il possède des motifs raisonnables de croire en la nécessité de la preuve de santé mentale pour déterminer « l'aptitude de l'accusé à subir son procès » ainsi que déterminer sa responsabilité criminelle au moment de l'infraction.

De plus, l'article 752.1 du code se rapporte plus spécifiquement au processus entourant la preuve d'expertise dans la détermination de la dangerosité. Ce dernier stipule que, si un tribunal a des motifs raisonnables de croire qu'un prévenu pourrait être déclaré dangereux ou à contrôler en vertu des articles 753 et 753.1, il peut « [...] le renvoyer, par une ordonnance écrite et pour une période maximale de soixante jours, à la garde de la personne qu'il désigne, laquelle effectue ou fait effectuer par des experts une évaluation qui sera utilisée comme preuve lors de l'examen de la demande visée aux articles 753 ou 753.1. » (Code criminel, art.752.1).

L'usage du témoignage expert, que ce soit par la défense, par la couronne ou par la Cour, est encadré et balisé par des critères légaux précis et mentionnés à l'article 657.3 du code criminel du Canada. Selon cet article, il y a deux conditions inhérentes au témoignage de l'expert : 1) la reconnaissance de la qualité de l'expert par le tribunal et 2) la remise d'un « préavis raisonnable » à l'autre partie quant à l'intention de déposer un rapport d'expertise. L'alinéa 3 de ce même article décrit plus spécifiquement le contenu du préavis : le nom de l'expert, son champ d'expertise, ses qualifications, etc.

Les rapports d'expertise sont déposés à la Cour pour aider le juge à prendre une décision légale, et ce en l'informant sur plusieurs éléments dont l'évaluation du risque et la présence de troubles de santé mentaux. Ces rapports assistent les juges dans leur détermination de la peine. Toutefois, ces articles de loi doivent être interprétés de concert avec la jurisprudence.

1.2.3.2 La preuve d'expertise dans la jurisprudence

C'est en 1931, dans l'affaire Kelliher, que la Cour suprême du Canada s'est prononcée pour la première fois sur les règles et les normes applicables quant à l'admissibilité de la preuve d'expertise. Pour que cette dernière soit admise en cour, elle doit rencontrer deux critères. Le premier est relatif à son objet. Ce dernier « [...] doit être tel que les gens ordinaires ne pourront probablement pas en juger à bon escient sans l'aide de personnes possédant des connaissances particulières » (Kelliher c. Smith, 1931 :684 dans Bernheim, 2007 : 06). Le deuxième critère a trait aux connaissances de l'expert. Ces connaissances doivent découler d'études et/ou d'une pratique professionnelle pertinente (*ibid.*).

En 1994, dans l'affaire Mohan, les critères relatifs à l'évaluation de la recevabilité de la preuve d'expertise furent davantage précisés. Ces critères se résument comme suit :

- 1) La pertinence de la preuve ;
- 2) La nécessité de la preuve pour aider le juge ;
- 3) L'absence de toutes règles d'exclusion ;
- 4) Les qualifications de l'expert.

Le critère de la pertinence se définit comme étant une analyse de coûts/bénéfices dans laquelle la valeur probante de la preuve (sa capacité d'assister le juge et/ou le jury à déterminer la peine) est comparée à ses potentiels préjudices et ses autres coûts (par exemple, les coûts financiers, le temps investi à produire et à examiner la preuve, etc.) (Cunliffe,

n.d.)⁶. Deuxièmement, la preuve d'expert est vue comme étant nécessaire si elle fournit des informations de nature technique, si elle se penche sur des faits sur lesquels le juge, à lui seul, ne pourrait conclure d'une manière juste ou si elle se rapporte à un domaine peu compris par une personne ordinaire (*ibid.*). Troisièmement, la preuve d'expert doit rencontrer non seulement les règles d'admissibilité, mais aussi ne contrevenir à aucune règle d'exclusion (*ibid.*). Enfin, l'expert doit être dûment qualifié⁷.

Enfin, dans l'affaire *Abbey* (2009), pour déterminer l'admissibilité de la preuve scientifique, le juge a réitéré les principes énoncés précédemment dans les affaires *Kelliher* et *Mohan* tout en balisant davantage la preuve d'expertise :

- 1- Le parti présentant l'expertise doit prouver l'admissibilité sur la base de probabilités;
- 2- La terminologie utilisée par l'expert quand il communique son opinion doit être délimitée;
- 3- Il revient au parti présentant la preuve de démontrer que celle-ci rencontre quatre critères d'admissibilité (la preuve doit s'inscrire dans le champ d'expertise de l'expert, le témoin expert doit être suffisamment qualifié, l'opinion ne doit pas contrevenir à aucune des règles d'exclusion, l'opinion doit avoir une pertinence logique au déroulement du procès);
- 4- Il revient au juge d'évaluer si les bénéfices de la preuve (fiabilité, méthodologie, impartialité et objectivité) dépassent les torts potentiels de la preuve (temps investi, préjudices et confusion).

Dans les procès pour l'application du statut de délinquant dangereux, la « traitabilité » vient s'entremêler à la dangerosité et il devient très difficile de distinguer les deux notions l'une de l'autre : Celui qui est non-traitable est-il dangereux ? Celui qui est traitable est-il moins dangereux ? La dangerosité des experts est-elle la même que celle des juges ? Le but de ces questionnements n'est pas de leur apporter une réponse absolue, mais plutôt d'en tenir compte lors de nos analyses : le contexte dans lequel la « traitabilité » sera analysée est un contexte juridique de détermination de dangerosité au sens juridique du

⁶ Il s'agit d'un texte non-publié écrit par Emma Cunliffe. Ce texte nous a été acheminé par le professeur Ron Melchers (département de criminologie, Université d'Ottawa) par courriel le 24 octobre 2011.

⁷ Les qualifications académiques et professionnelles de l'expert sont des facteurs à considérer.

terme. Notre objectif sera de tenter de mettre en lumière la « traitabilité » en en dégagant les sens et les significations possibles dans ce contexte particulier.

Le cadre auquel nous avons fait référence dans cette section dicte et régularise les pratiques et les processus légaux en ce qui a trait notamment au témoignage de l'expert, au contenu et aux motifs pouvant permettre la tenue d'un rapport d'expert. À ce contexte législatif et judiciaire vient s'ajouter un contexte sociologique. Ce dernier fait référence à des transformations au niveau des objectifs pénaux et l'avènement d'une « nouvelle-pénologie » vers les années 1980.

1.2.4 La « nouvelle pénologie »

Notre objet de recherche s'inscrit dans le cadre d'une problématique plus large, soit celle de la nouvelle pénologie.

La nouvelle pénologie fait référence à un ensemble de changements, de mutations et de transformations au niveau des discours et des pratiques pénales durant les années 1980 (Hannah-Moffat, 2005 ; Quirion, 2006 ; Feeley et Simon, 1992 ; Vacheret *et al.* ; 1998). Ces mutations furent observées sur trois niveaux :

- 1) l'émergence, en droit criminel, d'un nouveau discours centré sur les probabilités et les risques;
- 2) la préoccupation avec l'efficacité des mécanismes internes propres au système dans sa gestion et son contrôle des risques associés au crime;
- 3) le déploiement de nouvelles techniques (outils actuariels, techniques de surveillances, etc.) qui visent à contrôler des groupes à risque plutôt que des individus.

Les discussions sur la portée et les implications de ces trois transformations au niveau de la pratique et des objectifs pénaux, tel que la réhabilitation et la neutralisation, sont divisées en deux camps : le camp de la nouvelle pénologie d'ancienne génération (celle représentée ici par Feeley et Simon, 1992) et celui de la nouvelle pénologie de nouvelle génération (représentée ici par Hannah-Moffat, 2005). Dans les paragraphes suivants, nous expliquerons la position de chacun des deux camps.

1.2.4.1 Nouvelle pénologie « ancienne génération »

Dans leur article intitulé « The New Penology : Note on the emerging strategy of corrections and its implications », Feeley et Simon (1992) attestent du déclin du modèle réhabilitatif. Ici, il n'est plus question de réhabiliter, de transformer ou de corriger le délinquant. Désormais, il est plutôt question de « gérer » les délinquants en les redistribuant de manière à ce que ceux-ci ne soient plus considérés « à risque » pour la société :

The new penology is neither about punishing nor about rehabilitating individuals. It is about identifying and managing unruly groups. It is concerned with the rationality not of individual behavior or even community organization, but of managerial processes. Its goal is not to eliminate crime but to make it tolerable through systemic coordination (Feeley et Simon, 1992 : 455).

Parmi les traits distinctifs de l'émergence de la « nouvelle pénologie », Feeley et Simon (1992) parlent de l'avènement d'un discours centré sur la notion du risque. Selon ces auteurs, l'évaluation du risque est l'une des méthodes de contrôle ayant vécu une expansion notable à l'ère de la « nouvelle pénologie ».

Le but de l'évaluation du risque n'est ni de réhabiliter ni de réintégrer, mais plutôt d'emprisonner de déterminer le niveau de risque que représente le délinquant, à savoir si ce dernier pourrait être géré dans la communauté. Selon Feeley et Simon (1992), l'évaluation du risque servirait à déterminer si la détention est nécessaire—compte tenu des facteurs de risque—et si tel est le cas, l'évaluation de risque permettrait aussi de déterminer la durée de cette détention qui n'aura pour but que la simple neutralisation de l'individu ou plus précisément, du risque qu'il représente.

Ainsi, l'idéal réhabilitatif n'a plus de place dans une nouvelle pénologie centrée sur l'emprisonnement et la neutralisation. Les transformations apportées par la « nouvelle pénologie » s'inscrivent dans un « custodial continuum » (Feeley et Simon, 1992 : 459). Ce continuum fait référence à une tendance à vouloir continuellement gérer et classer les individus selon leur niveau de risque (faible, moyen, élevé) plutôt que de promouvoir leur réinsertion sociale.

À l'ère de la nouvelle pénologie, la gestion du risque s'opère à partir de nouvelles technologies de surveillance et de contrôle (bracelets électroniques, surveillance en communauté, la multiplication des outils actuariels, etc.). Ces technologies, même si elles semblent à priori promouvoir la réhabilitation et la réintégration sociale des individus, sont symptomatiques d'une ramification d'outils de contrôle pénaux. En bout de ligne, ces techniques ne servent aucun principe réhabilitatif, mais contribuent plutôt à « identifier, classer, et gérer des groupes selon leur niveau de dangerosité » (notre traduction) (Feeley et Simon, 1992 : 452).

1.2.4.2 Nouvelle pénologie « nouvelle génération »

La nouvelle génération des écrits sur la nouvelle pénologie se penche sur des transformations au niveau des discours et des pratiques pénales similaires à celles invoquées par Feeley et Simon (1992). Toutefois, malgré ces transformations, plusieurs (Hannah-Moffat, 2005 ; Quirion, 2006 ; Vacheret *et al.*, 1998) affirment que les politiques thérapeutiques centrées sur la transformation de l'individu existent toujours au Canada.

Dans un contexte pénal canadien, Hannah-Moffat (2005) et Vacheret *et al.* (1998) décrivent comment le couplage entre la notion de « risque » et celle de « besoins » dans la gestion des délinquants contribue à la création d'un modèle hybride dans lequel la réhabilitation et la réinsertion sociale de l'individu demeurent des objectifs pénaux de première ligne.

Hannah-Moffat (2005) et Quirion (2006) affirment que l'usage d'outils actuariels dans la nouvelle pénologie est une pratique qui peut être investie dans un volet thérapeutique. Les auteurs distinguent la notion de « besoins » qui, selon eux, est rattachée à l'idée de réhabilitation. Seuls les « besoins criminogènes » sont adressés par le traitement pour réduire le risque de récidive.

Hannah-Moffat (2005) en vient à identifier un nouvel objet d'intervention, soit le « transformative risk subject ». Cet objet d'intervention pénale est évalué selon des facteurs de risque statique (ceux qui ne changent pas au fil du temps, par exemple l'historique criminel, le genre de l'individu, l'historique familial) et des besoins criminogènes (facteurs

de risque qui peuvent changer avec le temps tel que l'âge, le statut socioéconomique, etc.). Ces facteurs de risque et besoins criminogènes sont conjugués dans le but de favoriser la transformation de l'individu et de rendre son comportement conforme aux normes de la société.

Enfin, une fois que l'ensemble des besoins individuels ont été identifiés, ceux-ci sont agrégés en fonction des programmes institutionnels disponibles et ciblés pour un ensemble de groupes prédéfinis (par exemple, programme de gestion de la colère et des émotions, programme pour adresser des problèmes de consommation de drogues et d'alcool, etc.).

Quirion (2006) réfute l'idée que les pratiques à visée thérapeutique soient complètement disparues. Il atteste qu'avec la nouvelle pénologie, on assiste plutôt à un déséquilibre entre les buts thérapeutiques et ceux reliés au contrôle des populations dites « à risque ».

Dans son texte de 2006, Quirion discute du redéploiement d'un dispositif thérapeutique au sein des discours et des pratiques pénales. Bien que la nouvelle pénologie n'ait pas fait complètement disparaître le recours au traitement, celui-ci se trouve désormais articulé autour de nouveaux principes tel que l'usage d'outils actuariels (la notion de « besoins criminogènes » vient s'ajouter aux outils d'évaluation du risque et peut être investie dans des volets thérapeutiques), les thérapies cognitives (le comportement humain est appris) ainsi que la responsabilisation de l'individu (la réussite du traitement repose sur la participation active de l'individu).

Vacheret *et al.* (1998) affirment que le contexte canadien n'est que partiellement affecté par la « nouvelle pénologie » que décrivait Feeley et Simon (1992). Selon ces auteurs, malgré l'engouement pour le contrôle et la gestion du risque, les idéaux de réhabilitation et de réinsertion sociale trouvent encore leur place dans les discours correctionnels.

Lors d'entrevues conduites auprès de fonctionnaires agissant au niveau correctionnel fédéral dans la région de Québec, Vacheret *et al.* (1998) ont pu observer que le changement au niveau individuel chez les détenus demeure une priorité chez ces professionnels. La neutralisation, quant à elle, n'est pas absolue, mais plutôt « sélective » (*ibid.* : 44), c'est-à-dire que la sentence est « rationnelle, découpée et planifiée selon des phases logiques et

continues dans lesquelles les choix d'encadrement et d'intervention sont faits dans une logique à priori » (*ibid.* : 44).

1.2.4.3 Implication de la nouvelle pénologie pour notre problématique de recherche

Comme il s'agit d'un mouvement qui se penche sur les changements au niveau des discours et des pratiques pénales, y compris les objectifs de la peine (réhabilitation versus neutralisation), la nouvelle pénologie, jusqu'ici considérée au plan du correctionnel, pourrait bien s'appliquer dans le domaine judiciaire. En d'autres termes, l'application de la nouvelle pénologie pourrait potentiellement dépasser le cadre correctionnel et toucher aussi la pratique des juges et ce, au niveau de la détermination de la peine.

Des principes tels que la protection de la société ou la transformation individuelle possèdent en effet des significations d'ordre juridique. Ils sous-tendent ici aussi, dans le judiciaire, les objectifs pénaux reliés à la réhabilitation et à la neutralisation. Ces objectifs pénaux sont évidemment au cœur de notre analyse, laquelle se penche, en matière de traitabilité, sur la détermination de la peine.

À partir de transformations attribuées à l'avènement de la nouvelle pénologie décrite précédemment et des implications de cette dernière au niveau des objectifs pénaux (neutralisation versus réhabilitation), deux pistes de réflexion s'avèrent importantes à explorer dans le contexte de notre recherche.

D'un côté, si nous suivons la nouvelle pénologie américaine, on peut supposer que le système juridique, ayant complètement écarté la transformation de l'individu de son registre pénal, se trouve désormais uniquement centré sur la neutralisation de l'individu. L'évaluation de la « traitabilité » au sens psychiatrique viendra alors simplement moduler la technique à partir de laquelle la neutralisation pourrait s'exécuter : une neutralisation par la prison ou une neutralisation par un contrôle pénal continu en communauté. Dans les discours des juges, rien ne favorise une intégration des visées thérapeutiques centrées sur la transformation individuelle, peu importe l'avis de l'expert sur la « traitabilité ». Bref, considérant que le système de droit criminel est dominé par une rationalité pénale qui favorise l'exclusion

sociale de l'individu par l'entremise de la peine, le sens octroyé par les juges à la « traitabilité » risque de favoriser des communications hautement favorables au carcéral et à la simple neutralisation de l'individu—sans investissement au plan réhabilitatif.

D'un autre côté, si on se fie à la nouvelle pénologie canadienne, les communications psychiatriques, étant principalement « curatives » et thérapeutiques, pourraient déclencher chez le système juridique un discours qui favorise la transformation individuelle chez le justiciable. La gestion du risque par le juridique pourrait s'opérer en fonction des besoins individuels (besoins de thérapie, besoins d'inclusion) plutôt qu'en fonction de la neutralisation et de la protection de la société.

Dans le prochain chapitre, nous décrirons « les lunettes » à partir desquels nous observerons les mises en forme du médium « traitabilité » dans différents systèmes sociaux. À l'aide de la théorie des systèmes, nous ferons une description des formes (sens) que peut prendre le médium⁸ « traitabilité » dans l'enceinte des systèmes psychiatrique et juridique.

Notre but sera de désubstanliser la « traitabilité » pour en extraire les sens et les formes possibles, soient les sens et les formes actualisés par chacun des systèmes observateurs (psychiatrique et judiciaire). À partir de ces formes, nous pourrons dégager les manières par lesquelles les systèmes communiquent sur la « traitabilité » ainsi que les implications relatives à chacune d'entre elles. Nous serons dès lors en mesure de saisir comment les communications psychiatriques sur la « traitabilité » sont récupérées (ou ignorées) par le système juridique dans sa propre production de sens et saisir également ce que cela implique pour la traitabilité de l'individu et ses perspectives de réinsertion sociale.

1.3 La « traitabilité »

1.3.1 La détermination et l'évaluation de la traitabilité

Dans cette section, nous traiterons des diverses recherches ayant discuté de la notion de « traitabilité ». Relever les différents sens attribués à la notion de « traitabilité » dans la littérature scientifique nous servira de points de repères lors de notre analyse des discours des experts. Faire ressortir les significations cliniques attribuées à la « traitabilité » dans les

⁸ Ce travail théorico-conceptuel qui consiste à distinguer entre le médium et la forme sera élaboré davantage dans la section intitulée La construction du médium « traitabilité ».

études scientifiques nous donnera un aperçu de ce qui pourrait émaner plus tard de l'analyse de nos données, surtout en ce qui concerne les éléments pris en considération par les experts dans leur évaluation de la « traitabilité » des délinquants.

Un survol de cette littérature suggère que l'évaluation de la traitabilité est un processus clinique selon lequel le professionnel détermine, suivant plusieurs facteurs⁹, si le délinquant est susceptible d'avoir de nouveaux acquis qui lui permettront d'atténuer son comportement délictuel et, éventuellement, d'éviter la récidive. Avant même de référer le délinquant à un quelconque programme thérapeutique, les cliniciens peuvent dresser un pronostic et déterminer, à différents degrés de certitude, si un délinquant peut être considéré comme étant un « bon » candidat pour une thérapie, c'est-à-dire déterminer si un délinquant est « traitable ».

Nous avons noté qu'il était surtout question de la « traitabilité » chez les délinquants sexuels (Hanson *et al.*, 1991 ; Hanson et Bussière, 1998 ; Woessner, 2010 ; Blagden *et al.*, 2011). Toutefois, il n'existe pas une façon universelle de formuler et d'analyser la question du traitement des délinquants même s'il s'agit d'un même système, soit celui de la science. La « traitabilité » se trouve ainsi abordée selon plusieurs angles : les facteurs qui peuvent influencer le traitement (Hanson *et al.*, 1991 ; Woessner, 2010), l'impact du traitement sur la récidive (Hanson et Bussière, 1998), la « traitabilité » en tant que capacité de changement (Chakhssi *et al.*, 2010) et les facteurs qui peuvent contribuer à l'accessibilité au traitement (Blagden *et al.*, 2011 ; Salekin *et al.*, 2010 ; Yates, 2009).

Certaines études parlent de la « traitabilité » en termes de facteurs pouvant influencer le traitement. Ces facteurs sont vus comme pouvant renseigner le clinicien sur l'évolution du comportement délictuel, notamment sur le risque de récidive du délinquant.

Hanson *et al.* (1991) ont identifié certains facteurs pouvant renseigner les cliniciens par rapport à l'impact du traitement sur le comportement déviant des délinquants sexuels. Parmi ces facteurs, on retrouve le déni (jusqu'à quel point le délinquant minimise son comportement sexuel déviant), l'historique sexuel (différent de l'historique des crimes commis et comprend les activités sexuelles déviantes et non-déviantes), la préférence

⁹ Par exemple, le déni chez le délinquant, les traits de personnalité, l'impact des thérapies déjà suivies et accomplies sur le comportement déviant.

sexuelle (ce qui est différent des comportements sexuels, quelqu'un peut avoir une préférence sexuelle pour des enfants sans nécessairement passer à l'acte sexuel) ainsi que les attitudes et les croyances chez le délinquant (perceptions de certains délits).

Woessner (2010) a conduit des entrevues auprès de 57 experts psychiatres et psychologues allemands impliqués dans le traitement des délinquants sexuels. Selon cette étude, quatre facteurs ont été identifiés par les professionnels de la santé mentale pour évaluer la « traitabilité » du délinquant: la motivation du candidat pour poursuivre une thérapie, la volonté de changement chez le candidat, la responsabilisation du candidat par rapport au délit commis enfin son niveau intellectuel.

Être non-traitable peut en effet signifier un risque élevé de récidive¹⁰. En ce sens, Hanson et Bussière (1998) se sont penchés sur la récidive des délinquants sexuels en fonction du traitement reçu. Selon cette méta-analyse de 61 études de suivi (*follow-up studies*), les délinquants sexuels présentent un risque élevé de récidive s'ils quittent le traitement prématurément (attrition au traitement) et s'ils refusent d'admettre leur crime sexuel¹¹ (*ibid.* : 353). Le fait de ne pas compléter le traitement est un facteur de risque en lien avec la récidive en général (risque de commettre n'importe quel crime) et celui de nature sexuelle en particulier (commettre un crime sexuel après avoir été libéré) (*ibid.* : 356). Quant aux facteurs associés à l'attrition au traitement, le jeune âge, le manque d'éducation et les traits de personnalité antisociale sont des facteurs perçus comme augmentant le risque que le délinquant quitte prématurément le traitement (*ibid.* : 358). D'un autre côté, l'évaluation de la « traitabilité » peut être élargie pour considérer que n'importe quel changement du comportement serait un indicateur d'un niveau élevé de « traitabilité »: tant que le comportement n'est pas cristallisé dans le temps, le candidat peut être considéré comme étant traitable.

Dans une troisième étude, la « traitabilité » est présentée en tant que capacité de changement chez le délinquant (Chakhssi *et al.*, 2010). Cette étude se penche sur la capacité de changement et de responsivité au traitement des délinquants psychopathes comparativement aux non-psychopathes. Pour ce faire, les auteurs ont étudié des délinquants

¹⁰ Par « récidive », nous renvoyons à la perpétration d'un nouveau délit pour lequel le délinquant est reconnu coupable.

¹¹ Voir aussi Woessner (2010) en ce qui concerne le déni du crime commis.

ayant commis des crimes sérieux (des délits passibles d'un minimum de 4 ans d'emprisonnement), souffrant d'une maladie mentale (psychopathie) et qui suivent un traitement.

Pour évaluer le changement chez les participants, les auteurs ont utilisé un outil actuariel appelé RCI (*Reliable Change Index*)¹². Les résultats ont montré que tous les participants à l'étude ont répondu au traitement de façon positive (une amélioration du comportement était observable). L'étude a donc démontré que, contrairement aux résultats ressortis dans d'autres études, les délinquants psychopathes sont capables de changer (donc sont « traitables ») :

The group and individual level analyses suggest that both psychopaths and nonpsychopaths are responsive to inpatient forensic treatment, demonstrated by significant changes on the BEST-Index total score, and on the BEST-Index factors measuring social skills and insight. Psychopaths, as well as nonpsychopaths, seem to change on BEST-Index scales that measure adaptive social behavior, communication skills, level of insight and attribution of responsibility (*ibid.* : 676).

Enfin, d'autres études (Blagden *et al.*, 2011 ; Salekin *et al.*, 2010 ; Yates, 2009) discutent de la « traitabilité » en termes d'accessibilité aux programmes thérapeutiques. Il ne s'agit pas ici d'accessibilité physique aux traitements, mais plutôt d'un refus de traiter le délinquant sur la base de facteurs individuels présents chez ce dernier.

Selon Salekin *et al.* (2010), l'accès de certains délinquants à des programmes thérapeutiques est limité par une idée dominante stipulant que les délinquants psychopathes sont non-traitables. Ces auteurs ont identifié trois facteurs pouvant amener l'exclusion des délinquants psychopathes à certains traitements : la manipulation (le délinquant qui manipule le thérapeute), le manque d'émotion (incapacité des psychopathes de s'attacher ou de créer des liens humains) et la motivation au changement (les psychopathes ne sont généralement pas motivés par le changement).

Le déni en tant que facteur empêchant les délinquants sexuels d'avoir accès aux programmes thérapeutiques offerts est aussi souligné par d'autres auteurs (Blagden *et al.*, 2011 ; Yates, 2009). Puisque l'accès à la plupart de ces programmes se base avant tout sur la

¹² Le RCI ne mesure pas seulement le changement individuel en termes d'évolution positive du délinquant mais aussi en termes de non-changement ou de détérioration du comportement déviant.

responsabilisation du délinquant, le déni catégorique (par exemple, dire « je n'ai pas commis le crime reproché ») ou partiel (en minimisant l'impact du crime commis, en niant certaines parties du délit) est considéré comme étant un prédicateur de l'échec d'un traitement. Pour cette raison, les entrevues auprès de professionnels de la santé mentale effectuées par Blagden *et al.* (2011) ont démontré que la plupart d'entre eux croient que les délinquants sexuels qui sont dans le déni doivent être exclus des programmes conventionnels offerts.

En conclusion, plusieurs auteurs (Blagden *et al.*, 2011 ; Salekin *et al.*, 2010 ; Yates, 2009) argumentent que de tels facteurs ne devraient pas être utilisés pour justifier l'exclusion des délinquants des thérapies puisque leur refuser l'accès risque d'avoir des conséquences négatives sur leur capacité de changement. Il n'a pas été démontré que le déni interfère avec le progrès dans le traitement ou que cibler le déni dans le cadre d'un traitement réduirait le risque de récidive. Offrir l'opportunité de traitement au délinquant semble être une méthode privilégiée par ces auteurs puisqu'une telle méthode augmente les probabilités d'obtenir un changement chez le délinquant:

While some participants articulated that you can “lead a horse to water, but you can't make it drink,” it may be that by continuing to lead it to water, some may drink (Vanhoeck & Van Daele, 2011). They certainly will not drink if they do not get the opportunity, and so policies that exclude deniers from treatment now need rethinking. While admittance/disclosure is one way of doing sex offender treatment, it is not the only way, and denial does not need to be the last word in treatment (Blagden *et al.*, 2011 : 352).

1.3.2 La « traitabilité » en tant que concept substantialisé

Après avoir mis en évidence les représentations de la « traitabilité » dans les discours scientifiques, nous essayerons maintenant, au sein de la même littérature, d'en dégager de possibles définitions. Nous soulignerons ensuite les limites théoriques et les obstacles épistémologiques de celles-ci. Qu'elles soient d'ordre constructiviste¹³ ou réaliste¹⁴, nous

¹³ Les constructivistes conçoivent la « réalité » comme le fruit d'une construction sociale qui dépend non pas des propriétés objectives de la réalité auxquelles on ne peut avoir directement accès, mais bien du sens ou des significations que l'activité cognitive elle-même attribue aux objets. Dit autrement, les phénomènes sociaux existent à travers les représentations qu'on se fait de ceux-ci (Guba et Lincoln, 2004).

¹⁴ Le réalisme définit un rapport particulier au monde et à la connaissance. En tant que posture épistémologique, le réalisme postule la matérialité ou l'objectivité du monde extérieur. La réalité et les objets qui nous entourent existent indépendamment de l'idée qu'on s'en fait. Dit autrement, ils sont dotés de propriétés objectives, indépendantes du sujet et de son observation et donc cognitivement saisissables *en tant que tels*. Dans une perspective réaliste, les phénomènes

tenterons de montrer que ces définitions tendent à ontologiser et à substantialiser le concept de « traitabilité » en lui rattachant une substance d'ordre clinique (Rogers et Webster, 1989), interventionniste (Heilburn *et al.*, 1988), médicale (David, 2006) ou disciplinaire (Foucault, 1994). Dans cette section, nous avons considéré les termes « traitabilité » et « curabilité » comme synonymes et donc interchangeable. Nous emploierons par la suite une partie de la théorie systémique de Niklas Luhmann pour surmonter ces obstacles épistémologiques et ce, en désubstantialisant notre concept principal.

Dans le cadre d'une perspective réaliste, la « traitabilité », selon Rogers et Webster (1989 :20), désigne la détermination clinique des modalités de traitement ainsi que des conditions environnementales auxquelles réagiront le plus favorablement les patients. La « traitabilité » est centrée sur le traitement, ses modalités, ses conditions et sur la réponse à celui-ci par un patient. Dans la même ligne de pensée, Heilburn *et al.* (1988 : 483) affirment que la « traitabilité » est le degré d'efficacité de quatre catégories d'intervention : biologique, éducative, gestion et psychothérapeutique¹⁵. La traitabilité est exprimée en catégories d'intervention multidimensionnelles et selon lesquelles un traitement peut être évalué comme étant efficace, peu efficace ou très efficace. Ce que les auteurs entendent par « efficacité » reste à démystifier.

Si on se fie aux définitions proposées par Heilburn *et al.* ainsi que par Rogers et Webster, « la traitabilité » se trouve confinée aux frontières de la pratique d'intervention. La substance qui s'y rattache est la pratique interventionniste. Selon ces définitions, la « traitabilité » est exclusivement en lien avec l'intervention clinique et se trouve rattachée aux modalités de traitement (Rogers et Webster, 1989 : 20) ou au degré d'efficacité de celles-ci (Heilburn *et al.*, 1988 : 483). Ici, la « traitabilité » relève de la pratique thérapeutique.

Toujours dans le cadre d'une perspective réaliste, la « curabilité » ou la « traitabilité », selon David (2006), se trouve directement en lien avec des soins de compétence médicale. David (2006) définit clairement la traitabilité en termes médicaux et

ou les objets observés ne sont pas des construits sociaux, mais plutôt des réalités observables, mesurables et appréhendables par le chercheur.

¹⁵ Ces catégories n'ont pas été définies par les auteurs de l'article en question.

en lien direct avec la condition mentale du délinquant : si le délinquant ne présente pas de troubles mentaux, la question de la curabilité ne se pose pas. Selon lui, l'évaluation de la traitabilité du délinquant passe par l'évaluation de plusieurs indicateurs parmi lesquels on retrouve les traitements déjà entamés (les programmes, thérapies et traitements que le délinquant a complétés), ceux inachevés (programmes, thérapies et traitements que le délinquant a commencés, mais qu'il n'a pas complétés), les ressources capables d'administrer le traitement (est-ce qu'il y a des organismes et des professionnels capables d'administrer le traitement, la thérapie ou le programme?; est-ce que ces programmes sont accessibles, coûteux, efficaces?) et la motivation du délinquant (est-ce que le délinquant verbalise sa volonté de suivre des thérapies?; adopte-t-il, dans les faits, les actions nécessaires pour participer à la thérapie?).

Dans l'hétérogénéité de ces définitions, nous retrouvons des dénominateurs communs : la traitabilité est un concept clinique, thérapeutique et mesurable qu'un observateur peut évaluer. Certes, d'un auteur à l'autre, la définition de la « traitabilité » varie. Toutefois, il reste que la substance accordée au concept demeure la même : la « traitabilité » est un concept d'ordre clinique. L'implication épistémologique qui en découle est la suivante : une fois ontologisée en tant que notion clinique, aucune de ces définitions ne peut considérer la « traitabilité » viable ou intelligible dans un contexte autre que clinique (par exemple juridique¹⁶ ou sociologique¹⁷) étant donné que la seule substance attribuée à la traitabilité, selon ces définitions, est d'ordre clinique. Jusqu'à maintenant, un tel constat ne s'applique que dans le cadre d'un paradigme réaliste. La question que nous nous sommes posés par la suite est de savoir si les constructivistes ont pu surmonter un tel défi épistémologique, soit celui de consolider le fait que la « traitabilité » puisse exister, sous forme de construit, ailleurs et indépendamment des sphères clinique et thérapeutique.

Dans une ligne de pensée plus constructiviste, Foucault (1994) aborde la « curabilité » en tant que notion disciplinaire. En 1974, lors d'une table ronde sur l'expertise

¹⁶ Un exemple d'une « traitabilité juridique » serait une définition de la « traitabilité » articulée selon des codes juridiques, tel que légal/illégal, délinquant/non-délinquant, etc. À titre d'exemple, une « traitabilité » de substance juridique pourrait être la détermination de la capacité du délinquant à réintégrer la société suite à un traitement en démontrant la capacité de respecter les lois. Nous y reviendrons

¹⁷ La « traitabilité » peut être définie selon des théories sociologiques, tel que la théorie marxiste. Par exemple, « la traitabilité » peut être définie comme étant la capacité de la classe dominante à transformer un individu considéré comme étant une menace aux moyens de productions qui y sont exclusifs.

psychiatrique, Michel Foucault (1994) s'est posé la question suivante: D'où vient la notion de « curabilité »? Selon lui, la « curabilité » n'est ni une notion d'ordre psychiatrique, ni d'ordre juridique, ni d'ordre médical. Foucault considère la notion de curabilité en tant que partie intégrante d'un ordre disciplinaire. La « curabilité » est un dispositif qui contribue à l'exercice de pouvoir chez les deux systèmes, psychiatrique et juridique : la curabilité objectivise la scientificité dans la psychiatrie (la curabilité offre à la psychiatrie une population à étudier sur laquelle la psychiatrie peut appliquer ses standards expérimentaux et adopter un discours scientifique) et légitime la neutralisation dans le juridique (une fois étiquetés incurables par la psychiatrie, les condamnés sont présentés comme étant dangereux, imprévisibles et l'intervention juridique par la peine paraît alors incontournable du point de vue de la protection de la société).

Dans cette optique, chez les constructivistes, le sens clinique attribué à la « traitabilité » par les réalistes se trouve remplacé par un sens disciplinaire. Pour ces derniers, la « traitabilité » est un dispositif d'exercice de pouvoir, quel que soit le système impliqué. La « traitabilité » possède le même rôle et la même fonction indépendamment du système social qui s'y réfère. Ainsi, même si Foucault dépasse les réalistes dans le sens où il accepte que la « traitabilité » puisse exister ou se construire, être mise en forme ailleurs que dans les frontières du système psychiatrique, la fonction de la « traitabilité » est, par défaut, de contrôler et de discipliner. Autrement dit, la nouvelle substance rattachée à la « traitabilité », dans une optique constructiviste, est la discipline.

Au-delà de la substantialisation de la « traitabilité » en tant que dispositif de pouvoir par défaut, la définition foucauldienne évoque l'idée d'une entraide ou d'une complémentarité entre les systèmes sociaux (juridique et psychiatrique) ayant recours à la notion de « traitabilité » dans le but d'exercer leur pouvoir. Selon Foucault (1994), le système juridique et le système psychiatrique attribuent non seulement la même substance « disciplinaire » à la « traitabilité », mais ils lui attribuent aussi la même visée téléologique, soit la discipline et l'assujettissement des individus.

Jusqu'à maintenant, nous avons vu que le débat autour de la « traitabilité », et plus précisément autour de la définition de celle-ci, peut se concevoir selon deux postures épistémologiques, une première dite réaliste et l'autre dite constructiviste. Dans le cadre de la

posture réaliste, on considère que la « traitabilité » est un objet réel, appréhendable à partir de propriétés objectives, mesurables et observables (Heilburn et *al.*, 1988 ; Rogers et Webster, 1989; David, 2006). Dans le cadre de la posture constructiviste, on considère, par exemple, que la « traitabilité » est une notion disciplinaire au service des systèmes psychiatrique et juridique dans l'exercice de leur pouvoir (Foucault, 1994). Nous avons vu comment le débat actuel autour de la « traitabilité », quel que soit le paradigme, substantialise et ontologise la « traitabilité ».

Dans ce qui suit, nous ferons un bref survol des éléments pris en considération par les cliniciens pour donner sens à la « traitabilité ». En pratique, qu'est-ce qui est pris en considération pour dire qu'un individu est plus ou moins traitable qu'un autre? Donner sens à la « traitabilité » dans la pratique dépasse le champ définitionnel (plutôt vague et large). Au-delà de la définition, le clinicien opérationnalise la « traitabilité » et de cette opérationnalisation découlent plusieurs significations cliniques plus approfondies et plus complexes du médium « traitabilité ». Cette réflexion nous aidera à dresser un premier aperçu des significations de la « traitabilité » qui pourraient ressortir lors de l'analyse du matériel empirique.

1.4 Liens entre le système psychiatrique et le système judiciaire

Nous tenterons ici de faire l'esquisse des études qui se sont penchées sur les liens existants entre les systèmes juridique et scientifique. Cela nous permettra de mieux comprendre comment ont été analysés dans la littérature les liens entre ces systèmes.

De façon générale, cette littérature suggère que les systèmes juridique et psychiatrique entretiennent différents types de relations : pour certaines recherches, on cherche à démontrer une relation de conflit entre ces systèmes alors que d'autres observent plutôt une forme d'harmonie au plan opérationnel.

1.4.1 Les conflits entre les systèmes

1.4.1.1 La structure du système de droit juridique comme source de problème

Certains auteurs (Bernstein, 2008; Commons *et al.*, 2012 ; Malsh et Freckelton, 2005 ; Otto, 1989) identifient la procédure accusatoire comme étant la source première des conflits entre les systèmes juridique et scientifique.

Dans un premier temps, la procédure accusatoire rendrait les experts sujets à certains types de biais, plus particulièrement ceux relatifs à la polarisation couronne-défense lesquels enjoignent tous les participants à la procédure pénale, à l'exception du juge et du jury, à prendre parti. Les auteurs qui souscrivent à cette représentation montrent comment la structure accusatoire impose chez les experts une partisanerie qui peut déboucher sur une certaine subjectivité dans leur témoignage.

Commons *et al.* (2012) ont examiné la perception de certains experts vis-à-vis plusieurs situations qui se déroulent dans un contexte juridique. Les auteurs indiquent que la situation perçue comme étant la plus biaisée par les experts est le fait de devoir témoigner en faveur d'un parti en particulier (défense versus couronne). L'une des situations de témoignage perçues comme étant source principale de biais chez les témoins experts est en lien avec la structure accusatoire du système juridique.

Malsh et Freckelton (2005) affirment que l'on voit plus de dichotomies entre les opinions d'experts dans les systèmes de droit qui instituent la structure accusatoire. Ces dichotomies sont causées par « the situation in which experts incline toward the party by whom they are being called and paid » (*ibid.* : 47). Les auteurs affirment que dans un système accusatoire:

The responsibility for conducting a factual investigation lies with the parties. The trial judge presides only over the court hearing and does not perform any investigative tasks. This type of procedure makes it possible for parties to select their own (paid) expert witnesses, and it carries the risk that these experts will become ideologically affiliated with the party calling them...(Malsh et Freckelton, 2005 : 45).

Ce problème a aussi été souligné dans le rapport de la Commission Goudge (2008). Suite à plusieurs erreurs judiciaires causées par des expertises scientifiques erronées et partisans, la Commission Goudge a été mise en place afin d'enquêter sur l'usage de la médecine légale pédiatrique ainsi que de son exercice et son rôle dans le processus criminel en Ontario entre 1981 et 2001¹⁸. Le commissaire a conclu que certains experts ne comprenaient pas le rôle impartial qu'ils devaient jouer lors de leur témoignage à la Cour parce qu'ils croyaient devoir servir les intérêts du parti pour lequel ils étaient témoins. Selon Goudge (2008), les experts doivent clairement comprendre qu'ils doivent rendre une expertise « impartiale et candide » (*ibid.* : 503), c'est-à-dire servir les intérêts de la Cour plutôt que ceux de l'un ou l'autre des partis (défense ou couronne).

Otto (1989) distingue deux types de biais en lien avec la structure accusatoire du système pénal anglo-saxon : les biais intentionnels et non-intentionnels. En ce qui concerne les biais intentionnels, l'auteur note que:

Certainly, it cannot be disputed that mental health professionals testifying as experts may intentionally bias their testimony (i.e., knowingly and purposefully distort or shape their testimony to achieve a desired goal), just as some common witnesses may. In this instance, the expert commits perjury, and such actions can be distinguished from situations in which the expert only presents those factors that favor a given argument as directed by an attorney (Otto, 1989 : 268).

L'auteur ajoute par la suite la différence des biais non-intentionnels chez les experts en précisant que:

Contrasted to the above is unconscious, unintentional, or undeliberate bias, the main distinction being that, as a result of various factors, experts unknowingly and indeliberately alter accounts they would otherwise provide. Insofar as it may go unnoticed by professionals because of its subtlety, unconscious or indeliberate bias may pose an even greater threat to the administration of justice than its purposeful counterpart (Otto, 1989 : 268).

¹⁸ Le 1^{er} octobre 2008, le commissaire Stephen T. Goudge a publié un rapport intitulé l'Enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario. Le mandat de la Commission Goudge était « [...] d'élaborer un rapport sur les politiques, les méthodes, les pratiques, les mécanismes de responsabilisation et de surveillance, les mesures de contrôle de la qualité et les aspects institutionnels de la médecine légale pédiatrique en Ontario de 1981 à 2001, et ce en ce qui concerne son exercice et son rôle dans les enquêtes et dans les instances criminelles », [en ligne] : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/goudge/fr/> (consulté le 06 décembre 2014).

Bernstein (2008), quant à elle, distingue trois types de biais relatifs à la preuve d'expert, tous principalement causés, selon elle, par la polarisation défense/couronne. Les trois types de biais sont le biais conscient, le biais inconscient et le biais de sélection. Le biais conscient se manifeste quand l'expert, une fois sélectionné et rémunéré par le parti (couronne ou défense) l'ayant engagé, adapte son opinion de façon intentionnelle en faveur de son « employeur ». Le biais de sélection se manifeste lorsque l'expert retenu par le parti concerné sélectionne intentionnellement et présente uniquement en Cour la portion de données favorable au parti pour lequel il témoigne. Enfin, Bernstein identifie un troisième type de biais, soit le biais inconscient. Ici, l'expert, étant employé du gouvernement, devient naturellement, et surtout inconsciemment, favorable au parti pour lequel l'expert témoigne :

Unconscious bias exists across various categories of expertise, but it is an especially persistent and worrisome problem with regard to testimony by forensic scientists. Most forensic scientists work for government crime labs and are part of the prosecution team. Therefore, they naturally identify with the prosecutor's goal of convicting a particular defendant (Bernstein, 2008 : 456).

Yee (2008) affirme que les experts en économie ont accès à un continuum d'information dans lequel ils peuvent sélectionner ce qui est favorable au parti qui les avait engagés. L'auteur nomme cette sélection intentionnelle chez les experts de « *cherry picking* »¹⁹ (*ibid.* : 246). Bien que Yee (2008) ait basé son étude sur des experts en économie, il n'en demeure pas moins que ses observations peuvent être utiles pour notre étude.

Selon certains auteurs, (Bernstein, 2008; Malsh et Freckelton, 2005; Yee, 2008) le désaccord entre les experts peut nuire à la compréhension des faits de la part du juge. Malgré les normes légales en place qui régissent la preuve d'expertise (telles que les normes de fiabilité, de validité), les biais peuvent avoir un impact négatif sur le déroulement du processus pénal ainsi que sur la décision finale sur le plan juridique. Selon eux, idéalement, les expertises scientifiques qui se penchent sur le même cas devraient produire les mêmes résultats, une croyance qui est elle-même, selon nous, normative et idéologique²⁰:

¹⁹ Le même phénomène est investi ailleurs pour justifier que, dans les Cours, les juges « *cherry pick* » les preuves pour justifier des décisions judiciaires prédéterminées (voir Perlin *et al.*, 2009).

²⁰ Cette idée découle de la croyance générale stipulant qu'une démarche scientifique valide suppose la reproduction des mêmes résultats.

In the ideal situation, all experts involved in a case should reach the same conclusions, as science, its presumptions, and the methods that it used should produce replicable results. It could be argued that science is objective and not subjective and, therefore, the findings of all experts investigating one case should be the same (Malsh et Freckelton, 2005 : 52).

Pour remédier au problème, Malsh et Freckelton (2005) proposent l'établissement d'un système juridique « hybride », composé d'un mélange de « processus légaux inquisitoires et accusatoires » (*ibid.* : 55). Par exemple, permettre le contre-interrogatoire dans un système inquisitoire ou assigner un seul expert dans un système accusatoire sont des pistes qui, selon les auteurs, diminueraient la partisanerie et les biais chez les experts auxquels les juges sont exposés. Les auteurs considèrent que le changement doit tout d'abord passer par un remaniement de la structure du système juridique, actuellement inadaptée à accueillir la science en son sein.

Au lieu de reconstruire un système légal « hybride » composé de structures à la fois inquisitoire et accusatoire (comme le modèle néerlandais) tel que suggéré par Malsh et Freckelton (2005), Goudge (2008) recommande l'établissement d'un code de conduite régissant les experts légaux. Ce code devrait prévoir que les experts ont le devoir d'aider le tribunal sur de questions relevant de leurs compétences. Une telle obligation est plus importante que toute autre, certainement plus importante que de respecter, par exemple, les consignes et les instructions du parti pour lequel l'expert témoigne. L'auteur suggère aussi des rencontres entre experts avant le procès pour clarifier des différences dans leurs opinions. Bref, au lieu de changer la structure du système juridique, l'auteur recommande plutôt d'amender la pratique du témoignage en la soumettant à des normes éthiques précises.

Certains auteurs (Grennberg et Schumann, 1997; Edmond, 2011; Prentkyet al., 2006) voient le système accusatoire comme étant générateur de conflits éthiques dans les différents rôles que l'expert est appelé à jouer (par exemple, thérapeute *versus* témoin légal).

Greenberg et Schumann (1997) soutiennent qu'il existe un conflit éthique²¹ quand le thérapeute du justiciable, une fois reconnu comme expert par la Cour, doit répondre à des questions d'ordre psycho-légal :

Clinical, ethical, and legal concerns arise when the treating expert offers psycholegal assessment—an assessment for which the treating expert does not have adequate professional basis, for which there are inherent role conflicts, and for which there will almost certainly be negative implications for continued therapy (*ibid.* : 51).

Selon ces auteurs, le témoignage du thérapeute ne peut se dérouler sans que cela ne soulève des questions d'ordre éthique (tel que le bris de confidentialité, le conflit d'intérêt). La nature adversariale du système de justice, la différence entre les normes juridiques (peines, lois, code criminel, jurisprudence) et les normes scientifiques ne font qu'accroître le risque de conflits éthiques.

À cause de sa structure accusatoire polarisée entre défense et couronne, le système de droit échoue continuellement dans la gestion des expertises médico-légales. Edmond (2011) affirme que la médecine médico-légale ne devrait pas se diriger vers le droit pour assurer une crédibilité ou une légitimité. L'auteur explique que la relation de longue date entre droit et science a influencé et détourné l'attention des experts d'une approche axée sur la recherche scientifique à une approche centrée sur la recherche de la fiabilité légale. Étant polarisé entre couronne et défense, le système de droit²² a permis à plusieurs opinions médico-légales de « contaminer » les procès (*ibid.* : 205).

Prentky *et al.* (2006) discutent de l'échec du système de droit face à la tâche qui consiste à distinguer entre la « bonne science » de la « mauvaise science » :

Like the king who appeared before his startled minions with transparent lack of attire, the fact finder is frequently confronted by expert testimony that is energetic in spirit but naked in substance. Like the king, the experts sport a well-tailored suit of opinions, which often are diaphanous. The net

²¹ La question éthique se pose comme suit : jusqu'à quel point le témoin expert, étant en même temps thérapeute du justiciable, peut-il discuter de questions psycho-légales en toute impartialité? Le conflit subsiste entre le rôle du thérapeute (le lien thérapeutique avec le client, la relation privilégiée entre le professionnel et son client, la confidentialité, travailler pour le bien-être du client) et celui du témoin expert (être impartial, devoir répondre à des questions qui peuvent nuire au client/justiciable, l'exactitude et la véracité des réponses priment sur le bien-être du justiciable, etc.).

²² Edmond (2011) parle du système de justice Australien en particulier.

result is an expensive process that has a veneer of legal and scientific polish but ignores both the norms of a just society and the solid guidance that good science could furnish. Both are critical ingredients for any successful battle against the scourge of sexual violence (Prentky *et al.*, 2006 : 386).

Pour Greenberg et Shumann (1997), il est donc nécessaire de dresser une ligne distinctive entre le rôle thérapeutique et le rôle médico-légal de l'expert pour éviter les dilemmes éthiques qui peuvent s'interposer entre les deux rôles. Greenberg et Shuman (1997) mentionnent que les thérapeutes :

[...] do not ordinarily have the requisite database to testify appropriately about psycholegal issues of causation (i.e., the relationship of a specific act to claimant's current condition) or capacity (i.e., the relationship of diagnosis or mental status to legally defined standards of functional capacity). These matters raise problems of judgment, foundation, and historical truth that are problematic for treating experts (*ibid.* : 56).

1.4.1.2 La (dé)formation de la science par le système juridique

Certaines études (Edmond, 2011; Prentky *et al.*, 2006 ; Schopp *et al.*, 1999 ; Thom et Finlayson, 2013) suggèrent que le problème de communication entre les deux systèmes est surtout lié à la (dé)formation de la science par le système juridique. Le processus juridique (dans ses trois moments, soit avant le procès, durant le procès et lors de la détermination de la peine) récupère, voire dénature, l'expertise scientifique. Ici, le système juridique et le système scientifique sont fondamentalement incompatibles.

Dans le cadre de ces études, la récupération juridique de l'expertise psychiatrique²³ et la conversion de celle-ci en communication proprement juridique contribuent à déformer la prétendue objectivité de la science. Dans le cadre de ce modèle, les auteurs auront tendance à défendre les droits des témoins experts et dénoncer le système juridique en tant que système despotique qui, par sa récupération des discours scientifiques, dénature la scientificité de l'expertise.

²³ Par exemple, le système de droit demande à l'expert de vulgariser le langage scientifique en langage juridique, de répondre à des questions d'ordre juridique plutôt que clinique, de témoigner pour l'un des partis, couronne ou défense, de se faire contre-interroger par le parti adverse.

Certains auteurs (Edmond, 2011; Prentky *et al.*, 2006) soulignent l'incapacité du système juridique à distinguer «la bonne science» de la «mauvaise science», offrant par le fait même une nouvelle conception du rôle de la Cour. Selon ces auteurs, la Cour, en plus d'évaluer la preuve selon des critères d'admissibilité légaux, doit aussi décortiquer le contenu de la preuve selon des critères scientifiques. À défaut de cela, la Cour devient un espace pour une science factice, une science mauvaise, une science qui ne respecte pas les critères de scientificité établis par le système scientifique (par exemple, revue par les pairs, méthodologie claire et bien expliquée).

Prentky *et al.* (2006) se sont penchés sur l'usage de la science dans le contexte de poursuites pour crimes sexuels violents. L'objectif de l'étude était d'identifier les problèmes reliés à l'usage de la science au cours des procès contre des délinquants sexuels violents. Les auteurs identifient deux problèmes principaux dans l'usage juridique de la science: que la « bonne science » (rigoureuse, revue par les pairs, basée sur des recherches scientifiques reconnues) ne soit pas reconnue dans la Cour ou soit mal comprise par les juges et que la « mauvaise science » (basée sur des distorsions intentionnelles de la réalité, de l'interprétation et de la communication sélective des résultats d'études publiés) soit non seulement utilisée, mais aussi encouragée (*ibid.* : 358).

Ces auteurs soulignent l'incapacité du système juridique à reconnaître et à gérer la qualité scientifique des témoignages médico-légaux. Cette étude est non seulement illustrative d'une science mal interprétée, distordue et mal intégrée par le système juridique, mais impute par ailleurs au système juridique un nouveau rôle et une nouvelle fonction, soit de devoir appliquer des critères scientifiques pour gérer et distinguer la « bonne » de la « mauvaise » science.

D'ailleurs, pour que le système juridique soit capable de reconnaître la bonne de la mauvaise science, à travers des critères scientifiques (fiabilité scientifique, méthodologie scientifique, revue par les pairs), le droit devrait fonctionner selon le code suivant : scientifique/non-scientifique. Or, et selon la théorie des systèmes de Luhmann, le système juridique traite l'information selon un code qui lui est spécifique, soit un code légal/non-légal. Exiger du système juridique qu'il puisse distinguer la bonne de la mauvaise science est non seulement irréalisable sur le plan théorique, mais prend par ailleurs pour acquis

l'existence d'une forme de communication entre deux systèmes distincts et autonomes l'un de l'autre. Ce problème est d'ailleurs souligné par Prentky *et al.* (2006).

Certains auteurs (Prentky *et al.*, 2006 ; Schopp *et al.*, 1999) soulignent un autre problème en lien avec l'usage de la science dans la Cour, soit celui de l'incompatibilité entre le langage juridique et le langage scientifique. Ils considèrent que la traduction de la recherche scientifique en catégories juridiques est potentiellement dangereuse et ce, surtout pour la science. Ils expliquent que dans le contexte juridique, les catégories de droit ont une portée normative en ce sens qu'elles instituent un « devoir-être » qui justifie, selon les normes juridiques, les circonstances dans lesquelles la privation de liberté devient légitime. Les catégories scientifiques sont quant à elles beaucoup plus descriptives que normatives : elles acquièrent leur validité en référence à la vérité scientifique, et non en référence à la normativité qu'aurait instituée une historicité décisionnelle ou opérationnelle.

Le poids de la tradition scientifique ne détermine pas la valeur des connaissances produites. On ne peut pas en dire autant de la validité des connaissances juridiques, laquelle est lourdement influencée par l'observation de la tradition. La validité scientifique renvoie à la qualité des descriptions produites (ou, à la limite, à l'utilité des prédictions faites), mais elle n'est pas normativement attachée à ce qui a pu avoir statut de savoir dans le passé.

Par ailleurs, le manque de clarté des catégories juridiques en termes de niveau de risque (à partir de quel niveau de risque un individu doit-il perdre sa liberté ?) et en termes de traits psychologiques (quels sont les traits psychologiques qu'on devrait considérer plus dangereux ?) rend la communication entre science et droit difficile et sujette à manipulation (Prentky *et al.*, 2006 ; Schopp *et al.*, 1999). La science se trouve ainsi indirectement utilisée pour répondre à des questions normatives, une tâche qui ne lui revient pas, ou plutôt, une tâche autour de laquelle la fonction de la science ne s'est pas spécialisée.

Le système juridique ne s'approprie pas seulement le témoignage expert, il reconstruit l'ensemble de la preuve scientifique en termes juridiques. Une fois retrouvée dans un contexte juridique, l'expertise ne relève plus seulement de la science, elle devient hybride, soit un mélange de droit et de science. Pour explorer la construction légale de l'expertise psychiatrique lors des procès criminels basés sur une défense de folie, Thom et Finlayson

(2013) ont conduit une recherche basée sur 31 entrevues semi-dirigées avec des experts psychiatres et des avocats en plus de produire l'analyse de l'ensemble d'une documentation médico-légale. Les auteurs concluent que la défense de folie requiert que l'expert psychiatre reconstruise l'état mental du justiciable lors de la commission des faits, un exercice qui requiert à son tour la combinaison d'un savoir psychiatrique et juridique. De plus, selon les auteurs, le contexte légal impose à l'expert le devoir d'adapter et de communiquer son témoignage selon une communication non-scientifique, « *lay communication* », à travers l'usage de termes légaux (*ibid.* : 52). Les auteurs affirment l'existence d'un processus de traduction, de transformation d'une « communication experte » en une communication « moins experte » dont la dialectique est adaptée au système juridique (*ibid.*). Contrairement à Prentky *et al.* (2006), Thom et Finlayson ne voient pas de danger dans la traduction des termes juridiques en termes scientifiques ou vice versa. Les auteurs considèrent que la science dans la Cour de justice devient déformée principalement à cause de l'influence exercée par le contexte légal en termes de procédures, de lois et de concepts légaux.

1.4.1.3 Le problème de l'idéalisation de la science

Certains auteurs (Hans, 2007 ; Mnookin, 2007) ont souligné un autre problème dans la communication entre le système juridique et le système scientifique : celui de l'idéalisation de la science par le juridique. En ce sens, la science est perçue par le système juridique comme étant source de savoirs incontestables.

Hans (2007) affirme que les juges, ainsi que les membres du jury, ont tendance à attribuer une grande crédibilité à la preuve scientifique. Malgré certaines différences²⁴ entre les juges et le jury, les uns et les autres considèrent par exemple la preuve d'ADN comme étant fiable: « 91% des juges pensent que la preuve d'ADN n'est pas du tout susceptible d'être contaminée » (*ibid.* : 35). Selon Golan (2004) et Mnookin (2007), cette idéalisation de la science n'est pas chose nouvelle. Elle trouve plutôt ses racines dans les premiers contacts historiques entre les professionnels de la justice et les scientifiques.

²⁴ Par exemple, alors que le profil de formation des juges est principalement en droit, celui du jury peut varier en termes de niveau (collège, études de premier cycle, études supérieures) ainsi qu'en termes de disciplines (droit, sciences, sciences humaines, etc.)

Schuller *et al.* (2013) ont étudié l'impact de la preuve d'expert sur la décision de jury simulé²⁵ (*mock juror's decision*). L'objet de leur étude portait sur l'expertise toxicologique dans les cas d'agressions sexuelles facilitées par la consommation de drogues²⁶. Plus précisément, les auteurs ont examiné l'impact d'une expertise non-probante et du rapport d'expert²⁷ sur la décision du jury. Selon ces auteurs, les résultats des tests toxicologiques influencent la décision des participants (le jury simulé). Ces auteurs concluent qu'il existe une différence de perception tout dépendant si le rapport d'expertise est accompagné d'un témoignage d'expert ou non:

[...] those [participants] that received the negative forensic report unaccompanied by expert testimony were less likely to find the defendant guilty (25% of the participants) as compared to the other two groups (i.e., 32% in the negative forensic report with expert testimony and 37% in the no report/no expert condition) (Schuller *et al.*, 2013 : 123).

La première chose qui ressort de cette étude est que l'expertise scientifique a un impact direct sur la prise de décision au niveau légal. De plus, et contrairement au point de vue conventionnel qui suggère la difficulté vécue par le juge à comprendre le langage scientifique, les auteurs ne soulignent aucune difficulté au niveau dialectique entre les témoins experts et le jury.

Le lien qui existe entre le rapport d'expertise, le témoignage de l'expert et la décision légale, tel que ressorti dans cette étude, nous démontre une science qui décide non seulement du verdict, mais aussi de la façon selon laquelle le juridique devrait accueillir en son sein l'information scientifique. D'ailleurs, les auteurs concluent leur article en reprochant aux décideurs légaux leur difficulté à utiliser « adéquatement l'information scientifique malgré les instructions des témoins experts » (notre traduction) (*ibid.* : 127).

Dans une étude sur l'impact de la psychiatrie et de la psychologie dans la détermination de la peine aux États-Unis, Bohmer (1973) a noté que les juges ne s'intéressent qu'à certaines parties de l'expertise. Les juges sont plutôt intéressés au niveau de dangerosité présenté par l'individu, une question à laquelle les psychiatres semblent être

²⁵ C'est-à-dire qu'il n'est pas question d'un vrai procès ou d'une vraie sentence. Les auteurs ont reproduit dans un environnement simulé la procédure judiciaire.

²⁶ La victime, droguée par le délinquant, est violée par celui-ci.

²⁷ Une expertise qui conclut qu'il n'y a pas de traces de drogues chez la victime.

réticents à répondre. D'autres problèmes relatifs à l'incompréhension des juges du langage psychiatrique ont été notés par l'auteur:

Judges cannot really understand the reports written for them by psychiatrists, simply because they are psychiatric reports and are the result of a very different educational process and area of specialization. Examples can be seen in the feeling of judges that the language of the report is too "psychiatric," and in their concentration on those parts of the reports they can most easily understand (Bohmer, 1973 : 235).

Malgré les obstacles communicationnels identifiés, il ressort de cette même étude que les juges suivent les recommandations des experts en ce qui concerne le traitement :

Unlike the recommendations of the psychiatrists about the sentence (which according to the judges interviewed they do not always follow), recommendations about treatment are much more often followed by the judges and incorporated in the sentence. This is because they feel that treatment is the province of the psychiatrist while sentencing is their province (Bohmer, 1973:233).

Même si Bohmer n'a pas spécifié si l'expertise psychiatrique influence ou non la décision juridique, les résultats de son étude pourraient suggérer que les juges prennent leurs décisions à la lumière des rapports d'expertises qui leur sont présentés, du moins pour ce qui est du traitement. D'ailleurs, dans la même étude, il est mentionné que 9.5% des juges n'identifient pas quel type de changement (la guérison, la protection du public, ne pas être arrêté de nouveau, etc.) ils prévoient chez le délinquant quand ils décident que celui-ci doit suivre une thérapie. De plus, 6.3% des juges ne savent pas si la thérapie est un moyen efficace pour atteindre les changements prévus. Durant les entrevues, plusieurs juges ont mentionné qu'ils considéraient le besoin de thérapie comme relevant du psychiatre. Ils ont donc tendance à suivre les recommandations du psychiatre sur les thérapies :

It seems evident that they are relying on the fact that, as one of them said, "If the psychiatrist says he needs therapy, then I'll add it to my sentence." They feel that this decision is in the psychiatrist's field of expertise much more than is the recommendation as to sentencing and they simply do what the psychiatrist suggests without much idea of the purpose or outcome of such a recommendation (*ibid.* : 233).

Bien que le contexte légal et scientifique ait pu évoluer depuis la publication de l'étude de Bohmer (1973), l'étude permet néanmoins de soulever des points importants pour la présente recherche en ce qu'elle décrit l'influence de la science sur le juridique.

Dans l'étude de Grondahl *et al.* (2012), il est logique que les juges suivent davantage les recommandations des experts puisque ces dernières seraient plus justes. En effet, l'étude illustre que les personnes non expertes ne codent pas l'information de la même façon que les témoins experts pour produire une opinion. Les experts, pour arriver à leurs conclusions, ont tendance à prendre en considération plusieurs éléments à la fois. Ils sont plus prudents et plus nuancés dans leurs conclusions que les personnes dites non-expertes.

Lors de leur étude exploratoire, Grondahl *et al.* (2012) ont étudié les évaluations de trois composantes, soit l'histoire sociale, l'histoire psychiatrique et le crime commis chez deux types de témoins : témoin expert (psychologue et psychiatre) ou non-expert.

Les auteurs ont établi des différences entre les deux groupes quant au degré d'influence de l'information reçue sur leur évaluation de la folie, du risque et du besoin de traitement. Dans cette évaluation, l'histoire sociale n'a pas affecté le jugement des personnes non-expertes, tandis que les participants experts ont été influencés par l'ensemble de l'information qui leur a été présentée (histoire sociale, histoire psychiatrique et crime commis) (*ibid.* : 665). De plus, dans l'étude, les experts ont démontré plus de prudence dans leurs opinions que les participants non-experts :

The laypersons were also significantly more confident in their risk ratings than the professionals. This result is at odds with the presumption of the overconfident expert in court (Faust et Ziskin, 1988; Gutheil et Simon, 2005; Rabinowitz, 1993). This impression is further strengthened by the fact that the professionals expressed less confidence than the laypersons when one or even two case elements were missing in the cases' descriptions (Grondahl *et al.*, 2012 : 668).

Même si les personnes dites «non-expertes» n'ont pas de champs d'expertise et n'ont pas de tâches «expertes», ils peuvent démontrer des similitudes avec les juges ou avec les jurys dans l'évaluation de certaines vignettes telles que l'historique social, psychiatrique ou criminel du délinquant. Dans la même ligne de pensée, et si on se fie aux résultats de cette

étude, le jury et les juges devraient suivre les recommandations des experts à la lettre puisque ces dernières sont considérées plus justes, plus valides et plus fiables.

1.4.2 Harmonie entre les systèmes

Certains auteurs (Grondahl *et al.*, 2013 ; Leslie *et al.*, 2007 ; Roberts, 2013) ont mis l'emphase sur la capacité des systèmes scientifique et juridique à communiquer sans grands obstacles. Dans ces études, les auteurs n'ont pas identifié de difficultés de communication entre les acteurs juridiques et scientifiques.

Roberts (2013) conteste l'idée traditionnelle stipulant que les deux systèmes possèdent deux cultures opposées. Il affirme plutôt que le droit et la science sont deux systèmes fondamentalement « congruents » (*ibid.* : 49). Sur le plan philosophique, l'auteur affirme qu'il existe des postulats théoriques communs entre le droit et la science:

The beguilingly familiar trope of clashing cultures threatens to obscure the extent to which Law and Science share substantially compatible 'rationalist' assumptions about evidence, proof, inquiry, truth and justice. Without this substantial core of shared theoretical postulates and standard operating procedures, forensic science, as we know it today, would be impossible (*ibid.* : 55).

L'auteur réitère la compatibilité entre les systèmes juridique et scientifique. Selon lui, les attentes juridiques vis-à-vis des scientifiques sont non seulement compatibles avec les principes traditionnels du droit, mais le sont aussi avec ceux de la science:

As a general principle, we might say, the law expects forensic scientists and other expert witnesses to be staunch advocates for the integrity of their evidence rather than for any instructing party's case. This is entirely consistent not only with traditional common law rules of admissibility, but also with the conventional canons and methods of scientific inquiry (Roberts, 2013 : 57).

Néanmoins, selon Roberts (2013), la communication entre les systèmes doit se faire selon une certaine adaptation de la part des scientifiques. Il suggère que le scientifique qui cherche à être impliqué dans le déroulement d'un processus judiciaire doit se conformer aux valeurs et aux objectifs du droit, de la même manière qu'un scientifique employé par l'industrie doit répondre aux demandes de cette dernière :

Any scientist with aspirations to become involved in the administration of criminal justice must realise that it will be necessary to conform to the values, objectives, and timetables of the law, just as any scientist involved in technology transfer of any description must necessarily accommodate herself to the demands of the particular industry, marketplace, or government research facility she is trying to access (Roberts, 2013 : 55).

Deux études (Leslie *et al.*, 2007 ; Grondahl *et al.*, 2013) se sont penchées sur la perception des acteurs impliqués dans le processus judiciaire. Qu'il s'agisse des avocats ou des experts, ces études démontrent que chaque acteur est capable de comprendre et d'assimiler l'information qui lui est transmise par l'autre sans grandes difficultés.

Toutefois, selon Leslie *et al.* (2007), la perception des acteurs juridiques vis-à-vis de la communication avec le système de la science semble varier d'un scientifique à l'autre. Ces auteurs ont examiné les facteurs qui peuvent influencer la perception qu'ont les avocats criminels des psychologues cliniciens et des psychiatres agissant en tant que témoins experts. Le questionnaire administré aux participants couvrait quatre thèmes : les aptitudes à écrire un rapport, le témoignage à la Cour, la formation, la présentation et le comportement.

Les résultats de cette étude ont montré que les avocats perçoivent les psychiatres plus utiles que les psychologues cliniciens lors du témoignage expert : «Judges and juries tend to give more weight to the opinions of medical doctor. Psychological evidence appears to be vaguer even though they use psychometric tests» (Leslie *et al.*, 2007 : 400).

Le contraire est aussi vrai : la perception des acteurs scientifiques vis-à-vis de la communication avec le système de droit semble varier d'un acteur juridique à l'autre.

Selon Grondahl *et al.* (2013), les scientifiques ont une préférence quant aux choix des acteurs juridiques avec qui ils communiquent. Les auteurs ont examiné la perception qu'ont 147 experts (psychologues et psychiatres) de leur travail dans le contexte légal à travers d'un questionnaire en ligne. Selon les résultats de cette étude, la plupart des experts disent préférer témoigner pour la Cour plutôt que pour un parti en particulier (défense ou couronne). Quant à la pertinence des questions qui leur sont posées à la Cour, l'étude démontre que 61% des experts considèrent que les juges posent des questions pertinentes. Les juges sont généralement perçus par les experts comme étant neutres contrairement aux avocats, dont le

rôle est de défendre les intérêts d'un parti. Selon les auteurs, l'usage d'un langage juridique n'a pas été identifié comme étant problématique par les experts.

Dans l'ensemble, cette étude démontre que la majorité des experts perçoivent la communication avec les tribunaux comme étant fluide : le tribunal suit habituellement leurs conseils, les professionnels de la justice posent des questions pertinentes et leur expérience de témoin expert à la Cour est, de façon générale, positive.

Bien que les auteurs n'aient pas défini ce qu'ils entendaient par « pertinence des questions posées par les juges aux experts », l'étude témoigne d'une relation harmonieuse entre système juridique et système psychiatrique, et ce aux niveaux communicationnel et décisionnel.

1.4.3 Autonomie des systèmes

Enfin, un dernier thème semble ressortir de la littérature sur l'interaction entre le droit et la science. Il s'agit de l'idée que les deux systèmes communiquent de façon autonome, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de relation de pouvoir ou d'influence entre les systèmes. Chaque système communique indépendamment de l'autre. Cette façon de percevoir la communication entre les systèmes semble être moins commune dans la littérature. Bien qu'une seule étude ait pu être répertoriée à ce sujet, celle de Bernheim, la nature innovatrice de cette idée mérite d'être abordée.

Selon Bernheim (2008), aucun des deux systèmes, juridique ou psychiatrique, n'est influencé par l'autre. À partir d'une analyse de la jurisprudence ainsi que d'entrevues réalisées avec des juges et des psychiatres, l'auteur conclut que l'interaction entre juge et psychiatre, dans les affaires criminelles (les affaires de déclarations de délinquants dangereux) correspond à un « modèle pragmatique » (*ibid.* : 52).

Selon ce modèle, le juge demeure indépendant par rapport à la preuve dite experte et la considère au même titre que les autres types de preuves. Lors du procès, au moment de statuer si le justiciable est délinquant dangereux ou non, « l'encadrement légal de la preuve experte est minimal » (*ibid.* : 49) et « le juge et le psychiatre ont deux rôles distincts à jouer » (*ibid.* : 52).

Dans le cadre du modèle pragmatique, les rôles sont bien définis ce qui permet l'autonomie du juge dans sa prise de décision : le psychiatre, étant un professionnel, procure au juge une opinion (et non un savoir) incorporée par la suite aux différentes données dont disposent le juge (témoignages oculaires, casier judiciaire, témoignage de ou des victimes, etc.). Le juge a néanmoins le dernier mot quant à l'admission complète (tenir compte de l'ensemble de l'opinion) ou partielle (tenir compte de certaines parties de l'opinion d'expert) ou encore quant au rejet de la preuve dans sa totalité.

Les problèmes de communication entre les systèmes vus précédemment (par exemple la difficulté du juge à comprendre le langage expert, l'obligation de l'expert de devoir adapter son langage au contexte légal, les failles inhérentes au système accusatoire qui encourage les experts à être moins objectifs) ne sont pas, selon l'auteure, prédominants. Le rôle du scientifique est de fournir à la Cour un type particulier de témoignage, soit un témoignage expert, ni plus ni moins.

Au-delà de l'autonomie des systèmes qui caractérise le modèle pragmatique, l'auteure parle de la satisfaction des juges par rapport à leur relation avec les experts-psychiatres. Selon l'auteure, l'autonomie des systèmes implique un « rapport non seulement harmonieux, mais équilibré » (*ibid.* : 53).

1.5 Conclusion

Dans la première partie de ce chapitre, nous avons identifié plusieurs façons dont la « traitabilité » se trouve discutée dans les discours scientifiques. Nous avons discuté par exemple des facteurs qui influencent le traitement et de ceux influençant l'accès de certains délinquants au traitement.

À partir de cette littérature sur la « traitabilité », nous avons pu constater que le système scientifique a tendance à mettre l'accent sur le traitement. Pour ce dernier, tout individu est traitable et ce, à différents degrés. Le délinquant est ici perçu comme étant un individu malade à soigner. Plusieurs facteurs comportementaux (comme la motivation ou le déni) peuvent contribuer à nuire ou à bonifier le traitement administré. Quel que soit l'impact de ces facteurs sur la « traitabilité », le discours scientifique semble être centré sur l'inclusion de l'individu plutôt que l'exclusion de celui-ci.

Sur le plan analytique, ces études nous renseignent sur les éléments qui pourraient ressortir des discours des experts sur la « traitabilité » ainsi que sur les significations qui peuvent être attribuées à celle-ci. Autrement dit, à la lumière de cette littérature, on s'attend à ce que le discours des experts soit de nature à encourager le traitement, même dans le cas des individus perçus comme étant non-traitables, c'est-à-dire que la non-traitabilité ne serait pas une raison pour laquelle l'expert suggérerait l'exclusion sociale de l'individu. Les mises en forme psychiatriques du médium « traitabilité » risquent alors de favoriser le traitement de l'individu et la transformation de celui-ci plutôt que son contrôle et sa neutralisation.

Dans la deuxième partie de ce chapitre, nous avons identifié deux façons de voir l'interaction entre la science et le droit. Dans un premier temps, la communication entre les deux systèmes est considérée comme étant de nature conflictuelle et ce, pour plusieurs raisons qui diffèrent d'un auteur à l'autre. La majorité de ces conflits étaient rattachés à la structure accusatoire du système juridique.

De plus, la relation conflictuelle entre le juridique et le scientifique est surtout décrite par les auteurs en termes de déformation ou d'idéalisation de la science par le système juridique. Dans le cas de la déformation de la science, le juridique prime au niveau décisionnel, l'expert psychiatre n'étant ici qu'un accessoire annexé au système juridique. Ce dernier dénature la science, la déforme par ses procédures, son fonctionnement, etc. Quant à l'idéalisation de la science, elle fait plutôt référence au fait que l'expert détient le pouvoir décisionnel, c'est-à-dire qu'il influence par son statut de scientifique, son savoir et son expérience, le déroulement du processus juridique. Cette idée sous-tend que le pouvoir du juge est usurpé par le témoignage expert, l'expert psychiatre détient la clé du savoir que le juge ne peut pas contourner.

Dans un deuxième temps, nous avons constaté que certains auteurs présentent la relation entre les systèmes juridique et scientifique comme étant harmonieuse. Ici, il n'est plus question de difficultés de communication, les partis étant capables de « se comprendre ».

Dans un cas comme dans l'autre, la communication est présentée comme étant un dialogue entre les acteurs impliqués dans le processus légal (experts, juges, avocats). Ce

dialogue prend la forme d'un rapport unilatéral²⁸ entre le juge et le témoin expert. La communication entre les deux individus se caractérise par une « influence », par exemple, on parle de l'impact des opinions des experts sur les décisions des juges ou sur celles des jurys ou de l'impact de la loi sur les opinions des experts.

Enfin, nous avons répertorié une étude (Bernheim, 2008) qui diffèrait dans sa façon de décrire cette harmonie relationnelle entre les systèmes. Selon cette étude, cette harmonie découle de l'autonomie des systèmes dans leurs communications. Les rôles respectifs de la Cour et de l'expert sont clairs et bien définis, les deux systèmes sont indépendants l'un de l'autre, le juge détient la discrétion de rejeter la totalité ou seulement des parties de la preuve de l'expert ou l'admettre en sa totalité dans la prise de décision.

Puisque nous proposerons un cadre théorique basé sur quelques concepts de la théorie des systèmes de Luhmann, cette dernière étude sur l'autonomie des systèmes, celle de Bernheim (2008) nous sera d'une importance toute particulière puisqu'elle traite des communications des systèmes plutôt que des échanges observables au niveau individuel des acteurs.

Nous supposons donc que les problèmes communicationnels au niveau individuel identifiés dans la littérature n'empêchent pas la communication des systèmes, c'est-à-dire que l'incompréhension du jargon psychiatrique à titre d'exemple n'empêche pas la communication du système juridique ou du système psychiatrique.

²⁸ Soit du psychiatrique vers le juridique ou vice versa.

CHAPITRE 2 : CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES

2.1 Introduction

Le centre de notre analyse se situera à un deuxième niveau de communication, soit au niveau des systèmes plutôt que des acteurs (juge, psychiatre). Mettre le système au centre de notre attention implique que toutes les conversations et tous les commentaires autour de l'évaluation de la « traitabilité » deviennent des communications qui, non seulement aident le système à se distinguer de son environnement, mais qui lui fournissent aussi, simultanément, des sens multiples exploités à partir d'un seul médium, la « traitabilité ».

L'avantage d'une telle reconfiguration est qu'elle nous permet de passer d'un premier niveau d'analyse centré sur les individus à un deuxième niveau centré sur les systèmes sociaux. Ainsi, les subjectivités individuelles des acteurs sociaux n'empêchent pas (et ne favorisent pas) la communication des systèmes. De plus, une approche centrée sur les systèmes nous permet d'observer le rapport interactif continu entre le système et son environnement.

Dans cette thèse, plutôt que de postuler la synchronie entre les systèmes psychiatrique et juridique dans leur référence à certaines notions, nous allons nous inspirer de la distinction médium/forme de la théorie des systèmes pour émettre l'hypothèse que ces références à un même médium ne conduisent pas aux mêmes mises en forme. Au contraire, l'hypothèse est à l'effet que chaque système construit à sa manière le ou les sens qu'il attribue au médium.

En appliquant cette distinction médium/forme à l'objet de notre problématique, nous pouvons soutenir théoriquement que le sens attribué au médium « traitabilité » par le système juridique non seulement diverge de celui privilégié par le système psychiatrique, mais que cette divergence n'est pas perçue comme telle par aucun des deux systèmes ainsi couplés structurellement.

Nous commencerons ce chapitre par une théorisation de la première partie de notre problématique, soit la « traitabilité ». Nous expliquerons la première étape qui consiste en une désubstantialisation de cette notion. Dans un deuxième temps, nous expliquerons comment l'objet, une fois désubstantialisé, est un médium de communication auquel les systèmes se réfèrent et attribuent plusieurs formes. Dans un troisième temps, nous aborderons d'un point de vue théorique la deuxième partie de notre problématique, soit l'interaction entre les deux systèmes, le droit et la science. Nous expliquerons entre autre comment les systèmes sociaux peuvent entretenir des relations avec leur environnement et ce, tout en étant autonomes l'un par rapport à l'autre.

2.2 La communication des systèmes sociaux sur la « traitabilité »

2.2.1 La désubstantialisation de la « traitabilité »

Pour pouvoir saisir les communications systémiques autour de la notion de « traitabilité », il faut tout d'abord la désubstantialiser.

Jusqu'à maintenant, nous avons vu comment les débats contemporains sur la « traitabilité » (Heilburn *et al.*, 1988 ; Foucault, 1994 ; Rogers et Webster, 1989 ; David, 2006) tendaient à la substantialiser et à l'ontologiser. Puisque ces études ont tendance à attacher une substance à la traitabilité—en affirmant par exemple que la traitabilité est un concept de nature psychiatrique, disciplinaire, médicale ou autre-, la « traitabilité » ne peut être conçue autrement. La « traitabilité », une fois substantialisée, se présente en tant qu'entité physique, un concept distinct, identifiable, classable et surtout ayant des propriétés objectives.

Désubstantialiser la « traitabilité » implique, dans un premier temps, de la vider de toute substance essentialiste, que ce soit d'ordre clinique, disciplinaire ou autre. Pour ainsi désontologiser la « traitabilité », nous tenterons de mettre en évidence les différents sens qui lui sont octroyés dans les deux systèmes, juridique et psychiatrique. La « traitabilité » n'est pas seulement un dispositif de discipline ou de pouvoir²⁹, comme le soutenait Foucault. Elle n'est pas uniquement une évaluation de besoins cliniques ou une détermination des sphères

²⁹ Par exemple, en ce qui concerne le crime en tant qu'objet d'étude de la psychiatrie, Foucault (1981 :409) mentionne le suivant : «Si le crime est devenu alors pour les psychiatres un enjeu important, c'est qu'il s'agissait moins d'un domaine de connaissance à conquérir que d'une modalité de pouvoir à garantir et à justifier.».

d'interventions. La « traitabilité » ne possède pas de sens préconstruits et le sens qui y est attribué n'est pas exclusif, statique ou unique.

Vue sous cet angle, une construction juridique du concept de « traitabilité » est possible. Il en est de même d'une construction psychiatrique du même concept. Il ne s'agit pas d'une tentative de camoufler ou d'occulter les aspects socio-historiques de la traitabilité. Au contraire, nous sommes conscients que, d'un point de vue généalogique, la « traitabilité » peut être associée à l'émergence de la psychiatrie. Sachant que les premiers couplages entre psychiatrie et droit remontent au 19^e siècle (Foucault, 1981), avec la sécularisation du droit et l'émergence de la science en pleine révolution industrielle, le système juridique fut de plus en plus irrité par une science en plein essor (Golan, 2004). Mais la « traitabilité » n'a pas été confinée aux frontières de la psychiatrie. Le médium « traitabilité » devint partagé entre les deux systèmes, juridique et psychiatrique, et dans ce cadre, chacun des deux systèmes demeure autonome dans l'attribution du sens qu'il confère au médium « traitabilité ». En nous basant sur la théorie des systèmes de Luhmann, nous pouvons affirmer que la « traitabilité » est ainsi une notion polycontextuelle et donc de nature juridique pour le système juridique et psychiatrique pour le système psychiatrique.

Ceci implique que chaque système se réfère à ses propres structures internes plutôt qu'à des structures exogènes pour produire le sens qu'il attribue à la notion de traitabilité. Ces systèmes sociaux, comme tout autre système fonctionnellement différencié, sont théoriquement pensés comme des systèmes fermés sur le plan opérationnel : c'est donc à l'intérieur de la fermeture opérationnelle du système que se construit le sens de la « traitabilité ».

D'un point de vue sociologique, les différentes manières de mettre en forme une même notion au niveau de son sens permet justement l'observation de l'autonomie qui caractérise chaque système observateur. Elle permet par ailleurs de détecter empiriquement l'effet des différentes structures de sens qui sont mobilisées par chaque système pour concevoir la traitabilité de telle manière plutôt que telle autre. Du point de vue de la théorie des systèmes, ceci nous amène à aborder la « traitabilité » en tant que médium et ses différents sens, en tant que formes.

2.2.2 La distinction médium/forme

Après avoir désubstantialiser la traitabilité, nous pouvons considérer celle-ci comme étant un médium auquel le système observateur peut attribuer une forme particulière.

Ici, la distinction médium/forme nous permet non seulement de décrire la communication des systèmes sociaux, mais aussi d'expliquer comment certains objets (entre autres la « traitabilité ») peuvent se retrouver au sein de différents systèmes sociaux sans pour autant signifier la même chose. En ce sens, et contrairement aux perspectives réalistes et foucaaldiennes mentionnées dans la section précédente, « the illusion to be deconstructed is the assumption that all these systems designate the same object when they use [the same] distinction » (Luhmann, 2002 : 95). Cette idée implique notamment une meilleure compréhension des différentes difficultés que les acteurs, juridiques (juges, jury, avocats) et scientifiques (psychologues, psychiatres, médecins) peuvent éprouver dans leurs communications : lorsque des systèmes se réfèrent au même médium et agissent l'un par rapport à l'autre comme s'ils se référaient au même sens, il n'est pas étonnant que l'on puisse observer des problèmes de communications³⁰ entre les acteurs juridiques et scientifiques.

Selon la théorie des systèmes de Luhmann, un médium consiste en une formation de plusieurs possibilités de mises en forme. À titre illustratif, un observateur peut attribuer à l'air une senteur particulière, un son particulier, une couleur particulière, etc. Il n'en demeure pas moins que l'air garde ses propriétés physiques et que la seule chose qui change est la perception de l'observateur de ce médium, c'est-à-dire la forme qu'il accorde à celui-ci.

Si différents systèmes peuvent attribuer différentes formes à un même médium, il faut aussi considérer le fait qu'un même système peut attribuer plus d'un sens à un même médium. Plusieurs sens peuvent en effet être attribués au même médium « traitabilité » par le même système observateur.

Le médium « traitabilité » se construit quand un système social s'y réfère et y attribue une forme particulière. Par exemple, si le système psychiatrique attribue à la traitabilité la

³⁰ Parmi ces problèmes, nous référons à ce que nous avons souligné dans la littérature, par exemple, les juges qui ne comprennent pas le langage psychiatrique, l'opposition des opinions des experts à l'intérieur de la Cour, le conflit entre le rôle thérapeutique et le rôle de témoin expert –surtout quand le thérapeute est appelé à témoigner en tant qu'expert à l'égard de son client.

forme « capacité de changement chez l'individu », ceci ne veut pas dire que le système ne peut pas, dans un moment ultérieur, attribuer un autre sens au médium.

Un système n'est pas contraint de respecter une mise en forme particulière en tout temps. Si au sein du système de droit criminel le médium « traitabilité » prend la forme d'une « capacité à respecter les normes pénales », le système peut ultérieurement, dans un autre contexte, revisiter le médium et en extraire un tout autre sens. Le système de droit criminel peut alors, éventuellement, actualiser d'autres possibilités de mises en forme du même médium « traitabilité » en lui attribuant des formes comme « la probabilité de changement chez le délinquant », « le risque d'exposition de la société au danger que présente le délinquant »³¹, etc. Le sens est choisi parmi plusieurs possibilités qui peuvent être exploitées ultérieurement par le même système ou par les autres systèmes sociaux ayant recours au même médium. Le médium, lui, demeure sujet à référence et est en soi inépuisable.

La construction du médium à partir des formes et des sens attribués par un système observateur nous épargne un acharnement théorique sur le fait de trouver la « bonne » définition de la « traitabilité ». Les questions d'ordre ontologique comme « qu'est-ce que la traitabilité ? » ne sont plus considérées utiles dans cette perspective. Il nous faut maintenant aborder le problème de la communication des systèmes sociaux autonomes.

Les implications de la distinction médium/forme sur la communication des systèmes sociaux sont nombreuses. L'une de ces implications se situe au niveau de la conception théorique de la communication.

Dans le cadre d'une théorie des systèmes sociaux, Luhmann réfute l'idée qu'il existe une transmission directe de l'information d'un système social à un autre. La distinction médium/forme explique la communication *des* systèmes sociaux plutôt que la communication *entre* ceux-ci. La communicabilité³², soit la transmission de l'information d'un système A à un système B, selon Luhmann, ne peut pas en soi expliquer que des

³¹ Toutes ces mises en forme renvoient à la même idée, soit la capacité de l'individu à respecter l'ordre prescrit par le pénal, autrement dit à être « légal ».

³² La communicabilité est la transmission de l'information de A jusqu'à B. Communicabilité, selon Luhmann, ne veut pas dire communication.

concepts, des idées ou des mots, comme la « traitabilité » ou la « justice », puissent se retrouver dans plusieurs systèmes sociaux à la fois. En fait, la communication en tant que « establishment of ‘commonality’ of experience is therefore abandoned or reduced to the status of a side effect » (Luhmann, 2012: 120). Autrement dit, si le même sens se trouve actualisé par deux systèmes à la fois, ce n'est que le produit du hasard.

Considérant que l'actualisation de la même mise en forme du même médium est improbable, la communication inter-systémique est, elle aussi, improbable. Sous l'éclairage de la distinction continue entre médium et forme, la communication est principalement intrasystémique plutôt qu'inter-systémique : par la construction du médium, en y attribuant un sens particulier, le système ne cherche pas à communiquer avec autrui, il cherche plutôt à consolider ses propres opérations internes pour maintenir un certain état d'homéostasie, une certaine stabilité interne.

Le produit que l'on observe à partir de la distinction médium/forme est intrasystémique³³ (Luhmann, 2012 :116). Ceci veut dire qu'une telle distinction ne se déroule qu'au sein du système social, qu'à l'intérieur de ses propres frontières, sous ses propres conditions et par l'entremise de ses propres opérations. Le système social, par la distinction entre médium et forme, communique en quelque sorte avec lui-même (et non avec son environnement) pour réduire à sa façon sa propre complexité. Bref, au-delà de la perspective classique qui tend à ontologiser le concept de communication en tant que transmission de l'information d'une entité à une autre, la théorie des systèmes confirme que toute communication est spécifique à chaque système social et ne se déroule qu'en son sein, n'ayant comme but que la reproduction du système et comme effet que la réduction de la complexité du monde.

Les systèmes sociaux ne sont pas passivement traversés par des discours et la possibilité de communication entre eux est limitée, voire nulle. Les systèmes sociaux ne

³³ Par opposition à "intersystémique", opération qui implique une transmission et une communicabilité de l'information entre un système A et un système B.

collaborent pas, ne s'entraident pas, ne forment pas un ensemble et n'accomplissent pas de rôles complémentaires³⁴.

Ceci n'est pas sans rappeler le modèle pragmatique de Bernheim (2008) dans lequel le système juridique est autonome vis-à-vis de la preuve experte, c'est-à-dire qu'il a le dernier mot dans la récupération (partielle ou complète) de l'expertise psychiatrique. Si le juge récupère des éléments de l'expertise dans sa détermination de la peine, celle-ci aurait une signification proprement juridique plutôt que psychiatrique. Chacun des acteurs a un rôle bien défini et indépendant de l'autre.

2.3 La relation entre les systèmes sociaux

2.3.1 La différenciation fonctionnelle

Bien que la théorie des systèmes affirme qu'il y a autonomie des systèmes, il existe une relation entre eux. Cette relation prend la forme de certaines connexions inter-systémiques qui peuvent favoriser le déploiement d'un espace commun dans lequel les systèmes sociaux peuvent opérer en référence les uns aux autres—ce qui est différent de l'acte de communiquer.

Il faut toutefois partir du fait qu'en dépit de ces rapports, au plan communicationnel, le système juridique se situe dans l'environnement du système psychiatrique et le psychiatrique dans celui du juridique. Il s'agit là d'une contribution récente et importante de la théorie des systèmes. En fait, Luhmann ira même jusqu'à dire que «all development in recent systems theory can be seen as variations of the theme of 'system and environment'» (Luhmann 2012 : 31). Comment un système social, tel que le système juridique ou psychiatrique, peut-il entretenir une relation avec son environnement?

Chaque système social est structurellement relié à l'environnement par l'entremise d'*inputs* créés et maintenus selon les termes et les conditions de ce système (Jonhill, 2003 : 23). Les *inputs* ne viennent pas de l'environnement vers le système déjà préconstitués. L'environnement n'exporte pas de l'information vers le système, il n'inculque pas au système

³⁴ Au contraire, les systèmes peuvent se créer des problèmes l'un l'autre, en ce sens que chaque système expose l'autre à sa propre façon de voir le monde, ce qui peut être irritant et confrontant. Pour remédier à ces irritants externes, le système tente continuellement de réduire la complexité du monde qui l'entoure. Cette idée n'a pas été discutée dans le modèle pragmatique proposé par Bernheim (2008).

un savoir. L'environnement est simplement un élément constitutif du système au sens où l'un et l'autre se constituent mutuellement (Luhmann, 1995 : 176).

Pour notre étude, l'affirmation précédente se traduit de la façon suivante : le système psychiatrique n'exporte pas des notions scientifiques (telles que des diagnostics ou des traits de personnalités identifiés) vers le système juridique ou vice versa. Par contre, le système peut attribuer du sens à certains éléments sélectionnés à partir de l'environnement. À titre illustratif, à partir du témoignage expert (système scientifique), le juge (système juridique) sélectionne des éléments particuliers, tel qu'un diagnostic, et y attribue un sens d'ordre légal (par exemple, diagnostic de pédophilie = peine plus sévère). Le système exécute ces deux opérations de sélection et d'attribution du sens par le biais de ses propres structures, ce qui lui permet ainsi de réduire la complexité de son environnement.

La réduction de la complexité se traduit tout d'abord par une modification des attentes du système juridique sur le plan de ses propres objectifs, dont le plus important est l'attribution d'une peine et ce, en octroyant un espace dédié à la science en son sein. Cet espace permet au système judiciaire d'exercer un contrôle sur le flux de l'information psychiatrique³⁵. En conséquence, le système juridique paraît davantage « scientifique », réduisant ainsi les irritations entre le domaine scientifique et le domaine légal tout en conservant son objectif principal, soit la production de peines. En mettant de l'ordre, le système gère une partie de la complexité autour de lui, ce qui lui permet de faire une distinction entre lui-même et son environnement (Gershon, 2005 ; Luhmann, 1995). Ainsi, les systèmes sociaux utilisent d'autres réductions de complexités en provenance de l'environnement dans le but de réduire leurs propres complexités. Ici, la complexité n'est donc pas un problème en soi, mais plutôt un mode de gestion par un système social de ses propres opérations (Garcia : 2010 : 94).

L'autonomie des systèmes entraîne un besoin constant de se différencier des autres systèmes et de l'environnement pour mieux « survivre », se reproduire et exister (Arnoldi, 2001 ; Moeller, 2006). Cette différenciation se caractérise par un démarcage continu entre ce

³⁵ Par exemple, le juge peut sélectionner ce qui lui convient dans les opinions des experts, c'est-à-dire qu'il peut accepter la totalité, une partie ou rejeter l'ensemble de l'opinion de l'expert.

qui appartient au système et ce qui lui est étranger. Pour ce faire, chaque système possède son propre code binaire.

Ce que Luhmann entend par « code » est « [...] une structure qui est en mesure de rechercher pour chaque item présent dans son champ de pertinence un autre item complémentaire et de les mettre en ordre » (Luhmann, 2010 :39). Le code, en fonction de la référence à l'environnement, permet aux systèmes sociaux, comme la psychiatrie et le droit, de distinguer les communications leur appartenant de celles qui leur sont étrangères et ainsi de se différencier par rapport à leur environnement (Garcia, 2010 :97). À titre d'exemple, au sein du système psychiatrique, le code binaire *vrai/faux* permet d'opérer des sélections par rapport à l'environnement du système et rattache un sens à ce qui se trouve thématiquement comme « scientifique » par le système psychiatrique. Le code *scientifique/non-scientifique* du système psychiatrique exclut par la même occasion ce qui est thématiquement comme « crime » ou « peine » par le système de droit criminel.

Pour le système juridique, en appliquant le code binaire *légal/illégal*, le système juridique inclut—et par la même occasion exclut—des éléments de l'environnement en son sein : ce qui peut être thématiquement selon ce code est inclus, ce qui est légalement considéré comme étant non pertinent à l'application de ce code est exclu. Cette distinction passe par l'attribution d'un « sens » et d'une signification aux éléments de l'environnement. Un item particulier comme la « traitabilité » peut avoir des combinaisons différentes selon le système observateur. Par exemple, le thème de « justice » n'a pas le même sens pour le système religieux (*paradis/enfer*) que pour le système de droit (*légal/illégal*). Cette même logique peut être appliquée au thème de la « traitabilité » : ce qui est codé *scientifique/non-scientifique* pour le système psychiatrique sera par ailleurs (re)codé selon le code *légal/illégal* par le système juridique. Ainsi, le sens attribué aux éléments de l'environnement par le système n'est pas statique, mais varie selon le système observateur et selon les codes impliqués dans cette observation.

Pour notre recherche, ces éléments théoriques peuvent se traduire de la façon suivante : Si un expert A attribue à la « non-traitabilité » d'un délinquant le sens « les traits d'un trouble psychiatrique particulier vont éventuellement se manifester sous la forme d'un

comportement déviant », le juge peut observer le même objet, soit la « non-traitabilité du délinquant », tout en y attribuant un sens différent, tel que « la société doit être protégée d'un risque de récidive présent chez le délinquant ».

Les juges et les experts peuvent parler de « traitabilité » mais dans deux contextes différents et avec deux lexiques distincts. Dans le texte de la décision, le juge, comme l'expert psychiatre, investit *juridiquement* (et non pas psychiatriquement) la « traitabilité » du délinquant pour motiver sa décision juridique. L'hypothèse est alors à l'effet que la « traitabilité », dans le système juridique, n'a pas le même sens que dans le système psychiatrique. Chacun des deux systèmes, fonctionnellement différenciés et opérationnellement fermés, attribue à la notion de « traitabilité » un sens qui lui est propre en fonction de ses propres structures lesquelles instituent, à l'intérieur du système, au-delà du code, un programme particulier. De la différenciation fonctionnelle des systèmes découlent plusieurs implications, notamment celles relatives à leur niveau d'autonomie, à la gestion de leurs opérations ainsi qu'à l'unité du système en soi. Nous en discuterons dans les paragraphes suivants.

La différenciation fonctionnelle du système a des implications au niveau de la relation entretenue entre le système et son environnement. En ce sens, le but principal d'un système social n'est pas de s'adapter à son environnement, mais plutôt de produire des opérations et de se reproduire lui-même en se distinguant continuellement de son environnement. En d'autres termes, le résultat de la différenciation fonctionnelle des systèmes sociaux n'est pas l'adaptation de ceux-ci à leur environnement, mais plutôt la « différenciation » de ceux-ci par rapport à leur environnement (Luhmann, 2012 : 76). Pour continuer d'exister et d'opérer, les systèmes sociaux n'ont pas à s'adapter à leurs pairs, ils n'ont qu'à s'adapter à eux-mêmes, à leurs propres exigences et nécessités.

Ainsi, selon la théorie des systèmes, nous pouvons affirmer que le droit ne s'adapte pas à la psychiatrie de la même manière que la psychiatrie ne s'adapte pas au droit. Le droit ne cherche pas à accommoder la psychiatrie en créant, au sein de son propre espace, un milieu dans lequel un expert psychiatre peut témoigner. En consacrant en son sein un espace favorable à l'expert psychiatre et à ses communications psychiatriques, le système juridique conçoit la communication de l'expert comme étant de nature psychiatrique tout en la traitant

juridiquement. Sur les radars du système juridique, la communication de l'expert, et peut-être l'expert lui-même, sont perçus et compris comme des « réalités » psychiatriques ayant une pertinence juridique. Il n'y a donc pas transfert de communication du psychiatrique vers le juridique comme nous l'avons déjà dit précédemment, il y a plutôt auto-référence, c'est-à-dire l'observation juridique d'une communication qui est vue comme juridique et traitée selon des normes juridiques par le système juridique. Le psychiatrique peut bien sûr continuer d'opérer avec la certitude que la communication de l'expert était et demeure psychiatrique. Ceci ne change rien au fait que, du point de vue juridique, la « réalité » apparaît toute autre et c'est en fonction de cette « réalité », de sa « réalité », que le juridique décide juridiquement.

Mis à part le fait qu'elle façonne la relation entre le système et son environnement, la différenciation fonctionnelle a un impact sur la nature de l'unité du système. Dans le cadre d'une théorie des systèmes fonctionnellement différenciés, l'unité d'un système social n'est ni territoriale, ni raciale (Luhmann, 2012 : 86). Chaque système social possède en son sein ses propres exigences pour construire ses frontières par rapport à son environnement. Ces frontières ne peuvent être comprises ni comme espace donné ni comme un groupe d'individus (*ibid.*). Selon Luhmann (2012) « the boundaries of the societal system are clearly and unambiguously drawn by the operation of communication » (p. 87). Les frontières du système sont alors des frontières communicationnelles érigées à coup de décisions : il s'agit de l'espace dans lequel le système se trouve capable de donner sens aux communications, de communiquer sur des communications.

Cette organisation frontalière du système social joue un rôle dans sa fermeture opérationnelle. En définissant la frontière externe du système, seul ce dernier peut déterminer les possibilités de communication avec l'environnement. Si le système décide de communiquer avec l'environnement, ce dernier ne fournit que des éponges sèches que le système, utilisant ses propres ressources internes, imbibe ensuite de sens (Luhmann, 2012).

Le système juridique observe juridiquement l'observation psychiatrique de premier ordre, instituant ainsi une observation de deuxième ordre. Au cœur de cette opération, le système juridique attribue un sens d'ordre juridique à cette observation, sens qui sera repris et utilisé pour orienter d'autres communications juridiques à l'égard de la culpabilité,

notamment, de la dangerosité, de la réhabilitation, etc. Lors de l'observation du juridique par le psychiatrique, tout comme lors de l'observation du psychiatrique par le juridique, ni l'un ni l'autre des systèmes ne reprend exactement la même mise en forme que celle opérée par son vis-à-vis. Si l'observation de la « traitabilité » permet aux systèmes juridique et psychiatrique l'actualisation de plusieurs mises en forme et si ces mises en forme ne sont pas identiques d'un côté et de l'autre des frontières communicationnelles, la question est alors celle de savoir comment des systèmes opérationnellement fermés et autonomes arrivent-ils à communiquer entre eux.

Une partie de la réponse à cette question tient au fait que même si les systèmes sociaux sont fermés opérationnellement, des couplages sont possibles autour de notions communes, comme celle de la traitabilité. La « traitabilité » fait d'ailleurs partie de plusieurs systèmes à la fois : on parle de la « traitabilité » des cancéreux en médecine, de la « traitabilité » du sol contaminé en géologie, de la « traitabilité » d'un malade mental en psychiatrie, etc. Mais dans tous les cas, est préservée l'autonomie des différents systèmes sociaux qui observent et ainsi construisent et utilisent à leur manière, au sein de leur propre fermeture opérationnelle, cette notion de traitabilité.

2.3.2 Le couplage structurel

Dans la modernité, le besoin de réduire la complexité du monde a favorisé le couplage entre le système juridique et d'autres systèmes scientifiques, comme le système psychiatrique. Ainsi, et contrairement à l'image conventionnelle d'un droit de plus en plus scientifique, le droit et la science demeurent deux systèmes distincts. Ces rapprochements et ces couplages entre droit et science sont plutôt opérés à partir des médiums partagés, comme celui de la « traitabilité », et non en communion sur les formes ou le sens qu'on leur attribue. Autrement dit, ces systèmes sociaux demeurent autonomes dans la détermination du sens. La « traitabilité » permet d'établir des ponts entre le système et son environnement, environnement dans lequel se trouvent d'autres systèmes sociaux.

Michailakis (1995 :328) reprend la définition du couplage structurel (ou « structural couplings ») énoncée par Bailey (1994) comme suit :

The outcome of continued interchange, continued selection of information among the information produced by the environment which allows the system to operate without disintegrating is known as structural coupling (Bailey, 1994 : 289).

En ce qui a trait aux couplages structurels, nous posons les deux questions suivantes : Comment et sous quelles conditions le couplage structurel se produit-il ? Quels sont les impacts de ce processus sur le système ?

Les couplages structurels ne sont que *des liaisons hautement sélectives entre les systèmes et leurs environnements* (Luhmann, 1994 : 86). C'est-à-dire que, pour qu'il y ait couplage structurel entre le système juridique et le système psychiatrique, il faut que le juridique soit capable de gérer les communications psychiatriques en tant que problèmes d'ordre juridique. Ainsi, les couplages structurels jouent un rôle non seulement dans la reproduction du système, mais aussi dans son apprentissage. Le droit sollicite la psychiatrie pour qu'elle réponde à des questions d'ordre juridique, à savoir, par exemple, « Est-ce que le délinquant est dangereux ? ». Le système de droit, à son tour, reçoit des réponses d'ordre psychiatrique. Mais pour être capable d'opérationnaliser ces réponses initialement psychiatriques, ces dernières doivent être juridicisées, c'est-à-dire converties en communications proprement juridiques.

Les mécanismes de couplage sont appelés couplages structurels si le système utilise certains éléments de son environnement pour produire ses propres opérations et ainsi réduire sa complexité interne. Ceci veut dire que le système juridique peut, par exemple, créer en son sein des reconstructions de la réalité ainsi que des représentations des autres systèmes sociaux et ce, selon ses propres codes de production du sens (légal/illégal).

Pour illustrer cette idée, et étant donné le fait que les systèmes sont cognitivement ouverts et opérationnellement fermés, un système social peut être comparé à une éponge dont la capacité d'absorber le liquide environnant dépend de la qualité de son matériel, la densité de celui-ci, sa composition, etc. L'éponge (le système) serait prête à absorber le liquide (ouverture cognitive), mais sa capacité d'absorption dépend de plusieurs éléments qui la composent (éléments structurels du système). Une fois que l'éponge absorbe le liquide et que ce dernier est essoré, rien n'empêche l'éponge d'en absorber encore, que ce soit le même

liquide ou d'autres formes de liquide. Ainsi, l'environnement ne détermine aucun changement interne chez le système et aucune des opérations de ce dernier ne dépend de celles qui se retrouvent dans l'environnement (Michailakis, 1995 :328 ; Salvaggio et Barbesino, 1996). Rien n'empêche le système de « se tourner vers son environnement pour explorer de nouvelles possibilités de couplages » (Dubé, 2010 : 53). Seule l'organisation interne du système basée sur un code spécifique peut déterminer quels couplages peuvent prendre place.

Sur le plan de notre recherche, même si le témoignage expert expose les juges à une réalité d'ordre psychiatrique, il ne détermine pas les opérations légales produites par le juge (comme la pondération des preuves, la détermination de la peine, etc.). Cela ne veut pas dire que le juge ne puisse pas reprendre certains éléments du témoignage expert. Cependant, lorsqu'il le fait, il les traduit d'abord en termes juridiques pour ensuite pouvoir les mobiliser comme matériau juridique dans d'autres opérations comme celle de la détermination de la peine.

Pour que la « traitabilité » puisse être opérationnalisée dans le système juridique, il faut un couplage structurel inter-systémique entre le système juridique et le système psychiatrique. Ici, le couplage structurel permet au système de droit de « s'accrocher à son environnement » (Pires, 2009 : 7) en opérationnalisant le médium « traitabilité » et ce, sans compromettre son autonomie. Ainsi, « des canaux se trouvent créés entre le système et le non-système » (Garcia, 2010 : 102), comme par exemple, des canaux entre le système de droit et le médium « traitabilité ».

La complexité des éléments de la réalité, comme le fait de devoir déterminer si l'individu est « traitable » ou « non-traitable », peut alors être réduite dans les frontières du système judiciaire (et non à l'extérieur de celui-ci) à l'aide de couplage structurel entre le système et d'autres médiums de communication ayant déjà réduits d'autres complexités chez d'autres systèmes. Par exemple, en se référant à la « traitabilité », le système juridique se réfère à la réduction de la complexité opérée par le système psychiatrique. La « traitabilité » crée ainsi la possibilité d'opérationnaliser la réduction de la complexité du système juridique

sans que la forme, le sens et la signification donnés au médium « traitabilité » soient les mêmes que ceux attribués par le système psychiatrique.

2.4 Conclusion

Bref, selon la théorie des systèmes, il n'y a pas de relation d'influence entre les systèmes sociaux. Ceci veut dire que l'expert n'influence pas le juge dans sa détermination de la peine. D'un autre côté, le système juridique n'influence pas la production de sens psychiatrique sur la « traitabilité ».

Malgré tout, les deux systèmes sont structurellement couplés par l'entremise d'un médium à qui ils attribuent diverses formes. Une fois que le système juridique est exposé aux discours psychiatriques sur le médium traitabilité, les formes psychiatriques attribuées à ce dernier seraient tout d'abord sélectionnées et par la suite redéfinies sous un format juridique.

Dans les prochains chapitres, nous essayerons de tester empiriquement la pertinence de la théorie des systèmes dans la réception juridique des discours psychiatriques sur la traitabilité. Plus précisément, notre objectif sera de décrire empiriquement la complexification des sens et des formes attribuées à la « traitabilité » dans un récipient de nature juridique (l'ordonnance écrite par le juge) et dans un cadre d'interaction systémique (système juridique, système psychiatrique) plutôt qu'individuel (juge, avocat, expert, délinquant).

CHAPITRE 3 : MÉTHODOLOGIE DE RECHERCHE

3.1 Choix méthodologiques

Pour répondre à nos objectifs et à nos questions de recherche, nous avons choisi la recherche qualitative. Notre choix est motivé par le type d'objectifs que nous poursuivons : il s'agit de saisir et de décrire les différentes mises en forme du médium « traitabilité » dans deux systèmes en interaction, les systèmes psychiatrique et juridique.

3.2 Collecte des données et constitution de l'assise empirique

3.2.1 Identification des matériaux de recherche et aspects éthiques

Dans le cadre de notre étude, notre assise empirique se constitue de décisions judiciaires écrites par les juges et publiées sur la base de données Quicklaw Lexis Nexis. Ce choix est motivé par le fait que ces documents contiennent à la fois l'opinion (ou des parties de celle-ci) des experts psychiatres ainsi que la rationalisation des juges de ces opinions dans leur détermination de la peine.

En ce qui concerne les critères de publication des décisions judiciaires sur la base de données Quicklaw, nous avons contacté les responsables de la base de données pour leur poser les deux questions suivantes:

- 1) Est-ce que les décisions sont publiées telles qu'elles sont transmises par les juges ?
- 2) Est-ce que toutes les décisions relatives aux requêtes de déclaration de délinquant dangereux sont publiées sur Quicklaw ?

Suite à notre correspondance électronique avec les administrateurs de la base de données, on nous a confirmé qu'aucune modification ne fut apportée à aucun des documents publiés. Il arrive toutefois que les responsables des publications ajoutent un résumé de quelques lignes au début de chaque décision, mais ceci n'affecte ni le contenu ni le format de l'arrêt tel que rédigé et transmis par le juge. Par ailleurs, la grande majorité des décisions en

matière de requête de délinquant dangereux au Canada sont publiées dans la base de données.

Ceci est important à noter parce que les documents sélectionnés reflètent bel et bien les communications écrites des juges dans le cadre de leurs décisions pénales. Le contenu de ces décisions n'a pas été altéré par d'autres auteurs.

De point de vue épistémologique, en tant que chercheur, nous sommes alors des observateurs de deuxième ordre : nous observons les observations des juges.

3.2.2 L'analyse documentaire

L'analyse documentaire comme méthode d'analyse a ici été retenue pour explorer l'interaction entre deux systèmes distincts et autonomes. Dans les paragraphes qui vont suivre, nous justifierons ce choix méthodologique.

Contrairement à l'entretien de recherche, le document jurisprudentiel comprend des communications sélectionnées et stabilisées (Pires, 2004a :183) par le système. Un document étudié peut apparaître sous différentes formes, dans des réalités multiples (Prior, 2003). Le document juridique peut ainsi être considéré par le juge comme étant une simple routine de travail, une tâche parmi d'autres à accomplir. Nous nous attendons à ce que le document jurisprudentiel reflète une description du processus de prise de décision pénale³⁶ ainsi que les raisons et les motifs de la détermination de la peine.

Les documents jurisprudentiels témoignent de l'agencement de plusieurs systèmes (juridique, psychiatrie, correctionnel, éducation, etc.), leurs communications et l'opérationnalisation de certains concepts pour enfin rendre une décision proprement juridique. Dans un arrêt judiciaire, on retrouve plusieurs discours : discours de la victime³⁷, discours de professionnels³⁸, discours légaux³⁹, etc. Le document jurisprudentiel contient des

³⁶ Ici, il s'agit de décider si l'individu est délinquant dangereux, délinquant à contrôler ou alors ni dangereux ni à contrôler.

³⁷ Par exemple, dans ce qu'on appelle la « déclaration de la victime » (*Victim Impact Statement*), la victime peut parler, entre autres, de son expérience de victimisation, des impacts du crime sur sa vie, sa santé, son travail, etc.

³⁸ Des professionnels de la santé, tel que des médecins, des psychiatres, des psychologues. Des professionnels du secteur correctionnel, tel que des agents de probation ou des agents correctionnels.

³⁹ Lorsque les avocats ou le juge fait référence à de la jurisprudence ou à des articles de lois.

portions et non l'entièreté de ces différents discours. Nous nous intéressons à deux de ces portions, soit les discours légaux et les discours psychiatriques.

Le document se caractérise par sa capacité de concéder un pouvoir communicatif à deux ou plusieurs acteurs non co-présents : la transmission du savoir par l'entremise du langage documentaire exempte les acteurs (chercheurs, lecteurs, participants, etc.) de devoir être spatialement et temporellement synchronisés (Cellard, 1997). Par exemple, une communication peut s'établir entre deux sujets, vivant dans deux continents différents et appartenant à deux époques distinctes par l'entremise de documents.

Le rôle du document ne s'arrête pas à sa fonction de récipient d'informations, de données, de mots. Il témoigne de la construction d'un phénomène social en un lieu donné et à une époque donnée (Prior, 2003). Dans ce cas-ci, le document est spécialisé et de nature bien particulière. Le document jurisprudentiel est à la fois le témoin et le support de la rationalisation de l'opération juridique de nature pénale (imposer une peine). Par rapport à notre objet, il prend forme après que de multiples sélections de diverses communications (psychiatriques, victimologiques, etc.) aient été opérées. Il témoigne ultimement du processus de conversion qu'auront subi ces communications avant d'être reprises sous forme d'«outputs» juridiques. Toutes ces réalités sont enregistrées dans l'arrêt jurisprudentiel et deviennent donc saisissables empiriquement. La forme documentaire servira de support à l'observation sociologique de l'état du droit dans la construction juridique (jugement) de la traitabilité du délinquant dangereux.

Pour les fins de notre analyse, nous allons centrer notre observation sur la période qui s'étale entre 2008 et 2012). Au plan géographique, nous allons nous limiter aux arrêts canadiens produits par quatre provinces : l'Ontario, le Québec, l'Alberta et la Nouvelle-Écosse⁴⁰.

De plus, le statut du document, en tant qu'artefact écrit, permet au chercheur d'éliminer son interférence face à son sujet et neutralise la réaction du sujet vis-à-vis de la collecte des données (Cellard, 1997 ; Doucet, 2002). Ceci veut dire qu'aucun acteur ayant

⁴⁰ Ces choix méthodologiques seront expliqués dans la section suivante, 2.3. Techniques de cueillette de données.

participé à ces communications, que ce soit le psychologue, le psychiatre, le juge ou le jury, ne sera exposé (par l'entremise de questionnements, de commentaires) à nos propres observations de leurs communications. Ce sont les communications systémiques se reproduisant par l'entremise des acteurs qui comptent, et non les acteurs eux-mêmes. Mettre l'accent sur les communications systémiques plutôt que sur les subjectivités individuelles nous permettra de nous concentrer sur le phénomène proprement sociologique et autonome par rapport aux consciences individuelles.

Chaque méthode d'analyse comporte des avantages et des inconvénients. L'analyse documentaire n'échappe pas à cette règle. Nous avons souligné quelques avantages, nous allons maintenant identifier certains inconvénients. L'information dans le document n'est pas toujours unidirectionnelle (Cellard, 1997), soit du document vers l'observateur (en l'occurrence, ici, le chercheur). Le document ne réagit pas, ne peut pas être maîtrisé : il est sourd et ne peut offrir au chercheur que ce qu'il contient. L'impact que cela peut avoir sur notre travail est que le document est limité dans la qualité des réponses qu'il peut apporter aux questions que nous allons lui poser. Par exemple, les raisons personnelles, outre que juridiques, ayant amené un juge à privilégier telle mise en forme plutôt que telle autre dans une décision particulière ne sont généralement pas évoquées dans un arrêt. Elles pourraient par contre l'être dans le cadre d'un entretien. Ainsi, l'analyse documentaire nous amène à mettre certaines questions de côté ou à accepter qu'elles puissent rester sans réponse.

3.2.3 Technique de cueillette de données

Avant d'aborder l'aspect technique de la cueillette de données, il nous semble important de souligner quelques considérations générales. Dans notre recherche, seules les décisions de Cours seront exploitées. Dans la base de données Quicklaw, d'autres documents écrits peuvent être retrouvés, y compris des législations, des décisions émises par des Cours ou par des tribunaux, des commentaires et des formulaires.

Nos documents sont des documents de sources primaires puisqu'ils sont rédigés par des acteurs ayant directement participé à l'évènement décisionnel. Les auteurs de nos documents sont des juges. Puisque nous nous intéressons aux systèmes sociaux plutôt que les

acteurs, nous nous ne pencherons pas sur la subjectivité des auteurs des documents analysés (leur affiliation politique, leur fonction, leur statut social, leurs intérêts, etc.).

Pour nous, les textes de décisions judiciaires prendront sens à partir du contexte dans lequel ils sont analysés, soit un contexte judiciaire dans lequel le système juridique pose la question de la détermination de la peine et considère alors les éléments relatifs à la neutralisation, à l'exclusion sociale de même qu'à la traitabilité, notamment.

Les documents sont produits après que les décisions judiciaires sont prises. Ils représentent une sorte de «compte rendu» dans lequel le juge explique les étapes, les éléments de preuve et les logiques qui l'ont amené à prendre une décision pénale plutôt qu'une autre. Ce constat est important pour la raison suivante : puisque nous nous intéressons aux éléments pris en compte par l'expert pour justifier la traitabilité du délinquant dans un contexte légal, il est important de noter que nous voudrions observer ce phénomène à travers des lentilles sociologiques⁴¹. Bien que des passages issus des rapports des experts⁴² soient inclus dans les décisions rédigées par les juges, il n'en demeure pas moins que ces passages sont des sélections opérées par le système juridique d'une façon volontaire et qui sont par la suite investies et incluses dans un texte de nature juridique.

Pour construire l'ensemble de notre assise empirique, il nous fallait d'abord établir des mots clés qui se rapportent à notre problématique et à partir desquels nous allions pouvoir sélectionner les décisions pertinentes. Les mots clés ont été entrés en anglais. Les mots clés utilisés sont les suivants : «dangerous offender», «long-term offender », « psychiatric evidence ». La notion « treatability » n'a pas été utilisée en tant que mot clé puisqu'une telle opération pourrait exclure plusieurs arrêts qui pourraient nous être pertinents sur la base du fait qu'ils ne contiennent pas le mot recherché.

Après avoir entré les mots clés dans le moteur de recherche de la base de données électronique, nous avons raffiné davantage les résultats en sélectionnant que quatre provinces, soit le Québec, l'Alberta, l'Ontario et la Nouvelle-Écosse. Cette étape nous a

⁴¹ On observe à partir de lentilles sociologiques comment le juge observe à travers des lentilles juridiques ce que l'expert observe à partir de lentilles psychiatriques.

⁴² Des textes repêchés par le juge qui proviennent d'autres documents, comme le rapport de l'expert, et qui se trouvent dans le document de la décision.

permis de ne garder que la jurisprudence relative à ces quatre provinces et d'éliminer le restant. Nous avons choisi l'Ontario et le Québec étant donné que ce sont les deux plus grandes provinces du Canada. Nous avons ensuite rajouté à notre sélection initiale l'Alberta pour explorer les décisions de l'Ouest canadien. Nous avons sélectionné la Nouvelle-Écosse pour explorer les décisions prises plus à l'Est, dans les maritimes. Aucune visée de représentativité n'est poursuivie derrière cette sélection géographique.

Ensuite, nous avons délimité une troisième fois notre échantillon en éliminant les décisions d'appels (issues des Cours d'appels et Cours supérieures) et en ne gardant que les décisions des Cours provinciales des quatre provinces en question. Ce choix est motivé par le fait que nous nous intéressons seulement à la prise de décision initiale plutôt qu'à la contestation légale de celle-ci. Dans le cadre des appels, un parti vient généralement contester l'interprétation du droit. Nous ne nous intéressons pas à cette question dans le cadre de cette recherche.

Ensuite, nous avons introduit un filtre temporel en ne sélectionnant que les arrêts entre 2008 et 2012, obtenant ainsi 99 décisions judiciaires rendues publiques dans les quatre provinces sélectionnées. Nous avons choisi de reculer dans le temps jusqu'à 2008 de manière à couvrir une période assez longue dans le but d'obtenir un corpus empirique plus important. Nous avons décidé de ne pas reculer au-delà de 2008 pour nous concentrer sur des décisions contemporaines sans compromettre la faisabilité de cette recherche.

L'organisation des documents n'est pas la même dans tous les arrêts, c'est-à-dire que les expertises sont parfois amalgamées sans aucune distinction entre celle de la couronne, celle demandée par la Cour ou celle de la défense. Ceci nous a posé un problème puisqu'il a été difficile de distinguer entre les différentes prises de position (celle de l'expert de la couronne, de la défense et de la Cour) en ce qui concerne la « traitabilité » du délinquant. Différencier entre l'expertise de la défense et celle de la couronne ne nous concerne pas dans le cadre de cette recherche puisque nous ne nous questionnons pas sur la différence entre les deux. Sur la « traitabilité », nous avons ainsi toujours été en mesure de distinguer entre les points de vue des experts et ceux des juges.

Le deuxième défi est que, dans certains arrêts, les juges rapportent peu d'éléments pouvant nous renseigner sur la traitabilité des délinquants telle qu'évaluée par le ou les expert(s).

Pour sélectionner nos documents, nous avons utilisé un tableau qui génère des numéros aléatoires⁴³. Nous avons choisi d'arrêter nos analyses à 14 arrêts parce que nous avons observé la répétition de plusieurs patrons après la lecture d'une dizaine d'arrêts. De plus, étant donné que notre recherche est de type exploratoire, rappelons-le, et qu'elle ne vise ainsi aucune représentativité, nous avons considéré les 14 arrêts comme constituant un corpus d'exploration suffisant.

Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment, dans les arrêts judiciaires, on peut retrouver plusieurs sections, à titre d'exemple, le témoignage de la victime, les témoignages de l'agent de probation, des travailleurs sociaux ou des agents correctionnels, l'historique familial du délinquant, son historique judiciaire, etc. L'organisation du contenu des arrêts judiciaires (nombre des sections, titres des sections, ordre des sections, etc.) peut varier d'un arrêt à un autre. Pour nous, seules deux sections principales nous intéressent : celle sur la preuve d'expertise psychiatrique et psychologique ainsi que celle relative à la décision du juge.

La partie qui traite de l'expertise psychiatrique est souvent intitulée « psychiatric evidence » ou « psychiatric expertise ». Dans les arrêts que nous avons analysés, cette section est souvent à la fin de l'arrêt, précédant la décision du juge. Elle vient après les sections sur les témoignages oculaires, l'historique criminel du délinquant, etc. Parfois, la section « psychiatric evidence » se trouve divisée en plusieurs sous-sections. Chacune de ces sous-sections contient un témoignage relatif à un expert particulier : celui de la défense, celui de la Cour et celui de la couronne. Parfois, la section « psychiatric evidence » est divisée en sous-sections selon le nom de l'expert. Dans certains cas, les témoignages des divers experts (s'il y a plusieurs témoins experts) sont inclus dans une seule section.

⁴³ En utilisant « Random Number Generator » (<http://stattrek.com/statistics/random-number-generator.aspx>), nous avons entré la valeur maximale de notre échantillon (99), la valeur minimale (0) ainsi que le nombre d'échantillon qu'on veut analyser (14). L'ordinateur sélectionne alors 14 numéros sur une échelle de 0 à 99 de façon aléatoire. En fonction de ces numéros, nous avons sélectionné nos arrêts. Par exemple, 2, 3, 6 correspondent à l'arrêt '2', arrêt '3' et arrêt '6'.

Même si notre recherche est une recherche exploratoire et qu'elle n'a donc pas comme souci la représentativité des données, nos données, néanmoins, représentent fidèlement certaines tendances qui caractérisent l'ensemble des requêtes pour déclaration de délinquant dangereux. Il nous a été impossible d'étudier l'ensemble de tous les procès relatifs aux requêtes de déclaration de délinquant dangereux et dans lesquelles la question de la « traitabilité » se retrouve largement abordée par les témoins experts. Chaque prévenu déclaré délinquant dangereux ou délinquant à contrôler peut avoir comparu plusieurs fois en appel. On peut alors imaginer que le nombre des procès (et le nombre des décisions rendues) est très élevé et difficile à cerner en totalité, surtout dans le cadre d'une thèse de maîtrise. D'ailleurs, et comme le précisent Quivy et Campenhoudt (2006 :150), «pour mieux connaître des groupes ou de systèmes en relations, il n'est pas forcément pertinent, sur le plan sociologique, de les étudier comme des sommes d'individualités». Si le principe de la représentativité n'a pas été observé ici, nous avons tenté de respecter celui de la saturation. La saturation est atteinte au moment où en persévérant dans l'empirie, celle-ci ne nous révèle plus de nouveaux éléments pouvant répondre à nos questions de départ. Ce moment de saturation permet alors de justifier que l'on cesse la cueillette des données et que l'on procède à l'analyse.

3.3 Méthode d'analyse des données

Lors d'une première lecture, nous avons lu l'ensemble de nos 14 arrêts judiciaires. Cette première lecture nous a permis de déterminer que nos questions de départ sont pertinentes et peuvent être répondues par le matériel de recherche identifié. Le deuxième objectif de cette première lecture était d'identifier certains thèmes, idées et concepts généraux qui ont pu être relevés dans la revue de la littérature. Dans les paragraphes qui suivront, nous soulignerons les constats les plus saillants de cette première lecture. Entre autres, nous ferons une description générale de la structure des arrêts judiciaires ainsi que du matériel qui s'y retrouve.

La partie relative aux expertises psychiatriques est une sélection opérée par l'auteur de l'arrêt (le juge, l'assistant du juge). Ce sont des sections tirées des rapports des experts et/ou de leurs témoignages verbaux. Nous ne savons ni avons les moyens de savoir comment

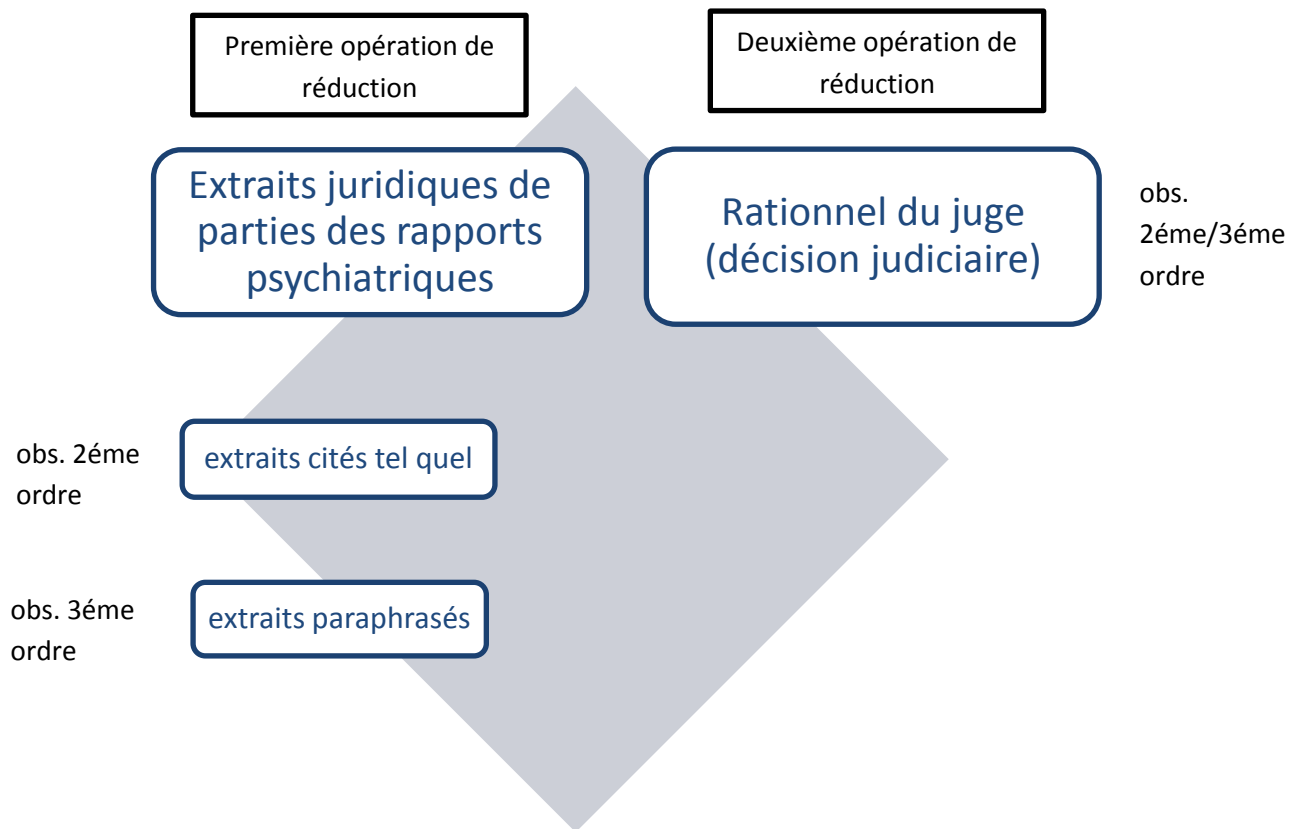
ces sections ont été sélectionnées par l'auteur ni les raisons derrière le choix de rapporter certaines parties des expertises plutôt que d'autres.

Les sections des expertises rapportées par le juge sont parfois transcrites tel quel. Dans ce cas, le juge rapporte exactement ce que l'expert prononce dans son témoignage verbal ou dans son rapport écrit d'expertise. Les scores actuariels et les diagnostics font parties des éléments que le juge rapporte sans modification. Il arrive que le juge communique en ses propres termes certains propos des experts, c'est-à-dire qu'il peut parfois paraphraser, résumer ou synthétiser certaines opinions des témoins experts. Toutefois, si le juge paraphrase certaines opinions d'expertises, nous présumons qu'il demeure dans une position où il ne rapporte que des faits. Dans le cas où il s'agit de paraphrases des opinions d'experts, nous nous positionnons alors comme observateurs de troisième ordre puisque nous observons l'observation que le juge fait de l'expertise (l'expertise étant ici l'observation de premier ordre). Toutefois, dans le cas où le juge cite textuellement des parties des rapports ou du témoignage de l'expert, nous nous retrouvons alors, par rapport à ces énoncés, dans la position d'un observateur de deuxième ordre puisque nous aurions pu effectuer la même observation en lisant le rapport d'expert ou en étant présent lors de l'audience.

Outre les parties relatives aux témoins experts, la deuxième partie qui nous intéresse est celle dans laquelle le juge amalgame toutes les preuves présentées dans le cadre du procès, y compris l'expertise psychiatrique. Il s'agit de la dernière partie du jugement, souvent intitulée « décision ». Dans cette section, le juge explique comment il est arrivé à une décision légale particulière plutôt qu'une autre. Contrairement à la partie dans laquelle le juge présente des éléments des témoignages experts, partie qui s'avère purement factuelle, la dernière partie reflète l'opinion légale du juge. Elle présente la rationalisation légale du juge pour décider d'une peine. Certes, il se peut que certains motifs décisionnels implicites ne soient pas présentés dans cette section (par exemple, l'impact que peut avoir l'attitude du délinquant à la Cour, sa couleur de peau, sa langue d'origine, etc.). Néanmoins, ces considérations ne sont pas reconnues comme légitimes par le système juridique, et comme nous nous intéressons qu'aux systèmes et non aux acteurs, nous n'analyserons pas les subjectivités des acteurs sociaux. Dans une telle perspective, nous nous retrouvons dans la position d'un observateur de deuxième ordre puisque nous observons un observateur de

premier ordre (le juge). Nous pouvons aussi être dans la position d'un observateur de troisième ordre si nous considérons que nous observons un juge qui observe à son tour d'autres observateurs (experts, victimes, témoins oculaires, etc.).

Le schéma suivant est une illustration de ces considérations épistémologiques :



3.4 Codage

Pour coder le contenu de notre matériau de recherche, nous avons procédé principalement de façon inductive. Ont été codées seules les parties dans le cadre desquelles un juge ou un expert se positionne sur un cas pour en évaluer les possibilités de changements comportementaux prévisibles suite à un traitement. Suite à la première lecture des arrêts judiciaires, nous étions interpellés par la redondance de certains thèmes. Nous avons alors

fait ressortir ces thèmes redondants à partir desquels nous avons commencé un travail analytique. Les extraits ‘intéressants’ et pertinents pour notre objet d’étude ont aussi été distingués. À ce stade-ci de la recherche, nous étions guidés par les concepts et notions déjà identifiés dans notre revue de la littérature—tel que l’attrition au traitement, la réponse au traitement et la capacité de changement—et retrouvés dans le matériel de recherche. Ainsi, nous avons organisé le matériel selon trois colonnes : dans une première colonne, nous avons indiqué le titre de l’arrêt en question, dans une deuxième colonne, nous avons introduit les phrases récurrentes et les extraits intrigants au sujet de la « traitabilité » cités par les experts psychiatres, et enfin, dans une troisième colonne, nous avons introduit le même type de matériel cité par les juges dans leurs décisions:

Arrêt	Experts psychiatres	Juges
R. v. X	Phrases/idées récurrentes : Récit intéressant, pertinent :	Phrases/idées récurrentes : Récit intéressant, pertinent :

Dans une deuxième lecture de l’ensemble du matériel sélectionné, nous avons commencé à identifier des distinctions telles que traitable/non-traitable, motivé/non-motivé, présence de diagnostic de trouble mental/absence de diagnostic, capable de changer/incapable de changer, société est à risque/société n’est pas à risque, etc. Ces distinctions semblaient être présentes dans les discours des experts et des juges. De nouvelles catégories d’analyse ont alors été créées en fonction de ces distinctions. Par exemple, nous avons réfléchi à la signification d’un thème central structuré autour de la distinction changement/non-changement, et ce pour les deux systèmes, psychiatrique et juridique.

Enfin, chaque extrait identifié (phrases redondantes et extraits intéressants, distinctions) a été analysé en fonction des catégories analytiques et des distinctions ressorties des données. La catégorie analytique principale provenant des données est « la capacité de changement ». Les experts ainsi que les juges vont s’y référer et la condenser en une série de mises en forme (qui vont pour nous correspondre à des sous-catégories) variant selon l’expert et selon le juge. Parmi ces mises en forme, on peut compter: l’intelligence du

délinquant ; sa motivation ; la possibilité de sa guérison (au sens de pouvoir neutraliser non seulement les comportements, mais les désirs aussi) ; la « suppression » du comportement délictuel (le désir peut perdurer, mais le comportement peut être refoulé, contrôlé, ce n'est pas la guérison, mais c'est une capacité de changement, une traitabilité sous forme d'altération des comportements sans altération des désirs) ; la préférence sexuelle (pathologique/non pathologique) ; disponibilité des institutions thérapeutiques, etc. Toutes ces sous-catégories renvoient à la capacité de changement chez le délinquant et, à plus forte raison, à la « traitabilité » comprise comme capacité de changement.

La grille d'analyse suivante a été appliquée à notre matériel de recherche :

Traitabilité	
<p>Capacité de changement :</p> <p>Par cette catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges ou les experts parlent de capacité du délinquant à modifier son comportement par rapport à ce qui est considéré « illégal ».</p>	<p>Motivation : Par cette sous-catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges ou les experts parlent de la motivation du justiciable pour changer son comportement afin d'être conforme à ce qui est considéré comme étant « légal ».</p>
	<p>Évolution du comportement déviant : Par cette sous-catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges ou les experts se prononcent sur la question de comment le comportement perçu comme étant déviant évolue dans le temps. Nous avons sélectionné en particulier les sections où il est question d'évaluer si le comportement déviant persiste, s'aggrave ou s'estompe avec le temps.</p>
	<p>Possibilité de guérison : Par cette sous-catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges ou les experts parlent de la capacité du clinicien à administrer une thérapie au délinquant ainsi que de son pouvoir d'altérer ou de modifier le comportement déviant du délinquant : est-ce que le</p>

	trouble de santé mentale peut guérir ? est-ce que le comportement déviant risque de se manifester dans le futur ?
	Suppression du comportement délictuel : Par cette sous-catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges et les experts discutent de la possibilité que le comportement déviant criminalisable puisse disparaître par l'entremise d'une thérapie.
	Préférence sexuelle : Par cette sous-catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges et les experts discutent de la préférence sexuelle du justiciable, à savoir si celui-ci est sexuellement attiré par des enfants, des adultes, des femmes, des hommes, etc.
	<p>Réponse au traitement : Par cette sous-catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges ou les experts discutent du comportement déviant, à savoir si celui-ci est susceptible de changer suite à l'administration d'une thérapie ou en vue de la participation à un suivi thérapeutique quelconque. Pour reconnaître et dégager les énoncés relatifs à la « réponse au traitement », nous sommes basés sur les indicateurs suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Réponse positive : si le délinquant répond (ou a des chances de répondre) au traitement. - Réponse négative : si le délinquant n'a pas répondu (ou risque de ne pas répondre) au traitement.

- Gain thérapeutique : Il s'agit de la capacité du délinquant à faire et à maintenir des acquis suite à la participation à un suivi thérapeutique. Il est question de savoir si le comportement déviant s'est atténué (ou a des chances de le faire) suite à la thérapie.
- Catégories diagnostics : Il s'agit ici des diagnostics de santé mentale (exemple, pédophilie, schizophrénie, psychopathie).

Disponibilité des institutions thérapeutiques : Par cette catégorie d'analyse, nous avons identifié les énoncés dans lesquels les juges ou les experts parlent de la disponibilité des organismes et des institutions ainsi que leur capacité d'administrer une thérapie. Cette évaluation comprend l'existence de ces institutions, leur nature ainsi que leur capacité de « traiter » l'individu.

Penitentiary setting : Il s'agit d'institutions pénitentiaires. Les prisons et les institutions correctionnelles en font partie. Ces institutions ne sont pas de nature thérapeutique mais peuvent être l'enceinte de thérapies ou de programmes.

Secure setting : Il s'agit d'institutions, pénitentiaires (comme les prisons) ou non pénitentiaires (comme les hôpitaux, les centres de traitement), capables d'assurer un rôle thérapeutique en même temps qu'un rôle sécuritaire. Ici, l'emphase est mis sur la capacité de l'institution d'assurer un rôle thérapeutique en même temps qu'un rôle pénal, par exemple en assurant la sécurité du public.

	<p><i>Reformatory setting</i> : Il s'agit d'institutions non pénitentiaires dont le but premier est de traiter le délinquant. Dans ce type d'institution, l'emphase est mise sur la guérison plutôt que l'administration de la peine. Par exemple, les hôpitaux.</p>
--	--

CHAPITRE 4 : LA MISE EN FORME DU MÉDIUM « TRAITABILITÉ » PAR LE SYSTÈME PSYCHIATRIQUE

4.1 Introduction

Dans ce chapitre, nous présentons un travail d'analyse centré sur les communications actualisées par les experts psychiatres ainsi que les éléments⁴⁴ impliqués dans la construction du concept de «traitabilité» du délinquant. À la fin de ce chapitre, nous souhaitons pouvoir mettre en relief la complexité sociologique qui caractérise la mise en forme du médium «traitabilité» par le système psychiatrique. Nous allons tenter de répondre aux deux questions empiriques suivantes :

Quels sont les éléments pris en compte par les experts psychiatres pour donner sens à la «traitabilité» du délinquant lors de leurs témoignages à la Cour?

Quels sont les implications des communications psychiatriques sur la « traitabilité » au niveau institutionnel?

Tout d'abord, nous nous intéresserons à la «traitabilité» en tant que médium de communication. Nous dégagerons la mise en forme dominante du médium « traitabilité », soit la « capacité de changement ». Nous nous pencherons ensuite sur les différents éléments qu'impliquent cette mise en forme. Enfin, nous aborderons ses implications au niveau du système psychiatrique. Plus précisément, nous aborderons la question du milieu dans lequel le délinquant devrait être intégré (intervention proposée par le psychiatre). À la fin du chapitre, à la lumière de nos observations, nous avancerons deux hypothèses de travail qui nous guideront tout au long du prochain chapitre sur la réception par le juridique des discours psychiatriques sur la « traitabilité ».

⁴⁴ Notions, concepts et idées investis par le système psychiatrique dans chacune des mises en forme du médium « traitabilité ».

4.2 La capacité de changement

Pour mieux comprendre comment s'opère la mise en forme de la « traitabilité », nous avons examiné les observations des experts, telles qu'elles sont rapportées par les juges dans leurs jugements écrits. Par l'entremise du lexique et des mots, l'expert parle de « traitabilité » et opère, par la même occasion, des distinctions : il distingue ce qui relève de la « traitabilité » de ce qui n'en relève pas.

Nous avons aussi observé que les discours des experts psychiatres sur la « traitabilité » sont souvent formulés en termes de « capacité de changement ». Ils opèrent donc une distinction entre les délinquants « capables de changer » de ceux qui ne le sont pas.

Le discours de l'expert sur la « capacité de changement » du délinquant l'amène à suivre une logique discursive qui lui permettra de justifier une recommandation de traitement plutôt qu'une autre. Ce discours se compose généralement des trois éléments suivants :

- 1) les conditions au changement;
- 2) l'objet du traitement (les éléments qui doivent être changés chez le délinquant pour atteindre la traitabilité);
- 3) le plan thérapeutique recommandé par l'expert.

Nous aborderons maintenant chacun de ces aspects plus en détail.

4.2.1 Les conditions aux changements

Tout d'abord, les experts, pour pouvoir distinguer les délinquants qui peuvent changer (et donc qui sont traitables) de ceux qui ne le sont pas, doivent justifier leur point de vue à travers des éléments concrets. Ils font donc référence à différentes conditions, ou prérequis, qui permettent selon eux de distinguer les traitables des non-traitables. Ces éléments diffèrent d'un expert à l'autre. Nous tenterons ici de présenter les principaux.

4.2.1.1 L'intelligence et la motivation

À titre illustratif, considérons les deux extraits suivants :

At the time of my assessment Ms. Overton did not present as particularly interested in changing herself. She would be amenable to psychiatric intervention when she considered it to be needed however (R. c. Overton, 2010 : 09).

Mattson is capable of calculating advantage versus disadvantage, particularly when it comes to his own well-being and liberty. Once he is in a position to cast aside his stubborn pride, self-protecting disposition, and rather primitive psychological defense mechanisms, which will likely take some time to achieve and materialize, it is my viewpoint that he is intelligent and motivated enough to learn more about himself, acquire skills in terms of managing his addictions and aggression, accept assistance and support from external agencies and entities, acquiesce to stipulated supervision requirements, and ultimately effect and sustain positive behavioural and lifestyle change (R. c. Mattson, 2011).

Dans le premier extrait, l'expert aborde l'évaluation de la traitabilité en termes « d'intérêt de changer » chez le délinquant. Le changement est précisé davantage en le signifiant comme relevant de la motivation du délinquant. Ce premier extrait fait état d'une « incapacité à changer » par manque de motivation à changer. L'individu apparaît dès lors comme étant non-traitable d'un point de vue psychiatrique.

Dans le deuxième extrait, l'expert est optimiste vis-à-vis de la « traitabilité » du délinquant parce qu'il considère l'individu non seulement « motivé », mais aussi suffisamment intelligent pour saisir l'intérêt du changement pour son propre bien-être de même que pour sa liberté. Ce qui ressort du deuxième extrait est que la « capacité de changement » ne s'inscrit pas seulement au niveau de la motivation, elle s'inscrit aussi au niveau de l'intelligence. On peut être motivé, mais insuffisamment intelligent pour favoriser le changement de la même manière qu'on peut être intelligent, mais trop peu motivé pour être considéré traitable.

On remarque que la représentation clinique de la « traitabilité » sur l'écran de la psychiatrie semble souvent centrée sur les caractéristiques individuelles du délinquant (motivation/non-motivation, intelligence/non-intelligence). En parlant de la volonté, de l'intérêt ou de l'intelligence du délinquant, le psychiatre spécifie que le changement chez ce

dernier ne relève pas de la société, du système de santé ou du support familial, par exemple. Le changement est perçu comme intrinsèque à l'individu, sa traitabilité dépendant donc en majeure partie de lui-même.

Ainsi, la « traitabilité », comme médium, prend la forme de « capacité de changement », puis, la « capacité de changement », lorsqu'on en investit le sens et qu'elle se présente elle-même comme médium, permet aux experts d'impliquer dans leurs discours plusieurs notions qui sont en tant que tel révélatrices de la manière dont les experts conçoivent la « traitabilité ».

4.2.1.2 La réponse au traitement et l'usage des outils actuariels

Observer l'évolution du comportement du délinquant pour en extraire un sens structuré autour de la notion de « réponse au traitement » est un autre élément qui peut être pris en compte par l'expert pour justifier son discours sur la « capacité de changement ». Ici, il est question de décrire la capacité de changement chez l'individu en fonction de sa réaction vis-à-vis un traitement spécifique. Cette « réponse au traitement », qui peut être « positive » ou « négative », peut informer l'expert quant aux réponses futures au traitement si le délinquant se trouve assujéti à une thérapie quelconque et donc permettre de mieux justifier un traitement plutôt qu'un autre. Nous donnerons ici un aperçu de la manière d'opérer la communication sur la « traitabilité » à travers la « réponse au traitement ».

Pour pouvoir répondre à la question « est-il traitable? », l'expert fait parfois appel aux réponses du délinquant à des traitements reçus par le passé. Considérons les deux extraits suivants :

Mr. Ross Stratton has never received any psychiatric treatment for sexual deviation or any other sexual problems or disorders. This is relevant in that he has never had the benefit of treatment and treatment impacts on the risk of future sexual offence recidivism. Mr. Ross Stratton is willing to undergo whatever treatment is required and appears to be motivated for treatment (R. c. Stratton, 2010 : 17-18).

Historically Ms Walker did not engage in treatment and presently shows no signs of engaging in treatment, therefore, Dr. Wilkie does not believe Ms Walker's behaviours will change [...] Dr. Wilkie testified she is not

confident Ms Walker would be able to meet the expectations for this therapy (R. c. Walker, 2012 : 22).

Dans le premier extrait, l'expert allègue que, comme le délinquant n'a jamais eu l'occasion de recevoir un traitement psychiatrique, il serait bon qu'il puisse en bénéficier. En fait, l'expert justifie de possible traitement par le fait qu'aucun traitement n'a encore été donné à l'individu. Il est toutefois difficile pour l'expert de prévoir sa réponse au traitement, puisque le délinquant n'a jamais obtenu de traitement. L'expert, pour justifier la capacité de changement du délinquant à travers l'application d'un traitement psychiatrique, fait donc appel à l'apparente motivation de ce dernier à subir de tels traitements.

Dans le second extrait, l'expert invoque l'incapacité de changer le délinquant par l'entremise d'un traitement psychiatrique. En fait, le discours voulant que le délinquant soit «non-traitable» est ici justifié à travers la réponse négative aux traitements reçus par le délinquant dans le passé.

La prédiction de la réponse à la thérapie chez le délinquant peut impliquer d'autres éléments que l'historique de traitement. À ce titre, examinons les extraits suivants :

Mr. Demone submits that Mr. Thorpe's extremely manipulative and lying nature and his track record of failure to comply with court orders are evidence that he will not respond positively to future counselling and treatment (R. c. Thorpe, 2011 : 21).

On the psychopathy checklist, Dr. Abramowitz broke down the results of the two factors. While she scored him at 28 out of 40 [...] She mentioned that some research suggests people scoring 25 or more on the PCL-R have a poor response to treatment compared to those who score lower (R. c. Maxwell, 2009 : 24).

Dans ces deux extraits, les experts font appel à d'autres éléments leur permettant de prédire la réponse des délinquants au traitement. Ces éléments comprennent : les traits de personnalité de l'individu, le respect des conditions imposées par la Cour de même que les scores obtenus par le délinquant à des évaluations actuarielles.

En fait, l'utilisation de ces méthodes permettent de rendre plus prévisible la réponse à un éventuel traitement, du moins au point de vue scientifique. Les experts font donc appel explicitement à la science pour mieux justifier la traitabilité ou la non-traitabilité. Par

exemple, dans le deuxième extrait, les recherches scientifiques et les scores actuariels (ici le Psychopathy Checklist) permettent de prévoir la réponse au traitement futur.

À travers la représentation quantifiable de la réponse au traitement et sous la forme de scores actuariels, l'expert perpétue ainsi l'impression de scientificité et de vérité, tant dans l'esprit de celui qui produit (le psychiatre) que celui qui reçoit l'information (le juge). Les calculs probabilistes et les scores actuariels donnent l'impression qu'on peut avoir confiance en cette science ainsi qu'en son autorité sérieuse et objective.

L'expert, de par son statut scientifique, détient le monopole de pouvoir construire des diagnostics, les conceptualiser et prédire les comportements futurs. Il perpétue l'image de la science moderne comme étant savante et jouant un rôle dans la protection de la société.

Les implications qui en découlent peuvent être importantes :

1) En communiquant sur la méthode à partir de laquelle il arrive à une conclusion sur la « traitabilité », l'expert véhicule l'idée d'objectivité et de scientificité du système psychiatrique,

2) Cette prétendue objectivité psychiatrique pourrait confirmer chez le système juridique l'usage de mesures de contrôle plus sévères, contraignantes et punitives, notamment en ayant recours à des peines indéterminées.

L'usage d'outils actuariels pour démontrer une prévisible réponse négative au traitement est d'autant plus important qu'il est fortement lié par l'expert à la possibilité de récidive du délinquant et donc au danger pour la société :

Furthermore, the results of the PCL-R reveal that Mr. Warawa is also a psychopath in which he presents as callous, selfish, remorseless and socially deviant. This latter diagnosis is a potent predictor of general and violent recidivism and is associated with a guarded prognosis and poor response to treatment [...] it should be noted that Mr. Warawa manifests a high degree of psychopathy and that research indicates that this particular constellation of personality features can negatively affect treatment responsivity (R. c. Warawa, 2010 : 29-32).

4.2.2 Les objets du changement : le désir déviant et le comportement déviant

Dans leurs discours sur la « traitabilité », les experts spécifient l'objet concerné par le changement, soit le comportement déviant du délinquant. Celui-ci se distingue d'un autre objet qui aurait pu être potentiellement l'objet de l'intervention psychiatrique : le désir déviant. La différence entre les deux est la suivante : tandis que le premier est considéré comme étant l'enjeu principal de l'intervention thérapeutique, le deuxième se présente comme étant un enjeu secondaire.

En fait, nous avons distingué deux objets principaux : le comportement et le désir déviant. Alors que les deux impliquent une possibilité de traitement, le deuxième renvoie à une notion beaucoup plus spécifique, celle de la guérison.

En effet, pour donner sens à la « traitabilité », le système psychiatrique opère une distinction principale entre le changement et la guérison. Alors que la capacité de changement peut mener dans certains cas à la guérison (*cure*), le délinquant peut toutefois changer certains aspects ou conditions sans nécessairement en arriver à la guérison. Les experts font clairement la distinction entre le changement et la guérison:

He stated that an individual who is paedophilic cannot be cured as his interest remains but that it is his sexual preference that can be changed. [...] Mr. Radcliffe's paedophilic problems had not changed dramatically in 2007 (R. c. Radcliffe, 2010 : 55).

Dans cet extrait, bien que la référence au médium « traitabilité » conserve la forme « capacité de changement », elle n'est pas équivalente à la guérison. Dans cet extrait, même si du point de vue psychiatrique il est impossible de faire disparaître complètement la pédophilie, de la « guérir », la neutralisation d'un de ses symptômes plus particulièrement problématiques est néanmoins considérée possible. En effet, en changeant la préférence sexuelle, c'est-à-dire en créant une nouvelle préférence sexuelle qui déplace la première en second plan, l'expert permet un changement (possibilité de traitement) sans toutefois que ce dernier mène à la guérison. Il s'agit d'une mesure alternative à la guérison lorsque que cette dernière est considérée impossible à réaliser.

Dans cet extrait, la « guérison » nous semble être une mise en forme plus spécifique, plus exigeante et plus rigide que le simple changement de comportement ou de style de vie. Elle oblige un changement plus important.

En fait, les experts expriment souvent la guérison en termes de changement du désir déviant. Contrairement à la simple traitabilité, qui exige l'éradication du comportement déviant, la guérison implique la suppression du désir déviant : changer non seulement le comportement qui consiste à entreprendre des actes sexuels avec des enfants, mais également le désir de le faire. Pour l'expert, la « guérison », exige de faire disparaître le comportement et le désir sexuel.

Cela signifie donc que la traitabilité peut exister sans qu'il y ait guérison. En effet, pour l'expert, même si la guérison ne peut être atteinte, il est toujours question de « traitabilité » : la « traitabilité » existe toujours sous forme de capacité de changement dès lors que le traitement peut amener l'individu à ne plus avoir un comportement déviant.

La logique impliquant que le système psychiatrique, pour produire du sens, communique selon une logique d'inclusion et d'exclusion est toujours applicable: de par l'exclusion de la guérison en tant que possibilité thérapeutique actualisable par le psychiatre, le « changement » au niveau de l'expression du comportement s'annonce en tant qu'option thérapeutique suggérée.

Selon certains experts, le désir sexuel déviant ne peut être dissocié de l'individu et est donc intraitable. C'est plutôt la manifestation de ce désir qui doit être éradiquée :

Pedohebephilia is another component of who Mr. Maxwell is, that cannot be changed, in the opinion of Dr. Woodside. The question is whether that paraphilia will be expressed (R. c. Maxwell, 2009).

Dans cet extrait, l'expert exclut la possibilité que le pédophile puisse être « guéri ». Il opère une distinction entre la guérison et la manifestation du trouble mental. Il est encore question de contrôler la manifestation de la préférence sexuelle déviante plutôt que de la guérir. En considérant « l'incapacité de changer » le trouble mental, cet expert construit la représentation de la réalité relative au « changement » sous la forme de l'expression et de la manifestation du trouble mental. Selon l'expert, la question n'est pas celle de guérir la

pédophilie, ni de la supprimer. Il la perçoit comme incurable dans le sens où il s'agit d'une condition permanente qui sera toujours présente chez le délinquant. Selon lui, plutôt que d'essayer de la guérir, il faut plutôt chercher à savoir si la pédophilie « will be expressed ».

Dans ce sens, même s'il est impossible de « supprimer » la pédophilie, du moins au niveau du désir déviant, il est toujours question de « traitabilité » puisque, d'un point de vue psychiatrique, la manifestation du comportement pédophile peut être éradiquée.

Bref, les experts, en plus de faire appel aux conditions permettant le changement, justifient leur discours sur la traitabilité à travers la mention de l'objet du changement, c'est-à-dire l'élément qui doit être modifié pour atteindre la traitabilité. Deux objets principaux sont utilisés par les experts, soit le désir sexuel et le comportement sexuel. L'éradication du premier est considérée comme étant la guérison du délinquant. Toutefois, comme plusieurs troubles mentaux (la pédophilie par exemple) sont perçus comme incurables par les experts, c'est le comportement déviant qui fera bien souvent l'objet du changement.

Bien que les experts estiment qu'il est impossible d'irradier le désir déviant chez le délinquant, il est par contre important de souligner que certains d'entre eux suggèrent la création d'un désir plus acceptable qui vient mettre le désir déviant en second plan :

Dr. Langevin views Mr. Stratton's sexual preference to be for pubescent girls and would classify him as a hebephile rather than a pedophile. He views it important to distinguish between individuals who are primarily attracted to younger, sexually immature children and one's who are attracted to a more mature age range who are starting to develop secondary sexual characteristics. While the categorization of hebephilia as a sub-category of pedophilia is not officially recognized, it is accepted within the profession and may be significant from a therapeutic perspective as a perpetrator having a primary attraction to maturing children will be more able to satisfy his sexual desires with an age appropriate female (R. c. Stratton, 2010 : 20).

Dans cet extrait, le désir déviant est l'attirance sexuelle du délinquant envers des enfants pré-pubères. Ce désir déviant n'est pas aussi récalcitrant à l'intervention thérapeutique dans la mesure où il permet l'instauration d'une préférence sexuelle nouvelle, plus « normale » et « non-déviant », sans pour autant que celle jugée plus problématique ne disparaisse. Satisfaire le désir sexuel déviant par un comportement sexuel non-déviant, soit

que le délinquant entreprenne des relations sexuelles avec des femmes adultes, se présente comme étant une alternative thérapeutique viable. Ainsi, d'un point de vue psychiatrique, s'il y a satisfaction des désirs sexuels déviants, il est moins probable que le comportement sexuel déviant se manifeste.

Dans un cas comme dans l'autre, le désir déviant demeure ressenti sans pour autant être considéré comme un « problème » pour le système psychiatrique, et ce, tant que ce dernier ne se manifeste pas concrètement à travers une action déviante.

4.3 « Quoi faire avec le délinquant? » : Les implications de la capacité de changement au niveau des recommandations des experts

Nous avons parlé de la « capacité de changement » en tant que mise en forme de la « traitabilité » du délinquant. Dans cette dernière, l'expert développe son discours à travers un modèle binaire « capable de changer/incapable de changer ». Son discours sur le changement implique plusieurs notions que nous avons vues précédemment tel que les conditions individuelles au traitement (motivation, intelligence), la réponse au traitement, etc.

À la lumière de son discours sur la capacité de changement, l'expert propose des options de réponse. Ces dernières ont pour but de répondre à la question suivante : Comment gérer le délinquant ?

Évaluer les « institutions thérapeutiques » disponibles dans le milieu, que ce soit en se penchant sur leur existence⁴⁵ ou sur leur capacité⁴⁶ de répondre aux besoins du délinquant est une manière d'aborder la question de gestion du délinquant.

Nous avons relevé deux options de réponse principales chez les experts :

1) une réponse de nature réhabilitative;

⁴⁵ L'expert se prononce sur l'existence d'institutions spécialisées capables d'admettre l'individu dans le cadre d'un suivi thérapeutique.

⁴⁶ S'il existe une institution offrant un suivi thérapeutique, l'expert se prononce sur sa capacité d'offrir le suivi. Ici, l'expert peut discuter du niveau de sécurité à l'intérieur de l'institution, les programmes offerts au sein de cette institution, la durée du traitement que l'institution est capable d'offrir, etc.

2) une réponse axée sur le contrôle et la gestion du risque.

Dans les prochains paragraphes, nous aborderons chacune d'entre elles en détail.

4.3.1 La réponse réhabilitative

Lorsque le délinquant est considéré « traitable » par l'expert psychiatre, nous avons observé que ce dernier aura tendance à privilégier une réponse non-carcérale qui priorise les besoins individuels du délinquant sur les mesures de contrôle. Nous l'appellerons la réponse réhabilitative.

Pour ce faire, considérons l'exemple suivant :

Dr. Langevin is clearly concerned that the dangerous offender criteria may be expanded to individuals other than a narrow segment of proven dangerous and untreatable offenders. He's expressed concern as well about the poor access to treatment for dangerous offenders in the prison and the low release rate of dangerous offenders by the Parole board for monitoring in the community. He's expressed his reservations about treatment within a prison setting and is supportive of out of custody programs as being more efficacious (R. c. Stratton, 2010 : 27).

Dans l'extrait précédent, le juge rapporte les propos de l'expert. Ce dernier, après avoir déterminé que le délinquant est « traitable », est d'avis que les besoins individuels de traitement de ce dernier ne pourraient être comblés au sein de la prison.

L'emphase est mise sur l'incompatibilité entre les implications légales rattachées au statut de délinquant dangereux (la peine carcérale d'une durée indéterminée) et le traitement de l'individu. Pour justifier cette incompatibilité entre la possibilité de changement chez le délinquant et la prison comme milieu de traitement, l'expert fait appel à deux arguments: la difficulté de l'accès au traitement à l'intérieur de la prison et le faible taux de libération en vue d'une éventuelle surveillance dans la communauté.

Ces deux arguments proposés par l'expert viennent appuyer sa tendance à privilégier la mesure réhabilitative plutôt que la mesure carcérale. Ces arguments confirment le rôle thérapeutique du système psychiatrique et le distingue du rôle de neutralisation du système juridique.

Dans l'extrait suivant, l'expert, qui considère ici le délinquant « traitable », décrit les options offertes pour pouvoir gérer son comportement problématique. Entre autres, il anticipe les impacts de la peine carcérale sur les perspectives de réhabilitation chez le délinquant :

I am not convinced that the criteria of a Dangerous Offender Designation apply to him. He however, requires treatment in a setting that provides both individual and group therapy for sex offenders. This treatment should include treatment for Attention Deficit Disorder, substance abuse treatment, self-esteem building, social skills training and concomitant educational and vocational training. [...] A penitentiary sentence will likely see him held till warrant of expiry and community follow up may be lacking. I have concerns that if he were to receive a penitentiary sentence, he is gullible and is likely to be influenced by hardened criminal elements (R. c. Yogaratnam, 2009 : 14).

Dans cet extrait, le discours de l'expert sur les options thérapeutiques offertes est articulé autour des besoins du délinquant. À partir des besoins thérapeutiques identifiés, l'expert distingue deux types d'environnements dans lesquels le suivi thérapeutique peut être administré: « un environnement carcéral » et « un environnement de réforme ».

Étant donné que la traitabilité de l'individu est possible, intégrer l'individu dans un « environnement de réforme » est une mesure privilégiée par l'expert. Cette mesure répond aux besoins thérapeutiques de l'individu en garantissant l'efficacité et la continuité du suivi thérapeutique.

De l'autre côté, l'expert souligne sa réticence par rapport à l'imposition d'une peine carcérale. Il décrit les impacts qu'une telle peine pourrait avoir sur le comportement de l'individu. Par exemple, l'expert craint que le délinquant soit influencé par des éléments criminels endurcis.

Aux yeux de l'expert, le milieu dans lequel le délinquant purgera sa peine a des implications au niveau psychiatrique. La peine devient alors porteuse de significations thérapeutiques en lien avec le changement chez le délinquant.

Ainsi, dans sa communication sur le choix du milieu dans lequel la peine sera purgée, l'expert confirme son rôle qui est de favoriser la traitabilité du délinquant plutôt que

l'administration d'une peine. Le psychiatre indique au juge que, pour lui, le traitement passe avant la peine et la gestion du risque.

À travers la tendance à privilégier la mesure réhabilitative plutôt que la mesure carcérale, le système psychiatrique communique son rôle thérapeutique par opposition du rôle de neutralisation du système juridique. Cette communication pourrait irriter le système juridique étant donné la nature punitive inhérente à ce dernier. Ceci pourrait engendrer le rejet du discours psychiatrique par le système juridique dans la détermination de la peine. Nous nous pencherons davantage sur cet aspect dans le prochain chapitre.

4.3.2 Le contrôle et la gestion du risque

Nous avons observé les discours des psychiatres axés sur la réhabilitation et la réinsertion sociale de l'individu. Nous allons maintenant voir comment les psychiatres perçoivent généralement la gestion des délinquants non-traitables.

Lorsque le délinquant est considéré « non-traitable » par l'expert psychiatre, nous avons observé que ce dernier aura tendance à privilégier une réponse carcérale qui priorise la gestion du risque et le contrôle du délinquant sur les mesures réhabilitatives. En ce sens, les experts vont surtout recommander des mesures privatives de liberté plus contraignantes et plus longues dans lesquelles la « réhabilitation » ou la « réinsertion sociale » sont des enjeux secondaires. L'objectif principal sera ici de protéger la société contre un comportement déviant non-traitable.

Dans le prochain extrait, l'expert met l'emphase sur la nécessité de gérer le comportement problématique du délinquant dans un environnement sécuritaire :

Such other problems would include dealing with negative, depressive emotions, likely with the help of psychiatric medication, and managing anger and aggressive behaviour. Given his long history of angry, violent behaviour and his tendency to minimize or fail to recognize the extent of his problems in this area, intensive, very long-term programming in a secure setting would be required (R. c. Mattson, 2011 : 54 ; notre surlignement)

Trois notions semblent ressortir de cet extrait. Premièrement, comme l'individu est non-traitable, il est question de gestion du comportement plutôt que de traitement. Deuxièmement, la notion de «secure setting» est utilisée pour décrire le milieu adéquat de traitement. Troisièmement, il est ici question de «very long-term programming», c'est-à-dire qu'aucun changement au niveau du comportement déviant du délinquant n'est envisagé à court ou à moyen terme. L'utilisation de ces termes contraste avec l'extrait mentionné sous la section 3.1. En effet, il n'est plus question de traitement réhabilitatif axé sur la réintégration sociale du délinquant à court terme.

Ici, la sécurité prend le dessus sur le traitement réhabilitatif. L'expert distingue entre «l'environnement sécurisé» et les autres types d'environnements, tel que «reformatory setting», ou la peine purgée en communauté comme milieu de thérapie.

La notion de «sécurité» a des implications sur le système psychiatrique et juridique. Elle nous semble importante étant donné les possibilités de sens qu'elle peut invoquer, non seulement chez le système psychiatrique, mais aussi chez les systèmes observateurs tel que le système juridique.

Il est à noter que certains discours des experts sont plus nuancés que d'autres. Même si l'idée de la non-traitabilité peut transparaître, l'expert peut recommander un milieu thérapeutique dans lequel les buts de contrôle et de réhabilitation sont rencontrés :

It is clear that Mr. Saunders can be a risk to the public even, when not using drugs and alcohol. His management will require intensive pharmacological and behavioural management that conventional hospitals may find difficult to manage. In a penitentiary setting, he could theoretically be managed in the Regional facility is designed to manage individuals in the penitentiary system who have major mental illnesses. Mr. Saunders is a unique individual who is complicated and needs highly specialized treatment in a secure environment with appropriate staff. The only institution that can provide this kind of therapeutic milieu is the Oak Ridge Division, Penetanguishene (R. c. Saunders, 2009 : 22).

Cet extrait diffère de l'extrait précédent dans la mesure où l'expert opte pour un discours sur le risque plus nuancé. D'un côté, l'expert est conscient du risque que le délinquant représente pour la société. Pour l'expert, la complexité de ses problématiques

comportementales est difficilement gérable. Le contrôle semble ainsi être inévitable. L'hôpital conventionnel n'est donc pas une option puisqu'il lui sera difficile de gérer les risques présentés par le délinquant.

D'un autre côté, bien que l'expert opte pour un milieu sécurisé, les besoins thérapeutiques de l'individu sont considérés lors du choix du milieu de traitement. En effet, l'expert priorise un milieu particulier, soit le *Oak Ridge Division*, puisqu'il répond aux besoins thérapeutiques du délinquant. Bref, l'expert fait ici la balance entre le contrôle du délinquant, la gestion des risques qu'il représente et son traitement.

En somme, nous avons observé qu'un discours attestant la « traitabilité » du délinquant est souvent rattaché à une réponse réhabilitative alors qu'un discours sur la « non-traitabilité » fait plutôt appel à une réponse de contrôle et de gestion du risque. Toutefois, même si ces discours ne sont pas toujours « tranchés au couteau », nous remarquons que les discours psychiatriques sont axés sur un objectif principal, soit de favoriser le traitement.

4.4 Conclusion

Nous avons relevé comment la « traitabilité » est observée par le système psychiatrique sous la forme de « changement » chez le délinquant. À travers leurs discours, les experts distinguent ce qui peut changer de ce qui ne le peut pas. Pour ce faire, ils emploient des justificatifs ou conditions au changement incluant la motivation du délinquant, son intelligence, sa réponse aux traitements antérieurs, etc. Ces éléments sont des conditions qui favorisent (ou qui pourraient favoriser) le changement chez le délinquant.

Nous avons aussi remarqué que les experts distinguent entre le « changement » et la « guérison », la deuxième étant une forme plus exigeante et plus précise du médium « traitabilité ». Alors que le changement implique une modification au niveau du comportement déviant, la guérison, elle, implique non-seulement la suppression du comportement déviant mais aussi la suppression du désir déviant. Comme nous l'avons observé, les experts mettent surtout l'emphase sur la manifestation du comportement déviant puisque le désir (et sa guérison) est généralement inatteignable.

Enfin, une fois la « traitabilité » du délinquant déterminée, il est question de savoir quoi faire avec l'individu. Ici, les experts proposent un « plan de traitement » concret et un milieu dans lequel le délinquant devrait être intégré. Ce milieu peut être plus ou moins sécurisé et contrôlant. Dans le cadre du plan de traitement suggéré par l'expert, il est question de déterminer l'environnement dans lequel le délinquant serait intégré. Autrement dit, il est question de savoir quel « environnement de thérapie » serait capable de répondre aux besoins thérapeutiques du délinquant, si ce dernier est considéré « traitable ». Le cas échéant, l'environnement de thérapie doit répondre à des questions d'ordre sécuritaire, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir gérer et contrôler le délinquant.

Lorsqu'il est question d'un individu traitable, nous avons remarqué que le discours de l'expert est centré sur la réhabilitation et la réintégration sociale de l'individu. De l'autre côté, lorsqu'il est non-traitable ou « peu-traitable », les discours des experts se trouvent centrés sur le contrôle et la gestion du risque posé par le délinquant. Dans un cas comme dans l'autre, le discours psychiatrique émerge dans un contexte thérapeutique dans lequel le système prend comme objectif principal de favoriser le traitement.

Notre réflexion sur les représentations possibles du médium « traitabilité » chez le système psychiatrique ont des implications au niveau du système observateur, le système juridique. De ce point, deux hypothèses semblent émerger :

- 1) Lorsque l'individu est non-traitable du point de vue psychiatrique, il est fort probable que le système juridique intègre davantage l'information véhiculée par le discours psychiatrique. Lorsque la « traitabilité » n'est plus en jeu ou qu'elle est incertaine, il est aussi possible que le système juridique puisse faire intervenir plus facilement ses catégories « délinquant dangereux » et « délinquant à contrôler ».
- 2) Lorsque l'individu est « traitable » d'un point de vue psychiatrique, le système juridique devient irrité. Ceci peut amener les juges à considérer les opinions des experts dans la mesure où elles sont compatibles avec des principes juridiques, comme la protection du public.

À la lumière de ces deux hypothèses, nous tenterons de déterminer comment le système juridique reprend les communications du système psychiatrique.

CHAPITRE 5 : LA CONSTRUCTION LÉGALE DE LA « TRAITABILITÉ »

5.1 Introduction

Jusqu'ici, nous avons relevé que la « traitabilité » est mise sous la forme « capacité de changement » par le système psychiatrique. À la lumière de son évaluation de la traitabilité, nous avons conclu que l'expert peut recommander soit de mettre l'emphase sur le contrôle ou d'opter pour des mesures plus réhabilitatives, tout dépendant de la traitabilité ou la non-traitabilité du délinquant.

Dans ce chapitre, notre travail sera similaire à celui du chapitre précédent, mais ici, nos analyses seront centrées sur les représentations que fait le juge de la « capacité du changement ». Plus particulièrement, nous nous posons les deux questions suivantes :

- 1) Quelles sont les représentations juridiques de la « capacité de changement » dans les discours des juges sur la détermination de la peine ?
- 2) Quelles sont les implications institutionnelles de ces représentations au niveau du système juridique?

Ce chapitre se divisera en deux sections principales⁴⁷. Premièrement, nous discuterons des discours juridiques sur la « traitabilité » lorsque les experts recommandent la réhabilitation de l'individu. Deuxièmement, nous aborderons les discours juridiques sur la « traitabilité » lorsque les experts recommandent une approche axée sur la gestion du risque et sur le contrôle du délinquant perçu comme étant « non-traitable », « incapable de changer ».

⁴⁷ Il se peut qu'un même arrêt se retrouve dans les deux sections puisque deux expertises contradictoires sur la « traitabilité » peuvent y être mentionnées.

Enfin, nous concluons ce chapitre par une discussion sur les possibles implications institutionnelles des représentations de la « traitabilité » au niveau juridique.

5.2 Les représentations juridiques de la « traitabilité » lorsque les experts recommandent la réhabilitation de l'individu

Lorsque les experts attestent que le délinquant est bel et bien « traitable », qu'il peut changer et qu'il est possible de gérer son risque à partir d'une mesure réhabilitative (comme l'administration d'un suivi thérapeutique dans la communauté), les réactions des juges au niveau de la détermination de la peine sont partagées. Nous avons relevé deux possibilités discursives :

- 1) Résistance du juge aux opinions des experts et administration de la peine la plus sévère, soit la peine carcérale indéterminée;
- 2) Accord du juge avec la « traitabilité » du délinquant et validation du plan thérapeutique suggéré par l'expert.

Dans les prochains paragraphes, nous analyserons le rationnel juridique derrière chacune de ces positions.

5.2.1 Résistance du juge à l'opinion de l'expert

Nous avons remarqué que les juges rejettent parfois les opinions des experts lorsque ces derniers recommandent des mesures réhabilitatives et jugent le délinquant « traitable » dans la communauté.

Dans ces cas-ci, le juge aura tendance à justifier sa décision sur les possibles dangers d'un traitement en communauté. La perspective thérapeutique de l'expert est alors perçue par le juge comme étant incapable à elle seule de contrôler le danger présenté par l'individu.

Dans l'extrait suivant, le juge exprime sa réticence par rapport à l'imposition d'une peine déterminée suivi d'une période de surveillance dans la communauté :

Having said that, and given my reluctance to conclude that he is fact suffering from schizophrenia, and given the possible lack of success with Clozapine and other medications suggested, it would still pose a great risk

to see him released in two years time, a risk that is not acceptable nor manageable in my view. It is true that many conditions could be imposed as part of an LTO designation, and as Doctor Gojer testified if the conditions are not respected he is breached and finds himself back in custody but, again, the designation ends after ten years and then there is no control on him whatsoever (R. c. Saunders, 2009 : 26).

Dans cet extrait, le juge exprime son désaccord tant envers le plan thérapeutique suggéré qu'envers le diagnostic de schizophrénie prononcé. En se référant aux expériences de traitement passées du délinquant, la perspective thérapeutique s'avère non-rassurante au point de vue juridique.

Le juge met ici l'emphase sur la nécessité de pouvoir contrôler l'individu au-delà de la période prescrite par le statut de délinquant à contrôler (10 ans de surveillance en communauté). La peine suggérée par l'expert implique une date d'échéance au-delà de laquelle le système juridique perd tout contrôle sur l'individu. En rejetant le statut de délinquant à contrôler, le juge soutient que la période de contrôle juridique sur l'individu devrait dépasser 10 ans.

Le risque présenté par le délinquant étant élevé, la peine indéterminée se présente comme étant la seule mesure capable d'assurer la protection de la société pour une longue période de temps.

À la lumière de ces éléments, l'objectif pénal semble être la neutralisation de l'individu. Cette logique de neutralisation ne vient pas contredire la logique thérapeutique de l'expert. Elle vient plutôt questionner la capacité de la perspective thérapeutique de pouvoir contrôler l'individu et de prévenir la récidive.

Dans l'extrait suivant, le juge considère que le plan thérapeutique suggéré par l'expert ne protège pas assez la communauté. Encore une fois, la nécessité de protéger vient outrepasser toutes considérations d'ordre thérapeutique:

I do not see Dr. Gojer's path as a viable way to protect the community from Mr. Maxwell's high risk to re-offend. There is no present indication he has learned to manipulate his own behaviour instead of manipulating his environment while leaving himself untouched. He needs treatment to do that. Before treatment he needs motivation. Apart from the length of

sentence he is facing, I cannot see other telling changes in his situation since the last two times he was released from custody. Dr. Gojer recognizes his risk to re-offend is high. As far as treatment in the jail setting is concerned, he has only had brief treatment from his previous federal imprisonment, and should have been given more. Dr. Gojer noted that under a long-term offender designation, he would serve a finite amount of time in jail and then be released, whether or not treatment had occurred. Under a dangerous offender designation, the interest in receiving treatment would be entirely Mr. Maxwell's since he would not be released without it (R. c. Maxwell, 2009 : 44).

Le juge parle ici de la « non-viabilité » du plan de gestion proposé par l'expert pour contrôler l'individu de façon à ce que la communauté soit protégée. La seule façon de s'assurer que le risque présenté par le délinquant soit contrôlé est d'imposer une peine carcérale d'une durée indéterminée. Tant et aussi longtemps que le délinquant n'est pas réhabilité, celui-ci ne sera pas libéré.

D'un autre côté, le juge reconnaît tout de même que le délinquant a besoin de traitement pour être réhabilité. Ceci vient corroborer notre observation précédente que la neutralisation en vue de protéger la société n'est pas incompatible avec la perspective thérapeutique en ce sens qu'elle n'empêche pas l'administration de traitement.

On remarque que la nécessité de répondre aux besoins thérapeutiques individuels, une idée qui semble être valorisée par les experts, ne semble pas avoir la même signification chez les juges. Chez ces derniers, contrairement à ce qu'on a vu chez les experts, la réponse aux besoins thérapeutiques s'inscrit dans une perspective de contrôle.

Le but juridique est de protéger la société, la réhabilitation étant secondaire à celle-ci. La réhabilitation doit donc se faire dans un cadre qui neutralise les dangers potentiels du délinquant pour la société. Si le délinquant représente un risque peu élevé, il pourra alors être traité en communauté.

Lorsque l'opinion de l'expert ne vise qu'à combler les besoins de traitement du délinquant, le discours juridique tend à se replier sur des principes de neutralisation priorisant la protection de la société.

Toujours dans la même ligne de pensée, voici un extrait dans lequel le juge atteste que le plan suggéré par l'expert pour pouvoir gérer le délinquant dans la communauté est incertain:

Dealing with Dr. Bradford's conclusion that Mr. Radcliffe could be managed in the community, crown counsel composed an extensive list of "ifs" that demonstrate that any sentence other than an indeterminate sentence would be purely based on hope (R. c. Radcliffe, 2010 : 65).

Ici, pour imposer une peine moins sévère, il faut non seulement que le délinquant soit « traitable », mais il faut encore qu'on puisse s'assurer que son plan thérapeutique soit capable de le contrôler de façon à neutraliser son risque de récidive.

Ici, perçue comme étant spéculative et incertaine, la réhabilitation ne s'offre pas en tant qu'option juridique appropriée. Pour le système juridique, seule la neutralisation de l'individu par une peine indéterminée assurerait le contrôle du risque de la récidive de façon sûre. Tant que l'individu est incarcéré, il n'y aura pas de récidive.

Pour le juridique, la peine indéterminée possède donc deux rôles :

- 1) Elle assure la protection de la communauté en neutralisant l'individu perçu comme étant dangereux;
- 2) Elle neutralise aussi le risque que présente l'individu pour l'institution juridique dans son rôle de protection du public. Si le délinquant récidive, non-seulement la société se trouve-t-elle lésée, mais l'institution juridique risque aussi de perdre sa légitimation en ayant prononcé une peine moins sévère sur la base de présuppositions psychiatriques non-fondées. La mesure de la peine indéterminée vient alors combler ces deux risques d'un seul coup.

Il faut aussi mentionner que le refus de l'opinion sur la « traitabilité » ne veut pas dire que les juges ne croient pas que le délinquant soit « réhabilitable ». La perspective de neutralisation préconisée n'est pas opposée à la perspective thérapeutique suggérée par les experts. Les juges font intervenir la peine indéterminée en remettant en question la perspective thérapeutique dans sa capacité de pouvoir contrôler les risques présentés par l'individu. En ce sens, les exigences juridiques pour assurer un contrôle sur l'individu

dépassent celles en lien avec la participation à un traitement ou avec le changement au niveau du comportement.

Jusqu'à maintenant, nous avons vu que le système juridique peut percevoir l'individu, « traitable » du point de vue psychiatrique, comme étant une menace pour la communauté. Parmi les motifs ressortis, l'échéance de la peine déterminée met à risque la société d'un individu qui se trouve désormais à l'abri du contrôle juridique. S'il y a récurrence, la légitimation de l'institution juridique se trouve questionnée vu son échec de protéger la société.

5.2.2 Accord du juge avec l'opinion de l'expert sur la « traitabilité »

Dans d'autres cas, les juges valident et expriment leur accord avec les opinions des experts quand ces derniers évaluent que l'individu est « traitable ». Les juges auront donc tendance à exprimer leur accord avec les mesures thérapeutiques et réhabilitatives suggérées par les experts tout en émettant des peines aussi sévères (par exemple, en imposant le statut de délinquant à contrôler), mais moins contraignantes que la peine indéterminée.

Dans l'extrait suivant, le juge accepte les opinions des experts en ce qui a trait à la « traitabilité » de l'individu. Il atteste entre autre de la capacité du délinquant à être traité tout en purgeant une peine déterminée suivie d'une surveillance dans la communauté pour une durée de dix ans :

Dr. Bradford is a very experienced psychiatrist in this area and in choosing to support a long-term offender designation and from his evidence it is clear he feels there is a reasonable possibility of eventual control of Mr. Stratton's risk in the community at an acceptable level. Dr. Hucker's support for Mr. Stratton's treatability with sex drive reduction medication and his general support for Dr. Bradford's diagnosis has implicit in it a reasonable possibility of the eventual control of Mr. Stratton's risk in the community. I have considered the Crown's argument that it is best given the cautious nature of the psychiatrist's opinions to avoid what is submitted to be an imponderable and leave Mr. Stratton's fate to the future determination of the parole board. To accede to this argument would in my view be an abdication of my responsibility to determine whether there currently exists a reasonable possibility of the eventual control of Mr. Stratton's risk in the community at an acceptable level. As every application such as this involves an assessment of future treatment success,

monitoring capabilities and risk, leaving these difficult assessments of what might happen in the future to the parole board would result in every offender being ineligible for the long-term offender option and risk an overly broad application of the dangerous offender provisions. The evidence in this matter is compelling that Mr. Stratton is treatable in the sense that his risk can be controlled in the community over the currency of a long-term offender supervision order. The evidence also satisfies me that Mr. Stratton can be treated in the sense of developing risk aversion strategies by the end of such an order. [...] I accept the psychiatric evidence that Mr. Stratton's treatment needs and Supervision needs will be for the full ten years of a long-term offender order following any in custody treatment and accordingly I will not exercise my discretion to sentence him by way of a determinant sentence alone and find him to be a long term offender and designate him accordingly. The period of supervision will be for ten years following Mr. Stratton's release from prison (R. c. Stratton, 2010 : 49-50)

Le juge note dans cet extrait que les deux experts s'entendent sur le fait que le risque présenté par le délinquant pourrait être géré dans la communauté. L'administration de la médication est perçue par le juge et par les experts comme étant une méthode viable et efficace pour pouvoir traiter le délinquant. Cette mesure thérapeutique permettrait au délinquant d'exercer un contrôle sur ses propres pulsions sexuelles. Autrement dit, pour le juge, la « traitabilité » du délinquant signifie le fait que ce dernier puisse s'autocontrôler et s'autogérer sans qu'il y ait recours à une peine carcérale de longue durée.

La peine sert ici en tant que « réceptacle », c'est-à-dire un cadre légal à l'intérieur duquel le délinquant apprend à pouvoir s'autocontrôler. La neutralisation permettrait au système juridique de s'assurer que le délinquant arrive à se réhabiliter à la fin de la période de surveillance. D'un autre côté, la « traitabilité » au sens psychiatrique est recueillie par le système juridique non pas en tant que mesure médicale pour soigner une maladie, mais plutôt en tant que mesure de contrôle et de développement de ce qu'il appelle « *risk aversion strategies* ».

Le but ultime du système juridique demeure celui de faire en sorte que le délinquant ne commette plus de crimes une fois la supervision terminée. La peine reliée au statut de « délinquant à contrôler » est tout de même aussi sévère et aussi longue. Ceci fait en sorte que, d'un point de vue juridique, la société est protégée.

Une autre observation qui ressort de cet extrait est la suivante : le juge réclame son autorité quant à pouvoir décider du statut « à contrôler » du délinquant. Il refuse d'imposer une peine indéterminée et de remettre la décision de déclarer le délinquant « à contrôler » aux mains de la Commission des libérations conditionnelles. Le juge se présente comme étant « responsable » de devoir évaluer si on est capable de gérer le risque présenté par le délinquant dans la société. Le juge se présente comme l'acteur chargé d'évaluer la validité du programme réhabilitatif suggéré par les experts dans sa capacité de contrôler le délinquant.

Le fait d'être « traitable » peut motiver chez les juges un objectif pénal basé sur la réhabilitation. Dans l'extrait suivant, le juge stipule qu'il faut plutôt réhabiliter le délinquant que le dissuader :

Given the nature of the offence and Ms. Overton's record of offences a term of imprisonment of three years is appropriate. While a sentence should deter others, I am not satisfied that a longer sentence would in any way deter any other desperate and mentally ill person from acting in way that was influenced by her condition. Factoring deterrence into this sentence might "make a statement" or "send a message" but likely the wrong one to the wrong people. Ms. Overton herself will be deterred, not by punishment but by being properly treated and released to an environment that considers her needs. Society will be better served by providing her with services to allow her to function in the community than in paying the huge costs involved in jailing her for the rest of her life (R. c. Overton, 2010 : 13).

Le juge est ici conscient que la dissuasion du délinquant n'est pas un objectif pénal à considérer. Puisque la délinquante souffre d'un trouble mental, le juge ne voit pas comment elle pourrait comprendre le but et l'objectif derrière une peine sévère, une peine indéterminée. Il est alors inutile de vouloir la dissuader.

De l'autre côté, la peine déterminée d'une durée de trois ans suivie d'une réintégration au sein de la communauté s'avère d'emblée une option juridique. L'objectif pénal est de réhabiliter le délinquant, c'est-à-dire le traiter et de le transformer de façon à ce qu'il devienne fonctionnel au sein de la société.

En réhabilitant le délinquant, le juge ne rend pas seulement service à ce dernier, mais aussi à l'ensemble de la société. Le recours à la mesure la plus réhabilitative vient réduire les

coûts associés à l'emprisonnement indéterminé. Ici, l'imposition d'une peine indéterminée se traduirait, selon le juge, en une mauvaise gestion des ressources de la collectivité.

À travers cette communication, le système juridique en vient à justifier sa détermination de la peine à travers des facteurs économiques, en plus de remplir un mandat autre que la protection de la société par la neutralisation de l'individu.

5.3 Les représentations juridiques de la « traitabilité » lorsque les experts recommandent le contrôle de l'individu « non-traitable »

À la lumière de leur évaluation de la « traitabilité », plusieurs experts recommandent le contrôle de l'individu plutôt que sa réhabilitation sous prétexte que celui-ci serait peu porté à « changer ». Dans ces cas, nous avons remarqué une facilité chez les juges à se référer aux propos des experts pour se replier sur des logiques punitives axées sur la neutralisation du risque présenté par le délinquant. La réhabilitation n'étant plus en jeu, la neutralisation devient un objectif pénal valorisé par le juge dans sa détermination de la peine.

Dans l'extrait suivant, le juge stipule qu'il est d'accord pour imposer une peine indéterminée étant donné l'impossibilité de réhabiliter le délinquant :

I agree with crown counsel's submission that I should impose an indeterminate sentence unless I am satisfied by the evidence given at this hearing that the offender can be cured or rehabilitated within a determinate period of time. That does not seem likely as Dr. Woodside testified that Mr. Radcliffe's antisocial behaviour, his rebelling against authority and his egocentric traits will not allow for a cure or rehabilitation anytime soon.

I agree with crown counsel that in this case, the evidence of both psychiatrists is unanimous in that Mr. Radcliffe's disorders are not "curable", and are in effect, life-long conditions. There is no cure for Antisocial Personality Disorder. There is no cure for paraphilia, paedophilia or exhibitionism. The evidence is also unanimous that while these conditions may individually be managed in certain circumstances, their combined interactions with one another in Mr. Radcliffe's case make the prospects of successful treatment, in this case, even more remote (R. c. Radcliffe, 2010 : 62).

Plus loin dans le même arrêt, le juge met l'accent sur la nécessité d'exclure l'individu de la société:

I conclude with the words of M. J. Moldaver J.A., in R. v. D.V.B., [2010] O.J. No. 1577 (C.A.):

81 Unfortunately for the appellant, he comes out on the losing end of that contest. Children cannot protect themselves. They are generally vulnerable and helpless. When it comes to their safety, we must be vigilant. In the case of paedophiles for whom there is no reasonable possibility of eventual control of the risk they pose in the community, there is only one option – they must be segregated from society (R. c. Radcliffe, 2010 : 68).

On comprend de cet extrait que, dans le cas de ce délinquant, il n'est plus question de le réhabiliter. D'un point de vue juridique, le délinquant se présente comme étant incurable. L'intraitabilité de ses troubles mentaux (exhibitionnisme, personnalité antisociale) est une condition «à vie». Au sein du système juridique, ce critère de perpétuité de l'incurabilité vient déclencher une charge punitive dirigée vers le principe de la neutralisation et de l'exclusion sociale de l'individu.

Dans le prochain extrait, la protection de la société par la neutralisation de l'individu est employée comme principe pour justifier la peine d'emprisonnement :

Dr. Woodside (and Dr. Gignac before him) was very clear and definite that, despite Mr. Côté's lack of criminal record, his various deviate paraphilias are longstanding in nature. I am thus led to the view that notwithstanding Neve's reservation (para. 55) that DO status (accompanied by an indeterminate sentence) should be reserved for a very small group of offenders (currently numbering approximately 500 across Canada), Mr. Côté unfortunately falls into that classification.[...] I reiterate that, even though Mr. Côté may now be (rather belatedly) motivated to seek treatment for his various conditions, in my overall view the risk he presents at this stage is simply too great for society to take a chance (see R. v. Evans [2008] O.J. No. 3649 at para. 120; aff'd [2011] O.J. No. 1327) (R. c. Côté, 2012 : 37-38).

Étant donné que le délinquant ne possède pas de casier judiciaire, le discours juridique justifiant la nécessité de neutraliser le délinquant vient se coupler au comportement potentiellement criminalisable du délinquant noté par l'expert. La présence d'un comportement sexuellement déviant de longue date chez l'individu vient justifier la nécessité de protéger la société par la neutralisation : seule la peine indéterminée peut neutraliser le risque présenté par l'individu.

Dans l'extrait suivant, l'imprédictibilité du comportement déviant et les épisodes de violence viennent justifier chez le juge l'imposition d'une peine indéterminée dans le but de protéger la communauté :

Ms Walker requires extensive psychiatric and psychological counselling. She requires intensive treatment to assist her in coping with day-to-day life. Ms Walker unfortunately refuses any assistance. [...] This Court has a great deal of empathy for Ms Walker. Her personal circumstances are tragic. She is alone. She is angry and she is sad. At times her behaviour is childlike. She has temper tantrums that can sometimes be categorized as silly but as Dr. Gojer, Dr. Wilkie and Dr. Klassen state, Ms Walker is predictably unpredictable. Her episodes of violence are frequent and appear to be escalating. Her risk to the public therefore is high. I cannot conclude, therefore, that there is a reasonable possibility of eventual control of Ms Walker's risk in the community. I am persuaded the only sentence I can impose to adequately protect the public is an indeterminate sentence (R. c. Walker, 2012 : 34).

Ici, les experts s'entendent sur l'imprédictibilité du comportement déviant chez la délinquante. D'un point de vue juridique, cette imprédictibilité vient mettre à risque la société et vient, en même temps, rendre la peine déterminée inconcevable.

Le comportement de la délinquante et son risque élevé sont des éléments qui viennent déclencher chez le système juridique une tendance à vouloir contrôler davantage par l'entremise d'une peine indéterminée.

Dans leur évaluation de la « traitabilité », les experts vont représenter un plan thérapeutique qui s'avère difficile, long et ardu. Ce plan ne peut être efficace que si l'individu accepte l'aide offerte. Pour le juge, la « traitabilité » devient dépendante de plusieurs facteurs sur lesquels le système juridique n'a aucun contrôle. La solution est de neutraliser l'individu, l'incarcérer pour une longue période de temps. Ainsi, la communauté est protégée et le risque de récidive est contenu.

5.4 Conclusion

Du point de vue juridique, quand la perspective de traitement ne semble pas être suffisamment rassurante, l'option est de neutraliser l'individu par l'entremise d'une peine

indéterminée. Pour le juge, la priorité semble être de protéger la communauté contre le risque que représente cet individu.

Le but de la réhabilitation à travers une peine indéterminée, telle que l'avait conçue l'école positive italienne, est désormais mis en second plan par les juges. La peine indéterminée permet plutôt la neutralisation de l'individu et du même coup la neutralisation des risques qu'il peut représenter autant pour la société que pour la légitimité du système juridique.

Toutefois, certains juges sont d'accord avec la perspective de traitement suggérée par l'expert bien qu'ils privilégient quand même une peine sévère (DD ou DAC). Ces derniers considèrent que les objectifs de protection du public et de réhabilitation peuvent être rencontrés en même temps à travers une peine de longue durée. Or, que ce soit dans une perspective thérapeutique ou de neutralisation, le résultat juridique est le même : l'individu, pour son traitement et/ou pour son contrôle, s'expose à de lourdes peines qui risquent d'accentuer des problèmes comme l'institutionnalisation de l'individu. Ici, rien n'empêche un juge de jumeler les deux motifs : la peine est sévère à la fois dans le but de traiter et de contrôler l'individu.

Par défaut, les statuts délinquants à contrôler et délinquant dangereux sont des mesures axées sur la neutralisation de l'individu plutôt que sur sa réhabilitation (contrôler les pulsions perçues comme étant déviantes). Tout au long de ce chapitre, nous avons remarqué que les juges, dans leurs discours sur la « traitabilité », ont tendance à se rabattre sur ces deux mesures dans un but de neutralisation.

Pour les juges, la protection du public semble être l'objectif principal à partir duquel la peine est déterminée. Cette protection peut avoir lieu par la neutralisation du délinquant comme par sa réhabilitation. Dans un cas comme dans l'autre, l'individu est exposé à de lourdes peines.

CONCLUSION

L'objectif principal de notre recherche fut d'explorer les communications des systèmes juridique et psychiatrique autour d'un médium particulier, la traitabilité.

Notre problématique se composait de deux parties principales. La première partie est relative à la notion de « traitabilité ». Au début de notre étude, nous avons remarqué qu'il ressort des recherches sur la « traitabilité » et sur le traitement des délinquants de façon générale deux constats :

- 1) la « traitabilité » est un concept clinique,
- 2) le discours clinique autour de celle-ci est réhabilitatif, c'est-à-dire qu'il promeut la transformation individuelle et reconnaît le potentiel de changement chez tous les délinquants.

La deuxième partie de la problématique concerne l'interaction entre le droit et la science. Nous avons remarqué que les recherches sur le sujet mettent l'emphase sur l'interaction entre les individus impliqués dans le processus légal. À ce niveau individuel, la littérature identifie plusieurs problèmes communicationnels entre les juges et les psychiatres. Certains de ces problèmes ont été reliés à l'hyperspécialisation du langage psychiatrique, à l'incompréhension du jargon psychiatrique, à l'incompatibilité entre la psychiatrie et certaines notions juridiques ou à l'incompréhension de l'expert de son rôle au tribunal. Il ressort aussi de ces études que la communication entre les individus peut être « améliorée », notamment en établissant un code éthique pour les experts, en amalgamant la procédure légale accusatoire à celle qui est inquisitoire, etc.

Notre objectif était de déplacer le débat sur l'interaction entre le droit et la science à un niveau systémique plutôt qu'individuel. Ainsi, tout en reconnaissant la possibilité que des problèmes au niveau individuel puissent exister, la communication *des* systèmes –plutôt qu'*entre* les acteurs- pourrait être à l'origine de ces problèmes.

Par la suite, nous avons inscrit notre objet d'étude dans le cadre d'une problématique plus large, soit celle de l'avènement de la nouvelle pénologie. Celle-ci se caractérise par l'avènement de plusieurs changements et transformations au niveau des discours et des pratiques pénales. Nous nous sommes particulièrement intéressés aux changements relatifs aux objectifs de la peine, soit le glissement d'une logique réhabilitative centrée sur la transformation individuelle vers une logique de neutralisation axée sur la gestion du risque (Feeley et Simon, 1992). D'un autre côté, d'autres recherches (Hannah-Moffat, 2005 ; Vacheret *et al.*, 1998) affirment que, malgré l'avènement de la nouvelle pénologie, les discours et les pratiques d'ordre réhabilitatif ne sont pas complètement disparus au profit de la neutralisation. Avec la nouvelle pénologie, la réhabilitation est désormais articulée autour de nouvelles notions comme celle de « besoins » (*ibid.*). Ainsi, deux pistes de réflexion se sont avérées pertinentes à explorer :

1) Lors des procès, les discours des experts sur les mesures thérapeutiques, axés sur le traitement et l'attribution des soins à des individus perçus comme étant malades, pourrait générer au sein du système juridique une tendance à criminaliser davantage, à exclure et à neutraliser les individus « à risque » ;

2) Les discours cliniques thérapeutiques seraient repris par le juridique à des fins thérapeutiques plutôt que punitives. La mesure légale aurait des fins thérapeutiques dans la mesure où elle impose au délinquant une peine carcérale dans le but de le transformer, de le traiter et de le réhabiliter.

Nos analyses ont démontré que les formes et les significations accordées au médium « traitabilité » par les deux systèmes sont différentes. Pour le système psychiatrique, nous remarquons que ces significations tournent principalement autour de deux thèmes principaux : la réhabilitation et la gestion du risque. Qu'il soit « traitable » ou « non-traitable », un plan de traitement est recommandé par l'expert. Dans un cas comme dans l'autre, le discours de l'expert demeure focalisé sur le traitement de l'individu.

Pour évaluer la traitabilité du délinquant, l'expert psychiatre se base sur des éléments en lien avec la motivation de l'individu, sa préférence sexuelle, etc. Il regarde aussi des

éléments externes à l'individu, à savoir si des institutions offrent certains types de programmes.

Pour le système juridique, la signification accordée à la « traitabilité » est de nature juridique. Elle est principalement articulée autour de l'objectif voulu de la peine, à savoir comment punir, quel serait l'objectif de la peine, quel est l'effet recherché par la peine, etc.

Les éléments pris en compte par l'expert ainsi que sa conclusion sur la « traitabilité » du délinquant sont récupérés et reformulés par le juge en langage juridique dans le but de déterminer une peine. La logique prédominante chez les juges est que la protection de la société passe en avant plan. Favoriser la transformation individuelle ou la réinsertion sociale du délinquant ne semblent pas être des buts priorisés par les juges pour décider de la peine. Pour ces derniers, il faut que le risque présenté par le délinquant soit neutralisé, surtout quand l'expert se fait peu rassurant quant à la traitabilité du délinquant. Même quand le délinquant est « traitable » d'un point de vue psychiatrique, sur l'écran du juridique, il est toujours question de neutralisation : la mesure légale impose une surveillance prolongée ayant pour but de neutraliser le risque tout en gardant le délinquant en communauté. Celle-ci doit demeurer protégée en tout temps. Le cas échéant, le délinquant se retrouverait incarcéré.

En ce sens, les discours psychiatriques sur la « traitabilité » déclenchent chez le système juridique une tendance à criminaliser, à neutraliser et à exclure davantage l'individu. Alors que le discours psychiatrique sur la « traitabilité » nous paraît comme étant en faveur de la transformation de l'individu, le discours juridique, lui, est plutôt axé sur la neutralisation.

Les deux discours sont compatibles non pas dans le sens où le psychiatre comble un manque de savoir chez le juge, mais plutôt dans la mesure où l'investissement psychiatrique du médium « traitabilité » favorise chez le système juridique le déploiement d'un discours de neutralisation. Il ressort de ce discours juridique que l'objectif de réhabilitation cède sa place au profit de la protection de la société.

Une telle dynamique a des implications au niveau institutionnel au sein des deux systèmes. D'un point de vue psychiatrique, le discours réhabilitatif vient confirmer le rôle

thérapeutique chez le psychiatre. Le rôle de l'institution thérapeutique est plutôt de favoriser l'inclusion de l'individu en fonction de ses besoins thérapeutiques. L'objectif demeure de traiter, de transformer etc. Le cas échéant, dans le cas des délinquants non-traitables, l'expert favorise l'essai thérapeutique tout en contrôlant le risque de récidive. Bref, le rôle de l'institution psychiatrique est celui de traitement et de transformation plutôt que de contrôle, d'exclusion et de neutralisation.

D'un point de vue juridique, seule la neutralisation semble être la mesure la plus rassurante pour garantir la protection de la société. La transformation individuelle peut elle aussi être visée par la neutralisation étant donné qu'il revient au délinquant de se réhabiliter lui-même, il est le gérant de son propre traitement. Ici, rien ne favorise une intégration des visées thérapeutiques communiquées par les experts dans leur évaluation de la traitabilité.

Une deuxième implication au niveau juridique s'inscrit dans l'objectif de l'emprisonnement prolongé. Le but de l'emprisonnement prolongé de l'individu, traditionnellement associé à la réhabilitation, est désormais dénaturé. Il n'est plus question d'exclure l'individu dans le but de le réformer afin qu'il puisse ultimement réintégrer la communauté. Autrement dit, il n'est plus question « d'exclure pour mieux inclure » (Dubé, 2008 : 85), mais simplement d'exclure. La neutralisation vient prendre le dessus sur la réhabilitation et la peine indéterminée, telle qu'elle fut conçue par l'école positive italienne, perd son objectif réhabilitatif au profit d'un objectif incapacitatif.

Il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, les juges acceptent l'expertise psychiatrique et en acceptent le plan de traitement proposé. Dans cette perspective, les visés thérapeutiques énoncés dans les discours des psychiatres n'empêchent pas le fait que la peine est aussi sévère, aussi longue et aussi incapacitative. Par exemple, le contrôle juridique imposé aux individus déclarés « délinquants à contrôler » est aussi long et sévère, au point qu'il est difficile de savoir si le but d'un tel statut est vraiment de favoriser la réhabilitation de l'individu ou plutôt la neutralisation des risques qu'il présente pour la société.

Bref, contrairement à la perspective « optimiste » de Hannah-Moffat (2005), il s'avère que dans le cas des délinquants dangereux, c'est plutôt la nouvelle pénologie de Feeley et Simon (1992) qui s'applique : l'évaluation de la traitabilité servirait à déterminer la

durée appropriée de la sentence à imposer et ce, dans un but de neutralisation plutôt que de réhabilitation ou de transformation de l'individu.

Il ressort de notre recherche que l'existence de problèmes communicationnels entre les acteurs n'empêche pas la communication des systèmes. Toutefois, au lieu de communiquer entre eux, les systèmes communiquent chacun de façon autonome. Il s'agit de communication pour les propres exigences d'auto-reproduction des systèmes autonomes, c'est-à-dire que chacun communique son discours de façon à justifier sa propre fonction. D'un côté, le discours psychiatrique sur la « traitabilité » est centralisé sur l'aspect thérapeutique du délinquant. De l'autre côté, le discours juridique sur la « traitabilité » est axé sur les théories de la peine et la neutralisation en particulier. Cette communication des systèmes peut à son tour accentuer les problèmes de communication au niveau individuel identifiés dans le premier chapitre de cette recherche.

Bref, les problèmes de communication identifiés dans la littérature ne sont qu'un aspect du problème communicationnel. D'autres problèmes, liés aux structures internes d'interprétation juridique des communications psychiatriques sur la « traitabilité » peuvent venir accentuer les discordances et les lacunes au niveau communicationnel entre les juges et les experts.

Plusieurs problèmes ont été rencontrés lors de notre recherche. Une première limite est celle qui concerne l'observation des rapports entre le droit et la science. Les observations des formes et des sens que se font les systèmes en se référant au médium « traitabilité » demeurent les nôtres et découlent de nos propres observations empiriques. Il est alors difficile d'affirmer en toute certitude que ce sont les observations des systèmes.

Une deuxième limite est que notre étude s'inscrit dans une période temporelle précise, soit de 2008 à 2012. Cette limite temporelle fait en sorte que notre recherche n'explore pas la dynamique communicationnelle droit/science avant l'avènement de la nouvelle pénologie.

Une troisième limite est que, au niveau empirique, rien ne porte à croire qu'il existe des problèmes de communication entre juges et psychiatres. De tels problèmes peuvent tout

de même exister sans nécessairement transparaître dans les jugements. Par exemple, on peut présupposer que les juges peuvent éprouver une incapacité à comprendre certaines notions psychiatriques sans faire part de cette incompréhension dans leurs jugements écrits.

Ces limites pourraient être adressées dans le cadre d'une étude qui couvrirait une période temporelle plus longue (avant 1980 et après 1980). Combiner l'analyse jurisprudentielle à des entretiens auprès des juges et des experts ainsi que les observations est une approche qui pourrait permettre de mieux distinguer les deux niveaux de communication, soit le niveau individuel et le niveau systémique.

BIBLIOGRAPHIE

Jurisprudence utilisée pour les fins de l'analyse empirique:

- R. c. Côté*, [2012] O.J. No 5350 (QL).
R. c. Crane, [2008] A.J. No 41 (QL).
R. c. Maxwell, [2009] O.J. No 332 (QL).
R. c. Overton, [2010] N.S.J. No 51 (QL).
R. c. Parent, [2009] A.J. No 1150 (QL).
R. c. Saunders, [2009] O.J. No 27 (QL).
R. c. Severight, [2010] A.J. No 11 (QL).
R. c. Stratton, [2010] O.J. No 535 (QL).
R. c. Teskey, [2010] A.J. No 1033 (QL).
R. c. Thorpe, [2011] O.J. No 4249 (QL).
R. c. Topping, [2011] Q.J. No 788 (QL).
R. c. Walker, [2012] O.J. No 1567 (QL).
R. c. Warawa, [2010] A.J. No 1227 (QL).
R. c. Yogaratnam, [2009] O.J. No 1220 (QL).

Jurisprudence utilisée dans la revue de la littérature:

- R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 672.
Kelliher (Village of) c. Smith, [1931] R.C.S. 672
R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9

Articles de lois:

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c.2 (1^{er} supp.), art. 271, 272, 273, 657.3, 672.11, 752.1, 753 a) et b) et 753.01.

Études:

- Arnoldi, J. (2001). Niklas Luhmann: An introduction. *Theory, Culture and Society*, 18(1), 1-13.
- Association canadienne de justice pénale. (2007). *Position paper: Dangerous offender and Recognizance to keep the peace*. Publié sur le site web de l'association canadienne de justice pénale : <https://www.ccja-acjp.ca/en/c27en.html> (consulté le 20 juillet 2014).
- Bailey, D.K. (1994). *Sociology and the new systems theory. Towards a theoretical synthesis*. New York: State university of New York Press.
- Bernheim, E. (2008). Le psychiatre devant le juge: entre pragmatisme et captivité, une communciation aléatoire. *Canadian Journal of Law and Society*. 23(1-2), 39-61.
- Blagden, N.; Winder, B.; Gregson, M.; Thorne, K. (2011). Working with denial convicted sexual offenders: A qualitative analysis of treatment professionals' views and experiences and their implications for practice. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 57(3), 332-356.
- Bohmer, C. (1973). Judicial use of psychiatric reports in the sentencing of sex offenders. *Psychiatry and Law*, 223-240.
- CAVEAT Canadians against violence, (11 février 1997). Submission to the standing committee on justice and legal affairs on the subject of bill C-55: An Act to amend the Criminal Code (High-Risk Offenders). Publié sur le site web du CAVEAT: http://www.caveat.org/caveat%20import/publications_archives/submission_s/1997-02-11_C55.html (consulté le 06 décembre 2014).
- Chakhssi, F.; Ruitter, C.; Bernstein, D. (2010). Change during forensic treatment in psychopathic versus nonpsychopathic offenders. *The journal of forensic psychiatry and psychology*, 21(5), 660-682.
- Chantraine, G. (2006). La prison post-disciplinaire. *Déviance et société*, 30(3), 273-288.
- Commons, M.L.; Miller, P.M.; Li, E.Y.; Gutheil, T.G. (2012). Forensic experts' perception of expert bias. *International journal of law and psychiatry*. 35, 362-371
- Cunliffe, E. (n.d.). *Legal Reliability*. Faculty of Law, University of British-Columbia. Texte non-publié.

- David, M. (2006). *L'expertise psychiatrique pénale*. France: L'Harmattan.
- Deflem, M. (2008). *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*. New York: Cambridge University Press.
- Dubé, R. (2010). Observing evolution and understanding the path to cognitive innovation in the field of criminal law. Dans V. Strimelle et F. Vanhamme (Eds.), *Rights and voices/Droits et voix* (pp. 41-79). Ottawa, ON, Canada: Les Presses de l'université d'Ottawa.
- Emond, G. (2011). Actual innocents? Legal limitations and their implications for forensic science and medicine, *43*(2-3), 177-212.
- Feeley, M.M.; Simon, J. (1992). The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology*, *30*(4), 449-474.
- Foucault, M. (1994). Dits et écrits I, 1954-1975, Table ronde sur l'expertise psychiatrique, n.142, Quarto Gallimard.
- 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. Université du Québec à Montréal, 96-106.
- Gershon, I. (2005). Seeing like a system. *Anthropological Theory* *5*(2), 99-116.
- Goudge, S.T. (2008). Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario. Volume 3: Policy and Recommendation. The Role of the Court. 470-514.
- Greenberg, S.A.; Shuman, D.W. (1997). Irreconcilable Conflict Between Therapeutic and Forensic Roles. *Professional Psychology: Research and Practice*. *28*(1), 50-57.
- Grondahl, P.; Gronnerod, C.; Sexton, J. (2012). The Magic or Myth of Expertise: A comparison of Judgment Processes between Forensic Experts and Lay Persons Based on Psychiatric Case Vignettes. *Psychiatry, Psychology and Law*. *19*(5), 662-671.
- Grondahl, P.; Stridbeck, U.; Gronnerod, C. (2013). The truth and nothing but the truth: court-appointed forensic experts' experience with testifying and their perceptions of legal actors in criminal courts. *The Journal of Forensic Psychiatry and Psychology*, *24*(2), 192-204.
- Hannah-Moffat, K. (2005). Criminogenic needs and the transformative risk subject: Hybridizations of risk/need in penalty. *Punishment and Society*, *7*(1), 29-51.

- Hanson, K.; Cox, B.; Woszczyzna, C. (1991). Assessing outcome for sexual offenders, *Annals of sex reseach*, 4, 177-208.
- Hanson, K; Bussière, M. T. (1998). Predicting Relapse : A Meta-Analysis of Sexual Offender Recidivism Studies. *Journal of consulting and clinical psychology*, 66(2), 348-362.
- Heilburn, K.; Bennett, W.S.; Evans, J.H.; Offutt, A.R.; Reiff, H.J.; White, A.J. (1988). Assessing Treatability in Mentally Disordered Offenders: A Conceptual and Methodological Note. *Behavioral Sciences and the Law*. 6(4), 479-486.
- Inglis, D.; Thorpe, C. (2012). *An invitation to social theory*. Malden, MA: Polity Press.
- Jonhill, J. J. (2003). Communications with decisions as a medium and form –some notes on Niklas Luhmann’s theory of organization. In T. Hernes et T. Bakken (Eds.), *Autopoietic organization theory: Drawing on Niklas Luhmann’s social systems perspective* (pp. 23-31). Herndon, VA: Copenhagen Business School Press.
- King, M.; Thornhill, C. (2003). *Niklas Luhmann’s theory of politics and law*. New York, NY: Palgrave Macmillan.
- Leslie, O.; Young, S.; Valentine, T.; Gudjonsson, G. (2007). Criminal barristers’ opinions and perceptions of mental health expert witnesses. *The journal of Forensic Psychiatry and Psychology*, 18(3), 394-410.
- Luhmann, N. (1994). *Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system*. In M. D. A. Freeman (Ed), *Introduction to jurisprudence*, 6^{ème} éd., Toronto, ON: Carswell.
- Luhmann, N. (1995). *Social systems*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2002). *Theories of distinctions: Redescribing the descriptions of Modernity*, 1^{ère} éd., Californie: Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a social system*. New York: Oxford University Press.
- Luhmann, N. (2010). *Le pouvoir*. Traduction française par Stéphane Bouchard. Québec : Les presses de l’université Laval.
- Luhmann, N. (2012). *Theory of Society*. Californie: Stanford University Press.
- Malsh, M.; Freckelton, I. (2005). Expert Bias and Partisanship A comparison Between Australia and the Netherlands. *Psychology, Public Policy and Law*, 11(1), 42-61.

- Moeller, H-G. (2006). *Luhmann explained: From souls to systems*. Chicago, IL: Open Court.
- Otto, R. (1989). Bias and expert testimony of mental health professionals in adversarial proceedings: A preliminary investigation. *Behavioural Sciences and the Law*, 7(2), 267–273.
- Perlin, M.L.; Birgden, A.; Gledhill, K. (2009). ‘The Witness Who Saw, /He Left Little Doubt’: A comparative Consideration of Expert Testimony in Mental Disability Law Cases in Common and Civil Law Systems. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 6, 59-88.
- Petrunik, M.G. (1994). *Models of dangerousness: A cross jurisdictional review of dangerousness legislation and practice*. Ottawa: Solicitor General Canada, Ministry Secretariat.
- Pires, A. P. (2004). «La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux?», In *Sociologie pénale : système et expérience*. Pour Claude Faugeron, sous la dir. de D. Kaminski et M. Kokoreff. Éditions Érès, 173-198.
- Pires, A. P. (2009). *Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel*. In *Transferts : explorations d’un champ conceptuel*, sous la dir. de N. Goyer, P. Gin P, et W. Moser. Ottawa : Presses de l’Université d’Ottawa.
- PL C-55, *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, 2^e sess, 35^e lég, 45 Elizabeth II, 1996-1997 (entrée en vigueur le 1^{er} août 1997).
- Prentky, R.A.; Janus, E.; Barbaree, H.; Schwartz, B.K.; Kafka, M.P. (2006). Sexually violent predators in the courtroom: Science on Trial. *Psychology, Public Policy and Law*. 12(4), 357-393.
- Quirion, B. (2006). Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l’ère de la nouvelle pénologie. *Criminologie*, 39(2), 137-164.
- Roberts (2012). Renegotiating forensic cultures: Between Law, science and criminal justice. *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 44, 47- 59.
- Rogers, R.; Webster, C., D. (1989). Assessing Treatability in Mentally Disordered Offenders. *Law and Human Behavior*, 13(1), 19-29.

- Salekin, R. T.; Worley, C.; Grimes, R. D. (2010). Treatment of psychopathy: A review and brief introduction to the mental model approach for psychopathy. *Behavioral sciences and the law*, 28, 235-266.
- Salvaggio, S.A.; Barbesino, P. (1996). La sociologie de Niklas Luhmann. *Journal Recherches Sociologiques*, 27(2), 42-86.
- Schopp, R. F.; Scalora, M. J.; Pearce, M. (1999). Expert testimony and professional judgment: Psychological expertise and commitment as a sexual predator after *Hendricks*. *Psychology, Public Policy, and Law*, 5, 120–174.
- Schuller, R.A. ; Ryan, A. ;Krauss, D. ; Gwen, J. (2013). Mock juror sensitivity to forensic evidence in drug facilitated sexual assault. *International journal of Law and Psychiatry*, 36, 121-128
- Sécurité publique Canada. (2013). *Aperçu statistique: le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Ministère de la sécurité publique. Publié sur le site web de Sécurité publique Canada :
<http://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/crrctns-cndtnl-rls-2013/crrctns-cndtnl-rls-2013-fra.pdf>
- Thom, K.; Finlayson, M. (2013). ‘They’re Not Really doing ‘Normal’ Psychiatry’: The Socio-Legal Shaping of Psychiatric Expertise in Insanity Trials. *Psychiatry, Psychology and Law*, 20(1), 46-59.
- Vacheret, M; Dozois, J.; Lemire, G. (1998). Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque. *Déviance et société*, 22(1), 37-50.
- Woessner, G. (2010). Classifying sexual offenders: An empirical model for generating type-specific approaches to intervention. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 54(3), 327-345.
- Yates, P. M. (2009). Is sexual offender denial related to sex offence risk and recidivism? A review and treatment implications, *Psychology, crime and law*, 15(2-3), 183-199.
- Yee, K.K. (2008). Dueling experts and imperfect verification. *International Review of Law and Economics*, 28, 246-255.