

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

CAPACITÉ D'ÉVOLUTION DU SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE : LES
PROGRAMMES SOCIAUX DE LA COUR MUNICIPALE DE MONTRÉAL
COMME POSSIBILITÉ D'AUTORÉFORME INNOVANTE

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DE LA MAÎTRISE EN DROIT ET SOCIÉTÉ

PAR

SABRINA LABRECQUE PEGORARO

FÉVRIER 2021

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.10-2015). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

J'aimerais tout d'abord remercier chaleureusement Dominique Bernier qui a su me guider tout au long de ce processus de recherche. Elle m'a permis d'enrichir mes réflexions en ayant toujours les bons mots. Je tiens à saluer son dévouement comme directrice de maîtrise. Je souligne également son humilité et son empathie, des qualités qui en font un merveilleux modèle. Mes remerciements les plus sincères à Sophie de Saussure pour ses précieux conseils et plus largement aux membres de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale pour leur générosité. À mes amiEs et ma famille qui ont manifesté un intérêt pour ma recherche et qui, par leur soutien et leur patience, ont rendu possible cette aventure. Un mot particulier à Émilie B., Laurence et Christine qui ont cru en moi et qui ont toujours su avec attention et bienveillance me donner de bons mots d'encouragements. Merci tout particulièrement à Rémi pour son amour, son écoute et son indéfectible support. Une pensée émue à Noam, mon rayon de soleil. Un petit mot à Émilie Dubois pour son aide, en toute fin de processus. Un gros merci, finalement, à mes collègues et professeurs du département de science juridique de l'UQAM pour les passionnantes conversations sur le droit et la vie.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES TABLEAUX.....	vi
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	vii
RÉSUMÉ	viii
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
LES PROGRAMMES SOCIAUX COMME ÉTUDE DE CAS.....	10
1.1 Présentation des programmes sociaux de la CMM.....	10
1.1.1 La Cour municipale de Montréal.....	12
1.1.2 Une popularité grandissante	16
1.2 Fonctionnement général des programmes sociaux de la CMM.....	18
1.3 Programmes de la CMM qualifiés de programmes de déjudiciarisation.....	21
1.3.1 Déjudiciarisation	21
1.3.2 PAJIC	23
1.3.3 PAJ-SM	24
1.4 Remarques finales.....	26
CHAPITRE II	
LE CADRE THÉORIQUE	29
2.1 La théorie des systèmes de Luhmann	31
2.1.1 Fermeture opérationnelle et ouverture cognitive.....	33
2.1.2 Objectifs des théories de la peine dominantes et du « sentencing ».....	36
2.2 La RPM.....	42
2.3 Limites cognitives et structures historiques et politiques du système.....	45
2.4 Le rôle et la place du contrevenant à l'intérieur du système.....	49
2.5 Les perspectives de recherche qui observent le rapport entre réformes et évolution du droit pénal moderne	52

2.6	Innovation et RPM.....	55
2.7	Le problème de l'évolution du droit pénal moderne: évaluation de la contribution des réformes	60
2.8	Hypothèse du rapport paradoxal entre évolution et réforme du droit pénal moderne	63
2.8.1	Remarques finales	66
2.9	Question spécifique de recherche: situer les programmes sociaux dans la perspective de l'innovation du droit pénal moderne.....	67
CHAPITRE III		
ÉLABORATION D'UNE ÉTUDE DE CAS		
3.1	Considérations générales	69
3.1.1	Les communications extérieures comme stimuli	71
3.1.2	Les communications : une rationalité indépendante des croyances subjectives	75
3.1.3	L'observation du discours.....	76
3.1.4	Le décentrement du sujet.....	77
3.2	Une recherche qualitative	80
3.2.1	Une recherche documentaire	80
3.2.2	Justification des critères de sélection	81
3.2.3	Sélection des données issues de notre recherche documentaire.....	83
3.3	Analyse des données.....	84
3.4	Remarques finales.....	87
CHAPITRE IV		
LES PROGRAMMES SOCIAUX FACE À LA RATIONALITÉ DU SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE		
4.1	Origine et fonctionnement	90
4.2	Programmes ou tribunaux ?	92
4.3	Émancipation et gouvernance.....	97
4.4	Contrôle et surveillance	99
4.5	Objectifs thérapeutiques	102
4.6	Impact de la judiciarisation.....	104
4.7	La loi comme limite.....	106

4.8	Bonification à l'innovation pénale.....	108
4.9	Obstacles reliés à la vision identitaire.....	110
4.10	L'impact des mesures alternatives sur les normes de sanction.....	114
4.11	Les programmes sociaux et de déjudiciarisation comme vecteurs positifs de changement pour penser les modes d'intervention du système de justice pénal	116
4.12	Synchronisation entre idées innovatrices et pratiques : limites et perspective de réformes génératives.....	118
4.13	Remarques finales.....	120
	CONCLUSION	122
	ANNEXE A	130
	ANNEXE B.....	131
	BIBLIOGRAPHIE	147

LISTE DES TABLEAUX

Tableau		Page
1	Grille thématique pour fin d'analyse sur la base théorique des éléments sélectionnés.....	86
2	Critères de sélection.....	127

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

SJP Système de justice pénale

RPM Rationalité pénale moderne

RÉSUMÉ

Le paradoxe entre l'apparente incapacité du droit pénal moderne à opérer des réformes sur le plan des idées, tel qu'exposé par la théorie de la rationalité pénale moderne, et le point de vue du système concernant les programmes sociaux a été le point d'ancrage sélectionné pour réfléchir à la capacité d'apprentissage et d'innovation du système de justice pénale. Envisager le renouvellement des idées entourant la pratique du droit pénal par l'observation de ce que le système conserve des échanges qu'il opère avec son environnement nous permet de nous attarder aux embarras que posent la rationalité et la structure normative du droit pénal au sens où l'entend cette théorie. Nous voyons là l'occasion d'observer la capacité d'apprentissage et d'innovation du système de justice pénale en utilisant les programmes sociaux de la Cour municipale de Montréal comme cas d'étude.

D'un point de vue méthodologique, ce mémoire s'appuie sur une recherche documentaire. La documentation retenue est celle issue du système de justice et celle issue de l'environnement du système de justice concernant largement les programmes d'adaptabilités et tribunaux spécialisés, et plus spécifiquement, les programmes sociaux de la Cour municipale de Montréal. Pour la sélection de nos données, nous avons construit une grille thématique en nous inspirant de l'épistémologie de la théorie de la rationalité pénale moderne. La recherche s'est donc inscrite dans cet espace théorique.

La recherche d'innovation censée dépasser le clivage entre réformisme naïf et radicalisme paralysant ne se situe ni complètement à l'extérieur du système ni complètement à l'intérieur¹. Les programmes sociaux de la Cour municipale de Montréal nous permettent de prendre conscience que le système de justice pénale est une entité « vivante » dotée de cognitions et de préférences qui sculptent son identité et déterminent ses actions.

¹ Voir notamment Philippe Mary, « La critique de la critique : Un fondement problématique de l'innovation pénale », *Champ pénal/Penal field*, Séminaire Innovations Pénales 2008, 30 September 2007, en ligne : <<http://journals.openedition.org/champpenal/2691>> [<https://doi.org/10.4000/champpenal.2691>].

INTRODUCTION

Avons-nous quelque espoir de nous libérer si toutes les solutions que nous imaginons ne mènent jamais qu'« à plus de la même chose »²?

Ce mémoire s'appuie sur ce paradoxe illustré par Pires et Acosta à partir de cette citation de Watzlawick. Nous souhaitons explorer le rapport ambigu entre la mise en place de programmes de justice alternative comme innovation au sein du système de justice pénale et l'apparente incapacité de ce système à se réformer sur le plan des idées, tel qu'exposé par la théorie de la rationalité pénale moderne. Théorie rattachée à Alvaro Pires, la rationalité pénale moderne désigne un système de pensée caractérisé par « la tendance à figurer le droit [pénal] comme un système de régulation à ce point auto-suffisant, différencié et fermé sur lui-même qu'il serait par principe opposé aux autres systèmes sociaux »³, et donc, à toute idée extérieure à lui-même.

Si nous abordons, dès à présent, certaines notions théoriques complexes, c'est qu'elles sont le fondement et la raison d'être de ce mémoire. Nous expliquerons,

² Paul Watzlawick, *L'invention de la réalité*, Paris, Seuil, 1988 cité dans Alvaro Pires et Fernando Acosta, « Les mouches et la bouteille à mouche : Utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale » (1994) 16(2) Carrefour Revue de réflexion interdisciplinaire 8. Watzlawick est un des membres fondateur de l'École de Palo Alto, ses contributions à la théorie des systèmes sont nombreuses, elles ont été largement publiées et ont exercé une énorme influence. Il est connu notamment pour ses apports à la théorie de la communication, ainsi que pour ses contributions à la théorie constructiviste.

³ Alvaro Pires, « Introduction » dans Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine tome 2 - La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Montréal, Les Presses de l'université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, à la p 8.

évidemment, ces différentes notions au fur et à mesure et plus en détail dans le chapitre sur notre cadre théorique. Nous ne pouvions pas aborder le point de départ de nos questionnements en faisant fi du cadre théorique dont découlent toutes nos réflexions.

Le point d’ancrage de ce mémoire émane donc de l’observation des transformations opérées dans le système de justice pénale lors de la mise en œuvre de programmes sociaux versus le postulat de la rationalité pénale moderne, à savoir l’hermétisme du système de justice pénale par rapport à son environnement et son apparente stabilité sur le plan des pratiques et des idées. Plus spécifiquement, ce mémoire vise à réfléchir à la question suivante: Est-ce que les programmes sociaux constituent une innovation qui rompt avec l’immobilisme du système pénal tel qu’exposé par les théoriciens de la rationalité pénale moderne (RPM pour la suite)?

Les réflexions sur les possibilités de concevoir des voies complémentaires innovantes en droit pénal sont extrêmement stimulantes. Les programmes alternatifs à la judiciarisation, qui se développent présentement au sein des tribunaux, se présentent peut-être comme une avenue de réforme innovante. À travers de ces programmes sociaux, les tribunaux se sont dotés de nouvelles structures visant à réformer leurs propres pratiques. Nous considérons donc ces programmes comme une possible source d’auto-réforme⁴ innovante. Ainsi, nous explorons la possibilité que ces

⁴ L’idée de l’autoréforme nous vient de la plus récente contribution d’Alvaro Pires sur la notion de « seuil du désastre » dans le contexte de la détermination de la peine – Alvaro Pires, allocution intitulée *Les « peines aveugles » et le dispositif du « seuil du désastre » : Pouvons-nous penser à une autoréforme innovatrice du droit criminel*, Cycle annuel de conférences sur la recherche en droit, Section de droit civil de l’Université d’Ottawa, présentée à Ottawa, 12 mars 2019, inspiré notamment de la plus récente publication de Teubner : Gunther Teubner, *Fragments constitutionnels Le constitutionnalisme sociétal à l’ère de la globalisation*, Garnier, Paris, 2016. Nous discuterons de cette idée au Chapitre 4.

programmes aient introduit des outils dont disposent désormais les acteurs du système de justice, qui leur permettent de faire autrement en matière de droit pénal.

Notre démarche vise donc à mieux comprendre les modes d'apprentissage et d'évolution⁵ du système de justice pénale à travers la mise en œuvre des programmes sociaux comme cas d'étude. Ceux-ci étant le fruit d'une concertation entre les tribunaux et une pluralité d'acteurs, nous accordons une place centrale aux contributions théoriques nous permettant de faire état de la manière dont le système de justice pénale interagit avec son environnement et réagit à celui-ci pour évoluer et se transformer. Nous utilisons « système de justice pénale » plutôt que « système de droit criminel » pour inclure dans nos réflexions les infractions pénales. Par ailleurs, le droit criminel est une branche du droit pénal; nous poursuivrons donc en utilisant « système de justice pénale » (SJP pour la suite) qui est plus inclusif.

⁵ Richard Dubé, *Système de pensée et réforme du droit criminel: Les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2008, à la p 2 : [La capacité d'apprentissage d'un système social renvoi] « à la capacité du système d'accroître sa propre complexité interne, d'élargir les espaces de possibilités prédéterminés par ses structures de manière à pouvoir appréhender les problèmes et les pressions sociales comme des «sources d'apprentissage» et des « opportunités d'auto-correction» (Nonet, P. et P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward a Responsive Law*, New York, Octagon Books, 1978, à la p 77). La capacité d'évolution renvoie quant à elle à l'idée d'une évolution identitaire;l'émergence d'un autre système de pensée, un qui soit susceptible de promouvoir un changement de paradigme significatif [...], peut être théoriquement conçue comme une condition fondamentale à la décrystallisation des normes de sanction, à la valorisation des sanctions alternatives, voire à l'évolution identitaire ».

Objectifs de recherche

En partant du verbe « condamner », nous pouvons nous représenter toute l'activité de l'administration du droit pénal orientée par cette possibilité conférée au système de justice⁶. Si « juger » ou « punir » se rapportent eux aussi au droit, ils ne lui sont pas aussi exclusif que « condamner » qui renvoi plus précisément à l'ensemble des activités pénales. Bien que « condamner » puisse aussi renvoyer à d'autres domaines que celui du droit, dans la rationalité juridique moderne, le terme façonne l'activité pénale. Ainsi, le droit pénal « n'est pas un système de régulation sociale parmi d'autres, mais le système indéfectiblement sollicité pour répondre à l'infraction commise »⁷. L'objet du droit pénal est donc celui de « condamner ». Nous pouvons nous en convaincre notamment à la lecture *Des délits et des peines*⁸ de Beccaria qui n'a rien à voir avec ces ouvrages surannés dont l'écho s'est depuis longtemps perdu. Le texte de 1764 fait encore sens dans l'étude du droit pénal contemporain. La pérennité des activités du SJP s'explique donc notamment par la pérennité de son objet.

Les nombreuses réformes⁹ qui avaient pour objectif une transformation en profondeur du SJP ne furent pas en mesure de surpasser cette rationalité dominante du système

⁶ Dan Kaminski, *Condamner Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Éditions Érès, 2015.

⁷ Alvaro Pires, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) 33 :1 Sociologie et sociétés 179, à la p 187.

⁸ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Gallimard, Collection bibliothèque de philosophie, 2015.

⁹ Le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (le rapport Ouimet) (1969) : Ce qui ressort du rapport Ouimet, c'est surtout le désir d'améliorer la prison et de trouver ainsi des moyens pour qu'elle serve à la rééducation des détenus; on parle alors de méthodes de réhabilitation. De plus, le comité avait recommandé « qu'une loi fédérale sur l'avancement de la probation soit élaborée ... » / Les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada (CRD) (1971 à 1989) : « Elle écrira, entre autres, à propos de la prison, qu'elle constitue une peine fort coûteuse que l'on ne doit utiliser qu'en dernier ressort, donc avec beaucoup de modération; que c'est

de justice, à savoir que le crime additionné à la responsabilité rend inévitable la peine¹⁰. « Condamner », c'est infliger une peine qui, par définition, est punitive¹¹. Le système de justice pénale a donc pour objet de condamner via l'imposition d'une peine qui soit afflictive. C'est sur ce fil d'Ariane que se sont construites la légitimité et l'exclusivité de l'intervention du SJP. Dans ce contexte, et pour être innovante, la mise en place d'alternative aux mesures de sanction traditionnelle doit s'extirper suffisamment du carcan afflictif pour être réellement en rupture avec le modèle classique. Toutefois, ces alternatives doivent également s'assurer de maintenir

une sanction exceptionnelle, et ce, en parlant même de mise au banc de l'incarcération comme instrument de coercition pénale. En clair, la CRD favorise le recours au milieu ouvert. » / La Commission canadienne sur la détermination de la peine (CCDP) (1987) : « c'est pour des raisons humanitaires et de justice que la Commission a intégré le principe de modération à sa politique de détermination des sentences. Il faut donc recommander un usage le plus pondéré possible de la prison. C'est dans la foulée de ces études que l'on sanctionnera en 1995 la Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence (projet de loi C-41, devenu Lois du Canada, 1995, ch. 22) en introduisant de nouvelles dispositions, soit des mesures de rechange... » / La Commission du droit du Canada (1999) : « La Justice réparatrice ~ Cadre de réflexion et d'un document de discussion, De la justice réparatrice à la justice transformatrice. La justice réparatrice y est présentée comme une approche qui s'inscrit dans un renouvellement du droit pénal et comme une solution autre que la punition et l'incarcération pour favoriser la réinsertion sociale des délinquants. » Direction générale des services correctionnels Ministère de la Sécurité publique, Évaluation des politiques pénales et des discours à propos de l'emprisonnement au Canada et au Québec : 1969 à 1999, 2000. Extraits tirés de : Dubé, *supra* note 5.

¹⁰ Voir à ce sujet les travaux d'Alvaro Pires et de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale.

¹¹ Alvaro Pires, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal » (1995) 261 RGD 133, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1995-v26-n1-rgd02435/1035854ar/>> [[10.7202/1035854ar](https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1995-v26-n1-rgd02435/1035854ar/)] : « La pensée philosophique et juridique de l'époque des Lumières a créé un nœud gordien tenace autour de l'idée de punir. Par la multiplication d'une série de discours spécifiques sur la punition, le contrat social, la séparation entre le public et le privé (ou le domestique), le civil et le pénal, etc., elle a contribué à créer un dispositif complexe qui a eu pour effet de justifier plus qu'il fallait le recours à la punition. Elle nous a légué, un peu peut-être malgré elle, une "raison punitive". Une des grandes nouveautés de l'époque moderne dans le savoir moral et juridique a été alors de diffuser la conviction que la punition était non seulement un mal nécessaire — au sens banal de quelque chose dont, dans une certaine mesure, on ne saurait pas se passer — mais un "mal nécessaire" au sens fort de l'expression : un mal auquel il est toujours nécessaire de recourir. En effet, on a commencé à voir la punition comme un avantage, une valeur, un devoir pratique des gouvernements, voire un devoir moral et un devoir juridique. La punition, si l'on respectait certaines conditions élémentaires, comme son inscription dans une loi et son application par un tribunal légitime, devenait un mal nécessaire souhaité et recherché comme s'il s'agissait d'un véritable idéal à accomplir. Avoir placé la peine au plan des idéaux de société, voilà un des plus formidables cadeaux grecs de la pensée moderne ».

suffisamment de cohésion dans l'administration de la peine pour assurer la pérennité et la légitimité d'intervention du SJP.

Nous avons fait le choix d'étudier l'évolution du SJP à travers la théorie de la rationalité pénale moderne (RPM) dans la mesure où elle nous permet de réfléchir sur les modalités de développement de voies complémentaires de réformes (voire d'auto-réforme) du SJP. Nous nous proposons donc de rendre observable l'innovation comme concept au sein de la RPM à travers notre étude de cas : les programmes sociaux de la Cour municipale de Montréal (CMM pour la suite).

Les programmes sociaux sont empreints d'un désir de renouveau dans l'intervention du système de justice qui va nécessairement devoir interagir avec les discours et les fonctions traditionnels entourant le rôle du SJP. Cette interaction potentiellement conflictuelle et paradoxale repérée à partir de l'idée d'une innovation pénale et celui de la RPM est la matière sur laquelle portent nos réflexions. Il existe une résistance historique aux changements au sein du SJP¹² qui constitue généralement un obstacle important à l'émergence d'innovation. Nous nous proposons d'utiliser les programmes sociaux comme assises empiriques, mais nous avons l'objectif de contribuer au développement théorique de la RPM. Autrement dit, nous nous intéresserons à la capacité d'apprentissage du SJP à travers la mise en œuvre des programmes sociaux comme possible innovation au sein du système.

De manière succincte, notre objectif de recherche vise donc à porter un regard bonifié à l'étude de l'innovation du SJP en nous démarquant des études déjà entreprises en ce

¹² Qui fut l'objet de plusieurs études menées notamment par la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale : Voir notamment Richard Dubé, Margarida Garcia, Maira Rocha Machado et al, *La RPM : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, PUO, 2013.

sens. Notre intérêt porte sur l'interaction entre les programmes sociaux et le SJP, mais à partir du point de vue de la RPM. Nous voulons comprendre si et comment, le cas échéant, le SJP se transforme. Nous voulons analyser les limites à l'innovation en déterminant comment le SJP, formaté pour « condamner » à travers la détermination d'une peine afflictive, traduit des mesures alternatives qui se veulent « non punitives » tout en préservant ses dimensions normatives et cognitives. En ce sens, les programmes sociaux de la CMM nous servent de cas d'étude pour alimenter une réflexion somme toute théorique.

Pour y arriver, nous structurons notre analyse en quatre chapitres de la manière suivante :

Le premier chapitre sera consacré à mettre en contexte notre problème de recherche. Nous présenterons succinctement les programmes sociaux, puis conclurons ce segment avec un bref survol des recherches conduites sur la question des alternatives au sein du SJP, ce qui nous mènera à exposer plus clairement le choix de notre cadre théorique et de notre problématique de recherche.

Le deuxième chapitre vise à présenter notre approche théorique et notre question spécifique de recherche. Nous allons d'abord présenter un court historique des théories de la peine, puis de la contribution des réformes sur l'évolution du SJP; nous expliquerons ensuite la dévalorisation des mesures alternatives, à la suite de quoi, nous pourrions discuter de notre cadre d'analyse principal qu'est la RPM. Nous précisons alors la raison de notre choix pour ce cadre théorique et définirons certains concepts clés. Nous en profiterons aussi pour présenter la littérature qui se consacre à l'observation du rapport entre réformes et évolution du droit pénal et nous aborderons de façon succincte l'hypothèse du paradoxe entre ces deux concepts. Nous conclurons ce chapitre avec la question de l'innovation appréhendée par la

RPM et dans la littérature, ce qui nous permettra d'annoncer finalement notre question spécifique de recherche.

Le troisième chapitre est consacré à notre démarche méthodologique. Nous discutons du choix de la méthode qualitative, mais aussi et surtout de l'approche proposée par Pires sur l'analyse de données réflexives qui a guidé ce mémoire.

Le quatrième et dernier chapitre est celui de notre analyse. Il fait état des observations empiriques à travers le prisme de la théorie de la RPM et des obstacles à l'innovation. Outre le fait de traiter du rapport entre innovation et tradition au sein du SJP, nous avançons des pistes de réflexion axiologiques sur les possibilités de réformes du SJP.

Notre conclusion est finalement l'occasion de revenir sur notre question de recherche, mais aussi d'aller un peu plus loin en mettant en relief la place des analyses critiques dans le cadre de recherches empiriques comme celle-ci.

Bien que notre recherche permette de préciser comment des stratégies pénales parfois contradictoires en apparence coexistent, se modifient mutuellement et se reconstituent avec des modèles plus traditionnels de la peine, elle ne se penche absolument pas sur l'efficacité des programmes sociaux. Ainsi, bien que les recherches aient largement exploré les limites de l'intervention pénale, moins se sont attardées sur les concepts d'apprentissage et de réforme innovante, voire d'auto-réforme, du droit pénal moderne. Suivant « la tradition québécoise d'une justice axée sur la réhabilitation des

contrevenants », ¹³ nous chercherons à combler, modestement, cette lacune en mobilisant la RPM.

¹³ Québec, Ministère de la Justice, *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale*, 2018, à la p 14, en ligne (pdf) : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/publications/ministere/plans-actions/Strategie-sante-mentale-2018.pdf>.

CHAPITRE I

LES PROGRAMMES SOCIAUX COMME ÉTUDE DE CAS

Nous entamons nos réflexions à partir de la présentation des programmes sociaux de la CMM, notre cas d'étude (section 1.1). Nous traiterons plus spécifiquement de leur mode de fonctionnement (section 1.2) et nous expliquerons notre choix pour deux de ces programmes en particulier (section 1.3). Les programmes sociaux sont un phénomène plutôt récent qui suscite beaucoup d'intérêt chez les chercheurs, surtout en sciences sociales. L'implantation de ce type de programme est en pleine évolution et pourrait impliquer une transformation du rapport traditionnel du SJP avec le droit pénal moderne; notre intérêt comme juriste découle de cette possibilité.

1.1 Présentation des programmes sociaux de la CMM

Une personne en situation d'itinérance, avec des problèmes de consommation ou de santé mentale, a plus de chance de se retrouver devant les tribunaux pour des délits généralement dus à sa condition :

« Cette clientèle vulnérable se voit donner une importante quantité de constats en lien avec des infractions municipales d'incivilités : troubles de la paix, ivresse dans un lieu public, bagarres, dormir à des endroits inappropriés (métro, banc, etc.) ou être présent dans certains endroits (parc, métro) après les heures

de fermeture, traverser une rue ailleurs qu'à une intersection, etc. »¹⁴.

Cette surreprésentation, de même qu'un processus judiciaire mésadapté à la vulnérabilité particulière de ces justiciables, a poussé le système de justice à s'adapter en créant différents programmes d'adaptabilité, tel que les programmes sociaux de la CMM. Bien que la recherche d'une certaine souplesse dans les procédures judiciaires et la collaboration entre les services psycho-sociaux et les tribunaux aient permis une meilleure adéquation entre les besoins spécifiques de ces justiciables et la mise en œuvre du droit, l'obligation de punir propre au SJP est-elle toujours une composante intrinsèque au travail de la cour¹⁵? Les opérations du SJP ont toujours semblé indissociables à l'exercice du pouvoir de punir qui est, par ailleurs, une prérogative judiciaire fascinante pour les chercheurs en droit; à cet égard, « soit la recherche est irritée par l'arbitraire [de ce pouvoir] et vise à l'expliquer ou à le circonvenir, soit elle

¹⁴ Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec, Projet de loi n°32, Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, octobre 2019, à la p 11.

¹⁵ Voir Ministère de la Justice Canada, « *Vers un système de justice pénale minimaliste et transformateur* »: *Essai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine*, Marie-Eve Sylvestre, Division de la recherche et de la statistique du Ministère de la Justice du Canada, 5 août 2016, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/opdp-pps/index.html>> : Dans notre société, la légitimité du pouvoir de l'État de punir repose généralement sur l'une ou l'autre des deux justifications suivantes : d'abord, on punit parce que c'est utile et seulement dans la mesure où c'est utile pour favoriser le bien-être général – utilitarisme; (de Beccaria à Bentham jusqu'aux propositions plus récentes de l'analyse économique du droit : Kaplow et Shavell) et ensuite, on punit parce que le contrevenant le mérite et seulement dans la mesure où il l'a justement mérité – rétributivisme (De Kant à Hegel (suggérant que la punition est un droit du contrevenant afin que celui-ci puisse réintégrer la société). Voir, plus récemment, Von Hirsch et Ashworth, 2005. Hart, 1968 a suggéré que la punition pouvait se justifier sur la base d'une combinaison de ces deux grandes théories. Voir aussi Lacey, 1998.)

est convaincue de sa sévérité inutile ou contre-productive et vise à trouver à la pénalité d'autres voies, dites alternatives »¹⁶.

Dans le cadre de nos réflexions, nous avons retenu les programmes sociaux de la CMM dans la mesure où ceux-ci sont relativement récents, qu'ils comportent une contractualisation négociée¹⁷, qui est une composante en marge du traitement judiciaire classique, et parce qu'ils sont emblématiques, au Québec, des mesures innovantes en matière d'alternative au régime pénal.

1.1.1 La Cour municipale de Montréal

La CMM a compétence en matière pénale et criminelle¹⁸. En matière pénale, sa juridiction s'étend à toute la réglementation municipale ainsi qu'à certaines lois provinciales, notamment le Code de la sécurité routière et la Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques. Dans le cadre de l'exercice de sa juridiction en matière criminelle, conformément aux dispositions de la partie XXVII du Code criminel, la CMM traite toutes poursuites intentées par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire et couvre une gamme très étendue d'infractions criminelles contre les personnes, les biens et l'administration de la justice. Que ce soit en matière pénale ou criminelle, le traitement judiciaire des infractions qui sont admises au sein des programmes sociaux a des objectifs communs; il vise la

¹⁶ Dan Kaminski et Sophie de Saussure, « Au tribunal de la recherche : Portrait d'un demi-siècle de recherche sur les tribunaux » (2018) 51:1 Criminologie 343, à la p 352.

¹⁷ Nous entendons par là qu'à travers les mesures mise en place au sein des programmes sociaux, le justiciable devient contractant à ses propres mesures de contrôles. L'importance et la place des conditions alternatives à la peine usuelle se réalisent pour une bonne part à travers un mécanisme contractuel qui intervient entre la cour et le contrevenant. Voir notamment Jean-Guy Belley, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans Philippe Gérard, François Ost, Michel Van de Kerchove, dir, *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, aux pp 353-391.

¹⁸ Québec, Cours municipales du Québec, *Spécificité de la cour municipale de la Ville de Montréal*, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-municipales/Specificite_Montreal.html>.

réinsertion sociale des justiciables en atténuant les conséquences pénales (essentiellement pécuniaires) et criminelles (sentence réduite) des poursuites auxquelles ils font face.

À la CMM, les programmes sociaux s'inscrivent dans la perspective des tribunaux spécialisés. Ils partagent les objectifs d'adapter la justice à certaines populations plus vulnérables, et surtout, ils visent à réduire le phénomène de récidive :

« Le phénomène de la récidive était particulièrement préoccupant et il démontrait deux choses: d'une part, le traitement judiciaire classique et strict avait peu d'impact sur les accusés et ne jouait pas le rôle escompté au niveau de la dissuasion; d'autre part, les victimes renouvelaient leur plainte et perdaient confiance dans le système judiciaire qui avait pour mission de les protéger »¹⁹.

Par ailleurs, l'ancrage de ces programmes hors du milieu strictement juridique est « le fruit des pressions du milieu communautaire pour une justice à visage humain »²⁰. Parce que la judiciarisation de certaines populations vulnérables a des conséquences pour la personne et représente des coûts pour la société, adapter le traitement judiciaire est vite devenu une préoccupation pour plusieurs acteurs issus du milieu social qui ont cherché à favoriser une prise en charge globale et partagée visant un accompagnement et une coordination clinique et judiciaire des personnes accusées. Ce sont toutefois les procureurs de la ville de Montréal assignés à ces programmes qui ont le pouvoir de retirer des constats d'infractions, avec la permission du juge,

¹⁹ Morton S Minc, « Les programmes sociaux de la CMM », événement présenté dans le cadre du Congrès annuel du Barreau du Québec, 2010 [non publiée].

²⁰ Véronique Fortin et Isabelle Raffestin, « Le Programme d'accompagnement justice-itinérance à la CMM (PAJIC) : Un tribunal spécialisé ancré dans le communautaire » (2017) 47 RGD 177, à la p 197.

lors de l’instruction²¹. Par exemple, le poursuivant demandera au juge une rétractation de jugement²², puis un retrait des accusations. En plus des infractions pénales, les infractions criminelles sommaires²³ pour lesquelles la CMM a compétence²⁴ peuvent également être prises en charge par les programmes, à l’instar des constats d’infraction. Le processus, plus long, visera alors des peines plus clémentes et adaptées à la situation particulière du contrevenant²⁵.

Les programmes sociaux sont certes similaires au sein d’un même établissement, mais ils sont singuliers d’une cour à l’autre et il serait risqué de faire des généralisations. Certaines variations apparaissent clairement entre les formats, les pratiques et le type de programmes offerts. Bien que ces différences soient importantes, nous nous concentrons moins sur le contenu des programmes que sur la gamme de stratégies et de techniques mises en œuvre pour justifier la peine. L’idée est qu’il s’agit de mesures alternatives au processus classique de traitement d’un

²¹ Art 12 Cpp. Au départ, les constats déjà jugés (souvent par défaut) ne pouvaient faire l’objet de retrait. Or, les constats d’infraction jugés par défaut peuvent également être pris en compte désormais.

²² Art 12 et arts 257 et s Cpp. Il est à noter que les rétractations de jugement demandées par le poursuivant sont sans frais pour l’accusé.

²³ Les infractions criminelles sommaires le plus souvent visées sont : le non-respect de conditions (voir par exemple arts 145(3) et 733.1 Ccr), les voies de fait (arts 265 et 266 Ccr), les méfaits (art 430 Ccr) et les vols de biens d’une valeur de moins de 5 000\$ (art 334(b)(ii)); Les vols visés sont souvent qualifiés de « vols de subsistance », c’est-à-dire des vols liés à la survie (vol de nourriture, vol d’effets personnels, telle une brosse à dents, etc.). Voir Fortin et Raffestin, *supra* note 20.

²⁴ Le juge de la Cour municipale étant juge de paix, au sens de l’art 785 du Ccr, a compétence pour juger des infractions sommaires. Voir *Loi sur les cours municipales*, RLRQ, c C-72.01, arts 29–30 et 44. La CMM ne juge toutefois pas les infractions liées à l’usage et au trafic de drogues, en vertu d’un protocole d’entente entre le gouvernement du Québec et la Cour.

²⁵ Par ailleurs, depuis le 5 novembre 2018, la direction des poursuites pénales et criminelles de la Ville de Montréal (DPPC) applique la procédure énoncée à l’article 515.1 du Code criminel dans les dossiers relevant du programme PAJTO (programme en toxicomanie), tout comme elle le fait déjà depuis le 1er mars dans les dossiers en matière de violence conjugale. Voir Ville de Montréal – Service des affaires juridiques – Direction des poursuites criminelles et pénales, communiqué, « Nouveauté au PAJTO : auditions en salle R.10 et utilisation de la procédure de modification des conditions d’un engagement ou d’une promesse conformément à l’article 515.1 du Code criminel » (novembre 2018), en ligne: <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/com-cm-nouveautespajto_20181107.pdf>.

délict²⁶. À la logique pénale s'ajoute donc l'apport d'autres logiques d'intervention associées à l'expertise d'acteurs de domaines diversifiés (médical, psychologique, social, etc.) qui participent à la mise en œuvre de ce type de programmes. À priori, il s'agit de nouveaux modes d'administration ou de gestion de la pénalité s'apparentant à une approche de négociation²⁷. L'engagement de se conformer à certaines conditions sert à la prise en charge du contrevenant en marge d'une procédure légale traditionnelle.

Ces programmes partagent donc certaines caractéristiques qui se traduisent par des mesures qui visent à adapter le SJP pour favoriser l'accompagnement de certains justiciables plus vulnérables. Ils visent aussi à réformer le comportement de ces individus présentant des problèmes psychosociaux, d'éviter le syndrome des portes tournantes²⁸ et de réduire le taux de criminalité, de récidive et d'incarcération. Finalement, il s'agit de programmes qui mettent l'accent sur le mode de décision plutôt que sur la décision elle-même. Cette nouvelle approche « consiste dans la recherche des bonnes procédures, c'est-à-dire non pas de la bonne décision, mais du

²⁶ La documentation fait aussi parfois référence au concept de « Smart Justice ». Voir notamment Hon. Peggy Fulton, « Smart Justice – Building safer communities, Increasing access to the Courts, and Elevating trust and confidence in the Justice System », allocution présentée à Adeliade Thinker in Residence, Department of the Premier and Cabinet, South Australia, Australia, 2011 [non publiée].

²⁷ Marie-Sophie Devresse, « Justice négociée et usage de drogues. L'éthique de la discussion à l'épreuve du pénal » (2003) 5:2 *Éthique publique* 146. « Cette négociation prend la forme d'un « contrat prétorien » comme instrument technique ou stratégie d'action pour réaliser un objectif spécifique. En Belgique, la probation prétorienne ou l'injonction thérapeutique est un dispositif que les magistrats se plaisent à qualifier de « contractuel ». En effet, elle consiste en une forme d'accord, pris entre le magistrat du parquet et l'usager de drogues, portant sur la mise à l'épreuve de ce dernier et qui lui permet de se soustraire à des poursuites judiciaires. » Voir aussi C. Guillain et C. Scohier, « La gestion pénale d'une cohorte de dossiers stupéfiants (1993-1997) : Les résultats d'une justice dite alternative », dans L. Van Campenhout et al, *Réponses à l'insécurité. Des discours aux pratiques*, Bruxelles, Labor, 2000, aux pp 271-320. Voir aussi Werber et la « rationalisation instrumentale » et Habermas, *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, 1973.

²⁸ Le « syndrome des portes tournantes » se caractérise par le fait que ces clientèles fragiles et vulnérables reviennent sans cesse dans le système tandis que les délits commis peuvent souvent s'aggraver.

bon système de décision [...], il déporte l'attention des fins vers la méthode »²⁹. La question n'est donc pas de savoir s'il faut infliger une peine, mais comment infliger cette peine; autrement dit, elle vise à adapter la peine au contrevenant. Donc, on peut dire d'emblée que le rapport crime/peine n'est pas mis à mal par ces programmes. Les mesures mises en place sont une voie de contournement aux sanctions pénales traditionnelles qui prennent la forme de « réparations pénales », autrement dit, des « mesures de réparation à caractère éducatif ordonnées pour une prise de conscience du délit à la place de poursuites judiciaires »³⁰.

1.1.2 Une popularité grandissante

La volonté politique de solidifier et même d'étendre les programmes sociaux est au rendez-vous des plans d'action et des politiques d'intervention municipales et provinciales des dernières années, et à venir³¹. Toutefois, la popularité grandissante de ces programmes³² s'explique peut-être aussi par la pérennité de certaines infractions; « des constats d'infraction pour avoir flâné ou dormi dans un parc sont

²⁹ Thierry Pech, « Neutraliser la peine », dans Antoine Garapon, Frédéric Gros et Thierry Pech, *Et ce sera justice*, Paris, Odile Jacob, 2001, à la p 193.

³⁰ *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale 2008*, supra note 13, à la p 15.

³¹ Voir par exemple le Plan d'action montréalais en itinérance 2014–2017; la Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018, supra note 13; le *Plan d'action* interministériel en itinérance 2015-2020; et le Plan d'action gouvernemental pour l'inclusion économique et la participation sociale 2017-2023.

³²[...] In the 10 years since then, it has blossomed into a vibrant legal entity in which nine Montreal municipal court judges and dozens of prosecuting and defence attorneys work together [...] There are now 11 mental health courts in operation, with a 12th in the works. Mark Cardwell, « Mental Health Courts on the Rise in Quebec », *Can Lawyer* (12 février 2018), en ligne:

<<https://www.canadianlawyermag.com/legalfeeds/author/mark-cardwell/mental-health-courts-on-the-rise-in-quebec-15270/>>.

encore donnés. C'est d'ailleurs la raison principale pour laquelle le PAJIC³³ est si populaire »³⁴.

Il existe de plus en plus de programmes sociaux au Québec, nous pouvons notamment penser aux ententes de collaboration intersectorielle visant l'adaptation du système judiciaire et des services correctionnels aux personnes ayant une déficience intellectuelle ou un trouble du spectre de l'autisme élaboré dans les régions de la Capitale-Nationale³⁵, de la Mauricie–Centre-du-Québec³⁶, de l'Estrie³⁷, de l'Outaouais³⁸ et de Montréal³⁹, au Programme d'accompagnement justice et santé mentale (PAJ-SM)⁴⁰, le programme d'accompagnement justice itinérance (PAJIC) et toxicomanie (PAJTO) et le programme de procureurs désignés (PAPSI) de la CMM, au projet Intervention multisectorielle programmes d'accompagnement à la cour

³³ Programme d'accompagne-justice en itinérance de la Cour municipale de Montréal.

³⁴ Fortin et Raffestin, *supra* note 20, à la p 204.

³⁵ Adaptation du système judiciaire et des services correctionnels aux personnes présentant une déficience intellectuelle – entente de principe - région de la Capitale nationale.

³⁶ « Entente intersectorielle Mauricie–Centre-du-Québec en matière de justice à l'égard des personnes présentant une déficience intellectuelle ou un trouble envahissant du développement, victimes ou contrevenantes, impliquées ou non dans un processus judiciaire », « Entente intersectorielle à l'égard des personnes présentant une déficience intellectuelle ou un trouble envahissant du développement victimes ou contrevenantes, impliquées ou non, dans un processus judiciaire ».

³⁷ « Entente intersectorielle Estrie en matière de justice à l'égard des personnes présentant une déficience intellectuelle ou un trouble envahissant du développement, victimes ou contrevenantes, impliquées ou non dans un processus judiciaire ».

³⁸ « Entente intersectorielle de l'Outaouais à l'égard des personnes présentant une déficience intellectuelle ou un trouble envahissant du développement, victimes ou contrevenantes, impliquées ou non dans un processus judiciaire ».

³⁹ « Entente intersectorielle de Montréal visant à favoriser un traitement juste et équitable des personnes ayant une déficience intellectuelle (DI) ou un trouble envahissant du développement (TED) tout au long du processus judiciaire ».

⁴⁰ Québec, Montréal, Comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM, *Étude de la mise en œuvre du Programme d'accompagnement Justice et Santé Mentale (PAJ-SM)*, Rapport de la Dre Anne Crocker sur l'implantation et la première année du PAJ-SM, Institut universitaire en santé mentale de Douglas, 2010; Québec, Montréal, Comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM, *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale PAJ-SM à la cour municipale de la Ville de Montréal – Bilan et perspectives*, Rapport du comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM déposé au terme des trois ans du projet pilote, 2011.

municipale (IMPAC)⁴¹ de la Cour municipale de la Ville de Québec, au Programme d'accompagnement justice et santé mentale (PAJ-SM) à la Cour du Québec, débuté en mai 2015 au palais de justice de Saint-Jérôme⁴² et aux autres interventions analogues qui se sont ensuite déployées aux palais de justice de Trois-Rivières (avril 2016), de Laval (septembre 2016), de Joliette (février 2017), de Sherbrooke (avril 2017), de Saguenay (avril 2017), de Longueuil (octobre 2017) et de Val-d'Or (octobre 2017)⁴³ et au Programme québécois de traitement de la toxicomanie sous surveillance judiciaire à la Cour du Québec, district de Montréal⁴⁴.

1.2 Fonctionnement général des programmes sociaux de la CMM

Concrètement, la mise en œuvre de ces programmes est la suivante; le contrevenant plaide coupable à l'infraction pour lequel il est poursuivi (ou fait une reconnaissance

⁴¹ Ce projet a fait l'objet, le 17 janvier 2013, d'un lancement en présence de M. Bertrand St-Arnaud, ministre de la Justice, et de M. Régis Labeaume, maire de la Ville de Québec.

⁴² Sans que le PAJ-SM de Saint-Jérôme ne constitue un modèle unique, ses principales caractéristiques en font un programme d'adaptabilité et d'accompagnement pouvant être déployé dans d'autres régions du Québec tout en tenant compte des particularités des clientèles et des ressources disponibles.

⁴³ Également, à la Cour du Québec, au palais de justice de Montréal, une « trajectoire justice santé mentale » a été déployée en octobre 2016 et présente certaines caractéristiques adaptées à un cadre où le volume est considérable et les cas souvent très lourds. Cette « trajectoire » pourrait évoluer graduellement vers un programme davantage similaire à ceux des autres palais de justice.

⁴⁴ Le Code criminel, à l'article 720(2), prévoit que les provinces peuvent autoriser un programme de traitement de la toxicomanie auquel un contrevenant peut participer, sous la surveillance du tribunal, dans le cadre de la détermination de sa peine. Celle-ci est alors reportée afin de permettre au contrevenant de compléter son traitement. À l'instar des autres provinces, un programme québécois de traitement de la toxicomanie sous surveillance judiciaire a été approuvé par le ministre de la Justice en novembre 2012 pour s'appliquer à l'ensemble du territoire québécois. Un premier programme a été implanté à la Cour du Québec, district de Montréal, le 4 décembre 2012. Le contrevenant et les autres partenaires impliqués s'engagent dans une démarche non conflictuelle qui a pour objectif la réadaptation du contrevenant et sa réinsertion sociale efficaces sous la supervision du tribunal, laquelle se termine par l'imposition d'une peine juste et adaptée qui prend en compte le traitement suivi et la situation globale du contrevenant. En s'attaquant au problème de dépendance du contrevenant, lequel est la cause sous-jacente à sa criminalité, le programme favorise la réadaptation et la réinsertion sociales du contrevenant tout en s'assurant du respect des intérêts des victimes et de la protection de la société. Il vise également à rompre le cycle du « syndrome des portes tournantes ».

de responsabilité⁴⁵) qui vise à s'assurer de sa coopération au programme⁴⁶. La collaboration avec la Cour est alors obligatoire et peut-être assortie de différentes conditions, par exemple, une interdiction de consommer généralement assortie d'une exclusion de certains lieux ou périmètres où la consommation peut avoir lieu, l'obligation d'une prise en charge médicamenteuse, etc. Notons toutefois la souplesse dont font preuve généralement les tribunaux dans le respect de ces conditions; dans le cadre d'un documentaire de l'École nationale de la Magistrature sur le programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec, la juge Sylvie Durand, responsable des juges du Programme de traitement de la toxicomanie de la Cour, explique que le fait d'admettre une rechute fait partie de la réussite du programme : « s'il y a une rechute, j'apprécie que ce soit eux qui me l'annoncent; parce que c'est

⁴⁵ Voir PL 32, *Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, 1^{ère} sess, 42^e lég, 2019.

⁴⁶ « Use of the term 'acceptance of responsibility' instead of 'pleading guilty' became common after the United States Sentencing Guidelines (1987) used the term as the title for sentencing reduction based on guilty plea: '3E1.1 Acceptance of Responsibility'. » Candace McCoy, Wolf Heydebrand et Rekha Mirchandani, « The problem with Problem-solving Justice: Coercion vs. democratic deliberation » (2015) 3:2 *Restorative Justice* 159, en ligne :

<<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20504721.2015.1069085>>

[10.1080/20504721.2015.1069085]. La « reconnaissance de responsabilité » renvoi à un processus de reconnaissance de ses torts et de responsabilisation plutôt qu'au blâme plutôt associé au « plaidoyer de culpabilité ». Aussi, « [i]l est aussi essentiel de considérer que la reconnaissance de sa responsabilité peut être l'aboutissement d'un processus et ne pas en faire nécessairement une condition d'admissibilité aux programmes de résolution des conflits. » Ministère de la Justice du Canada, *Vers un SJP minimaliste et transformateur : Essai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine*, 20 octobre 2017, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/opdp-pps/p3.html>>. Voir aussi Dawn Moore et Hideyuki Hirai, « Outcasts, -performers and -true believers: Responsibilized subjects of criminal Justice » (2014) 18:1 *Theoretical Criminology* 5, à la p 6: « First, that in the absence of a consideration of the subjectivities of targets of governance it is impossible to develop a fuller understanding of how, exactly, responsabilization works. Second, that responsabilization can be a reciprocal process of negotiated self-governance even as it also (and in the same setting) maintains its disciplinary roots. »

un pas dans la bonne direction »⁴⁷. Par contre, il existe une nuance pour ce qui est de la récidive :

« ça dépend du crime qui a été commis. Est-ce que c'est un crime au niveau du non-respect d'un couvre-feu, là on va le traiter d'une manière beaucoup plus souple. Si c'est une récidive au niveau d'un crime, d'un crime sérieux, à ce moment-là, la personne va revenir détenue devant moi. Lorsqu'il y a récidive, souvent, ça termine le programme »⁴⁸.

Généralement, ces programmes sont basés sur les éléments suivants : un juge désigné (le juge n'est pas perçu comme une autorité détachée, mais plutôt comme un acteur qui noue une alliance⁴⁹ avec le contrevenant), une approche non-adversaire (non adversarial), une plus grande flexibilité dans le processus judiciaire, une participation volontaire, un plan de traitement conçu sur mesure pour chaque individu et la possibilité de retirer les accusations advenant la coopération du contrevenant et la réussite du programme⁵⁰. Les programmes visent tous à réduire ou éliminer l'incarcération et faciliter l'accès à des traitements en favorisant la collaboration entre les professionnels et une individualisation des dossiers⁵¹.

⁴⁷ Cour du Québec, « Documentaire de l'ENM – Module 5 : Le programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec » (12 mars 2018), en ligne (vidéo) : *YouTube* <<https://www.youtube.com/watch?v=gkja-yfBxw4>>.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Voir : Poythress et al, « Perceived coercion and procedural justice in the Broward mental health court » (2002) 25 *International Journal of Law and Psychiatry* 1. Voir également Steadman et Naples, « Assessing the effectiveness of jail diversion programs for persons with serious mental illness and co-occurring substance use disorders » (2005) 23:2 *Behavioral Sciences and the Law* 163.

⁵⁰ Clinique Droits Devant, « Info programmes Cour » (2016), en ligne: <<http://www.cliniquedroitsdevant.org/index.php/pajic/>>.

⁵¹ Slinger et Roesch, « Problem-solving courts in Canada: A review and a call for empirically-based evaluation methods » (2010) 33 *International Journal of Law and Psychiatry* 258.

1.3 Programmes de la CMM qualifiés de programmes de déjudiciarisation

Nous avons ciblé deux programmes sociaux de la CMM qualifiés de programmes de « déjudiciarisation ». Nous avons été interpellés par l'apparente contradiction qu'introduit ce qualificatif qui renvoie, à priori, à un processus extra-judiciaire alors que les programmes sont mis en œuvre par la Cour. Cette contradiction nous intrigue parce qu'elle laisse entendre que le système met en place des « alternatives à la judiciarisation » tout en continuant à judiciariser. Nous nous sommes donc penchés sur la définition du concept afin de nous éclairer sur les idées qui soutiennent la création et la mise en œuvre de ces deux programmes en particulier.

1.3.1 Déjudiciarisation

Il nous faut donc d'abord faire le point sur le concept d'« alternative à la judiciarisation » aussi parfois qualifié de « déjudiciarisation » qui sert à décrire certains programmes sociaux de la CMM. Le terme « déjudiciarisation » est largement utilisé par le système judiciaire et les acteurs du milieu communautaire lorsqu'ils réfèrent à certains de ces programmes⁵². Selon le Ministère de la Justice du Québec :

« [...] la déjudiciarisation s'applique après qu'une procédure judiciaire a été amorcée. [...] la déjudiciarisation s'applique sous surveillance judiciaire avec l'appui de services communautaires. [...] la déjudiciarisation consiste dans l'application de différentes mesures de rechange sous supervision du juge et avec la participation du procureur de la poursuite, de l'avocat de la défense auxquels se joint une équipe multidisciplinaire de

⁵² Plus particulièrement pour les programmes comme le PAJIC et le PAJSM davantage ancrés dans le milieu communautaire.

professionnels de la santé, des services sociaux et de la sécurité publique »⁵³.

La déjudiciarisation ne se situe donc pas en dehors du tribunal, mais se caractérise par l'adaptabilité du système et l'intervention d'une multitude d'intervenants à travers « l'instauration d'une culture de concertation »⁵⁴. Les programmes visent donc à traiter les causes sous-jacentes d'un délit d'une façon appropriée à la situation particulière de ces personnes en les incluant davantage dans le processus judiciaire. Par exemple, le PAJIC vise notamment à assurer la présence à la Cour des personnes en situation d'itinérance : « [...] les personnes itinérantes accusées de délits mineurs et d'incivilités sont si peu outillées dans le système judiciaire qu'elles en sont pratiquement absentes. Cela a pour conséquence d'aggraver leur situation puisque leurs causes procèdent souvent sans qu'elles en aient même connaissance »⁵⁵.

La déjudiciarisation ne constitue donc pas une voie d'évitement du SJP. Le terme « déjudiciarisation » fait plutôt écho aux objectifs des programmes sociaux; ici, la déjudiciarisation c'est l'évitement de la « re-judiciarisation » de contrevenants vulnérables à travers le phénomène des portes-tournantes⁵⁶.

À Montréal, les deux principaux programmes à l'origine d'une approche qualifiée de déjudiciarisation qui sont offerts à la CMM dans le cadre de mesures d'adaptabilité

⁵³ Ministère de la Justice, « Traitement non judiciaire de certaines infractions commises par des adultes », en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/systeme-judiciaire/processus-judiciaire/processus-judiciaire-au-criminel/traitement-non-judiciaire-de-certaines-infractions-commises-par-des-adultes/>>.

⁵⁴ *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale 2018*, supra note 13, à la p 7.

⁵⁵ Sophie Beauchemin, « Cour municipale de la ville de Montréal, Les programmes d'accompagnement des personnes ayant vécu l'itinérance », Congrès du Barreau du Québec, 8 juin 2012 [non publiée].

⁵⁶ Un grand nombre de contrevenants sortent des tribunaux et y retournent peu après leur sortie.

du système de justice sont : le Programme justice-itinérance à la Cour (PAJIC) et le Programme d'accompagnement justice-santé-mentale (PAJ-SM)⁵⁷.

1.3.2 PAJIC

Le Plan d'action interministériel en itinérance 2010-2013 mettait en place des mesures pour lesquelles l'objectif était de favoriser la cohésion sociale et les mesures alternatives à la judiciarisation. Ce plan d'action proposait différents programmes dans les cours municipales des villes concernées par le problème de l'itinérance. La CMM, en collaboration avec des acteurs sociaux, crée alors le Comité accompagnement justice-itinérance qui s'est penché sur le problème de l'adaptation des peines⁵⁸ aux particularités du milieu de l'itinérance. C'est ainsi que le programme PAJIC :

« [...] offre des modes de déjudiciarisation pour des infractions commises à des règlements municipaux, à des lois québécoises et à certaines infractions criminelles, afin d'obtenir de la part des personnes en situation d'itinérance des efforts soutenus de réinsertion sociale et d'amélioration de comportement. »⁵⁹

Depuis 2004, la Ville de Montréal a mis en place une politique qui met fin à l'emprisonnement pour non-paiement d'amende. Les alternatives à la judiciarisation

⁵⁷ La CMM compte 8 programmes sociaux : Conciliation - règlement alternatif à la judiciarisation (CAVAC); Coté Cour - accompagnement des victimes; EVE - crime économique, alternative à l'emprisonnement; PAJIC – itinérance; PAJMA – personne âgée, accompagnement de la victime; PAJSM – santé mentale; PAJTO – toxicomanie et Point final – conduite avec facultés affaiblies.

⁵⁸ Les travaux communautaires compensatoires.

⁵⁹ Ministère de la Justice, « Traitement non judiciaire de certaines infractions commises par des adultes » (20 novembre 2017), en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/systeme-judiciaire/processus-judiciaire/processus-judiciaire-au-criminel/traitement-non-judiciaire-de-certaines-infractions-commises-par-des-adultes/>>.

du PAJIC permettent plutôt à un individu d'éviter le lourd fardeau d'une dette monétaire et judiciaire par l'entremise d'un suivi avec la Clinique Droits Devant, les procureurs et les juges désignés à la Cour. Ce suivi vise la réinsertion et l'autonomisation de l'individu par l'atteinte de certains objectifs, par exemple : avoir un emploi, avoir des relations sociales stables, diminuer ou cesser la consommation de drogue ou d'alcool, faire du sport, manger sainement, etc.⁶⁰

1.3.3 PAJ-SM

La CMM a également mis en place, en 2008, le programme PAJ-SM qui s'inscrit dans le modèle nord-américain des tribunaux de la santé mentale. « La Cour municipale de la Ville de Montréal s'est imposée tout naturellement comme lieu d'implantation du programme d'accompagnement justice - santé mentale (PAJ-SM), vu le faible niveau de gravité des délits traités par celle-ci [...]. »⁶¹ Le PAJ-SM vise « une approche moins conflictuelle, une participation volontaire de la personne, des plans d'intervention adaptés, une plus grande flexibilité dans le processus judiciaire, des juges désignés et un registre distinct pour les avocats de la défense »⁶². Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité, mais le processus implique du contrevenant une reconnaissance de responsabilité qui vise à s'assurer de

⁶⁰ Véronique Fortin et Isabelle Raffestin, « Les Tribunaux spécialisés, pour une justice à visage humain? L'exemple du programme accompagnement justice itinérance à la CMM (PAJIC) », *Midis du CRÉMIS*, 11 septembre 2017 [non publiée]; voir aussi Sue-Ann MacDonald et Audrey-Anne Dumais Michaud, « La prise en charge et discours entourant les personnes judiciarisées au sein d'un tribunal de santé mentale. Nouvelles pratiques sociales » (2015) 27:2 *Nouvelles pratiques sociales* 161, à la p 169. « En faisant la promotion de l'accompagnement, le TSM insiste sur le concept du travail sur soi comme projet. L'idée de projet pousse à l'activation et à son insertion sociale. Le projet épousait différentes formes : reprendre contact avec son équipe traitante, assister à des ateliers de gestion de la colère ou reprendre sa vie en main ».

⁶¹ Ministère de la Justice du Québec, « Traitement non judiciaire de certaines infractions commises par des adultes » (20 novembre 2017), en ligne : < <https://www.justice.gouv.qc.ca/systeme-judiciaire/processus-judiciaire/processus-judiciaire-au-criminel/traitement-non-judiciaire-de-certaines-infractions-commises-par-des-adultes/>>.

⁶² Sue-Ann MacDonald et al, *Tribunaux de santé mentale: Procédures, résultats et incidence sur l'itinérance* (rapport de recherche CREMIS), Montréal, CREMIS, 2014, à la p 12.

sa coopération au programme⁶³. Le programme propose le « volet suivi » qui exige du contrevenant un engagement envers la Cour à respecter certaines conditions (prise de médicaments, arrêt de la consommation de drogue ou d'alcool, suivi psychosocial, etc.) et si le programme est complété avec succès, les accusations peuvent être retirées.

Le programme PAJIC concerne les infractions à des règlements municipaux et certaines infractions en matière criminelle⁶⁴; quant au programme PAJ-SM, il s'applique à des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire⁶⁵. Comparativement au PAJ-AM, le PAJIC introduit des alternatives à la judiciarisation qui vont plus loin, notamment en raison de son ancrage dans le communautaire et la plus grande flexibilité de ses procédures; c'est le procureur désigné qui se déplace à la Clinique Droits Devant, la récidive est vue comme faisant partie du processus de réinsertion, il n'y a pas de test d'urine ou de demande de bail, l'objectif est une diminution et non pas nécessairement un arrêt complet de la consommation de drogue ou d'alcool, etc..

⁶³ « Il est aussi essentiel de considérer que la reconnaissance de sa responsabilité peut être l'aboutissement d'un processus et ne pas en faire nécessairement une condition d'admissibilité aux programmes de résolution des conflits. » Ministère de la Justice du Canada, « Vers un SJP minimaliste et transformateur : eEssai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine », *supra* note 46.

⁶⁴ Les constats d'infractions en lien avec l'itinérance (depuis 2012, jugés ou non-jugés), généralement des infractions relative aux règlements municipaux de la ville de Montréal ou certaines lois québécoises (*Code de la sécurité routière*, RLRQ c C-24.2) suivant les dispositions du *Code de procédure pénale*, (RLRQ c C-25.1) et pour certaines causes criminelles (par exemple, les vols de subsistance et les bris de conditions) punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, conformément à la partie XXVII du *Code criminel*, (L.R.C., 1985, ch. C-46).

⁶⁵ Les infractions qui sont punissables par procédure sommaire sont les moins graves et elles entraînent les peines les moins sévères. La procédure rattachée aux infractions punissables par procédure sommaire est plus simple et plus rapide que celle des actes criminels. Un vol de moins de 5 000 \$, le vagabondage ou la nudité dans un endroit public en sont des exemples. De plus, toutes les infractions provinciales (comme les infractions au Code de la route) sont des infractions punissables par procédure sommaire. Conformément à la Partie XXVII du *Code criminel* (L.R.C., 1985, ch. C-46).

Dans tous les cas, il s'agit essentiellement d'un effort concerté des tribunaux pour lutter contre la récidive via l'implication d'une équipe pluridisciplinaire⁶⁶. Le traitement thérapeutique sous surveillance judiciaire est privilégié comme solution de rechange à l'incarcération. Dans tous les cas également la décision de faire participer le contrevenant à un programme va se prendre en tenant compte de l'intérêt de la société, la protection du public et l'intérêt des victimes. Concrètement, les phases d'un programme sont généralement : 1. Demande d'intégration par le contrevenant, 2. Décision du procureur de la poursuite (si crime avec violence, habituellement pas d'accès à un programme) et évaluation de la problématique du contrevenant (santé mentale, toxicomanie (IGT - indice de gravité de la toxicomanie), 3. Plaidoyer de culpabilité ou reconnaissance de responsabilité, 4. Suivi thérapeutique avec surveillance judiciaire et 5. Retrait des accusations ou réduction de la sentence et la remise d'un certificat de réussite, si le justiciable le désire.

1.4 Remarques finales

Ce mémoire s'intéresse donc à ces autres voies alternatives tel que proposées par les programmes sociaux de la Cour municipale de Montréal (CMM). Nous traiterons donc de l'activité pénale, prise en charge par ces programmes, comme moyen d'intervenir dans la détermination de la culpabilité et de l'exécution de la peine. Les

⁶⁶ Sue-Ann Macdonald et Véronique Fortin, « La gouvernance de proximité, usage et sens pour le droit : Les tribunaux spécialisés et la gouvernance de proximité », Colloque annuel 2018 du Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance [non publiée] : « En matière de justice pénale, des tribunaux spécialisés ont été institués dans le but de répondre aux multiples problèmes des accusés (toxicomanie, santé mentale, itinérance, etc.) et ainsi éviter le phénomène de la "porte tournante" devant les tribunaux et briser le cycle de l'incarcération ». « En plus de s'attaquer au « phénomène de la porte tournante », touchant des segments de la population qui entrent et sortent du système de justice criminelle à répétition, les tribunaux spécialisés cherchent aussi souvent à pallier la sévérité des peines, non adaptées à certaines populations aux prises avec des problèmes particuliers. » Fortin et Raffestin, *supra* note 20, à la p 196.

programmes sociaux de la CMM ont été créés dans le cadre de la promotion d'une vision concertée du traitement judiciaire des personnes présentant des vulnérabilités qui sont sujettes à rencontrer des obstacles particuliers dans le contexte de poursuites judiciaires. Ils se veulent :

« un point de rencontre intermédiaire entre des politiques et des plans d'action gouvernementaux qui s'adressent plus précisément aux personnes qui présentent un trouble mental grave ou d'autres réalités particulières, tel que la déficience intellectuelle, le trouble du spectre de l'autisme, la dépendance et l'itinérance, lorsque ces personnes sont confrontées au système de justice »⁶⁷.

Notre intérêt pour ces programmes découle notamment des incidences socio-politiques à l'origine de leur mise en œuvre. Ils sont effectivement le produit d'une critique collective à l'endroit de la judiciarisation et de la criminalisation de certaines populations vulnérables⁶⁸ dont le SJP s'est emparé pour réformer ses propres pratiques.

L'ancrage de ces programmes au sein de ce système représente toutefois un enjeu dans la mesure où leur usage et leur généralisation confèrent au SJP le pouvoir de continuer à réguler, surveiller, voire à sanctionner ces populations vulnérables. Que les mesures alternatives proposées dans le cadre de ces programmes soient de véritables innovations⁶⁹ ou de réelles opportunités d'apprentissages⁷⁰ pour le SJP,

⁶⁷ *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale 2018*, supra note 13, à la p 1.

⁶⁸ Voir notamment Céline Bellot et al, « Judiciarisation et criminalisation des populations itinérantes à Montréal, Rapport de recherche pour le Secrétariat national des sans-abri », Montréal, CREMIS, 2005.

⁶⁹ Dan Kaminski et Jean-François Cauchie, « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale » (2007) 4 *Champ pénal*, en ligne : <<https://journals.openedition.org/champpenal/613>> [10.4000/champpenal.613].

voilà notre problème de recherche. Rappelons que la question n'est pas de savoir si ces alternatives constituent des moyens efficaces ou inefficaces⁷¹, mais de discerner sur une base théorique les paradoxes axiologiques donnant ouvertures sur des perspectives éventuellement innovantes en matière de réforme (ou d'auto-réforme) pénale (dont nous ferons l'analyse au chapitre 4).

⁷⁰ Richard Dubé, « Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale : Contributions conceptuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann » *Champ pénal/Penal field*, Séminaire Innovations Pénales 2008, 28 September 2007, en ligne : < <https://journals.openedition.org/champpenal/694> > [10.4000/champpenal.694].

⁷¹ À ce sujet voir notamment : Christian Ouellette, *Examen du programme de déjudiciarisation implanté par le gouvernement du Nouveau-Brunswick*, mémoire de maîtrise en psychologie, Université de Moncton, 2017 [non-publiée]: « [...] quand on fait mention du taux de réussite, ce concept dépend entièrement du coordonnateur du programme. Par exemple, ceci signifie donc qu'il est possible qu'un adulte n'effectue par le dépistage et l'évaluation d'accueil parce que le coordonnateur ne lui a jamais administrée les outils nécessaires lors de cette étape, mais qu'il réussisse quand même le programme parce qu'il a effectuée toutes les demandes du coordonnateur. Le participant adulte n'a donc pas obtenu la mention « réussite » parce qu'il n'a pas effectué toutes les étapes du modèle de déjudiciarisation, mais celui-ci a quand même réussi le programme selon le coordonnateur. On peut donc constater que le taux de réussite est une mesure plutôt subjective que dépend du coordonnateur de programme. (à la p 20) L'analyse du taux de réussite a permis de conclure que 92.1% des participants réussissent le programme de déjudiciarisation. Cependant, seulement 37,7% des participants ont réellement suivi toutes les étapes du modèle. (à la p 37)

CHAPITRE II

LE CADRE THÉORIQUE

L'historique des articles publiés sur les mesures alternatives au sein du SJP que font Kaminski et de Saussure dans un article de 2018⁷² montre que le sujet a fait l'objet de nombreuses recherches; pensons notamment à la première du genre au Québec, celle de Fortier et Gallant en 1979⁷³ relative aux travaux communautaires où ils constatent les caractéristiques plutôt conservatrices du SJP : « l'introduction d'un tel type de programme dans le domaine de l'administration de la justice (...) ne peut s'effectuer sans une certaine résistance inhérente à tout changement »⁷⁴. Puis, en 1996 les travaux de Facy, Brochu et Simon⁷⁵ sur les injonctions thérapeutiques en matière de toxicomanie révèlent que le Canada tarde à offrir, à l'époque, cette possibilité aux contrevenants : « il n'existe pas véritablement d'injonction thérapeutique dans la pratique (...) des tribunaux canadiens »⁷⁶.

Quant à la question spécifique de la déjudiciarisation comme alternative, Noreau l'aborde dans un article, datant de 2000, où il constate que « [...] la définition de ce

⁷² Kaminski et de Saussure, supra note 16.

⁷³ Julien Fortier et Gérald Gallant, « Une expérience pilote de sentence de travaux communautaires » (1979) 12:2 Criminologie 24.

⁷⁴ *Ibid*, à la p 28, cité dans Kaminski et de Saussure, supra note 16.

⁷⁵ François Facy et al, « L'injonction thérapeutique à l'égard des toxicomanes: Comparaison des systèmes français et québécois » (1996) 29:2 Criminologie 115.

⁷⁶ *Ibid*, à la p 133, cité dans Kaminski et de Saussure, supra note 16.

qui fonde juridiquement la criminalité et assure l'efficacité du pouvoir judiciaire est entretenue par l'ensemble des agents impliqués dans le champ : la sentence et la responsabilité plutôt que la réhabilitation »⁷⁷. La même année, Morin, Landreville et Laberge arrivent à un constat similaire concernant les pratiques de déjudiciarisation de la maladie mentale⁷⁸. Toujours en 2000, Schneeberger et Brochu⁷⁹ :

« fournissent la structure élémentaire de la problématique des alternatives, à partir de la toxicomanie et de son traitement contraint: quand elles sont bien accueillies par les magistrats, elles supposent souvent un «arrimage» entre deux réseaux distincts (pénal et alternatif) dont les modalités d'action sont difficilement compatibles... »⁸⁰.

Ainsi, si l'étude des alternatives au sein du SJP a fait l'objet de nombreuses réflexions riches et stimulantes peu, nous semble-t-il, se sont intéressés aux logiques donnant ouverture à des possibilités innovantes en matière de réforme des idées du SJP. L'observation que nous nous proposons de faire à travers la RPM nous offre la possibilité d'explorer davantage ce champ.

Ce second chapitre sera l'occasion d'aborder plus en détail notre perspective théorique en présentant notamment un concept central à notre recherche, celui du système d'idées appelé la RPM (section 2.2). Avant de présenter cette théorie, et étant

⁷⁷ Pierre Noreau, « Judiciarisation et déjudiciarisation : La part de la poursuite et de la défense » (2000) 33:2 Criminologie 35, à la p 78, cité dans Kaminski et de Saussure, *supra* note 16.

⁷⁸ Daphné Morin et al, « Pratiques de déjudiciarisation de la maladie mentale : Le modèle de l'Urgence psychosociale-justice » (2000) 33:2 Criminologie 81.

⁷⁹ Pascal Schneeberger et Serge Brochu, « Le traitement de la toxicomanie comme alternative à l'incarcération: Un sentier rocailleux » (2000) 33:2 Criminologie 129.

⁸⁰ Kaminski et de Saussure, *supra* note 16.

donné qu'elle se fonde notamment sur la théorie des systèmes de Luhmann, nous allons investir certaines idées phares de cette dernière, surtout le concept « d'auto-référentialité », car il est essentiel à notre propos (section 2.1). Fondée sur la littérature émanant des théoriciens de la RPM, la troisième section sera, quant à elle, consacrée aux limites cognitives et aux structures historiques et politiques du système (section 2.3), qui viennent notamment déterminer le rôle et la place du contrevenant dans ce même système (section 2.4). Ensuite, nous présenterons les perspectives de recherches qui observent le rapport entre réforme et évolution du droit pénal moderne et qui ont été utilisées dans le cadre spécifique de cette recherche (section 2.5). Nous en profiterons alors pour distinguer l'innovation dans et hors de la RPM (section 2.6) et jeter les bases explicatives du problème de l'évolution du droit pénal moderne (section 2.7). Enfin, nous terminerons par l'hypothèse du rapport paradoxal entre évolution et réforme (section 2.8) ce qui nous permettra, finalement, d'expliquer notre question spécifique de recherche (section 2.9).

Avant d'aborder la première section de ce chapitre, il nous semble important de mentionner que les théories et les idées abordées ici sont complexes et qu'il nous sera impossible de rendre compte de toute leur historicité et des subtilités propres à chacune. Humblement et pour être réaliste, nous nous attarderons aux aspects conceptuels clés qui s'avèrent utiles à la compréhension de notre mémoire.

2.1 La théorie des systèmes de Luhmann

Nous avons fait le choix d'un cadre théorique nous permettant de mobiliser des concepts qui donnent sens à nos observations. Ce cadre est la conception du droit comme sous-système autopoïétique de Luhmann. Spécifions que l'approche de Luhmann axée sur un système social, et nos limites dans la mobilisation de cette approche, négligent l'ancrage du contexte politique du SJP. Les processus de dialogues intersystémiques qui se jouent avec les décideurs étatiques et les relais

administratifs successifs qui participent à la mise en place et à la pérennité des programmes sociaux ne seront pas abordés comme tel. En ce sens, nous comprenons que nous allons éclairer qu'une partie d'un processus complexe et polyrationnel qui pourrait faire l'objet d'analyses plus large. Toutefois, comme notre recherche ne vise pas à évaluer dans une perspective historique le déploiement des programmes sociaux, nous acceptons ces limites de notre cadre théorique. Il s'agit d'une théorie riche et imposante dont nous mobiliserons uniquement certains concepts qui nous permettront tout de même d'apporter un éclairage particulièrement enrichissant à notre problématique.

Pour Luhmann, la société est constituée en systèmes et en sous-systèmes qui se définissent par un ensemble de communications qui leur sont exclusives. Ces communications impliquent toujours trois éléments : la sélection d'une information, la transmission de cette information et sa compréhension par un autre système. Un système se différencie de son environnement par ses communications qui sont distinctives par rapport à celles d'un autre système. Par exemple, d'une manière tout à fait autoréférentielle, une communication est juridique lorsque le système juridique l'identifie comme telle. Autrement dit, « autoréférentiel » c'est le système qui « s'autorégule en référence à lui-même, en référence à ses propres structures et critères de décisions internes »⁸¹. Ainsi, ce qui permet de définir une communication c'est son appropriation par un système et ce qui permet d'identifier un système c'est cette production constante de communications qu'il identifie comme lui appartenant. Donc, une continuelle identification des frontières du système par la production et l'appropriation de communications.

⁸¹ Antonio Garcia Amado, «Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann» (1989) 11-12 Dr et soc 15, à la p 25.

Cette autoréférentialité au sein de la théorie est qualifiée d'autopoïèse⁸². Ce modèle d'organisation décrit la permanente autoproduction du système, sa manière de s'affirmer par rapport à son environnement. Autrement dit, le système se construit lui-même à travers cette différenciation et, dès lors, il distingue perpétuellement ce qui lui appartient de ce qui ne lui appartient pas pour perdurer dans le temps (pour se reproduire). Sinon, il risquerait de se confondre avec un autre système.

2.1.1 Fermeture opérationnelle et ouverture cognitive

Ce concept d'autopoïèse du système implique les notions de « fermeture opérationnelle » et d'« ouverture cognitive ». Ces deux notions sont importantes puisqu'elles permettent d'expliquer la manière dont un système interagit avec son environnement. Par exemple, le fait que le système s'auto-définisse en produisant ses propres éléments internes revient à dire que le système est fermé opérationnellement. Cette fermeture est essentielle puisqu'elle assure la cohérence du système : « Les systèmes [...] ne pourraient pas s'observer en tant qu'unités différenciées du reste de la société s'ils n'étaient pas fermés sur eux-mêmes, s'ils ne se percevaient pas comme des unités distinctes de leurs environnements »⁸³.

Toutefois, cette fermeture opérationnelle a comme conséquence l'impact limité que les systèmes sociaux peuvent avoir entre eux; autrement dit, l'impact des stimuli externes sur un système. Ces stimuli sont des communications qui circulent dans la société, mais qui n'appartiennent pas, a priori, au système. Par exemple, les systèmes politique ou économique ne pourront pas déterminer directement, dans un rapport de

⁸² L'idée de l'autopoïèse est empruntée à Maturana et Varela : Humberto Maturana et Francesco Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, 1^{ère} éd, Boston Studies in the Philosophy of Science, Cohen et al, vol 42, Reidel Publishing Co, 1980.

⁸³ José Roberto Franco Xavier, *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*, thèse de doctorat en criminologie, Université d'Ottawa, 2012, à la p 81 [non-publiée].

causalité, les opérations du système juridique. Ces communications extérieures essaieront d'influencer le système, mais c'est uniquement le système lui-même qui peut définir ce qui est juridique de ce qui ne l'est pas. Conséquemment, la fermeture opérationnelle entraîne une imperméabilité du système face aux tentatives de son environnement pour le déterminer de l'extérieur. En revanche, ces stimuli peuvent « irriter » le système et déclencher certaines transformations, ce que l'on qualifie alors « d'ouverture cognitive ». Si le système peut observer son environnement et être influencé par celui-ci, c'est que sa fermeture opérationnelle implique également son ouverture cognitive. Cette ouverture implique que le système cherchera dans son environnement des éléments pour construire sa propre réalité interne. Il s'agit d'une caractéristique particulièrement importante dans le cadre de notre mémoire qui cherche à comprendre comme le système se transforme à partir des interactions qu'il entretient avec son environnement.

L'ouverture cognitive permet en effet que certaines communications externes puissent déclencher des opérations à l'intérieur d'un système : « What happens in one system does not, in the strict sense, cause a specific reaction in another system, but rather triggers certain developments or resonance »⁸⁴. Nous parlons alors de stimuli extérieurs qui viennent, en quelque sorte, « irriter » le système en le poussant à réagir. Le système peut alors mobiliser trois opérations pour pouvoir évoluer : la variété, la sélection et la stabilisation⁸⁵. Lorsque ces trois opérations sont effectuées avec succès

⁸⁴ Hans-Georg Moeller, *Luhmann explained: From souls to systems*, Chicago, Open Court, 2006, à la p 221.

⁸⁵ La *variété*, c'est lorsque le système met en œuvre des possibilités nouvelles offertes par son environnement : « one can speak of variation only where unexpected (new) operations occur ». La *sélection*, c'est lorsque le système met en place des structures d'accueil pour cette variété : « selection concerns the structural value of innovation; the innovation is either accepted as something worth repealing, or is isolated as a singular occurrence and rejected ». Niklas Luhmann, *Art as a social system*, traduit par Eva Knodt, Stanford, Stanford University Press, 2000, à la p 225. «La *stabilité* c'est l'intégration de ces nouvelles structures par la généralisation des sélections : « On doit pouvoir

par le système, Teubner parle d'une « internalisation » des mécanismes qui « [...] déplacent le dynamisme de l'évolution de l'environnement lui-même vers l'intérieur du système »⁸⁶.

Par ailleurs, nous devons mentionner, puisque c'est à partir de celui-ci que nous nous proposons d'observer l'impact de certains stimuli externes, que le système de droit pénal est lui-même un système autopoïétique différencié⁸⁷ :

[...] the law differentiates out within society as an autopoietic system on its own, by setting up a network of function-specific communication of its own, by setting up a network of function-specific communication which in part gives words a narrower sense, in part a sense incomprehensible for non-legal communication, in part adding coinages of its own (for instance liability, testament), in order to make the transformations needed by law communicable⁸⁸.

observer ici un passage allant de la formation de structures (sélection) à la réaffirmation de ses structures et à leur généralisation (stabilisation). Ce n'est qu'à ce moment que la théorie pourra nous permettre d'affirmer, selon le cas, l'évolution ou la régression » Dubé, *supra* note 5, à la p 31.

⁸⁶ Gunther Teubner, *Le droit: Un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, à la p 89.

⁸⁷ Distinguer le système de droit criminel en tant que sous-système du système juridique, est « une tâche qui échappe, par sa taille et par sa complexité, aux propos de cette thèse. Comme le système juridique, le système de droit pénal et criminel en tant que sous-système du premier garde les mêmes caractéristiques de fermeture opérationnelle et d'ouverture cognitive. De même, la fonction du système de droit criminel serait la même que celle du système juridique : le maintien des expectatives normatives. Le système de droit pénal et criminel exerce la fonction de garder l'expectative généralisée dans la société que certains comportements sont interdits et ne doivent pas se produire ». (José Roberto Franco Xavier, *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*, thèse de doctorat en criminologie, Université d'Ottawa, 2012, à la p 97). Nous traiterons donc le système de droit pénal et criminel comme système autopoïétique, bien que nous soyons conscients qu'il existe des spécifications qui vaudraient la peine d'être explorées dans le cadre d'une recherche ultérieure.

⁸⁸ Niklas Luhmann, « Closure and Openness : on the Reality in the World of Law », dans Gunther Teubner, dir, *Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society*, New York, De Gruyter, 1998, à la p 341.

Pour clore les explications sur les concepts de fermeture opérationnelle et d'ouverture cognitive en rapprochant le tout à notre propre objet de recherche, nous pouvons dire que le système peut s'ouvrir cognitivement à son environnement (se laisser « irriter » par celui-ci) pour déterminer une solution juridique à un cas de figure. Par exemple, le système peut aller voir ce que disent certains acteurs sociaux (communications extérieures – ouverture cognitive) relativement à l'attribution d'une peine (opération interne). Cependant, cette ouverture n'implique pas que les acteurs sociaux pourront imposer au système juridique une manière de faire. Ainsi, intervenir dans un contexte juridique (dans un tribunal) est toujours une opération juridique (fermeture opérationnelle), mais le système peut s'ouvrir cognitivement aux communications de son environnement (stimuli externes - acteurs sociaux).

2.1.2 Objectifs des théories de la peine dominantes et du « sentencing »

Avant de passer à la section suivante sur la théorie de la RPM de Pires, nous présenterons d'abord les théories de la peine qui composent le système d'idées de la RPM. Les trois étapes de l'évolution systémique de Luhmann, que nous avons abordées un peu plus tôt (variété, sélection et stabilité), constituent un cadre dans lequel la RPM conçoit les théories de la peine comme un ensemble d'idées jouant un rôle potentiellement déterminant dans l'évolution du droit pénal moderne :

« Sur le plan de la variation, elles agissent dans les processus de filtration et de mise en forme des irritants environnementaux. En d'autres termes, elles constituent des obstacles cognitifs aux stimuli environnementaux, en ce sens qu'elles réduisent le champ de liberté cognitive et la probabilité de penser sous l'angle des alternatives. En ce qui concerne la sélection, elles influencent la détermination de ce qui dans la variation pourra être valorisé ou discrédité comme fondement décisionnel. Du point de vue de la

stabilisation, elles tendent à fixer et à généraliser davantage le processus de récursivité communicationnelle »⁸⁹.

Bien que distinctes à plusieurs égards, les théories de la peine ont un certain nombre de points en commun et reposent sur une série de prémisses⁹⁰, contenues notamment aux articles 718 à 718.21 du Code criminel. Les théories modernes de la pratique du droit pénal s'inscrivent à l'enseigne de trois principes dominants : la dissuasion, la dénonciation et la rétribution. Nous expliquerons brièvement ces trois théories afin de mieux comprendre le cadre dans lequel s'inscrivent les programmes sociaux.

La théorie de la *dissuasion* occupe une place importante dans les théories de la peine⁹¹; elle fait partie intégrante des fondements entourant l'objectif d'une punition en suggérant que la peine qui ne dissuade pas n'est tout simplement pas encore assez sévère ou pas encore assez certaine pour représenter un obstacle au passage à l'acte. Ici, la justice se limite à se demander si une peine sévère, certaine et obligatoire peut être un rempart efficace contre la criminalité. Ce que les programmes sociaux semblent repenser, c'est justement la rationalité coûts-bénéfices en ne sous-estimant pas toute la complexité qui se cache derrière le passage à l'acte. En revisitant ce

⁸⁹ Margarida Garcia, *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel*, thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2010 à la p 107.

⁹⁰ Une notion de crime associée à l'État; la responsabilité individuelle et personnelle; la compréhension des êtres humains comme indépendants de la société dans laquelle ils évoluent et comme des êtres libres, intelligents, rationnels et égaux; la peine conçue comme l'infliction d'une souffrance; une prétention à l'universalisme et la protection des droits des accusés. Voir Ministère de la Justice Canada, « *Vers un système de justice pénale minimaliste et transformateur* »: *essai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine*, Marie-Eve Sylvestre, Division de la recherche et de la statistique du Ministère de la Justice du Canada, 5 août 2016, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/opdp-pps/index.html>>

⁹¹ « [...] indépendamment des doutes qu'ont pu soulever les savoirs criminologiques, la société canadienne accorde encore une place importante à la dissuasion. [...] cet attachement collectif à la théorie de la dissuasion est en soi suffisant pour justifier le maintien et la valorisation de la dissuasion comme un principe fondamental dans la détermination de la peine ». Dubé, *supra* note 5, à la p 185.

postulat de départ de l'individu qui se gouverne par le calcul coûts-bénéfices, la mise en œuvre des programmes s'éloigne peut-être d'une rationalité qui, sinon, condamne le SJP à reproduire sans cesse les mêmes conclusions⁹².

Quant aux objectifs de la *dénonciation*⁹³, ils ont une fonction symbolique dans la mesure où les peines afflictives sont la manière dont la société communique sa réprobation à l'égard d'un crime qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la société. La dénonciation est mobilisée comme une théorie de la peine et non seulement comme un objectif, en ce sens où « c'est la théorie de la dénonciation, et non l'objectif, qui fait de la peine afflictive le signe essentiel et nécessaire de la dénonciation »⁹⁴. Ce principe est d'ailleurs explicitement codifié à l'article 718 du Code criminel et est régulièrement mobilisé comme fondement politique à la création de lois et comme justification à la détermination de la peine par les tribunaux. Il est intéressant de noter comment le système judiciaire est prompt à attribuer au justiciable la responsabilité de l'ensemble d'une problématique sociale, mais pas à limiter la portée du concept pourtant prometteur de conséquence indirecte de la peine aux facteurs liés à la situation personnelle du délinquant⁹⁵. Il existe toutefois des

⁹² Michael Tonry conclut à la suite d'une exhaustive revue de littérature menée en 2008 que « l'état des savoirs sur la dissuasion du système de justice criminelle demeure très peu différent de qu'il était il y a trente ans passés ». Michael Tonry, « Learning from the Limitations of Deterrence Research » dans Michael Tonry (dir.), *Crime and Justice. A Review of Research*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, à la p 279.

⁹³ La théorie de la dénonciation est la « dénonciation solennelle d'un comportement donné » : « la société dit au délinquant: "Nous rejetons ce genre de comportement" » : Canada, Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction: un lien à forger (Rapport Ouimet)*, Canada, Imprimeur de la reine, 1969, à la p 203.

⁹⁴ Richard Dubé et Sébastien Labonté, « La Dénonciation, la Rétribution et la Dissuasion: Repenser Trois Obstacles à L'évolution du Droit Criminel Moderne » (2016) 57 C de D 685, à la p 692.

⁹⁵ Voir : *R c Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 RCS 1089 [*Lacasse*].

formes de résistance qui donnent à croire qu'il est possible d'envisager autrement cette rationalité⁹⁶.

Finalement, la *rétribution* consiste en une forme de compensation entre le mal que produit le crime et la peine infligée, par exemple :

« les valeurs associées aux droits de la personne sont protégées pour les uns contre les autres et justifient paradoxalement ainsi leur propre transgression dans les modes d'intervention: nous portons atteinte à la vie, à la liberté, à la propriété et à la dignité humaine au nom de la protection qu'exigent les mêmes valeurs »⁹⁷.

Alors que la dissuasion et la dénonciation apparaissent explicitement comme des objectifs pouvant servir de fondement aux sanctions pénales, la rétribution trouve plutôt écho dans la jurisprudence qui continue inlassablement à y référer. Elle fait d'ailleurs partie des justifications déterminantes dans l'évaluation constitutionnelle des lois par les tribunaux⁹⁸. Encore là, si l'on observe le type de délits traités au sein des programmes sociaux, nous constatons rapidement qu'il s'agit le plus souvent

⁹⁶ « Lorsque le processus pénal a réussi à responsabiliser et à marquer profondément un délinquant au point où la dissuasion spécifique est acquise, une importante partie de la dimension individuelle de la peine est atteinte, en plus d'un élément rassurant dans une perspective de protection sociale. » *Harbour c R*, 2017 QCCA 204, au para 60 [*Harbour*]. Cet arrêt nous rappelle que l'existence même d'une procédure juridique peut suffire à affirmer une norme; le simple fait de mettre en branle une poursuite criminelle comme réponse au comportement qui est contraire à une norme est un message suffisant et non équivoque de la société qu'il s'agit d'un comportement inacceptable.

⁹⁷ Dubé et Labonté, *supra* note 94, à la p 698.

⁹⁸ *R c Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 RCS 773, au para 163.

d'incivilité dont la « victime » est absente⁹⁹. Le mal que produit donc ce type de délit n'enjoint pas une peine qui soit sévère pour soutenir une juste compensation.

La détermination de la peine se base donc essentiellement sur ces principes directeurs à travers le processus décisionnel¹⁰⁰. Pour nous, c'est notamment à travers ce processus décisionnel que l'on peut mieux comprendre le fonctionnement et les finalités du SJP.

Bien que l'individualisation de la peine soit également un principe général porté par l'article 718.2 a) du Code¹⁰¹, les programmes sociaux tentent d'y apporter une attention toute particulière en individualisant la prise en charge « thérapeutique » du contrevenant et en adaptant la peine aux besoins de celui-ci. Cette notion d'individualisation des peines¹⁰² est pour Tata un fétiche judiciaire¹⁰³ dans la mesure

⁹⁹ Les infractions sont mineures et généralement à l'encontre de l'ordre public ou des policiers eux-mêmes : méfait, menace, désordre public, voie de fait simple.

¹⁰⁰ D'autres principes contenus aux articles 718 à 720 du Ccr guident également la détermination de peine.

¹⁰¹ Voir également la règle générale de l'article 720 Ccr en matière de procédure et de règles de preuve.

¹⁰² Voir l'arrêt Ipeelee ou le juge Lebel explique que : Malgré les contraintes imposées par le principe de proportionnalité, les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine. Sous réserve des dispositions législatives particulières dont la conformité à la Charte a été reconnue, le prononcé d'une peine appropriée reste un processus fortement individualisé. Les juges chargés d'imposer les peines doivent disposer d'une latitude suffisante pour les adapter aux circonstances de l'infraction et à la situation du contrevenant en cause. *R c Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 43. Voir aussi : *Harbour*, supra note 96 : Le processus de la détermination de la peine est intrinsèquement individualisé et commande des variations qui dépendent des caractéristiques individuelles du délinquant et de sa culpabilité morale à la fois en raison de sa participation au crime et de son degré de participation: *R c M (CA)*, [1996] 1 RCS 500, au para 92; *R c Gladue*, [1999] 1 RCS 688, au para 76; *R c Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 RCS 61, au para 82; *R c Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 RC 206, aux para 40-41, 43, 57; *R c Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 RCS 433, au para 39; *R c Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 RCS 167, au para 21; *R c Lacasse*, supra note 95, au para 54, 58, 128. La peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant : art 718.1 Ccr.

¹⁰³ Notre traduction de « a type of judicial fetish ». Cyrus Tata, « A sense of justice: The role of presentence reports in the production (and disruption) of guilt and guilty pleas » (2010) 12 *Punishment and Society* 239.

où l'individualisation de la détermination d'une sentence rend plus humaine la peine et, par conséquent, « in some ambiguous, spiritual manner, judges are simultaneously serving everyone's interests ». Il ne faut pas oublier que les objectifs et les principes de détermination de la peine sont des concepts fluides qui peuvent mener à une disparité importante entre ce qu'un juge peut considérer être la juste sanction. Face à une figure de cas identique, il est donc possible d'avoir des sentences disparates¹⁰⁴.

L'ensemble des principes en matière de « sentencing » permet tout de même de rendre compte des principales formes de justification au soutien du mandat punitif du SJP. Que l'on justifie une peine par la dissuasion, la dénonciation ou la rétribution, « on sera tôt ou tard amené à exiger soit le traitement, soit la punition, mais d'une manière ou d'une autre, ce qu'on exigera en définitive, que ce soit pour punir ou traiter, c'est l'exclusion sociale de l'individu »¹⁰⁵. Ces théories ont « [...] ainsi pu jouer un rôle clé, et continuent d'ailleurs de le faire, dans la cristallisation des normes de sanction du droit [pénal] moderne »¹⁰⁶.

Ainsi, bien de la CMM traite des infractions de nature criminelle et pénale, elle demeure assujettie à ces principes de droit. Les théories de la peine sont le fondement de la légitimité étatique d'intervenir et concernent toute infraction que l'on définit

¹⁰⁴ Palys et Divorsk, « Judicial decision-making: An examination of sentencing disparity among Canadian provincial court judges », dans David J. Muller et al, dir, *Psychology and the Law*, Toronto, Wiley, 1994.

¹⁰⁵ Dubé, *supra* note 5, à la p 53.

¹⁰⁶ *Ibid.* « Quant à la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité, elle s'éloigne de l'idée de l'enfermement punitif. Cette réhabilitation se distingue donc des principes qui favorisent avant tout le pénitencier en mettant plutôt de l'avant l'inclusion au sein de la communauté. C'est le seul principe à introduire un autre paradigme en privilégiant le maintien du contrevenant dans la société. En ce sens, la réhabilitation moderne trace « les premiers contours d'un autre système de pensée ». à la p. 57. Maintenant, à savoir si le principe de réhabilitation de la seconde modernité est davantage qu'une forme de complexification interne de la structure cognitive dominante du SJP et peut constituer une innovation relevant d'une autre rationalité que la RPM, nous n'aborderons pas davantage cette question qui à elle seule pourrait faire l'objet d'une autre recherche.

comme une transgression par un individu à un ordre juridique établi par l'État à un moment précis.

Les programmes sociaux de la CMM portent également des valeurs moins négatives associées aux théories de la peine telles que la modération, la réparation, la réconciliation, la responsabilisation et la transformation que l'on retrouve aux articles 718 et suivants du Code. Pour s'assurer toutefois que de telles valeurs puissent se généraliser et perdurer, il importe d'exclure les théories afflictives de la peine afin de « s'assurer que celles-ci ne contaminent pas l'exploration de mesures [alternatives] comme ce fut le cas jusqu'à présent (par ex. probation et emprisonnement avec sursis) »¹⁰⁷.

2.2 La RPM

Puisque cette recherche aspire à quelques contributions théoriques et emploiera des outils conceptuels propres à la théorie de la RPM, nous devons nous assurer d'en comprendre au moins les grandes lignes. Ce volet sera donc descriptif et explicatif et abordera sommairement le problème d'évolution du droit pénal qui est le postulat directeur de cette théorie.

La RPM part de l'hypothèse selon laquelle les théories de la peine forment un système d'idées constituant un obstacle cognitif aux alternatives aux peines afflictives, l'emprisonnement étant, ici, la peine de référence¹⁰⁸. La RPM met en

¹⁰⁷ Ministère de la Justice du Canada, « Vers un SJP minimaliste et transformateur : essai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine », *supra* note 46.

¹⁰⁸ La prison demeure la peine de référence dans la mesure où « toutes les théories de la peine justifient cette peine, souvent à l'exclusion d'autres sanctions. Nous avons donc cinq-ou plutôt quatre (puisque le rétributivisme pur et le juste dû donnent, dans leurs grandes lignes, une seule et même raison) - « bonnes » raisons pour envoyer quelqu'un en prison: pour le punir, pour le dissuader ou dissuader les

exergue un ensemble d'analogies qui marquent les théories de la peine en les renforçant mutuellement. Cet ensemble d'idées unifié renforce l'obligation de punir à travers des peines plus sévères que modérées, marquées par l'affliction et l'exclusion sociale comme mode d'intervention judiciaire; « nous pouvons dire que la RPM a établi un univers fermé d'idées sur les peines qui est contraignant et autoritaire »¹⁰⁹. Pires parle d'un « système de pensée » comprenant « tous les discours savants (ou ayant un appui savant) qui ont été sélectionnés, validés, stabilisés et généralisés par le système social en question »¹¹⁰. Cet ensemble fonctionne comme référent identitaire et constitue une source de cognition pour le système par rapport à ce que sont ses fonctions; « le système de pensée fonctionne comme une paire de lunettes avec laquelle le système social observe le monde (y inclut lui-même), le comprend et formule ses communications »¹¹¹. Bien que ces communications puissent ne pas toujours être cohérentes les unes avec les autres, elles forment tout de même une unité rassemblée autour d'idées communes.

De toutes ces idées au sein des théories de la peine moderne, aucune ne constitue de réelles alternatives. Au contraire, elles forment « un noyau dur, une forteresse cognitive »¹¹² qui laissent peu de place aux idées innovantes. Le programme de pensée et d'action autour duquel le SJP s'est construit représente donc une monumentale structure cognitive dont il est difficile d'échapper. Cette difficulté ne

autres, pour le neutraliser ou pour le réadapter ». Alvaro Pires, « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires » (1990) 32:3 *Revue canadienne de criminologie* 441, à la p 448.

¹⁰⁹ Garcia, *supra* note 89, à la p 133.

¹¹⁰ Alvaro Pires, « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? » dans Dan Kaminski et Michel Kokoreff, dir, *Sociologie pénale: système et expérience*, Ramonville Sainte-Agne, Éditions Érès, 2004, à la p 173.

¹¹¹ José Roberto Franco Xavier, *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*, Thèse de doctorat en criminologie, Département de criminologie, Faculté des sciences sociales, Université d'Ottawa, 2012, à la p 134 [non-publiée].

¹¹² Garcia, *supra* note 89, à la p 134.

frappe pas uniquement les acteurs judiciaires, elle est également vécue par quiconque tente de repenser les idées qui sont traditionnellement associées au droit pénal¹¹³.

Bref, lorsque nous référons à la RPM nous parlons d'un système de pensée bien réel qui forme la structure cognitive dominante au sein du SJP. Ce système de pensée rassemble les idées récurrentes à travers les différentes théories de la peine; « il s'agit de ce tout harmonieux du point de vue de la totalité »¹¹⁴. Lorsque le système justifie une peine, il se réfèrera systématiquement à l'une ou l'autre de ces idées dominantes. Ainsi, la RPM :

- « a) conditionne ce qui est et ce qui n'est pas une peine;
- b) conditionne à quoi elle doit servir et quelle forme elle doit (ou ne doit pas) prendre pour être une peine « juste » ou appropriée;
- c) sert de fondement au droit de punir;
- et d) sert à construire un discours identitaire pour le [SJP].

Il s'agit du système d'idées qui détermine le statut, le rôle et les possibilités de la punition dans le cadre du [SJP] »¹¹⁵.

C'est donc à partir de ce cadre théorique que nous pourrions dégager les communications extérieures susceptibles d'avoir déstabilisé la rationalité dominante du SJP. Ces stimuli externes constituent potentiellement une forme de pensée critique

¹¹³ Pires, *supra* note 7, à la p 184 : « Mêmes les savoirs juridiques, philosophiques et ceux produits dans le cadre des sciences sociales sont concernés par cette difficulté: ces savoirs ne réussissent pas à prendre suffisamment de recul par rapport au système de pensée et aux pratiques institutionnelles qu'ils sont censés décrire et analyser ».

¹¹⁴ Xavier, *supra* note 111, à la p 136.

¹¹⁵ Xavier, *supra* note 111, à la p 136.

distanciée qui a le potentiel de « décrire la configuration effective de ce système comme étant une possibilité parmi d'autres [...] »¹¹⁶.

Afin de mieux comprendre le problème de l'évolution du droit pénal moderne, nous explorerons, dans la prochaine section, les limites cognitives et les structures historiques et politiques de ce système de droit et le rôle et la place du contrevenant à l'intérieur du système. Ces observations nous permettront de mieux formuler notre hypothèse, dont nous discuterons un plus loin dans le présent chapitre.

2.3 Limites cognitives et structures historiques et politiques du système

Nous nous proposons d'exposer sommairement certains malaises ou obstacles qui surgissent lorsque l'on envisage une réforme cognitive du SJP. Parce que, comme le disait Luhmann, « le droit, malgré un rythme de changement fort accéléré, demeure en gros et d'une façon générale ce qu'il est »¹¹⁷. Bien qu'il ne constitue pas toujours la solution la plus efficace ou la plus souhaitable dans la résolution de problématiques sociales, il tient un rôle important dans la régulation de ces problématiques.

Toutefois, historiquement, et en simplifiant radicalement les choses, nous pouvons dire que le SJP « s'oppose à tout ce qui fait obstacle à des formes d'intervention juridique moins répressives et moins coercitives tant à l'égard des justiciables que des victimes »¹¹⁸. Il s'agit d'un ensemble de principes ou de manière de penser propres à la culture juridique qui constitue une forme de blocage empêchant un processus d'actualisation:

¹¹⁶ Pires, *supra* note 7, à la p 184.

¹¹⁷ Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » (1989) 11-12 Dr et Soc 53, aux pp 65-66.

¹¹⁸ Pires, *supra* note 11, à la p 134.

« En effet, les discours contemporains sur la réforme du droit pénal sont encore fondamentalement marqués par certains acquis et conceptions de la modernité. Or ces « acquis », indépendamment de leur contribution à l'évolution de notre culture juridique en général, sont devenus aujourd'hui des véritables obstacles « mentaux » à une mutation du droit : ils agissent comme des systèmes de pensée qui nous empêchent de sortir d'une certaine routine et d'un certain espace clos que nous avons nous-mêmes bâtis et qui maintenant nous étouffent »¹¹⁹ .

Selon Pierre Lascoumes, c'est en intégrant une « architecture réputée rationnelle » dans le droit que « le système juridique demeura perçu pendant plusieurs décennies comme un ensemble de commandements détaché de toute causalité autre que celle d'une volonté étatique abstraite »¹²⁰. Si on ne s'illusionne donc pas sur la capacité du SJP à résoudre des problématiques sociales, nous constatons qu'il joue un rôle certain dans la gestion de ces problématiques. Et si l'intervention du SJP peut parfois mener à une société bienveillante et plus humaine, encore faut-il être en mesure de mener à terme une réforme critique de ces fondements afflictifs. En 1976, la Commission de réforme du droit du Canada semblait être en bonne posture pour effectuer un tel remaniement :

« Dans un de ces documents le plus connus (C.R.D.C, 1976), elle nous rappelait que « le droit pénal est un instrument brutal qu'on ne doit utiliser qu'en dernier ressort ». À son avis, le droit pénal devrait poursuivre « un idéal d'humanité, de liberté et de justice ». [...] D'où le rappel que le droit criminel, tout au moins le nouveau droit qu'on voulait introduire, n'a comme objet que la punition, et

¹¹⁹ *Ibid*, à la p 134.

¹²⁰ Pierre Lascoumes, « Pluralité d'acteurs, pluralité d'actions dans la création contemporaine des lois » dans François Digneffe, dir, *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst*, Liège, Belgique, Mardaga, 1990, à la p 146.

l'insistance sur la nécessité de développer le « sens de la modération ». La Commission disait alors que « ce qui compte, ce n'est pas le nombre d'affaires qui passent entre les mains du système, mais bien la nature du système ». C'était donc, pour elle, « une question de *qualité* et non de quantité ». ¹²¹

Pourtant, les années 80 n'ont certainement pas été marquées par les idéaux des commissions de réformes des années 70. La publication, en 1986, du projet du nouveau Code criminel exclut notamment le préambule rappelant le principe de modération qui est alors jugé, par la même Commission, « à la fois inutile et inopportun » ¹²². Comment expliquer ce renversement de situation ? Une étude menée sur l'action sociale qui précède le processus formel de création du droit pénal et criminel nous offre une réponse :

« Le processus de création de la loi [...] est marqué par une logique circulaire (certains diront incestueuse) où ceux qui proposent la réforme du droit sont souvent ceux qui vont l'appliquer en fin de compte. [...] L'activité de réforme est restée entre les mains d'une élite de demandeurs dont les motivations obéissent à une logique, au mieux, pragmatique, au pire, utilitaire (comme lorsque, par exemple, il était question d'obtenir des réponses à des questions spécifiques, intrinsèquement liées à l'exercice de leurs fonctions quotidiennes) » ¹²³.

Les logiques derrière les réformes seraient donc soutenues par des impératifs de productivité et d'efficience qui n'ont pas comme premier objectif de répondre aux

¹²¹ Pires, *supra* note 11, à la p 137.

¹²² Canada, Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.C), *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, 1986, à la p 7.

¹²³ Margarida Garcia, « La réforme du droit entre action sociale et choix systémiques : Réflexion à partir d'une étude de cas sur les demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien » (2013) 43:2 RGD 333, à la p 376.

demandes de réformes des acteurs à l'extérieur du système. Et lorsque ces demandes sont adressées au système par les acteurs sociaux eux-mêmes, l'étude rappelle que si une adéquation existe entre ces demandes et les réformes, c'est peut-être, au mieux, parce que les demandes étaient articulées et traduites de telle manière à ce qu'elles puissent être reçues par le système. Essentiellement, « la rationalité sous-jacente à la grande majorité des demandes de changement était exactement la même rationalité qui, en matière de droit criminel, caractérise autant le système politique que le système juridique [...] »¹²⁴. C'est ce que Crozier et Friedberg qualifient de concept de « microculture », c'est-à-dire les limites par la nature et les règles du système de décision dont font partie des acteurs/décideurs¹²⁵. Ce sont ces limites qui influencent grandement le choix des problèmes que le SJP va traiter et la manière dont les acteurs et les décideurs conçoivent les solutions possibles.

Ce concept est important pour comprendre le fonctionnement et l'historique évolutif du SJP. Il est ainsi utile de faire le lien entre la rationalité du système et la rationalité mise de l'avant par les acteurs sociaux puisque tous deux sont mutuels. En effet, cette rationalité existe parce qu'elle « est capable de façonner les stratégies des acteurs membres du système »¹²⁶ autrement dit, les stratégies des acteurs sociaux lorsqu'ils s'adressent au SJP. Finalement, peu importe l'acteur ou le type de demande, puisque la rationalité qui préside la démarche de réforme est une rationalité systémique. Les demandes formulées au système sont donc déjà toutes formulées et adaptées aux règles de la RPM. La conception même des solutions possibles est, à priori, limitée par les structures de cette « microculture » autoréférentielle. C'est cette rationalité toute fonctionnelle qui limite, dans la formulation même des idées, le champ des

¹²⁴ *Ibid.*, à la p 377.

¹²⁵ Michel Crozier et Erhard Friedberg, *L'acteur et le système : Les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977, aux pp 360-361.

¹²⁶ *Ibid.*, à la p 361.

possibles. Autrement dit, la rationalité qui préside les demandes de réformes n'est pas étrangère ou extérieure au système auquel elle s'adresse et qu'elle propose de transformer. Nous trouvons là des éléments susceptibles de nous éclairer sur les limites concernant l'apport, par les acteurs extérieurs au système, d'idées innovantes en matière de droit pénal dont Bourgeault disait qu'elles finissaient toutes par souffrir de « l'enfermement dans le pareil au même »¹²⁷.

Maintenant que nous avons entrevu quelques limites inhérentes du SJP, nous devons aborder cet autre acteur au centre des préoccupations du système, à savoir le contrevenant. Son statut est déterminant, car c'est à partir de cette qualification de « contrevenant » que le système peut légitimement intervenir à travers l'imposition d'une condamnation. Une restructuration de cette qualification et de l'espace que lui offre le système pour s'exprimer peut, en soi, amener le système à intervenir différemment.

2.4 Le rôle et la place du contrevenant à l'intérieur du système

Pour des raisons politiques et historiques que décrit notamment Thierry Lévy dans l'Éloge de la barbarie judiciaire¹²⁸, l'« adversarité » propre au système judiciaire « est loin d'opérer à armes égales : elle laisse souvent sans voix et sans moyens l'adversaire, le suspect, le prévenu, le condamné, sous les diverses appellations qu'on peut lui donner selon les étapes de la procédure à laquelle il est soumis ». On peut comprendre qu'advenant même qu'on laisse une place privilégiée au contrevenant au

¹²⁷ Guy Bourgeault, « L'innovation sociale et ses implications. Considérations éthiques » dans *Le développement social au rythme de l'innovation. Actes de colloque*, colloque dans le cadre du 69^e Congrès de l'ACFAS, présenté à l'Université de Sherbrooke, le 16 mai 2001, Sherbrooke, Presse de l'Université du Québec, 2004, à la p 7.

¹²⁸ Thierry Lévy, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2014.

sein des programmes sociaux, l'autorité particulière qu'incarne le système judiciaire constitue un déséquilibre intrinsèque dans son rapport à l'autre. Néanmoins, au fil du temps, les cours de justice ont fait certains constats qui ont, en partie, modifié le rôle et la place qu'occupe le contrevenant¹²⁹ : certains accusés et certaines victimes avaient besoin d'un soutien particulier; les peines étaient mal adaptées aux capacités physiques ou psychologiques de certains contrevenants et l'approche traditionnelle (accusation – procès – condamnation) ne réglait pas toujours la problématique ayant entraîné la commission du délit. Toute la question, pour le SJP, est alors de savoir comment mieux servir les intérêts de la justice en favorisant la réinsertion sociale du contrevenant et en répondant mieux à ses besoins.

En ce qui nous concerne, la question est celle de savoir si la place qui leur est faite va transformer les approches afflictives de la peine et le cadre cognitif mis en place par la RPM¹³⁰. Dit autrement, va-t-on tenter d'intégrer la santé et le bien-être de l'accusé tout en conservant une « psychologie de la société punitive »¹³¹? Que l'on considère que les besoins et les particularités de chaque contrevenant ont toujours eu et continuent d'avoir un impact réel sur le fonctionnement du droit pénal n'est pas ce qui nous importe. Ce qu'il nous faut plutôt comprendre, c'est si les actuels changements qui s'opèrent dans les discours entourant les contrevenants, et leur place dans les programmes sociaux, constituent une nouveauté. L'aboutissement d'une redéfinition du rôle de la justice pénale et d'une requalification du contrevenant à travers les objectifs de l'intervention du tribunal a des conséquences sur notre

¹²⁹ Ombudsman de Montréal, « Programmes sociaux à la Cour municipale... De quoi s'agit-il? » (3 décembre 2015), en ligne : <<https://ombudsmantemontreal.com/programmes-sociaux-a-la-cour-municipale-de-quoi-sagit-il/4333>>.

¹³⁰ Qui a notamment polarisé le fonctionnement binaire victime/accusé. L'accusé ne pouvant être à la fois responsable d'un délit et une victime (victime de son état de santé mentale, de ses dépendances, de son environnement sociale criminogène, etc.

¹³¹ George Mead, «The psychology of punitive justice » (1918) 23:5 The American journal of sociology 577, cité dans Garcia, *supra* note 89, à la p 32.

manière d'appréhender le droit et ses potentialités. Certains voient ces changements de manière positive où l'expression des besoins des contrevenants dans le processus de traitement d'un délit fait en sorte que la peine sera plus efficace, que la dignité de l'accusé sera renforcée et que la justice sera mieux servie par une intervention visant à maximiser la réinsertion sociale du contrevenant. La prise en compte de ses besoins particuliers dans le processus pénal n'est toutefois pas, en soi, la cause d'une innovation dans le domaine des peines. En fait, ce qui s'avère préoccupant, c'est :

« [...] l'absence de concurrence sur le plan de l'offre de sens proposée par le système de droit [pénal]. L'offre de sens proposée, c'est-à-dire la manière de valoriser les [besoins des contrevenants] est profondément imprégnée de la rationalité mise en œuvre par les théories modernes de la peine (dissuasion, rétribution, dénonciation, etc.). [...] Ce n'est donc pas la quête de [reconnaissance des besoins du contrevenant] qui pose en soi un problème, c'est l'idée qu'une véritable et sincère reconnaissance ne puisse se faire, sans véritable concurrence sur le plan de l'offre de sens proposée, qu'à travers les structures cognitives d'une institution particulièrement hostile et concrètement peu concernée par la préservation ou la reconstruction des liens sociaux¹³² ».

La question demeure donc, pour nous, de savoir comment le système gère ce paradoxe entre la place privilégiée qu'il propose aux processus plus concernés par la réinsertion sociale du contrevenant que par sa souffrance et son rôle historiquement tourné vers la peine afflictive. A-t-il mis en place des stratégies qui lui permettent de participer à l'émergence d'une nouvelle « offre de sens » et à la mise en place d'idées novatrices capables de concurrencer les traditions de la RPM en matière de sanction ? Le mandat de la CMM, au sein des programmes sociaux, s'est peut-être transformé

¹³² Garcia, *supra* note 89, aux pp 40- 41.

autour d'une nouvelle manière de concevoir le contrevenant, son délit et le processus par lequel elle lui offre une « réponse pénale ».

2.5 Les perspectives de recherche qui observent le rapport entre réformes et évolution du droit pénal moderne

Si la littérature qui prend pour objet l'évolution ou les réformes du droit pénal et criminel abonde¹³³, celle qui s'attarde à la distinction entre évolution et réforme est beaucoup plus rare.

Nous croyons pourtant qu'il est important de traiter de cette distinction comme deux postures épistémologiques, deux manières de concevoir les changements qui s'opèrent à l'intérieur du droit pénal; cette distinction nous permettra d'aborder la question de l'innovation. Pour ce faire, nous nous référons essentiellement aux réflexions fécondes du binôme formé par Garcia et Dubé¹³⁴ pour faire état des connaissances sur cette question. Tous deux étant membres de la Chaire de recherche en RPM, leurs travaux s'inscrivent indéniablement dans la suite des recherches menées par Pires.

¹³³ Voir notamment : Jean-François Cauchie et Dan Kaminski, *supra* note 69; André Jodouin et Marie-Eve Sylvestre, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexion sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine » (2009) 50 C de D 519 ; Geneviève Beausoleil-Allard, « Quand le renouveau pénologique au coeur de l'art. 718 2e) se fait attendre : Symptôme d'une impasse réformiste plus générale » (2016) CCLR 123, 148 ; Philippe Nonet et Philip Selznick, *Law and Society in Transition : Toward Responsive Law*, New York, Harper and Row, 1978.

¹³⁴ Tous deux professeur(e)s, respectivement en droit et en criminologie à l'Université d'Ottawa dont la collaboration riche et abondante mène depuis de nombreuses années à des publications sur les questions de réforme du droit pénal et criminel. Voir notamment les travaux publiés dans le cadre de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. La question directrice qui inspire ces réflexions est celle de penser les conditions d'évolution et d'innovation du droit criminel, surtout en ce qui concerne la détermination de la peine : Richard DUBÉ, « Les angles d'observation de la RPM et la recherche empirique », dans Dubé, Garcia et Rocha Machado, *supra* note 12, aux pp 15-34.

Leur théorie se fonde sur celle de l'évolution de Luhmann¹³⁵ qui nous aide à mieux comprendre les changements dans le processus d'évolution ou de réforme du droit pénal. Elle nous offre une schématisation intéressante de ce processus en distinguant trois types d'opérations que peut réaliser le système juridique pour pouvoir évoluer : variété, sélection et stabilisation. Trois opérations, que nous avons mentionnées plus haut, qui permettent de distinguer certains obstacles dans les différentes étapes de mobilisation du système.

L'approche développée par Garcia et Dubé nous permet donc de problématiser l'objet « évolution » versus celui de la « réforme » du droit pénal dans les termes d'une « tradition de changement sans réforme »¹³⁶. Nous partons du postulat qu'une réforme nécessite une forme d'innovation qui va au-delà du simple changement. En ce sens, nous ne disons pas que le droit n'évolue pas, nous soutenons plutôt qu'il ne se réforme pas nécessairement parce qu'il change. En fait, le système de justice change constamment; autrement dit, il évolue constamment. Si nous considérons qu'un changement mène à une évolution, le concept d'évolution devient une simple causalité : « tous les systèmes sociaux sont soumis à la loi naturelle ou historique de l'évolution »¹³⁷. Ainsi, nous devons distinguer l'évolution de la réforme, sinon tout pourrait être conçu comme une forme d'évolution et nous serions alors incapables d'observer les conditions d'émergence des innovations menant à des réformes. En d'autres termes :

¹³⁵ Voir à ce sujet Niklas Luhmann, *Politique et complexité*, Paris, Éditions du Cerf, 1999; Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004 et Teubner, *supra* note 86.

¹³⁶ Margarida Garcia et Richard Dubé, « La réforme du droit criminel : Une idée dont le temps est venu », dans Julie Desrosiers, Margarida Garcia, Marie-Ève Sylvestre, dir, *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités / Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities*, Montréal, Yvon Blais, 2017.

¹³⁷ Pires reprend ici des remarques faites par Luhmann; Alvaro Pires, « Codifications et réformes pénales » dans L. Mucchielli et P. Robert, dir, *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, Éditions la Découverte, 2002 à la p 89.

« si [une réforme] implique nécessairement le changement, l'inverse ne vaut pas; le changement n'implique pas en soi [une réforme]. L'activité législative en matière de droit [pénal] introduit constamment des changements au niveau des normes de comportement, mais peut-on, à partir de ces changements, parler [de réforme] du système »¹³⁸ ?

Nous devons observer le paradoxe entre évolution et réforme du droit pénal à travers le potentiel que représentent, sur le plan du renouvellement des idées (de l'innovation), les programmes sociaux au sein des tribunaux. Pour ce faire, nous nous basons notamment sur la caractérisation de la réforme que proposent Garcia et Dubé¹³⁹ :

« La réforme du droit peut être conçue comme un processus aboutissant à la modification de structures plus particulièrement névralgiques au sein du système et qui implique un type d'opération à même d'altérer les frontières du système par l'enrichissement de son éventail de possibilités normatives, cognitives et opérationnelles. [...] La réforme doit en ce sens être considérée comme un type particulier d'évolution qui n'est pas garantie par le simple changement ».

Nous adoptons leur posture dans la mesure où elle explique notamment le rôle des variations de l'environnement (externe) du système (les acteurs sociaux) dans l'émergence d'idées innovantes : « La variété est produite au sein du système lorsque celui-ci exploite sur le plan décisionnel et opérationnel de nouvelles possibilités, incluant celles découlant de la variété externe de son environnement ». Ces « nouvelles possibilités » font référence à l'innovation qui est un concept qui a été

¹³⁸ Dubé, *supra* note 5, à la p 17.

¹³⁹ Théorie elle-même découlant de celle de la « non-évolution » du droit criminel moderne formulée par Pires (Pires, *supra* note 137, p. 84-92); Garcia et Dubé, *supra* note 136.

conceptualisé de différentes façons, sous différentes perspectives et développer au sein de diverses disciplines. Bien qu'il existe beaucoup de publications sur le concept d'innovation, la littérature ne propose pas une conceptualisation intégrante commune. La complexité du processus de création et de diffusion illustre le caractère multidimensionnel de l'innovation. La prochaine section vise à faire le point sur ce concept en ciblant les éléments qui s'avèrent plus pertinents et plus utiles dans le contexte de notre propos.

2.6 Innovation et RPM

Le concept d'innovation est intrinsèquement lié à la théorie de la RPM. Rappelons que cette théorie s'intéresse à l'évolution du SJP en se basant sur les théories de la peine, mais elle vise également à expliquer les difficultés d'émergence d'innovations dans le système; c'est pourquoi il est indispensable de traiter du concept d'innovation au sein de la RPM. Afin d'enrichir nos réflexions et pour mieux ancrer le postulat général de la RPM, nous aborderons aussi brièvement le concept en dehors du cadre la RPM.

L'étude des innovations sociales concerne « toute nouvelle approche, pratique ou intervention, ou encore tout nouveau produit mis au point pour améliorer une situation ou solutionner un problème social et ayant trouvé preneur au niveau des institutions, des organisations, des communautés »¹⁴⁰. Cette définition considère comme une innovation la mise place d'une pratique qui solutionne une problématique

¹⁴⁰ Québec, Camil Bouchard et le Groupe de travail sur l'innovation sociale, « *Contribution à une politique de l'immatériel* » *Recherche en sciences humaines et sociales et innovations sociales*, Groupe de travail sur l'innovation sociale, Conseil québécois de la recherche sociale, 1999, à la p 5.

particulière. Ainsi, une innovation qui serait le produit d'intentions intuitives plutôt que visant directement à résoudre un problème serait exclu de cette interprétation.

Lorsque c'est une organisation (comme le système judiciaire) qui s'approprie une nouveauté, celle-ci passera « de la sphère des raisons pratiques à celle des rapports normés codés et intégrés dans un ensemble de relations qui sont elles-mêmes déjà organisées, normées et codées »¹⁴¹. Selon Noreau, c'est par ce processus d'objectivation que l'innovation acquiert sa pérennité. D'intentions subjectives appartenant à des acteurs sociaux, l'innovation intègre alors le répertoire des normes et des pratiques systémiques, sans rapport donc aux acteurs eux-mêmes; « l'innovation gagne du coup une existence autonome, extérieure à la volonté particulière des personnes qui l'ont rendue possible »¹⁴².

L'innovation sociale relève alors d'une question de rythme entre l'évolution des normes sociales et les modifications législatives. Entre l'adoption de mécanismes d'ajustement au sein des tribunaux et la réforme législative, il y a une mutation graduelle des normes. L'innovation est alors observable dans ce retard entre la réalité sociale des justiciables et l'objectivation juridique de nouvelles normes. Autrement dit : « [...] la rationalité formelle qui caractérise la forme juridique se combine à la permanence des pratiques et des monopoles qui préexistent à la reconnaissance juridique de l'innovation pour en favoriser le contournement »¹⁴³. La juridicisation d'une innovation se heurte donc à un champ normatif et un ensemble de pratiques déjà largement structuré qui en limite la survie.

¹⁴¹ Pierre Noreau, « L'innovation sociale et le droit : Est-ce bien compatible ? » dans Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC), *Le développement social au rythme de l'innovation*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2004, p. 73-108, en ligne : <http://hdl.handle.net/1866/143>.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

Cette perspective se situe toutefois hors du droit puisqu'elle pose la problématique de l'innovation comme un fait extérieur. Il ne s'agit alors pas d'observer comment le système innove, mais d'observer comment il s'ajuste à l'innovation. Par contre, au niveau de la rationalisation particulière qui s'opère au sein du système lorsqu'il est confronté à de nouvelles idées et sur la question de la dépossession des intentions des acteurs par cette rationalisation, nous rejoignons cette perspective. Quant à la possibilité d'entrevoir l'innovation comme processus d'évolution et comme outil de transformation, l'approche de Nonet et Selznick sur le « droit responsif »¹⁴⁴ propose des pistes de réflexion intéressantes. Ce que nous apprennent Nonet et Selznick sur l'innovation permet de résoudre en partie la tension qui existe entre l'innovation continue de l'environnement social et les objectifs de stabilité et d'intégrité du système juridique. Ainsi, l'innovation peut constituer un pouvoir de transformation lorsqu'elle est perçue par le droit comme une source de connaissance et une opportunité d'autorégulation :

«A responsive institution retains a grasp on what is essential to its integrity while taking account of new forces in its environment. To do so, it builds upon the ways integrity and openness sustain each other even as they conflict. It perceives social pressures as sources of knowledge and opportunities for self-correction»¹⁴⁵.

Ainsi, nous entrevoyons plus clairement la place que peut occuper l'innovation au sein du système juridique. Il s'agit, pour le dire comme Luhmann, d'une question de sélection : «selection concerns the structural value of innovation; the innovation is either accepted as something worth repeating, or is isolated as a singular occurrence

¹⁴⁴ Philippe Nonet et Philip Selznick, *Law and Society in Transition : Toward Responsive Law*, New York, Harper ans Row, 1978.

¹⁴⁵ *Ibid*, aux pp 76-77.

and rejected »¹⁴⁶. En ayant compris que l'innovation est à la fois un phénomène extérieur auquel le droit peut réagir et une source de connaissance génératrice d'autorégulation, nous pouvons désormais aborder l'innovation au sein de la RPM puisqu'elle se base en partie sur ces postulats.

La RPM utilise l'innovation comme outil de mesure sociologique pour observer les changements au sein, notamment, du SJP. L'innovation est alors perçue dans un sens large; elle peut se « situer sur divers niveaux (les idées, le programme des normes de sanction, les organisations) et à différentes étapes temporelles (variété, sélection, stabilisation) »¹⁴⁷. Pour être qualifié d'innovant, un changement au sein de ces différents niveaux doit être « irréductible, non-prédictible et non-déductible »¹⁴⁸ a contrario d'un changement relatif à la simple évolution du système.

Si on se limitait toutefois à ces trois caractéristiques, nous serions alors en train d'identifier une déviance, nous disent Cauchie et Kaminski; « Si toute innovation doit d'abord être observée comme déviance, il nous faut donc un cadre théorique capable de distinguer la simple déviance du changement innovateur »¹⁴⁹. Ce cadre théorique est la RPM qui joue un rôle de référence à la fois pour identifier un changement par rapport à la norme habituelle, mais aussi comme référence par rapport aux remises en question de ces normes.

¹⁴⁶ Luhmann, *supra* note 85, à la p 225.

¹⁴⁷ Cauchie et Kaminski, *supra* note 69, au para 17.

¹⁴⁸ *Ibid*, au para 17.

¹⁴⁹ *Ibid*, au para 17.

C'est à travers cette modification aux normes cognitives du SJP qu'un changement déviant peut devenir une innovation¹⁵⁰ (ou une simple évolution devenir une réforme générative ou transformatrice, au sens de Garcia et Dubé¹⁵¹).

En faisant valoir ces distinctions et en les appliquant à notre recherche, nous pourrions observer si le SJP a mis en place, à travers la création des programmes sociaux, une structure à même de stabiliser les changements que les innovations supposent. Ces structures d'accueil sont essentielles à la rétention des changements au sein du système. Sans elles, il est difficile de s'imaginer comment le système pourrait se réformer en respectant les idées innovantes à la base de ces transformations. Il s'agit là d'un des principaux obstacles à l'évolution du SJP.

L'innovation constitue alors un ensemble d'idées que le système peut intégrer à condition qu'il mette en place une structure pérenne capable d'éviter les écueils de ses propres limites cognitives. L'idée de réguler les obstacles à l'innovation de l'intérieur, de parvenir à l'autorégulation du système est évidemment le paradoxe qu'introduit la théorie de l'autoréférentialité du système. Ainsi, si les idées innovantes sont extérieures au système, c'est ce dernier qui dispose des compétences

¹⁵⁰ Alvaro Pires et Jean-François Cauchie, *Réflexion autour du concept de changement pénal : Changements régressif, usuel, déviant et innovateur*, Université d'Ottawa, 2006 [document de travail non publié]. « Pour revêtir un caractère *innovant*, le changement pénal sous examen doit alors *cumuler* quatre conditions empiriquement observables (Cauchie, Kaminski, 2007) : (1) il doit abandonner l'idée que le mal est nécessaire pour produire un bien et doit participer à une *vision identitaire du droit pénal* moins hostile, moins abstraite, moins négative et/ou moins atomiste de la protection de la société ou de l'affirmation des normes ; (2) il doit présenter des caractéristiques irréductibles, non prédictibles et non déductibles au regard de la RPM ; (3) il doit être sélectionné sinon stabilisé par une structure pénale réceptrice quelconque (théories de la peine, jurisprudence, doctrine, lois); (4) il doit revêtir un statut d'indicateur cognitif (même faible) de *l'évolution identitaire* du système de droit pénal. » Sans utiliser ces quatre critères explicitement, nous en mobilisons tout de même les idées sous-jacentes dans notre chapitre d'analyse.

¹⁵¹ Garcia et Dubé, *supra* note 136.

nécessaires pour se doter de structures limitatives et régulatrices adaptées à ses propres obstacles.

En ce sens, l'innovation peut-être en décalage entre son effectivité pratique et une réforme cognitive, c'est-à-dire sur le plan des idées. C'est que l'innovation n'a peut-être pas encore réussi à être stabilisée au sein du système. À cette étape, on peut observer des changements au sein de la pratique, sans pour autant voir les mêmes changements au niveau des justifications et des idées sous-jacentes à cette pratique. Il s'agit toutefois de nouvelles opérations susceptibles de produire une évolution significative du droit pénal que seuls le législateur et les juges peuvent mettre en place en ce qui concerne les formes d'intervention du droit : « Eux seuls peuvent concrètement, dans leurs pratiques et leurs prises de décisions, sélectionner et stabiliser des options innovatrices qui auront été élaborées comme possibles au sein d'un « variety pool » auquel tous et toutes auront participé »¹⁵². Entre reproduction ou innovation, les conditions d'évolution du SJP reposent sur la capacité du système à sélectionner et stabiliser des idées innovantes. La RPM nous permet d'observer ces étapes essentielles à la transformation en profondeur du système et d'identifier s'il y a une désynchronisation entre les pratiques et les idées innovantes.

2.7 Le problème de l'évolution du droit pénal moderne: évaluation de la contribution des réformes

Finalement, il ne faut jamais oublier notre postulat de départ à savoir la résistance particulière du SJP face aux idées nouvelles. Teubner parle d'une *stasis* du système de droit pénal, c'est-à-dire « la remarquable stabilité de certaines structures juridiques, durant des périodes parfois très longues, en dépit d'une multitude de

¹⁵² Garcia et Dubé, *supra* note 136.

stimulations favorisant la variation »¹⁵³. Ces stimulations peuvent venir autant de l'intérieur même du système et de ses structures que de systèmes extérieurs. On prend également de plus en plus conscience que des formes d'action formant un réseau complexe et interdépendant se développent entre des modalités de contrôle autrefois plus nettement différenciées et étanches¹⁵⁴. Toutefois, le contrôle pénal est et reste caractérisé par la pénalisation ou la criminalisation de comportements et la condamnation du contrevenant.

Si au-delà de cette condamnation un ensemble de fonctions administratives et législatives paraissent faire évoluer le droit, il nous faut toutefois assumer que ces changements traitent le droit « not as proof-finding and evidence-testing in determining guilt, but as 'instrumental for achieving policy goals' »¹⁵⁵. Les réformes du système de justice ne s'intéressent généralement que très peu aux principes juridiques, mais utilisent la loi comme un instrument conçu pour traiter un problème spécifique¹⁵⁶. En cela, les réformes peuvent être considérées comme des héritières d'un vieux réalisme juridique qui met l'accent sur les conséquences: les effets individuels, politiques, sociaux et culturels des décisions judiciaires. Autrement dit, les « réformes » font une analyse dont le référent n'est pas le corps de la loi elle-même, mais une problématique sociale. Les considérations sont pragmatiques, techniques¹⁵⁷ et se fondent sur des critères de faisabilité et d'efficacité. Bien sûr, l'éventail de sanctions à la disposition du juge a évolué et il lui est désormais possible

¹⁵³ Teubner, *supra* note 86, à la p 84.

¹⁵⁴ Sur les différents types de contrôle punitif (compensatoire, thérapeutique et conciliatoire) voir : Donald Black, *Sociological Justice*, New York, Oxford University Press, 1989; voir aussi Jacques Faget, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Toulouse, Erès, Édition revue et actualisée, 2013, à la p 175.

¹⁵⁵ Candace McCoy et al, « The problem with problem-solving justice: Coercion vs. democratic deliberation » (2015) 3:2 *Restorative Justice* 159, aux pp 159-187, citant Rubin, 1991, à la p 815.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Voir notamment Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

de choisir à travers une certaine diversité de moyens (prison, amende, sursis, probation, dédommagement). Mais, « si on pousse l'analyse un peu plus loin, on voit très clairement que [...] c'est partout et toujours de la survalorisation de l'affliction ou de l'exclusion sociale, ou des deux à la fois, qu'il s'agit »¹⁵⁸.

Des nombreuses « réformes » qui se succéderont donc à partir des années 70¹⁵⁹, il n'y aura que très peu d'effets opérationnels concrets en matière de sanction; les tribunaux favorisant davantage une cohésion interne dans une forme de reproduction du « même par le même »¹⁶⁰.

Le droit pénal change bel et bien au fil des siècles, notamment sur le plan de la procédure¹⁶¹. Cependant, en matière de peine, le système demeure profondément tributaire des mêmes théories favorisant des sanctions afflictives¹⁶². En ce sens, on observe en Occident un véritable « virage punitif »¹⁶³ qui continue de faire augmenter les taux d'incarcérations, la durée des peines, la multiplication des peines minimales et le nombre de conditions à la libération conditionnelle. Dans ces circonstances, les alternatives aux mesures de contrôle traditionnelles demeurent isolées. Elles le sont d'autant plus que le système ne semble pas les appréhender comme des peines; c'est ce que nous qualifions de « réponse pénale » au sens de Jean Danet, c'est-à-dire que le système pénal répond par des filières pénales diversifiées dont les effets dépassent

¹⁵⁸ Dubé et Labonté, *supra* note 94, à la p 688.

¹⁵⁹ Voir *supra* note 9

¹⁶⁰ Noreau, *supra* note 141.

¹⁶¹ En 1995, *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence* (projet de loi C-41, devenu *Lois du Canada*, 1995, ch. 22) en introduisant de nouvelles dispositions, soit des mesures de rechange pour les délinquants adultes, dont l'ordonnance de sursis. Voir notamment : Garcia, *supra* note 123.

¹⁶² Voir notamment Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

¹⁶³ Nicolas Carrier, « Sociologies anglo-saxonnes du virage punitif » (2010) 7 *Champ pénal*.

l'objectif de la peine¹⁶⁴. Donc, en envisageant le système pénal non pas seulement chargé de la détermination d'une peine, mais comme chargé, largement, d'une « réponse pénale »¹⁶⁵, les rapports à la punition dépassent le cadre traditionnel de la peine¹⁶⁶.

Les approches par « résolution de problème » qui voient leur popularité augmenter à travers la mise en place des tribunaux spécialisés¹⁶⁷ font partie de ces « réponses pénales », de même que les programmes sociaux, surtout lorsqu'ils s'inscrivent dans un processus dit de « déjudiciarisation »¹⁶⁸.

2.8 Hypothèse du rapport paradoxal entre évolution et réforme du droit pénal moderne

Notre hypothèse est que pour observer l'évolution du système de droit pénal, les changements législatifs (interne) ne sont pas le seul paramètre à considérer. Il faut aussi prendre en compte les changements dans la venue de nouveaux concepts et de

¹⁶⁴ Pensons notamment aux effets vécus par le justiciable (économiques, sociaux, psychologiques, etc.) : Jean Danet, *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.

¹⁶⁵ Danet, *supra* note 164.

¹⁶⁶ Les verdicts de culpabilité en matière criminelle et pénale mènent à des peines diversifiées : emprisonnement, condamnation avec sursis, probation et libération conditionnelle, amendes, restitutions, absolutions, ordonnances de travaux communautaires et ordonnances d'interdictions. Mais dans le cadre des programmes sociaux, par exemple, il peut aussi s'agir de conditions (que l'on peut assimiler à une forme de peine) telles que le fait de se trouver un emploi, d'avoir de saines habitudes de vie, de prendre sa médication, de renouer des liens avec sa famille, de s'occuper d'un animal, de suivre une thérapie, etc.

¹⁶⁷ Ces tribunaux, popularisés d'abord sous l'appellation de « Drug courts » aux États-Unis, constituent une façon de procéder qui s'est généralisée depuis la fin des années 1980. Au Canada, la ville de Toronto inaugure le premier « Drug court » en 1998. Les tribunaux spécialisés traitent généralement les problèmes liés à la toxicomanie et à la santé mentale en favorisant une approche par « résolution de problème » qui s'intègre dans une visée de « justice participative » et de « justice thérapeutique ». Voir : Institut national de la magistrature, *La résolution de problèmes dans les salles d'audience du Canada La justice thérapeutique : Un guide*, 2011, Initialement publié en 2005 sous le titre *Juger au XXI^e siècle : Une approche axée sur la résolution de problèmes*.

¹⁶⁸ Voir extrait page 24, *supra* note 53

nouvelles théories (environnement/acteurs sociaux) qui sont à même de constituer d'autres options que celles généralement privilégiées par la RPM. Ce nouvel apport cognitif permettrait aux idées innovantes d'être en rupture avec les logiques du système de pensée dominant et d'opérer non pas en marge du système, mais en son cœur. Parce que, pour l'instant, si :

« des propositions alternatives existent bien sûr dans des textes de philosophie et de théorie du droit, dans la doctrine, dans la jurisprudence ou même dans les commissions de réforme du droit [...] rien n'indique clairement que ces propositions ont été sélectionnées et moins encore stabilisées par le système de droit pénal moderne en Occident »¹⁶⁹.

Nous ne devons toutefois pas traiter l'amalgame qui est fait entre évolution et réforme comme un postulat étouffant, à priori, toute innovation. Procéder à l'évaluation d'une possible réforme par la négative en rabattant toute nouveauté sur la structure pérenne du système de droit pénal ne ferait que renforcer cette pérennité. Nous risquerions alors d'éluder la découverte de nouvelles potentialités pour ne mettre en lumière que les obstacles à celles-ci. Si la posture que nous adoptons à travers la RPM nous pousse à considérer que pour perdurer, le système est réduit à toujours devoir reproduire les mêmes opérations, nous ne devons pas considérer que tout changement « ne serait que duperie »¹⁷⁰. Sans nier l'intérêt des analyses en termes d'augmentation, d'efficacité ou de légitimité du contrôle pénal, nous voulons les éviter pour rechercher plutôt ce qui pourrait être de l'ordre de l'innovation, c'est-à-dire ce qui pourrait être de nature à modifier la rationalité pénale dominante¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cauchie et Kaminski, *supra* note 69, à la p 4.

¹⁷⁰ *Ibid*, à la p 2.

¹⁷¹ Voir notamment : Mary, *supra* note 1.

Notre analyse du paradoxe entre évolution et réforme ne doit donc pas saper les fondements de tout changement sous prétexte que loin de se substituer au système, toute alternative ne ferait que s’y ajouter et renforcerait ainsi l’emprise rationnelle du SJP. Pour éviter une telle consolidation de la RPM, les pratiques inscrites sous l’égide des alternatives doivent être des pratiques de remplacement. La substitution qu’elles devraient idéalement produire passe par « la déconstruction, notamment à l’égard des auto-descriptions identitaires auxquelles s’accroche le système »¹⁷². Notre hypothèse nous mènera donc davantage à explorer cette notion d’auto-description en montrant pourquoi il nous semble important de la problématiser lorsque l’on s’intéresse aux conditions de transformation (d’innovation) du SJP. Nous considérons que ces auto-descriptions influencent le rapport qu’entretient le SJP avec le changement et les possibilités transformatrices de ses structures identitaires et de ses opérations : « Elle institue en quelque sorte un cadre dans un cadre, le cadre du permissible dans le cadre du possible »¹⁷³. Autrement dit, c’est la manière dont le système se conçoit lui-même qui intervient dans ce qu’il est en mesure d’admettre ou non comme alternatives sur le plan structurel, opérationnel et cognitif.

Les programmes sociaux peuvent engendrer des évolutions, mais peuvent-elles amener le système à se « libérer du connu »¹⁷⁴ ? Les innovations réformatrices sont certes possibles, mais encore faut-il se pencher sur la question de la déconstruction des auto-descriptions. Sans cette redéfinition identitaire, il est fort probable que les alternatives, telles que les programmes sociaux, soient reléguées à la marginalisation

¹⁷² Richard Dubé, « L’immobilisme de la critique et celui du pénal : Deux problèmes fondamentaux pour l’abolitionnisme » (2015) 12 *Champ pénal/ Penal field*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/9117>> [10.4000/champpenal.9117].

¹⁷³ Niklas Luhmann, « Globalisation ou société du monde : Comment concevoir la société moderne? » dans Dimitri Kalogeropoulos, dir, *Regards sur la complexité sociale et l’ordre légal à la fin du XXe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1997, à la p 12.

¹⁷⁴ En référence à Jiddu Krishnamurti, *Se libérer du connu*, Paris, Livre de poche, 1995.

ou à la simple évolution plutôt qu'à de la réforme. Nous espérons pouvoir distinguer ce qu'il y a d'innovant dans la nouveauté que représentent ces programmes au sein des tribunaux. Avec une approche relevant de l'empirie, nous pourrions tenter d'évaluer l'idée que la réforme du SJP dépend de son ouverture cognitive face aux apports de son environnement, mais également à sa capacité à se redéfinir.

2.8.1 Remarques finales

Spécifions qu'une nouvelle mesure dite alternative n'est pas nécessairement une mesure de rechange innovante. Par exemple, les mesures alternatives s'inscrivent comme une limite aux principes soutenant la prison comme mode de sanction sans, toutefois, remettre en question l'incarcération elle-même. En fait, une politique pénale qui vise à réduire le recours à l'incarcération se justifie relativement aux objectifs de l'emprisonnement. La littérature sur les mesures alternatives en matière pénale néglige souvent la question même de la peine comme sanction différenciée. Une question, pourtant, se pose antérieurement à celle de la justification de l'incarcération. Il s'agit du fait même de la propension à vouloir justifier la peine. Ainsi, la rationalisation du devoir de punir est inhérente à l'institution du droit pénal moderne. Dans le SJP, la peine est une sanction légitime à l'égard de certains comportements définis comme étant délictuels. Les alternatives au sein du SJP oscillent donc entre les principes libéraux du droit pénal institué depuis plus de deux siècles et l'utilisation du droit comme nouvel « agent thérapeutique »¹⁷⁵ à travers les

¹⁷⁵ Marcelo Otero, Audrey-Anne Dumais Michaud et Romain Paumier, *L'institution éventrée, De la socialisation à l'individuation*, Québec, Les presses de l'Université du Québec, Collection Problèmes sociaux et interventions sociales, 2017. « Selon ce principe, la loi devrait être administrée et appliquée en tenant compte des causes sous-jacentes ayant contribué au contact de ces personnes avec la justice. » Annie Jaimes et al, « Les Tribunaux de santé mentale : déjudiciarisation et jurisprudence thérapeutique » (2009) 34:2 *Santé mentale au Québec* 171, à la p 175.

programmes sociaux¹⁷⁶. Autrement dit ces programmes sont pris entre la mise en place de pratiques innovantes et la permanence d'idées ancrées dans la RPM.

2.9 Question spécifique de recherche: situer les programmes sociaux dans la perspective de l'innovation du droit pénal moderne

Le déploiement des programmes sociaux a généré de nouvelles catégories et de nouveaux discours tant dans le domaine social que dans le domaine pénal. Et si l'on peut admettre qu'« il est nécessaire, dans un contexte où le monde se transforme, que nous reconstruisions périodiquement nos institutions de manière à ce qu'elles puissent refléter les développements contemporains»¹⁷⁷, nous admettons également « qu'à l'intérieur d'un même système, les éléments ou les organisations qui les constituent n'évoluent ni au même rythme ni selon les mêmes logiques d'apprentissage»¹⁷⁸. Il s'agit alors, pour le dire comme Coriat et Weinstein, de comprendre, dans le fonctionnement même de l'organisation, le déploiement des liens « entre modes d'apprentissage et modes d'innovation »¹⁷⁹. Ainsi, aurons-nous une chance de pouvoir répondre à notre question de recherche : Est-ce que les programmes sociaux constituent de l'innovation qui rompt avec l'immobilisme du système pénal tel qu'exposé par les théoriciens de la RPM ?

¹⁷⁶ Dans son document *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale 2018*, supra note 13, le gouvernement ne parle plus de déjudiciarisation, mais de « mesures et programmes d'adaptabilité et d'accompagnement ». Nous retenons toutefois le terme « déjudiciarisation » dans la mesure où c'est celui qui est le plus couramment utilisé.

¹⁷⁷ John Campbell, *Institutions and their reconstruction, Deconstruction and reconstruction - The Central European Pragmatist Forum*, New York, Éditions Rodopi, 2004, à la p 45.

¹⁷⁸ Norbert Alter, « Mouvement et dyschronies dans les organisations » (2003) 53:2 L'Année sociologique 489 à la p 502 [10.3917/anso.032.0489].

¹⁷⁹ Benjamin Coriat et Olivier Weinstein, «Organizations, firms and institutions III the generation of innovation » (2002) 31 Research Policy 273.

Dans ce contexte, nous envisageons la réforme du SJP sous l'angle des « résistance[s] au changement, [du refus] des innovations, [de] l'adhésion aux valeurs traditionnelles et aux institutions »¹⁸⁰ qui l'affecte. Nous voulons répondre à la question de savoir si les programmes sociaux constituent de l'innovation qui rompt avec l'immobilisme du système pénal tel qu'exposé par les théoriciens de la RPM à travers une critique substantive de ces indicateurs. Nous ne voulons pas enliser notre démarche dans l'étude du fonctionnement des programmes sociaux sous les paradigmes dominants de la RPM¹⁸¹. Il nous semble donc primordial de repenser le SJP en tenant compte des innovations susceptibles de permettre la coexistence simultanée d'un modèle alternatif issue des acteurs sociaux (environnement) et d'une vision renouvelée de la manière de faire justice proposée par le SJP lui-même.

Notre angle théorique macro de la problématique permet une perspective nouvelle qui contribuera certainement à une meilleure compréhension des enjeux entourant la mise en œuvre de ces programmes en lien avec l'évolution du SJP. Notre recherche pourra ainsi contribuer théoriquement à l'analyse de l'innovation comme objet de recherche et combler en partie un espace laissé vacant par les questionnements sur l'impact des alternatives sur les processus de réforme du SJP. Dans le chapitre suivant, nous nous proposons d'investir notre approche méthodologique et de présenter certains aspects de notre méthodologie directement liés à notre cadre théorique; ces choix étant centraux dans notre recherche.

¹⁸⁰ Philippe Robert et Claude Faugeron, « Représentations du système de justice criminelle » (1973) 6:1 *Criminologie* 13, à la p 38.

¹⁸¹ égalité/inégalité, justice/injustice, droit/infra-droit configurent, selon la rationalité pénale moderne, le paradigme dominant. Voir Alvaro Pires, « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne » dans Debuyst, Digneffe et Pires, *supra* note 3.

CHAPITRE III

ÉLABORATION D'UNE ÉTUDE DE CAS

Ce troisième chapitre sera l'occasion d'expliquer les choix méthodologiques dans le cadre de notre recherche. Nous avons opté pour une approche qualitative centrée sur une recherche documentaire à partir de notre cas d'étude. C'est à travers une cueillette de données inspirées de l'épistémologie « exploratoire » proposée par Pires¹⁸² que nous avons sélectionné nos données. Nous aborderons succinctement le choix d'une approche qualitative et la cueillette et l'analyse de données « réflexives »; mais avant, nous ferons quelques observations préliminaires sur des concepts incontournables à notre analyse. Ce chapitre se divise donc en quatre sections principales de la manière suivante : les considérations générales (3.1), une recherche qualitative (3.2), l'analyse des données (3.3) et les remarques finales (3.4).

3.1 Considérations générales

Avant de passer aux considérations proprement méthodologiques, nous commencerons cette section en rappelant brièvement l'objet de recherche duquel découle l'ensemble de notre démarche méthodologique. Rappelons que nous nous

¹⁸² Pires, *supra* note 110, aux pp 173-198.

intéressons à la possibilité que la mise en place de programmes sociaux au sein des tribunaux contribue à l'émergence d'innovations en formant un système alternatif de pensée à la rationalité dominante au sein du SJP. Notre recherche s'attardera donc sur le lien qu'il est possible de faire entre l'apport d'idées nouvelles circulant dans l'environnement du SJP et la manière dont le système « pense » et « décide » à travers les programmes sociaux de la CMM. Plus spécifiquement, nous voulons observer la manière dont le SJP a reçu ces « possibilités nouvelles », les a mises en œuvre ou les a ignorées.

La manière dont le SJP opère des distinctions (la manière dont il fait des choix) pour pouvoir opérationnaliser (ou pas) certaines idées lui permet de construire sa propre réalité; c'est celle-ci qui nous intéresse. Autrement dit, nous adoptons une posture qui consiste à découvrir comment le SJP observe¹⁸³ et ainsi construit sa propre réalité. Dans cette perspective méthodologique, observer consiste à tracer des distinctions, à adopter « un *point de vue*, une perspective, de proposer une distinction pour désigner un objet... »¹⁸⁴. Nous endossons donc la posture d'un observateur de second ordre qui observe comment le SJP observe les programmes sociaux¹⁸⁵.

Pour ce faire, nous sommes parties du postulat de la RPM selon lequel les théories de la peine jouent un rôle déterminant dans l'affirmation identitaire du SJP. Elles représentent des obstacles cognitifs qui limitent la réception et la mise en œuvre de

¹⁸³ Théorie de l'observation de Pires; Pires, Alvaro, « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs: Le cas du droit criminel », dans Pascal Gin, Nicolas Goyer, et Walter Moser, *Transfert: Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2014, aux pp 139 à 182.

¹⁸⁴ Pires, supra note 110, à la p 182. Par ailleurs, rappelons que même si les acteurs appartenant à un système peuvent observer pour eux-mêmes, ces derniers peuvent aussi bien observer pour leur système social; dans l'exercice de leurs fonctions, les avocats et les juges observent pour le SJP, c'est-à-dire qu'ils observent à partir des distinctions dudit système.

¹⁸⁵ Nous sommes conscients que nos propres observations comprendront leurs angles morts.

pratiques et d'idées innovantes. Nous avons mis au centre de cette analyse l'interaction entre les communications qui se trouvent dans l'environnement du SJP et les idées qui composent la RPM. Ces idées ont été traitées comme de grands thèmes pour identifier et structurer nos données, tandis que les communications extérieures ont été considérées comme des « stimuli ». Il nous a paru important de mentionner que bien que notre approche méthodologique s'inscrit dans le cadre théorique de la RPM, nous nous sommes limités à une étude de cas. Autrement dit, nous n'avons pas la prétention de nous inscrire dans l'approche méthodologique complexe mobilisée habituellement par les théoriciens de la RPM, mais nous nous en sommes librement inspirés en retenant certaines de ses postures. Avant de passer aux objectifs de notre approche qualitative (3.2), il nous semble important de d'abord faire le point sur certains enjeux épistémologiques que nous jugeons importants afin de mieux comprendre notre démarche de recherche. Ainsi, les prochaines sections visent à expliquer ce que nous entendons par « stimuli » (3.1.1), de même qu'à exposer l'approche de la RPM face aux communications considérées indépendantes des croyances subjectives (3.1.2), à expliquer l'observation du discours selon la théorie des systèmes (3.1.3) et finalement à introduire le lecteur au concept du « décentrement du sujet » (3.1.4) à travers lequel Pires propose une posture qui fonde l'analyse de données « réflexives » dont nous nous sommes inspirés.

3.1.1 Les communications extérieures comme stimuli

Nous ne comprenons pas les communications issues de l'environnement du système comme ayant un rapport d'influence directe sur son comportement et ses choix. Nous observons ces interactions sous un modèle plus proche d'un rapport

« stimuli/réaction »¹⁸⁶ plutôt qu'en termes de « cause/effet ». Notre perspective permet de dépasser cette causalité trop déterministe pour un système de communication complexe. En abordant l'effet sous la forme d'une réaction, nous ouvrons la voie à une analyse des processus du système de manière plus proactive. Alors que l'effet est une conséquence inexorable de la cause, la réaction est une construction plus imprévisible face à un stimulus extérieur. Ainsi, bien que nous n'expliquions pas les rapports complexes entre les stimuli et les réactions, nous nous rangeons derrière ce choix épistémologique pour l'ouverture qu'elle nous offre vers une analyse plus complète de la manière dont le système apprend et évolue.

Pour comprendre la manière dont le SJP traite les stimuli externes, nous devons préciser ce que sont ces stimuli externes. Comprendre ce que nous entendons par « acteurs sociaux » est nécessaire. Nous avons composé cet ensemble à partir d'une recension de la documentation concernant les programmes sociaux qui n'émanait pas des tribunaux ou du ministère de la Justice¹⁸⁷. La documentation pertinente relevait plutôt de publications du réseau de la santé et des services sociaux, de mouvements de protections civiles, d'organismes communautaires et de chercheurs universitaires. Cette documentation se différencie du système qu'il critique. Bien que ses éléments ne sont pas homogènes, ils se rassemblent tous sous l'idée d'une opinion extérieure

¹⁸⁶ Bateson, Gregory, *Steps to an Ecology of Mind*, Northvale, Jason Aronson Inc, 1972 cité dans Xavier, *supra* note 111, à la p 170.

¹⁸⁷ Pour la théorie des systèmes et la RPM, les opinions du sujet de lui appartiennent pas, elles sont systémiques : « [...] la communication sociale qui est reproduite « sur le dos », pour ainsi dire, des acteurs. Le lien causal est inversé : le sens du discours de l'acteur est spécifié à l'intérieur d'un espace de possibles, lequel est donné par les schèmes d'observation du système, par ses structures cognitives, ses idées, ses théories. L'acteur est toujours présent quelque part derrière l'ancrage empirique de la communication, derrière un texte, derrière un énoncé, mais ce qui est mis en avant par l'acteur est proprement social. La communication est en effet une opération typiquement sociale, autonome par rapport aux consciences des individus. [...] » Margarida Garcia, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : Décentrer le sujet, interviewer le système et « désubstantialiser » les catégories juridiques », (2011) 52:3-4 C de D 417, à la p 439.

concernant les programmes sociaux. Les communications issues de cette documentation peuvent servir « d'irritant » permanent pour les autres systèmes, dont le SJP, parce qu'elles sont constamment renouvelées.

Les « acteurs sociaux » sont donc l'ensemble de la documentation rassemblée sous un thème spécifique : les programmes sociaux. Nous trouvons que ce corpus documentaire nous permet de décrire un certain type de stimuli qui est perçu par le système comme lui étant extérieur. Il s'agit donc d'un ensemble de communications externe au SJP qu'il arrive à percevoir. En fait, ce sont des communications qui sont perçues par le système et identifiées par lui comme des opinions relevant des « acteurs sociaux »¹⁸⁸. Ces acteurs peuvent avoir des préoccupations larges et multisectorielles, mais ils s'intéressent tous, ici, à l'administration de la justice. Le système les perçoit comme des communications étrangères à lui-même et reflétant l'opinion d'acteurs gravitant dans l'univers social. Ces communications sont devenues un repère lié à une problématique bien établie.

Pour faire le lien avec notre problématique, nous pouvons dire qu'à partir du Rapport de Bellot sur la judiciarisation de l'itinérance en 2007¹⁸⁹ et la mise en place du projet pilote du programme PAJIC en 2008, la documentation sur les programmes sociaux se stabilise en tant que thème; « à ce moment, les communications à ce propos commencent à se connecter en tant que réseau de sens qui amplifie la visibilité de la question »¹⁹⁰. Ainsi, les communications à propos, largement, de la judiciarisation de problématiques sociales (itinérance, santé mentale, toxicomanie, etc.) et des programmes sociaux visant la « dé »judiciarisation de ces problématiques vont se

¹⁸⁸ Sheila Pemrose, « La résolution de problèmes et les approches thérapeutiques dans les salles d'audience au Canada » (2014) 37:1 J juges prov 12.

¹⁸⁹ Bellot, *supra* note 68.

¹⁹⁰ Xavier, *supra* note 111, à la p 124.

multiplier puisqu'elles concernent une problématique dorénavant connue et reconnue. Nous avons cherché à identifier les communications qui ont pu « irriter » le système, puisqu'il s'agit de la limite de notre sujet d'étude. L'irritation du système par son environnement est cet apport constant de nouvelles informations qui donne la possibilité au système de s'adapter et d'évoluer. Teubner explique bien la nature de cette interaction (irritation) entre le système et son environnement :

« L'ordre juridique – normes, doctrine, institutions, organisations – se reproduit lui-même en ses éléments, mais il réagit alors aux intérêts de l'environnement (aux exigences externes de la société). [...] les développements sociaux «modulent » l'évolution du droit...»¹⁹¹.

Le SJP peut introduire des processus d'apprentissage face aux irritations. La question est donc celle de savoir si la prise en compte de certains stimuli externes irritants pour le SJP peut favoriser un processus d'apprentissage pouvant déboucher sur de l'innovation. C'est notamment à travers les différents programmes sociaux et leur mise en œuvre que nous pouvons observer une intrusion de la sphère sociale dans la sphère juridique; et par le milieu judiciaire, une certaine adaptation en faveur de modèles d'intervention plus proche des convictions des acteurs sociaux¹⁹². La question de fond que nous soulevons ici est donc celle de savoir si l'irritation provoquée par les communications des acteurs sociaux comme stimuli externes est en train de se traduire par une déconstruction des théories de la peine à vocation plus

¹⁹¹ Gunther Teubner, *Droit et Réflexivité : Une perspective comparative sur des modèles d'évolution juridique*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1996, aux pp 10-114.

¹⁹² Ces programmes sont typiquement issus d'un comité réunissant la cour et le milieu communautaire sous l'égide de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec

punitive¹⁹³. Autrement dit, la réception de ces communications constitue-t-elle un vecteur d'innovation pour le SJP?

3.1.2 Les communications : une rationalité indépendante des croyances subjectives

Nous nous basons sur l'approche empirique développée par Pires qui « décentre le sujet » pour considérer la communication en tant que phénomène systémique autonome. Il ne s'agit alors pas d'opposer les croyances subjectives des acteurs du SJP à celles du SJP, mais de les distinguer. Cette distinction est nécessaire pour comprendre les limites de ces acteurs à l'intérieur du SJP comme vecteur d'innovation. Les publications officielles du SJP s'inscrivent dans un système dont les différenciations fonctionnelles sont perceptibles; on sait en tant qu'individu que pour pouvoir participer à la communication, tout ce que nous sommes et pensons n'est pas toujours pertinent partout, du moins pas du point de vue des systèmes. On sait que pour communiquer, il faut parler le langage du système auquel on s'adresse; autrement dit, se faire information pertinente et non pas « bruit ». Tel que mentionné un peu plus tôt par rapport au concept de microculture, les demandes doivent être articulées et traduites de telle manière à ce que le système puisse les percevoir, en ce sens où le SJP, comme entité sociale, se construit autour de communications qui s'expriment à travers un langage et des idées qui lui sont propres.

Ainsi, il faut observer le processus judiciaire avec le bon niveau d'observation. Bien que, par exemple, la détermination de la peine soit un « human process » au sens d'Hogarth¹⁹⁴, au niveau plus macro, comme nous l'appréhendons dans ce mémoire, nous pouvons observer l'influence d'un système de pensée qui repositionne l'opinion dans un processus systémique.

¹⁹³ Rattachées à la tradition de la RPM.

¹⁹⁴ John Hogarth, *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971.

Ainsi, ce qui est une condition à la reproduction du système ce n'est pas la concordance, mais la continuité; « [...] que les acteurs adhèrent ou non à ce qui est représenté par la communication n'a pas d'importance du *point de vue du système*, ce qui importe, c'est que les individus, quoi qu'ils pensent, continuent de la supporter »¹⁹⁵. Autrement dit, qu'un acteur qui œuvre dans les limites du système ne partage pas les croyances qui le définissent ne pose aucun problème. La théorie des systèmes nous dit que « l'abîme qui sépare les motivations psychologiques de la communication sociale »¹⁹⁶ n'a pas d'impact sur la reproduction du système dans la mesure où l'acteur accepte de supporter la communication sociale (systémique).

3.1.3 L'observation du discours

Ainsi, notre prémisse de recherche est la théorie des systèmes qui considère que l'observation des communications sociales est le processus par lequel un système s'auto-décrit. Nous avons traité nos données issues du système judiciaire comme des « auto-descriptions réflexives »¹⁹⁷; autrement dit comme des communications participant à la reproduction du système social en dehors de toute conscience individuelle¹⁹⁸. Comme observateur, nous prenons toute communication qui émane du système comme constitutive de son « opinion ». Dans cette optique, le point de vue personnel de l'acteur à l'intérieur du système n'est pas ce qui détermine le sens de la communication. Le sens de la communication est déterminé à l'intérieur du système par ses propres observations, ses structures cognitives, ses idées et ses théories :

¹⁹⁵ Garcia, *supra* note 89, à la p 347.

¹⁹⁶ Teubner, *supra* note 191, à la p 126

¹⁹⁷ *Ibid*, à la p 128.

¹⁹⁸ Niklas Luhmann, *Law as a social system*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

« du point de vue de la théorie des systèmes autopoïétiques, la communication est sociale parce que sa production dépend d'une opération sociale et non particulière (elle met, par exemple, en relation les systèmes de conscience, mais ne peut être imputée à aucune conscience particulière) »¹⁹⁹.

Avant de passer à l'explication relative à l'analyse de nos données, nous devons également aborder le décentrement du sujet qui constitue également une posture méthodologique dont nous nous sommes inspirés dans notre étude de cas.

3.1.4 Le décentrement du sujet

Nous avons considéré les publications officielles issues du SJP à travers une approche épistémologique qui nous permet d'ancrer notre recherche dans une perspective produisant un décentrement du sujet par rapport à ses propres références²⁰⁰. Autrement dit, le décentrement du sujet est :

« une stratégie qui nous permet de mieux décrire et saisir le décalage qui peut exister entre les représentations des acteurs et la communication du système (auquel ils appartiennent), celle-ci produisant l'acteur plus que l'acteur ne la produit ». ²⁰¹

Pour Teubner, ce choix s'avère exigeant, car il :

« [fait] éclater la fixation de la sociologie empirique du droit sur la psychologie des acteurs, sur la "perspective exclusivement interne des acteurs", afin de la rendre plus perméable aux

¹⁹⁹ Paolo Barbesino et Salvino Salvaggio, « Niklas Luhmann en perspective » (1996) 2 *Recherches Sociologiques*, à la p 46.

²⁰⁰ La psychanalyse et l'ethnologie forment un perpétuel principe d'inquiétude, de mise en question; voir notamment Michel Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

²⁰¹ Garcia, *supra* note 187, à la p 421.

caractéristiques structurelles des systèmes sociaux, des discours, des processus communicationnels, bref aux caractéristiques des configurations sociales autonomes de quelque dénomination que ce soit »²⁰².

Il s'agit alors de reconnaître qu'un système social, comme le SJP, peut avoir un point de vue et une perspective sur lui-même qui transcende l'opinion des acteurs le constituant :

« institutions such as law do “think” independently from their members' minds. The law autonomously processes information, creates worlds of meaning, sets goals and purposes, produces reality constructions, and defines normative expectations — and all this quite apart from the world constructions in lawyers' minds »²⁰³.

Le décentrement du sujet nous invite à adopter un point d'observation pour faire émerger l'opinion du système en nous éloignant des analyses centrées sur l'individu. Autrement dit, nous avons opté pour une observation reposant sur le système social et non pas sur les systèmes psychiques (conscience des individus)²⁰⁴. Conséquemment, nos résultats diffèrent d'une recherche qui aurait cherché à connaître l'avis des acteurs du système. Nous nous intéressons à la communication en tant que phénomène social et autonome en distinguant les croyances subjectives et celles qui sont systémiques.

²⁰² Teubner, *supra* note 191, à la p 127

²⁰³ Gunther Teubner, « How the Law Thinks : Toward a Constructivist Epistemology of Law », (1989) 23 *Law & Soc'y Rev* 727, à la p 739.

²⁰⁴ Pour voir cette distinction schématisée, se référer à la figure dans Garcia, *supra* note 187, à la p 431.

Nous nous intéressons à ces communications comme des contraintes communicationnelles qui limitent l'apport de communications extérieures relevant d'un autre langage. L'influence du système de pensée propre au SJP renforce les communications du système en les répétant sans cesse. En effet, c'est seulement à travers l'utilisation récursive de communications juridiques formelles que le système peut opérer un « recyclage cognitif »²⁰⁵ permettant de déterminer ses opérations. La création perpétuelle de communications est une condition de reproduction du système qui n'a rien à voir avec l'opinion de ses acteurs :

« Il peut en effet y avoir tout un monde qui sépare la communication du système et les opinions subjectives des individus, tout un monde entre la cognition sociale des théories de la peine et celle des individus, mais à partir du moment où les individus acceptent, malgré tout et *indépendamment de leur subjectivité*, de soutenir la communication sociale — et c'est là le point que nous voulons souligner — l'écart qui sépare ces mondes ne pose plus aucun problème *du point de vue du système* : il n'empêche pas la continuation de la communication ni, par conséquent, la reproduction du système par la voie de son système de pensée dominant»²⁰⁶.

Le décentrement du sujet nous permet donc de saisir les conditions qui permettent au système de percevoir certaines communications alors qu'il semble en ignorer d'autres.

²⁰⁵ Garcia, *supra* note 187, à la p 434.

²⁰⁶ *Ibid*, aux pp 435-436.

3.2 Une recherche qualitative

Puisque notre travail consiste à comprendre la manière dont le système se transforme en réaction aux stimuli de son environnement et que cette transformation n'est visible qu'à travers sa capacité à se laisser irriter par des communications extérieures, seule une analyse qualitative permet de pouvoir les identifier et les analyser. Le bien-fondé de notre choix s'établit donc en fonction de nos objectifs de recherche.

Notre cadre théorique qui constitue le fondement de nos réflexions quant à la question des obstacles cognitifs à l'innovation en droit pénal appelle également à une analyse qualitative. C'est l'observation des justifications du système à travers ses « réponses pénales » au sein des programmes sociaux qui nous permet de tenter de répondre à notre question de recherche. De telles justifications se construisent autour de raisonnements complexes plus intéressants sur le plan de leur force argumentative (qualitativement) que sur la question de leur récurrence (quantitativement).

3.2.1 Une recherche documentaire

Nous avons fait le choix d'une recherche documentaire parce qu'elle permet d'approfondir notre angle théorique. Nous sommes d'avis que nous pouvons transposer l'approche de décentrement du sujet de Pires à toutes formes de communications systémiques. Par ailleurs, dans son article intitulé « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ? »²⁰⁷, Pires fait remarquer que si l'objectif est celui de saisir le discours identitaire d'un système complexe, un tel discours :

²⁰⁷ Pires, *supra* note 110, aux pp 173-198.

« ne se produit pas [...] dans toutes les opérations du système ni dans tous les lieux. [...] Compte tenu des particularités de l'écriture par opposition à la communication orale, c'est la première qui l'emporte pour ce genre de discours: ce sont les documents *écrits, savants, voire philosophiques et* autoréflexifs (période de réforme, de crise, etc.) d'un système ou d'une organisation qui ont une plus grande valeur stratégique pour retracer ce discours identitaire »²⁰⁸.

La question est de savoir comment opérationnaliser ces communications, c'est-à-dire quelle démarche devons-nous choisir pour pouvoir dégager les éléments permettant de comprendre le rapport entre le système de droit pénal et les communications des acteurs sociaux. Une autre question qui se pose également est celle de savoir comment avoir accès à la perspective d'un système à partir d'une publication. L'approche réflexive de Pires qui propose une perspective qui déplace l'acteur et met au centre le système lui-même paraît résoudre cette question :

« il s'agit alors de prendre appui sur l'expérience cognitive des acteurs dans le système communicationnel [...] pour explorer plus directement certains aspects du système de pensée des systèmes. Ce type d'approche n'est utile que si [l'on] veut observer comment les systèmes sociaux observent et s'auto-observent, pensent et construisent leur monde et leur propre identité [...] »²⁰⁹.

3.2.2 Justification des critères de sélection²¹⁰

Les communications du système judiciaire à travers ses publications officielles sont apparues comme les données idéales pour débiter notre recherche. En effets, comme

²⁰⁸ *Ibid*, à la p 187.

²⁰⁹ Pires, *supra* note 110, aux pp 173 et 180.

²¹⁰ Voir annexe 1.

expliqués ci-dessus, ses documents reflètent la manière dont les tribunaux pensent et appliquent le droit pénal dans le contexte particulier des programmes sociaux. Évidemment, nous étions au fait que les acteurs dont émanent ces points de vue systémiques peuvent puiser dans un lot d'idées et user d'un vocabulaire au soutien des motifs punitifs traditionnels du système, mais qu'ils peuvent également se saisir d'autres idées et d'autres communications issues, celles-là, de l'environnement du SJP. Nous serions alors en mesure de tester notre hypothèse en observant, à travers ces communications, la présence de la RPM et son impact sur la cognition du système, mais aussi et surtout ces « autres possibilités » qui sont potentiellement venues modifier la manière dont le SJP se perçoit. En observant les communications issues du système, nous serions peut-être en mesure d'analyser comment il (re)construit sa réalité au sein des programmes sociaux en mobilisant des idées ancrées dans les théories de la peine et/ou des idées nouvelles relevant d'autres systèmes sociaux.

Ainsi, au sein du même corpus documentaire issu des communications du système, nous avons d'une part, les extraits s'inscrivant dans les communications du système teinté par la RPM et d'autre part, les extraits s'inscrivant dans quelque chose de différent; en l'occurrence des extraits s'éloignant du mandat afflictif du SJP. Mettre l'accent sur l'observation de ces deux types de communications nous semblait pertinent parce que l'on pourrait observer ce que le SJP a été capable de conserver des interactions qu'il entretient avec son environnement, et donc possiblement de faire un pas dans l'analyse de la manière dont il est capable d'apprendre pour évoluer, voire d'innover.

Il s'agit donc du « terrain » à partir duquel nous avons créé une grille thématique nous permettant d'observer si, et comment, le SJP mobilise le vocabulaire et les idées des acteurs sociaux (communication externe) pour décrire et mettre en œuvre le droit pénal au sein des programmes sociaux. Ensuite, nous pourrions tenter de voir si cette

nouvelle manière d’entrevoir son mandat (de se décrire) pourrait constituer une innovation.

3.2.3 Sélection des données issues de notre recherche documentaire

Avant de passer à l’étape de la description de l’analyse de nos données, nous exposerons la manière dont nous les avons amassées. La toute première étape fut celle d’entreprendre la lecture de l’ensemble de nos documents (voir Annexe 2). Cette première lecture visait premièrement l’identification d’extraits s’inscrivant dans les idées de la RPM et d’extraits ne s’inscrivant pas dans ces idées. Donc, dès le début du processus, nous savions ce que nous cherchions et nous devions nous assurer que la sélection des extraits puisse être des données susceptibles d’apporter des réponses à notre question de recherche et d’approfondir notre hypothèse.

Nous avons également fait de nombreux allers-retours entre les documents constituant notre corpus de données et la littérature concernant notre cadre théorique. Plusieurs pistes de réflexion venaient complexifier notre hypothèse et nous avons dû faire des choix et décider de nous restreindre à la formulation d’une réponse à notre question de recherche. Toutefois, pour exploiter la richesse de notre cadre théorique et mieux alimenter nos réflexions, nous avons entrepris certaines lectures complémentaires toujours en lien avec la théorie de la RPM. Il a donc été nécessaire d’approfondir certains concepts croisés au fur et à mesure de la lecture de nos extraits; par exemple, la question de l’innovation.

Notre corpus a donc d’abord été décortiqué de manière détaillée sans se soucier, à ce stade, de la construction de catégories thématiques. Nous avons simplement identifié et isolé les extraits qui nous paraissaient pertinents pour nos objectifs de recherche. Nous avons ensuite rassemblé ces extraits sur la base de leur contenu; donc une classification très descriptive et étroitement liée aux notions abordées dans la documentation. À titre d’exemple, les sujets ressortis de cette première lecture

étaient, notamment, « objectifs de la peine », « penser le contrevenant », « la place des acteurs sociaux au sein des programmes », « le rôle du tribunal au sein des programmes », etc. Puis, nous avons relu les extraits ainsi rassemblés et sélectionné ceux qui nous paraissaient les plus intéressants aux fins d'une analyse à partir de notre cas d'étude. Comme posture méthodologique, l'étude de cas nous a donc permis de rassembler suffisamment d'informations sur le SJP afin de nous permettre de comprendre comment celui-ci « pense » et fonctionne au sein des programmes sociaux. Il ne s'agit pas d'une technique de collecte de données en soi, mais de l'approche que nous avons choisie pour baliser notre collecte.

3.3 Analyse des données

Pour réaliser l'analyse de notre corpus documentaire, nous avons donc utilisé une technique classique de décomposition des textes en catégorie de sens qui puisse être pertinente pour notre recherche. Notre matériel recueilli à travers la recherche documentaire a donc été organisé, regroupé et catégorisé de manière à pouvoir être transformé en données permettant d'être interprétées. Dans notre cas, le travail de codage, d'analyse et d'interprétation des données n'a pas suivi un processus linéaire.

Notre découpage des textes en petits extraits significatifs, que l'on a mis en relation avec tous les passages similaires, constituait déjà une forme d'analyse transversale. Une fois les extraits ainsi rassemblés, nous les avons classifiés. À ce stade, nous avons créé des catégories qui allaient constituer notre grille thématique. Ce travail de découpage de chaque texte de notre corpus littéraire, pour ensuite rassembler les extraits des différents textes selon leur ressemblance, nous a permis de créer plusieurs ensembles catégorisés qui ont servi de base pour notre grille thématique et nos interprétations. Il s'agit de l'opération centrale de notre analyse. Même si nous avons travaillé de manière inductive par moment, l'opération de découpage des textes et de catégorisation fut fortement orientée par notre cadre théorique (la RPM). En ce sens,

notre corpus documentaire a été envisagé à partir d'une analyse thématique²¹¹ qui visait d'abord à identifier les passages teintés par la RPM; « [l]'analyse thématique consiste, dans ce sens, à procéder systématiquement au repérage, au regroupement et, subsidiairement, à l'examen discursif des thèmes abordés dans un corpus »²¹². Nous avons donc constitué une grille sur la base théorique des extraits que nous avons sélectionnés :

Tableau 1
Grille thématique pour fin d'analyse²¹³ sur la base théorique des éléments sélectionnés

Origine et fonctionnement
Programmes ou tribunaux
Émancipation et gouvernance
Contrôle et surveillance
Objectifs thérapeutiques
Impacts de la judiciarisation
La loi comme limite

²¹¹ Dominique Bernier, *Le droit pénal dans le continuum des soins de santé : Réflexions sur le rôle des acteurs du système judiciaire et sur les mécanismes de protection de l'utilisateur de drogue ou d'alcool dans les formes de prise en charge thérapeutique*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2017, aux pp 123-128.

²¹² Pierre Paillé, « La recherche qualitative : Une méthodologie de proximité », dans Henri Dorvil, dir, *Problème sociaux : Théories et méthodologie de la recherche, tome III*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2007, à la p. 162

²¹³ Sélections qui correspondent à la perspective théorique de la RPM et à partir des codes de la RPM.

Ces thèmes sont issus des nombreux aller-retour qui ont été faits tout au long de l'analyse des données. Leur identification se base sur les éléments qui semblaient s'inscrire dans ce que la théorie de la RPM identifie comme des obstacles à la capacité d'évolution et d'apprentissage du SJP. Finalement, l'observation des interactions et des distinctions entre les données permet d'illustrer certaines choses; « il faut penser à ce qui est absent, à ce que l'on aurait pensé trouver dans les discours et qui ne s'y retrouvait pas ou aux positions clairement en contradiction avec celles plus souvent rencontrées »²¹⁴. De ce travail se dégagent alors des observations dont l'analyse permet des pistes de réponses à notre question de recherche.

Ainsi, la catégorisation de nos données est liée à notre cadre théorique qui oriente nos observations. Ce que nous nous voulions alors c'était de repérer des occurrences concrètes de cette rationalité pénale dans les discours. À cette étape, rappelons que nous savions ce que nous cherchions. En ayant adopté une posture théorique claire, nous savions quoi chercher et ce que nous allions ignorer. Dans ce cadre, le travail de catégorisation était moins ancré. Nous cherchions à établir rapidement un lien entre les extraits et les concepts théoriques de la RPM. Ainsi, la théorie de la RPM a guidé le découpage du corpus empirique et le travail analytique a surtout consisté à tester ce cadre théorique.

Nous avons aussi soumis nos textes à des réorganisations et à de nouvelles catégorisations en fonction des trouvailles au cours du travail de découpage et d'interprétation. C'est pourquoi nous disions plus tôt ne pas avoir nécessairement suivi un processus linéaire. C'est-à-dire que le « même matériau peut être [...] travaillé plusieurs fois au cours de l'analyse et les phases se succéder à plusieurs

²¹⁴ Bernier, *supra* note 211, à la p 127.

reprises »²¹⁵. Nous nous sommes donc permis de reprendre le travail de catégorisation et d'analyse autant de fois que de nouvelles données émergeaient, cette fois à travers une analyse transversale. Le premier travail de catégorisations à la première lecture des textes a tout de même servi tout au long de notre analyse.

3.4 Remarques finales

Pour avoir un portrait des programmes sociaux au sein du SJP, nous avons donc procédé à l'analyse documentaire de nombreux textes disponibles pour expliquer comment le SJP perçoit les programmes sociaux. Ces documents émanent essentiellement des différentes parties prenantes aux programmes et visent généralement à décrire les programmes et expliquer leur fonctionnement. Le choix de l'analyse documentaire a :

« permis d'aller au-delà du texte plus classique de la loi et de mettre en lumière le point d'observation des acteurs du système judiciaire impliqués dans les [programmes sociaux]. Par une mobilisation originale et orientée [par un cadre théorique riche], il a été possible [d'observer] les arrimages d'un système punitif et thérapeutique complexe »²¹⁶.

Notre principal défi sur le plan méthodologique aura été de réaliser une recherche empirique qui est lourdement chargée de théorie. Nous voulions être capables de

²¹⁵ Christian Maroy, « L'analyse qualitative d'entretiens », dans Luc Albarello, Françoise Digneffe, Jean-Pierre Hiernaux, Christian Maroy, Danielle Ruquoy, Pierre de Saint-Georges, dir, *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 1995, à la p 89.

²¹⁶ Bernier, *supra* note 211, à la p 240.

trouver un équilibre entre un apport empirique essentiel à la réflexion théorique et une réflexion théorique qui s'appuie sur l'observation empirique.

CHAPITRE IV

LES PROGRAMMES SOCIAUX FACE À LA RATIONALITÉ DU SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE

Ce chapitre est l'occasion d'exposer nos résultats à travers l'analyse de nos données thématiques en lien avec la RPM. Notre réflexion ne se limitera pas aux obstacles à la pensée innovante en matière pénale. Au contraire, nous y voyons l'occasion de mettre au défi les obstacles rassemblés en deux grandes catégories soit : les obstacles cognitifs de la RPM postulant que l'action pénale se perpétue en reproduisant toujours les mêmes opérations, et les difficultés relatives à la capacité d'apprentissage du système pénal, qui fait en sorte que face aux éléments nouveaux qui lui sont soumis, le système s'empare de ceux qui épousent au mieux sa rationalité ou qu'il ne fait qu'ajouter de nouvelles composantes au lieu de les substituer aux autres.

Les sections qui suivent rapportent les extraits que nous avons sélectionnés à travers notre revue documentaire et classifiés pour en faire une grille thématique. Nous allons aborder nos données par thèmes; rappelons que ces thèmes ont été établis au fil de la revue documentaire en rassemblant les extraits qui nous semblaient s'inscrire dans ce que la théorie de la RPM pourrait identifier comme des obstacles cognitifs à l'innovation en matière de droit pénal ou qui démontre, au moins en partie, la capacité d'apprendre pour évoluer, voire d'innover, du SJP.

4.1 Origine et fonctionnement

La volonté de mettre en place les programmes sociaux découle notamment du fait que les acteurs ne sont pas formés pour intervenir auprès d'une clientèle dont les besoins appellent à des interventions particulières²¹⁷. Lorsqu'un contrevenant participe à un programme, « il incombe au système judiciaire, et plus spécifiquement aux procureurs de la poursuite, la responsabilité d'établir les critères d'admissibilité et les conditions y étant associées et d'en assurer le contrôle »²¹⁸. Les procureurs ont une discrétion sur l'évaluation de l'admissibilité aux programmes. Un contrevenant dont l'infraction est jugée objectivement grave et qui possède des antécédents judiciaires pourrait se voir refuser l'admission. Les programmes s'inscrivent au sein du système de justice dont les objectifs de dissuasion et de sécurité publique demeurent donc des impératifs²¹⁹ dont le procureur doit tenir compte conformément à son rôle et ses responsabilités au sein du processus judiciaire. Le procureur est tenu de s'assurer que le traitement des dossiers respecte les modalités de la loi qui ne change pas au sein des programmes, c'est dans l'application de celle-ci que le système démontre une « certaine flexibilité »²²⁰.

Cette souplesse relative de la structure du système judiciaire au sein des programmes permet une réponse légale plus efficace que l'application stricte du droit. Une telle «

²¹⁷ « [...] les acteurs du système de justice se sentent démunis et souhaiteraient être mieux outillés devant ces personnes. » : *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale 2018*, supra note 13.

²¹⁸ Québec, Cour municipale de Montréal, *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale « PAJ-SM » à la CMM, Bilan et perspectives*, 20 mai 2011, préparé par : Me Julie Provost.

²¹⁹ Québec, Ministère de la sécurité publique, *Plan stratégique du ministère de la Sécurité publique 2017-2021*, en ligne : <<https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/ministere/mission-et-ministre/orientations-et-politiques/plan-strategique-2017-2021.html>>.

²²⁰ *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale « PAJ-SM » à la CMM, Bilan et perspectives*, supra note 218.

personnalisation de la réponse judiciaire est un avantage majeur »²²¹ par rapport aux mesures traditionnelles dans la mesure où elle est plus efficace²²². Les principes qui sous-tendent ces programmes impliquent donc une supervision judiciaire constante sous la forme de « contrôle et de récompenses »²²³. Les juges, soutenus par une équipe multidisciplinaire, rendent des ordonnances dans le but « d'aider les accusés à se prendre en main »²²⁴ sans toutefois faire fi des objectifs classiques qui sous-tendent la peine.

Ainsi, la souplesse des procédures et l'individualisation accrue de la prise en charge au sein des programmes font place à une peine modulée visant la réhabilitation. Dans ce contexte, la mesure de la peine est celle nécessaire à la protection de la société face à un individu jusqu'à ce qu'il puisse être « apte » à la vie sociale. Autrement dit, le traitement des délits à l'intérieur des programmes sociaux s'effectue à travers une échelle de peines et un calcul des risques à toute fin utilitaire. La peine se justifie pour le bien-être de la société (la sécurité publique) par la transformation graduelle d'un individu « problématique » en un citoyen fonctionnel et respectueux des lois. En ce sens, ces programmes ont su investir les théories de la peine d'une plus grande attention aux idées de réhabilitation (et donc d'une vision identitaire du SJP moins négative et hostile), mais sans toutefois abandonner l'idée que la peine est nécessaire pour produire un bien.

²²¹ Crocker, *supra* note 40, à la p 59.

²²² Pemrose, *supra* note 188, aux pp 12-28

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Québec, Cours municipales du Québec, *Les cours municipales : un réseau, une justice de proximité*, Rapport annuel, 2015, en ligne : <www.justice.gouv.qc.ca/francais/tribunaux/munic.htm>.

4.2 Programmes ou tribunaux ?

Dans cette section, nous nous sommes intéressées aux distinctions que font le législateur et la CMM entre les programmes sociaux et les tribunaux spécialisés. Ce travail de différenciation nous en apprend davantage sur le mandat de la CMM au sein des programmes et nous permet d'observer comment le SJP se décrit à travers ceux-ci.

Le fait pour ces programmes de ne pas être qualifié de tribunaux, mais bien de « programme » est un choix qui dépasse « la simple question d'étiquette »²²⁵. Les programmes se veulent « un mode d'adaptabilité du tribunal et du système de justice plutôt qu'un tribunal spécialisé »²²⁶. Les programmes accompagnent le contrevenant tout au long du processus judiciaire qui peut être long en regard de l'infraction initiale, mais qui se justifie par des objectifs thérapeutiques :

« Même s'il est évident qu'une disproportion trop forte doit être évitée quant à la durée de l'intervention [d'un programme] en regard du délit, il y a un risque de récidive important lorsqu'une personne présentant des problèmes [psychosociaux] échappe à tout diagnostic et passe inaperçue dans un processus judiciaire expéditif. Sans nécessairement mobiliser tous les acteurs [d'un programme] pour un premier délit mineur, il faut éviter de banaliser les délits [...] Cette attitude pourrait induire une

²²⁵ Québec, Ministère de la Justice du Québec, *Programme d'accompagnement justice-santé mentale*, En ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/publications/couple-famille/paj-sm.pdf>. Aussi: « L'approche inclusive préconise le développement de programmes, de mesures et de services qui tiennent compte a priori des réalités et des besoins particuliers des personnes qui ont une incapacité cognitive ou mentale. Cette approche commande l'adaptation du système de justice et non l'instauration de voies parallèles ou de tribunaux spécialisés. » *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, supra note 13.

²²⁶ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale*, supra note 225.

augmentation du nombre et de la gravité des actes illégaux posés par ces personnes »²²⁷.

Les conditions imposées au contrevenant font l'objet « d'un engagement moral entre le contrevenant et la Cour. Cet engagement moral est tout de même consigné par écrit, dont copie est remise au participant lors de son intégration »²²⁸. Le processus relativement flexible répond plus adéquatement aux besoins complexes d'une clientèle vulnérable et favorise une responsabilisation en offrant un soutien personnalisé en vue de réduire les risques de récidive. La réhabilitation sociale n'est pas assurée par les programmes, mais ces améliorations ont « au moins le mérite d'une approche plus humaine dans le processus judiciaire »²²⁹. Ainsi, les mesures d'adaptabilités des tribunaux en lien avec une étroite concertation des partenaires publics sont inspirées des « Mental Health Courts » sans être des tribunaux spécialisés, c'est-à-dire sans créer une nouvelle entité judiciaire parallèle à la Cour. Ainsi, les dossiers traités au sein des programmes demeurent des dossiers de la Cour et sont soumis aux mêmes règles procédurales que les dossiers dits réguliers. Ce ne sont pas les dossiers eux-mêmes qui deviennent particuliers en intégrant les programmes, mais plutôt le traitement effectué par les différents intervenants qui y participent.

Selon feu le juge Paul Bentley de la Cour de justice de l'Ontario, la création de tels programmes découle de l'inefficacité de « la réponse pénale classique » au sein des tribunaux : « [...] Je suis devenu de plus en plus frustré par le recyclage des contrevenants toxicomanes et j'ai commencé à chercher des solutions de rechange

²²⁷ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale, supra note 225.*

²²⁸ *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale « PAJ-SM » à la CMM, Bilan et perspectives, supra note 218.*

²²⁹ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale, supra note 225.*

»²³⁰. Ces solutions de rechange visent à mobiliser adéquatement et de manière concertée les ressources des tribunaux afin d'interrompre le cycle de récidive (syndrome des portes-tournantes), onéreux pour le système judiciaire. Les principales caractéristiques de ce type de programmes sociaux sont :

« un mode de gouvernance non traditionnel, qui tient compte de la multiplicité des organismes publics qui interviennent, en l'absence de lien hiérarchique entre eux, dans un cadre financier tenant compte de contraintes budgétaires sévères et faisant appel surtout à une étroite collaboration interministérielle [...] »²³¹.

Il s'agit alors de définir de « nouveaux modes de gouvernance [c'est-à-dire] un mode de gouvernance non traditionnel qui tient compte de la multiplicité des organismes publics et des organismes communautaires qui interviennent, en l'absence de lien hiérarchique entre eux »²³². Le système de justice poursuit alors des objectifs d'adaptabilité et d'accompagnement au sein des tribunaux de première instance en matière criminelle et pénale en axant le processus sur la résolution de problèmes qui vise à « améliorer le sort d'une clientèle particulièrement vulnérable au sein du processus judiciaire »²³³.

Le taux d'incarcération demeure également une préoccupation que ces programmes visent à réduire²³⁴ en favorisant l'encadrement et le suivi continu dans la communauté : « À partir d'une situation déjà enviable en Amérique du Nord (mais

²³⁰ Penrose, *supra* note 188, aux pp 12-28.

²³¹ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale*, *supra* note 225.

²³² Pierre Nadeau (ministère de la justice du Québec), Allocution, Activité de réseautage CAJI-RAPSIM, Montréal, 16 juin 2016, support PowerPoint.

²³³ *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale « PAJ-SM » à la CMM, Bilan et perspectives*, *supra* note 218.

²³⁴ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale*, *supra* note 225.

tout en évitant de pavoiser), on peut espérer que des programmes d'adaptabilité et d'accompagnement déployés sur l'ensemble du territoire québécois améliorent encore davantage ces taux de criminalité et d'incarcération, en préservant des milieux de vie encore plus sécuritaires »²³⁵. Qui plus est, de tels programmes améliorent l'accès à la justice²³⁶ en améliorant la qualité de vie du contrevenant et assure une plus grande sécurité publique :

« Inciter les citoyens à s'impliquer contribue à accroître la confiance du public en notre système judiciaire. Une plus grande confiance, en retour, contribue à un meilleur sentiment de sécurité, encourage les comportements respectueux des lois et rend le public plus apte à collaborer avec la justice »²³⁷.

Les programmes sont une « justice à caractère communautaire »²³⁸ qui s'intéresse aux « causes extrinsèques des infractions »²³⁹ et qui cherche des solutions alternatives aux peines traditionnelles en « [adaptant le traitement judiciaire et [en favorisant] un encadrement et un suivi continu dans la communauté comme moyen de réinsertion »²⁴⁰. La Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale²⁴¹ fait référence à un système de justice qui traite « avec compassion et en toute équité les personnes [...] qui se trouvent en situation de vulnérabilité » et qui, de ce fait,

²³⁵ Nadeau, *supra* note 232.

²³⁶ Selon l'honorable J.H. Kluger, responsable des politiques et de la planification à la Cour de l'État de New York, les tribunaux axés sur la résolution de problèmes améliorent l'accès à la justice. J K Kluger « Judicial roundtable : Reflections of problem-court justices », (2000) 72:5 NY St BJ 9, aux pp 11-13.

²³⁷ Pemrose, *supra* note 188, aux pp 12-28.

²³⁸ *Les cours municipales : un réseau, une justice de proximité*, *supra* note 224.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Les cours municipales : un réseau, une justice de proximité*, *supra* note 224.

²⁴¹ *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, *supra* note 13.

« révèlent son degré d'humanisme et de civilisation »²⁴². Autrement dit, « [m]ême lorsqu'il est impératif de contraindre des personnes et de restreindre leur liberté, il faut éviter de porter atteinte à leur dignité et s'employer à préserver leurs droits fondamentaux »²⁴³.

Les programmes se démarquent donc du paradigme dominant en Amérique du Nord²⁴⁴ d'une justice qui utilise à outrance l'emprisonnement²⁴⁵ en basant son mode de gestion sur la doctrine du « law and order » ou du « tough on crime ». En substituant à ce paradigme une vision de la justice²⁴⁶ faisant davantage place aux concepts de mesures de rechange, de justice réparatrice et de justice thérapeutique les

²⁴² « Ce sont par ailleurs ces mêmes sociétés qui sont la plupart du temps les moins violentes et qui présentent à la fois les taux de criminalité et les taux d'incarcération les plus bas, alors que les sociétés plus répressives n'arrivent plus, même en incarcérant davantage, à réduire la criminalité », *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, supra note 13. Voir aussi le document Peggy Fulton Hora, « Smart Justice — Building Safer Communities, Increasing Access to the Courts and Elevating Trust and Confidence in the Justice System » En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1809719> qui résume une vision d'une justice du XXIe siècle, axée sur la résolution de problèmes et favorisant des milieux de vie davantage sécuritaires.

²⁴³ *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, supra note 13.

²⁴⁴ Le taux d'incarcération au Canada a tendance à être plus élevé que ceux observés dans la plupart des pays d'Europe dont le développement socio-économique est similaire au Canada, mais il est beaucoup plus faible que celui noté aux États-Unis. Canada : 131 / 100 000 adultes, États-Unis : 730 / 100 000 (Source : Canada, Statistique Canada, *Tableau 35-10-0154-01 - Services correctionnels pour adultes, comptes moyens des contrevenants dans les programmes provinciaux et territoriaux, annuel*, CANSIM (base de données); et Canada, Statistique Canada, *Tableau 35-10-0155-01 - Services correctionnels pour adultes, comptes moyens des contrevenants dans les programmes fédéraux, annuel*, CANSIM (base de données))

²⁴⁵ Statistique Canada, « Le taux d'incarcération au Canada affiche une légère augmentation en 2010-2011-, 2012, Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes au Canada, 2010-2011. Taux d'incarcération des pays de l'OCDE (adultes et jeunes par 100 000 habitants) 2012. En ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2012001/article/11715-fra.htm>>.

²⁴⁶ Voir le concept de « Smart Justice » « Smart Justice — Building Safer Communities, Increasing Access to the Courts and Elevating Trust and Confidence in the Justice System » de la juge à la retraite Peggy Fulton Hora qui résume une vision d'une justice du XXIe siècle, axée sur la résolution de problèmes et favorisant des milieux de vie davantage sécuritaires.) En ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1809719>.

programmes veulent évaluer « l'efficacité [qui] a été démontrée dans les approches des « Mental Health Courts » et les « Drug Courts » »²⁴⁷.

Les mesures d'adaptabilités des tribunaux en lien avec une étroite concertation des partenaires publics sont donc inspirées des « Mental Health Courts » sans être des tribunaux spécialisés, c'est-à-dire sans créer une nouvelle entité judiciaire parallèle à la Cour. Les dossiers traités au sein des programmes sociaux demeurent des dossiers de la CMM et sont soumis aux mêmes règles procédurales que les dossiers dits réguliers. Toutefois, que ces programmes soient intégrés à la cour où qu'ils se situent au sein d'un nouveau tribunal, le simple fait de s'inscrire dans le SJP rendent difficile les possibilités de présenter des caractéristiques « irréductibles, non prédictibles et non déductibles au regard de la RPM »²⁴⁸. Autrement dit, l'adaptabilité des tribunaux à de nouvelles préoccupations sociales ne signifie pas pour autant une innovation; il nous semble plutôt qu'il s'agit de changements normaux, c'est-à-dire attendus (réductible, prédictible, déductible) au regard de certaines caractéristiques antérieures du système, par souci d'efficacité.

4.3 Émancipation et gouvernance

Cette section a pour but de rapporter une des principales critiques à l'égard des programmes sociaux qui nous permet d'observer une limite intrinsèquement liée au mandat du SJP. Entre émancipation et gouvernance du contrevenant, la ligne est fine; et pour un système plus habitué à régenter, l'idée d'émancipation peut mener à un paradoxe. En ce sens, cette représentation de l'émancipation au sein des programmes

²⁴⁷ *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, supra note 13.

²⁴⁸ Pires et Cauchie, supra note 150.

nous semble plutôt une construction du SJP qui oriente son fonctionnement sans ébranler son autodescription identitaire teintée par la RPM; expliquons-nous :

Un des principaux objectifs du processus judiciaire au sein des programmes sociaux vise la responsabilisation du contrevenant. Cette responsabilisation qui devait se produire à travers l'émancipation du contrevenant est toutefois devenue, de manière paradoxale, une forme de soumission vis-à-vis des attentes du système juridique. Autrement dit, « [r]esponsible subjects, though capable of constructing their own subjectivities, cannot escape the subjugating power of the justice system »²⁴⁹. Ainsi, bien que ces programmes s'auto-décrivent comme un modèle alternatif de justice pénale, les moyens d'atteindre ces objectifs ne nous semblent pas en dehors d'un système dont l'impact est justifié, à tort ou à raison, par une « hiérarchie de pouvoir »²⁵⁰.

Les critiques qui sont communément soulevées dans la documentation que nous avons consultée sur ce type de programmes portent sur la question des protections juridiques en matière procédurale²⁵¹, aux questions éthiques relatives à la pratique thérapeutique impliquant plusieurs acteurs sociaux au rôle parfois flou et au principe fondamental du lien de causalité entre la problématique sociale (dépendance, santé mentale, itinérance, etc.) et les crimes qu'elle sous-tend. Si de prime abord le fait que ce soit les intervenants psychosociaux qui suggèrent des conditions et des restrictions

²⁴⁹ Moore et Hirai, *supra* note 46, à la p193.

²⁵⁰ Notre traduction, Dawn Moore, « The Benevolent Watch : Therapeutic Surveillance in Drug Treatment Court » (2011) 15:3 *Theoretical Criminologie* 255, à la p 173. « Thus while DTC distinguishes itself as a different kind of criminal justice with more benevolent goals, the means to achieving those goals do not sit outside a system whose impact, rightly or wrongly, is primarily exerted through a power hierarchy that governs those who come before it. »

²⁵¹ Bernier, *supra* note 211, voir également Dominique Bernier, « Entre pratiques locales et respect des droits: Quelle place pour les tribunaux spécialisés dans le Code criminel? », dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136; Aussi : Dawn Moore, « Translating justice and therapy: The Drug Treatment Court networks » (2007) 47:1 *Brit J Crim* 42.

dans le cadre d'un projet thérapeutique laisse à croire que ce sont des remèdes thérapeutiques et non punitifs, la réalité demeure que le processus est soumis au contrôle légal avec la menace de sanctions inhérente au rôle d'un tribunal. Ces objectifs vont donc de pair avec des stratégies qui ressemblent à des formes classiques de gouvernance favorisant généralement une certaine répression²⁵².

Ainsi, il ne faudrait pas en conclure que parce que les objectifs sont thérapeutiques, il n'y a pas d'effet coercitif. En fait, les éléments de contrôle et les buts thérapeutiques sont soigneusement enchâssés : « we must train ourselves to recognize that benevolence and coercion can be two sides of the same coin »²⁵³. Autrement dit, la sélection par le SJP de certaines idées qui lui sont extérieures renforce parfois sa propre identité au lieu de la transformer. Les objectifs thérapeutiques stimulent la continuité de ses opérations autopoïétiques, même si ces objectifs laissent ouvertes, à l'avenir, de nouvelles possibilités qui viendraient éventuellement modifier les structures et les cognitions du SJP.

4.4 Contrôle et surveillance

Nous venons tout juste de voir que les programmes sociaux s'inscrivent au sein d'un système essentiellement coercitif dont il est difficile de s'extraire. Le fait que ces programmes soient mis en œuvre par un tribunal engendre une situation où la bienveillance et la coercition sont exercées simultanément. Ainsi, bien que le SJP se reconnait lui-même des objectifs thérapeutiques, il limite également sa capacité à

²⁵² “[...] a surveillance assemblage in which care and control are blended and at times synonymous”; Moore, *supra* note 253.

²⁵³ *Ibid.*

intervenir autrement auprès des contrevenants étant donné son mandat de surveillance et de contrôle; c'est ce dont nous traiterons dans cette section.

Le suivi plus ou moins étroit au sein des programmes constitue en lui-même un contrôle qui peut parfois être plus contraignant que la peine traditionnelle. Par exemple, le suivi de six mois au sein du programme québécois de traitement de la toxicomanie sous surveillance judiciaire²⁵⁴ peut être rébarbatif à un point tel que certains contrevenants préfèrent encore le traitement régulier de leur dossier au programme offert par la Cour²⁵⁵. La relation entre la Cour et le contrevenant, qui se bâtit à travers les rencontres de suivi, est une caractéristique importante des programmes, mais cette relation repose sur une collecte de données non réciproque. Les contrevenants sont écoutés tout au long du processus thérapeutique dans la mesure où : « they must please the judge and courtroom team overseeing the programme »²⁵⁶. Les données recueillies sont, par ailleurs, employées moins pour déterminer le niveau de responsabilité de l'individu ou sa culpabilité morale que pour effectuer un calcul de risque. À cet effet, Wandall rapporte des résultats très intéressants d'une étude menée au Danemark au sein de programmes similaires à ceux de Montréal :

« [...] what is absent from the report: a moral account of the defendant and his level of responsibility. The DoC Guide seeks to draw a clear distinction between telling the story about the defendant's person and telling the story of the offense and making evaluations of the defendant's level of responsibility. [...] When we examine sentencing at the different levels of courtroom

²⁵⁴ Programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec à Montréal.

²⁵⁵ Cour du Québec, « Documentaire de l'ENM – Module 5 : Le programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec », en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/MatCrimPenale/fs_reglesMatCrimPenale.html>.

²⁵⁶ McCoy et al, *supra* note 155.

communication, the findings suggest that this basic construction of the individual offender takes two different forms. At the explicit and formal level of courtroom communication this individualized narrative is used to identify candidates for re-integration in society through the use of alternatives to imprisonment. However, when we examine sentencing at the level of informal and implicit court communication a very different construction emerges. Here, individual offenders are categorized not as good candidates for alternative measures to imprisonment, but simply as representing a lower or higher level of crime risk, with imprisonment as a last resort to incapacitate the ‘incurable’ ones. It is a narrative that distinguishes between offenders who the court perceives as able to abstain from crime and those who the court feels obliged to incapacitate rather than reform. This narrative does not operate through the language of actuarialism, but operates by using more traditional socioeconomic and criminological stereotypes»²⁵⁷.

En outre, plus il y a de contacts, plus il y a de surveillance et plus grandes sont les chances de commettre des impairs et donc plus il y a de risque d’être puni. Le suivi thérapeutique de la CMM augmente donc simultanément la « quantité de soins

²⁵⁷ Rasmus H. Wandall, « Resisting risk assessment? Pre-sentence reports and individualized sentencing in Denmark » (2010) 12:3 Punishment & Society 329, à la p 336. (Les résultats de l’article représentent une part d’une étude empirique plus large publiée dans *Decisions to imprison*, Wandall, 2008). Les résultats de Wandall ont été obtenus dans le cadre d’une étude portant essentiellement sur l’utilisation des rapports présentenciels dans les tribunaux danois dans le contexte de l’utilisation croissante des évaluations des risques. Nous nous permettons tout un même un rapprochement avec notre propre cas d’étude dans la mesure où les programmes sociaux font eux-mêmes partie d’un tribunal et que ces programmes font largement usage de processus faisant écho à des changements pénaux récents en matière d’évaluation des risques; « Plus récemment, les formes de prise en charge thérapeutique peuvent être associées au renouveau pénologique et à la gestion actuarielle du risque où l’on cherche à définir et à qualifier l’individu selon le risque qu’il représente et à orienter l’intervention pénale selon les résultats de cette qualification » Robert Castel, *La gestion des risques : de l’anti-psychiatrie à l’après-psychanalyse*, Paris, Éditions de Minuit, 1981, cité dans Dominique Bernier, *Le droit pénal dans le continuum des soins de santé : Réflexions sur le rôle des acteurs du système judiciaire et sur les mécanismes de protection de l’usager de drogue ou d’alcool dans les formes de prise en charge thérapeutique*, Thèse de doctorat en droit, Université d’Ottawa, 2017, à la p 23.

qu'une personne reçoit et la quantité de coercition et de contrôle dont elle fait l'expérience »²⁵⁸. Bien que plusieurs études constatent que le niveau de coercition perçu par les contrevenants est plus faible que celui d'un processus régulier²⁵⁹, il n'en demeure pas moins qu'il y a une surveillance exercée de façon diffuse par de nombreux acteurs²⁶⁰.

4.5 Objectifs thérapeutiques

Au fil de nos lectures, nous avons constaté que les objectifs thérapeutiques sont déployés par le SJP comme une formule visant la responsabilisation du contrevenant. Cette responsabilisation, dans le contexte des programmes sociaux, prend souvent la forme de discours paternalisant qui entremêlent diverses stratégies visant à maintenir le contrevenant dans un rapport de subordination face à la Cour.

La mise en œuvre des objectifs thérapeutiques se fait « with the weight of the criminal law behind it such that the wayward sheep can be brought back by the long arm of the law »²⁶¹. Les conditions imposées au contrevenant et les interventions intrusives justifiées sur le plan thérapeutique, qui peuvent s'échelonner sur une longue période, allongent, intensifient et répartissant du même coup les sanctions

²⁵⁸ Notre traduction, David B Wexler et Bruce J Winick, *Therapeutic Jurisprudence. Therapeutic Jurisprudence, in Principles of Addiction Medicine*, 4^e éd, cité dans Moore, *supra* note 250.

²⁵⁹ Voir Jaimes, *supra* note 175.

²⁶⁰ Dawn Moore, *Criminal Artefacts, Governing Drugs and Users*, Vancouver, UBC Press 2007, à la p 24.

²⁶¹ Moore, *supra* note 250.

n'ont pas toujours été légales²⁶². Elles sont, ici, justifiées pour assurer les traitements et accroître le sentiment de sécurité dans la communauté²⁶³ :

« Normative work is carried by programme staff but also by judges; we saw judges delivering long paternalistic speeches to clients about how to prepare their clothes the day before court and ensure they leave sufficient time for breakfast and travel to court. The practices and conditions imposed by specialized courts often extend beyond treatment and penalty; they are interwoven with various strategies designed to produce a governable liberal responsible subject»²⁶⁴.

Les programmes instaurent une forme « d'ajournement » semblable à « l'ajournement thérapeutique »²⁶⁵ qui consiste en la suspension de la judiciarisation de l'infraction pour laisser la chance au contrevenant de se responsabiliser (suivre une thérapie, retourner à l'école, se trouver un emploi, restaurer des liens familiaux, instaurer de saines habitudes de vie, etc.). Si, en 1990, la Cour du Québec avait initialement interdit l'ajournement thérapeutique officieuse étant donné que cela menait à un délai déraisonnable dans la détermination de la peine²⁶⁶, l'article 720(2) Ccr permet désormais une telle pratique²⁶⁷. Toutefois, les règles qui encadrent ces programmes ne sont édictées dans les textes de loi que depuis très récemment²⁶⁸. Ainsi, les recours en

²⁶² Voir *R c Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 RCS 399.

²⁶³ MacDonald et al, *supra* note 62. « En guise d'exemple, dans un dossier (qui constitue un cas extrême), une personne accusée avait comparu 17 fois au tribunal pour une accusation de vol mineur (d'une valeur de 20 \$). Plusieurs interventions avaient eu lieu afin de lier la personne aux ressources de la communauté. Au final, la personne avait complété les conditions d'intégration au TSM et les accusations furent été retirées. »

²⁶⁴ K. Hannah-Moffat et P. Maurutto « Shifting and Targeted Forms of Penal Governance : Bail, Punishment and Specialized Courts » (2012) 16:2 Theoretical Criminology 201.

²⁶⁵ Dominique Bernier, « Entre pratiques locales et respect des droits: Quelle place pour les tribunaux spécialisés dans le Code criminel? », dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136.

²⁶⁶ *R c Cardin*, [1990] 58 CCC (3d) 221 (CA Qué), 1990 CanLII 3797 (QC CA).

²⁶⁷ *R c Prin*, 2011 QCCQ 10955.

²⁶⁸ PL 32, *supra* note 45.

appel qui « pourraient confirmer ou valider certains des éléments propres à ces parcours juridiques hautement particularisés et orientés vers des enjeux thérapeutiques; à l'exception des décisions où les gens vont réclamer un droit d'avoir accès à ces types de programmes ou de tribunaux²⁶⁹, demeure à ce jour assez laconique en la matière »²⁷⁰. Nos observations démontrent que le recours aux objectifs thérapeutiques participe définitivement à la surveillance et au contrôle des contrevenants. Ces éléments s'inscrivent eux-mêmes dans une longue tradition du SJP qui remonte aux idées de la peine traditionnelle; ici, la peine sur le corps (prison) s'écarte pour laisser place à un autre type de peine : « Il faut donc choisir des peines qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable »²⁷¹. Le glissement vers « l'adoucissement » des peines (plus humaines – thérapeutiques) ne vise plus à bannir et stigmatiser, mais participe à un autre rôle tout aussi ancré dans la RPM : celui d'amender les individus.

4.6 Impact de la judiciarisation

La documentation consultée fait également référence aux effets de la judiciarisation sur certaines populations vulnérables²⁷². Le SJP s'inscrit dans un processus qui implique des exigences légales et des contraintes procédurales qui sont en elles-mêmes afflictives. Plus encore, les programmes contribuent à confondre les phases de reconnaissance de la culpabilité et de détermination de la peine. Les programmes

²⁶⁹ *Normandin c Canada (procureur général)*, 2008 QCCS 1466; *R. v Pickup*, 2009 ONCJ 608.

²⁷⁰ Dominique Bernier, « Entre pratiques locales et respect des droits: Quelle place pour les tribunaux spécialisés dans le Code criminel? », dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136.

²⁷¹ Beccaria, *supra* note 8, à la p 87.

²⁷² Par populations vulnérables nous entendons des groupes plus à risque d'avoir des démêlés avec le système de justice pénale et donc d'être surreprésentés dans le SJP; pensons notamment aux autochtones, aux personnes souffrant de dépendances (drogue, alcool) ou de problèmes de santé mentale.

sociaux se juxtaposent ainsi à des processus teintés par les stigmates du SJP et de sa rationalité dominante.

Une des questions de fond demeure celle de la judiciarisation de certaines infractions où les populations vulnérables sont surreprésentées. Le processus d'arrestation est en soi anxiogène pour une personne interpellée (et potentiellement détenue), que ce soit au sein d'un processus régulier ou celui d'un programme social; il y a donc un coût humain et financier associé au passage dans le système judiciaire, même au sein des programmes sociaux. La judiciarisation de certaines problématiques sociales a des conséquences que les programmes n'enrayent pas, au contraire. Pensons notamment aux personnes en situation d'itinérance qui peuvent être expulsées ou déplacées de l'espace public, qui sont humiliées publiquement lorsqu'un constat d'infraction leur est remis, puis qui doivent composer avec le stress de répondre à des questions personnelles qui n'ont rien à voir avec l'infraction commise devant un procureur, puis à la Cour devant un juge²⁷³. En agissant « à la fois comme porte d'entrée rapide vers des services sociaux tout en restant imprégné des conséquences et des stigmates du droit [pénal] »²⁷⁴ ces programmes sont [...] des « sanctions-récompenses »²⁷⁵ qui brouillent la rationalité dominante du SJP : « In the process, legal requirements of factual proof are replaced by pragmatic, technical, political, or economic criteria of feasibility, efficiency and cost. [...] ».²⁷⁶

Le problème que nous soulevons ici est notamment lié au fait que les programmes sociaux peuvent générer des effets contradictoires dans leur mise en œuvre au sein du

²⁷³ Fortin et Raffestin, *supra* note 26.

²⁷⁴ Dominique Bernier, « Entre pratiques locales et respect des droits: Quelle place pour les tribunaux spécialisés dans le Code criminel? », dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136.

²⁷⁵ Pemrose, *supra* note 188.

²⁷⁶ McCoy et al, *supra* note 155.

SJP. Étant donné la pluralité d'acteurs s'inscrivant dans cette mise en œuvre et la flexibilité de la procédure liée à l'individualisation de la « démarche thérapeutique », plusieurs intérêts, parfois difficilement réconciliables, doivent coexister. On se retrouve alors dans une situation où la judiciarisation crée des impacts polarisés. D'une part, elle permet une prise en charge « thérapeutique » qui favorise le bien-être de l'individu à travers la collaboration intersectorielle avec le milieu de la santé et des services sociaux, mais, d'autre part, elle contribue largement à maintenir certains individus dans un système coercitif et contraignant.

Dans un système où la peine sert de moyen pour communiquer les valeurs de la société, on ne peut considérer l'aspect « thérapeutique » du processus sans considérer les autres valeurs, tout aussi importantes, rattachées aux théories de la peine (la rétribution, la dissuasion et la dénonciation). Dans ce contexte, la mise en œuvre de ces programmes est complexe et les effets sur les justiciables sont pour le moins ambigus. Forcément, comme ces programmes s'inscrivent dans le SJP (où le crime additionné à la responsabilité rend inévitable la peine), le rapport d'opposition entre les intérêts thérapeutiques et les objectifs traditionnels de la peine tendent nécessairement à favoriser l'imposition d'une peine, donc inévitablement, la judiciarisation avec tout ce que cela suppose et implique.

4.7 La loi comme limite

Finalement, cette section se rapporte aux limites intrinsèques des programmes sociaux comme espace normatif faisant partie du SJP. En effet, le droit pénal constitue un ensemble défini de préceptes ressortissant à des normes fondées sur des idées (des cognitions) propres à ce système. En s'auto-décrivant comme institution au service de la protection en veillant au maintien de certaines valeurs fondamentales, son mandat principal revient à « stabiliser l'ordre moral, à guider la société en relation avec cet ordre, à le communiquer par la répression de la transgression, voire à le

fabriquer »²⁷⁷. Ceci pose la question de la loi comme limite à la capacité d'évolution et d'innovation du SJP; c'est ce que nous tenterons d'observer dans cette section.

Le défi principal que pose donc la mise en œuvre des programmes sociaux est d'établir un équilibre entre des préoccupations à priori opposées. Le rapport hiérarchique qui oppose les objectifs thérapeutiques de ces programmes à la loi pénale crée un déséquilibre :

« La jurisprudence thérapeutique suggère que nous nous montrions sensibles à ces conséquences et requiert que nous nous posions la question à savoir si les conséquences anti-thérapeutiques de la loi peuvent être réduites et si ses conséquences thérapeutiques peuvent être bonifiées, sans y subordonner l'application régulière de la loi ou d'autres valeurs de justice ». ²⁷⁸

En effet, le mode de fonctionnement des programmes ne doit pas s'écarter ou supplanter le prononcé d'un jugement à l'encontre d'un contrevenant. Toutefois, dans un système accusatoire où les particularités d'une clientèle vulnérable créent un tel déséquilibre qui menace l'efficacité du recours aux lois, les mesures d'adaptabilités visent à retrouver un équilibre par souci d'accès égal à la justice²⁷⁹. En somme :

²⁷⁷ Garcia, *supra* note 89, à la p 225.

²⁷⁸ (nous surlignons) L. Chartrand et E. Forbes-Chilibeck cité dans : Pemrose, *supra* note 188.

²⁷⁹ « La nécessité d'adapter le système de justice aux besoins particuliers des personnes ne contredit pas le principe de l'égalité de tous devant la justice ; au contraire, l'adaptabilité du système de justice apparaît nécessaire pour consacrer ce principe de l'égalité dans le respect des particularités individuelles ». *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, *supra* note 13, à la p 1.

« [...] l'ensemble de ces constats et enjeux met en évidence le besoin de déployer des solutions originales axées sur la collaboration intersectorielle, afin d'améliorer la coordination, la complémentarité et la continuité des interventions des différents réseaux dans le cadre du processus d'intervention judiciaire [...] En outre, pour s'assurer de favoriser la confiance du public dans le système de justice, le déploiement de mesures d'adaptabilité du processus judiciaire et d'accompagnement tout au long de ce processus [...] doit s'effectuer de manière transparente afin de permettre la démonstration de leur efficacité et de leur impact positif sur la sécurité de nos milieux de vie »²⁸⁰.

Dans le contexte des programmes sociaux où plusieurs acteurs issus de divers systèmes se croisent et collaborent, nous voyons apparaître des valeurs diverses étant donné que chaque système social construit son propre système de valeurs. Chaque système construit cognitivement un espace de valeurs à l'intérieur duquel il conçoit comme important et devant être protégé les valeurs qu'il qualifie de valeurs fondamentales; par exemple, pour le SJP, la « sécurité des milieux de vie ». C'est l'autoportrait identitaire du SJP qui s'actualise et prédomine aux valeurs d'autres systèmes sociaux dans les communications supportées par les programmes sociaux, étant donné que ces programmes s'inscrivent dans un système spécifique : le SJP.

4.8 Bonification à l'innovation pénale

Dans l'ensemble de la documentation que nous avons consultée, les programmes sociaux se conçoivent comme une ressource favorisant l'adaptation du SJP face à certains stimuli lui provenant de son environnement. Ainsi, ces programmes peuvent

²⁸⁰ (nous surlignons) *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, supra note 13, à la p 4.

être perçus comme une possibilité de mise à jour du SJP lui permettant de mieux répondre aux critiques formulées à son endroit par les acteurs issus de son environnement. Rappelons que les communications de ces acteurs sont conçues comme une source d'irritation perpétuelle pour le SJP; pour se différencier de son environnement, le SJP doit minimalement opérer une «ongoing reference to the environment »²⁸¹. Des précédentes sections, nous pouvons en conclure que cette opération de distinction lui sert à réaffirmer sa propre identité (fermeture opérationnelle), mais nous pensons qu'il peut aussi s'agir d'une occasion d'évolution, voire d'innovation (ouverture cognitive).

En ayant en tête les données plus hautes issues de notre recherche documentaire sur les programmes sociaux, les prochaines sections porteront, quant à elles, un regard bonifié sur le l'innovation pénale du SJP. Rappelons que nous adoptons cette perspective plus macro pour être en mesure de contribuer largement aux réflexions sur la capacité d'apprentissage et d'évolution du SJP au sein d'un système de pensée spécifique, la RPM.

Si nous remettons les programmes sociaux comme cas d'étude visant à observer la capacité d'apprentissage et d'évolution, voire d'innovation, du SJP dans notre cadre théorique, nous pourrions tenter d'observer la manière dont le SJP se réfère à son environnement et se saisit de certains stimuli qu'il considère pertinents pour apprendre, évoluer voire innover. À ce stade, nous constatons que les programmes sociaux agissent notamment comme une nouvelle opportunité qui permet au SJP de réagir aux communications de son environnement lorsqu'il les sélectionne. Ainsi, le SJP s'adapte et évolue pour réaffirmer, d'une part, sa propre identité par rapport à cet environnement, et d'autre part, pour répondre à l'évolution de son environnement.

²⁸¹ Niklas Luhmann, *Social Systems*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1995, à la p 350.

Dans les sections qui suivent, nous allons réinvestir notre cadre théorique pour pousser l'analyse plus étroitement en lien avec notre souci de réfléchir le SJP. Nous allons ainsi tenter de rendre compte des grands thèmes issus de notre recherche documentaire en alimentant nos réflexions relatives à la RPM.

4.9 Obstacles reliés à la vision identitaire

L'intégration de communications extérieures au sein du SJP peut-être problématique lorsque l'articulation entre le système et son environnement se fait dans le cadre « d'un droit pénal [qui] n'a transformé substantiellement ni sa structure normative, ni sa rationalité »²⁸². C'est dans un tel contexte que les opinions des acteurs sociaux peuvent créer des effets contradictoires et paradoxaux qui s'accordent mal avec les objectifs punitifs du SJP. Commençons par rappeler que la théorie des systèmes soutient qu'un système, comme le SJP, a une identité et qu'il se définit notamment à travers des autoportraits qui le distinguent des autres systèmes sociaux. Autrement dit :

« [p]our contrôler sa propre sélectivité et ses frontières face à l'environnement, le système autoréférentiel doit utiliser sa propre identité, il doit se percevoir lui-même comme système. En maniant sa propre identité, le système constitue sa différence face à l'environnement, et maintient son autonomie »²⁸³.

Le système construit cet autoportrait de manière réflexive, comme résultat de ses propres activités. La vision identitaire du système s'est construite autour de la RPM et des théories de la peine dominantes (dissuasion, dénonciation et rétribution) qui

²⁸² Pires, *supra* note 7, à la p 200.

²⁸³ Amado, *supra* note 81, aux pp 26-27.

privilégient l'affliction. Ces grands principes forment un corpus d'idées dont le système peut difficilement s'écarter et qui limite ses finalités. Sans ces théories de la peine qui le composent, le SJP se sent menacé par rapport à sa différenciation avec son environnement. Cette clôture cognitive permet au SJP de se replier sur lui-même et de sélectionner les éléments ou les possibilités connus qui viennent cristalliser son identité et son fonctionnement. Ces auto-descriptions se trouvent alors comme figées dans le temps. Conséquemment, l'identité du système, qui est indissociable de ses auto-descriptions, emprunte également la voie de l'immuabilité. Le SJP structure alors cognitivement ses opérations, sélectionne et oriente ses communications et définit ses frontières à partir de ses auto-descriptions fondatrices. Ainsi, ce que nous retenons c'est que les théories de la peine sont au fondement de l'identité du système qui les utilise non seulement comme des outils théoriquement utiles à ses activités, mais plus encore comme fondement de son identité. Autrement dit, les théories de la peine contiennent les idées dominantes du SJP.

L'identité du SJP étant ce qu'en disent les théories de la peine, on perd, au moins en partie, la possibilité d'auto-descriptions qui puissent être différentes de celles-ci²⁸⁴. La RPM permet au SJP de se différencier non seulement avec son environnement, mais également comme sous-système à l'intérieur du système juridique. Autrement dit, la condamnation par l'imposition d'une peine afflictive permet au système de se définir et de se circonscrire dans le système juridique comme sous-système pénal. Cette fusion entre identités du SJP et la RPM a comme conséquence de rendre moins facile les autoréférences autrement qu'à travers les théories dominantes de la peine. Autrement dit :

²⁸⁴ Voir l'exemple avec le système politique : Niklas Luhmann, *Political theory in the Welfare State*, traduit par John Bednarz Jr, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, aux pp 122-123.

« la possibilité même de s'orienter autrement sur le plan opérationnel et d'instituer pour y arriver d'autres «théories de la réflexion» sonne l'alarme identitaire dans le système: il conclut directement sur le risque de dédifférenciation et se réfugie en se repliant sur les auto-descriptions dont lui paraît dépendre sa distinction identitaire système/environnement »²⁸⁵.

Dans le contexte des programmes sociaux, par exemple, le fait de traiter un délit d'une manière à laisser davantage de place à une prise en charge en marge d'une condamnation punitive se heurte aux filtres cognitifs qu'imposent les théories de la peine et pousse le système à appréhender le délit comme un calcul de risque :

« Sans nécessairement mobiliser tous les acteurs [d'un programme] pour un premier délit mineur, il faut éviter de banaliser les délits [...] Cette attitude pourrait induire une augmentation du nombre et de la gravité des actes illégaux posés par ces personnes »²⁸⁶.

Lorsque le SJP qualifie les programmes de « mode d'adaptabilité du tribunal et du système de justice »²⁸⁷, ce qu'il cherche notamment c'est à ne pas s'écarter de sa culture juridique. C'est dans ce sens que l'on peut se rallier au concept emprunté à Luhmann et qualifier l'attachement aux théories de la peine dominantes comme des « *formulae for redundancy* »²⁸⁸ constituant des obstacles cognitifs à l'évolution du SJP.

Cela étant, il ne faudrait pas oublier qu'en réalité, la différenciation du SJP avec son environnement ne dépend pas seulement de ses auto-descriptions, mais aussi du jeu entre sa clôture opérationnelle et son ouverture cognitive. Le SJP peut évoluer et se

²⁸⁵ Garcia, *supra* note 89, à la p 357.

²⁸⁶ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale*, *supra* note 225

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Luhmann, *supra* note 198, à la p 312.

transformer en se laissant irriter par son environnement. Il peut abandonner certaines auto-descriptions ou en substituer de nouvelles, en l'occurrence plus positives et respectueuses des droits de la personne. Au sein des programmes sociaux, par exemple, la réhabilitation sociale n'est pas assurée, mais les alternatives qu'ils proposent ont « au moins le mérite d'une approche plus humaine dans le processus judiciaire »²⁸⁹. En ce sens, identité et auto-description sont deux concepts que l'on peut facilement confondre (le système le fait d'ailleurs), mais on peut aussi les envisager comme distincts.

Les programmes sociaux sont, en l'occurrence, un exemple intéressant de la manière dont le système peut modifier ou limiter sa propre rationalité contraignante sans pour autant qu'il ne perde son identité. À l'heure actuelle, le SJP n'a pas encore tiré plus largement profit des nouvelles idées qu'il a mises en place au sein des programmes sociaux de la CCM. Il continue davantage à se voir et se penser en référence au cadre de la RPM. Mais, il semble considérer comme moins étranges les possibilités de mobiliser des idées et des théories lui permettant de s'auto-définir de manière plus positive. Retenons, par ailleurs, que les obstacles aux réformes et à l'innovation du SJP lui sont attribuables; « c'est bel et bien le système lui-même qui s'autolimité; elle n'est pas le fait d'une quelconque obligation naturelle qui lui échapperait »²⁹⁰. Ainsi, le SJP a le pouvoir de renouveler ses idées et de faire évoluer ses structures cognitives vers des formes plus proches des alternatives proposées par les acteurs sociaux, à travers la sélection et la stabilisation de structures d'accueil essentielles à la rétention des changements que les innovations supposent.

²⁸⁹ *Programme d'accompagnement justice-santé mentale*, supra note 225.

²⁹⁰ Garcia, supra note 89, à la p 358.

Les programmes sociaux pourraient ainsi favoriser l'émergence de nouvelles pratiques pouvant donner lieu à une culture juridique plus favorable aux idées s'éloignant du cadre de la RPM. Pour pousser plus loin cette possibilité, la prochaine section a comme objectif de réfléchir à ce qui peut favoriser ou inhiber les réponses pouvant concurrencer le RPM, dont dispose désormais le SJP à travers les programmes sociaux.

4.10 L'impact des mesures alternatives sur les normes de sanction

Notre analyse nous a permis de constater que les programmes sociaux soutiennent des possibilités évolutives plus ou moins en contradiction avec les théories de la peine sur lesquelles se fonde la rationalité dominante du SJP.

Pour articuler notre réflexion sur l'impact des mesures alternatives proposées par les programmes sociaux sur les normes de sanction généralement valorisées par le SJP, nous allons nous appuyer sur l'idée que dans un système complexe il est tout à fait possible de « développer plusieurs contextes d'opérationnalité différents pouvant entrer en concurrence les uns avec les autres »²⁹¹. Dans un contexte où les communications des acteurs sociaux ont pris une place importante dans la sphère publique, donc dans l'environnement du SJP, il se peut que le système puisse sélectionner des références dominant (même momentanément) son environnement. Autrement dit, dans les opportunités de « réponses pénales »²⁹² qui existent à un moment donné, le contexte de la prédominance d'une réponse sur une autre semble

²⁹¹ Garcia, *supra* note 89, à la p 381.

²⁹² Les mesures mises en place sont une voie de contournement aux sanctions pénales traditionnelles qui prennent la forme de réponses pénales; ou encore la « réparation pénale » qui est une « mesure de réparation à caractère éducatif ordonnée pour une prise de conscience du délit à la place de poursuites judiciaires ». *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale 2018*, *supra* note 13, au glossaire.

pouvoir servir de référence à la mise en place de nouvelles opérations au sein du système.

Ainsi, si les communications des acteurs sociaux ont pu avoir une résonance dans le SJP (par la création des programmes sociaux) et venir, en quelque sorte, renouveler les réponses possibles offertes par le système en concurrence aux réponses fondées sur la RPM, c'est peut-être parce qu'elles ont été proposées dans un contexte où il existait un « scénario possible de transformation »²⁹³. Rappelons-nous que le SJP lui-même cherchait de nouvelles réponses plus efficaces dans la gestion de certaines problématiques sociales. Les programmes sociaux se positionnent alors comme une reconsidération de valeurs positives, comme alternative à la RPM, susceptible de favoriser les remises en question de la tradition punitive et engendrée un contexte d'auto-réforme possiblement innovant. L'intériorisation de nouvelles « réponses pénales » se traduit concrètement par la diversification des normes de sanction. La création des programmes sociaux permet, en effet, aux acteurs du SJP de supporter des réponses moins centrées sur l'affliction dans un contexte bien structuré et défini par le système lui-même. Ainsi, ces acteurs ont la possibilité de continuer à soutenir les communications du système tout en offrant de nouvelles possibilités.

Pour l'instant, ces nouvelles possibilités ne concernent que des infractions avec un faible niveau de gravité et ne s'adressent qu'à des contrevenants jugés admissibles²⁹⁴. La question qui se pose est alors celle de savoir comment générer plus largement de nouveaux contextes capables de rompre avec l'emprise des modèles dominants.

²⁹³ Le système a reconnu un problème de l'adaptation des peines aux particularités de certaines problématiques sociales, par exemple au milieu de l'itinérance. Voir : Pemrose, *supra* note 188.

²⁹⁴ Dans tous les cas la décision de faire participer le contrevenant à un programme va se prendre en tenant compte de l'intérêt de la société, la protection du public et l'intérêt des victimes; Cour du Québec à Montréal, *Programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec à Montréal (PTTCQ)*, 25 octobre 2012, en ligne : <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/PTTCQMontreal.pdf>>.

Cette question est importante dans la mesure où elle vise à éviter le risque de contribuer à la redondance du SJP en nous offrant l'occasion de réfléchir aux avenues qui pourraient permettre d'entrevoir les programmes sociaux comme une occasion pour le SJP de se réinventer et d'innover. Les deux dernières sections de ce chapitre se consacrent à cette question.

4.11 Les programmes sociaux et de déjudiciarisation comme vecteurs positifs de changement pour penser les modes d'intervention du système de justice pénal

Nous croyons avoir démontré jusqu'ici que malgré la présence de la RPM dans les communications du SJP, il est possible que les programmes sociaux puissent constituer des opportunités nouvelles. Cette section sera l'occasion de se concentrer sur quelques communications qui échappent aux normes dominantes en essayant d'entrevoir d'autres types de « réponses pénales » possibles. Comme nous l'avons vu, la présence historiquement dominante de la RPM dans les communications du SJP ne nie pas pour autant l'existence d'autres rationalités sur la forme que la « punition » moderne doit prendre. Nous parlons de communications qui ont été stabilisées au sein des programmes sociaux, mais qui n'ont pas été généralisées dans le système. Les programmes sociaux de la CMM permettent notamment aux acteurs du SJP de mettre l'accent sur le mode de décision plutôt que sur la décision elle-même. Le tribunal a donc la possibilité de condamner une personne jugée coupable sans imposer une peine qu'autrement il aurait été obligé d'imposer. Dans le cadre de ces programmes, le traitement thérapeutique sous surveillance judiciaire est privilégié comme solution de rechange (comme nouvelle « réponse ») à l'incarcération, peine de référence classique au sein du SJP.

Ces solutions de rechange témoignent d'une ouverture à certaines réponses en droit pénal qui échappent à différents degrés au cadre de la RPM. Pourtant, les normes de procédure juridique et les sanctions, même si elles offrent des solutions adaptées

moins axées sur l'affliction et davantage sur la réduction ou l'élimination de l'incarcération en facilitant l'accès à des traitements et en favorisant la collaboration entre les professionnels, réaffirment néanmoins la norme.

La condamnation réaffirme la norme même si elle n'est pas associée à une peine afflictive; autrement dit, il existe plusieurs moyens pour communiquer quelque chose. La peine afflictive est un moyen de communiquer la réprobation sociale, mais elle n'est pas le seul moyen de le faire. On peut dénoncer un délit, et donc réaffirmer la norme pénale, avec une condamnation sans peine, avec simplement une procédure pénale. La simple prise en charge par le SJP rend compte du caractère délictuel (donc non acceptable) d'une situation. L'ouverture du SJP vers un modèle d'intervention moins punitif ne veut pas dire qu'il n'y a pas une réaffirmation du pouvoir judiciaire pénal de surveillance et de condamnation.

Par contre, l'appropriation de mécanismes extra-juridiques (mécanismes appartenant aux acteurs sociaux) par le SJP témoigne notamment de son ancrage dans le communautaire et de la plus grande flexibilité de ses procédures²⁹⁵. Au sein des programmes sociaux, le SJP admet d'autres réponses pénales existant en dehors du système juridique. Le fait de les avoir en partie accueillis au sein du SJP est une nouveauté là où généralement les alternatives ne peuvent pas se mettre à la place du SJP, ni prétendre le remplacer. Le SJP s'est approprié des « réponses » présentes dans la communauté, s'est approprié certains moyens de résolutions de conflits qui passent par un processus de négociation et d'entente (un processus de « déjudiciarisation ») plutôt que l'amende ou l'emprisonnement. Si nous voyons donc une ouverture à d'autres formes de résolution de conflits non axés sur l'affliction, pour le SJP, la

²⁹⁵ Par exemple, au PAJIC c'est le procureur qui se déplace à la Clinique Droits Devant et la récidive est vue comme faisant partie du processus de réinsertion.

« déjudiciarisation » ne se situe pas en dehors du tribunal, mais se caractérise par l'adaptabilité du système. Autrement dit, les communications des acteurs sociaux représentent une possibilité de penser à des « réponses pénales » en dehors du cadre de l'imposition obligatoire d'une peine classique sans être menaçant pour l'identité du système; mais donc, possiblement, sans être des variations qui sont généralisables à l'intérieur d'un système encore dominé, nous semble-t-il, par la RPM.

4.12 Synchronisation entre idées innovatrices et pratiques : limites et perspective de réformes génératives²⁹⁶

Nos réflexions sur le processus de réforme du droit pénal soulèvent un autre défi particulier dans la synchronisation entre les pratiques innovantes et les idées à leurs origines. Il nous semble y avoir un problème de cohérence entre ces deux niveaux qui constitue un obstacle à ne pas négliger dans notre analyse. En effet, si le SJP arrive à développer de nouvelles idées en rupture avec les théories dominantes reliées à la RPM, leur mise en œuvre de manière cohérente et ancrée dans des pratiques structurées semble faire défaut. Où, comme dans le cas qui nous concerne, le système arrive à mettre en place de nouvelles pratiques par rapport aux pratiques punitives dominantes, mais omet d'investir pleinement les idées nécessaires à la stabilisation nécessaire pour en assurer la pérennité.

Les programmes sociaux, à notre sens, en sont un bon exemple. Si on reconnaît que la pénalisation de certains contrevenants est une mesure inefficace, on ne permet pas à un autre système de répondre, on ne déjudiciarise pas réellement; on adapte plutôt les structures d'accueil. Si les idées qui sous-tendent ces nouvelles structures (les

²⁹⁶ Cette section est largement inspirée de l'article : « La réforme du droit criminel : Une idée dont le temps est venu », Garcia et Dubé, dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136.

programmes sociaux) sont nouvelles, la qualification des mesures prises au sein de ces programmes comme « alternatives » ou « adaptations » ne s'éloignent pas tant, dans ses effets, d'une punition. Le système, en qualifiant de programmes d'adaptabilités les programmes sociaux s'assurent davantage de leur réception favorable (en fait, il s'assure de respecter sa cohésion interne et ses autodéfinitions identitaires), mais sur le plan des idées (sur le plan cognitif) cette qualification perd, à notre avis, en nouveauté. Autrement dit, ce que l'on peut alors observer c'est que la pratique gagne en nouveauté, mais les idées qui l'appuient, quant à elles, perdent en innovation :

« En ce sens, si l'innovation normative n'est pas synchronisée avec une innovation sur le plan des idées, la mesure réformatrice ne réussit pas à stabiliser un renouvellement de l'intervention pénale »²⁹⁷.

L'exemple des programmes sociaux de la CMM permet de mieux comprendre la stabilisation de pratiques alternatives au sein du SJP. Ces programmes sont emblématiques non pas d'un manque d'alternatives au sein du SJP, mais du manque d'arguments (ou de flexibilité) cognitifs susceptibles « d'encadrer des objets de pensée, des thèmes, des pratiques »²⁹⁸ et de valoriser leur potentiel innovateur :

« Faire autrement n'est pas suffisant, penser autrement ne l'est pas non plus. Il faut faire *et* penser autrement, et le faire en pensant ces deux piliers comme étant redevables l'un par rapport à l'autre : le caractère innovateur de l'idée qui appuie une pratique doit se refléter dans la pratique et le caractère innovateur de cette

²⁹⁷ Garcia et Dubé, dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136, à la p 31.

²⁹⁸ Garcia et Dubé font référence aux vocabulaires de motifs de Wright Mills; voir : Wright Mills, «Situated Action and Vocabularies of Motive », (1940) 5:6 *American Sociological Review* 904.

pratique doit en retour pouvoir exprimer l'essence et l'intention de l'idée qui lui sert de fondement »²⁹⁹.

Autrement dit, pour être en mesure de surpasser la RPM et d'inscrire dans le temps des alternatives comme les programmes sociaux, il faut investir de manière conjointe et concertée le plan cognitif (les idées) et le plan opérationnel (les pratiques) dans le processus de réforme.

4.13 Remarques finales

Nous avons tenté, à la fin de ce chapitre, de discuter des quelques pistes relatives à la possibilité que le SJP ait été capable, au sein des programmes sociaux, de s'ouvrir aux changements susceptibles de générer de nouvelles structures d'intervention. Pour ce qui est de se réformer sur le plan cognitif, rien n'empêche le SJP de changer la forme des idées et les critères de décision à l'origine de ses pratiques³⁰⁰. Le système est capable de se saisir, à différents moments, de certaines communications de son environnement pour modifier ses opérations. Cette réception des stimuli externes ne signifie toutefois pas que le SJP rompt avec sa rationalité dominante ou qu'il cède son autonomie à d'autres systèmes. Autrement dit, le SJP exerce son pouvoir de la manière dont il le décide et en accord avec sa cohésion interne.

Nos réflexions ne s'inscrivent pas dans une étude empirique suffisamment étayée pour arriver à répondre à tous nos questionnements. Toutefois, nous pensons avoir permis d'engendrer des réflexions stimulantes autour de la capacité d'apprentissage et d'innovation du SJP. Notre analyse nous a amenés à considérer l'hypothèse que les

²⁹⁹ Garcia et Dubé, dans Desrosiers, Garcia, Sylvestre, *supra* note 136, à la p 32.

³⁰⁰ Luhmann, *supra* note 198, à la p 306.

programmes sociaux puissent être une opportunité d'innovation au sein du SJP. Nos observations auront permis de comprendre la nécessité de développer et stabiliser les idées extérieures au système de telle sorte qu'elles puissent être reconnues par le SJP comme étant tout aussi opérationnalisables que celles proposées par la RPM et permettre, à terme, une auto-réforme du SJP.

CONCLUSION

Nous concluons en soulignant certains éléments fondamentaux de notre recherche et nous en profiterons pour ouvrir la réflexion sur des aspects qui mériteraient d'être approfondis dans une recherche ultérieure.

Le SJP est autonome, mais ouvert à son environnement

Le paradoxe qui a animé nos réflexions, à savoir une obligation de punir versus un désir d'intervention plus axé sur la réhabilitation que la punition, en lien avec la théorie de la RPM et l'innovation fut peu élaboré dans la littérature. Nous inspirés des réflexions de Pires et de plusieurs chercheurs à sa suite, nous avons choisi spécifiquement cet angle d'analyse qui nous apparaissait permettre de mieux comprendre certaines tendances contemporaines de l'intervention du SJP.

L'analyse précédente a été l'occasion de comprendre un peu mieux la manière dont le SJP se saisit de certaines communications lui parvenant de son environnement. Ainsi, bien que le système semble à priori procéder uniquement à partir de critères légaux, il est en mesure d'être perméable aux stimuli de son environnement. Cette capacité lui permet de se transformer et de considérer des idées qui ne font pas partie du corpus légal formel. La mise en place des programmes sociaux de la CMM démontre à elle seule que le poids des stimuli externes, à un moment précis dans le temps, peut avoir une résonance dans les opérations internes du système. Mais ses structures, bien que s'adaptant et évoluant, témoignent aussi, au moins partiellement, de la clôture opérationnelle du SJP.

Rappelons que le système, doté de ce que Luhmann qualifie « d'ouverture cognitive », perçoit les communications de son environnement et va parfois faire preuve d'ouverture à ces éléments. Mais s'ouvrir ne veut pas dire se laisser atteindre par n'importe quelle pression extérieure; comme nous l'avons vu, il s'agit plutôt d'un processus interne de sélection fondé sur ce que le SJP considère comme pertinent. Sa fermeture opérationnelle ne permet pas aux stimuli externes de déterminer ses opérations pas plus qu'ils ne peuvent produire de résultats issus d'un lien de causalité prédéterminé.

Ainsi les programmes sociaux de la CMM sont des espaces de possibilités construites par le SJP lui-même; des espaces qui peuvent permettre un traitement interne des opinions des acteurs sociaux. Ces programmes agissent comme des structures qui vont transformer ce qui était auparavant un « bruit » en quelque chose de compréhensible et pertinent pour le SJP. Ce processus de transformation est un phénomène très complexe et notre défi résidait non seulement dans la difficulté à trouver du matériel empirique démontrant une relation importante entre les communications des acteurs sociaux et la mise en œuvre du droit au sein de ses programmes, mais aussi à faire la démonstration d'une certaine capacité d'apprentissage et d'évolution du système susceptible de lui permettre d'innover.

En tant que processus d'innovation, nous avons vu que les programmes sociaux de la CMM fonctionnent comme un mécanisme de « mise à jour » du droit et des opérations du SJP. Les programmes permettent ainsi un raffinement de la pratique et la création d'un mécanisme de réflexivité sociojuridique dans la mesure où ils aident le système à se représenter l'usage du « social » avec lequel il veut s'harmoniser.

Cependant, un enjeu est aussi apparu; c'est que le SJP a peu de chance d'apprendre dans un contexte où la RPM reste dominante. En effet, si nous avons pu observer qu'il existe un processus d'adaptation à l'environnement qui est susceptible de

généraliser de la variété, puisque le SJP utilise sa sémantique dans ses opérations, il aura tendance à mettre « too much of its own »³⁰¹ dans ce qu'il retient de son environnement. Autrement dit, dans un contexte où la RPM demeure la théorie de référence, les processus d'innovation risquent d'étouffer sous des communications plus susceptibles de la confirmer et la reproduire plutôt que de la remettre en question.

La RPM comme facteur déterminant dans la réception des opinions critiques des acteurs sociaux

Nous pouvons entrevoir le SJP comme une entité hermétique et repliée sur elle-même; séparée et indépendante des opinions de son environnement. Une indépendance d'ailleurs nécessaire à tout système d'idées sous la loupe de la théorie de la RPM et fondé sur des règles de droit. Toutefois, il nous semble aussi possible pour celui-ci de concilier, au moins partiellement, les communications des acteurs sociaux sans pour autant qu'ils ne viennent saboter ses normes de procédure et ses garanties juridiques. La prise en considération de ces communications issues de son environnement peut générer des résultats intéressants en termes d'innovation. La difficulté réside dans la capacité du système à non seulement pouvoir « entendre » ses communications, mais à pouvoir les « écouter ».

La RPM dans laquelle s'inscrit le SJP lui permet plus facilement « d'écouter » des communications de son environnement qui vont dans le sens d'un mandat punitif. Autrement dit, il est plus difficile pour des communications qui s'inscrivent dans une visée non afflictive d'être traitées par le système, ou de « l'irriter ». Par ailleurs, ce système s'étant construit autour de cette idée de la punition comme leitmotiv, il

³⁰¹ Luhmann, *supra* note 85, à la p 351.

s'auto-définit comme étant celui qui est responsable de la distribution de la souffrance en réponse à certains comportements délictuels. Son mandat au sein de la société est de condamner à travers l'imposition d'une peine (pour dissuader, rétribuer, etc.). On comprend alors qu'un discours qui intègre des concepts de « déjudiciarisation » peut plus difficilement faire partie de son « auto-description » ou de sa façon de se représenter son rôle dans la société.

Ainsi, certaines communications issues de son environnement peuvent être gênantes parce qu'elles remettent en question son système de pensée dominant (RPM); pire, elles se heurtent à l'autoportrait identitaire du système. Il faut donc :

« voir la rationalité pénale moderne comme un système de pensée qui rend inégales, dans le [SJP], les probabilités d'opérationnaliser une [communication] non punitive comparativement à une opinion [...] qui est punitive. [...] il est aussi beaucoup mieux outillé pour gérer des demandes de punitions accrues que des demandes de solutions alternatives »³⁰².

La simple prise en charge de certaines problématiques sociales par le SJP lui confère un statut inébranlé dans la confiance que lui accorde le public; dans l'idée d'une gouvernance fondée en droit.

Toutefois, les acteurs sociaux étant, à un moment donné et dans un contexte spécifique, un public plus visible pour le système, il accepte peut-être plus facilement ses communications :

³⁰² Xavier, *supra* note 111, à la p 334.

« Dans certaines situations où les stimuli de ce type de public sont très présents pour ledit système, une plus grande présence de ces personnages dans la procédure et dans la solution de l'affaire peut déboucher sur une réponse [...] capable de satisfaire ce public (avec un effet de pacification du conflit) sans passer par-dessus les droits de l'accusé ni aboutir à une punitivité accrue du système »³⁰³.

L'intégration (et non pas uniquement la participation ponctuelle) des acteurs sociaux au sein de la procédure même du SJP est une nouveauté, mais nous ne croyons pas, à ce stade, pouvoir affirmer qu'il s'agisse d'une innovation; ne serait-ce que parce que les programmes sociaux ont certes généré de la variété, mais celle-ci n'a pas encore passé la barrière de la généralisation. Ces programmes sont très circonscrits; ils concernent des infractions spécifiques (généralement en rapport avec l'ordre public), de peu de gravité et visent une clientèle elle aussi spécifique, les contrevenants dits vulnérables. C'est donc en termes de stabilité, tel que nous l'avons expliqué précédemment, que les programmes sociaux de la CMM n'ont pas intégré les nouvelles structures par la généralisation des sélections; autrement dit, le SJP s'est doté de structures (sélection), mais n'a pas réaffirmé ses structures en les généralisant. La généralisation de ces structures d'accueil est essentielle à la rétention des changements au sein du système. Sans elles, il est difficile de s'imaginer comment le SJP pourrait s'auto-réformer en respectant les idées innovantes à la base de ce processus de transformation.

³⁰³ Xavier, *supra* note 111, à la p 338.

De nouvelles perspectives critiques - pistes de réflexion complémentaires

Nos réflexions se sont inscrites dans une zone risquée dans la mesure où il était possible que, sans nier l'intérêt des analyses sur l'augmentation du contrôle pénal ou son rôle punitif, nous risquions de nous y cantonner sans être en mesure de les dépasser pour chercher ce qui pourrait être de l'ordre de l'innovation, c'est-à-dire ce qui pourrait être de nature à surpasser la RPM. Ainsi, nos réflexions risquaient elles-mêmes de contribuer à l'immobilisme du SJP si elles se contentaient de demeurer confortablement lovées au sein de la RPM. Pour réussir à nous extraire suffisamment de cet imposant cadre d'analyse, nous devons adopter une posture critique ni trop étrangère, ni trop endogène aux logiques de fonctionnement interne du SJP³⁰⁴. Cette posture permettrait de s'attaquer :

« non pas tant aux problèmes épistémologiques ou sociohistoriques qui peuvent être associés au système, mais bien aux récits identitaires ou aux distinctions conceptuelles qui contribuent à maintenir en place les structures responsables des effets pervers longtemps regrettés »³⁰⁵.

S'attaquer à l'autoportrait identitaire du SJP s'est également risquer de mettre en péril les structures nécessaires à sa différenciation avec son environnement :

« Ceci équivaldrait en effet à la mort du système, à son abolition et on peut dès lors mieux comprendre qu'un tel système social – qui comme tout système social a comme fonction première de se

³⁰⁴ Voir la critique de la déconstruction : Dubé, *supra* note 172.

³⁰⁵ Dubé, *supra* note 172, au para 65

maintenir et de se reproduire –, n'ait pas tendance à prendre au sérieux la perspective de sa propre mort »³⁰⁶.

Nous croyons que les réflexions critiques peuvent toutefois ne pas être aussi menaçantes pour le SJP tout en conservant leur utilité. Nous espérons avoir été en mesure d'offrir des pistes de réflexion stimulantes sur le fonctionnement du SJP qui soient des « observations qui, sans se départir des idéaux de justice, ne se laissent pas aveugler sur leur véritable performance conservatrice; des observations qui, bien que portant sur des pratiques pénales, ne s'arrêtent pas aux frontières de la rationalité qui les justifie »³⁰⁷. De manière générale, et sans vouloir faire une critique de la critique³⁰⁸, nous croyons qu'il est tout à fait possible de faire de la recherche sur le SJP sans que l'analyse s'inscrive dans une posture paralysante où toute réforme est récupérée par la RPM.

Nous croyons avoir été en mesure d'adresser nos réflexions critiques à l'enseigne d'un système conçu comme objet non étanche :

« il apparaît de plus en plus évident que l'on gagne à inscrire cet objet particulier dans le cadre d'une problématique plus large qui tienne compte de la multiplicité des formes de règlements de conflits et, surtout, des rapports complexes qui se nouent entre elles »³⁰⁹.

³⁰⁶ *Ibid*, au para 67

³⁰⁷ Kaminski et de Saussure, *supra* note 16, à la p 362.

³⁰⁸ Mary, *supra* note 1.

³⁰⁹ Fernando Acosta, « À propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mise en contexte » (1988) 21:1 *Criminologie* 7, à la p 31.

Le SJP doit être appréhendé et réfléchi non pas comme un produit fini, mais comme système en constante redéfinition de son identité. C'est à travers une circulation incessante des informations entre l'environnement et le système, et au sein du système lui-même, que s'attestent toute la force du droit et l'efficacité du régime pénal comme système social. Si nos réflexions, ou la recherche d'innovation censée dépasser le clivage entre réformisme naïf et radicalisme paralysant, se situe ni complètement à l'extérieur du système, ni complètement à l'intérieur, c'est pour :

« confronter le système à la contingence des distinctions qu'il n'a pas été en mesure de distinguer comme distinctions, pour le confronter notamment à son manque de distinction à l'égard des distinctions qu'il mobilise pour associer sa propre préservation à celle de certaines structures névralgiques [...] »³¹⁰.

Autrement dit, il s'agit de prendre conscience et de faire prendre conscience que le SJP est une entité « vivante » dotée de cognitions et de préférences qui sculptent son identité et déterminent ses actions.

³¹⁰ Dubé, *supra* note 172, au para 67.

ANNEXE A

Pour la réalisation de ce mémoire, 171 documents ont été consultés, soit 116 articles scientifiques et publications officielles , 35 ouvrages de doctrine, 4 textes de loi, 15 arrêts et 1 vidéo (voir liste annexe 2). Après analyse de ces 171 documents, 157 références ont été conservées. Le tableau 2 présente les critères de sélection et de rejet.

Tableau 2. Critères de sélection

Critères de sélection
<ul style="list-style-type: none">• Articles scientifiques / publication officielle• Anglais et français• Pays occidentaux• En lien avec une idée (un postulat) de la RPM

La grille thématique (tableau 1) visant à soutenir l'analyse des liens entre les postulats de la RPM et notre cas d'étude provient de l'ensemble de ces textes. Les thèmes présentés dans cette grille sont orientés par les travaux réalisés par l'équipe de recherche de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. Notre corpus a donc été envisagé à partir d'une analyse thématique qui visait à identifier les textes pouvant alimenter notre analyse de cas à l'aune de la théorie de la rationalité pénale moderne.

ANNEXE B

LÉGISLATION

Code criminel, LRC 1985, c C-46.

Code de procédure pénale, RLRQ c C-25.1.

Loi sur les cours municipales, RLRQ, c C-72.01.

PL 32, *Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, 1^{ère} sess, 42^e lég, 2019.

JURISPRUDENCE

Harbour c R, 2017 QCCA 204.

Normandin c Canada (procureur général), 2008 QCCS 1466.

R c Anderson, 2014 CSC 41, [2014] 2 RCS 167.

R c Cardin, [1990] 58 CCC (3d) 221 (CA Qué), 1990 CanLII 3797 (QC CA).

R c Gladue, [1999] 1 RCS 688.

R c Ipeelee, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 43.

R c Lacasse, 2015 CSC 64, [2015] 3 RCS 1089.

R c M (CA), [1996] 1 RCS 500.

R c Nasogaluak, 2010 CSC 6, [2010] 1 RC. 206.

R c Nur, 2015 CSC 15, [2015] 1 RCS 773.

R c Pham, 2013 CSC 15.

R c Prin, 2011 QCCQ 10955.

R c Proulx, 2000 CSC 5, [2000] 1 RCS 61.

R c Shoker, 2006 CSC 44, [2006] 2 RCS 399.

R v Pickup, 2009 ONCJ 608.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX :
DOCUMENTS NON-PARLEMENTAIRES

Cour du Québec à Montréal, *Programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec à Montréal (PTTCQ)*, 25 octobre 2012, en ligne : <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/PTTCQMontreal.pdf>>.

Ministère de la Justice Canada, « Vers un système de justice pénale minimaliste et transformateur »: essai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine, Marie-Eve Sylvestre, Division de la recherche et de la statistique du Ministère de la Justice du Canada, 5 août 2016, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/opdp-pps/index.html>>

Ministère de la Justice, « Traitement non judiciaire de certaines infractions commises par des adultes », en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/systeme-judiciaire/processus-judiciaire/processus-judiciaire-au-criminel/traitement-non-judiciaire-de-certaines-infractions-commises-par-des-adultes/>>.

Montréal, Ville de Montréal, *Plan d'action montréalais en itinérance 2014–2017*.

Montréal, Ville de Montréal – Service des affaires juridiques – Direction des poursuites criminelles et pénales, communiqué, « Nouveauté au PAJTO : auditions en salle R.10 et utilisation de la procédure de modification des conditions d'un engagement ou d'une promesse conformément à l'article 515.1 du Code criminel »

(novembre 2018), en ligne :
 <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/com-cm-nouveautespajto_20181107.pdf>.

Québec, Camil Bouchard et le Groupe de travail sur l'innovation sociale, « *Contribution à une politique de l'immatériel* » *Recherche en sciences humaines et sociales et innovations sociales*, Groupe de travail sur l'innovation sociale, Conseil québécois de la recherche sociale, 1999.

Québec, Cour municipale de Montréal, *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale « PAJ-SM » à la CMM, Bilan et perspectives*, 20 mai 2011, préparé par : Me Julie Provost.

Québec, Cours municipales du Québec, *Les cours municipales : un réseau, une justice de proximité*, Rapport annuel, 2015, en ligne :
 <www.justice.gouv.qc.ca/francais/tribunaux/munic.htm>.

Québec, Ministère de la Justice, *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale, 2018*, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/_centredoc/publications/ministere/plans-actions/Strategie-sante-mentale-2018.pdf>.

Québec, Ministère de la santé et des services sociaux Québec, *Plan d'action interministériel en itinérance 2015-2020*.

Québec, Ministère de la sécurité publique, *Plan stratégique du ministère de la Sécurité publique 2017-2021*, en ligne :
 <<https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/ministere/mission-et-ministre/orientations-et-politiques/plan-strategique-2017-2021.html>>.

Québec, Ministère du travail, de l'emploi et de la solidarité sociale, *Plan d'action gouvernemental pour l'inclusion économique et la participation sociale 2017-2023*.

Québec, Montréal, Comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM, *Étude de la mise en œuvre du Programme d'accompagnement Justice et Santé Mentale (PAJ-SM), Rapport de la Dre Anne Crocker sur l'implantation et la première année du PAJ-SM*, Institut universitaire en santé mentale de Douglas, 2010

Québec, Montréal, Comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM, *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale PAJ-SM à la cour municipale de la Ville de Montréal – Bilan et perspectives*, Rapport du comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM déposé au terme des trois ans du projet pilote, 2011.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

Beccaria, Cesare, *Des délits et des peines*, Gallimard, Collection bibliothèque de philosophie, 2015.

Belley, Jean-Guy, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans Philippe Gérard, François Ost, Michel Van de Kerchove, dir, *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, aux pp 353-391.

Belley, Jean-Guy, dir, *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

Bernier, Dominique, « Entre pratiques locales et respect des droits: quelle place pour les tribunaux spécialisés dans le Code criminel? » dans Julie Desrosiers, Margarida Garcia, Marie-Ève Sylvestre, dir, *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités / Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities*, Montréal, Yvon Blais, 2017.

Black, Donald, *Sociological Justice*, New York, Oxford University Press, 1989.

Campbell, John, *Institutions and their reconstruction, Deconstruction and reconstruction - The Central European Pragmatist Forum*, New York, Éditions Rodopi, 2004.

Crozier, Michel et Erhard Friedberg, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977.

Danet, Jean, *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.

Debuyst, Christian, Françoise Digneffe et Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine tome 2 - La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.

Dubé, Richard, Margarida Garcia, Máira Rocha Machado et al, *La RPM : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, PUO, 2013.

Farget, Jacques, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Toulouse, Erès, Édition revue et actualisée, 2013.

Foucault, Michel, *Les mots et les choses*, Collection Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard, 1966.

Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

Garcia, Margarida et Richard Dubé, « La réforme du droit criminel : une idée dont le temps est venu », dans Julie Desrosiers, Margarida Garcia, Marie-Ève Sylvestre, dir, *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités / Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities*, Montréal, Yvon Blais, 2017.

Guillain, C et C Scohier, « La gestion pénale d'une cohorte de dossiers stupéfiants (1993-1997) : les résultats d'une justice dite alternative », dans L Van Campenhoudt et al, *Réponses à l'insécurité. Des discours aux pratiques*, Bruxelles, Labor, 2000.

Habermas, Jürgen, *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, 1973.

Hogarth, John, *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971.

Kaminski, Dan, *Condamner Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Éditions Erès, 2015.

Krishnamurti, Jiddu, *Se libérer du connu*, Paris, Livre de poche, 1995.

Lascombes, Pierre, « Pluralité d'acteurs, pluralité d'actions dans la création contemporaine des lois » dans François Digneffe, dir, *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst*, Liège, Belgique, Mardaga, 1990.

Lévy, Thierry, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2014.

Luhmann, Niklas, « Closure and Openness: on the Reality in the World of Law », dans Gunther Teubner, dir, *Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society*, New York, De Gruyter, 1998.

Luhmann, Niklas, « Globalisation ou société du monde : comment concevoir la société moderne? » dans Dimitri Kalogeropoulos, dir, *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

Luhmann, Niklas, *Art as a social system*, traduit par Eva Knodt, Stanford, Stanford University Press, 2000.

Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Luhmann, Niklas, *Political theory in the Welfare State*, traduit par John Bednarz Jr, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990.

Luhmann, Niklas, *Politique et complexité*, Paris, Éditions du Cerf, 1999.

Luhmann, Niklas, *Social Systems*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1995.

Maroy, Christian, « L'analyse qualitative d'entretiens », dans Luc Albarello, Françoise Digneffe, Jean-Pierre Hiernaux, Christian Maroy, Danielle Ruquoy, Pierre de Saint-Georges, dir, *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 1995.

Moeller, Hans-Georg, *Luhmann explained: from souls to systems*, Chicago, Open Court, 2006.

Moore, Dawn, *Criminal Artefacts, Governing Drugs and Users*, Vancouver, UBC Press 2007.

Muller, David J et al, dir, *Psychology and the Law*, Toronto, Wiley, 1994.

Nonet, Philippe et Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper and Row, 1978.

Otero, Marcelo, Audrey-Anne Dumais Michaud et Romain Paumier, *L'institution éventrée, De la socialisation à l'individuation*, Québec, Les presses de l'Université du Québec, Collection Problèmes sociaux et interventions sociales, 2017.

Paillé, Pierre, « La recherche qualitative : une méthodologie de proximité », dans Henri Dorvil, dir, *Problème sociaux : théories et méthodologie de la recherche, tome III*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2007.

Pech, Thierry, « Neutraliser la peine », dans Antoine Garapon, Frédéric Gros et Thierry Pech, *Et ce sera justice*, Paris, Odile Jacob, 2001.

Pires, Alvaro, « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne » dans Christian Debuyst, Françoise Digneffe et Alvaro Pires, dir, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Tome 2*, 2ed, Bruxelles, Belgique, De Boeck, 2008, aux pp 1 à 52.

Pires, Alvaro, « Codifications et réformes pénales » dans L. Mucchielli et P. Robert, dir, *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, Éditions la Découverte, 2002.

Pires, Alvaro, « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? » dans Dan Kaminski et Michel Kokoreff, dir, *Sociologie pénale: système et expérience*, Ramonville Sainte-Agne, Éditions Érès, 2004.

Pires, Alvaro, « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs: le cas du droit criminel », dans Pascal Gin, Nicolas Goyer, et Walter Moser, *Transfert: Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2014, aux pp 139 à 182.

Teubner, Gunther, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1996.

Teubner, Gunther, *Fragments constitutionnels Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Garnier, Paris, 2016.

Teubner, Gunther, *Le droit: un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

Tonry, Michael, « Learning from the Limitations of Deterrence Research » dans Michael Tonry, dir, *Crime and Justice. A Review of Research*, Chicago, University of Chicago Press, 2008.

Watzlawick, Paul, *L'invention de la réalité*, Paris, Seuil, 1988.

Wexler, David B et Bruce J Winick, « Therapeutic Jurisprudence. Therapeutic Jurisprudence », dans Richard K Ries et als, dir, *Principles of Addiction Medicine*, 4e éd, Philadelphie, Wolters Kluwer, 2009.

DOCTRINE: ARTICLES

Acosta, Fernando, « À propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mise en contexte » (1988) 21:1 *Criminologie* 7.

Alter, Norbert, « Mouvement et dyschronies dans les organisations » (2003) 53:2 *L'Année sociologique* 489 à la p 502 [10.3917/anso.032.0489].

Amado, Antonio Garcia, « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann » (1989) 11-12 *Dr et soc* 15.

Barbesino, Paolo et Salvino Salvaggio, « Niklas Luhmann en perspective » (1996) 2 *Recherches Sociologiques*.

Beausoleil-Allard, Geneviève, « Quand le renouveau pénologique au coeur de l'art. 718 2e) se fait attendre : symptôme d'une impasse réformiste plus générale » (2016) *CCLR* 123.

Candace McCoy, Wolf Heydebrand et Rekha Mirchandani, « The problem with problem-solving justice: coercion vs. democratic deliberation » (2015) 3:2 *Restorative Justice* 159, en ligne: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20504721.2015.1069085>> [10.1080/20504721.2015.1069085].

Cardwell, Mark, « Mental health courts on the rise in Quebec », *Can Lawyer* (12 février 2018), en ligne: <<https://www.canadianlawyermag.com/legalfeeds/author/mark-cardwell/mental-health-courts-on-the-rise-in-quebec-15270/>>.

Carrier, Nicolas, « Sociologies anglo-saxonnes du virage punitif » (2010) 7 *Champ pénal*.

Coriat, Benjamin et Olivier Weinstein, « Organizations, firms and institutions III the generation of innovation » (2002) 31 *Research Policy* 273.

Devresse, Marie-Sophie, « Justice négociée et usage de drogues. L'éthique de la discussion à l'épreuve du pénal » (2003) 5:2 *Éthique publique* 146.

Dubé, Richard et Sébastien Labonté, « La Dénonciation, la Rétribution et la Dissuasion: Repenser Trois Obstacles à L'évolution du Droit Criminel Moderne » (2016) 57 *C de D* 685.

Dubé, Richard, « L'immobilisme de la critique et celui du pénal : deux problèmes fondamentaux pour l'abolitionnisme » (2015) 12 *Champ pénal/ Penal field*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/9117>> [10.4000/champpenal.9117].

Facy, François et al, « L'injonction thérapeutique à l'égard des toxicomanes: comparaison des systèmes français et québécois » (1996) 29:2 *Criminologie* 115.

Fortier, Julien et Gérald Gallant, « Une expérience pilote de sentence de travaux communautaires » (1979) 12:2 *Criminologie* 24.

Fortin, Véronique et Isabelle Raffestin, « Le Programme d'accompagnement justice-itinérance à la CMM (PAJIC) : un tribunal spécialisé ancré dans le communautaire » (2017) 47 *RGD* 177.

Garcia, Margarida, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et « désubstantialiser » les catégories juridiques », (2011) 52:3-4 *C de D* 417.

Garcia, Margarida, « La réforme du droit entre action sociale et choix systémiques : réflexion à partir d'une étude de cas sur les demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien » (2013) 43:2 *RGD* 333.

Hannah-Moffat, K et P Maurutto, « Shifting and Targeted Forms of Penal Governance: Bail, Punishment and Specialized Courts » (2012) 16:2 *Theoretical Criminology* 201.

Institut national de la magistrature, *La résolution de problèmes dans les salles d'audience du Canada La justice thérapeutique : un guide*, 2011, initialement publié en 2005 sous le titre *Juger au XXIe siècle : une approche axée sur la résolution de problèmes*.

Jaimes, Annie et al, « Les Tribunaux de santé mentale : déjudiciarisation et jurisprudence thérapeutique » (2009) 34:2 Santé mentale au Québec 171.

Jodouin, André et Marie-Eve Sylvestre, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexion sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine » (2009) 50 C de D 519.

Kaminski, Dan et Jean-François Cauchie, « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale » (2007) 4 Champ pénal, en ligne : <https://journals.openedition.org/champpenal/613> [10.4000/champpenal.613].

Kaminski, Dan et Sophie de Saussure, « Au tribunal de la recherche : portrait d'un demi-siècle de recherche sur les tribunaux » (2018) 51 (1) Criminologie.

Kluger, J K, « Judicial roundtable: Reflections of problem-court justices », (2000) 72:5 NY St BJ 9.

Luhmann, Niklas, « Le droit comme système social » (1989) 11/12 Dr et Soc 53.

MacDonald, Sue-Ann et Audrey-Anne Dumais Michaud, « La prise en charge et discours entourant les personnes judiciarisées au sein d'un tribunal de santé mentale. Nouvelles pratiques sociales » (2015) 27:2 Nouvelles pratiques sociales 161.

Mary, Philippe, « La critique de la critique : un fondement problématique de l'innovation pénale », Champ pénal/ Penal field [Online], Séminaire Innovations Pénales, September 2007. Maturana, Humberto et Francesco Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, 1ère éd, Boston Studies in the Philosophy of Science, Cohen et al, vol 42, Reidel Publishing Co, 1980.

Mead, George, «The psychology of punitive justice » (1918) 23:5 The American journal of sociology 577.

Moore, Dawn et Hideyuki Hirai, « Outcasts, performers and true believers: Responsibilized subjects of criminal justice » (2014) 18:1 Theoretical Criminology 5.

Moore, Dawn, « The Benevolent Watch: Therapeutic Surveillance in Drug Treatment Court » (2011) 15:3 Theoretical Criminologie 255.

Moore, Dawn, « Translating justice and therapy: The Drug Treatment Court networks » (2007) 47:1 Brit J Crim 42.

Morin, Daphné et al, « Pratiques de déjudiciarisation de la maladie mentale : le modèle de l'Urgence psychosociale-justice » (2000) 33:2 Criminologie 81.

Noreau, Pierre, « Judiciarisation et déjudiciarisation : la part de la poursuite et de la défense » (2000) 33:2 Criminologie 35.

Noreau, Pierre, « L'innovation sociale et le droit : Est-ce bien compatible ? » dans Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC), Le développement social au rythme de l'innovation, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2004, en ligne : <http://hdl.handle.net/1866/143>.

Pemrose, Sheila, « La résolution de problèmes et les approches thérapeutiques dans les salles d'audience au Canada » (2014) 37:1 J juges prov 12.

Pires, Alvaro et Fernando Acosta, « Les mouches et la bouteille à mouche : utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale » (1994) 16(2) Carrefour Revue de réflexion interdisciplinaire 8.

Pires, Alvaro et Jean-François Cauchie, *Réflexion autour du concept de changement pénal : changements régressif, usuel, déviant et innovateur*, Université d'Ottawa, 2006 [document de travail non publié].

Pires, Alvaro, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) 33 :1 Sociologie et sociétés 179.

Pires, Alvaro, « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires » (1990) 32:3 Revue canadienne de criminologie 441.

Pires, Alvaro, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal » (1995) 261 Revue générale de droit 133, DOI : <10.7202/1035854ar>.

Pires, Alvaro, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal » (1995) 261 RGD 133, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1995-v26-n1-rgd02435/1035854ar/>> [<10.7202/1035854ar>].

Poythress et al, « Perceived coercion and procedural justice in the Broward mental health court » (2002) 25 *International Journal of Law and Psychiatry* 1.

Robert, Philippe et Claude Faugeron, « Représentations du système de justice criminelle » (1973) 6:1 *Criminologie* 13.

Schneeberger, Pascal et Serge Brochu, « Le traitement de la toxicomanie comme alternative à l’incarcération: un sentier rocailleux » (2000) 33:2 *Criminologie* 129.

Slinger et Roesch, « Problem-solving courts in Canada: A review and a call for empirically-based evaluation methods » (2010) 33 *International Journal of Law and Psychiatry* 258.

Steadman et Naples, « Assessing the effectiveness of jail diversion programs for persons with serious mental illness and co-occurring substance use disorders » (2005) 23:2 *Behavioral Sciences and the Law* 163.

Tata, Cyrus, « A sense of justice: The role of pre-sentence reports in the production (and disruption) of guilt and guilty pleas » (2010) 12 *Punishment and Society* 239.

Teubner, Gunther, « How the Law Thinks : Toward a Constructivist Epistemology of Law », (1989) 23 *Law & Soc’y Rev* 727.

Wandall, Rasmus H, « Resisting risk assessment? Pre-sentence reports and individualized sentencing in Denmark » (2010) 12:3 *Punishment & Society* 329.

DOCTRINE : MÉMOIRES ET THÈSES

Bernier, Dominique, *Le droit pénal dans le continuum des soins de santé Réflexions sur le rôle des acteurs du système judiciaire et sur les mécanismes de protection de l’usager de drogue ou d’alcool dans les formes de prise en charge thérapeutique*, Thèse de doctorat en droit, Université d’Ottawa, 2017.

Dubé, Richard, *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2008.

Garcia, Margarida, *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel*, thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2010.

Ouellette, Christian, *Examen du programme de déjudiciarisation implanté par le gouvernement du Nouveau-Brunswick*, mémoire de maîtrise en psychologie, Université de Moncton, 2017.

Xavier, José Roberto Franco, *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*, thèse de doctorat en criminologie, Université d'Ottawa, 2012.

DOCTRINE : RAPPORTS DE RECHERCHE

Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec, Projet de loi n°32, Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, octobre 2019.

Bellot, Céline et al, « Judiciarisation et criminalisation des populations itinérantes à Montréal, Rapport de recherche pour le Secrétariat national des sans-abri », Montréal, CREMIS, 2005.

Bellot, Céline et al, « Judiciarisation et criminalisation des populations itinérantes à Montréal, Rapport de recherche pour le Secrétariat national des sans-abri – Phase II », Montréal, CREMIS, 2007.

MacDonald, Sue-Ann et al, *Tribunaux de santé mentale: Procédures, résultats et incidence sur l'itinérance (rapport de recherche CREMIS)*, Montréal, CREMIS, 2014; en ligne : <https://www.cremis.ca/sites/default/files/rapports-de-recherche/tribunaux_de_sante_mentale_procedures_resultats_etincidence_sur_itinerance.pdf>.

DOCTRINE : ALLOCUTIONS ET TEXTES PRÉSENTÉS LORS DE CONFÉRENCES

Beauchemin, Sophie, « Cour municipale de la ville de Montréal, Les programmes d'accompagnement des personnes ayant vécu l'itinérance », Congrès du Barreau du Québec, 8 juin 2012 [non publiée].

Bourgeault, Guy, « L'innovation sociale et ses implications. Considérations éthiques » dans *Le développement social au rythme de l'innovation. Actes de colloque, colloque dans le cadre du 69e Congrès de l'ACFAS, présenté à l'Université de Sherbrooke, le 16 mai 2001, Sherbrooke, Presse de l'Université du Québec, 2004.*

Dubé, Richard, « Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale : contributions conceptuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann » *Champ pénal/ Penal field, Séminaire Innovations Pénales 2008, 28 September 2007, en ligne : <<https://journals.openedition.org/champpenal/694>> [10.4000/champpenal.694].*

Fulton, Hon. Peggy, « Smart Justice – Building safer communities, increasing access to the courts, and elevating trust and confidence in the justice system », allocution présentée à Adelaide Thinker in Residence, Department of the Premier and Cabinet, South Australia, Australia, 2011 [non publiée].

Fortin, Véronique et Isabelle Raffestin, « Les Tribunaux spécialisés, pour une justice à visage humain? L'exemple du programme accompagnement justice itinérance à la CMM (PAJIC) », *Midis du CRÉMIS, 11 septembre 2017 [non publiée].*

MacDonald, Sue-Ann et Véronique Fortin, « La gouvernance de proximité, usage et sens pour le droit; Les tribunaux spécialisés et la gouvernance de proximité », *Colloque annuel 2018 du Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance [non publiée].*

Minc, Morton S, « Les programmes sociaux de la CMM », événement présenté dans le cadre du Congrès annuel du Barreau du Québec, 2010 [non publiée].

Nadeau, Pierre (ministère de la justice du Québec), Allocution, Activité de réseautage CAJI-RAPSIM, Montréal, 16 juin 2016, support PowerPoint.

AUTRES

Clinique Droits Devant, « Info programmes Cour » (2016), en ligne: <http://www.clinique-droitsdevant.org/index.php/pajic/>.

Cour du Québec, « Documentaire de l'ENM – Module 5 : le programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec » (12 mars 2018), en ligne (vidéo) : *YouTube* <<https://www.youtube.com/watch?v=gkja-yfBxw4>>.

DOCUMENTATION NON RETENUE

Becker, H S, *Outsiders : études de sociologie de la déviance*, Paris, Éditions Métailié, 1985.

Bédard, É et D L Ambrosini, « Les Tribunaux de santé mentale : déjudiciarisation et jurisprudence thérapeutique », (2009) 34 *Santé mentale au Québec* 2.

Binet, Lise, « Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit », (1991) 322 *C de D* 439.

Born, Asmund W et Lars B. Goldschmidt, « La création légale de systèmes autopoïétiques. Le cas du risque » (1997) 35 *Dr et soc* 125.

Coutu, Michel, « Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner : une "méprise constructive" ? » (1998) 40 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.

Garcia, Margarida, « La géométrie variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel » (2014) 38:3 *Déviance et société* 361.

Kaminski, Dan, « L'éthique du réductionnisme et les solutions de rechange », (2007) 402 *Criminologie* 89.

Moore D, L Freeman et M Krawcyk, « Spatio-Therapeutics : Drug Treatment Courts and Urban Space » (2011) 20:2 *Social & Legal Studies* 157.

Pires, Alvaro P, « Réflexions critiques sur la sociologie de la punition à partir de l'ouvrage de Tom Daems », (2013) 37:2 *Déviance et Société* 131.

Pires, Alvaro P, « Une « utopie juridique » et politique pour le droit criminel moderne? » (2007) 402 *Criminologie* 9.

Poncela, Pierrette, « Le droit des aménagements de peine, essor et désordre », Journées d'études internationales organisées par la Direction de l'administration pénitentiaire avec le concours de l'équipe ANR « Sciencepeine » et de l'École de Droit de Sciences Po, (2013) Criminocorpus, en ligne : <<http://journals.openedition.org/criminocorpus/2475>>.

Tata, Cyrus, « Sentencing as Craftwork and The Binary Epistemologies of Discretionary Decision Process » (2007) 16:3 Social & Legal Studies 425.

Teubner, Gunther, « How law thinks: toward a constructivist epistemology of law » (1989) 23:5 Law & Society Review 727.

Teubner, Gunther, « Pour une épistémologie constructiviste du droit » (1992) 47 :6 Annales 1149.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Code criminel, LRC 1985, c C-46.

Code de procédure pénale, RLRQ c C-25.1.

Loi sur les cours municipales, RLRQ, c C-72.01.

PL 32, *Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, 1^{ère} sess, 42^e lég, 2019.

JURISPRUDENCE

Harbour c R, 2017 QCCA 204.

Normandin c Canada (procureur général), 2008 QCCS 1466.

R c Anderson, 2014 CSC 41, [2014] 2 RCS 167.

R c Cardin, [1990] 58 CCC (3d) 221 (CA Qué), 1990 CanLII 3797 (QC CA).

R c Gladue, [1999] 1 RCS 688.

R c Ipeelee, 2012 CSC 13, [2012] 1 RCS 43.

R c Lacasse, 2015 CSC 64, [2015] 3 RCS 1089.

R c M (CA), [1996] 1 RCS 500.

R c Nasogaluak, 2010 CSC 6, [2010] 1 RC. 206.

R c Nur, 2015 CSC 15, [2015] 1 RCS 773.

R c Pham, 2013 CSC 15.

R c Prin, 2011 QCCQ 10955.

R c Proulx, 2000 CSC 5, [2000] 1 RCS 61.

R c Shoker, 2006 CSC 44, [2006] 2 RCS 399.

R v Pickup, 2009 ONCJ 608.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX :
DOCUMENTS NON-PARLEMENTAIRES

Cour du Québec à Montréal, *Programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec à Montréal (PTTCQ)*, 25 octobre 2012, en ligne : <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/PTTCQMontreal.pdf>>.

Ministère de la Justice Canada, « Vers un système de justice pénale minimaliste et transformateur »: essai sur la réforme des objectifs et principes de détermination de la peine, Marie-Eve Sylvestre, Division de la recherche et de la statistique du Ministère de la Justice du Canada, 5 août 2016, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/opdp-pps/index.html>>

Ministère de la Justice, « Traitement non judiciaire de certaines infractions commises par des adultes », en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/systeme-judiciaire/processus-judiciaire/processus-judiciaire-au-criminel/traitement-non-judiciaire-de-certaines-infractions-commises-par-des-adultes/>>.

Montréal, Ville de Montréal, *Plan d'action montréalais en itinérance 2014–2017*.

Montréal, Ville de Montréal – Service des affaires juridiques – Direction des poursuites criminelles et pénales, communiqué, « Nouveauté au PAJTO : auditions en salle R.10 et utilisation de la procédure de modification des conditions d'un engagement ou d'une promesse conformément à l'article 515.1 du Code criminel »

(novembre 2018), en ligne :
 <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/com-cm-nouveautespajto_20181107.pdf>.

Québec, Camil Bouchard et le Groupe de travail sur l'innovation sociale, « *Contribution à une politique de l'immatériel* » *Recherche en sciences humaines et sociales et innovations sociales*, Groupe de travail sur l'innovation sociale, Conseil québécois de la recherche sociale, 1999.

Québec, Cour municipale de Montréal, *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale « PAJ-SM » à la CMM, Bilan et perspectives*, 20 mai 2011, préparé par : Me Julie Provost.

Québec, Cours municipales du Québec, *Les cours municipales : un réseau, une justice de proximité*, Rapport annuel, 2015, en ligne :
 <www.justice.gouv.qc.ca/francais/tribunaux/munic.htm>.

Québec, Ministère de la Justice, *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale : Agir ensemble pour une justice adaptée aux enjeux de santé mentale, 2018*, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/_centredoc/publications/ministere/plans-actions/Strategie-sante-mentale-2018.pdf>.

Québec, Ministère de la santé et des services sociaux Québec, *Plan d'action interministériel en itinérance 2015-2020*.

Québec, Ministère de la sécurité publique, *Plan stratégique du ministère de la Sécurité publique 2017-2021*, en ligne :
 <<https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/ministere/mission-et-ministre/orientations-et-politiques/plan-strategique-2017-2021.html>>.

Québec, Ministère du travail, de l'emploi et de la solidarité sociale, *Plan d'action gouvernemental pour l'inclusion économique et la participation sociale 2017-2023*.

Québec, Montréal, Comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM, *Étude de la mise en œuvre du Programme d'accompagnement Justice et Santé Mentale (PAJ-SM), Rapport de la Dre Anne Crocker sur l'implantation et la première année du PAJ-SM*, Institut universitaire en santé mentale de Douglas, 2010

Québec, Montréal, Comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM, *Programme d'accompagnement Justice et Santé mentale PAJ-SM à la cour municipale de la Ville de Montréal – Bilan et perspectives*, Rapport du comité d'évaluation et de suivi du PAJ-SM déposé au terme des trois ans du projet pilote, 2011.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

Beccaria, Cesare, *Des délits et des peines*, Gallimard, Collection bibliothèque de philosophie, 2015.

Belley, Jean-Guy, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans Philippe Gérard, François Ost, Michel Van de Kerchove, dir, *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, aux pp 353-391.

Belley, Jean-Guy, dir, *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

Bernier, Dominique, « Entre pratiques locales et respect des droits: quelle place pour les tribunaux spécialisés dans le Code criminel? » dans Julie Desrosiers, Margarida Garcia, Marie-Ève Sylvestre, dir, *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités / Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities*, Montréal, Yvon Blais, 2017.

Black, Donald, *Sociological Justice*, New York, Oxford University Press, 1989.

Campbell, John, *Institutions and their reconstruction, Deconstruction and reconstruction - The Central European Pragmatist Forum*, New York, Éditions Rodopi, 2004.

Crozier, Michel et Erhard Friedberg, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977.

Danet, Jean, *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.

Debuyst, Christian, Françoise Digneffe et Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine tome 2 - La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.

Dubé, Richard, Margarida Garcia, Maira Rocha Machado et al, *La RPM : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, PUO, 2013.

Farget, Jacques, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Toulouse, Erès, Édition revue et actualisée, 2013.

Foucault, Michel, *Les mots et les choses*, Collection Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard, 1966.

Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

Garcia, Margarida et Richard Dubé, « La réforme du droit criminel : une idée dont le temps est venu », dans Julie Desrosiers, Margarida Garcia, Marie-Ève Sylvestre, dir, *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités / Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities*, Montréal, Yvon Blais, 2017.

Guillain, C et C Scohier, « La gestion pénale d'une cohorte de dossiers stupéfiants (1993-1997) : les résultats d'une justice dite alternative », dans L Van Campenhoudt et al, *Réponses à l'insécurité. Des discours aux pratiques*, Bruxelles, Labor, 2000.

Habermas, Jürgen, *La technique et la science comme idéologie*, traduit par Jean-René Ladmiral, Gallimard, 1973.

Hogarth, John, *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971.

Kaminski, Dan, *Condamner Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Éditions Erès, 2015.

Krishnamurti, Jiddu, *Se libérer du connu*, Paris, Livre de poche, 1995.

Lascoumes, Pierre, « Pluralité d'acteurs, pluralité d'actions dans la création contemporaine des lois » dans François Digneffe, dir, *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst*, Liège, Belgique, Mardaga, 1990.

Lévy, Thierry, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2014.

Luhmann, Niklas, « Closure and Openness: on the Reality in the World of Law », dans Gunther Teubner, dir, *Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society*, New York, De Gruyter, 1998.

Luhmann, Niklas, « Globalisation ou société du monde : comment concevoir la société moderne? » dans Dimitri Kalogeropoulos, dir, *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

Luhmann, Niklas, *Art as a social system*, traduit par Eva Knodt, Stanford, Stanford University Press, 2000.

Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Luhmann, Niklas, *Political theory in the Welfare State*, traduit par John Bednarz Jr, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990.

Luhmann, Niklas, *Politique et complexité*, Paris, Éditions du Cerf, 1999.

Luhmann, Niklas, *Social Systems*, Stanford (Californie), Stanford University Press, 1995.

Maroy, Christian, « L'analyse qualitative d'entretiens », dans Luc Albarello, Françoise Digneffe, Jean-Pierre Hiernaux, Christian Maroy, Danielle Ruquoy, Pierre de Saint-Georges, dir, *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 1995.

Moeller, Hans-Georg, *Luhmann explained: from souls to systems*, Chicago, Open Court, 2006.

Moore, Dawn, *Criminal Artefacts, Governing Drugs and Users*, Vancouver, UBC Press 2007.

Muller, David J et al, dir, *Psychology and the Law*, Toronto, Wiley, 1994.

Nonet, Philippe et Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper and Row, 1978.

Otero, Marcelo, Audrey-Anne Dumais Michaud et Romain Paumier, *L'institution éventrée, De la socialisation à l'individuation*, Québec, Les presses de l'Université du Québec, Collection Problèmes sociaux et interventions sociales, 2017.

Paillé, Pierre, « La recherche qualitative : une méthodologie de proximité », dans Henri Dorvil, dir, *Problème sociaux : théories et méthodologie de la recherche, tome III*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2007.

Pech, Thierry, « Neutraliser la peine », dans Antoine Garapon, Frédéric Gros et Thierry Pech, *Et ce sera justice*, Paris, Odile Jacob, 2001.

Pires, Alvaro, « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne » dans Christian Debuyst, Françoise Digneffe et Alvaro Pires, dir, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Tome 2, 2ed*, Bruxelles, Belgique, De Boeck, 2008, aux pp 1 à 52.

Pires, Alvaro, « Codifications et réformes pénales » dans L. Mucchielli et P. Robert, dir, *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, Éditions la Découverte, 2002.

Pires, Alvaro, « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? » dans Dan Kaminski et Michel Kokoreff, dir, *Sociologie pénale: système et expérience*, Ramonville Sainte-Agne, Éditions Érès, 2004.

Pires, Alvaro, « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs: le cas du droit criminel », dans Pascal Gin, Nicolas Goyer, et Walter Moser, *Transfert: Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2014, aux pp 139 à 182.

Teubner, Gunther, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1996.

Teubner, Gunther, *Fragments constitutionnels Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Garnier, Paris, 2016.

Teubner, Gunther, *Le droit: un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

Tonry, Michael, « Learning from the Limitations of Deterrence Research » dans Michael Tonry, dir, *Crime and Justice. A Review of Research*, Chicago, University of Chicago Press, 2008.

Watzlawick, Paul, *L'invention de la réalité*, Paris, Seuil, 1988.

Wexler, David B et Bruce J Winick, « Therapeutic Jurisprudence. Therapeutic Jurisprudence », dans Richard K Ries et als, dir, *Principles of Addiction Medicine*, 4e éd, Philadelphie, Wolters Kluwer, 2009.

DOCTRINE: ARTICLES

Acosta, Fernando, « À propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mise en contexte » (1988) 21:1 *Criminologie* 7.

Alter, Norbert, « Mouvement et dyschronies dans les organisations » (2003) 53:2 *L'Année sociologique* 489 à la p 502 [10.3917/anso.032.0489].

Amado, Antonio Garcia, « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann » (1989) 11-12 *Dr et soc* 15.

Barbesino, Paolo et Salvino Salvaggio, « Niklas Luhmann en perspective » (1996) 2 *Recherches Sociologiques*.

Beausoleil-Allard, Geneviève, « Quand le renouveau pénologique au coeur de l'art. 718 2e) se fait attendre : symptôme d'une impasse réformiste plus générale » (2016) *CCLR* 123.

Candace McCoy, Wolf Heydebrand et Rekha Mirchandani, « The problem with problem-solving justice: coercion vs. democratic deliberation » (2015) 3:2 *Restorative Justice* 159, en ligne: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20504721.2015.1069085>> [10.1080/20504721.2015.1069085].

Cardwell, Mark, « Mental health courts on the rise in Quebec », *Can Lawyer* (12 février 2018), en ligne: <<https://www.canadianlawyer.com/legalfeeds/author/mark-cardwell/mental-health-courts-on-the-rise-in-quebec-15270/>>.

Carrier, Nicolas, « Sociologies anglo-saxonnes du virage punitif » (2010) 7 *Champ pénal*.

Coriat, Benjamin et Olivier Weinstein, «Organizations, firms and institutions III the generation of innovation » (2002) 31 *Research Policy* 273.

Devresse, Marie-Sophie, « Justice négociée et usage de drogues. L'éthique de la discussion à l'épreuve du pénal » (2003) 5:2 *Éthique publique* 146.

Dubé, Richard et Sébastien Labonté, « La Dénonciation, la Rétribution et la Dissuasion: Repenser Trois Obstacles à L'évolution du Droit Criminel Moderne » (2016) 57 *C de D* 685.

Dubé, Richard, « L'immobilisme de la critique et celui du pénal : deux problèmes fondamentaux pour l'abolitionnisme » (2015) 12 *Champ pénal/ Penal field*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/9117>> [10.4000/champpenal.9117].

Facy, François et al, « L'injonction thérapeutique à l'égard des toxicomanes: comparaison des systèmes français et québécois » (1996) 29:2 *Criminologie* 115.

Fortier, Julien et Gérald Gallant, « Une expérience pilote de sentence de travaux communautaires » (1979) 12:2 *Criminologie* 24.

Fortin, Véronique et Isabelle Raffestin, « Le Programme d'accompagnement justice-itinérance à la CMM (PAJIC) : un tribunal spécialisé ancré dans le communautaire » (2017) 47 *RGD* 177.

Garcia, Margarida, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et « désubstantialiser » les catégories juridiques », (2011) 52:3-4 *C de D* 417.

Garcia, Margarida, « La réforme du droit entre action sociale et choix systémiques : réflexion à partir d'une étude de cas sur les demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien » (2013) 43:2 *RGD* 333.

Hannah-Moffat, K et P Maurutto, « Shifting and Targeted Forms of Penal Governance: Bail, Punishment and Specialized Courts » (2012) 16:2 *Theoretical Criminology* 201.

Institut national de la magistrature, *La résolution de problèmes dans les salles d'audience du Canada La justice thérapeutique : un guide*, 2011, initialement publié

en 2005 sous le titre *Juger au XXI^e siècle : une approche axée sur la résolution de problèmes*.

Jaimes, Annie et al, « Les Tribunaux de santé mentale : déjudiciarisation et jurisprudence thérapeutique » (2009) 34:2 *Santé mentale au Québec* 171.

Jodouin, André et Marie-Eve Sylvestre, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexion sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine » (2009) 50 C de D 519.

Kaminski, Dan et Jean-François Cauchie, « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale » (2007) 4 *Champ pénal*, en ligne : <https://journals.openedition.org/champpenal/613> [10.4000/champpenal.613].

Kaminski, Dan et Sophie de Saussure, « Au tribunal de la recherche : portrait d'un demi-siècle de recherche sur les tribunaux » (2018) 51 (1) *Criminologie*.

Kluger, J K, « Judicial roundtable: Reflections of problem-court justices », (2000) 72:5 *NY St BJ* 9.

Luhmann, Niklas, « Le droit comme système social » (1989) 11/12 *Dr et Soc* 53.

MacDonald, Sue-Ann et Audrey-Anne Dumais Michaud, « La prise en charge et discours entourant les personnes judiciarisées au sein d'un tribunal de santé mentale. Nouvelles pratiques sociales » (2015) 27:2 *Nouvelles pratiques sociales* 161.

Maturana, Humberto et Francesco Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, 1^{ère} éd, Boston Studies in the Philosophy of Science, Cohen et al, vol 42, Reidel Publishing Co, 1980.

Mead, George, «The psychology of punitive justice » (1918) 23:5 *The American journal of sociology* 577.

Moore, Dawn et Hideyuki Hirai, « Outcasts, performers and true believers: Responsibilized subjects of criminal justice » (2014) 18:1 *Theoretical Criminology* 5.

Moore, Dawn, « The Benevolent Watch: Therapeutic Surveillance in Drug Treatment Court » (2011) 15:3 *Theoretical Criminology* 255.

Moore, Dawn, « Translating justice and therapy: The Drug Treatment Court networks » (2007) 47:1 Brit J Crim 42.

Morin, Daphné et al, « Pratiques de déjudiciarisation de la maladie mentale : le modèle de l'Urgence psychosociale-justice » (2000) 33:2 Criminologie 81.

Noreau, Pierre, « Judiciarisation et déjudiciarisation : la part de la poursuite et de la défense » (2000) 33:2 Criminologie 35.

Noreau, Pierre, « L'innovation sociale et le droit : Est-ce bien compatible ? » dans Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC), Le développement social au rythme de l'innovation, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2004, en ligne : <http://hdl.handle.net/1866/143>.

Pemrose, Sheila, « La résolution de problèmes et les approches thérapeutiques dans les salles d'audience au Canada » (2014) 37:1 J juges prov 12.

Pires, Alvaro et Fernando Acosta, « Les mouches et la bouteille à mouche : utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale » (1994) 16(2) Carrefour Revue de réflexion interdisciplinaire 8.

Pires, Alvaro et Jean-François Cauchie, *Réflexion autour du concept de changement pénal : changements régressif, usuel, déviant et innovateur*, Université d'Ottawa, 2006 [document de travail non publié].

Pires, Alvaro, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) 33 :1 Sociologie et sociétés 179.

Pires, Alvaro, « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires » (1990) 32:3 Revue canadienne de criminologie 441.

Pires, Alvaro, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal » (1995) 261 Revue générale de droit 133, DOI : <10.7202/1035854ar>.

Pires, Alvaro, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal » (1995) 261 RGD 133, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1995-v26-n1-rgd02435/1035854ar/>> [<10.7202/1035854ar>].

Poythress et al, « Perceived coercion and procedural justice in the Broward mental health court » (2002) 25 *International Journal of Law and Psychiatry* 1.

Robert, Philippe et Claude Faugeron, « Représentations du système de justice criminelle » (1973) 6:1 *Criminologie* 13.

Schneeberger, Pascal et Serge Brochu, « Le traitement de la toxicomanie comme alternative à l’incarcération: un sentier rocailleux » (2000) 33:2 *Criminologie* 129.

Slinger et Roesch, « Problem-solving courts in Canada: A review and a call for empirically-based evaluation methods » (2010) 33 *International Journal of Law and Psychiatry* 258.

Steadman et Naples, « Assessing the effectiveness of jail diversion programs for persons with serious mental illness and co-occurring substance use disorders » (2005) 23:2 *Behavioral Sciences and the Law* 163.

Tata, Cyrus, « A sense of justice: The role of pre-sentence reports in the production (and disruption) of guilt and guilty pleas » (2010) 12 *Punishment and Society* 239.

Teubner, Gunther, « How the Law Thinks : Toward a Constructivist Epistemology of Law », (1989) 23 *Law & Soc’y Rev* 727.

Wandall, Rasmus H, « Resisting risk assessment? Pre-sentence reports and individualized sentencing in Denmark » (2010) 12:3 *Punishment & Society* 329.

DOCTRINE : MÉMOIRES ET THÈSES

Bernier, Dominique, *Le droit pénal dans le continuum des soins de santé Réflexions sur le rôle des acteurs du système judiciaire et sur les mécanismes de protection de l’usager de drogue ou d’alcool dans les formes de prise en charge thérapeutique*, Thèse de doctorat en droit, Université d’Ottawa, 2017.

Dubé, Richard, *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2008.

Garcia, Margarida, *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel*, thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, 2010.

Ouellette, Christian, *Examen du programme de déjudiciarisation implanté par le gouvernement du Nouveau-Brunswick*, mémoire de maîtrise en psychologie, Université de Moncton, 2017.

Xavier, José Roberto Franco, *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*, thèse de doctorat en criminologie, Université d'Ottawa, 2012.

DOCTRINE : RAPPORTS DE RECHERCHE

Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec, Projet de loi n°32, Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel*, octobre 2019.

Bellot, Céline et al, « Judiciarisation et criminalisation des populations itinérantes à Montréal, Rapport de recherche pour le Secrétariat national des sans-abri », Montréal, CREMIS, 2005.

Bellot, Céline et al, « Judiciarisation et criminalisation des populations itinérantes à Montréal, Rapport de recherche pour le Secrétariat national des sans-abri – Phase II », Montréal, CREMIS, 2007.

MacDonald, Sue-Ann et al, *Tribunaux de santé mentale: Procédures, résultats et incidence sur l'itinérance (rapport de recherche CREMIS)*, Montréal, CREMIS, 2014; en ligne : <https://www.cremis.ca/sites/default/files/rapports-de-recherche/tribunaux_de_sante_mentale_procedures_resultats_etincidence_sur_itinerance.pdf>.

DOCTRINE : ALLOCUTIONS ET TEXTES PRÉSENTÉS LORS DE CONFÉRENCES

Beauchemin, Sophie, « Cour municipale de la ville de Montréal, Les programmes d'accompagnement des personnes ayant vécu l'itinérance », Congrès du Barreau du Québec, 8 juin 2012 [non publiée].

Bourgeault, Guy, « L'innovation sociale et ses implications. Considérations éthiques » dans *Le développement social au rythme de l'innovation. Actes de colloque, colloque dans le cadre du 69e Congrès de l'ACFAS, présenté à l'Université de Sherbrooke, le 16 mai 2001, Sherbrooke, Presse de l'Université du Québec, 2004.*

Dubé, Richard, « Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale : contributions conceptuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann » *Champ pénal/ Penal field, Séminaire Innovations Pénales 2008, 28 September 2007, en ligne : < <https://journals.openedition.org/champpenal/694>> [10.4000/champpenal.694].*

Fulton, Hon. Peggy, « Smart Justice – Building safer communities, increasing access to the courts, and elevating trust and confidence in the justice system », allocution présentée à Adelaide Thinker in Residence, Department of the Premier and Cabinet, South Australia, Australia, 2011 [non publiée].

Fortin, Véronique et Isabelle Raffestin, « Les Tribunaux spécialisés, pour une justice à visage humain? L'exemple du programme accompagnement justice itinérance à la CMM (PAJIC) », *Midis du CRÉMIS, 11 septembre 2017 [non publiée].*

MacDonald, Sue-Ann et Véronique Fortin, « La gouvernance de proximité, usage et sens pour le droit; Les tribunaux spécialisés et la gouvernance de proximité », *Colloque annuel 2018 du Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance [non publiée].*

Mary, Philippe, « La critique de la critique : un fondement problématique de l'innovation pénale », *Champ pénal/ Penal field [Online], Séminaire Innovations Pénales, September 2007.*

Minc, Morton S, « Les programmes sociaux de la CMM », événement présenté dans le cadre du Congrès annuel du Barreau du Québec, 2010 [non publiée].

Nadeau, Pierre (ministère de la justice du Québec), Allocution, Activité de réseautage CAJI-RAPSIM, Montréal, 16 juin 2016, support PowerPoint.

AUTRES

Clinique Droits Devant, « Info programmes Cour » (2016), en ligne: <<http://www.clinique.droitsdevant.org/index.php/pajic/>>.

Cour du Québec, « Documentaire de l'ENM – Module 5 : le programme de traitement de la toxicomanie de la Cour du Québec » (12 mars 2018), en ligne (vidéo) : *YouTube* <<https://www.youtube.com/watch?v=gkja-yfBxw4>>.